



"Les conflits successoraux"



49^e congrès



Montréal - Québec - Canada

DU JEUDI 4 AU MARDI 9 OCTOBRE 2018


Notaires
de France


m.j.n.
Mouvement
Jeune notariat

49^e Congrès
du Mouvement Jeune Notariat
Montréal (Québec - Canada)
du jeudi 4 au mardi 9 octobre 2018

Les conflits successoraux

Remerciements

L'équipe du 49^e congrès du Mouvement Jeune Notariat tient à adresser de chaleureux remerciements à l'Union notariale financière (UNOFI) pour son soutien à la réalisation matérielle de cet ouvrage.

Le rapport de congrès est disponible en version « numérique » ou en version « papier » (selon disponibilité) sur simple demande au Mouvement Jeune Notariat : info@mjn.fr

UNOFI

Président : Lionel FALLET, notaire à Céret (66)

Rapporteur général : Isabelle ARSEGUEL-MEUNIER, notaire associé à Paris

Rapporteurs :

Alexandre BOICHE, avocat à la Cour à Paris, Docteur en Droit.

Nathalie COUZIGOU-SUHAS, notaire à Paris.

Jeanne DADIES, notaire assistant à Céret (66), membre du CD du MJN.

Nathalie GRAFFAGNINO, directrice du centre de médiation de la chambre des Notaires de Paris.

Anne GUICHARD, notaire associé à Paris.

Louis-Guillaume LEFEVRE, notaire associé.

Danielle LOUZON, psychologue à Paris.

Christine MORIN, notaire émérite, Professeure titulaire et titulaire de la Chaire de recherche Antoine-Turmel de l'Université Laval.

Charlène PRAUD, notaire assistant à Paris.

Mimouna YAKER, notaire assistant à Collioure (66), membre du CD du MJN.

Rapporteur de synthèse : Madame le Professeur émérite Yvonne FLOUR, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne.

Trésorier : André VOIDE, notaire honoraire (Doubs).

Secrétaire générale : Marie-Hélène FREMOND, (Paris 8^e).



L. Fallet
Président



I. Arseguel-Meunier
Rapporteur général



Y. Flour
Rapporteur de synthèse



A. Boiche



N. Couzigou-Suhas



J. Dadies



N. Graffagnino



A. Guichard



L.-G. Lefevre



D. Louzon



C. Morin



C. Praud



M. Yaker



A. Voide,
Trésorier



M.-H. Fremond,
Secrétaire générale

SOMMAIRE

PARTIE PRÉLIMINAIRE – Préambule et propos introductifs sur les causes psychologiques des conflits	3
TITRE I – Préambule	4
TITRE II – Un éclairage sur les causes psychologiques des conflits successoraux	10
PARTIE I – La prévention du conflit : les outils juridiques	29
TITRE I – Le droit international privé : un réflexe	30
TITRE II – Le droit français : des solutions	164
PARTIE II – La résolution du conflit	297
TITRE I – La résolution du conflit imposée aux parties	298
TITRE II – La résolution du conflit acceptée par les parties ..	328
TITRE III – L'arbitrage, une solution d'avenir	365
PARTIE III – Esquisse de difficultés et de pistes de solutions dans le règlement d'une succession au Québec	387
CONCLUSION	397
TABLE DE LA LÉGISLATION POUR LES SUCCESSIONS QUÉBÉCOISES (PARTIE III)	400

Le conflit, du latin *conflictus* qui signifie le combat, traduit une opposition d'opinions, de conceptions, de personnes ou d'intérêts.

Le domaine du conflit successoral est plus large que celui du litige juridique, celui-ci étant souvent le support d'autres combats. Chaque notaire connaît cette réalité : toute succession comprend une part matérielle et une part immatérielle.

Au-delà des biens, la succession est aussi la transmission d'une histoire familiale : il s'agit de l'héritage psychique avec son cortège de jalousies, de non-dits et de sentiments d'injustice. Fantôme des successions conflictuelles, il prend souvent pour support les biens matériels.

Au-delà des personnes, l'enjeu pécuniaire est une cause de conflits car l'héritage est pour certains un espoir d'amélioration de leur condition matérielle, bien davantage que les revenus de leur travail.

Les conflits successoraux ont des conséquences économiques majeures : des actifs sont gelés ou dépréciés (portefeuilles titres non gérés, indivisions forcées, biens immobiliers inoccupés ou dégradés), des entreprises ou des sociétés sont fragilisées ou mises en péril, et les coûts des procédures et expertises peuvent être très élevés. Pour le notariat, les successions conflictuelles sont chronophages, sources de tensions et constituent une part importante des réclamations adressées à nos Chambres.

A l'occasion de la succession Hallyday, beaucoup de Français ont découvert que la réserve héréditaire n'était pas universelle. Ainsi, l'héritage ne serait pas un dû naturel ?

Deux philosophies du droit s'affrontent façonnées par l'histoire et des modèles culturels différents. Principe d'égalité contre principe de liberté ! Ces concepts sont loin d'être abstraits et nourrissent les conflits successoraux où chacun peut appuyer sa position sur le principe qui sert sa cause ou son intérêt immédiat.

La réserve héréditaire est à la fois l'objet de débats, philosophiques ou juridiques, et l'arme ou le bouclier des conflits successoraux. Elle a fait preuve de résilience à travers le temps et les régimes politiques.

Le notaire est au cœur des conflits successoraux et il existe une attente sociale forte à l'égard de son rôle d'amiable compositeur dans la prévention et la résolution des conflits. Les travaux de l'équipe du 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat témoignent de la diversité des outils juridiques dont les notaires disposent.

Lionel Fallet
Président

PARTIE PRÉLIMINAIRE

**PRÉAMBULE ET PROPOS INTRODUCTIFS
SUR LES CAUSES PSYCHOLOGIQUES
DES CONFLITS**

TITRE I

PRÉAMBULE

1. Alors que l'on évoquait devant lui une famille très unie, Sacha Guitry s'exclama : « *on voit bien qu'ils n'ont pas encore hérité* » ; ou encore, dans une version plus poétique, Marcel Pagnol mettait en scène Felipe, dans « la Fille du Puisatier », en pleine discussion à la terrasse d'un café : « *Ce sont toujours les histoires d'héritage qui mettent la dispute dans les familles. Moi, pour mon petit héritage - c'est pas vieux, c'est la semaine dernière -, je me suis fâché avec mes cousins de Venelles. Oui, pour deux cuillères à café en argent. Alors ça ne m'étonne pas du tout que votre père soit fâché avec votre tante. Au contraire, c'est ce qu'il y a de plus naturel* ».

Le thème du 49^e Congrès MJN de Montréal 2018 n'est maintenant plus un mystère. Il est d'ailleurs, depuis plusieurs semaines, sous les feux de l'actualité médiatique française : **les conflits successoraux**.

Le magazine l'Express du 21 février 2018 titrait ainsi sa couverture : « *Les psychodrames de l'héritage. Ils ne touchent pas que les people* » et poursuivait « *les français se passionnent pour cette querelle. En partie parce qu'ils s'y projettent* »⁽¹⁾. Effectivement, tout le monde est un jour confronté à la mort et il nous semblait important et captivant, dans le cadre de propos introductifs, de faire intervenir une psychologue afin d'avoir un éclairage sur les causes psychologiques des conflits.

Les notaires sont au cœur des familles et ont, très souvent, un rôle de conciliateur. Ils savent, également, que les causes psychologiques n'expliquent pas toutes les passions suscitées par l'héritage. L'individualisation et l'internationalisation du droit de la famille ont largement contribué à complexifier cette matière.

Avec la rapidité de l'évolution de notre société et la fragmentation des familles (familles composées, décomposées puis recomposées, familles monoparentales, familles homoparentales), la réforme du droit des successions du 3 décembre 2001⁽²⁾ est apparue très vite décalée et parfois même inadaptée aux nouvelles structures familiales. Les droits du conjoint survivant, qui jusqu'alors étaient quasi-inexistants,

(1) À une de l'express du 21 février 2018 « **Dans les Familles, l'argent est une épine cachée** » : Familles recomposées, monoparentales... les notions d'héritage évoluent. D'après la psychothérapeute et philosophe Nicole Prieur. Elles suscitent toujours autant de passions.

(2) Loi numéro 2001-1135 du 3 décembre 2001 Relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

sont devenus, avec leur accroissement très significatif, l'une des sources principales des discordes familiales.

Certes, l'ouverture d'une succession est propice à de multiples situations conflictuelles. En réalité, cette liste n'est pas infinie et ce sont toujours les mêmes causes de tensions qui resurgissent : enfants s'estimant lésés par rapport à leurs frères et sœurs, divergences d'intérêts entre le conjoint survivant et les enfants d'un premier lit, libéralités dissimulées, rapports des donations, désaccords sur les attributions et l'évaluation des biens, ou encore héritiers bloquant la sortie de l'indivision.

Pourtant, ce terreau des dissensions familiales n'est pas le seul responsable des difficultés du règlement des successions.

La complexité des règles du droit civil et du droit international privé français en la matière peut également constituer un véritable obstacle au règlement serein et amiable du contentieux familial.

Suffit-il de préparer sa succession pour garantir le maintien de l'harmonie familiale ? La rédaction d'un testament est-elle indispensable au bon déroulement du règlement d'une succession ? La donation est-elle le remède parfait aux antagonismes familiaux ? Les réponses sont certainement nuancées. Nous connaissons tous les conséquences de dispositions de dernières volontés déséquilibrées, les effets indésirables des rédactions approximatives des testaments qui ouvrent les portes de l'interprétation, ou encore, les réactions surprenantes de certains enfants lors de l'élaboration d'une donation-partage. Pourtant, lorsque toutes les précautions psychologiques et techniques sont réunies, le notaire doit recommander l'organisation de la transmission du patrimoine du vivant afin de réduire les risques de différends, mais également, afin de tenir compte du caractère mobile des familles actuelles.

Ainsi, la première partie du Congrès sera consacrée aux outils juridiques existants qui permettent de prévenir les conflits. Cette prévention sera tout d'abord étudiée sous l'angle du droit international privé puis à travers les différentes solutions issues de notre droit interne.

Le droit international privé français doit aujourd'hui devenir un réflexe pour les notaires.

Nous nous intéresserons d'abord à la question du régime matrimonial, selon que les époux se sont mariés avant le 1^{er} septembre 1992⁽³⁾, entre le 1^{er} septembre 1992 et le 29 janvier 2019, ou à compter du 29 janvier 2019⁽⁴⁾, et aux partenariats.

Après avoir déterminé l'assiette de la succession par un « bilan DIP » pour les époux et les partenaires, il nous faudra nous intéresser au règlement de la succession et en particulier à la loi applicable à la succession.

Le règlement européen UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012⁽⁵⁾ a eu pour objectif d'adapter les règles juridiques, en matière successorale, à la mobilité des personnes

(3) La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 14 mars 1978 et Les textes de toutes les Conventions de La Haye site <https://www.hcch.net>.

(4) Le règlement (UE) 2016/1103 s'appliquera aux époux mariés à compter du 29 janvier 2019.

(5) Règlement du Parlement et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, l'exécution des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat européen.

et d'harmoniser et coordonner les différentes législations européennes. Ce règlement s'applique depuis le 17 août 2015 à tous les aspects d'une succession : de son ouverture à sa liquidation. Désormais, c'est un texte et non des règles jurisprudentielles qui dirige la matière.

L'unité de la loi successorale relève de deux critères de rattachement possibles : le rattachement objectif de « la dernière résidence habituelle du défunt »⁽⁶⁾ pour désigner, tant la juridiction compétente⁽⁷⁾ que la loi applicable⁽⁸⁾ à une succession, et le rattachement subjectif que constitue la *professio juris*⁽⁹⁾. Le règlement encourage la pratique des pactes successoraux⁽¹⁰⁾, crée le certificat successoral européen⁽¹¹⁾ (CSE), reconnaît la force probante et exécutoire des actes authentiques en Europe et la force exécutoire des décisions judiciaires sans procédure de l'exéquatur, sauf cas de contestation.

Avec son application, et à défaut de renvoi à la loi d'un État membre, le droit comparé va s'installer sur les biens immobiliers situés en France et les notaires devront s'y soumettre.

De nombreux cas pratiques viendront illustrer la mise en application de ces nouvelles règles.

Acteurs naturels de la résolution pacifique des conflits, les notaires recherchent sans cesse des solutions issues du droit civil français interne pour apaiser les tensions familiales. Ces solutions proviennent essentiellement des outils de transmission à destination du conjoint survivant ou des héritiers (contrat de mariage, aménagement du régime matrimonial, donation entre époux, testament, assurance-vie, donation-partage, adoption) et des outils de gestion (mandats de protection future, mandats à effet posthume, conventions d'indivision et droit des sociétés).

L'un des sujets de crispation majeure des impétrants est, bien souvent, l'atteinte à la réserve héréditaire. Alors que l'on croyait cette question en sommeil, relayée au rang des notions démodées, tant elle avait été mise à mal ces dernières années par l'assurance-vie, les dérogations légales ou encore la jurisprudence⁽¹²⁾, elle ressurgit au premier plan de l'actualité. Malgré l'attraction et la fascination de certains politiques français pour le monde anglo-saxon et son système juridique, il semblerait bien que l'opinion publique ne soit pas favorable à la disparition de ce pilier du droit successoral français, garantie de la cohésion familiale et du principe d'égalité entre les héritiers. Se pose alors la question de savoir si la réserve héréditaire est en réalité un instrument de conflit ou un instrument de protection. Cette réserve se justifie-t-elle encore de nos jours alors que les enfants s'occupent beaucoup moins de leurs parents et, qu'ainsi, la cellule familiale semble s'être resserrée autour du couple ? Nous évoquerons les sujets de discorde les plus récurrents dans notre droit interne ainsi que les solutions : clause d'attribution intégrale et enfants du premier lit, mise à disposition gratuite d'un logement, donation-partage contenant des attributions de biens indivis ou de biens de natures différentes, clauses de rapport et interdictions,

(6) Article 21 du règlement européen UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012.

(7) Articles 4 à 19 du règlement européen UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012.

(8) Articles 20 à 38 du règlement européen UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012.

(9) Articles 22-1 et 22-2, 83-2 du règlement européen UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012.

(10) Articles 3 et 25 du règlement européen UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012.

(11) Articles 62 et 73 du règlement européen UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012.

(12) Cass. 1^{re} civ., 27 septembre 2017, n° 16-13.151 : Jurisdata n° 2017-018698.

réduction des testaments (clauses pénales, report du paiement de l'indemnité de réduction au décès du conjoint survivant...) et des clauses bénéficiaires, assurance-vie et primes manifestement excessives, intérêt accru des mandats en présence d'un patrimoine professionnel ou spécifique, recours au droit des sociétés plutôt qu'à l'indivision...

Après l'inventaire des dispositifs permettant de prévenir les conflits, nous consacrerons la seconde partie de ce Congrès à la **résolution des conflits** lorsqu'ils surviennent.

Traditionnellement, la sortie d'un litige successoral s'envisage par la voie judiciaire et la saisine du tribunal. Nous ferons état ici de la dimension procédurale des conflits, sphère réservée aux avocats et parfois mal connue des notaires. Nous détaillerons les modalités du contentieux international et le recours au juge en application du « règlement succession », puis la procédure judiciaire successorale en droit français.

Subissant ce contentieux judiciaire familial pléthorique, nos tribunaux se sont retrouvés asphyxiés sous ces dossiers complexes et interminables. Le législateur, soucieux de désengorger ses juridictions, a incité les protagonistes à recourir à des modes alternatifs de règlement des différends (MARD) familiaux : la conciliation, la transaction, la médiation et l'arbitrage.

Si la conciliation et la transaction sont familières au notariat, la médiation a connu un attrait récent et modéré dans nos rangs. Nous tenterons d'éveiller votre intérêt dans ce domaine et de lever le voile sur cette technique indispensable au notaire d'aujourd'hui. En effet, la médiation est une technique de communication⁽¹³⁾ et de gestion des conflits qui ne s'improvise pas et demande une formation régulière des praticiens.

Les notaires y sont prédisposés puisque les qualités essentielles requises pour exercer la fonction de médiateur sont identiques à celles nécessaires à la profession de notaire : impartialité, confidentialité, souci de l'équilibre et de l'efficacité du contrat. Le notaire entretient avec ses clients des rapports privilégiés fondés essentiellement sur la confiance mutuelle. Il est le confident. Comme l'indiquait Pierre Catala, ses fonctions sont multiples en tant qu'homme du contrat : « *partant du Conseil, elles passent par la négociation pour aboutir parfois à la médiation* »⁽¹⁴⁾. Pourtant, ses talents d'écoute et son expertise professionnelle d'homme de droit ne permettent pas toujours de dénouer les dossiers et il peut être amené à proposer à ses clients une ultime alternative amiable : la médiation. Il existe des notaires-médiateurs ou des notaires qui font le choix de prescrire une médiation lorsque toutes les voies de la conciliation ont été épuisées. Dans ce dernier cas, le notaire prescripteur restera le notaire rédacteur des actes. Pendant un certain temps, le dossier « sortira » de l'office pour laisser place à la recherche d'une solution qui sera trouvée directement par les parties elles-mêmes, ce qui permettra essentiellement de restaurer le dialogue entre elles.

(13) La semaine juridique Notariale et Immobilière n°s 51-52 du 23 décembre 2016, 1348 « Le notaire, prescripteur de médiation en matière familiale étude rédigée par Maître Isabelle Arseguel-Meunier, notaire à Paris.

(14) P. Catala, Observations sur l'exercice en société de la fonction de notaire, Defrénois 1994 article 35854.

Enfin, la tendance actuelle étant à la déjudiciarisation, il nous paraissait naturel de conclure notre Congrès par un sujet encore plus novateur que la médiation, une nouvelle forme de justice contractuelle en droit de la famille : l'**arbitrage**.

L'arbitrage n'est pas un mode amiable de règlement des litiges mais un mode contentieux reconnu licite par l'ordre étatique. C'est une institution de nature hybride dont la première source est la volonté des parties. Toute l'autorité de l'arbitre en résulte. À l'origine, il y a un contrat issu de la volonté des parties (une convention d'arbitrage dite « clause compromissoire » insérée dans un contrat principal ou, lorsque le conflit est né, « un compromis »), à l'arrivée un acte juridictionnel (une sentence qui doit être rendue dans un délai d'arbitrage)⁽¹⁵⁾. Les parties vont confier à un tiers le pouvoir de rendre une décision qui s'imposera à elles. Alors que le conciliateur comme le médiateur tentent d'amener les parties à un accord, et de les faire participer à cet accord, l'arbitre rend une sentence qui « *a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* »⁽¹⁶⁾.

L'arbitrage existe en matière commerciale et internationale mais n'est pas encore opérationnel en matière de droit de la famille pour des raisons liées à la disponibilité des droits⁽¹⁷⁾. Le droit de la famille était au départ peu propice à l'arbitrage puisque, contrairement au droit des contrats où la liberté prévaut, l'ordre public y est très présent. De nombreux objets extrapatrimoniaux pourraient amener à écarter l'arbitrage des successions : l'état et la capacité des personnes, la filiation, l'incidence de la réserve. Qu'en serait-il d'une clause d'arbitrage mentionnée dans un testament et qui porterait uniquement sur la réserve ?

Même si l'ordre public reste fondamental, il existe une réelle évolution des disponibilités des droits qui va bien au-delà du clivage droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux.

Cette ouverture actuelle des droits et cette banalisation du droit de la famille au regard du droit des contrats, s'illustrent parfaitement dans la réforme récente du divorce. En effet, lorsque les époux consentent amiablement à la rupture du lien conjugal, le divorce peut résulter de la seule signature entre eux d'une convention privée dans laquelle leurs accords n'ont plus à être soumis au juge étatique.

« *Mais en creusant les apparences, de nombreuses nuances apparaissent qui créent bien des doutes* »⁽¹⁸⁾ ...

Qu'est-ce que l'arbitrage ? Le droit de la famille est-il arbitral ?

Dans son article 7, la loi 25 ventôse an XI interdit au notaire d'être un juge (« Les fonctions de notaires sont incompatibles avec celles de juges »). L'arbitre est-il un juge privé ? Faut-il lui donner un statut, un cadre juridique pour qu'il devienne une vraie nouvelle opportunité ?

Les notaires, par leur déontologie et leurs compétences techniques, semblent prédisposés à cette activité nouvelle sans qu'il ne soit nécessaire de créer un statut

(15) « L'arbitrage est un mode à la fois conventionnel et juridictionnel de solution des litiges » (Cornu, La réforme du droit de l'arbitrage Rev. arb. 1980, p. 583).

(16) Article 1484 du Code de procédure civile.

(17) Article 2059 du Code civil « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».

(18) Droit et patrimoine décembre 2017 - Dossier Arbitrage et famille - Arbitrage et évolution du droit français de la famille par Pierre Murat, professeur à l'Université Grenoble-Alpes.

supplémentaire. Dans notre société mouvante où le droit est également en pleine évolution, notre profession a une réelle volonté d'innovation et de suggestion, et pourra en cette matière être un moteur de propositions attendu de nos pouvoirs publics.

Dans cette perspective, l'avenir n'est-il pas à la création de Chambres d'arbitrage organisées par le notariat ? Ou encore pourrait-on imaginer des structures composées d'avocats et de notaires « réunis pour rendre un service unique et nouveau au justiciable », comme l'avait imaginé dès 2014 notre Confrère⁽¹⁹⁾ ?

Pour conclure, nous interrogerons nos confrères québécois⁽²⁰⁾ et partagerons avec eux leurs avancées en matière de justice participative. Un institut de médiation et d'arbitrage du Québec (« IMAQ »), a été fondé en 1977 en axant sa mission sur la promotion et le développement de la médiation, de l'arbitrage et des autres modes de prévention et de règlement des différends (PRD). En 2008, l'IMAQ s'est affilié à l'institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (ADR institute of Canada) qui regroupe des organisations de médiation et d'arbitrage de six autres régions au CANADA. Cet institut compte aujourd'hui 300 médiatrices et médiateurs et 100 arbitres.

Ainsi, notre ouvrage s'achèvera sur une esquisse des difficultés et des pistes de solutions dans le règlement d'une succession au Québec proposée par Maître Christine Morin, notaire émérite, professeure titulaire et titulaire de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés de l'Université Laval.

Ont été sollicités pour ce Congrès, des notaires français et québécois spécialisés en droit de la famille, en droit international privé et en gestion de patrimoine, une psychologue, un avocat, une juriste spécialisée en médiation, et enfin Madame le professeur Émérite Yvonne Flour, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne.

Isabelle Arseguel-Meunier

Notaire à Paris

Rapporteur Général

(19) Maître Axel Depondt, aujourd'hui notaire honoraire, avait créé en 2014 une association dénommée « Arbitres en droit patrimonial de la famille » ayant pour but de promouvoir le développement de l'arbitrage en droit patrimonial de la famille et de proposer au public un réseau de professionnels du droit et de l'arbitrage, spécialisés en droit patrimonial de la famille A. Depondt, Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille : JCP G 2015, act. 429. - V. également A. Depondt, De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation : JCP N 2015, n° 17, 1141 ; La mise en œuvre des procédures d'arbitrage et de conciliation : JCP N 2015, nos 19-20, 1151.

(20) Le Code civil québécois interdit également l'arbitrage en matière familiale : Article 2639. « Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public. »

TITRE II

UN ÉCLAIRAGE SUR LES CAUSES PSYCHOLOGIQUES DES CONFLITS SUCCESSORAUX

2. En quoi la psychologie peut-elle intéresser les notaires ?

Qu'on le veuille ou non, une succession confronte des personnalités diverses, en raison d'un événement : un décès. Or, la mort peut réveiller en chacun des héritiers des blessures, des rancœurs, des jouissances, des conflits de tous ordres. Elle fait rejaillir de l'actuel, du passé, en sommeil ou déjà-là.

Les enjeux : Quel que soit le type de succession, la question consciente ou inconsciente est : à qui le phallus⁽²¹⁾, c'est-à-dire qui est l'aimé, à qui la bonne part, le pouvoir, la reconnaissance d'amour ? À qui le moins, le silence, l'exclusion ? Sur la scène du théâtre successoral, *le* mort se dévoile, pendant que *la* mort tire le linceul des traumas.⁽²²⁾

Pour commencer, nous pointerons deux mythes comme métaphore de l'intensité de ce qui peut se jouer lors de conflits familiaux.

Le mythe biblique de Jacob et Ésaü⁽²³⁾ et le droit d'ainesse⁽²⁴⁾ :

Il nous conte les rapports entre deux faux jumeaux où, par trois fois, l'aîné devient le cadet : la première fois, dès l'accouchement pendant lequel le cadet tente de sortir le premier ; la deuxième fois pour un plat de lentilles que le cadet vend à son frère affamé ; enfin, la troisième fois, pour recevoir une bénédiction importante.

Il ne s'agit ici nullement d'enjeux matériels, mais de *place, de reconnaissance*, question cruciale même pour des jumeaux.

(21) Ici, le phallus représente l'objet de désir réel ou symbolique d'un sujet.

(22) Blessures psychiques causées par des situations de manques, de frustrations, privations, séparations, violences, et autres sources de conflits.

(23) Dans la Bible, Rébecca met au monde deux jumeaux, Ésaü et Jacob, le premier étant considéré comme l'aîné malgré leur qualité de jumeaux. Ce récit symbolise le combat de deux frères pour une reconnaissance préférentielle.

(24) Droit privilégié de l'aîné d'une fratrie.

Le mythe de la horde primitive⁽²⁵⁾ rapporte, quant à lui, comment un père, tyran, jaloux et tout-puissant, s'approprie toutes les femmes, les produits de la chasse, viole et tue ou châte ses rivaux.

« *Un jour, les frères chassés par le père, se rassemblèrent, le tuèrent, le dévorèrent, mettant ainsi fin à la horde primitive* » dont il était le tyran incestueux, possesseur de tous les biens, de toutes les femelles, filles, fils, frères, gendres et brus, compris.

Une fois le meurtre accompli, les frères convinrent d'un pacte constitutif de lois non abusives⁽²⁶⁾, interdisant l'inceste et le meurtre afin de ne subir le même sort. C'est la loi œdipienne⁽²⁷⁾, la même pour tous.

La métaphore du repas totémique⁽²⁸⁾ se retrouve dans la succession car cette dernière implique le partage et le découpage du patrimoine du Mort suivant des lois et règles.

Ce patrimoine est en même temps métaphore psychosomatique en ce qu'il représente le corps et la psyché du défunt qui fait résonner le corps et la psyché de chacun.

Nous dégagerons deux parties :

I. **La mise en résonance des héritages psychiques et juridiques**, c'est-à-dire en quoi les conflits passés sont-ils susceptibles de peser sur une situation successorale ? Nous effectuerons alors une remontée dans le temps pour en repérer les causes psychologiques suivant un axe : celui du développement psychosomatique du sujet.

II. **L'enclenchement de phénomènes de groupe face au tiers-notaire.**

Nous y discernerons deux axes :

- Le premier axe cible la succession comme boîte à fantasmes, à désirs, à souffrances susceptibles de désorganiser, distordre ou bloquer la situation compte tenu de la personnalité de chacun,
- Le second axe concerne les suggestions de mise en position favorable du notaire face aux héritiers.

(25) Totem et Tabou de S. Freud ; 1913. Ce dernier emprunte ce mythe à différents auteurs anthropologues du XIX^e siècle comme T.W. Atkinson, Robertson-Smith, Fraser... Il raconte comment, aux origines de l'humanité, une horde s'est révoltée contre un père détenteur du pouvoir absolu. Le meurtre de ce père fait naître la culpabilité qui condamne, prohibe ce même acte par crainte de ne subir le même sort.

(26) Lois non-abusives : lois qui ne relèvent pas d'un pouvoir absolu, tyrannique. À la base, elles condamnent le meurtre et l'inceste et sont constitutives de droits et obligations.

(27) La loi œdipienne : c'est la loi qui interdit l'inceste et le meurtre.

(28) Le père mort devient alors un totem, c'est-à-dire un symbole représentant d'une part, le tyran vaincu et mort, d'autre part, les lois protectrices.

CHAPITRE I

LA MISE EN RÉSONANCE⁽²⁹⁾ DES HÉRITAGES PSYCHIQUES ET JURIDIQUES

3. La mise en résonance traduit tout ce qui, du passé, est réveillé à cause d'un événement actuel, en l'occurrence un décès.

En effet, le deuil participe au développement de tout sujet car un deuil est un tournant de vie plus ou moins douloureux : par exemple, le sevrage, le passage de l'enfance à l'adolescence impliquent des deuils à faire pour devenir adulte. Or, les éventuelles réactions de l'héritier face aux deuils, lors d'une succession, dépendent, pour beaucoup, de ce qui ne s'est pas bien mis en place durant l'enfance et l'adolescence et demandent à être rejoués car un deuil est un travail de renoncements essentiels en vue de nouvelles satisfactions, de nouvelles acquisitions de nouveaux apprentissages nécessaires à l'adaptation du sujet aux exigences du réel.

Les mécanismes psychiques de fond sont en général les mêmes, toujours susceptibles de se révéler, de se déchaîner, suivant les parts d'héritage et/ou les personnalités en présence.

C'est pourquoi, nous examinerons, dans ce chapitre :

1. Le développement de l'enfant, susceptible d'entrer en résonance, c'est-à-dire de se répercuter et d'interférer sur sa qualité d'héritier futur.

2. Le décès catalyseur d'effets juridiques et psychologiques car si le sujet devient héritier juridique, il n'en demeure pas moins, qu'en cette circonstance, des répercussions psychologiques peuvent assurément s'ensuivre.

Section I – L'enfant, ce futur héritier

4. Etymologiquement, le mot deuil vient de douleur. Un deuil renvoie à ce qui n'est plus, à la perte, à l'absence, au vide et l'aptitude à renoncer.

Or, le développement de tout sujet dépend des transmissions socio-parentales, **indissociables des deuils à faire pour évoluer.**

Par exemple, le sevrage implique un deuil du sein et donc de la mère des origines⁽³⁰⁾.

(29) Mise en résonance : mise en rapport, en écho, du passé avec le présent.

(30) La mère des origines est la mère du nourrisson.

Sous-section I – *La relation mère/nourrisson en héritage : l'infans clivé et morcelé*⁽³¹⁾

5. Des conflits et petits deuils déjà là : le parcours de vie d'un sujet est jalonné de séparations, de deuils dès les premiers temps, dès la naissance, puisque, bébé, il doit quitter le ventre maternel. Mais c'est pour mieux accéder au plaisir de fusionner avec sa mère lors de l'allaitement. Vient ensuite le sevrage, nouveau deuil en vue d'autres promesses, plaisirs et deuils. À la puberté, si le sujet sent son corps se transformer à travers ses premières montées sexuelles, il ne souhaite pas pour autant quitter le monde de l'enfance : il évolue dans un entre-deux. Ce n'est qu'à l'adolescence qu'il tend à faire son entrée dans le monde des adultes.

§ I – *LE CORPS ET LA PSYCHÉ DE LA MÈRE*

6. Le corps et la psyché⁽³²⁾ de la mère vibrent pour le corps et l'enfant comme un miroir sensoriel transmetteur et récepteur de désir⁽³³⁾, de nourrissage et autres soins.

Le nourrisson fonctionne en zones corporelles et non en corps unifié.

Si la mère le satisfait, il se sent à l'image de la bonne mère. Si elle le frustre parce que le sein tarde, elle devient mauvais sein et lui, mauvaise bouche.

Pour le nourrisson, le monde extérieur est ou bon ou mauvais selon qu'il est satisfait ou non. La vie est, pour lui, une traversée de symbioses idylliques et d'angoisses schizo-paranoïdes⁽³⁴⁾ par lesquelles il se percevait attaqué, persécuté, morcelé, d'où ses mesures de rétorsions par des cris, pleurs, petites ou grandioses agitations, fièvres, maladies...).

Ces sentiments d'amour, de haine, d'envie, d'avidité qui vide le sein, le ventre, de toutes leurs richesses, se forgent en amont : petits duels, affrontements, grandes amours sont déjà là.

En grandissant, le nourrisson est l'objet de vécus dépressifs, de deuils, car, en s'attaquant à cette mère qui ne l'a pas comblé comme il l'entendait, il s'aperçoit qu'il détruit, conjointement, sa bonne mère. Il s'ensuit une culpabilité qui le pousse alors à l'apprentissage de compromis en réparant sa mère avec amour et gratitude. Il devient le petit réparateur.

(31) L'infans clivé et morcelé : le nourrisson ne se vit pas comme un corps entier mais comme des parties de corps : par exemple, il peut être bouche, sein, peau, ventre et regard quand il tète... L'enfant commence à se voir comme un corps entier et harmonieux quand il peut se tenir debout et se voir ainsi dans le miroir ou le regard de sa mère.

(32) Psyché : organisation psychique d'un sujet ; réalité psychique de ce dernier.

(33) Sauf rejet, non désir de l'enfant par la mère.

(34) Angoisses schizo-paranoïdes : fantasmes par lesquelles l'enfant se sent comme deux personnes différentes et souffre de se sentir attaqué, détruit, déchiré, persécuté à cause de manques, de frustrations de sorte que, par rétorsion, il attaque, lacère, persécute (cris, rage, pleurs...).

§ II – LES TRAUMAS ET LES BLESSURES DU PASSÉ MAL CICATRISÉS SONT RÉACTIVABLES

7. Les traumatismes, blessures, vécus de persécution, d'abandon, de perte, mal cicatrisés, enkystés, sont toujours réactivables en raison de rencontres ou de situations qui les rappellent telle une pression du doigt sur une vieille blessure. Ces vécus entrent ainsi en résonance, en miroir, voire sont décompensés⁽³⁵⁾ sur le théâtre successoral car la mort est une séparation, une perte, à fort indice de castration.

En effet, ces expériences du passé, douloureuses, anesthésiées, en sommeil ou à fleur de peau, risquent de resurgir à cause de tel facteur perturbant qui fait répéter, rejouer quelque chose du passé comme si ce dernier venait à se répéter. Ce facteur perturbant a rappelé, fait résonner et ressentir la souffrance du passé due précisément aux traumatismes, aux blessures, aux vécus d'abandon, de perte, de persécutions. La blessure passée avec son cortège de souffrances et symptômes est réactivée, c'est-à-dire vécue comme au présent : débordements, angoisses, dépressions, passages à l'acte surgissent sur le théâtre successoral. C'est ce que nous développerons car la mort est une séparation, une perte, à fort indice de castration.

Sous-section II – *L'unité du corps-psyché en héritage dans l'ordre de la parenté*

8. Si tout se passe bien, cette étape du développement, à travers laquelle l'enfant découvre qu'il est un corps unifié, représente une véritable prise de conscience : celle de son unité corps-psyché qu'il a hérité de sa mère ainsi que de son environnement familial et sociétal. C'est ce que nous développerons dans un premier paragraphe tandis que dans le second seront pointés les avatars.

§ I – LE STADE DU MIROIR⁽³⁶⁾

9. Un miroir fonctionne comme un regard qui permet une connaissance et reconnaissance de soi. Dans le stade du miroir, le miroir est la convergence entre le regard de la mère et celui du sujet : l'enfant se voit dans le regard de la mère.

Le stade du miroir est une étape essentielle *d'unité du corps* car devant le miroir, l'enfant est enfin apte à se connaître et reconnaître entier, clairement séparé de sa mère, à l'image de l'adulte : sa mère, en lui confirmant que cette image, *c'est bien lui*, le reconnaît en le nommant. Elle l'inscrit ainsi à une place de *sujet* dans l'ordre de l'identité, de la loi et de la parenté, en un mot dans l'arbre générationnel.

Par la suite, sur la matrice du miroir, il y a son trésor d'images dont la mère, le père et les enfants, chacun assigné à une place. L'enfant peut alors repérer, se repérer,

(35) Décompenser : se désorganiser psychiquement sous la forme d'une pathologie ou de passages à l'acte.

(36) Le psychanalyste, Jacques Lacan (1901-1981) emprunte cette expression du « stade du miroir » à Henri Wallon psychologue, professeur au Collège de France et homme politique (1879-1962) pour forger une théorie à part entière qu'il développe notamment, dans *Écrits*, recueil de ses principaux articles : *Écrits*, Paris Le Seuil, 1966.

reconnaître son image, son être et ses avoirs, être reconnu, s'identifier⁽³⁷⁾ aux autres. C'est l'imaginaire.

§ II – LES AVATARS

10. Le stade du miroir n'est pas surmonté par tous à cause de frustrations graves ou répétées, de sentiments d'abandon, de perte, de sensations d'arrachement, de peur, de terreur, de gouffre, de culpabilité... Dans la psychose, par exemple, le sujet peut voir, dans le miroir, non pas une image harmonieuse et jubilatoire, mais une image de corps étranger, de corps morcelé ou encore une image brouillée : dans ce reflet de lui dans le miroir, il ne parvient pas à se reconnaître : il en tressaille.

Ces avatars relèvent de conflits de tous ordres comme un couple qui s'entre-déchire, un divorce, des violences, ou au contraire de situations d'évitement du conflit, de secrets ou d'indifférence. Dans tous ces cas, les deuils, les renoncements, censés faire évoluer, deviennent difficiles, voire impossibles. L'enfant préfère alors retourner à une phase de développement plus ancienne car plus confortable pour lui : il régresse c'est-à-dire qu'il revient, à l'état de symbiose idyllique avec sa mère ou à l'état d'enfant clivé, morcelé avec tout son cortège de défenses : agressivité, attaques sadiques⁽³⁸⁾, masochismes⁽³⁹⁾, relations persécuteur/persécuté⁽⁴⁰⁾...

Sous-section III – *L'épreuve de castration : le père tiers séparateur*

11. Cette épreuve inaugure l'aptitude à assumer les règles, la loi non abusive comme celles de la dévolution, la transmission et les partages successoraux.

Pour illustrer cette épreuve, S. Freud recourt à la mythologie grecque par une interprétation analytique du *petit Œdipe, incestueux et parricide*⁽⁴¹⁾.

L'épreuve de la castration, c'est le temps où l'enfant, comme Œdipe, prend conscience que **la place qu'il croyait occuper auprès de sa mère, n'est pas la sienne mais celle du père**. Il doit se séparer de sa mère en renonçant à ses désirs incestueux et parricides⁽⁴²⁾. En bref, la mère et l'enfant renoncent à jouir l'un de l'autre⁽⁴³⁾.

(37) S'identifier : en psychologie, c'est s'approprier les traits d'autrui aimé, admiré, envié...

(38) Attaque sadique : agressivité, destructivité dirigée sur autrui et qui procure une jouissance.

(39) Masochisme : propension à rechercher et ressentir du plaisir dans la douleur en rendant un autre responsable de cette souffrance.

(40) La relation persécuteur / persécuté est un type de relation qui s'ancre dans l'infantile précoce (voir note 15 sur les angoisses schizo-paranoïdes) : le sujet se croit persécuté par un autre. En rétorsion, il devient persécuteur de son persécuté.

(41) Un roi de Thèbes, Laïos, consulte l'oracle de Delphes qui lui prédit que, s'il avait un fils, celui-ci le tuerait et épouserait sa mère. Quand Œdipe naît, son père ordonne aussitôt à son serviteur de le tuer. Mais ce dernier l'épargne. La prédiction va se réaliser. Quand Œdipe prendra conscience que son épouse est sa mère et qu'il a tué son père, il se crèvera les yeux.

(42) Parricide : s'emploie indifféremment pour le meurtre du père ou de la mère commis par l'enfant de ces derniers.

(43) La Violence de l'interprétation de Piera Aulagnier, 1975. Un Interprète en quête de sens de Piera Aulagnier ; 1986.

Par crainte de la castration-punition, l'enfant, via le refoulement, intériorise tant bien que mal ces interdits pour accéder à cette séparation psychosomatique autonomisante⁽⁴⁴⁾.

Quand la sortie de l'Œdipe n'est pas surmontée, il se produit des phénomènes de retour en arrière, avec tout le cortège d'angoisses schizo-paranoïdes, de castration, de clivages...

Le sujet se sent inhibé, impuissant, vide ou plus encore morcelé, néantisé, persécuté, spolié, au bord du gouffre ; auto-identifié au mort.

Voilà, en gros, ce qui peut se réactualiser lors d'une succession.

En conclusion, à deuil difficile, processus successoral difficile mais non impossible. Ainsi, l'héritier est en quête d'amour, de réparation, de vengeance jubilatoire, de guérison, de justice, de jouissance sans limite, de destructivité, de reniements, de refus d'hériter.

Section II – Le décès, catalyseur d'effets juridiques et psychologiques : la place vacante

12. Comme nous le savons, la nouvelle d'un décès peut susciter toute une gamme d'attitudes et d'affects allant du coup de tonnerre dans un ciel bleu au bonheur féroce d'hériter. Ainsi, les sentiments les plus classiques, les plus contradictoires, les plus inattendus, se déploient : tristesse, froideur, colère, apaisement, satisfaction, déni⁽⁴⁵⁾ de la mort...

Aussi, recourrons-nous tout d'abord à quelques étymologies latines pour mesurer la portée et la charge émotionnelle d'un décès.

Le décès vient de départ « *decessus* », ce qui implique de quitter une place ; le deuil de « *dol* » la douleur ; la succession de « *succedere* » prendre la place, l'alignement.

On retrouve la place dans le miroir **généalogique**, suivant un ordre établi : par exemple, dans l'arbre généalogique, mon père ne peut être mon grand-père sinon il y aurait inceste d'un père avec sa fille qui est ma mère et donc ma sœur... à moins que l'inceste n'ait été effectivement commis. Chacun est par conséquent assigné à une place suivant l'ordre de l'arbre généalogique.

Sous-section I – *Les qualités et places des héritiers aux carrefours de l'amour et de la haine*

13. Quel que soit le type de succession, le décès peut catalyser une mosaïque de réactions, suivant la personnalité et la place du sujet dans l'ordre successoral.

(44) Séparation psychosomatique autonomisante : elle traduit le renoncement psychologique et physique de l'enfant au corps de sa mère et à son propre désir incestueux. Cette séparation est particulièrement structurante pour l'enfant puisqu'elle lui permet de faire un pas de plus dans son autonomisation, c'est-à-dire à l'accès à une plus véritable individualité.

(45) Déni : refus d'accepter une réalité.

Nous allons donc proposer une lecture de ce qui apparaît sur la scène successorale sous la forme d'un prisme transparent⁽⁴⁶⁾ :

§ I – UN PRISME, CAISSE DE RÉSONANCE⁽⁴⁷⁾

14. Au sommet du prisme, il y a l'événement excitant, un décès, plus crûment, **la mort**, qui secoue la structure du prisme et saisit le sujet en ses affects⁽⁴⁸⁾, ses pensées, son corps. C'est l'adage bien connu : « le mort saisit le vif ».

Une face du prisme reflète les personnalités supposées de tous les acteurs, héritiers et défunt, affectés à une place suivant l'ordre et les degrés de l'arbre généalogique.

Sur une autre face, en vis à vis, et suivant ce même ordre, miroitent les parts dévolues d'héritage.

Sur la troisième face, ce sont les déformations dues aux débordements conflictuels.

À l'extérieur du prisme, se trouvent les héritiers extra-familiaux.

L'œil du notaire repère les éventuelles déformations du prisme durant le processus successoral. La face importante est celle des déformations.

Le prisme permet au notaire de se faire une idée du climat, des conflits émanant de l'espace successoral. À travers ce prisme, il repère le ou les agents paraissant, à tort ou à raison, à l'origine de ces déformations : qui des héritiers exerce un ascendant sur les autres, qui, parmi eux, est facteur de ralentissement, de conflits, de dynamisme.

Ensuite, le notaire vérifie en quoi les déformations dues aux débordements sont à relier à la répartition des parts et aux types de personnalités.

Ces précautions sont prises afin d'élaborer une stratégie : par exemple, si la situation se bloque, tantôt il s'avère préférable, judicieux de convaincre ou de s'allier un leader dans l'intérêt de tous, tantôt de convaincre les autres afin de neutraliser ou limiter la sphère d'influence du leader conflictuel et néfaste.

§ II – UN CORPS, DES CORPS SUCCESSORAUX⁽⁴⁹⁾

15. Comme nous l'avons vu précédemment dans *Le Mythe de la horde primitive*, le terme de corps symbolise ici un corps matériel, le patrimoine du défunt, qui, par son découpage, est soumis à un partage réglementé suivant un pacte respectueux de

(46) Prisme transparent : pyramide dont la transparence des faces permet la lecture.

(47) Le prisme devient une caisse de résonance par les effets que produit le décès sur les héritiers. Voir aussi la note 10.

(48) Même l'héritier le plus « indifférent » (ou le plus joyeux) est saisi en ses affects dans la mesure où ceux-ci sont anesthésiés, réprimés et donc retenus, tus. Par exemple, l'indifférence peut cacher une cruauté, haine, colère, rage, rancœur, amertume, représailles etc. Ce sont des affects qui ont à voir avec le besoin de châtier, pour « x » raisons, ce défunt-fantôme qui revient sur le devant de la scène, ici la scène successorale, et de procéder à une nouvelle, à une énième mise à mort.

(49) Un corps, des corps successoraux : c'est le corps patrimonial du défunt dont le partage confère aux héritiers leurs parts d'héritage ou corps successoraux, parties du corps patrimonial ; voir la note 5 de l'introduction sur le mythe de la horde primitive. Ce mythe raconte une scène de démembrement du corps du père mort, tyran qui n'a de loi que la sienne, et dont les parts sont distribuées à ses enfants.

la loi convenu et reconnu par les héritiers. Ceux-ci reçoivent leur part de corps patrimonial.

Une succession implique, en général, un morcellement, démembrement du patrimoine du défunt dont le corps est la métaphore. D'où l'émergence d'angoisses, de sentiments de dépossession, d'appropriation, de conviction d'être victime d'un partage jugé arbitraire.

Car une succession infère d'un côté un corps patrimonial et symbolique à démembrer, morceler, liquider, et de l'autre, un remembrement familial et extrafamilial des héritiers suivant un ordre et des degrés (familles simples, recomposées, conjoint, nationaux, internationaux, tiers...).

L'héritier se voit alors dans le reflet de sa part d'héritage dans le miroir prismatique successoral : là, il se reconnaîtra ou pas.

Ainsi, l'affectation à telle place quant à la part dévolue peut donner l'impression d'être déconsidéré par les autres héritiers, voire par le notaire, et provoquer agressivité, scandale, sentiment d'exclusion : réalité matérielle et sentiment se mêlent comme en miroir l'un de l'autre, comme si l'une (la part) constituait la preuve de l'autre (le sentiment) : preuves d'amour, de mépris ou de haine. Les conflits de l'enfance, activés par le deuil, et jusque-là en sommeil, émergent avec tout un déploiement de luttes fratricides, parricides⁽⁵⁰⁾, plus ou moins infernales, plus ou moins contenues, tempérées.

Le nourrisson et le petit Œdipe sont de retour pour gagner ou se soumettre.

Dès lors, il se produit des conflits de légitimité identitaire des héritiers entre eux par rapport à cette place qu'on croyait sienne : les conflits de l'enfance, dans l'adulte, jusque-là sous-jacents, font retour, prêts à parasiter, court-circuiter le bon déroulement d'une succession. Il s'ensuit des accusations en tous genres, des procès d'intentions, des jeux d'alliances entre héritiers mais aussi des compromis.

Car l'héritier *peut* voir en l'autre héritier, un aimé, un préféré ou un égal qui ne devrait pas l'être et ressenti, selon le cas, comme un nanti, un privilégié, un intrus, un voleur, un spolié, un manipulateur... en raison d'avantages acquis avant ou après le décès.

Sous-section II – *La personnalité psychique et la place du défunt*

16. Les conflits qui surviennent ne tiennent pas seulement à la personnalité des héritiers mais également au regard de la place du défunt. Aussi nous interrogerons-nous en premier lieu sur la place du défunt dans l'ordre de la parenté : en quoi, même mort, le défunt induit-il des effets post-mortem sur ses héritiers ? En second lieu, nous dégagerons la figure du défunt pacificateur qui, en dépit des précautions prises pour éviter tout conflit, les aura provoqués.

§ I – LA PLACE DU DÉFUNT

17. Comme nous l'avions énoncé dans la première partie, l'enfant hérite de ce qui lui est transmis psychiquement et physiquement par son environnement familial

(50) Parricide : désir de meurtre d'un ascendant du sujet, père, mère ou personnes assimilées.

et sociétal pour passer de l'état d'enfant à l'état adulte. Au fil du développement du sujet, des liens se forment, des conflits se nouent entre parents et enfants, entre frères et sœurs, cousins, oncles...

C'est dire que les qualités psychiques et la place du défunt interagissent avec celles des héritiers car les conflits ne sont psychologiquement pas les mêmes selon que le défunt est un ascendant, un descendant, un collatéral ou tiers.

§ II – LA FIGURE DU DÉFUNT PACIFICATEUR

18. Cette figure du défunt pacificateur est ainsi nommée pour souligner son souci et sa volonté d'assurer une égalité, une paix entre héritiers pour justement prévenir ou atténuer tout conflit.

Certes, il traite ses héritiers à part égale comme s'il les aimait à part égale. Il fait tout pour limiter les conflits post-mortem, ce qui est le plus souvent le cas. Or, ce souci de partage égalitaire, *parfait*, peut être perçu par l'un ou l'autre des héritiers comme *parfaitement* injuste et remis en cause. Les affects redoutés, les accusations refont surface même dans le cas du défunt pacificateur comme s'il *s'était trompé*, était *naïf* ou en plein déni, à la façon dont un parent peut se fourvoyer ou être dupé, manipulé.

§ III – LE DÉFUNT AMBIVALENT

19. Le caractère ambivalent est un caractère qui consiste à nourrir des sentiments contradictoires avec d'une part, des sentiments d'amour, d'affection, d'intérêt pour une personne et, d'autre part, de haine, de mépris, d'indifférence ou de jugements négatifs envers cette même personne.

Quand l'ambivalence est particulièrement prononcée, tranchée, elle s'avère pathologique. Il arrive que le notaire soit en effet confronté à ce type de personnalités : un défunt, inducteur de conflits qui le réjouissent par avance. La chose léguée n'est pas loin du cadeau empoisonné.

La visibilité, la lisibilité de ses préférences réelles perturbent car, pour lui, aimer pourrait très bien signifier haïr. C'est la loi du double-langage ou double-bind⁽⁵¹⁾ qui consiste à dire une chose et son contraire de façon à paralyser, bloquer l'autre et le cours de toute une procédure.

(51) La théorie du « double-bind » (qui se traduit par double lien ou langage paradoxal ou encore double contrainte) est une théorie qui analyse les situations, mécanismes et facteurs de perturbations concernant la communication à l'intérieur d'une famille. Dans les situations de « double-bind », le sujet subit des pressions contradictoires. Il se retrouve comme prisonnier de discours ou d'ordres paradoxaux, opposés, incompatibles qui le bloquent, le paralysent. Il n'a d'autre échappatoire que des réponses ambiguës, insensées, ou le recours au silence. C'est que deux messages contradictoires lui sont adressés, l'un implicite, l'autre explicite, ou tous deux explicites : ex : je t'aime pour je te hais ; « sois spontané ! » ; « il est interdit d'interdire » ; les exhortations d'une mère à son fils : « va donc courir les filles ! » et implicitement ou explicitement : « tu n'es bien qu'avec ta mère ». Cette théorie est dégagée en 1942 par les anthropologues G. Bateson, J. Weakland, le psychologue P. Watzlawick, et d'autres encore qui ont constitué une équipe et une école à l'hôpital de Palo Alto.

CHAPITRE II

L'ENCLÈCHEMENT DE PHÉNOMÈNES
DE GROUPE⁽⁵²⁾ FACE AU TIERS NOTAIRE

20. Le corps physique et patrimonial du défunt et la mort font résonner le corps de chacun.

Le groupe des héritiers, comme tout groupe, présente des imaginaires qui circulent et s'échangent d'inconscient à inconscient⁽⁵³⁾, à travers des échanges verbaux (consciemment, on liquide une succession et inconsciemment, on vide le mort pour se remplir).

Section I – L'arène successorale précipite reviviscences⁽⁵⁴⁾ et télescopages⁽⁵⁵⁾

21. Dans l'Antiquité romaine, une arène délimitait une aire de sable où se déroulaient les combats de gladiateurs, outre les courses de chars ou de taureaux. Nous empruntons ce terme car, au cours d'une succession, certaines tensions, dissensions, combats passionnels, déclarés ou tacites, ne manquent d'avoir lieu entre héritiers. Par conséquent, dans une première sous-section, nous dresserons un « catalogue » non exhaustif et donc synthétique de quelques types de personnalités psychiques. C'est qu'en effet, celles-ci définissent des fonctionnements mentaux et comportements spécifiques en interaction entre eux, en confrontation, lors du déroulement d'une succession.

Dans la seconde sous-section, sera abordée la question de « la place vacante » laissée par le défunt, c'est-à-dire la place à prendre ou ne pas prendre.

Sous-section I – *Les personnalités psychiques des héritiers*

22. La qualité d'héritier d'un sujet ne coïncide pas seulement avec sa personne physique et juridique : elle se confond également avec la personnalité psychique de chaque héritier ce qui complexifie la situation : l'entrée en scène des personnalités psychiques des héritiers appelle à en tenir compte, même a minima, même à son insu,

(52) René Kaës : L'Appareil psychique groupal ; Dunod 1976 et Didier Anzieu : Le Groupe et l'Inconscient ; Dunod, 2000.

(53) D'inconscient à inconscient : d'imaginaire à imaginaire. Les fantasmes inconscients sont des scénarios imaginaires qui exercent une influence sur notre vie consciente (nos relations, nos choix, nos réussites, nos échecs...).

(54) Reviviscence : résurgence, réveil d'éléments du passé.

(55) Télescopages : ici, c'est la rencontre, le choc, en un même temps d'un passé qui surgit et vient peser, faire pression sur le présent à l'image de deux voitures qui se heurtent. Ici, il s'agit de personnalités différentes, chargées de leur histoire propre, qui se heurtent à certaines autres personnalités. Les passions et fantômes du passé, quand ils resurgissent, peuvent entraîner des tensions, des alliances, des animosités etc.

comme un des outils utiles à la gestion et à la prévention des conflits successoraux. Nous procéderons à une esquisse des tendances psychologiques de ces sujets : tendances organisatrices, désorganisatrices, aidantes, dynamisantes, intrusives, sado-masochiques⁽⁵⁶⁾.

Nous reprendrons ici les traits des personnalités les plus couramment rencontrées à l'occasion du règlement d'une succession. Elles se constituent selon que les différentes étapes de développement⁽⁵⁷⁾ étudiées précédemment aient été plus ou moins bien surmontées ou non.

§ I – L'OBSESSIONNEL

23. L'obsessionnel, se vit comme un représentant de la loi : brillant, il contrôle, il préside, il surveille, mène les débats. Il est raisonneur et moralisateur.

Il a le goût des conflits et peut faire preuve de forte agressivité. C'est lui qui prend longuement la parole en occupant volontiers la place du notaire. S'il doute souvent, hésite, il peut se montrer compulsif. Il est attaché aux rituels. Collectionneur, économe, radin, il l'est par crainte de perdre un être cher (sa mère et autres substituts). D'autre part, ses grandes exigences de propreté recèlent le désir de souiller. Il est rongé par le remords et la culpabilité inconsciente. En l'occurrence, il n'est pas rare qu'il se bloque et ralentisse les procédures par ses ruminations. Ses sentiments sont très ambivalents ce qui le rend sujet aux deuils pathologiques.

§ II – L'HYSTÉRIQUE

24. Avec l'hystérique c'est la théâtralité, la dramatisation, la séduction avec érotisation de la relation : c'est le « non, mais pour qui me prenez-vous ? » qui signe un désir de non désir après excitation du sujet à séduire.

Elle se montre mythomane, jalouse, grande manipulatrice, toute puissante, pseudo-suicidaire, pseudo-somatique (malaises, migraines, maux de ventre, syncopes...), victime des femmes « jalouses » qui l'envient et des hommes aux aguets qu'elle-même provoque. À travers ses mises en scène, elle exprime sa bisexualité psychique qui lui fait jouer le rôle de l'homme et de la femme. Les tatouages et piercing ont souvent à voir avec l'hystérie dans la mesure où le corps est pénétré (comme une femme) par une pointe.

§ III – LE DÉPRESSIF

25. Le sujet se sent dévalorisé dans son image narcissique. Toute son énergie passe dans la rumination. Peu à peu, il n'a plus goût à rien. Sa souffrance le ronge et il peut faire preuve de déni, de troubles caractériels comme l'agressivité injustifiée, l'impatience...

(56) Sado-masochisme : plaisir de souffrir et faire souffrir l'autre. C'est une perversion par laquelle l'agressivité (l'attaque sadique) s'articule au masochisme c'est-à-dire à la capacité pour le sujet qui se soumet de trouver du plaisir dans la souffrance.

(57) Voir Première partie.

Le symptôme principal du dépressif est une forte angoisse de perte et d'abandon. Il lui arrive d'être candidat au suicide. Lors du règlement d'une succession, il peut être facteur de ralentissement.

Le maniaco-dépressif, lui, est en proie aux changements d'humeur cycliques où alternent des moments de mélancolie avec des phases maniaques c'est-à-dire des phases de grande excitation, d'exaltation, de toute-puissance, de fuites des idées et logorrhées⁽⁵⁸⁾. Il peut paraître aussi bien boute-en-train et tonique qu'en perte d'énergie vitale. C'est un candidat au suicide surtout durant ou juste après la phase maniaque.

§ IV – LE PERVERS

26. Le pervers : c'est le père de la horde, un leader, qui exerce son emprise en rendant le groupe pathogène ou délictueux.

Il met en œuvre un dispositif générateur de diffractions, clivages mobilisateurs de dénis et complicités.

Il fonctionne sur deux registres : celui archaïque des lois abusives et celui œdipien des lois sociétales, lois de tous.

Il faut savoir que les tendances perverses peuvent se retrouver chez tous surtout lors d'un décès.

§ V – LE PARANOÏAQUE

27. Le paranoïaque, lui, est impressionnant et brillant. Il souffre de ses blessures, traumatismes de l'enfance qu'il a colmatés en aménageant un système de défense relativement efficace. Toujours est-il qu'il peut faire peur. Cette personnalité, parfois fascinante, se caractérise par une hypertrophie du Moi⁽⁵⁹⁾ qui explique sa tendance à être orgueilleux, irritable, méfiant, chatouilleux, soupçonneux, d'humeur ombrageuse, hostile, violent, pour l'entourage. Mais il sait contrôler ces « travers » quand il en est conscient.

Il se livre aisément à des critiques, à des interprétations malveillantes ou erronées qui séduisent certains mais dont d'autres souffrent âprement, mortellement. Il fonctionne par rapport à un système délirant de grandeur, de persécution, de méfiance, de fanatisme. Il a le mérite de pouvoir être un véritable autodidacte, un altruiste ou un amoureux « pathologique » (jalousie morbide où la personne aimée n'est pas celle que l'on croit mais *le ou la rivale*). Il lui arrive de passer à l'acte, évacuant ainsi de sa violence.

Comme le pervers et l'obsessionnel, c'est un chef qui prend la place de l'autre, du notaire, par exemple.

(58) Logorrhée : grande volubilité, flux verbal qu'il est parfois difficile d'arrêter.

(59) Hypertrophie du Moi : ego surdimensionné.

§ VI – *LE SCHIZOPHRÈNE*

28. C'est un sujet qui souffre d'un syndrome dissociatif : scission de la personnalité, perte de contact avec la réalité, hallucination, délire, sentiment d'être sous le contrôle d'une force extérieure.

§ VII – *LA PERSONNALITÉ BORDER-LINE*

29. Nous nous contenterons ici de la définir comme une personnalité procédant, à divers degrés, d'un mélange de personnalités décrites ci-dessus.

Sous-section II – *La place vacante*

30. C'est la question de l'enjeu identitaire.

La place du mort, c'est bien évidemment la place d'un absent qui, paradoxalement, n'a jamais été aussi présent dans le cadre de la succession : l'ombre de ses volontés plane même en l'absence de testament. On le fait « parler » par l'intermédiaire de ses porte-parole dont le notaire.

Or, cette place n'est pas sans exercer ses effets sur la place de chacun, tel un jeu de chaises tournantes, tel un projecteur éclairant une place plus qu'une autre ou chacune d'entre elles avec la même intensité.

La place vacante du défunt, par ce qu'elle génère affection, droits, et obligations, modifie la place de chacun par ces « en-plus » (gains successoraux) ou « en-moins » (pertes, dettes à payer pour hériter). L'identité de chacun est alors susceptible de s'en trouver quelque peu perturbée.

§ I – *L'ENJEU IDENTITAIRE*

31. Comme nous l'avons vu⁽⁶⁰⁾, la place vacante c'est la place à prendre ou ne pas prendre.

En d'autres termes, à qui la meilleure, la moyenne, la pire part d'héritage, à qui la meilleure reconnaissance d'amour, la haine, le dédain du défunt ?

À qui le phallus, qui se sentira déchet, déshérité ?

Les projections et les fantasmes ne chôment pas.

Ils infiltrent les corps, parasitent les pensées, se déchargent (colères, larmes, jouissances, guerres psycho-procédurières).

(60) Voir la première partie, section II : Le décès...

C'est qu'on rejoue, « traite », à la faveur du décès, ce qui s'est mal passé et placé⁽⁶¹⁾ durant l'enfance.

§ II – QUELQUES POSTURES IDENTIFICATOIRES ET FANTASMES⁽⁶²⁾ SOUS-JACENTS

32. Les postures identificatoires sont des identifications c'est-à-dire des appropriations par le sujet de traits psychologiques appartenant à telle ou telle personne, de façon à lui ressembler : un enfant s'identifie à la mère, au père, au frère, à la sœur, à tous autres selon son bon vouloir pour plaire, être aimé, *reconnu*. Il peut même s'identifier à son agresseur comme pour prendre de sa force et ne plus être « victime⁽⁶³⁾ ». Ces identifications sont le plus souvent mues, régies par des fantasmes, c'est-à-dire des scénarios imaginaires sous-jacents. Voici quelques exemples d'identifications (*l'Être*) et de fantasmes (scénarios imaginaires qui sous-tendent celles-ci).

- Être les héritiers *abrités et unis* dans l'espace successoral : c'est le fantasme de parents unificateurs entourant leurs enfants. En dépit du deuil, les héritiers se sentent rassurés, sécurisés et solidaires dans l'autre successoral, pendant les réunions. *Ils sont à l'image* des enfants qui, dans l'espace familial, se sentent protégés par les parents bienveillants, ce qui est de bonne augure.

- Être celui qui répare en vue d'une perfection. Il intervient pour réconcilier tout le monde afin de ne perdre personne ou d'être abandonné : il craint tant de blesser ou d'avoir blessé autrui qu'il est susceptible de déprimer⁽⁶⁴⁾.

- Être l'héritier préféré, ou l' élu du défunt, du notaire, à l'exclusion des autres. Cette identification renvoie à un fantasme incestueux, fratricide et parricide. C'est un héritier qui s'imagine être l'époux ou l'épouse de la mère, du père, frère, sœur et substituts⁽⁶⁵⁾... À cette fin, l'élimination fantasmatique⁽⁶⁶⁾ du rival est nécessaire puisque les autres sont écartés : c'est lui le préféré.

- Être le leader, le meilleur etc. Son fantasme, c'est d'être l'idéal de toute-puissance, mégalomane, soit père, soit mère de la horde des héritiers. Le sujet s'identifie à cette même mère ou ce même père tout-puissant. Il mène « son monde ».

(61) Par exemple, durant le stade du miroir (voir la première partie), cela consiste à n'avoir pu trouver son image entière et donc une place, *sa place* entière dans le miroir, place envahie, parasitée par un autre (mère, père et substituts...) ; ou bien encore n'avoir pu couper le « cordon ombilical » en demeurant le compagnon du parent incestueux.

(62) Scénario imaginaire en général inconscient, porteur de désir et d'un conflit psychique : puisqu'il s'agit d'un scénario, le sujet fantasmant met en scène des acteurs dans un bout d'histoire ou de conflit : ex un fantasme incestueux met en scène le sujet qui fantasme, un parent et une relation sexuelle ; un fantasme sado-masochique met en scène un sadique qui fustige un masochiste afin de faire souffrir et ressentir la souffrance de son partenaire.

(63) Le violeur est un exemple d'identification à l'agresseur puisque sa biographie révèle souvent que lui-même a été victime d'un viol. Mais tous les violés ne deviennent pas violeurs car cela dépend du contexte environnemental suffisamment favorable, réparateur ou non (famille, rencontres). Il en va de même de l'enfant battu, maltraité psychologiquement et / physiquement, à savoir que tout enfant battu ne devient pas maltraitant.

(64) Voir la première partie, section I (l'enfant, ce futur héritier) au § 1 sur le « *petit réparateur* ».

(65) Les substituts sont les équivalents des pères, mères, frères etc.

(66) Fantasmatique : imaginaire.

- Être l'insatiable, l'envieux, l'avid : c'est l'héritier cannibalique qui veut vider le ventre patrimonial. Ici, le sujet régresse à l'état archaïque de nourrisson, d'enfant : le sujet apparaît affamé, souffrant, écorché-vif, du fait de frustrations, blessures anciennes que le deuil réveille, actualise. Son fantasme, en la circonstance, est de n'en plus finir de manger, de s'enrichir, pour combler un vide, un trou sans fond ; en bref, de s'approprier ce qui n'a pu se faire en temps voulu. Il n'en a jamais assez.

- Être l'attaquant, le vengeur, se sentir attaqué, observé, persécuté par les autres héritiers, le notaire et autres tiers. Nous reconnaissons ici le paranoïaque, identifié à la mère ou au père tout-puissant, tyrannique : c'est la loi qui s'adapte à lui, il est le maître de l'abus de droit.

- Être le séducteur du groupe : le sujet s'identifie à un membre spécifique de sa famille, qui fut, en son temps, séducteur à son égard ou à l'égard de tous.

- Être le puni, le lésé ou l'inverse : c'est un fantasme, c'est-à-dire un scénario imaginaire sado-masochiste de l'enfant battu ou à battre. Le sujet s'est identifié à son agresseur et à l'agressé. C'est que l'enfant, l'adulte prennent plaisir à être battus ou à battre. Masoch et Sade en sont les prototypes. Dans l'espace successoral, l'héritier apparaît dès lors dans la plainte ou l'attaque jouissive comme si les autres étaient responsables de son sort, de sa souffrance.

- Être dans la fuite : c'est l'héritier qui esquivé, apparaît évasif, « insaisissable », replié ou extraverti. Il est la proie d'un fantasme de retour dans le ventre maternel⁽⁶⁷⁾ qui lui paraît idyllique, protégé et bien plus confortable que l'insupportable réalité présente. Cet héritier s'identifie au nourrisson collé à sa mère. Le ventre maternel peut être représenté, symbolisé, par exemple, par la nature⁽⁶⁸⁾ généreuse, belle, regorgeant de richesses, substitut du ventre maternel.

§ III – POURQUOI CES ANGOISSES ?

33. Ces angoisses et retours de refoulés⁽⁶⁹⁾ sont des flux invisibles mais perceptibles dont on se débarrasse sur le dos des autres comme si le découpage successoral se projetait sur le corps-psyché des héritiers : angoisses de persécution, d'anéantissement, de corps morcelé, démembré ou castré.

Par crainte de la punition, source d'angoisses, l'agressivité que le sujet nourrissait envers l'autre est alors retournée contre soi, donnant ainsi lieu au sentiment de culpabilité.

C'est ainsi que certains héritiers paraissent bons, « gentils », face à d'autres, qu'ils jugeraient, par projection⁽⁷⁰⁾, malveillants, voleurs, intrigants, haïssables.

(67) Le fantasme de retour dans le ventre maternel : la caverne d'Ali Baba ou L'île au trésor de R. L. Stevenson (1881) constituent métaphoriquement des exemples d'extériorisation de ce fantasme. Mais il renferme aussi des dangers...

(68) La nature est parfois appelée Mère-Nature.

(69) Les retours de refoulé sont les désirs, les blessures enfouis qui refont surface.

(70) Projection : c'est une expulsion hors de soi par peur de ce que l'on ne veut pas reconnaître en soi (sa jalousie, sa propre haine, malveillance etc.).

§ IV – REPÉRER LA TENSION

34. Il est utile de repérer la tension qui règne lors des réunions car elle peut bien être le signe qu'un héritier, « *mine de rien* », impose aux autres son fantasme à lui, c'est-à-dire ses désirs. C'est l'inducteur⁽⁷¹⁾ de fantasme. Nous avons vu qu'un fantasme est un scénario qui met en scène des acteurs (ici les héritiers). En imposant son fantasme, le sujet attribue des rôles à chacun comme un scénario où il serait le maître, le leader et les autres ses sujets.

L'inducteur, c'est celui qui a pris le pouvoir ou a contaminé les autres de son angoisse, de sa joie, de son désir, de son délire. Ce peut être le « suivez-moi » du leader ou encore les chantages séducteurs de l'hystérique qui façonne son public.

Aussi, le notaire (ou le médiateur, conciliateur et autres tiers) a-t-il intérêt à récupérer ou bien enserrer ses rênes en reprenant la parole, sa place, son légitime pouvoir, en apaisant l'inducteur dans la bienveillance et la fermeté.

Suivant la loi sociétale, le notaire doit œuvrer pour remettre chacun à sa place *réelle et non plus fantasmée*.

Section II – Mise en position favorable du notaire et autres tiers face aux héritiers

Sous-section I – *Le notaire porte-parole bienveillant*

35. Le notaire, porte-parole bienveillant, a pour tâche de cadrer les désirs, les revendications, voire les débordements de chacun. Il est un porte-parole car il représente le défunt, la loi et parle en leur nom. Il est bienveillant car il veille à respecter et faire respecter la volonté du défunt, de la loi ainsi que l'intérêt de chacun. Or, une succession n'est pas toujours un long fleuve tranquille, loin de là...

La parabole, ou le dilemme des hérissons⁽⁷²⁾, contée par le philosophe A. Schopenhauer et reprise par S. Freud⁽⁷³⁾, permet d'illustrer la nécessité pour le notaire d'évaluer une position favorable par rapport aux protagonistes d'une succession, dans la mesure aux deux sens du terme ainsi que dans l'intérêt et la considération de chacun.

Cette parabole, qui illustre le problème de la socialité, est la réponse à une question : en hiver, comment font les hérissons pour se tenir chaud ensemble sans se faire piquer ? A. Schopenhauer résout ce dilemme de la façon suivante : il s'agit pour eux de n'être ni trop près, ni trop loin de l'autre pour ne pas se blesser mutuellement du fait des piquants et pour se tenir un peu plus chaud.

Les hérissons évaluent par nécessité la bonne distance entre eux.

(71) René Kaës : L'Appareil psychique groupal ; Dunod 1976 et Didier Anzieu : Le Groupe et l'Inconscient ; Dunod, 2000.

(72) La parabole des hérissons de A. Schopenhauer, extraite de son recueil : les Parerga suivis des Paralipomena 1851.

(73) Psychologie du Moi de Sigmund Freud 1921.

Cette métaphore peut aisément s'appliquer au notaire et aux héritiers afin de se ménager une distance de sécurité.

Sous-section II – *Quelques suggestions pour gérer des situations conflictuelles*

36. En cas d'impasse, de débordements, le notaire, et autres tiers y afférents, peuvent recourir un moment à *l'image de la mère unifiante, apaisante des origines*.

Le recours à *l'autorité œdipienne* réorganisatrice, c'est-à-dire au respect du cadre de la loi juridico-sociétale, est essentiel pour assouplir ou faire barrage aux polémiques et pinaillages.

La quête d'une solution de compromis institue aussi les limites à ne pas dépasser.

Il arrive qu'il faille aller plus loin : *c'est le poing sur la table*.

Si des symptômes désorganisateur surgissent (colères, haines, somatisations, suspicions, perversions, persécutions, délires...) le notaire, et autres tiers y afférents, ont intérêt à *s'adresser à la partie saine, raisonnable de l'héritier ; ils le rassurent, le valorisent, le calment afin de le réorganiser*. Il ne s'agit en aucun cas de faire ses quatre volontés ce qui serait masochiste.

Le fait d'orienter de temps à autre le projecteur sur les points d'accords déjà obtenus, de les rappeler, est susceptible de faire tomber la tension, de prendre du recul : cela permet de dégager un peu plus de créativité et de réalisme pour trouver des solutions. Il est bon de se méfier de la riposte frontale.

Le notaire fait ainsi évoluer les projections, les escrimes destructrices et paralysantes de l'avidité, de l'envie qui dépossèdent et dévorent, de la rage qui détruit et consume, de la jalousie qui tue etc.

Il peut, en énonçant tranquillement et fermement la loi, adopter une posture contenante, tels de bons père et mère de famille attentionnés et bienveillants.

Afin de contrer les excès et passages à l'acte, il est bon d'enrichir, d'étoffer les représentations de chacun par des images, des récits, des cas de figures succincts dans lesquels l'héritier puisse se reconnaître et élargir ses visions et perspectives. Il existe aussi le danger pour le notaire d'être aspiré par le discours, la problématique, la plainte de l'héritier, tel un chant de sirènes car il court le risque de se retrouver à une place autre que la sienne, embarqué dans son système psychique et/ou ses manipulations. C'est une façon d'aménager des distances de sécurité comme dans la parabole des hérissons.

Conclusion : bien sûr, il est opportun de préparer une succession, mais cela ne saurait suffire : intelligibilité des conflits, créativité, et intuition, sont de mise.

PARTIE I

**LA PRÉVENTION DU CONFLIT :
LES OUTILS JURIDIQUES**

TITRE I

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE : UN RÉFLEXE

37. La mobilité internationale est un fait qui ne peut pas être ignoré.

D'une part, la France attire les étrangers, qu'ils s'y installent durablement ou qu'ils y séjournent à l'occasion de leurs études, ou pour des raisons professionnelles. D'autre part, les français sont plus mobiles, ils n'hésitent plus à s'expatrier pour des courtes ou longues périodes.

Les statistiques sont parlantes : selon l'INSEE, en 2013, 4,1 millions d'étrangers et 5,8 millions d'immigrés vivaient en France, soit respectivement 6,2 % et 8,9 % de la population totale. Le site internet France Diplomatie estime le nombre de français vivant à l'étranger entre 2 et 2,5 millions à fin 2016, ce qui représente près de 4 % des citoyens français.

Intuitivement, chaque praticien sait que cette mobilité s'est accrue dans les trente dernières années et continuera à s'accroître.

38. Le dossier de succession est celui qui présente le plus d'éléments d'extranéité. En effet, la succession multiplie les sujets de droit (défunt, conjoint, héritiers) et les objets (actifs divers, passifs). Ainsi, le défunt peut avoir plusieurs nationalités, être né, s'être marié, ou être mort hors de France, avoir vécu longuement hors de France ; il peut en être de même pour un ou plusieurs des héritiers, ou encore des biens ou des créanciers peuvent être situés à l'étranger.

Savoir découvrir ces éléments d'extranéité est la première étape. L'élément d'extranéité déclenche l'application de la règle de droit international privé. Les éléments d'extranéité qui apparaissent sur l'état civil sont faciles à repérer (naissance, mariage, divorce, décès à l'étranger) mais ne doivent jamais être négligés. D'autres nécessitent de poser systématiquement des questions dès l'ouverture des dossiers. Ces questions doivent être posées alors même que rien dans le dossier ou dans les pièces d'état civil ne laisse présager un élément d'extranéité. Il faut demander si le défunt a vécu à un moment quelconque de sa vie à l'étranger, quelles nationalités il possédait, et poser les mêmes questions à tous les intervenants du dossier. Ces éléments permettront au notaire en charge de la succession d'appliquer pleinement les règles de droit international privé et d'appliquer ainsi la bonne loi, car ce n'est pas toujours la loi française qui s'applique, et d'éviter ainsi des déconvenues à ses clients et la mise en jeu de sa responsabilité civile.

39. C'est un véritable bilan de droit international privé (*bilan DIP*) qui doit être fait à l'ouverture du dossier de succession. Il permettra d'établir la loi applicable au régime matrimonial du défunt et de chacun des héritiers, la loi applicable à la succession, la loi applicable pour la protection d'un majeur ou d'un mineur venant à la succession... Mais, plus encore, ces questions doivent être posées régulièrement quand nous rencontrons nos clients à tous les stades de leur vie, au moment de leur mariage ou lors de leurs acquisitions. Y a-t-il de nouveaux éléments d'extranéité ? Existe-t-il de nouveaux instruments permettant de nouveaux choix ? Grâce à ce bilan, renouvelé régulièrement, le notaire pourra utiliser judicieusement les règles du droit international privé et mettre en place en amont les outils de prévention des conflits successoraux.

CHAPITRE I

LE BILAN DIP : DÉTECTER LES CONFLITS DE LOIS POUR ÉVITER LES CONFLITS SUCCESSORAUX ET LA MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE

40. Le droit international privé est trop souvent oublié dans notre pratique quotidienne. Pourtant, il est enseigné à l'université et dans nos formations menant au diplôme de notaire. Il est mis en valeur dans notre profession puisqu'il fait l'objet d'un certificat de spécialisation. Il existe de multiples propositions de formation pour tous les niveaux (INAFON, Université du Notariat, Centre de Formation, diplôme universitaire de l'ACENODE en collaboration avec l'Université Lyon III et de CFPN de Lyon). Il faut d'ailleurs saluer l'initiative de l'ACENODE qui propose des cycles de web conférences à raison d'une heure par mois. Accessibles par internet, ces conférences peuvent être très facilement suivies et permettent d'initier ou de perfectionner au droit international privé les notaires et les collaborateurs d'une même étude rassemblés devant un écran sur des thèmes en prise directe avec la pratique notariale. Les auditeurs peuvent poser des questions et demander des éclaircissements à l'intervenant en fin de séance. Le droit international privé fera l'objet sous peu d'un congrès des notaires, preuve de son importance fondamentale pour notre pratique.

Pourtant, combien y a-t-il eu de liquidations de communautés légales françaises en l'absence de contrat de mariage alors qu'un examen plus attentif des faits aurait permis de conclure qu'une autre loi que la loi française était applicable au régime matrimonial des époux ? Combien de fois a-t-on par le passé appliqué à tort la loi française à une succession mobilière pourtant régie par une autre loi ? Jusqu'à l'entrée en vigueur du *règlement européen successions*⁽⁷⁴⁾, le notariat était « protégé » par la règle ancienne qui soumettait systématiquement la succession des immeubles situés en France à la loi française. Le notaire qui avait appliqué le droit français à la dévolution d'un immeuble situé en France n'avait pas tort. Aujourd'hui, les règles posées par

(74) Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

le règlement européen successions peuvent facilement aboutir à l'application d'une loi étrangère pour un immeuble situé en France et la recherche de la loi applicable est plus complexe et doit être maîtrisée.

41. Certains pourraient penser que la loi française a toujours vocation à s'appliquer et que l'appliquer systématiquement en oubliant volontairement ou non les éléments d'extranéité pouvant déclencher l'application d'une loi étrangère ne peut être une erreur. Ceux-là ont une vision datant du siècle dernier⁽⁷⁵⁾.

Car c'était bien celle de la Cour de cassation posée au milieu du 20^{ème} siècle dans un arrêt Bisbal de 1959 : « *les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé* »⁽⁷⁶⁾. Évidemment, si une partie évoquait l'application d'une loi étrangère, le juge était alors tenu d'appliquer la règle de droit international privé. Ce même juge pouvait, alors que cela avait été oublié par les parties, appliquer la règle de droit international privé d'office, mais il n'en était jamais obligé.

Dans les années 1980, la Cour de cassation évolue pour culminer en 1988 aux termes de deux arrêts « Rebouh »⁽⁷⁷⁾ et « Schule »⁽⁷⁸⁾ et imposer au juge du fond l'application obligatoire (d'office) de la règle de droit international privé alors même que cette règle n'a pas été soulevée par les parties et cela quel que soit le type de litige.

Retour en arrière dès 1990, puisque la Cour de cassation (première chambre civile), décide dans l'arrêt « Coveco »⁽⁷⁹⁾ que « *lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français en une matière qui n'est soumise à aucune convention internationale et où elles ont la libre disposition de leurs droits, il ne saurait être reproché aux juges du fond de ne pas avoir procédé d'office à la recherche de la loi applicable au fond* ».

Cette saga se termine en 1999 par les arrêts « Mutuelles du Mans »⁽⁸⁰⁾ et « Belaïd »⁽⁸¹⁾. Pour la Cour de cassation, le juge doit appliquer d'office la règle de droit international privé dès lors qu'il s'agit de droits indisponibles. S'il s'agit d'un

(75) Jurisclasseur droit international Fasc. 539-10: Conflit de lois. – Loi étrangère devant les juridictions françaises. – Application d'office de la règle de conflit de lois. – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère.

(76) Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1959 JDI 1960, p. 810, note J.-B. Sialelli ; Rev. crit. DIP 1960, p. 62, note H. Batiffol ; D. 1960, p. 610, note Ph. Malaurie ; JCP G 1960, II, 11733, note H. Motulsky ; GAJDIP, n° 32.

(77) Arrêt REBOUH du 11 octobre 1988, Rev. crit. DIP 1989, p. 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; JDI 1989, p. 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; Defrénois 1989, p. 310, obs. Massip ; GAJDIP, n° 74.

(78) Arrêt SCHULE du 18 octobre 1988 Rev. crit. DIP 1989, p. 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; JDI 1989, p. 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; JCP 1989, II, 21259.

(79) Arrêt COVECO du 4 décembre 1990 Rev. crit. DIP 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; JDI 1991, p. 371, note D. Bureau ; GAJDIP, n° 76.

(80) Arrêt « Mutuelles du Mans » du 26 mai 1999, Rev. crit. DIP 1999, p. 707, 1^{re} esp., note H. Muir Watt ; Gaz. Pal. 2000, n° 61 et 62, p. 39, obs. M.-L. Niboyet-Hoegy ; GAJDIP, n° 77.

(81) Arrêt « BELAÏD » du 26 mai 1999 Rev. crit. DIP 1999, p. 707, 2^e esp., note H. Muir Watt ; JCP G 1999, II, 10192, note F. Melin ; Defrénois 1999, 1261, obs. Massip ; GAJDIP, n° 78.

conflit portant sur des droits disponibles, rien n'oblige le juge du fond à appliquer d'office la règle de droit international privé. Dès lors, il faut définir les droits dont les parties ont la libre disponibilité des droits indisponibles. Une chose est sûre, l'état des personnes et la capacité sont des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition. Mais pour le reste, rien n'est certain. Il semble qu'en droit de la famille, les droits extrapatrimoniaux soient généralement indisponibles tandis que les droits patrimoniaux tendent à être considérés comme disponibles. Néanmoins, il a été décidé que le juge devait rechercher d'office la loi applicable au régime matrimonial, et certaines décisions obligent aussi le juge à appliquer la règle de conflit en matière successorale au moins quand la loi étrangère renvoie à la loi française.

Reste que le juge, même s'il s'agit de droits dont les parties ont la disponibilité, doit appliquer la règle de droit international privé si une partie le lui demande, et lorsqu'aucune partie ne lui demande, le juge a toujours la faculté d'appliquer la règle de droit international privé. Le notaire peut voir sa responsabilité mise en jeu si une des parties avait intérêt à faire valoir une loi étrangère et le fait devant le juge ou si le juge décide d'appliquer la règle de conflit.

Ces développements nous amènent à la question suivante : les parties parfaitement informées de l'application de la règle de droit international privé à leur situation peuvent-elles convenir de ne pas l'appliquer ? Cette possibilité de déroger conventionnellement à la loi normalement désignée par la règle de droit international privé est dénommée **accord procédural**. Là encore, la réponse tient à la libre disponibilité des droits. Ainsi, il ne sera pas possible de conclure un tel accord procédural en matière de capacité ou de filiation. La question est plus ouverte en matière de régime matrimonial ou en matière successorale au moins quand la succession est ouverte. À ce sujet, on peut regretter que le règlement successoral européen, au moins lorsqu'il n'y a pas eu de choix exprès par le défunt de loi applicable, reste muet sur la question de l'accord procédural alors que ce même règlement permet dans certaines conditions de déroger aux règles qu'il pose en matière de compétence. Nous reviendrons plus tard sur cette question.

Notre lecteur devant à ce stade être convaincu de l'utilité pour lui de savoir appliquer les règles des conflits doit maintenant se pencher sur ses clients pour établir pour chacun d'eux un bilan DIP. Ce bilan sera fait, non seulement à l'ouverture de la succession, mais aussi à chaque rencontre avec le client.

Le règlement d'une succession nécessite lorsque le défunt vivait en couple de liquider d'abord les relations patrimoniales du couple, c'est la question du régime matrimonial ou partenarial (section I), puis d'appliquer les règles successorales (section II) mais tout cela ne saurait avoir lieu sans avoir vérifié la qualité des héritiers (section III).

Section I – La loi applicable au régime matrimonial ou partenarial du défunt

42. Nous nous intéresserons d'abord à la question du régime matrimonial. Confronté à la détermination du régime matrimonial d'un couple, la première question du praticien est la même en droit international privé et en droit interne,

les époux ont-ils effectué un choix exprès généralement exprimé dans un contrat de mariage ? Si la réponse est négative, en droit interne, c'est le régime légal, depuis 1966 la communauté de biens réduite aux acquêts, qui s'applique. Mais encore faut-il se trouver en mesure d'appliquer le droit interne français et non une autre loi. Pour cela, il faut :

1/ examiner avec soin les états civils des clients : une naissance, un mariage, un domicile, un décès hors de France, tous ces éléments révèlent au moins un élément d'extranéité susceptible de déclencher l'application de la règle de conflit de lois,

2/ poser systématiquement la question de la résidence des époux tout au long du mariage. Une résidence à l'étranger est un élément d'extranéité susceptible de déclencher l'application obligatoire de la règle de droit international privé.

Lorsque les époux ont effectué un choix exprès (soit de loi applicable soit de régime matrimonial), ce n'est pas la fin du questionnement et du bilan.

Nous examinerons les deux cas : celui où les époux n'ont pas signé de contrat de mariage, puis celui où, au contraire, ils ont exprimé un choix.

En droit interne, nous avons l'habitude de vérifier si les époux ont choisi un régime matrimonial dans un contrat de mariage en demandant un acte de mariage qui, s'il a été établi en France, contiendra la mention de l'existence d'un choix de loi ou d'un contrat de mariage, s'agissant d'une mention obligatoire des actes de mariage. En cas de mariage à l'étranger, l'acte de mariage étranger ne contient pas forcément une telle mention. En tout état de cause, dès que le mariage n'a pas été célébré en France, le notaire ne devra pas oublier le répertoire civil annexe. En interrogeant ce répertoire pour chacun des époux, le notaire aura ainsi accès, notamment, aux désignations de lois applicables faites en France par ce couple. De nombreux couples mariés à l'étranger ont fait des choix de loi applicable en France à l'occasion de l'acquisition d'un bien immobilier et nombre d'entre eux peuvent l'avoir oublié et ne pas le signaler.

Sous-section I – *Le défunt marié sans contrat n'est pas toujours marié sous le régime légal français*

43. Il faut non seulement connaître et savoir appliquer les règles de droit international privé mais aussi savoir détecter les nombreux cas où elles s'appliquent. Ils sont beaucoup plus fréquents que ce que nous imaginons. Pour les détecter, un bilan doit être fait, bilan dont la première étape, essentielle est de poser les bonnes questions. Le cas suivant en est une illustration. Soulignons que ce cas n'a pas été inventé pour les besoins de cet exposé. Tous les faits relatés sont réels et seule la ville (mais il s'agit bien d'une ville située en France) et le jour du mariage (quantième du mois) ont été modifiés.

CAS PRATIQUE

Monsieur et Madame S. sont de nouveaux clients. Monsieur S., est atteint d'un cancer et a une espérance de vie comprise entre deux et six mois. Monsieur S a créé après son mariage une société par actions qu'il dirigeait jusqu'il y a peu et dont il est en train de céder les actions à son associé. Monsieur et Madame S.

ont deux enfants majeurs issus de leur union, à qui ils ont fait plusieurs donations importantes de sommes d'argent et d'actions de la société. Leurs deux enfants sont nés en France en 1985 et 1988, les époux S. et leurs enfants vivent en France. Monsieur et Madame S. possèdent une maison acquise ensemble en 1987 ; l'acte d'acquisition de cette maison mentionne d'ailleurs que les époux S. sont mariés sous le régime légal de la communauté réduite aux acquêts à défaut de contrat de mariage préalable à leur union célébrée à Bordeaux le 5 juillet 1978. Après examen du patrimoine des époux, il est décidé de procéder à un aménagement de leur communauté notamment en ce qui concerne les récompenses et en l'adjonction de divers préciputs. Se pose alors la question des délais. Vous les informez que si l'un de leurs enfants faisait opposition au changement de régime, ils devraient alors demander une homologation et le changement de régime ne pourrait recevoir application que si cette homologation est obtenue avant le décès de Monsieur S ce qui paraît irréalisable. Monsieur S. vous répond que de toute façon, il veut tenter et pense que ses enfants ne s'opposent pas au changement de régime. Mais il y a toujours un risque....

Vous préparez un acte de changement de régime matrimonial en application de la loi française et de l'article 1397 du Code civil.

Lors du rendez-vous de signature, Monsieur S. vous explique que son état de santé s'aggrave. Vous pensez alors à la possibilité qu'offre l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux de modifier, même pour les époux mariés avant son entrée en vigueur, la loi applicable au régime matrimonial et de choisir à l'intérieur de cette loi un régime matrimonial permettant ainsi de changer de régime matrimonial (en changeant de loi) sans les formalités prévues par le droit interne français et donc sans délai ni droit d'opposition des enfants⁽⁸²⁾. Toutefois, a priori, cette situation ne présente aucun élément d'extranéité et les époux sont déjà soumis à la loi française. Pourtant vous posez la question : l'un d'entre vous aurait-il une autre nationalité que la nationalité française, avez-vous vécu ou séjourné à l'étranger ?

Monsieur S. vous répond que tous les deux n'ont que la nationalité française. Par contre, ils se sont mariés en juillet 1978 car Monsieur S. devait faire son service militaire en coopération au Maroc et ainsi son épouse pouvait le suivre. Ils sont arrivés au Maroc en septembre 1978 et sont rentrés en France en juin 1980. Depuis, ils ont toujours vécu en France.

Les époux S. sont-ils vraiment soumis à la loi française et en l'absence de contrat de mariage à la communauté légale réduite aux acquêts ?

Mariés avant le 1^{er} septembre 1992, ne sont-ils pas soumis à la loi marocaine pour y avoir installé leur premier domicile conjugal ? Ces 22 mois au Maroc sont-ils suffisants pour y voir l'établissement d'un domicile conjugal ?

Est-il possible d'utiliser les dispositions de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 pour changer de loi applicable et adopter la loi française et la communauté universelle ? Ou, tout au moins, sécuriser dès maintenant et avant le décès de l'un des époux leur régime matrimonial ?

La déclaration faite dans leur acte d'acquisition en 1987 a-t-elle une valeur ?

(82) Il est utile de rappeler que cet article 6 peut être utilisé par les couples mariés avant le 1^{er} septembre 1992, date d'entrée en vigueur en France de la Convention de La Haye, comme évidemment à ceux qui se sont mariés après cette date.

Tout d'abord, aucun doute, il y a dans ce séjour de 22 mois hors de France à l'aube du mariage un véritable élément d'extranéité. Les époux sont mariés avant le 1^{er} septembre 1992, c'est donc comme nous le verrons plus loin, les règles dites de « droit commun » dégagées par la jurisprudence qu'il y a lieu d'appliquer. En l'absence de choix exprès avant le mariage dans les formes requises, il y a lieu de rechercher la volonté présumée des époux. Il faut rechercher la volonté commune des époux de localiser leurs intérêts pécuniaires. La jurisprudence a, au fil du temps établi une présomption ayant une grande force : elle présume que les époux ont entendu choisir la loi du pays où ils ont établi leur premier domicile conjugal.

Dès lors, si 22 mois suffisent à établir un domicile conjugal suffisamment stable, les époux S. sont soumis au régime légal marocain équivalent à une séparation de biens. Ainsi les actions de la société en cours de vente appartiennent à Monsieur seul. Les CRIDON estiment que seul un domicile de plus de deux ans présente un caractère suffisamment effectif⁽⁸³⁾. Ainsi, ce séjour au Maroc ne serait pas suffisant pour présumer que les époux ont entendu y fixer leurs intérêts pécuniaires et la loi applicable à leur régime matrimonial. Le premier domicile conjugal aurait donc été établi en France. Toutefois, aucune décision de jurisprudence n'a fixé de délai et il est difficile de ne se fonder que sur une pratique des CRIDON.

En admettant que 22 mois passés au Maroc soient suffisants pour l'établissement de leur premier domicile conjugal, la présomption posée par la jurisprudence est-elle irréfutable ? Cette présomption est difficilement réfragable, le premier domicile conjugal ayant un caractère prépondérant, mais il est possible de la combattre, car au fond ce que les juges recherchent c'est l'intention des parties. Ainsi, dans un arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile le 11 mai 2012⁽⁸⁴⁾, les magistrats de la Cour de cassation expliquent « qu'après avoir exactement énoncé que la Convention de La Haye du 14 mars 1978, entrée en vigueur en France le 1^{er} septembre 1992, n'était pas applicable au mariage des parties célébré en 1984 et que la loi applicable au régime matrimonial des époux devait être déterminée, à défaut de choix de leur part, en considération, **principalement, du lieu de leur premier domicile matrimonial mais que cette règle ne constituait qu'une présomption qui pouvait être détruite par tout autre élément de preuve pertinent, tiré notamment de l'attitude des époux après leur mariage**, la cour d'appel a relevé que si les époux s'étaient mariés au Maroc où ils avaient fixé leur premier domicile matrimonial jusqu'en 1988, sans avoir fait expressément choix, au moment du mariage, de la loi applicable à leur régime matrimonial, ils avaient, pendant le mariage, établi en France leurs intérêts personnels et pécuniaires, s'étant en outre toujours présentés, lors des différents actes de leur vie privée, comme mariés sous le régime français de la communauté légale, ce dont elle a pu déduire que les époux avaient eu, au moment du mariage, la volonté d'adopter ce régime et non celui de la séparation de biens prévu par la loi marocaine ». Il est donc possible de prendre en compte des éléments postérieurs au mariage, alors même que le mariage est le moment où l'intention des époux sur leur régime matrimonial devrait être logiquement recherchée. Dès lors, il apparaît bien que les époux S. tous deux de nationalité française, qui se sont installés au Maroc pendant 22 mois seulement,

(83) Mariel Revillard, Droit international privé et européen pratique notariale, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso page 194 note 19.

Hélène Péroz, Eric Fongaro, Droit international privé patrimonial de la famille, 2^e édition, éditions LexisNexis page 149 n° 430.

(84) Cour de cassation, Chambre civile 1, 11 mai 2012, 11-20.462.

et uniquement pour que Monsieur S. puisse y remplir ses obligations militaires, n'ont pas eu l'intention de fixer leurs intérêts patrimoniaux au Maroc. De plus, ils se sont toujours présentés comme étant soumis au régime légal français. Il faut en conclure que leur régime matrimonial est soumis à la loi française et non à la loi marocaine. La déclaration faite dans l'acte de 1987 peut ainsi être indirectement prise en compte⁽⁸⁵⁾.

À ce stade, celui qui voudrait ignorer le droit international privé pourrait avancer l'argument que tout ce raisonnement ne sert finalement à rien puisqu'il aboutit au même résultat, même s'il semble bien que la loi applicable soit la loi française, cela reste contestable puisqu'il s'agit d'interpréter une volonté des époux et seul un tribunal pourrait le confirmer. Il vaut donc mieux régler cette question avant l'ouverture de la succession et tenter ainsi de sécuriser le régime matrimonial des époux S. Refuser de poser la question du DIP à ce stade aurait abouti à laisser la question en suspens, cette question se serait alors posée après le décès de Monsieur S. entre sa veuve et des deux enfants, avec un risque de générer un conflit successoral.

Mais que va apporter ce bilan DIP ? Il ne va pas permettre d'utiliser l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable au régime matrimonial pour changer de loi applicable et ainsi de régime matrimonial sans avoir à respecter les conditions du droit interne français. Il va permettre, en utilisant l'article 6 de la Convention de La Haye, de conforter le régime matrimonial des époux S. afin d'éviter à l'avenir et notamment à l'ouverture de la succession toute contestation sur leur régime matrimonial. Ainsi, si l'un des enfants venait s'opposer à cette adaptation du régime matrimonial et que l'homologation ne pouvait être obtenue à temps, alors les époux seraient au moins de façon certaine soumis au régime légal français de communauté et non au régime légal marocain équivalent à la séparation de biens. Madame S. pourra prétendre à la moitié de cette communauté dans laquelle figurent les actions de la société, sans que l'un des enfants ne puisse le contester. En effet, pour la doctrine française⁽⁸⁶⁾, alors que le texte de l'article 6 indique qu'il permet de choisir une loi autre que celle jusqu'alors applicable, cette disposition peut être utilisée pour que les époux confirment expressément la loi applicable à leur régime matrimonial. Cette désignation, qui devra être rétroactive comme le permet l'article 6, assure ainsi sécurité et prévisibilité juridiques aux époux.

Ainsi, l'acte sera finalement rédigé de la façon suivante :

« I - Les requérants déclarent :

- s'être mariés ainsi qu'il est dit ci-dessus sans contrat de mariage préalable à leur union,

(85) Il n'est pas possible de voir dans la déclaration faite par les époux en 1987, dans l'acte d'acquisition de leur maison, une désignation de loi applicable pour la loi française puisque la Convention de La Haye dont l'article 6 permet une telle désignation n'est entrée en vigueur que le 1^{er} septembre 1992. Si une telle déclaration avait été faite dans un acte notarié (acte uniquement reçu par le notaire signé après le 1^{er} septembre 1992, il ne paraît pas raisonnable d'y voir une désignation de loi applicable. La Cour de cassation s'est prononcée sur cette question dans un arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile le 13 décembre 2017 n° 16-27.216 commenté par David Boulanger La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 5 2 février 1018 n° 1094 et exige une stipulation expresse traduisant une volonté non équivoque des époux.

(86) Mariel Revillard, Droit international privé et européen pratique notariale, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso page 256 n° 490.

Hélène Péroz, Eric Fongaro, Droit international privé patrimonial de la famille, 2^e édition, éditions LexisNexis page 178 Dossier 23.

- qu'ils résidaient et étaient tous deux domiciliés en France avant leur mariage,
- qu'ils ont toujours résidé en France après le mariage, à l'exception d'un séjour par les deux époux au titre des obligations militaires de Monsieur S. effectué au Maroc entre septembre 1978 et juin 1980, soit sur une période inférieure à deux ans,
- que ce séjour au Maroc n'a constitué qu'une résidence provisoire et non un domicile, les époux n'ayant jamais eu l'intention de s'y fixer durablement,
- être tous deux uniquement de nationalité française,
- n'avoir jamais eu l'intention de soumettre à la loi marocaine leur régime matrimonial, leur séjour au Maroc n'ayant été motivé que par les obligations militaires de Monsieur S. et s'étant strictement limité dans le temps à cette période de service militaire,
- être par conséquent soumis à la loi française en ce qui concerne leur régime matrimonial et être soumis au régime légal de la communauté réduite aux acquêts,
- que ce régime n'a pas été changé ou modifié à ce jour.

En tant que de besoin, et conformément à l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, applicable aux époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992, date de son entrée en vigueur en France, Monsieur S. et Madame S., son épouse, déclarent avoir choisi et choisir la loi française, loi de leur nationalité pour régir l'ensemble de leurs biens et ce depuis le mariage, et se trouver à ce jour soumis au régime légal français de la communauté réduite aux acquêts. »

Ainsi, ce bilan DIP a permis de détecter une incertitude sur le régime matrimonial des époux, et de sécuriser leur situation du vivant des deux époux, alors même qu'il n'y avait aucun élément d'extranéité qui ressortait d'une simple analyse de l'état civil. Monsieur S. est décédé quelques jours avant la fin du délai d'opposition. Aucun des deux enfants ne s'est opposé et la succession a pu être réglée en appliquant le nouveau régime choisi par les époux S.

44. Maintenant que nous avons recherché activement les éléments d'extranéité, et vérifié qu'aucun choix exprès de loi n'a été valablement établi, quelle question poser ? Celle du lieu du mariage ? Non, il est très rare que le lieu du mariage soit un facteur déterminant (mais le mariage à l'étranger doit susciter un réflexe DIP chez le praticien). La question qui doit être impérativement posée est celle de la date du mariage. C'est une question fondamentale pour permettre de déterminer exactement la loi applicable au régime matrimonial des époux.

La particularité du droit des régimes matrimoniaux en droit international privé est la cohabitation de deux, et bientôt trois, corps de règles et de deux dates à retenir pour le praticien. Selon que les époux se sont mariés avant le 1^{er} septembre 1992, entre le 1^{er} septembre 1992 et le 29 janvier 2019, ou à compter du 29 janvier 2019, ce ne sont pas les mêmes règles qu'il faut appliquer pour déterminer la loi applicable.

§ I – MARIAGE AVANT LE 1^{ER} SEPTEMBRE 1992 : LE DROIT COMMUN, PRÉSUMPTION FORTE POUR LA LOI DU PREMIER DOMICILE CONJUGAL

45. Nous avons déjà largement exposé les règles applicables aux époux mariés sans contrat de mariage avant le 1^{er} septembre 1992 dans le cas numéro 1. Il ne paraît donc pas utile d'y revenir. Une seule remarque : il n'y a **jamais de mutabilité automatique** de la loi applicable pour ces époux. Par contre, ils peuvent tant que cette

convention reste applicable, se placer sous l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1972 pour confirmer la loi applicable à leur régime matrimonial ou désigner une autre loi que celle jusqu'alors applicable, mais il s'agit d'une mutabilité volontaire qui suppose un acte juridique exprès respectant certaines formes.

§ II – MARIAGE À COMPTER DU 1^{ER} SEPTEMBRE 1992 ET AVANT LE 29 JANVIER 2019 : CONVENTION DE LA HAYE DU 14 MARS 1978

46. La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 14 mars 1978⁽⁸⁷⁾ n'a été ratifiée que par la France, le Luxembourg et les Pays-Bas. Elle est d'application universelle et constitue notre règle de droit international privé pour les époux mariés à compter du 1^{er} septembre 1992 (et jusqu'au 28 janvier 2019).

Cette convention a fait couler beaucoup d'encre et donne des sueurs froides à de nombreux praticiens. Après plus de 25 ans d'application, elle commence à être bien connue et de mieux en mieux utilisée. Elle a donné lieu à relativement peu de décisions de la Cour de cassation, ce qui prouve que la pratique notariale a été bien formée dès les premiers commentaires. Il faut saluer ici Madame Mariel Revillard qui a inlassablement répondu aux questions du CRIDON de Lyon, formé de nombreux praticiens, et écrit sur ces questions. La lecture de son ouvrage Droit international privé et européen pratique notariale avec ses nombreux cas pratiques permet non seulement de comprendre ces règles mais aussi d'y prendre goût.

La principale caractéristique de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, est l'existence de règles impliquant la mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial. Certains cas de mutabilité automatique peuvent être particulièrement difficiles à repérer et vont, de surcroît, donner lieu à un travail de liquidation complexe puisque plusieurs régimes matrimoniaux peuvent se succéder pour les mêmes époux.

Mais reprenons les choses dans l'ordre, pour appliquer correctement les règles de la Convention de La Haye, en l'absence de choix exprès de la loi applicable, il faut poser certaines questions et y répondre. Ces questions sont celle de la résidence habituelle et celle des nationalités, de deux époux tout au long du mariage. **Il est impératif d'établir une frise chronologique dans chaque dossier en mettant en parallèle les résidences habituelles des époux et leurs nationalités** (il est en effet fréquent qu'une personne et plus particulièrement un époux ait plusieurs nationalités acquises à la naissance, à l'occasion de son séjour dans un pays, ou encore du fait du mariage).

A/ Première question à poser : quelle est la première résidence habituelle des époux après le mariage ?

47. En effet, le premier alinéa de l'article 4 de la Convention prévoit que : « Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage. »

(87) Les textes de toutes les Conventions de La Haye et de nombreuses informations tels que les pays signataires, et les ratifications peuvent être consultés sur le site <https://www.hcch.net>.

Par principe (mais il y a de nombreuses exceptions) la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés à compter du 1^{er} septembre 2012 (et avant le 29 janvier 2019) est celle du territoire dans lequel ils ont établi leur première résidence habituelle après le mariage.

La première résidence habituelle après le mariage n'est pas l'équivalent du premier domicile conjugal. La notion de résidence habituelle est factuelle tandis que le domicile comporte un élément intentionnel. Une installation des époux quelques mois suffit pour établir une résidence habituelle.

Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 avril 2012⁽⁸⁸⁾ en est une parfaite illustration : deux français, résidents aux États-Unis, dans l'État de New York où l'époux travaille pour une institution internationale. Ils se marient dans ce même État et y vivent pendant un an avant de rentrer en France. Il ne semble pas y avoir d'intention de s'établir aux États-Unis et la durée du séjour est très courte. La résidence habituelle étant une notion de fait, les magistrats de la Cour de cassation rappellent que ce couple s'est trouvé soumis à la loi de l'État de New York (équivalent à une séparation de biens) loi de la première résidence habituelle entre le jour de son mariage et le jour de son retour en France (car dans ce cas s'est appliqué un cas de mutabilité automatique que nous verrons plus bas).

B/ Deuxième question à poser : les époux ont-ils ou ont-ils eu une nationalité commune ?

48. Cette question doit être systématiquement posée. En effet, la nationalité commune va intervenir à trois stades du raisonnement :

- En l'absence de première résidence habituelle commune des époux,
- À titre d'exception, alors même que les époux ont eu une première résidence habituelle commune,
- Et enfin, la présence d'une nationalité commune est susceptible de faire muter pour l'avenir la loi applicable au régime matrimonial des époux.

49. Mais en préliminaire, il faut définir ce qu'est une nationalité commune au sens de la Convention. La réponse figure à l'article 15 de la Convention.

50. Tout d'abord (sauf dans le cas de la mutabilité automatique liée à la conjonction de la résidence habituelle et de la nationalité commune article 7 alinéa 2 chiffre 1), **il faut considérer que les époux n'ont pas de nationalité commune, s'ils ont plus d'une nationalité commune.**

Ainsi, en présence d'un époux de nationalité française et italienne et d'un autre de nationalité française et espagnole, les époux auront une nationalité commune : la nationalité française. Mais en présence d'un époux de nationalité française et italienne et d'un autre de nationalité française et italienne, les époux seront considérés comme n'ayant pas de nationalité commune pour l'application de la Convention SAUF s'ils établissent une résidence habituelle en France ou en Italie, alors dans ce cas s'appliquera un cas de mutabilité automatique.

51. En second lieu, il faut distinguer selon que la nationalité commune a été acquise par les deux époux avant le mariage ou après. Si elle a été acquise par les

(88) Cass. 1^{re} civ., 12 avril 2012, n° 10-27-0.16 JCP N 2012 n° 25, 1276 note H. Pérez.

deux époux avant le mariage, il n'y a pas d'autre question à se poser. Si cette nationalité commune a été acquise par un des époux ou par les deux époux après le mariage, il faut que cette nationalité n'ait pas été imposée à celui qui l'a acquise.

I/ Absence de première résidence habituelle commune mais nationalité commune

52. Aux termes du 3 du deuxième alinéa de l'article 4 de la Convention, lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même État leur première résidence habituelle après le mariage, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État de la nationalité commune des époux. La nationalité commune est ici un rattachement subsidiaire en l'absence de résidence habituelle commune.

À défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même État et à défaut de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, le régime matrimonial présente les liens les plus étroits, on parle de « proper law ».

II/ Existence d'une première résidence habituelle commune mais application de la loi de la nationalité commune

53. Dans certaines situations, alors même que les époux ont établi une première résidence habituelle commune dont la loi devrait normalement régir leur régime matrimonial, cette loi va être écartée au profit de leur loi nationale commune.

a) Époux tous deux néerlandais (mais sans autre nationalité commune)⁽⁸⁹⁾

54. La première de ces situations dans laquelle la loi nationale commune prévaut et vient s'appliquer à la place de la loi de la résidence habituelle est facile à détecter puisqu'elle ne concerne que les époux qui ont une nationalité commune néerlandaise.

Face à deux époux tous deux de nationalité néerlandaise (qui n'ont pas d'autre nationalité commune), le principe sera d'appliquer la loi néerlandaise. Ce principe souffre une exception, qui souffre elle-même une exception.

En effet, la loi de la première résidence habituelle reprend sa suprématie et s'applique aux époux tous deux néerlandais lorsque les époux avaient au jour de leur mariage tous deux depuis au moins 5 ans leur résidence habituelle dans un même État et conservent cette résidence après leur mariage. Mais exception à cette même exception : la loi nationale commune néerlandaise s'applique quand même au régime matrimonial si l'État de la résidence habituelle est soit les Pays-Bas soit un pays (autre que la France ou le Luxembourg) dont la règle de droit international privé prévoit que la loi nationale commune régisse le régime matrimonial. Cette exception vise à

(89) Pour être plus exact, cette exception en faveur de la loi nationale s'applique aux ressortissants d'un État ayant ratifié la Convention de La Haye lorsque cet État a fait une déclaration spéciale en faveur de la loi nationale. Seuls trois États ont ratifié la Convention : La France, le Luxembourg et Les Pays-Bas. Sur ces trois États, les Pays-Bas seulement ont fait cette déclaration. Il est très improbable qu'un autre État ratifie la Convention alors même que les trois États qui la pratiquent vont en 2019 passer sous le système mis en place par le règlement européen sur les régimes matrimoniaux. Par conséquent, pour cet exposé, nous avons préféré faire état des ressortissants néerlandais et non des ressortissants des États ayant fait la déclaration prévue par l'article 5 car il n'y aura très probablement jamais d'autre État que les Pays-Bas qui fera cette déclaration.

assurer une convergence du résultat, car tant en France, aux Pays-Bas et au Luxembourg (appliquant les règles de la Convention) que dans le pays de leur première résidence habituelle, ces époux néerlandais seront soumis, quant à leur régime matrimonial, à la loi des Pays-Bas.

b) Époux ayant la nationalité commune d'un État non partie à la Convention et ayant leur première résidence habituelle dans un pays dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale commune (système de la convergence)

55. En application de la Convention de La Haye,

- les époux ayant la nationalité commune d'un État non partie à la Convention (cela exclut donc des époux ayant comme nationalité commune la nationalité française ou luxembourgeoise ou encore néerlandaise) dont le droit international privé prescrit l'application de sa loi interne,

- qui établissent leur premier domicile conjugal aux Pays-Bas ou dans un pays non partie à la Convention dont la règle de droit international privé en matière de régime matrimoniaux prescrit l'application de la loi nationale commune, sont soumis à leur loi nationale commune.

Les notaires doivent être extrêmement attentifs car cette règle est d'application complexe. En effet, une fois la nationalité commune détectée, il faut connaître la règle de droit international privé du pays de nationalité commune et l'appliquer afin de déterminer si cette règle de DIP prescrit l'application de la loi interne de l'État de nationalité commune (ce sera toujours le cas si cette règle de DIP prescrit l'application de la loi nationale commune). Si la réponse est positive, il faut ensuite connaître et appliquer la règle de droit international privé de l'État où les époux établissent leur première résidence habituelle. Si cette loi prescrit l'application de la loi nationale commune, alors en application de la Convention de La Haye, la loi nationale commune s'applique. Le notaire devra chercher et appliquer, en plus des règles de la Convention de La Haye, les règles de DIP applicables dans l'État de nationalité commune et dans l'État de résidence habituelle. Il faut appliquer trois règles de DIP simultanément !

Il y a ainsi convergence de la solution, les États parties à la Convention (France, Luxembourg, Pays-Bas), l'État de nationalité commune et l'État de première résidence habituelle appliquent ainsi la même règle de droit international privé et soumettent ces époux à leur loi nationale commune. Mariel Revillard a établi une liste des pays qui ne sont pas parties à la Convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale commune⁽⁹⁰⁾ : Afghanistan, Albanie, Algérie, Allemagne, Angola, Autriche, Belgique (jusqu'au 1^{er} octobre 2004), Bulgarie, Cap Vert, Corée, Égypte, Emirats Arabes Unis, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Indonésie, Irak, Italie, Japon, Jordanie, Koweït, Liban, Lichtenstein, Maroc, Pologne, Portugal, Roumanie, Sénégal, Somalie, Suède, Syrie, Tchad, République Tchèque, République Slovaque, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Vatican, Yougoslavie, Haïti, République Dominicaine, Surinam.

(90) Mariel Revillard, Droit international privé et européen pratique notariale, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso page 248 numéro 473.

Madame Mariel Revillard dans son ouvrage précité donne l'exemple suivant : « *les époux Santos de nationalité portugaise se sont mariés à Lisbonne le 10 août 2011 et vivent depuis leur mariage à Athènes. Ils se trouvent placés sous le régime légal portugais de la communauté d'acquêts, le Portugal comme la Grèce prescrivant l'application de la loi nationale des époux* ».

La règle est complexe mais le résultat est très satisfaisant pour les époux, puisque la France, Le Luxembourg, les Pays-Bas, l'État de leur nationalité et l'État de leur première résidence habituelle vont tous soumettre leur régime matrimonial à la loi de leur nationalité commune, leur offrant ainsi une prévisibilité et une plus grande sécurité juridique. La convergence des résultats dans les différents États avec lesquels les époux ont des liens sera d'ailleurs un objectif à rechercher lorsque les époux auront pris conseil et pris la précaution de choisir expressément la loi applicable à leur régime matrimonial.

III/ Loi nationale commune : cause de mutabilité automatique en cas d'établissement d'une nouvelle résidence habituelle et convergence de cette nouvelle résidence habituelle et de la loi nationale commune

56. La loi nationale commune vient ici provoquer un changement de loi applicable lorsque cette nationalité commune converge avec la nouvelle résidence habituelle des époux.

Il faut se rappeler que par exception à la définition habituelle de la loi nationale commune, dans ce cas de mutabilité automatique, les époux peuvent avoir plusieurs nationalités communes.

Le 1 de l'alinéa 2 de l'article 7 de la Convention de La Haye prévoit que « *si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis* :

1. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet État est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité ».

Ce changement de loi applicable (impliquant un changement de régime légal et donc de régime matrimonial) intervient à trois moments possibles mais toujours au moment où se produit la convergence d'une résidence habituelle et d'une nationalité commune des époux.

Ainsi :

- soit les époux s'installent dans un nouveau pays (nouvelle résidence habituelle) dont ils ont déjà tous deux la nationalité, alors dès le jour de leur installation ils se trouvent pour l'avenir soumis à la loi interne de cette nouvelle résidence habituelle,
- soit les époux s'installent dans un nouveau pays (nouvelle résidence habituelle) dont l'un d'entre eux a déjà la nationalité, alors dès le jour où le deuxième époux acquiert cette nationalité, ils se trouvent pour l'avenir soumis à la loi interne de cette nouvelle résidence habituelle.
- soit les époux s'installent dans un nouveau pays (nouvelle résidence habituelle) dont aucun d'eux n'a la nationalité, alors si les deux époux acquièrent la nationalité

du pays de cette nouvelle résidence habituelle, ils se trouvent pour l'avenir et dès le jour où le deuxième des époux acquiert cette nationalité soumis à la loi interne de cette nouvelle résidence habituelle.

La jurisprudence a fourni des illustrations de l'application de ce cas de mutabilité automatique. Reprenons l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 avril 2012⁽⁹¹⁾ qui en est une parfaite illustration : deux français, résidents des États-Unis, dans l'État de New York où l'époux travaille pour une institution internationale. Ils se marient dans ce même État et y vivent pendant un an avant de rentrer en France. Il ne semble donc pas y avoir d'intention de s'établir aux États-Unis et la durée du séjour est très courte. La résidence habituelle étant une notion de fait, les magistrats de la Cour de cassation rappellent que ce couple s'est trouvé soumis à la loi de l'État de New York (équivalent à une séparation de biens) loi de la première résidence habituelle entre le jour de son mariage et le jour de son retour en France. Par contre, dès son installation en France, la loi applicable à son régime matrimonial devient la loi de sa nouvelle résidence habituelle c'est-à-dire la loi française et donc le régime de communauté réduite aux acquêts puisque les époux ont tous deux la nationalité française. Il y aura deux régimes matrimoniaux à liquider : d'abord, pour la première année de leur mariage, le régime légal new yorkais puis, à compter de leur installation en France, le régime légal français. Nous verrons ultérieurement qu'une utilisation avant leur installation en France de l'article 6 de la Convention de La Haye permet dans certains cas d'éviter les doubles liquidations en choisissant une seule loi avec un effet rétroactif.

L'article 8 de la Convention de La Haye permet aux époux dont la loi applicable à leur régime matrimonial a fait l'objet d'une mutation automatique de donner un caractère rétroactif au changement.

C/ Troisième question à poser : y a-t-il eu ou va-t-il y avoir dans un futur proche un changement de résidence habituelle ou de nationalité ? La question de la mutabilité de la loi applicable au régime matrimonial

57. Plus haut dans notre exposé, nous avons écrit qu'il était nécessaire d'établir une frise chronologique dans chaque dossier en mettant en parallèle les résidences habituelles des époux et leurs nationalités.

La particularité de la Convention de La Haye est qu'elle prévoit des cas où la loi applicable au régime matrimonial va soudainement changer pour l'avenir à l'occasion d'un changement de résidence habituelle ou de l'acquisition d'une nationalité. Il faut suivre et savoir anticiper ces changements pour intervenir à temps. Ne pas avoir détecté un changement automatique de loi applicable aboutit à appliquer le mauvais régime matrimonial et engage de façon quasi-certaine la responsabilité du notaire. Savoir détecter un changement automatique de loi applicable qui va se produire permet au notaire d'exercer à bon escient son devoir de conseil : le notaire pourra ainsi proposer aux époux de laisser le changement se produire s'il est satisfaisant, ou mieux encore de l'accompagner, ou de l'empêcher.

La frise chronologique va y aider.

(91) Cass. 1^{re} civ., 12 avril 2012, n° 10-27-0.16 JCP N 2012 n° 25, 1276 note H. Péroz.

À titre préliminaire, rappelons que :

- ces cas de mutabilité automatique ne sont possibles que pour les époux soumis à la Convention de La Haye (mariés entre le 1^{er} septembre 1992 et le 28 janvier 2019) et qui n'ont pas expressément choisi la loi applicable à leur régime matrimonial (époux mariés sans contrat ou dans certains pays sans option pour le régime matrimonial lors de la célébration du mariage). D'où l'intérêt pour les époux de choisir expressément la loi applicable à leur régime matrimonial ;

- il est toujours possible pour les époux au cours du mariage de désigner volontairement une loi applicable à leur régime matrimonial (à condition de respecter les conditions de l'article 6 de la Convention de La Haye). Cet article 6 est précieux dans le sens qu'il peut permettre s'il est utilisé au bon moment d'éviter une mutabilité automatique sur le point d'intervenir ou risquant d'intervenir à plus longue échéance, ou encore de corriger les cas de mutabilité automatique subis.

58. L'article 7 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 prévoit que :

« La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.

Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, au lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis :

1. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet État est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou

2. lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, ou

3. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'État de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3. »

La loi applicable change pour l'avenir et de façon automatique toujours en faveur de la loi de la résidence habituelle dans trois cas qu'il faut connaître et savoir repérer. Pour cela, il faut connaître les changements de résidence habituelle des époux et les changements de nationalité.

I/ Premier cas de mutabilité automatique : changement de résidence habituelle commune et convergence de cette résidence habituelle et de la nationalité commune

59. Ce cas de mutabilité automatique est traité ci-dessus. Il est donc inutile d'y revenir.

II/ Deuxième cas de mutabilité automatique : résidence habituelle pendant plus de 10 ans dans un même État

60. C'est sans aucun doute le cas de mutabilité automatique le mieux connu de la pratique notariale. Elle est facile à détecter lorsqu'il y a eu, au cours du mariage, un changement de la résidence habituelle commune des époux. Ainsi, des époux dont l'un est de nationalité française, l'autre de nationalité italienne, se marient en 1993 et s'installent immédiatement en Angleterre où ils vivent pendant 3 ans. En 1996,

ils partent s'installer en Italie. Aucun des époux n'acquiert la nationalité de l'autre. Ces époux sont soumis à la loi anglaise de 1993 à 2006 car il s'agit de la loi de l'État où ils ont eu leur première résidence habituelle, mais il y a eu changement de résidence habituelle et installation en Italie, dès lors en 2006 c'est-à-dire après 10 ans dans cette nouvelle résidence habituelle, la loi applicable devient la loi italienne, et cela jusqu'à un nouvel éventuel changement de loi applicable.

Pourtant la lettre du texte de la Convention de La Haye ne semble pas exiger qu'il y ait à un moment quelconque un changement de résidence habituelle au cours du mariage.

CAS PRATIQUE

Prenons un cas beaucoup plus compliqué. Reprenons le cas que nous avons évoqué plus haut, emprunté à Madame Mariel Revillard dans son ouvrage précité : « les époux Santos de nationalité portugaise se sont mariés à Lisbonne le 10 août 2011 et vivent depuis leur mariage à Athènes. Ils se trouvent placés sous le régime légal portugais de la communauté d'acquêts, le Portugal comme la Grèce prescrivant l'application de la loi nationale des époux ». Mais modifions les dates : les époux Santos se sont mariés à Lisbonne le 10 août 2001 et vivent depuis leur mariage à Athènes. Que se passe-t-il le 10 août 2011 ? La loi grecque devient-elle à partir de cette date la loi applicable à leur régime matrimonial et les époux Santos sont-ils soumis au régime légal portugais du jour de leur mariage au 10 août 2011 puis ensuite au régime légal grec de séparation de biens (alors que les juristes grecs et les juristes portugais en application de leur propre droit international privé appliqueront la loi portugaise et le régime de communauté légal portugais) ? ou au contraire, doit-on estimer que puisqu'il n'y a modification ni de la nationalité commune ni de la résidence habituelle des époux à un moment quelconque du mariage, il n'y a pas lieu d'appliquer la mutabilité automatique au bout de 10 années passées en Grèce.

Pour répondre à cette question, reprenons la lettre de l'article 7 :

« La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle.

Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis :

1. [...]
2. lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans,
3. [...] »

Nos époux portugais n'ont pas désigné de loi applicable, ni fait de contrat de mariage ; la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence est la loi grecque, et celle-ci doit donc devenir applicable, aux lieu et place de la loi portugaise à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de 10 ans. Ainsi, si l'on retient une interprétation littérale de l'article 7 de la Convention de La Haye, au bout de 10 ans, la convergence pour la loi portugaise vole en éclat. Dix ans après leur mariage, et alors que rien n'a été modifié dans la situation des époux Santos (même nationalité, même résidence habituelle), ceux-ci changent (pour les juristes et les

juges français, néerlandais et luxembourgeois) soudainement de loi applicable et de régime matrimonial. La solution n'est pas heureuse. Faut-il alors retenir l'esprit du texte et considérer qu'il n'y aura mutabilité automatique que si les époux changent de résidence habituelle au cours du mariage ? Nous n'avons pas trouvé de décision de justice sur cette question. Dans cette attente, il nous semble que l'application littérale du texte doit être retenue et qu'il y a bien modification de la loi applicable en faveur de la loi grecque.

III/ Troisième cas de mutabilité automatique : établissement pendant le mariage d'une résidence habituelle commune alors que les époux étaient soumis à la loi nationale commune uniquement parce qu'ils n'avaient pas de résidence habituelle commune au moment du mariage

61. Ce cas de mutabilité n'est pas difficile à détecter. Les conditions en sont les suivantes :

- les époux ont une nationalité commune au sens de la Convention de La Haye (donc ici une seule nationalité commune),
- ils n'ont pas eu immédiatement après leur mariage de résidence habituelle commune dans un même État et se sont trouvés soumis à la loi de la nationalité commune en application de l'article 4 alinéa 2 troisièmement,
- dès lors qu'ils établissent tous deux dans un même État leur résidence habituelle commune, ils se trouvent soumis dès le jour de cet établissement à la loi interne de cette nouvelle résidence habituelle commune.

Ce cas de mutabilité est fréquent dans les cas de migration pour le travail et de regroupement des époux⁽⁹²⁾. Deux époux de nationalité commune algérienne se marient en Algérie, Monsieur travaille et vit en France, Madame reste en Algérie pendant les trois premières années du mariage puis rejoint son époux en France. Dans ce cas, le régime matrimonial des époux est soumis à la loi algérienne (séparation de biens de droit algérien) pendant les trois premières années, et se trouve soumis à la loi française (communauté légale) dès l'installation de Madame en France. La mutabilité étant automatique, si les époux souhaitent rester soumis à la loi algérienne, il leur est possible, quelle que soit la date de leur mariage, d'utiliser l'article 6 de la Convention de La Haye (puis lorsque le règlement européen sera entré en vigueur d'utiliser les dispositions similaires) pour choisir la loi algérienne et donner un caractère rétroactif à ce choix.

§ III – MARIAGE À COMPTER DU 29 JANVIER 2019 : LE RÈGLEMENT EUROPÉEN RÉGIMES MATRIMONIAUX⁽⁹³⁾

62. Le règlement (UE) 2016/1103 s'appliquera aux époux mariés à compter du 29 janvier 2019 et à ceux qui utiliseront, à compter de cette date, la faculté qui y est prévue de désigner la loi applicable à leur régime matrimonial, mais nous y

(92) Voir deux illustrations jurisprudentielles citées par Pierre Callé dans la Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 28, 10 juillet 2015, 1127 n° 9.

(93) Il s'agit du règlement (UE) 2016/1103 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux dont le texte peut être trouvé à l'adresse suivante <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1103&from=FR>

reviendrons plus loin. À ce stade, nous nous intéressons aux époux qui n'ont pas exprimé de choix de loi applicable.⁽⁹⁴⁾

Le règlement (UE) 2016/1103 est issu d'un processus dit de coopération renforcée. Il lie et s'impose dans 18 États de l'Union Européenne : la France, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la Finlande, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la République Tchèque, la Slovénie et la Suède. Le règlement (UE) 2016/1103 comprend 73 considérants puis 70 articles. Comme les derniers instruments européens, la question de la loi applicable n'est qu'un des aspects traités, puisque le règlement couvre aussi la compétence des tribunaux, la reconnaissance et la circulation des décisions et des actes authentiques.

63. Les articles 20 à 35 déterminent la loi applicable. Le règlement s'applique non seulement aux règles du régime matrimonial au sens strict mais aussi au régime primaire pour ses dispositions qui régissent les rapports patrimoniaux des époux. Il est d'application universelle, exclut le renvoi (solution classique en matière de régimes matrimoniaux) et réserve l'ordre public du for.

Le règlement (UE) 2016/1103 diffère de la Convention de La Haye en ce qu'il n'existe pas de mutabilité automatique de la loi applicable. Sauf changement volontaire, la loi applicable au régime matrimonial sera la même pendant toute la durée du mariage. Les changements de résidence ou de nationalité des époux n'auront pas d'effet sur leur situation ce qui permet une meilleure prévisibilité et sécurité juridiques. Il y a toutefois une importante réserve que nous évoquerons ci-après.

64. L'article 26 s'applique aux époux qui n'ont pas choisi la loi applicable à leur régime matrimonial :

« 1. À défaut de convention sur le choix de la loi applicable conformément à l'article 22, la loi applicable au régime matrimonial est la loi de l'État :

a) de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ; ou, à défaut,

b) de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage ; ou, à défaut,

c) avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances.

2. Lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune au moment de la célébration du mariage, seuls les points a) et c) du paragraphe 1 s'appliquent.

3. À titre exceptionnel et à la demande de l'un des époux, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives au régime matrimonial peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1, point a), régit le régime matrimonial si l'époux qui a fait la demande démontre que :

a) les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période significativement plus longue que dans l'État désigné en vertu du paragraphe 1, point a) ; et

(94) Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets matrimoniaux des partenariats enregistrés Cyril Nourissat et Mariel Revillard DeFrénois n° 17 15 septembre 2016.

La loi applicable aux régimes matrimoniaux à défaut de choix par les époux Étude par Hélène Péroz revue droit de la famille mai 2017, dossier, 32.

b) les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux.

La loi de cet autre État s'applique à partir de la date de la célébration du mariage, à moins que l'un des époux ne s'y oppose. Dans ce dernier cas, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de la dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

L'application de la loi de l'autre État ne porte pas atteinte aux droits des tiers résultant de la loi applicable en vertu du paragraphe 1, point a).

Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque les époux ont conclu une convention matrimoniale avant la date d'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État. »

Il ressort nettement de l'article 26 que les rattachements sont alternatifs. Il y a lieu d'appliquer :

- D'abord la loi de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage,
- Ensuite, à défaut d'une telle résidence habituelle commune après la célébration du mariage, il y a lieu d'appliquer la loi nationale commune,
- À défaut, il y a lieu d'appliquer la loi de l'État avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances (« proper law »).

A/ La loi de la résidence habituelle commune

65. La question que tout juriste doit se poser est celle de la résidence commune des époux. Il faudra questionner les époux sur leurs résidences habituelles pendant tout leur mariage. Il n'y aura pas besoin de s'étendre sur les résidences intermédiaires, seules seront importantes la résidence habituelle commune établie après le mariage et la dernière résidence habituelle commune. En effet, dès qu'ils établissent une résidence habituelle commune après le mariage, c'est en principe la loi de cette résidence habituelle qui s'appliquera, avec une exception pour la loi de la dernière résidence habituelle.

I/ Le principe : la loi de la résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage

66. La résidence habituelle commune après la célébration du mariage est une notion connue des juristes français qui l'appliquent depuis 1992 dans le cadre de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. La première résidence habituelle après le mariage n'est pas l'équivalent du premier domicile conjugal. La notion de résidence habituelle est factuelle tandis que le domicile comporte un élément intentionnel. Une installation des époux quelques mois suffit pour établir une résidence habituelle.

II/ Par exception : la loi de la dernière résidence habituelle des époux : un cas de mutabilité subie de la loi applicable

67. Le notaire français, pour les époux mariés à compter du 29 janvier 2019, ne pourra pas se contenter d'établir la résidence habituelle commune établie après le

mariage. Il devra, si les époux ont depuis changé de résidence habituelle commune, s'intéresser à la résidence habituelle commune actuelle des époux. En effet, un juge peut être saisi en vertu du 3 de l'article 26 par un des époux et ce juge pourra décider que la loi applicable au régime matrimonial des époux sera non la loi de la première résidence habituelle commune mais au contraire la loi de la dernière résidence habituelle commune.

Les conditions de cette véritable substitution de loi applicable, dont le texte précise qu'elle n'intervient qu'à titre exceptionnel⁽⁹⁵⁾, sont les suivantes :

a) *La demande de l'un des époux*

68. Il faut que la demande en soit faite par un des époux. Cette demande peut-elle être faite par les héritiers de l'un des époux si le régime matrimonial a été dissous par le décès de cet époux ? Le règlement ne l'indique pas, mais il serait anormal de réserver cette possibilité au seul époux survivant.

Le règlement ne se prononce pas non plus sur le moment de cette demande. Quand le juge peut-il être saisi ? Peut-il uniquement être saisi dans le cadre de la séparation des époux ou du décès de l'un des époux ? Ou peut-il l'être simplement dès lors qu'une question relative au régime matrimonial se pose ? Une des parties peut-elle le saisir uniquement pour faire muter la loi applicable en faveur de la loi de la dernière résidence habituelle ? Il nous semble que l'emploi du passé et l'emploi du terme « dernière » résidence habituelle commune montrent que cette mutation subie ordonnée par le juge ne s'applique que lorsque le mariage est dissous.

b) *La demande est faite à une autorité judiciaire*

69. La demande ne peut être faite qu'à l'occasion d'une procédure de justice. En effet, par définition la demande est faite par un seul époux, l'autre époux voulant voir leur régime matrimonial régi par la loi de la première résidence habituelle. Il faut donc qu'une autorité judiciaire soit saisie. Lorsque les époux s'entendent, ils peuvent régler comme ils l'entendent (sous réserve des droits des tiers) les questions relatives à leurs relations patrimoniales.

c) *L'époux demandeur doit convaincre le juge de la durée significativement plus longue de la dernière résidence habituelle par rapport à la première résidence habituelle ET que les deux époux se sont fondés sur la loi de l'État de dernière résidence habituelle pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux*

70. Il y a bien deux critères cumulatifs à remplir, une première condition de durée puisque la dernière résidence habituelle doit avoir été significativement plus longue que la première résidence habituelle, et une seconde condition d'intégration des époux dans l'État de dernière résidence habituelle, puisqu'ils doivent s'être fondés sur la loi de leur dernière résidence habituelle. Cette exception semble donc viser des époux qui ont établi

(95) Le terme « à titre exceptionnel » peut porter à confusion. Cette substitution est-elle une simple exception au principe de la loi de la résidence première habituelle commune ou doit-elle être accordée par le juge parcimonieusement ? La version anglaise utilise l'expression « by way of exception » ce qui semble aller dans le sens d'une simple exception au principe.

(presqu'un peu par hasard) une première résidence habituelle de courte durée dans un État après leur mariage puis ont ensuite passé leur vie entière dans un autre État et se sont comportés comme s'ils étaient soumis à la loi de cette longue dernière résidence habituelle. Nous attendons avec curiosité et inquiétude les décisions judiciaires qui appliqueront cette exception. Si l'esprit de cette exception semble être louable, il reste qu'elle constitue pour un des époux une mutation subie de loi applicable ce qui est contraire à l'esprit de prévisibilité et de sécurité juridique qui devrait régner sur cette matière. Et cela, alors même que le règlement permet à tout moment aux époux de désigner la loi applicable à leur régime matrimonial en choisissant notamment la loi de la résidence habituelle au moment de cette désignation.

La pratique notariale doit garder cette exception à l'esprit. Certains notaires établissent encore des actes de vente portant des indications hâtives sur le régime matrimonial des époux. Ils prennent ainsi le risque que ces déclarations servent de base à la demande d'un époux qui voudrait imposer à l'autre une mutation de la loi applicable pour la dernière résidence habituelle commune.

d) La substitution en faveur de la loi de la dernière résidence habituelle ne peut avoir lieu si les époux ont établi une convention matrimoniale avant l'établissement dans leur dernière résidence habituelle commune

71. Le juge ne pourra pas substituer la loi de la dernière résidence habituelle à celle de la première résidence habituelle lorsque les époux auront établi une convention matrimoniale avant l'établissement dans leur dernière résidence habituelle commune. Le règlement définit la « convention matrimoniale » comme tout accord entre époux ou futurs époux par lequel ils organisent leur régime matrimonial.

La rédaction de cette exception à la mutabilité subie est assez énigmatique. Si la convention matrimoniale en question contient un choix de loi applicable, alors effectivement il n'y a aucune raison d'appliquer la loi d'une nouvelle résidence habituelle contre la volonté commune exprimée par les époux dès le début de leur mariage. Pour comprendre le texte, il faudrait que la convention matrimoniale en question ne contienne aucune désignation, même tacite, de la loi applicable. Mais alors, pourquoi limiter cette exception aux conventions matrimoniales signées par les époux avant l'installation dans l'État de dernière résidence habituelle commune ? Pourquoi ne pas y inclure celles signées alors qu'ils étaient déjà installés dans la dernière résidence habituelle ? D'ailleurs le considérant N° 51 du règlement qui prévoit que « Pour ce qui est de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial à défaut de choix de la loi et de convention matrimoniale, l'autorité judiciaire d'un État membre devrait, à la demande de l'un des époux, dans des cas exceptionnels, lorsque les époux ont déménagé de longue date dans l'État de leur résidence habituelle, parvenir à la conclusion que la loi de cet État peut s'appliquer si les époux se sont fondés sur cette loi » ne distingue pas selon que la convention matrimoniale a été signée avant ou après l'installation dans l'État de dernière résidence habituelle.

e) Enfin, l'application de la loi de la dernière résidence habituelle ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers que se sont basés sur la loi de la première résidence habituelle commune

72. Le règlement prend soin de garantir la sécurité juridique des tiers et en particulier des créanciers. Se posera la question de la définition des tiers.

f) Date d'effet de la substitution de la loi de la dernière résidence habituelle

73. Les époux seront normalement soumis à la loi de la dernière résidence habituelle dès la célébration du mariage, sauf si l'époux qui n'a pas fait la demande de substitution de loi, s'y oppose. Dans ce cas, les époux seront soumis à la loi de la première résidence habituelle jusqu'à l'établissement dans la dernière résidence habituelle puis seront ensuite soumis à la loi de la dernière résidence habituelle. Il faudra liquider en appliquant successivement deux lois différentes.

B/ La loi de la nationalité commune des époux (à défaut de résidence habituelle commune après la célébration du mariage)

74. À défaut de résidence habituelle commune après la célébration du mariage, il y a lieu d'appliquer la loi nationale commune des époux.

Il faut comprendre que, contrairement à la Convention de La Haye du 14 mars 1978, à défaut de choix des époux, la loi désignée par le règlement s'applique (sauf l'exception visée ci-dessus) pour toute la durée du mariage. Il n'y a pas de mutabilité automatique. Par conséquent, une question se pose : à partir de quand doit-on considérer que les époux n'ont pas établi de résidence habituelle commune après la célébration du mariage ? Ou dit autrement, quand doit-on considérer qu'il y a eu défaut de résidence habituelle commune et passer au critère de la nationalité commune ? Faut-il que les époux n'aient pas de résidence habituelle commune pendant les deux, les trois ou les six mois qui ont suivi le mariage ? Faut-il un an d'absence de résidence habituelle avant de passer au critère de la nationalité commune ? Madame Le professeur Hélène Péroz⁽⁹⁶⁾ indique que la pratique de la Convention de La Haye peut nous éclairer, et cite une décision rendue par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation le 14 mai 2014 (n° 12-29.922). La haute juridiction y a décidé que des époux, tous deux marocains, mariés en août 2001 au Maroc alors que l'époux était installé en France et n'a été rejoint par son épouse en France qu'en juin 2002 n'ont pas eu de première résidence habituelle et se sont donc trouvés soumis à la loi de leur nationalité commune. Ainsi, une absence de résidence habituelle commune pendant 10 mois suffit à rattacher le régime matrimonial à la nationalité commune.

Il appartiendra aux tribunaux de décider au cas par cas. Lorsque le notaire aura pu faire un bilan avec ses clients avant l'ouverture d'une succession, il ne manquera pas d'utiliser la possibilité que prévoit le règlement de choisir expressément la loi applicable pour éviter un recours au tribunal.

Le règlement prévoit que la nationalité commune s'apprécie au moment de la célébration du mariage. L'acquisition d'une nouvelle nationalité par un des époux au cours du mariage n'aura pas d'effet sur la détermination de la loi applicable. Chaque époux peut avoir plusieurs nationalités. Par contre si les époux ont plusieurs nationalités communes, il faut passer au rattachement suivant, celui de la « proper law ».

(96) La loi applicable aux régimes matrimoniaux à défaut de choix par les époux Étude par Hélène Péroz revue droit de la famille mai 2017, dossier, 32.

C/ La loi de l'État avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances (à défaut de résidence habituelle commune après le mariage et de nationalité commune)

75. Ce rattachement est inspiré de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. Il s'agit de trouver la loi la plus proche des époux au moment de la célébration du mariage dite « proper law ». Il s'agit d'un rattachement balai. La loi applicable dépendra totalement des circonstances de fait qui entourent la situation des époux au moment de la célébration de leur mariage.

Pour les époux mariés entre le 1^{er} septembre 1992 et la date d'entrée en vigueur du règlement, ce rattachement « balai » s'applique extrêmement rarement en raison des cas de mutabilité automatique qui rattachent les époux à leur nouvelle résidence⁽⁹⁷⁾ habituelle.

Il ne sera pas facile de déterminer la loi applicable aux époux qui ne vivent pas dans le même État immédiatement après le mariage et n'ont pas de nationalité commune. Le notaire devra alors encourager ces époux à choisir la loi applicable à leur régime matrimonial.

76.

CE QU'IL FAUT RETENIR :

À ce stade du bilan, alors que les époux n'ont pas signé de contrat de mariage, nous avons notre boîte à outil pour déterminer la loi applicable à leur régime matrimonial, cette détermination faite il nous faudra appliquer cette loi.

Dans cette boîte à outil, nous savons qu'il nous faut :

- commencer par déterminer la date du mariage ce qui va nous permettre d'appliquer selon cette date, le droit commun dégagé par la jurisprudence, la Convention de La Haye, ou dans un futur proche le règlement européen,
- déterminer le lieu et la durée d'installation des époux dans chacun des États où ils auront vécu,
- déterminer la ou les nationalités de chacun des époux,

Et nous avons compris qu'il est impératif d'interroger en détail les époux (au moyen d'un questionnaire écrit et/ou d'une entrevue) afin d'être à même de déterminer la loi applicable, puis dans cette loi, le régime matrimonial des époux. Nous pouvons alors et seulement alors donner des conseils utiles.

(97) Dès l'installation dans cette résidence quand ils étaient soumis à la loi nationale commune faute de résidence habituelle commune après le mariage ou après 10 années en l'absence de nationalité commune.

Nous verrons ultérieurement que dans certaines situations, il sera judicieux de proposer aux époux de choisir expressément la loi applicable à leur régime matrimonial. Nous les ferons ainsi basculer dans la catégorie suivante, celle de ceux qui ont pris leur situation en main et signé un contrat de mariage ou ont expressément opté pour une loi.

Sous-section II – *Le défunt marié avec un contrat de mariage ou ayant opté pour un régime matrimonial lors de la célébration du mariage*

77. Les époux ont été prévoyants puisqu'ils ont signé un contrat de mariage ou même opté pour un régime matrimonial au moment du mariage comme le prévoient certaines législations étrangères (la loi italienne ou la loi mauricienne, par exemple). Ce sont donc des époux qui ont reçu un conseil au moment de leur mariage ou qui, a minima, ont eu conscience d'un choix à faire pour régir leurs relations patrimoniales. Le bilan DIP devrait être plus simple. Il l'est assurément. Il reste que certaines vérifications doivent être menées.

Nous distinguerons entre les époux qui ont choisi avant ou au moment de la célébration du mariage et ceux, qui un peu moins prévoyants, l'ont fait après le mariage, souvent sur les conseils de leur notaire.

§ I – **CONTRAT DE MARIAGE PRÉALABLE AU MARIAGE OU OPTION FAITE LORS DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE**

78. Le bilan sera rapide et facile lorsque le contrat de mariage indiquera par une désignation expresse la loi que les époux entendent choisir pour régir leur régime matrimonial puis à l'intérieur de cette loi désigne un régime. Il suffira alors de vérifier que cette désignation a été faite dans les règles de fond applicables au moment de la signature de ce contrat, que nous examinerons ultérieurement. Cette vérification faite, le choix étant exprès et valide, il n'y a pour le praticien qu'à s'y soumettre et l'appliquer. Depuis 1992, année d'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, de nombreux notaires français incluent une telle clause dans leurs contrats de mariage (au moins lorsqu'ils ont détecté un élément d'extranéité lors de la rédaction du contrat). **Il faut d'ailleurs encourager notre profession à inclure systématiquement une désignation de loi applicable dans tout contrat de mariage.** Mais il reste de nombreux contrats qui ne contiennent aucune indication autre que celle du choix d'un régime matrimonial. Que faire ? Doit-on considérer que des époux qui ont signé un contrat de mariage devant un notaire français ont entendu désigner la loi française ? Ou faut-il que le contrat vise les dispositions du Code civil français pour que la loi française ait été choisie ? Ou est-ce encore insuffisant ? Ne faut-il pas s'intéresser à la forme du contrat de mariage ? Le choix fait est-il efficace ? La date du contrat ou de l'option va encore une fois s'avérer primordiale.

A/ Vérification de la forme du contrat de mariage

79. C'est la première question à se poser dans notre bilan DIP face à des époux qui ont signé un contrat de mariage ou même un document qui ne serait pas qualifié

de contrat de mariage mais contiendrait un choix exprès ou tacite de loi applicable. Évidemment, le notaire qui fait son bilan DIP doit avoir le contrat sous les yeux ! La première chose qu'il devra regarder est la date du mariage, la seconde sera celle de la date du contrat.

La question de la forme peut paraître anecdotique. Pourtant, elle est essentielle. Le régime matrimonial détermine l'assiette de la succession. Un héritier, mécontent du choix de la loi applicable au régime matrimonial et du régime matrimonial ainsi choisi procédera systématiquement à cette vérification, afin d'obtenir, le cas échéant, en justice l'annulation de ce choix. La prévention du conflit successoral passe aussi par la vérification lors du bilan DIP de la forme des actes signés par les époux.

I/ Mariage antérieur au 1^{er} septembre 1992 et contrat antérieur à cette même date

80. Rappelons tout d'abord que les époux mariés antérieurement au premier septembre 1992 sont soumis à des règles établies par la jurisprudence.

Les auteurs s'accordent sur l'incertitude des solutions dégagées par les tribunaux. Il semble que la forme du contrat de mariage ou de l'acte contenant la désignation de la loi applicable soit régie par la loi du lieu de passation de l'acte (*locus regit actum*). Ainsi, l'acte passé en France devra répondre à toutes les conditions formelles des contrats de mariage posées par la loi française (acte reçu en minute par le notaire en la présence réelle et simultanée des parties ou de leurs mandataires munis d'une procuration authentique en minute). Mais les auteurs semblent aussi admettre que le contrat de mariage ou la désignation applicable pourrait quand-même être valable en la forme s'il remplit les conditions de forme de la loi choisie pour régir le régime matrimonial ou même de la loi nationale commune.

Il faut relativiser ces incertitudes. D'abord, dans une très grande majorité des cas, le contrat de mariage respectera les règles du lieu de sa passation. Ensuite, nous savons qu'à défaut de désignation expresse valable, les tribunaux vont rechercher et appliquer la loi à laquelle les époux ont voulu soumettre leur régime matrimonial. Les tribunaux doivent rechercher la volonté commune des époux de localiser leurs intérêts pécuniaires. Si les époux ont exprimé cette volonté commune dans un acte et que les juges se focalisent sur le respect des règles de forme, le débat va se déplacer sur l'intention présumée des époux. À ce titre, l'acte contenant désignation, même non valable en la forme, va réapparaître dans le débat et devra être pris en compte. Si le choix est très clairement exprimé, nous voyons mal pourquoi les juges ne le suivraient pas.

Il existe aussi une abondante jurisprudence sur les actes de mariage religieux célébrés hors de France⁽⁹⁸⁾. Ce sont avant tout des actes de mariage mais ils peuvent dans certaines circonstances contenir une désignation de régime matrimonial qui peut être vue comme un choix de loi applicable pour la loi de l'État connaissant ce régime. Le notaire confronté à ces époux devra obtenir une traduction de cet acte de mariage religieux et se livrer à une analyse de son contenu pour y déceler ou non un choix de régime matrimonial. Il n'est pas possible de se livrer ici à une analyse détaillée, mais il faut retenir que la « ketouba » (acte de mariage rabbinique) marocaine ou égyptienne contiendra fréquemment un tel choix de régime alors que la simple

(98) La volonté dans le droit international privé commun des régimes matrimoniaux professeur Georges Khairallah Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard éditions Defrénois.

stipulation de dot dans un acte de mariage musulman ne sera pas considérée comme un choix de régime matrimonial. Il y a toutefois une logique derrière cette jurisprudence qui peut paraître byzantine.

Ainsi, lorsqu'une « kétéouba » précise que les époux se marient sous le régime dit Méghorachimes de Castille, cela vise un véritable régime matrimonial contenant notamment des règles de répartition des biens entre les époux et des règles relatives à la gestion de ces biens. Il y a bien un choix exprimé pour un ensemble de règles régissant les relations patrimoniales des époux, choix qui devra être respecté.

Au contraire, lorsqu'un acte de mariage musulman prévoit la stipulation d'une dot, il ne s'agit souvent que d'une condition du mariage. Ici la stipulation de la dot n'implique pas le choix d'un ensemble de règles organisant la répartition des biens entre les époux et leurs relations matrimoniales. D'ailleurs, la notion de régime matrimonial n'existe pas en droit musulman. Il ne peut donc pas être vu dans une telle stipulation de dot, un choix pour un corpus de règles régissant les relations patrimoniales des époux qui constituerait un choix de régime matrimonial. Il faudra considérer que les époux se sont mariés sans contrat de mariage et sans désignation de la loi applicable à leur régime matrimonial. La pression est parfois forte de la part d'un époux qui préfère se trouver soumis à un régime séparatiste de voir dans la célébration d'un mariage religieux coranique un choix de loi applicable en faveur de la loi du pays de célébration de ce mariage religieux. Il appartient au notaire dans ce cas de se livrer à une véritable analyse de l'acte de mariage, mais la seule stipulation d'une dot dans l'acte de mariage, n'est pas suffisante. Le débat se déplacera alors puisqu'en l'absence de désignation exprès, il faudra, comme nous l'avons vu plus haut, rechercher la volonté de localiser leurs intérêts pécuniaires avec une forte présomption que les époux ont entendu choisir la loi du pays où ils ont établi leur premier domicile conjugal.

II/ Mariage à compter du 1^{er} septembre 1992 et avant le 29 janvier 2019 ou désignation de loi applicable entre ces mêmes dates : Convention de La Haye du 14 mars 1978

81. Nous savons déjà que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 s'applique aux époux mariés à compter du 1^{er} septembre 1992 et jusqu'au 28 janvier 2019. Mais il faut rappeler qu'en ce qui concerne son article 6, permettant de désigner une loi applicable au cours du mariage, la Convention s'applique aussi à tous les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992. Il est donc possible de se trouver face à des époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992 qui ont après le 1^{er} septembre 1992 désigné expressément une loi applicable à leur régime matrimonial. C'est même désormais assez fréquent.

Les articles 11, mais surtout 12 et 13 de la Convention de La Haye portent sur les conditions de forme.

« Article 11 : La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage.

Article 12 : Le contrat de mariage est valable quant à la forme si celle-ci répond soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi interne en vigueur au lieu où le contrat a été passé. Il doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux.

Article 13 : La désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la

loi interne du lieu où intervient cette désignation. Elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux. »

82. Une première vérification s'impose dans tous les cas : le contrat de mariage et la désignation par stipulation expresse de la loi applicable doivent faire l'objet d'un écrit daté et signé par les deux époux.

Pour les commentateurs de ces textes⁽⁹⁹⁾, la date doit être apposée mais elle n'a pas à être apposée par les époux pour que la condition de forme soit respectée. Ainsi, typiquement, dans un contrat de mariage établi par un notaire français, c'est le notaire qui indique la date, souvent de manière dactylographiée. Il n'est pas nécessaire pour que le contrat soit valide au sens de la Convention que les deux époux apposent la date, et encore moins de façon manuscrite.

Une question subsiste : le droit interne français permet d'avoir recours à la procuration (authentique) pour la signature du contrat de mariage. Dans le cas d'un contrat de mariage reçu par un notaire français où l'un des époux serait représenté par un mandataire en vertu d'une procuration authentique, doit-on considérer que la condition posée par la Convention de La Haye d'un écrit signé par les deux époux est respectée ? Il appartiendra aux juges qui seront éventuellement saisis d'une telle question d'y répondre.

Il n'y a, par contre, pas de doute à considérer que l'acte authentique électronique constitue bien un écrit. Le contrat de mariage ou la désignation de loi applicable peut parfaitement être établie au moyen d'un acte authentique électronique.

83. Une fois cette condition minimale d'un écrit daté et signé par les deux époux validée, le contrat de mariage doit respecter :

- soit les conditions de forme de la loi interne désignée par les époux,
- soit les conditions de forme de la loi interne du lieu de l'acte (règle *locus regit actum*).

S'il s'agit non d'un contrat de mariage, mais seulement d'une désignation expresse de la loi applicable, alors celle-ci doit respecter :

- les conditions de forme des contrats de mariage de la loi interne désignée par les époux pour régir leur régime matrimonial ou,
- les conditions de forme des contrats de mariage du lieu où la désignation est intervenue.

Il y a donc un rattachement alternatif destiné à sauver le plus grand nombre de contrats de mariage et de désignations de loi applicable car il sera rare que ne soient respectées ni les conditions de formes locales ni les conditions de forme de la loi désignée par les époux pour régir leur régime matrimonial.

84. Dans de nombreux pays⁽¹⁰⁰⁾, il est possible de choisir son régime matrimonial non dans un contrat de mariage, mais lors de la célébration du mariage. Ainsi le choix

(99) Rapport explicatif sur la convention-régimes matrimoniaux de 1976, Tiré à part des Actes et documents de la Treizième session (1976), t. II, régimes matrimoniaux par M. Alfred E. von Overbeck n° 190 page 371.

(100) Voir pour de nombreux exemples Droit international privé et européen pratique notariale Mariel Revillard éd. Defrénois 8^e édition n° 453 page 237.

pour un des régimes prévus par la loi interne du pays en question est fait par les époux devant l'officier d'état civil célébrant le mariage au moment même de la célébration. Le choix n'est pas exprimé dans un contrat de mariage mais dans l'acte de mariage.

Il ne fait pas de doute ici qu'en optant lors de la célébration du mariage pour un régime matrimonial prévu spécifiquement par la loi interne de l'État de célébration du mariage, les époux ont indubitablement entendu choisir la loi interne de cet État pour régir leur régime matrimonial. Toutefois, peut-on assimiler une telle option à un contrat de mariage ?

Reprenons l'article 13 de la Convention de La Haye : « *La désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation. Elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux.* »

L'acte de mariage sera daté, et s'il est signé par les deux époux (ce qui devra être vérifié pour certains pays) la condition d'un écrit daté et signé des deux époux sera bien remplie. Il restera à établir que l'acte de mariage revêt dans le pays de célébration les mêmes conditions de forme que les contrats de mariage dans ce même pays (ici il y a par hypothèse coïncidence entre la loi interne désignée et la loi du lieu où intervient la désignation). Nous pouvons penser que cela sera généralement le cas. Il est toutefois regrettable que les rédacteurs de la Convention de La Haye n'aient pas envisagé ce cas particulier de désignation du régime matrimonial et de la loi applicable.

III/ Mariage à compter du 29 janvier 2019 et désignation de loi applicable à compter de cette même date (le règlement européen régimes matrimoniaux) : de nouveaux réflexes à acquérir mais à appliquer dès maintenant

85.

CONSEILS PRATIQUES : la date du 29 janvier 2019 approche à grands pas. Or le règlement s'appliquera pour nous notaires français à tous les époux mariés à compter de cette date. Il faut donc dans tous les contrats de mariage que nous recevons aujourd'hui prendre en compte les règles posées par ce règlement et en particulier les règles de forme. En effet, nous ne pouvons pas maîtriser la date de mariage des époux. Dans de nombreux cas, il est possible que les époux signent aujourd'hui un contrat ou une désignation de loi applicable mais ne se marient qu'après le 29 janvier 2019. Dans ce cas, le contrat de mariage ou la désignation de loi applicable sera jugé à l'aune du règlement européen régimes matrimoniaux (et non au regard de la Convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux). Mais les époux peuvent aussi se marier avant la date du 29 janvier 2019, dans ce cas c'est encore la Convention de La Haye qui s'applique. Par conséquent, pendant cette période transitoire, il faut appliquer cumulativement les conditions de forme et de fond des deux textes, sauf à être absolument certain de la date du mariage des futurs époux.

86. Les règles de forme sont précisées aux articles 23 et 25 du règlement européen régimes matrimoniaux, dont la première lecture est ardue.

« Article 23 : Validité quant à la forme de la convention sur le choix de la loi applicable

1. La convention visée à l'article 22 est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

2. Si la loi de l'État membre dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales, ces règles s'appliquent.

3. Si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres différents et si les lois de ces États prévoient des règles formelles différentes pour les conventions matrimoniales, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par l'une de ces lois.

4. Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales, ces règles s'appliquent. »

« Article 25 : Validité quant à la forme d'une convention matrimoniale

1. La convention matrimoniale est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

2. Si la loi de l'État membre dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales, ces règles s'appliquent.

Si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres différents et si les lois de ces États prévoient des règles formelles différentes pour les conventions matrimoniales, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par l'une de ces lois.

Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales, ces règles s'appliquent.

3. Si la loi applicable au régime matrimonial prévoit des règles formelles supplémentaires, ces règles s'appliquent. »

L'article 23 traite des conditions de forme de la convention dans laquelle les époux désignent la loi applicable à leur régime matrimonial. L'article 25, de son côté, traite des règles de forme applicables à la convention matrimoniale qui est définie par le règlement comme « **tout accord entre époux ou futurs époux par lequel ils organisent leur régime matrimonial** ». Or en pratique, il n'y aura qu'un seul instrumentum qui contiendra tout d'abord une convention sur la loi applicable et ensuite une convention matrimoniale contenant, en application de la loi choisie, le choix d'un régime matrimonial et son aménagement. Dès lors, faudra-t-il appliquer l'article 23 à la partie de cet instrumentum contenant désignation de la loi applicable et l'article 25 à la partie de l'instrumentum contenant le choix du régime ? Nous

ne connaissons pas la réponse. Nous pouvons penser que la prudence notariale conduira les notaires à appliquer les articles 23 et 25 cumulativement aux contrats de mariage qu'ils rédigeront.

Il faut noter que l'article 25 reprend les mêmes dispositions que l'article 23 mais avec une condition de forme supplémentaire.

87. Les deux articles exigent a minima une formulation écrite, datée et signée par les deux époux. Cette condition minimale devra être respectée dans tous les cas.

Mais selon le lieu de résidence des futurs époux ou des époux, d'autres conditions de forme peuvent s'y ajouter.

En effet :

- si les deux époux ou futurs époux résident au moment de la conclusion de leur convention dans le même État membre, alors il faudra au surplus respecter les conditions de forme imposées par la loi interne de cet État membre aux conventions matrimoniales. Ainsi, si les deux époux ont leur résidence habituelle en France, il faudra respecter l'obligation formelle française d'un acte notarié et l'obligation de la présence simultanée à l'acte de toutes les parties ou de leurs mandataires⁽¹⁰¹⁾.

- si les deux époux résident tous les deux dans un État membre au moment de la conclusion de leur convention mais qu'il ne s'agit pas du même État membre, il faudra respecter au surplus au moins les conditions de forme imposées par la loi interne d'un de ces deux États membres (mais il ne sera pas nécessaire de respecter les conditions de forme imposées par les lois internes de deux États membres). Ainsi, si l'un des époux a sa résidence habituelle en France et l'autre dans un État membre qui n'exige pas de forme particulière, alors un écrit daté et signé des deux époux sera suffisant, il ne sera pas nécessaire d'avoir recours à la forme notariée imposée par le droit français.

- si l'un seulement des époux réside dans un État membre, il faudra respecter au surplus au moins les conditions de forme imposées par la loi interne de cet État membre. Si l'un des époux a sa résidence habituelle en France et l'autre aux États-Unis, il faudra respecter les règles formelles imposées par le droit interne français (acte notarié et présence simultanée).

- et enfin s'agissant d'une convention matrimoniale (et non d'un simple choix de la loi applicable), l'article 25 impose de respecter au surplus de tout ce qui a été dit ci-dessus, les règles de forme de la loi applicable au régime matrimonial.

88. Nous pouvons constater que ces règles sont beaucoup plus complexes que celles qui existaient jusqu'à maintenant. Sous l'empire de la Convention de La Haye, une fois la condition a minima d'un écrit daté et signé par les deux époux remplie, il suffisait de respecter **soit** les règles de forme de la loi interne désignée par les époux, **soit** la loi interne du lieu d'établissement de la convention. Or, dans l'immense majorité des cas, les futurs époux auront consulté un juriste local pour établir leur convention et, par conséquent, celle-ci respectera les formes de la loi du lieu où elle a été passée. Il était statistiquement très rare qu'une désignation de loi applicable soit nulle en la forme. Par contre, pour les époux mariés à compter du 29 janvier 2019 mais aussi pour les conventions établies à compter de cette date, une fois la condition d'un écrit daté et signé par les deux époux remplie, lorsqu'au moins un des époux aura sa résidence

(101) Article 1394 alinéa 1 du Code civil français.

habituelle au moment de la convention dans un État membre, il faudra respecter les conditions de forme de la loi interne du lieu de résidence de cet époux (ou d'un autre État membre si l'autre époux ou futur époux y a sa résidence habituelle) et si la convention a la nature d'une « convention matrimoniale » respecter au surplus les conditions de forme de la loi interne applicable au régime matrimonial.

Peut-être les rédacteurs du règlement ont-ils entendu ainsi protéger le consentement des époux en l'entourant de règles formelles multiples ? Mais la multiplication des lois à respecter est surtout un facteur d'insécurité juridique. Le notaire appelé à mettre en œuvre une convention matrimoniale dans un contexte international pour des époux mariés après le 29 janvier 2019 devra se livrer à une vérification de la forme qui nécessitera pour lui de savoir où les époux résident habituellement au moment de la signature de la convention et de déterminer la loi applicable au régime matrimonial si elle n'est pas expressément désignée dans la convention matrimoniale. Ce sera dans certains cas un exercice relativement périlleux.

Exemple :

En 2020, des époux vous présentent leur « prenuptial agreement » établi à New-York le 1^{er} septembre 2018. Il s'agit d'un document dactylographié, daté et signé des deux époux, assistés chacun de leur « attorney » new-yorkais. Le document contient un choix de loi pour la loi de l'État de New York et différentes règles conventionnelles sur la répartition des biens des époux qui tendent vers une séparation de biens. Lors de sa signature, le futur époux était résident habituellement à New York, mais la future épouse était toujours résidente habituellement en France. Après le mariage, les époux se sont installés en France. Les époux vous expliquent que ce document qui leur a coûté fort cher (environ 20.000,00 USD), a fait l'objet entre eux et leurs avocats de discussions pendant plusieurs mois, et qu'à leurs yeux ce document est l'aboutissement de toute cette réflexion et d'un accord entre eux mûrement réfléchi. Ils l'ont d'ailleurs signé chacun en présence de leur attorney mais pas simultanément.

Cette convention matrimoniale est-elle valable en la forme ?

Tout dépendra ici de la date du mariage.

Si les époux se sont mariés avant le 29 janvier 2019, la Convention de La Haye s'applique. Il y a un écrit daté et signé des époux qui répond à la forme applicable au lieu où il a été passé. Le contrat est donc valable en la forme et le choix fait par les époux d'un contrat de séparation de biens doit être respecté.

Si les époux se sont mariés à compter du 29 janvier 2019, il y a un écrit daté et signé des deux époux, qui répond aux règles de forme du lieu où il a été passé, mais les articles 23 et 25 du règlement européen succession prévoient plus. Un seul des futur époux (l'épouse) avait sa résidence habituelle dans un État-membre (la France), il était donc nécessaire de respecter au surplus les conditions formelles posées par la loi française. Le contrat n'étant pas notarié (sauf si les tribunaux considèrent que la certification de la signature par un notary public couplée aux explications données par les avocats américains sont équivalentes en la forme à l'acte notarié), et surtout le consentement n'a pas été donné par toutes les parties simultanément, il n'est pas donc valable en la forme. Il faut donc considérer que les époux n'ont pas choisi la loi applicable et le régime prévu par leur contrat, et vont se trouver soumis à la loi de l'État où ils ont établi leur première résidence habituelle commune donc la loi française et le régime légal de communauté de biens.

Cet exemple montre qu'en additionnant les conditions de forme comme le fait le règlement, on arrive au résultat paradoxal de ne pas respecter le choix fait par les époux, alors même que leur consentement n'est pas en cause.

Nous verrons ultérieurement que les époux, s'ils s'entendent toujours, pourront utiliser l'article 22 du règlement régimes matrimoniaux pour désigner une loi applicable (avec un choix toutefois limité) et un régime matrimonial. Mais cela entraînera un nouveau coût. En cas de décès de l'un des époux, cela ne sera par contre pas possible.

89. Le règlement européen distingue les époux résidents habituels d'un État membre qui bénéficient de la protection des règles de forme de cet État membre et les époux qui ne résident pas habituellement dans un État membre.

Il est donc nécessaire de définir ce qu'est un État membre pour l'application des articles 23 et 25 du règlement. Par État membre faut-il entendre tout État membre de l'Union Européenne ou seulement les États membres de l'Union Européenne qui sont liés par le règlement et qui participent à la coopération renforcée ? Dans le second cas, il n'y a que 18 des États membres : la France, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la Finlande, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la République Tchèque, la Slovénie et la Suède. Dans le premier cas, il y a 28 États membres : les 18 États membres participants au règlement et le Danemark, l'Estonie, la Hongrie, l'Irlande, la Lituanie, la Lettonie, la Pologne, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Slovaquie (le Royaume-Uni étant appelé prochainement à perdre sa qualité d'État membre).

Le règlement ne répond pas expressément à cette question et il faudra donc attendre l'interprétation des tribunaux.

Toutefois une interprétation littérale du règlement semble aboutir à considérer qu'il faut entendre par « État membre » les 28 (et bientôt 27) États membres de l'Union Européenne et pas seulement les 18 États participants.

En effet, dans le corps du règlement, il est toujours indiqué « État membre » sans précision et sans limitation alors que l'article 70 du règlement qui régit les conditions d'entrée en vigueur du règlement précise notamment « *Le présent règlement est applicable dans les États membres qui participent à une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes patrimoniaux des couples internationaux, concernant les questions relatives tant aux régimes matrimoniaux qu'aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, tels qu'ils sont autorisés par la décision (UE) 2016/954.*

Il est applicable à partir du 29 janvier 2019, sauf en ce qui concerne les articles 63 et 64, qui s'appliquent à partir du 29 avril 2018, et les articles 65, 66 et 67, qui s'appliquent à partir du 29 juillet 2016. Pour les États membres qui participent à une coopération renforcée en vertu d'une décision adoptée conformément à l'article 331, paragraphe 1, deuxième ou troisième alinéa, du TFUE, le présent règlement est applicable à partir de la date indiquée dans la décision concernée.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres participants, conformément aux traités. »

Par conséquent, il semble bien que si les rédacteurs du règlement avaient voulu entendre par « États membres » seulement les 18 États liés par le règlement, ils auraient comme dans l'article 70 utilisé la terminologie « États membres participants ». À notre avis, pour l'application des articles 23 et 25, il faut entendre par État membre, tout État membre de l'Union Européenne.

90. Comme nous l'avons vu plus haut dans de nombreux pays⁽¹⁰²⁾, il est possible de choisir son régime matrimonial non dans un contrat de mariage, mais lors de la célébration du mariage. Ainsi, le choix pour un des régimes prévus par la loi interne du pays en question est fait par les époux devant l'officier d'état civil célébrant le mariage au moment même de la célébration. Le choix n'est pas exprimé dans un contrat de mariage mais dans l'acte de mariage.

Quelle sera le sort de telles désignations lorsque le mariage interviendra après le 19 janvier 2019 ?

Deux questions se posent :

- La désignation d'une loi applicable au moment de la célébration du mariage et non préalablement est-elle possible ? La réponse nous paraît positive. En effet, l'article 22 prévoit : « *Les époux ou futurs époux peuvent convenir de désigner ou de modifier la loi applicable à leur régime matrimonial, pour autant que ladite loi soit l'une des lois suivantes (...).* ». Il n'y a donc pas de condition de temps. Une désignation au moment de la célébration du mariage paraît donc admissible. C'est d'ailleurs ce que confirme le considérant numéro 45 : « *Afin de faciliter la gestion de leurs biens par les époux, le présent règlement devrait leur permettre de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, indépendamment de la nature ou de la localisation des biens, parmi les lois ayant un lien étroit avec les époux du fait de leur résidence habituelle ou de leur nationalité. Ce choix peut intervenir à tout moment, avant le mariage, lors de la célébration du mariage ou au cours de ce dernier.* ».

- Cette désignation lors de la célébration du mariage doit-elle respecter les conditions de forme de l'article 23 ? (ici c'est bien l'article 23 qui paraît devoir s'appliquer à l'exclusion de l'article 25). Là encore la réponse paraît positive. Mais cette réponse positive a de graves inconvénients.

Exemple : _____

Un mariage est célébré à l'Île Maurice entre un époux résidant habituellement en France et une épouse résidant habituellement à Maurice. Conformément au droit mauricien, les époux optent lors de la célébration du mariage pour le régime de séparation de biens (mauricien). Les conditions de forme du lieu où le choix est fait et de la loi désignée sont donc réunies. Mais l'article 23 prévoit : « Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales, ces règles s'appliquent ». L'époux a sa résidence habituelle en France, État membre, par conséquent, il faut respecter les règles de forme françaises prévues à l'article 1394 du Code civil et donc l'acte de désignation doit être notarié, ce qui ne sera ici pas le cas. Le choix ne sera donc pas valable en la forme. Les époux s'ils s'installent en France immédiatement après leur mariage seront soumis à la loi française à défaut de

(102) Voir pour de nombreux exemples Droit international privé et européen pratique notariale Mariel Revillard éd. Defrénois 8^e édition n° 453 page 237.

désignation valable pour la loi mauricienne et au régime de communauté réduite aux acquêts. Le résultat est choquant. La volonté des époux en matière de choix n'est pas respectée, alors même que l'on peut penser que la forme locale (officier d'état civil) protège leur consentement.

91. Nous pouvons penser et même espérer que le débat va se placer sur l'équivalence des conditions. Peut-on interpréter les termes « règles formelles supplémentaires » utilisés à l'article 23 pour affirmer qu'un officier d'état civil célébrant le mariage serait l'équivalent du notaire français et que par conséquent le droit français ne poserait pas ici une règle formelle supplémentaire ? Cela permettrait ainsi de sauver cette désignation de loi applicable.

De même, dans notre exemple ci-dessus de contrat de mariage signé aux États-Unis entre une résidente française et un résident américain, se posera la question de l'équivalence de l'acte notarié. Il s'agit d'une discussion que nous connaissons bien à propos des procurations. Lorsqu'un acte solennel doit être reçu en France (par exemple une VEFA ou une donation) et requiert ad validitatem la forme notariée, la procuration d'une des parties qui ne peut être présente requiert la même forme notariée (parallélisme des formes). Dès lors, que faire lorsque le pays dans lequel se trouve cette partie ne connaît pas la forme authentique et qu'aucun consulat de France (pour ceux dans lesquels le consul a conservé des attributions notariales) n'est accessible ? Pour certains, dans ce cas il est possible d'avoir recours à la forme authentique locale (par notary public par exemple) à condition de s'assurer qu'ont été réunis les deux aspects de l'acte notarié à la française, qui combine non seulement une vérification de l'identité de celui qui signe mais aussi la vérification que l'acte a été compris par celui qui l'a signé et, qu'au besoin, il a été répondu aux questions de celui qui le signe. Pour arriver à cette équivalence, il est conseillé de choisir un notary public qui a le pouvoir de certifier la signature mais qui est aussi un juriste afin qu'il puisse donner les explications nécessaires, mais il est aussi possible d'avoir recours à deux personnes l'une qui certifie la signature, l'autre, juriste, qui explique. Dans un arrêt de sa 1^{ère} chambre civile le 23 mai 2006⁽¹⁰³⁾, la Cour de cassation a appliqué cette équivalence pour valider un accord entre époux avant divorce (qui doit normalement être notarié) car l'intervention d'un « notary public » et l'assistance d'un avocat américain ont permis à l'époux de s'engager en pleine connaissance de cause, ainsi la forme suivie à l'étranger était équivalente à celle du droit français⁽¹⁰⁴⁾.

(103) Arrêt 05-18.385, publié au Bulletin Numéro JurisData : 2006-033597.

(104) Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2016, n° 15-18.157, F-P+B : JurisData n° 2016-006976 ; JCP N 2016, n° 18, act. 581 commenté dans Caractère authentique de la procuration reçue par un notary public australien. Commentaire par Michel Farge et Frédéric Hébert, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 26, 1^{er} juillet 2016, 1209. Dans cet arrêt l'équivalence de la forme notariée n'a pas été reconnue à une procuration dont la signature n'avait été que certifiée par un notary public australien.

92.

➡ CONSEILS PRATIQUES :

Dès aujourd'hui, le notaire français appelé à rédiger un contrat de mariage doit avoir le réflexe DIP. Les époux peuvent se marier après le 29 janvier 2019. Tout élément d'extranéité et particulièrement une résidence habituelle d'un des époux hors de France devra immédiatement l'alerter. Le notaire doit veiller à la régularité formelle de son contrat, ce qui va l'obliger dans certaines situations à appliquer des règles de forme d'une autre loi.

Pour les décès intervenus après le 29 janvier 2019 avec un défunt marié après le 29 janvier 2019, le notaire en charge de la succession devra appliquer les règles des articles 23 et 25 et ne plus se retrancher derrière la règle « locus regit actum » pour vérifier la validité formelle des documents qui lui seront présentés. Il devra être particulièrement prudent lorsqu'il lui sera présenté des documents émanant de pays dans lesquels les formes des conventions matrimoniales ne sont pas réglementées. Ces documents étaient jusqu'ici protégés par la règle « locus regit actum », ils ne le sont plus, si un des époux avait au moment de sa signature sa résidence habituelle dans un État membre (article 23) ou si la loi choisie n'est pas celle du lieu de l'acte (article 25).

La question de la forme réglée, le praticien peut être amené à se poser une autre question :

B/ La signature d'un contrat de mariage de droit interne sans mention expresse de la loi applicable vaut-elle choix de loi applicable pour cette loi interne ?

93. Là encore, la réponse à cette question va différer en fonction de la date du mariage.

I/ Mariage antérieur au 1^{er} septembre 1992

94. Par définition, le contrat de mariage sera antérieur à cette date.

En pratique, pour les contrats de mariage rédigés par des notaires français, il y aura toujours dans le contrat de mariage une référence à un texte du Code civil. La conjonction de :

- Cette référence à un texte du Code civil,
- Dans un contrat rédigé par un notaire français,
- Et de la jurisprudence qui vise à rechercher la volonté des époux sur la loi applicable et le régime,

Permet d'en conclure que les époux ont bien désigné la loi française pour régir leur régime matrimonial.

Pour certains auteurs⁽¹⁰⁵⁾, lorsque l'intervention d'une « autorité » (en France un notaire) est nécessaire à titre de solennité (règle de forme) « *ce n'est pas tant l'intervention de l'autorité qui permet de déterminer implicitement la loi applicable au régime matrimonial que l'absence de volonté des époux d'appliquer une loi autre que celle de l'autorité. Ainsi, il faut considérer qu'en l'absence de choix exprès, la loi implicitement choisie par les époux est celle de l'autorité qui intervient au contrat de mariage* ».

II/ Mariage entre le 1^{er} septembre 1992 et le 28 janvier 2019 : Convention de La Haye du 14 mars 1978

95. L'article 11 de la Convention de La Haye prévoit que « la désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou **résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage**. »

Cela signifie qu'à la lecture du contrat de mariage on ne peut douter que les époux ont entendu choisir la loi applicable à leur régime matrimonial.

Il nous paraît que si le contrat de mariage fait référence à des textes de droit interne alors les époux ont entendu sans aucun doute être soumis à cette loi. Ainsi, dans l'hypothèse où le contrat de mariage indique que les époux ont choisi la séparation de biens telle qu'elle est prévue par les articles 1536 et suivants du Code civil, que le contrat de mariage a été reçu en France, il n'y a pas de doute que les époux se sont référés au Code civil français et ont entendu être soumis à la loi française.

III/ Mariage à compter du 29 janvier 2019 : le règlement européen régimes matrimoniaux

96. Aucune disposition du règlement ne peut être invoquée pour répondre à cette question. Contrairement à ce qui est prévu dans la Convention de La Haye, il n'existe pas dans le règlement de disposition à ce sujet. Il appartiendra aux tribunaux de trancher cette question.

CAS PRATIQUE : Monsieur H et Monsieur Y, résident habituellement en France. Ils signent devant un notaire français un contrat de mariage de séparation de biens le 3 septembre 2018. Aucune clause particulière sur la loi applicable n'est prévue au contrat. Il est toutefois fait référence au Code civil. Les époux se marient le 2 février 2019.

Monsieur Y reçoit en octobre 2018 une proposition de travail dans la Silicon Valley et les époux s'envolent pour la Californie le 15 février 2019. Ils y établissent leur résidence habituelle, y adoptent leurs enfants, et s'installent à nouveau en France en août 2025. Monsieur H décède. Quel est le régime matrimonial ?

Le règlement européen régimes matrimoniaux s'applique puisque les époux se sont mariés après le 28 janvier 2019.

Le contrat de mariage qui ne contient aucune désignation de loi applicable expresse peut-il être considéré, parce qu'il se réfère à la loi française, comme une désignation de loi applicable pour la loi française et le choix de la séparation de biens ? En d'autres termes, la désignation de loi applicable peut-elle être tacite ?

(105) Hélène Péroz, Eric Fongaro, Droit international privé patrimonial de la famille, 2^e édition, éditions LexisNexis page 147 dossier n° 18.

Si la réponse est positive, les époux seront soumis à la loi française et à la séparation de biens.

Si la réponse est négative, les époux seront soumis à la loi californienne en application de l'article 26 du règlement. Il faudra alors vérifier que les stipulations du contrat de mariage sont compatibles avec le droit californien. De plus, ce contrat de mariage recevra la qualification selon le règlement de convention matrimoniale et devra, en application de l'article 25, répondre aux conditions de forme de la loi française mais aussi de la loi californienne. Un des époux étant décédé, il ne sera pas possible d'utiliser la désignation de loi en cours de mariage de l'article 22 pour désigner expressément la loi française et sauver le contrat de mariage.

➡ CONSEILS PRATIQUES :

1/ TOUT CONTRAT DE MARIAGE DOIT DESORMAIS CONTENIR UNE DESIGNATION DE LOI APPLICABLE.

Il n'est plus possible de faire l'économie d'une telle clause dans les contrats de mariage, elle doit être systématique et cela même si au jour de la conclusion du contrat aucun élément d'extranéité n'a été détecté.

2/ À COMPTER DE FEVRIER 2019 : PENSER À DETECTER LES CONTRATS DE MARIAGE NE CONTENANT PAS DE DESIGNATION EXPRESSE DE LA LOI APPLICABLE.

L'article 22 du règlement n'encadre pas dans le temps la désignation de la loi applicable, celle-ci peut être faite avant le mariage ou pendant le mariage. Une désignation faite après le mariage n'oblige pas à changer de loi applicable. Par conséquent, il existera de nombreux cas dans lesquels il sera possible pour les époux (qui s'entendront encore) de confirmer expressément dans un acte ad hoc qu'ils ont bien choisi la loi à laquelle leur contrat de mariage fait simplement référence pour régir leur régime matrimonial ; à la seule condition qu'à la date d'établissement de ce nouvel acte, au moins l'un des époux ait sa résidence habituelle dans l'État de cette loi ou que l'un des époux ait la nationalité de l'État de la loi choisie. Il faudra aussi veiller à respecter les conditions de forme prévues par le règlement.

À ce stade, notre bilan DIP n'est toujours pas terminé, il s'agit maintenant de vérifier que le choix qui a été fait par les parties est efficace.

C/ Le choix de loi applicable effectué par les parties est-il efficace ?

97. Les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992 pouvaient avant leur mariage choisir n'importe quelle loi applicable à leur régime matrimonial sans même que cette loi ait une quelconque proximité avec leur situation.

Au contraire, pour les époux mariés après le 1^{er} septembre 1992 ou désignant la loi applicable à leur régime matrimonial après cette date (cas des époux qui utilisent l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 ou qui utiliseront à compter du 29 janvier 2019 l'article 22 du règlement européen régimes matrimoniaux), le choix de la loi applicable est limité. Un choix en dehors de ces limites est inefficace.

Il est donc essentiel pour les praticiens de vérifier ce point non seulement à chaque fois qu'ils rencontrent les époux de leur vivant afin de rectifier si cela s'avère possible mais aussi au moment de l'ouverture de la succession pour détecter le conflit avant qu'il ne se cristallise.

I/ Époux mariés à compter du 1^{er} septembre 1992 et avant le 29 janvier 2019 et désignation de loi applicable faite avant le 29 janvier 2019 : Convention de La Haye du 14 mars 1978

98. La Convention de La Haye distingue selon que la désignation est faite avant ou pendant le mariage.

99. Avant le mariage, en application de l'article 3, « *les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :*

1. *la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;*
2. *la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;*
3. *la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.*

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.

Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation. »

100. Après le mariage, en application de l'article 6, le choix est plus restreint puisque « *les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :*

1. *la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;*
2. *la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation.*

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.

Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents ou par l'article 3, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation. »

101. Lorsqu'un époux a plusieurs nationalités, la majorité des commentateurs estime que la loi désignée peut être celle de n'importe laquelle de ses nationalités.

Lorsque les futurs époux auront choisi la loi de leur future résidence habituelle (cas très rare), il faudra évidemment vérifier qu'ils ont bien établi leur première résidence habituelle dans l'État dont ils ont choisi la loi.

II/ Époux mariés à compter du 29 janvier 2019 ou désignation de loi effectuée à compter du 29 janvier 2019

102. Le choix des époux est limité à « l'une des lois suivantes :

a) *La loi de l'État dans lequel au moins l'un des époux ou futurs époux a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention ; ou*

b) *La loi d'un État dont l'un des époux ou futurs époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention. »*

Il n'est plus possible :

- *De choisir la loi de situation pour les immeubles et de procéder à un dépeçage.*
- *De choisir la loi d'une future résidence habituelle.*

Si l'un des époux a plusieurs nationalités, la majorité des commentateurs estime que les époux peuvent choisir la loi de n'importe laquelle de ces nationalités⁽¹⁰⁶⁾.

103. Prenons un exemple pour illustrer la nécessité lors de notre bilan DIP de vérifier la validité du choix effectué par les époux. Le meilleur exemple nous est fourni par Mariel Revillard⁽¹⁰⁷⁾. Nous le reprenons ici littéralement.

Exemple :

« Jean-François et Marie Delorme, se sont mariés à Port-Louis à l'Île Maurice le 23 août 2006. Ils sont revenus en France aussitôt après leur mariage. Sur leur acte de mariage mention est portée de la déclaration en faveur de la séparation de biens (ordonnance de 1949). [En droit mauricien et selon cette ordonnance de 1949, il est possible aux époux d'opter pour la séparation de biens pendant la célébration du mariage] Les deux époux étant de nationalité française et n'ayant pas de résidence habituelle à l'Île Maurice où ils étaient seulement en vacances, l'option faite dans l'acte de mariage n'est pas valable. Ils sont mariés sous le régime légal français de la communauté d'acquêts ayant établi leur résidence habituelle en France à la suite de leur mariage. »

Il en serait de même si les époux étaient mariés après le 29 janvier 2019.

Nous avons fait état de la possibilité de désigner la loi applicable après le mariage. Nous allons maintenant examiner cette possibilité plus en détail dans le cadre de notre bilan DIP.

§ II – CONTRAT DE MARIAGE OU DÉSIGNATION DE LOI APPLICABLE APRÈS LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

104. Nous examinerons ici le droit positif qui résulte des dispositions de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. Nous ferons un point sur les affirmations faites dans des actes (notamment des actes d'acquisition) sur le régime matrimonial des époux et terminerons par les règles à venir prévues par le règlement européen régimes matrimoniaux.

(106) Dans ce sens Hélène Pérez, Eric Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2^e édition, éditions LexisNexis page 196 n° 572.

(107) Mariel Revillard, *Droit international privé et européen pratique notariale*, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso page 239 Exemple 80.

A/ La désignation de loi applicable après la célébration du mariage dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978

105. La possibilité ouverte par l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 de désigner la loi applicable au régime matrimonial pendant le mariage est offerte non seulement aux époux mariés à compter du 1^{er} septembre 1992, mais aussi à ceux mariés antérieurement.

Elle est largement utilisée par le Notariat français qui en maîtrise les subtilités. Le législateur français l'a incorporée au Code civil (avec quelques imprécisions notamment quant à la possible rétroactivité). Elle permet notamment à des époux dont la situation présente un élément d'extranéité, en modifiant la loi applicable à leur régime matrimonial, de choisir un régime matrimonial au sein de cette nouvelle loi sans avoir à respecter les conditions restrictives du changement de régime matrimonial en droit interne français.

Nous limiterons nos développements à quelques écueils à éviter.

106. Premier écueil : l'utilisation de l'article 6 pour changer de régime matrimonial nécessite un changement de loi applicable et la possibilité de choisir une loi autre que celle jusqu'alors applicable.

Le notaire saisi d'une demande des époux, ou qui examine une désignation de loi applicable signée ayant abouti à un changement de régime matrimonial, doit vérifier ce point.

Exemple :

Des époux, tous deux de nationalité française, se sont mariés sans contrat de mariage en 2005 à Londres au Royaume-Uni et se sont installés à Londres. En 2010, ils sont tous les deux rentrés à Paris où ils vivent depuis. Ils ont deux enfants mineurs et souhaitent adopter une communauté universelle pour se protéger et que, « comme en Angleterre, le survivant puisse tout recevoir ». Ils ont cru lire sur internet qu'il leur suffisait de faire une déclaration de loi applicable en application de la Convention de La Haye et de choisir la communauté universelle française sans homologation du tribunal.

Le notaire va leur expliquer qu'il n'est pas possible de signer un tel acte, car ils ont été soumis à leur retour en France en 2010 à la loi française en application de l'article 7 alinéa 2 de la Convention de La Haye (mutabilité automatique en cas de convergence de la nationalité commune et de la résidence habituelle). Ils sont donc actuellement soumis à la loi française et au régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Déjà soumis à la loi française, il leur faut répondre aux conditions fixées par la loi interne pour adopter le régime de la communauté universelle de droit français. De plus, étant tous deux de nationalité française, et résidents en France, ils ne peuvent plus désigner d'autre loi que la loi française pour régir leur régime matrimonial. Il leur faudra donc passer par une homologation.

107. Deuxième écueil : le dépeçage n'est possible que pour les biens immobiliers.

Il est possible de désigner pour les immeubles la loi de l'État de situation de ces immeubles. Nous avons dans la pratique déjà rencontré de telles désignations pour

des immeubles qui appartiennent à une société civile immobilière. Dans ce cas, les époux sont propriétaires de parts sociales et non d'un immeuble. La Convention de La Haye permet de choisir la loi du lieu de situation pour les « immeubles » et non pour les meubles que constituent de telles parts de société.

B/ Une épineuse question : les déclarations sur le régime matrimonial faites dans un acte d'acquisition valent-elles désignation de loi applicable ?

108.

Exemple : _____

Monsieur et Madame Dupont, tous deux français, se sont mariés à Paris le 20 juin 1990, sans contrat de mariage préalable à leur union. Au jour de leur mariage, ils vivaient à Londres depuis quelques semaines et ont continué à y résider jusqu'en 1995 et se sont ensuite installés en France sans interruption. Monsieur Dupont a eu un fils d'une précédente union. Aucun enfant n'est né de l'union de Monsieur et Madame Dupont. Ils ont de substantielles économies toutes placées sur un compte bancaire ouvert au nom de Monsieur Dupont car seul celui-ci travaillait et avait des revenus.

Ils ont acquis plusieurs biens immobiliers chez différents notaires, à chaque fois après le 1^{er} septembre 1992. Ils ont tous les deux signé les actes d'acquisition, et les différents notaires ont indiqué dans les actes d'acquisition que les époux Dupont étaient mariés sous le régime légal de la communauté réduite aux acquêts à défaut de contrat de mariage préalable à leur union célébrée à la mairie de Paris le 20 juin 1990. Chacun des actes d'acquisition a été reçu par le notaire sans intervention d'un clerc habilité.

Un conflit naît entre Madame Dupont et le fils de Monsieur Dupont.

Ce dernier considère que les époux Dupont étaient soumis au régime légal britannique équivalent à une séparation de biens pour avoir établi leur premier domicile conjugal au Royaume-Uni.

Au contraire, Madame Dupont considère être soumise à la loi française et au régime légal français. Les importantes économies de son mari dépendent de la communauté dans laquelle il lui revient la moitié. Elle explique qu'il y a lieu de considérer que l'indication du régime de communauté légale française dans l'acte d'acquisition du 15 septembre 1992, daté et signé des deux époux, et notarié vaut déclaration de loi applicable en faveur de la loi française au sens de l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

Un arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation le 13 décembre 2017⁽¹⁰⁸⁾ répond à cette question. Les faits étaient assez similaires à ceux de notre exemple mais s'y ajoutait une donation entre époux de 2001 (acte solennel) dans laquelle il était indiqué que les époux « se trouvaient soumis au régime de la communauté, selon le droit français ».

(108) Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2017 n° 16-27.216 commentaire de David Boulanger JCP N n° 5, 2 février 2018 n° 1094, voir aussi pour une décision antérieure JCP N n° 50, 11 décembre 2015, 1235 Droit international privé Chronique sous la Direction de Cyril Nourissat, n° 3 commentaire de Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2015, n° 14-19.948 par Alain Devers.

Les magistrats dans cette décision font une interprétation restrictive de l'article 11 de la Convention de La Haye selon lequel « La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage » puisqu'ils décident qu'une « déclaration, mentionnée dans des actes notariés poursuivant un autre objet, ne traduisait pas la volonté non équivoque des époux de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle les régissant jusqu'alors et ne pouvait constituer une stipulation expresse portant désignation de la loi applicable ».

Pour la Cour de cassation, pour qu'il y ait désignation de loi applicable, il faut beaucoup plus qu'une mention du régime matrimonial des époux. Une simple mention serait « équivoque » ; or, l'article 11 exige une stipulation expresse ou à défaut une absence de doute quant à l'intention des parties. La Cour de cassation semble même exiger un acte relatif au régime matrimonial (donc un contrat de mariage) et non un acte poursuivant un autre objet.

Dans notre cas, Monsieur et Madame Dupont sont donc soumis au régime légal anglais équivalent à une séparation de biens.

À notre avis, il en sera de même à compter du 29 janvier 2019 pour les désignations de loi applicable faites dans le cadre du règlement européen régimes matrimoniaux.

C/ Le règlement européen régimes matrimoniaux : désignation de loi applicable au cours du mariage

109. Nous sommes ici dans la prospective puisqu'il s'agit d'imaginer les réflexes que nous devons avoir et au bilan qu'il conviendra de faire lorsque nous seront confrontés à des désignations de loi applicable faites après le 29 janvier 2019.

110. Pour la grande majorité des commentateurs du règlement européen régimes matrimoniaux, à compter du 29 janvier 2019, il ne sera plus possible d'utiliser l'article 6 de la Convention de La Haye pour désigner une loi applicable autre que celle jusqu'alors applicable et cela même si les époux sont mariés antérieurement au 29 janvier 2019. Il faudra donc être vigilant sur ce point car il n'est pas exclu que certains l'oublient et que nous soyons confrontés à des désignations de loi applicables de l'article 6 de la Convention de La Haye signés après le 29 janvier 2019.

Cela n'aura aucune conséquence si cette désignation faite en vertu de l'article 6 respecte les dispositions de fond et de forme du règlement européen régimes matrimoniaux, car ce n'est pas parce que les époux ne visent pas le bon texte que leur choix ne doit pas être respecté.

Par contre, si les époux désignent la loi de situation pour les immeubles comme le permet la Convention de La Haye mais comme ne le permet pas le règlement européen régimes matrimoniaux, leur choix ne pourra pas alors être respecté et il semble qu'il faudra alors les replacer dans la situation qui était la leur avant la signature de cette désignation de la loi.

Il faudra aussi veiller à ce que les conditions de forme (dont nous avons vu ci-dessus qu'elles étaient beaucoup plus restrictives) du règlement européen régimes matrimoniaux aient été respectées.

111. Certains auteurs s'interrogent sur la possibilité que les époux puissent en cours de mariage choisir une nouvelle loi applicable à leur régime matrimonial et

ensuite choisir à l'intérieur de cette nouvelle loi un régime matrimonial conventionnel si le droit matériel de la loi choisie le permet. Une telle possibilité permettrait de changer de régime matrimonial sans avoir à respecter ni les règles internes relatives au changement de régime matrimonial de la loi jusqu'alors applicable ni les règles internes relatives au changement de régime matrimonial de la loi nouvelle choisie. Le règlement européen régimes matrimoniaux ne répond pas expressément à cette question. Il nous semble que la réponse est positive. En effet, le règlement européen régimes matrimoniaux s'inspire largement de la Convention de La Haye qui dans son article 6 ne répond pas non plus expressément à cette question. Pourtant Madame Mariel Revillard⁽¹⁰⁹⁾ sous l'empire de la Convention de La Haye a démontré qu'il n'y a pas lieu à une interprétation restrictive et qu'il faut permettre l'utilisation de la règle de droit international privé sans la restreindre par des règles de droit interne. Cette position a été confirmée (sauf en ce qui concerne la question de la rétroactivité) par le législateur français dans l'article 1397-3 du Code civil. La démonstration reste à notre avis valable pour l'application du règlement européen régimes matrimoniaux et cela même si le législateur français oubliait d'ici là d'adapter l'article 1397-3 du Code civil au nouveau texte européen.

112. La rédaction de l'article 22 du règlement européen régimes matrimoniaux est plus large que celle de l'article 6 de la Convention de La Haye puisque l'article 22 permet de désigner la loi applicable ou de « *désigner ou modifier la loi applicable* » alors que l'article 6 permettait de soumettre le régime matrimonial à « *une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable* ». Il n'y a donc aucun doute sur le fait que les époux pourront utiliser à compter du 29 janvier 2019 l'article 22 pour simplement confirmer la loi applicable à leur régime matrimonial et cela quelle que soit la date de leur mariage.

113. Nous clôturons ainsi le bilan DIP en matière de régimes matrimoniaux. Pourtant, nous constatons tous dans notre pratique que le nombre de mariage décroît en faveur d'un autre mode de conjugalité le partenariat enregistré qui en France se matérialise par la conclusion et l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité.

Sous-section III – *Les partenariats enregistrés*

114. Nous avons longuement traité du mariage et des régimes matrimoniaux. L'institution « mariage » est connue depuis des siècles de tous les systèmes juridiques et toutes les cultures. Sur le continent européen (et à l'exception de la question des mariages entre personnes de même sexe), nous partageons une vision juridique assez semblable du mariage (par exemple en excluant la polygamie et en permettant la rupture du mariage du vivant des époux sans discrimination du sexe de l'époux à l'initiative de cette rupture).

Il en va différemment des partenariats enregistrés. Les premiers partenariats enregistrés ne sont apparus qu'à la fin des années 1980. Il en existe une grande diversité selon les États : certains États réservent les partenariats enregistrés aux seuls couples de même sexe (par exemple en Suisse ou au Royaume-Uni), ou au contraire aux seuls couples de sexes différents, d'autres ouvrent leurs partenariats enregistrés

(109) Mariel Revillard, *Droit international privé et européen pratique notariale*, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso page 253 n° 484.

à tous les types de couple. Dans certains États, le partenariat enregistré ne diffère que très peu du mariage avec les mêmes droits et mêmes obligations. Dans d'autres, le partenariat enregistré est un état intermédiaire entre le concubinage et le mariage. Il existe les mêmes disparités législatives en ce qui concerne le régime patrimonial des biens des partenaires. Certains États ont prévu un véritable régime des biens des partenaires avec la possibilité de choisir entre différents régimes ou de déroger à certaines règles au moyen d'un contrat.

115. La première question que le juriste français devra se poser est celle de la date du partenariat enregistré. En effet, comme en matière de régimes matrimoniaux, selon la date d'enregistrement du partenariat des règles différentes vont s'appliquer.

§ I – LA RÈGLE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE ACTUELLEMENT APPLICABLE : L'ARTICLE 517-7-1 DU CODE CIVIL

116. Le législateur français a attendu près de 10 ans pour adopter une règle de droit international privé relative aux partenariats enregistrés. Aux termes de l'article 515-7-1 du Code civil : « *Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement.* »

C'est la loi de l'autorité qui a enregistré le partenariat qui s'applique et qui régit notamment les effets du PACS et donc ses effets patrimoniaux⁽¹¹⁰⁾. Ainsi, un PACS enregistré au Consulat de France, par l'officier d'État civil de la mairie en France (ou avant la récente réforme par le greffier du tribunal d'instance) ou par un notaire français sera impérativement soumis à la loi française, le texte ne prévoyant pas la possibilité de choisir la loi applicable. Par conséquent, des partenaires qui ne voudraient pas être soumis à la loi française devront se déplacer à l'étranger et avoir recours à une forme locale de partenariat.

Il en découle deux conséquences :

- une clause de loi applicable aux effets patrimoniaux contenue dans un PACS par laquelle les partenaires conviennent de choisir une autre loi que la loi française est sans effet,

- le notaire confronté à un partenariat enregistré par une autorité autre que française et qui contiendrait une clause de loi applicable choisissant une loi autre que celle de l'autorité ayant enregistré le partenariat, appliquera le droit interne de l'État de l'autorité d'enregistrement et cela quand bien même la règle de droit international privé du pays de l'autorité d'enregistrement permettrait le choix d'une loi applicable. En effet l'article 515-7-1 du Code civil ne permet pas l'utilisation du mécanisme du renvoi puisqu'il vise les « dispositions matérielles » de l'État de l'autorité qui a enregistré le partenariat.

117. De réelles difficultés se posent lorsque deux partenaires ont recours à un partenariat enregistré dans un pays (généralement celui de leur résidence) et, à l'occasion d'un déménagement ou d'une acquisition dans un autre pays, concluent un second partenariat enregistré dans un autre État, sans pour autant formellement

(110) Sauf pour les obligations alimentaires entre partenaires régies par le règlement européen aliments n° 4/2009 et le protocole aliments.

rompre le premier partenariat. En présence d'un tel cumul de partenariats, il faudra se livrer à une analyse détaillée de la situation en déterminant selon les différentes lois en cause. Si le second partenariat a rompu le premier, ou si le second ne peut être valable en raison du premier, ou s'il est possible d'appliquer les deux...

En tout état de cause, un notaire français appelé à établir un pacte civil de solidarité devra vérifier par tous les moyens possibles que les partenaires ne sont pas déjà engagés dans les liens d'un autre partenariat (ou d'un mariage), notamment au moyen des actes de naissance récents et de certificats de coutumes. Il devra ne pas omettre de demander au partenaire dont l'acte de naissance n'a pas été établi en France de lui fournir une attestation de non PACS délivrée aujourd'hui par le répertoire civil annexe du service central de l'état civil (à Nantes).

§ II – LE RÈGLEMENT EUROPÉEN SUR LES EFFETS PATRIMONIAUX DES PARTENARIATS ENREGISTRÉS⁽¹¹¹⁾

118. Il n'est pas question ici de détailler ce nouveau règlement européen sauf pour mettre en exergue certains points qui seront nécessaires dans quelques mois à chacun pour établir un solide bilan en présence de deux partenaires. Le règlement s'appliquera aux partenariats enregistrés (c'est la date d'enregistrement qui importe) et aux désignations de loi applicable faites à compter du 29 janvier 2019. Il lie et s'impose dans 18 des États de l'Union Européenne : la France, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la Finlande, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la République Tchèque, la Slovénie et la Suède. Le règlement (UE) 2016/1103 comprend 71 considérants puis 70 articles. Comme les derniers instruments européens, la question de la loi applicable n'est qu'un des aspects traités, puisque le règlement couvre aussi la compétence des tribunaux, la reconnaissance et la circulation des décisions et des actes authentiques. Le chapitre III (articles 20 à 35) traite de la loi applicable.

a) Le règlement européen partenariats enregistrés s'appliquera aux partenaires qui concluent un partenariat enregistré ou désignent la loi applicable à ce partenariat à compter du 29 janvier 2019.

b) Il deviendra à cette date la nouvelle règle de droit international privé applicable non seulement en France mais dans tous les États membres de l'Union Européenne participants.

c) Ce règlement est littéralement « calqué » sur le règlement européen régimes matrimoniaux : il s'appliquera dans les mêmes États et contient les mêmes dispositions sauf quelques adaptations liées à la nature du partenariat qui diffère de celle du mariage.

d) Il prévoit qu'à défaut de désignation par les partenaires de la loi applicable, le partenariat est soumis à « *loi de l'État selon la loi duquel le partenariat enregistré a été créé* » ce qu'il faut lire comme la loi de l'autorité qui enregistre le partenariat.

(111) Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1104&from=FR>).

e) La règle permet aux partenaires de désigner ou de modifier la loi applicable à leur partenariat. Ils pourront choisir la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité d'un des partenaires au moment de la conclusion de la convention de partenariat ou encore la loi de l'État selon la loi duquel le partenariat enregistré a été créé (loi de l'autorité d'enregistrement). Certaines conditions de forme doivent être respectées.

119. Le règlement partenariats enregistrés étant calqué sur le règlement régimes matrimoniaux, nous renvoyons à ce qui a été dit sur le règlement régimes matrimoniaux.

Il faudra notamment lors de la rédaction et la conclusion des conventions partenariales (en France un contrat de PACS) être très attentif à respecter les conditions de forme prévues aux articles 23 et 25 du règlement qui obligent les praticiens à s'intéresser aux conditions de forme des États membres du règlement lorsque l'un des partenaires au moins réside dans un État membre et aux conditions de forme de la loi applicable à la convention.

120. Nous avons terminé notre bilan DIP pour les époux et les partenaires, l'assiette de la succession ou de la future succession étant déterminée, il nous faut maintenant nous intéresser au règlement de la succession et en particulier à la loi applicable à la succession.

Section II – La loi applicable à la succession

121. Nous ne nous traiterons ici que des décès survenus à compter du 17 août 2015. Pour les décès antérieurs à cette date, il faut appliquer les règles qui avaient été posées par la jurisprudence française et qui distinguaient selon la succession mobilière régie par la loi du dernier domicile et la succession immobilière régie par la loi de situation de l'immeuble. Ces règles pouvaient aboutir à l'existence de plusieurs masses successorales régies par différentes lois, ce qui ne facilitait pas le règlement de la succession. Toutefois, en application de la règle posée par la jurisprudence française, la dévolution d'un immeuble situé en France était toujours soumise à la loi française. Le notaire français pouvait être amené à appliquer une loi étrangère mais seulement sur une masse mobilière ou sur un immeuble situé à l'étranger, cela diminuait les risques d'erreur sur la dévolution des immeubles français. Il existait évidemment quelques chausse-trappes. Le droit de prélèvement qui permettait à des héritiers français de prélever sur les biens en France ce dont une loi étrangère pouvait les priver en était un⁽¹¹²⁾.

Le droit français partageait ces règles avec une grande partie du monde anglo-saxon (même si la notion de domicile pouvait recevoir une acception très différente d'un pays à l'autre). Au contraire, en Europe continentale, la majorité des autres pays retenait une règle de droit international privé qui soumettait la succession à une seule loi, celle de la nationalité du défunt, ou encore celle de son domicile ou de sa résidence selon les pays.

(112) Le droit de prélèvement a été abrogé par une décision du Conseil Constitutionnel du 5 août 2011, n° 2011-159 QPC.

122. Les successions ouvertes à compter du 17 août 2015 sont régies par le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen⁽¹¹³⁾. Nous nous référons désormais à ce texte sous la dénomination « **règlement successoral européen** »⁽¹¹⁴⁾. Ce règlement s'applique dans tous les États membres de l'Union Européenne à l'exception du Danemark, du Royaume-Uni et de l'Irlande. Comme son titre l'indique, il ne se contente pas de prévoir une règle unique de conflit de lois, mais unifie à travers (presque) toute l'Union Européenne les règles de compétence dans une succession internationale, permet une meilleure circulation des décisions de justice et des actes authentiques. Enfin, il crée un document dénommé « certificat successoral européen » censé faciliter la preuve de la qualité d'héritier et des pouvoirs de ces héritiers à l'intérieur de l'Union Européenne.

123. Nous allons exposer ci-dessous la règle de conflit de lois (loi applicable à la succession) que les notaires doivent parfaitement connaître. Mais, il est important de rappeler deux principes en matière de successions et particulièrement de successions conflictuelles :

- Il faut toujours s'intéresser aux règles de compétence internationale des tribunaux. En dehors de l'accord des parties, le conflit sera tranché par les tribunaux et il faut savoir d'avance par lesquels. Si le tribunal compétent n'est pas un tribunal français mais un tribunal étranger, il faut déterminer quelle loi, en application des règles de DIP du pays en question, ce tribunal étranger appliquera. Si le tribunal compétent applique d'autres lois, différentes de la loi française, la solution proposée pourrait être dépourvue d'effet. Nous vous renvoyons aux développements de la deuxième partie sur la compétence internationale.

- Il faut parallèlement s'intéresser au lieu de situation ou de détention des actifs successoraux. En effet, si ceux-ci sont situés ou détenus dans un État qui ne reconnaît pas les décisions ou certaines décisions étrangères, l'héritier se heurtera à cet état de fait et ne pourra pas faire valoir son droit alors même que l'on aura appliqué la bonne loi et qu'une décision aura été rendue par le tribunal compétent. Le bilan DIP pré-successoral ne devra pas se contenter de déterminer la loi applicable à la succession et d'en tirer toutes les conséquences, mais comme tout bilan successoral, il faudra s'intéresser aux actifs et passifs successoraux, et à leur localisation. Il permettra, dans certains cas, avec l'aide de spécialistes et d'une équipe de juristes dans tous les pays concernés, de faire un audit civil et fiscal, et de régulariser, le cas échéant, la situation fiscale afin de ne pas laisser cette tâche aux héritiers.

124. Revenons au règlement successoral européen, et plus particulièrement à ses dispositions en matière de loi applicable. Les articles 20 à 38 traitent de la loi applicable à une succession internationale. Ils sont devenus les règles de conflit de loi applicable non seulement en France mais dans tous les autres pays de l'Union Européenne (exception faite du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni, ce dernier pays étant au surplus en phase de sortie de l'Union Européenne).

(113) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0650&from=FR>.

(114) Les anglo-saxons et particulièrement les sollicitors anglais semblent préférer le terme « Brussels IV » ou « Bruxelles IV » pour désigner ce même règlement.

Pour nous, praticiens français, il s'agit d'une révolution. Deux nouveaux principes sont posés par le règlement successoral européen : il s'agit du principe d'une loi unique pour régir la succession et de la possibilité appelée *professio juris* pour le futur défunt de choisir la loi applicable à sa succession.

Nous examinerons plus tard la possibilité de choisir la loi applicable à la succession.

Il est essentiel pour tout notaire français de savoir déterminer la loi applicable en l'absence de choix tant au moment de la préparation qu'à l'ouverture d'une succession. Ce sera l'objet de la première sous-section. Toutefois, le notaire doit garder en tête lors de son bilan que certaines dispositions dites transitoires du règlement successoral européen peuvent aboutir à un résultat surprenant. En effet, certaines dispositions testamentaires qui pourtant ne contiennent pas de clause de choix de loi applicable peuvent être réputées être un choix de loi applicable. Il est impératif de savoir détecter ces situations qui seront traitées dans la seconde sous-section.

Sous-section I – *La loi applicable en l'absence de choix fait par le défunt*

125. Le principe est simple : en l'absence de choix, l'intégralité de la succession est régie par la **loi de la dernière résidence habituelle**. Il existe toutefois des correctifs qu'il convient de connaître et de savoir appliquer.

§ I – **LE PRINCIPE : LA LOI DE LA DERNIÈRE RÉSIDENCE HABITUELLE**

126. La règle est posée par l'article 21.1 du règlement successoral européen :
« Règle générale

1. Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. »

C'est bien « l'ensemble de la succession » sans distinction entre les meubles et les immeubles qui est régi par la loi de la résidence habituelle au moment du décès.

127. Aucun article du règlement successoral européen ne définit la notion de résidence habituelle. Pourtant, il s'agit d'une notion qui devra faire l'objet d'une interprétation autonome. Ainsi, la notion de résidence habituelle devra être définie dans l'avenir par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans ses décisions relatives à ce règlement successoral européen. Les interprétations dégagées par cette juridiction pour d'autres règlements européens ne s'appliqueront pas nécessairement à ce règlement.

Par contre, alors même qu'ils n'ont pas de caractère normatif, les considérants 23 et 24 du règlement successoral européen sont destinés à éclairer les praticiens sur la notion de résidence habituelle.

« (23) Compte tenu de la mobilité croissante des citoyens et afin d'assurer une bonne administration de la justice au sein de l'Union et de veiller à ce qu'un lien de rattachement réel existe entre la succession et l'État membre dans lequel la compétence est exercée, le

présent règlement devrait prévoir que le facteur général de rattachement aux fins de la détermination, tant de la compétence que de la loi applicable, est la résidence habituelle du défunt au moment du décès. Afin de déterminer la résidence habituelle, l'autorité chargée de la succession devrait procéder à une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence. La résidence habituelle ainsi déterminée devrait révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné, compte tenu des objectifs spécifiques du présent règlement. »

Le considérant 23 donne les grands principes. Il s'agit d'une analyse des faits ou plus exactement d'un ensemble de faits sur les années précédant le décès et au moment du décès. Dans la grande majorité des cas, la résidence habituelle aura été établie de façon stable depuis plusieurs années, il n'y aura donc pas d'hésitation. En tout état de cause, le considérant numéro 23 semble exiger un lien étroit et stable avec un État pour que la résidence habituelle puisse être établie avec cet État.

Le considérant 24 considère les cas plus complexes en envisageant une installation dans un pays pour des raisons économiques ou professionnelles ou les cas de résidence alternée dans plusieurs pays : « (24) *Dans certains cas, il peut s'avérer complexe de déterminer la résidence habituelle du défunt. Un tel cas peut se présenter, en particulier, lorsque, pour des raisons professionnelles ou économiques, le défunt était parti vivre dans un autre État pour y travailler, parfois pendant une longue période, tout en ayant conservé un lien étroit et stable avec son État d'origine. Dans un tel cas, le défunt pourrait, en fonction des circonstances de l'espèce, être considéré comme ayant toujours sa résidence habituelle dans son État d'origine, dans lequel se trouvait le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale. D'autres cas complexes peuvent se présenter lorsque le défunt vivait de façon alternée dans plusieurs États ou voyageait d'un État à un autre sans s'être installé de façon permanente dans un État. Si le défunt était ressortissant de l'un de ces États ou y avait l'ensemble de ses principaux biens, sa nationalité ou le lieu de situation de ces biens pourrait constituer un critère particulier pour l'appréciation globale de toutes les circonstances de fait.* »

Dans la plupart des successions internationales, la résidence habituelle du défunt sera bien établie et facile à déterminer. Elle correspondra au « centre permanent des intérêts » ou au « centre de vie du défunt » et aura généralement été stable dans les années précédant le décès. Elle correspondra aussi très souvent au domicile civil et à la résidence fiscale du défunt. Il y aura (comme il y en avait en matière de détermination du dernier domicile) des situations plus complexes.

Les cinq CRIDON⁽¹¹⁵⁾ ont publié une brochure pratique intitulée « DIP Successions internationales : révolution ! » qui propose plusieurs cas pratiques et leur résolution.

Le cas numéro 5 se penche sur la résidence nouvellement acquise en France par un couple de néerlandais qui décide de s'installer en France pour sa retraite, l'époux décédant brutalement alors que les époux n'ont résidé que six mois en France. Il y

(115) Dont les auteurs sont Zoé Ancel-Lioger (CRIDON Lyon), David Boulanger (CRIDON Nord-Est) Sophie Chalas-Kudelko (CRIDON Lyon), Sophie Dalgé (CRIDON Sud-Ouest), Raphaëlle de Gourcy (CRIDON Lyon), Michel Herail (CRIDON Ouest), Georges Khairallah (CRIDON Paris), Marion Nadaud (CRIDON Sud-Ouest).

a donc hésitation sur la résidence habituelle, aux Pays-Bas où le couple avait conservé des biens et des revenus ou la France où ce même couple venait de s'installer définitivement. Chacun des critères indiqués par les considérants 23 et 24 est repris tour à tour :

- La durée et la régularité de la présence du défunt,
- Le centre des intérêts de la vie familiale et sociale du défunt,
- La nationalité ou le lieu de situation de ses biens,
- Les conditions et les raisons de la présence dans un État.

Cette analyse d'ensemble fait pencher la balance du côté de la France où le défunt doit être considéré comme ayant eu sa résidence habituelle au moment du décès.

Les cas numéros 12 et 13 visent des situations plus complexes.

Nous les reprendrons :

Exemple : _____

« Monsieur Franz Reynard est de nationalité vénézuélienne. Cependant, il n'a pas d'attache avec son pays d'origine. Agé de 75 ans, il décède le 18 août 2015 ab intestat. Il résidait alternativement en Belgique et au Portugal. Globalement, il passait la moitié de l'année dans le premier pays et l'autre moitié dans le second. Il était propriétaire d'une maison dans chacun des deux pays, lesquelles sont d'ailleurs d'une valeur identique. »

Pour les auteurs de cette brochure : « il s'agira de déduire de l'ensemble des faits de la vie du défunt un rattachement le plus objectif, réel et sérieux possible. On pourra, à partir des faits de la situation juridique, tenir compte de l'inscription sur des listes électorales, du fait que le défunt était plutôt suivi régulièrement par les médecins et dentistes de l'un des deux pays, que son coiffeur préféré était dans tel pays ou que le vétérinaire de son animal domestique était plutôt celui d'un des deux pays ».

Exemple : _____

« Madame Marie Posa, de nationalité française, est âgée de 91 ans. Elle est placée en tutelle depuis quelques années. Il y a deux ans, elle a quitté son appartement de Tourcoing pour une maison de retraite spécialisée à Tournai en Belgique. Ce départ a été décidé d'un commun accord entre le tuteur et la famille proche de Marie. Celle-ci, atteinte de la maladie d'Alzheimer, ne parvenait plus à exprimer la moindre volonté depuis déjà plus de trois ans. Elle décède ab intestat le 21 août 2015. Il faut déterminer la loi applicable à sa succession. »

Les auteurs de la brochure se livrent à une analyse basée sur le considérant 24 : « Dans certains cas, il peut s'avérer **complexe** de déterminer la résidence habituelle du défunt. Un tel cas peut se présenter, en particulier, lorsque, **pour des raisons professionnelles ou économiques, le défunt était parti vivre dans un autre État pour y travailler, parfois pendant une longue période, tout en ayant conservé un lien étroit et stable avec son État d'origine.** Dans un tel cas, le défunt pourrait, en fonction des circonstances de l'espèce, être considéré comme ayant toujours sa résidence habituelle dans son État d'origine, dans lequel se trouvait le **centre des intérêts de sa vie familiale et sociale.** » Pour eux, la défunte n'avait pas l'intention de s'installer en Belgique, son tuteur est installé en France. Par conséquent, il faudrait retenir la loi française.

Nous pouvons imaginer toutes sortes de cas complexes : quelle sera la résidence habituelle d'une personne décédée lors d'une longue incarcération dans un État où elle ne résidait pas habituellement avant son incarcération ? Quelle est la résidence habituelle d'un fonctionnaire d'une organisation internationale ? Ou d'un diplomate ? La notion de domicile comporte un fort élément intentionnel, alors que la notion de résidence habituelle est en principe simplement factuelle et non intentionnelle. Les considérants 23 et 25 font toujours état des faits mais semblent de façon très subtile et indirecte, réintroduire un élément intentionnel au moins lorsque qu'il y a un long séjour dans un État sans réelle volonté d'installation.

128. Pour Andrea Bonomi⁽¹¹⁶⁾, « *puisque la résidence habituelle constitue « le centre de vie d'une personne, il faut reconnaître que l'intention de l'intéressé est également importante pour la détermination de celle-ci (...). Bien entendu, ce qui compte n'est pas la volonté intime de l'intéressé ; l'intention ne joue un rôle que si elle s'est manifestée de manière objective dans les relations avec les tiers. En revanche, les motifs derrière l'intention de s'établir ne sont pas déterminants. Dès lors, l'intention de fixer sa résidence habituelle dans un pays doit être retenue même si elle n'a pas été formée en toute liberté. Ainsi, un séjour prolongé dans une résidence pour personne âgée et même dans un établissement de soins peut créer une nouvelle résidence habituelle lorsque la personne s'y est bien intégrée, notamment en l'absence de perspective de retour dans son ancienne demeure* ». Ce dernier exemple, qui ressemble à celui examiné plus haut, montre que dans les cas complexes il faudra se livrer à une analyse de tous les faits et qu'il y a une large place pour le débat, et donc le conflit.

129. L'analyse du professeur Bonomi en ce qu'elle évoque une intention établie de façon objective pousse le juriste à se demander ce qu'il y a lieu de faire lorsqu'il a détecté, avant le décès, que la résidence habituelle du futur défunt est difficile à établir.

Évidemment, le juriste en préviendra son client et lui conseillera de stabiliser sa résidence si cela est possible.

Lorsqu'une *professio juris* est envisageable, elle pourra être conseillée. Mais elle pourra être écartée car le défunt n'a pas la nationalité du pays dans lequel il considère résider habituellement. La *professio juris* pourrait aussi être inopportune lorsque le futur défunt considère ne pas résider habituellement dans le pays dont il a la nationalité. Dans ces cas, le futur défunt a-t-il alors intérêt dans des écrits, et l'on pense naturellement à un testament, à indiquer clairement quelle est à ses yeux et dans son intention sa résidence habituelle. Il y aura alors une manifestation objective de l'intention du défunt⁽¹¹⁷⁾ au moins au moment où cette manifestation aura été faite.

130. Une jurisprudence devrait se développer afin d'aider les praticiens dans les situations complexes. Nous devrions en avoir dans les prochains mois et années une illustration concrète.

(116) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration d'Illaria Petrelli et Azadi Öztürk) Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, éditions Bruylant page 196 n° 23 commentaire de l'article 4 par Andrea Bonomi.

(117) Voir à ce sujet Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration d'Illaria Petrelli et Azadi Öztürk) Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, éditions Bruylant page 337 n° 34 commentaire de l'article 22 par Andrea Bonomi.

Dans l'affaire « Johnny Hallyday ». En effet, dans la succession de cet artiste, il va être primordial de déterminer la résidence habituelle du défunt au moment de son décès entre la France et les États-Unis. Tous les ingrédients du cas complexe sont présents :

- Une résidence alternée entre plusieurs pays (France et États-Unis) dans les dernières années et particulièrement les derniers mois de sa vie. De façon générale, une succession de résidences dans différents États tout au long de sa vie mais avec de nombreuses périodes de résidence en France,
- Une activité professionnelle tournée principalement vers la France en terme de marché mais qui pouvait être exercée, notamment pour les enregistrements, dans plusieurs pays et particulièrement aux États-Unis,
- Des actifs aux États-Unis et en France mais aussi dans d'autres pays,
- Un traitement médical tant en France qu'aux États-Unis (reste à déterminer où se trouvait l'équipe médicale qui coordonnait les soins),
- Une scolarisation de ses enfants mineurs aux États-Unis mais dans un établissement dit « français » et avec une interruption dans les derniers mois,
- Une volonté d'être inhumé en France à Saint-Barthélemy, même s'il s'agit d'un territoire disposant d'un statut particulier,
- Une organisation successorale complexe (testaments et trusts) établie aux États-Unis.

Il appartiendra aux tribunaux saisis de trancher la question.

131. Dans les cas complexes, il sera judicieux de recueillir l'accord de tous les héritiers sur la résidence habituelle dans tel État. Il ne faut cependant pas oublier qu'un tel accord ne sera pas opposable à ceux qui n'en sont pas parties.

Cela obligera le praticien à rechercher qui sont les héritiers dans toutes les lois éventuellement applicables pour s'assurer de leur accord. Cet accord devra être fixé sur des faits solides car les créanciers, non parties à cet accord, pourraient vouloir le remettre en cause, si la loi de la résidence qui n'a pas été retenue leur est plus favorable.

132. Une fois la résidence habituelle déterminée, la loi de l'État de résidence habituelle régit la succession quand bien même ce ne serait pas la loi d'un État membre de l'Union Européenne et régit en principe l'intégralité de la succession sans distinction de la nature juridique des actifs et de leur situation.

§ II – LES CORRECTIFS

133. Il y en a plusieurs mais nous en examinerons plus particulièrement trois. Les deux premiers correctifs ne peuvent s'appliquer que lorsque la loi applicable à la succession est la loi de la résidence habituelle sur le fondement de l'article 21 du règlement successoral européen. Le dernier correctif, au contraire, peut s'appliquer alors que la loi applicable n'est pas celle de la résidence habituelle, et notamment en cas de désignation par le futur défunt, en application de l'article 22, de la loi applicable à sa succession (*professio juris*).

A/ Premier correctif : application de la loi de l'État avec lequel le défunt avait des liens manifestement plus étroits en lieu et place de la loi de la résidence habituelle

134. Aux termes de l'article 21.1, le principe est la soumission de la succession à la loi de la résidence habituelle au moment du décès. Toutefois, l'article 21.2 prévoit une exception : « *Lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, la loi applicable à la succession est celle de cet autre État.*⁽¹¹⁸⁾ ». Évidemment, en présence d'une *professio juris* valable, l'article 21 n'est pas applicable dans son intégralité et il n'est pas possible d'écarter la loi choisie au motif que le défunt présenterait des liens plus étroits avec un autre État.

L'article 21.2 pose une exception à la règle normalement applicable, il faut donc toujours commencer par rechercher la résidence habituelle au moment du décès. Cette recherche est indispensable et ne peut pas être éludée. Ce n'est que lorsqu'il apparaît que le défunt a des liens très distendus avec l'État de sa résidence habituelle que la question de l'application de l'exception se pose.

135. L'utilisation de l'article 21.2 doit normalement rester exceptionnelle. Mais il sera tentant pour les héritiers et les tribunaux qu'ils saisiront de l'appliquer dans les cas où il est très complexe de déterminer la résidence habituelle du défunt et cela alors même que le considérant 25 précise : « *En vue de déterminer la loi applicable à la succession, l'autorité chargée de la succession peut, dans des cas exceptionnels où, par exemple, le défunt s'était établi dans l'État de sa résidence habituelle relativement peu de temps avant son décès et que toutes les circonstances de la cause indiquent qu'il entretenait manifestement des liens plus étroits avec un autre État, parvenir à la conclusion que la loi applicable à la succession ne devrait pas être la loi de l'État de résidence habituelle du défunt mais plutôt celle de l'État avec lequel le défunt entretenait manifestement des liens plus étroits. Les liens manifestement les plus étroits ne devraient toutefois pas être invoqués comme facteur de rattachement subsidiaire dès que la détermination de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès s'avère complexe.* »

136. Pour illustrer ces propos, nous reprenons ici les cas concrets proposés par le professeur Bonomi⁽¹¹⁹⁾ :

« 32. Cas 2 - Un ressortissant portugais décède alors qu'il vient de commencer un nouveau travail en Suisse ; il venait de déménager et n'a plus de résidence au Portugal. Il faut donc admettre que sa résidence habituelle est en Suisse. Cependant, tous ses parents résident au Portugal, pays où sont également situés tous les biens (en tout cas, tous les

(118) La version en langue anglaise varie notablement de la version française : « *Where, by way of exception, it is clear from all the circumstances of the case that, at the time of death, the deceased was manifestly more closely connected with a State other than the State whose law would be applicable under paragraph 1, the law applicable to the succession shall be the law of that other State.* » En effet, la version anglaise indique « toutes les circonstances » et non comme en français « l'ensemble des circonstances », le terme ensemble étant beaucoup plus ambigu. Le terme « *by way of exception* » peut lui signifier « par exception » ou comme dans la version française « à titre exceptionnel », ce qui diffère légèrement.

(119) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration d'Illaria Petrelli et Azadi Öztürk) *Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, éditions Bruylant page 318 n° 32 commentaire de l'article 21 par Andrea Bonomi.

biens d'une certaine valeur) que le défunt possédait. Dans ce cas, les liens avec le Portugal semblent manifestement plus étroits que ceux que le défunt venait d'établir avec la Suisse.

33. La clause d'exception pourrait être applicable lorsqu'une personne, à la suite d'un accident lors d'un voyage à l'étranger, est obligée de fixer sa résidence habituelle dans cet État. En effet, il peut arriver qu'en raison de son état de santé, le lésé ne puisse pas rentrer dans son pays et soit obligé d'intégrer une clinique ou un home dans l'État de l'accident, pays où il décède quelques années plus tard. Dans la mesure où le défunt a renoncé à une perspective de retour dans son état d'origine et s'est intégré dans la structure d'accueil, il faudra probablement admettre qu'il y a acquis une nouvelle résidence habituelle ; néanmoins, il est possible qu'il ait gardé des liens manifestement plus étroits avec son État d'origine, notamment lorsque sa famille et l'essentiel de ses biens sont restés dans ce pays.

Cas 3. Une dame de nationalité australienne, ayant vécu toute sa vie en Australie, loue un appartement de vacances en Italie. Pendant un séjour en Italie, elle tombe se cassant le col du fémur. Après avoir été hospitalisée quelques mois dans un hôpital italien, elle s'installe dans son appartement de vacances. À cause de son état de santé, le retour en Australie devient impossible. Deux ans après l'accident, elle décède en Italie. Dans ces circonstances, il faut probablement admettre que la défunte avait acquis une nouvelle résidence habituelle en Italie. Cependant, la succession présente des liens beaucoup plus étroits avec l'Australie, tous les biens successoraux et les successibles potentiels se trouvant dans ce pays.

Un autre cas d'application de la clause d'exception peut se produire si le décès survient alors qu'un transfert de résidence habituelle est déjà programmé, mais pas encore réalisé, à condition que les liens manifestement plus étroits existent d'ores et déjà avec l'État de la future résidence habituelle. »

Pour certains auteurs, l'article 21.2 pourrait aussi s'appliquer pour soumettre la succession des diplomates à leur État d'origine plutôt qu'à l'État où ils résident habituellement et exercent leurs fonctions de représentation.

137. À la lecture du règlement lui-même et des différents commentaires qui en sont faits, il apparaît que dans certaines situations (dans lesquelles le doute existe sur la résidence habituelle car il y a bien un séjour habituel mais pas d'intention claire de s'installer), le notaire en charge du règlement de la succession (et encore plus le notaire requis d'établir le certificat successoral européen) va se trouver dans une situation inconfortable pour déterminer la résidence habituelle (en recherchant ou non l'intention du défunt telle qu'elle transparaîtrait des circonstances de fait), puis étant convaincu du lieu de résidence habituelle devra se poser la question de l'application de l'exception de l'article 21.2.

Il y aura là matière à contentieux entre les héritiers.

138. Reprenons le cas le plus médiatique du moment : la succession de Johnny Hallyday.

Admettons que le tribunal décide que la résidence habituelle de l'artiste au moment de son décès se trouvait aux États-Unis, il est alors envisageable que les deux aînés des quatre enfants qui sont mieux protégés par la loi française ne fassent valoir l'article 21.2 en soutenant qu'à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, l'artiste présentait des liens manifestement plus étroits avec la France qu'avec les États-Unis.

Admettons au contraire que le tribunal décide que la résidence habituelle de l'artiste au moment de son décès se trouvait en France, il est alors envisageable que la veuve qui est mieux protégée par la loi américaine ne fasse valoir l'article 21.2 en soutenant qu'à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, l'artiste présentait des liens manifestement plus étroits avec les États-Unis.

Il appartiendra au tribunal de décider dans un premier temps s'il y a lieu d'appliquer l'article 21.2 et surtout comment l'appliquer. Il pourrait même y avoir un débat sur ce que signifie « l'ensemble des circonstances de la cause », faut-il entendre toutes les circonstances comme semble l'indiquer la version en langue anglaise ou moins restrictivement la majorité des circonstances de la cause.

B/ Deuxième correctif : le renvoi

139. Le renvoi est une notion beaucoup plus familière pour le notaire français qui la connaît et la pratique depuis longtemps.

Le notaire devra savoir repérer les situations dans lesquelles un renvoi est susceptible de s'appliquer dans les futures successions de ses clients. Il devra évidemment lors du règlement d'une succession internationale savoir quand et comment appliquer le renvoi.

Le renvoi en droit international privé peut être défini comme⁽¹²⁰⁾ un raisonnement servant à la détermination de la loi applicable et fondé sur le principe selon lequel lorsque le droit international privé d'un pays désigne comme applicable le droit (la loi) d'un autre pays, il a lieu de prendre en considération non pas les règles de droit interne de ce pays, mais ses règles de droit international privé (spécialement ses règles de conflits de lois), ce système pouvant conduire à la désignation d'une loi autre que celle initialement désignée par la règle de conflit du for. Le renvoi au premier degré est celui qui aboutit à l'application de la loi interne du tribunal saisi, en vertu du renvoi fait à celle-ci par la loi étrangère initialement désignée. Le renvoi au deuxième ou troisième degré est celui qui conduit à appliquer la règle de conflit d'un deuxième ou troisième pays, etc., par répétition du même mécanisme.

140. Il y a trois principes à retenir en matière de renvoi pour les successions ouvertes à compter du 17 août 2015 :

- Il n'y a jamais de renvoi lorsque la loi applicable résulte d'une *professio juris*,
- Il n'y a jamais de renvoi lorsque la loi applicable résulte de l'article 21.2 du règlement, c'est-à-dire que la loi de la résidence habituelle au moment du décès a été écartée en faveur de la loi de l'État ayant des liens manifestement plus étroits,
- Il ne peut y avoir de renvoi que lorsque la loi applicable est celle de la dernière résidence habituelle et que dans certaines circonstances très précises.

141. L'admission du renvoi fait l'objet du considérant 57 et de l'article 34 du règlement successoral européen.

(120) Gérard Cornu Vocabulaire juridique Association Henri Capitant 3^e édition.

« Article 34 Renvoi

1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient :

a) à la loi d'un État membre ou

b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi.

2. Aucun renvoi n'est applicable pour les lois visées à l'article 21, paragraphe 2, à l'article 22, à l'article 27, à l'article 28, point b), et à l'article 30. »

142. Nous avons vu ci-dessus qu'en l'absence de choix de loi, il faut normalement appliquer la loi de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès.

Le premier alinéa de l'article 34 pose la première règle, un renvoi ne peut être envisagé qu'à condition que la résidence habituelle du défunt au moment de son décès se situe dans un État tiers. Dès lors que la loi applicable est celle de la résidence habituelle et que celle-ci se trouve dans un État membre, il n'y a pas de renvoi (d'ailleurs cela ne servirait à rien de prévoir un renvoi puisque les règles de conflit de cet État seraient celles du règlement et, par conséquent, cet État appliquerait lui aussi la loi de la résidence habituelle).

Il faut déterminer ce qu'est un État tiers. Il est évident que tous les États qui ne sont pas membres de l'Union Européenne sont des États tiers. La situation du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni (jusqu'à sa sortie de l'Union Européenne) est plus ambiguë. Ces trois États sont des États membres de l'Union Européenne mais ne sont pas parties au règlement successoral européen, doit-on alors les considérer comme des États tiers ? Cette question ne reçoit pas de réponse expresse dans le règlement successoral européen. Toutefois, pour la très grande majorité des commentateurs, il ne semble pas y avoir de doute que le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni sont des États tiers. De même lorsqu'un article du règlement successoral européen se réfère à l'expression « État membre » il y a lieu d'entendre État membre de l'Union Européenne lié par le règlement et donc exclure le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni.

143. Lorsque la résidence habituelle est sur le territoire d'un État tiers, le renvoi n'est admis que dans deux cas :

- Lorsque les règles de droit international privé de cet État tiers de résidence habituelle renvoient à la loi d'un État membre (renvoi au premier degré) ou

- Lorsque les règles de droit international privé de cet État tiers de résidence habituelle renvoient à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi (renvoi au second degré).

Dans toutes les autres situations, le renvoi n'est pas admis, et il y a donc lieu d'appliquer la loi interne de la résidence habituelle.

Illustrons maintenant les cas de renvoi, en commençant par des cas de renvoi au premier degré.

144.

Exemple : _____

Monsieur Dupont, de nationalité française, s'installe au Maroc en 2000. Il y réside habituellement au jour de son décès en 2018. Il ne laisse aucune disposition à cause de mort et n'a donc pas choisi la loi applicable à sa succession. Il n'a pas de lien manifestement plus étroit avec un autre État que le Maroc. Quelle loi le notaire français doit-il appliquer à la succession ?

En l'absence de désignation de loi applicable, il y a lieu d'appliquer ici la loi de la résidence habituelle au moment du décès, soit la loi du Maroc. S'agissant d'un État tiers, le notaire doit rechercher la règle de conflit marocaine. Celle-ci dans ce cas précis soumet l'intégralité de la succession à la loi nationale du défunt, soit la loi française. Il y a donc renvoi par la loi marocaine à la loi française, la France est un État membre. Ce renvoi doit donc être accepté.

Le renvoi permet ici d'atteindre l'objectif de cohérence qui lui est fixé, puisque dans les deux pays concernés par cette succession, la même loi (la loi française) gouvernera la succession.

Empruntons le second cas à la brochure des cinq CRIDON intitulée « DIP Successions internationales : révolution ! » :

Exemple : _____

Monsieur Bernard, de nationalité française, décède ab intestat au Royaume-Uni où il était domicilié, le 1^{er} janvier 2016. Il possédait un immeuble en France. Le renvoi doit-il être mis en œuvre pour déterminer la loi applicable à la succession du défunt ? ».

En l'absence de désignation de loi applicable, il y a lieu d'appliquer la loi de la dernière résidence habituelle qui est celle du Royaume-Uni. Les auteurs du CRIDON rappellent qu'il faut considérer le Royaume-Uni comme un État tiers. Au Royaume-Uni, les règles de conflits de lois soumettent la succession mobilière à la loi du dernier domicile et la succession des immeubles à la loi de la situation de l'immeuble. Par conséquent, il y a lieu d'appliquer l'article 34 pour accepter le renvoi en matière immobilière, la succession de l'immeuble français sera régie par la loi française tandis que la succession de l'ensemble des biens mobiliers et des immeubles situés au Royaume-Uni sera régie par la loi britannique.

Dans cet exemple, on peut voir que si le renvoi permet un objectif de cohérence, il aboutit à une scission de la succession contrairement à l'objectif d'unicité de la loi applicable qui avait été voulu par le règlement. Il faut noter que pour certains commentateurs dans un cas comme celui-ci, il ne devrait justement pas y avoir de renvoi en raison de cette scission de la masse successorale, le renvoi ne devrait ainsi être admis que s'il aboutit à l'application d'une seule et même loi à toute la succession. Il reste qu'il s'agit d'une opinion minoritaire qui rajoute des conditions au renvoi là où le règlement n'en prévoit pas, il faut donc, nous semble-t-il, écarter cette opinion minoritaire.

Ce cas proposé par le CRIDON est assez simple car il indique que Monsieur Bernard était domicilié au Royaume-Uni. Pourtant, il faut être prudent avec la notion de domicile qui ne reçoit pas au Royaume-Uni la même définition qu'en France. Il arrive

fréquemment, en présence d'une personne de nationalité française installée depuis quelques années en Grande-Bretagne sans intention exprimée de retourner en France, que les juristes français considèrent cette personne comme domiciliée en Grande-Bretagne. Par contre, les juristes anglais n'auront pas la même approche. La notion de domicile est là-bas une notion complexe fondée sur une notion de domicile d'origine qui correspondra souvent à la nationalité. Ainsi, côté britannique, un français installé en Grande-Bretagne depuis plusieurs années pourra être considéré comme ayant gardé son domicile d'origine et donc être domicilié en France. Reprenons le cas des cinq CRIDON et imaginons que ce cas nous indique simplement que Monsieur Bernard est résident au Royaume-Uni depuis 2005. Le solicitor anglais en charge de la succession vous indique qu'il considère en application du droit anglais que Monsieur Bernard n'a pas acquis de domicile en Angleterre et que le dernier domicile du défunt est en France. Il faut alors interroger la règle de conflit britannique. Doit-on pour appliquer la règle de conflit britannique retenir l'interprétation française de la notion de domicile ou l'interprétation anglaise de la notion de domicile ? S'agissant d'appliquer ici la règle de DIP anglaise, il paraît logique d'appliquer tout le corpus de règles, y compris l'interprétation que fait le droit anglais de la notion de domicile. La règle de DIP renverra ainsi à la loi française tant pour la succession des immeubles situés en France que pour la succession mobilière dans son ensemble. Seuls les immeubles situés en Angleterre, s'il y en a, resteront soumis à la loi anglaise.

De nombreux pays de droit d'inspiration anglo-saxonne (Common Law), qui sont d'ailleurs tous des États tiers, ont une règle de droit international privé scissionniste soumettant la succession des immeubles à leur loi de situation et la succession mobilière à la loi du dernier domicile. C'est notamment le cas des États-Unis où par contre la notion de domicile est très proche de la nôtre (lieu de la résidence habituelle avec un élément intentionnel de s'y établir définitivement). Nous devrions donc assez rapidement voir la question se poser devant les tribunaux français. En effet, reprenons le cas le plus médiatique du moment : celui de la succession de Johnny Hallyday, supposons que les tribunaux considèrent que la résidence habituelle de l'artiste au moment de son décès se trouvait aux États-Unis et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'exception de l'article 21.2. Les États-Unis étant un pays tiers, il faudra alors interroger la règle de droit international américaine. Pour les immeubles, la règle de DIP américaine prévoit que la succession est régie par la loi de situation. Il y a donc renvoi à la loi française pour les immeubles situés en France. Pour les immeubles situés aux États-Unis, la loi américaine restera applicable. La règle de conflit de lois américaine soumet la succession mobilière à la loi du dernier domicile. Il serait alors nécessaire de déterminer où se trouve le dernier domicile de l'artiste selon le droit américain. Si le dernier domicile était aux États-Unis, il n'y aurait pas de renvoi pour la succession mobilière. Par contre si le dernier domicile était en France, alors la France étant un État membre, il y aurait renvoi à la loi française qui gouvernerait toute la succession mobilière et la succession des immeubles situés en France. Un débat de plus en perspective...

145. Examinons maintenant un cas de renvoi au second degré. Nous l'empruntons au professeur Bonomi⁽¹²¹⁾, mais auparavant rappelons la règle posée par le

(121) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration de Ilaria Petrelli et Azadi Öztürk) *Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e édition, éditions Bruylant page 569 n° 18 commentaire de l'article 34 par Andrea Bonomi.

règlement successoral européen : le renvoi sera possible si les règles de droit international privé de l'État tiers dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès renvoient à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi.

Exemple : _____

Un ressortissant égyptien et son épouse norvégienne décèdent au Maroc, pays où ils avaient leur résidence habituelle. Les défunts qui avaient résidé en Belgique jusqu'à trois ans avant leur décès, ont laissé des biens dans ce pays. Selon le droit international privé du Maroc et de l'Égypte, la succession est régie par la loi nationale du de cuius, alors que le droit norvégien se base sur le critère du dernier domicile. Les juridictions belges, compétentes en vertu de l'article 10, paragraphe 1^{er}, point b, tiendront compte pour la succession de l'époux, du renvoi de la loi marocaine à la loi nationale égyptienne, étant donné que celle-ci se considère, elle aussi applicable. En revanche, pour la succession de l'épouse, elles appliqueront la loi marocaine sans prendre en compte le renvoi à la loi norvégienne, celle-ci n'étant pas applicable selon ses propres critères.

146. L'application du renvoi était admis antérieurement à l'entrée en application du règlement. Les correctifs que nous allons maintenant rappeler sont aussi connus de la pratique notariale.

C/ Troisième série de correctifs : les lois de police, l'ordre public et la fraude

147. Ces correctifs trouveront plus fréquemment à s'appliquer dès lors que la loi applicable à la succession n'est pas la loi nationale du tribunal d'un État membre compétent pour connaître de la succession, ou n'est pas la loi nationale d'une autorité d'un État membre compétente pour régler la succession, ou n'est pas la loi nationale du notaire chargé de la succession.

Par exemple, la loi applicable à la succession est celle d'un État tiers et le tribunal d'un État membre est compétent en vertu de l'article 10 ou 11 du règlement. Ce sera le cas notamment lorsque le défunt avait la nationalité d'un État membre et qu'au moins un bien successoral se trouve dans cet État membre (ce qui donne compétence aux tribunaux de cet État membre) mais que le défunt avait sa résidence habituelle dans un État tiers, ou a choisi pour gouverner sa succession la loi d'un État tiers, ce qui oblige ces mêmes tribunaux à appliquer un droit qui leur est étranger. Les notaires en charge du règlement d'une succession seront souvent confrontés à cette série de correctifs dès lors qu'ils devront appliquer une loi autre que la loi étrangère.

La fraude et l'ordre public sont des correctifs qui auront particulièrement vocation à être soulevés par une partie lorsqu'il y aura eu choix de la loi applicable par le défunt, c'est pourquoi nous y reviendrons plus loin dans nos propos sur la *professio juris*.

Nous nous contenterons ici de donner des illustrations de cas de fraude, d'ordre public et de loi de police pouvant s'appliquer lorsque la loi applicable est celle de la résidence habituelle.

I/ La fraude

148. Seul le considérant numéro 26 traite de la fraude : « *Aucune disposition du présent règlement ne devrait empêcher une juridiction d'appliquer les mécanismes destinés à lutter contre la fraude à la loi, par exemple dans le cadre du droit international privé.* »

Ainsi, lorsqu'un renvoi permet une scission entre la loi applicable aux meubles et aux immeubles, un tribunal pourrait considérer comme frauduleux l'apport d'un immeuble en société pour « ameubler » cet immeuble dans le seul et unique but de le faire ainsi échapper à sa loi de situation. La fraude pourrait ainsi être soulevée par des héritiers évincés ou par des créanciers que la loi de situation aurait mieux protégés.

Est-il possible d'invoquer la fraude lorsque le défunt n'aura fixé sa résidence dans un État que pour échapper à la loi successorale de son État d'origine ? La difficulté viendra de la caractérisation de la fraude. Dans un cas comme celui-ci, il est probable que les tribunaux auront plutôt recours à l'exception de l'article 21.2 pour écarter la loi de la résidence habituelle au profit de la loi ayant des liens manifestement plus étroits avec le défunt.

II/ Les lois de police

149. Les lois de police font de leur côté l'objet d'un article du règlement successoral européen qui leur est entièrement consacré. Aux termes de l'article 30 : « *Lorsque la loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens comporte des dispositions spéciales qui, en raison de la destination économique, familiale ou sociale de ces biens, imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci, ces dispositions spéciales sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession.* »

Ce texte impose l'application de certaines dispositions de la loi de situation d'un actif successoral à cet actif successoral, au lieu et place de la loi normalement applicable, si et seulement si ces dispositions sont des lois de police dans l'État de situation, c'est-à-dire qu'elles s'imposent à tous et qu'il ne peut y être dérogé.

Ces lois de police imposent au tribunal compétent que cette loi soit sa loi nationale (cas dans lequel la loi nationale du tribunal d'un État membre compétent n'est pas celle normalement applicable à la succession) ou qu'elle ne soit pas sa loi nationale. Le notaire devra être extrêmement prudent lorsque, dans la succession qu'il règle, il existe des actifs (notamment des biens immobiliers) situés dans un État dont la loi ne s'applique normalement pas à la succession : il devra se renseigner sur l'existence de lois de police de l'État de situation et analyser s'il y a lieu de les appliquer.

Nous pouvons penser que pour les biens situés en France et dont la succession serait régie par une autre loi que la loi française, les dispositions relatives aux attributions préférentielles des exploitations agricoles et le droit au logement temporaire du conjoint survivant ou du partenaire enregistré survivant seraient de telles lois de police qu'il y aurait lieu d'appliquer même si elles n'existaient pas ou diffèrent dans la loi normalement applicable.

Exemple : _____

Monsieur Schmidt, de nationalité autrichienne, réside habituellement en Italie. Il a trois enfants issus d'une première union avec une épouse autrichienne. Il laisse une seconde épouse qui occupe à titre de résidence principale l'appartement qu'il avait acquis à Lyon lorsqu'il vivait encore avec elle. Il laisse des biens immobiliers en Italie, des comptes bancaires et trois exploitations agricoles en Autriche. Il meurt ab intestat.

La seconde épouse charge un notaire français de régler la succession. Ce notaire devra appliquer la loi italienne à l'ensemble de la succession, mais devra se renseigner afin de vérifier s'il n'existe pas de loi de police en Autriche prévoyant, par exemple, une attribution préférentielle des exploitations agricoles et s'il en existe devra les respecter. Il devra aussi réserver le droit d'usage et d'habitation d'un an prévu à l'article 763 du Code civil français.

_____**III/ L'ordre public international**

150. Le considérant 58 du règlement successoral européen indique : « Dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des États membres chargées du règlement des successions la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné. Néanmoins, les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre État membre ou refuser de reconnaître ou, le cas échéant, d'accepter, ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou une transaction judiciaire d'un autre État membre, lorsque ce refus serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination. »

Le considérant 58 est assez facile à comprendre au moins dans la première partie puisqu'il permet à l'autorité chargée du règlement de la succession d'écarter certaines dispositions de la loi étrangère si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État de cette autorité. Il s'agit bien là d'une notion déjà connue des praticiens français : celle de l'ordre public international. Par contre, la seconde partie est plus difficile à comprendre mais établit une forme de hiérarchie de l'ordre public international, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et, en particulier, son article 21 qui interdit toute discrimination, se trouvant au-dessus de toute législation d'ordre public d'un État membre.

L'article 35 prévoit : « *Ordre public*

L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. »

151. Il faut noter que l'article 35 précise qu'une disposition de la loi normalement applicable ne peut être écartée. Il ne s'agit pas de remplacer systématiquement la loi étrangère normalement applicable par la loi nationale de l'autorité qui règle la

succession mais de ne l'écarter que de manière partielle et circonstanciée et uniquement dans les dispositions incompatibles avec l'ordre public.

152. Quelles sont les dispositions d'une loi étrangère qui devraient être écartées par un notaire français (ou un tribunal français) parce que manifestement incompatibles avec l'ordre public français ?

Il n'y a pas de doute qu'une loi qui contiendrait des dispositions discriminantes entre les héritiers en fonction de leur religion, de leur race, de leur sexe, de la qualité de leur filiation (enfant né du mariage ou hors mariage) serait incompatible avec l'ordre public international français. Ainsi, les dispositions d'une loi qui ne permettraient à un enfant d'hériter que s'il possédait la même religion que le défunt ou qui attribueraient une quote-part plus importante aux enfants de sexe masculin qu'aux enfants de sexe féminin, ou encore qui attribueraient une part plus importante aux enfants issus du mariage qu'à ceux non issus du mariage, devraient être écartées.

En pratique, écarter les dispositions discriminatoires en raison du sexe des héritiers n'est pas aussi aisé qu'il n'y paraît. Pour illustration, nous renvoyons à la lecture de l'article du professeur Georges Khairallah : « un an d'application du règlement européen sur les successions »⁽¹²²⁾.

153. Une loi étrangère qui ne connaîtrait pas la réserve héréditaire serait-elle manifestement incompatible avec l'ordre public français de façon que le tribunal français compétent ou le notaire français chargé de régler la succession, devrait l'écarter pour donner des droits aux héritiers qui auraient été réservataires en droit français ? Cette question divise la doctrine française. Comme elle se posera particulièrement lorsque le défunt aura choisi la loi applicable à sa succession (parfois pour écarter la réserve héréditaire), nous la traiterons plus après dans les développements sur la *professio juris*.

154. Pour de nombreux commentateurs du règlement, il faut pour pouvoir invoquer l'ordre public une certaine proximité de la loi du for avec la succession. Si le défunt ou certains enfants résident en France, et qu'une autre loi que la loi française s'applique à la succession (car par exemple il y a eu *professio juris*) alors l'ordre public pourra plus facilement être invoqué si la loi étrangère heurte nos principes. Au contraire, si les liens avec la France du défunt et des héritiers sont très distendus, l'ordre public français devrait être plus effacé.

155. Nous avons maintenant en mains les outils de notre bilan pour déterminer la loi applicable à la succession lorsque le défunt n'a pas de son vivant choisi la loi applicable à sa succession. Nous savons déterminer la loi normalement applicable avec le principe et ses tempéraments. C'est assez aisé lorsque le défunt décède ab intestat, et sans avoir conclu de son vivant un quelconque pacte successoral. C'est beaucoup moins aisé en présence d'une disposition à cause de mort prise avant le 17 août 2015.

(122) Bulletin du CRIDON de Paris du 15 février 2017 n° 4.

Sous-section II – *La détection anticipée des choix involontaires*

156. A priori, le choix résulte d'une volonté, il ne peut donc y avoir de choix involontaire. Néanmoins, le droit présume un choix à partir de l'attitude du sujet de droit. En droit interne français, celui qui ne choisit pas, par contrat de mariage, son régime matrimonial sera soumis à un régime légal. Il est présumé avoir choisi la communauté de biens réduite aux acquêts.

En matière de succession internationale, certaines lois applicables ou même certaines dispositions du règlement successoral européen vont établir une telle présomption. Cela peut aboutir à un résultat successoral qui n'est pas celui que voulait le défunt. Le notaire doit connaître ces pièges et savoir les détecter du vivant du futur défunt.

Nous aborderons dans un premier temps l'article 83.4 du règlement successoral européen qui présume un choix de loi applicable puis nous aborderons quelques pièges qui peuvent résulter de législations internes.

§ 1 – *LE CHOIX DE LOI INVOLONTAIRE OU LES EFFETS PERVERS DE L'ARTICLE 83.4 DU RÈGLEMENT SUCCESSORAL EUROPÉEN*

157. Aux termes de l'article 83.4 du règlement : « *Si une disposition à cause de mort, prise avant le 17 août 2015, est rédigée conformément à la loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du présent règlement, cette loi est réputée avoir été choisie comme loi applicable à la succession.* »

Il s'agit d'une disposition transitoire dont le but premier est de s'assurer que la volonté du défunt sera respectée malgré l'entrée en vigueur du règlement successoral européen. L'objectif est louable puisqu'il s'agit d'essayer de sauvegarder la volonté du défunt exprimée dans une disposition à cause de mort en la faisant coïncider avec la loi applicable à la succession.

Toutefois, cette tentative de protéger la volonté du défunt passe par une fiction puisqu'une loi est réputée avoir été choisie par le défunt. Mais dans bien des cas, le défunt n'aura pas, au moment où il prend cette disposition, envisagé qu'il était en train de choisir la loi applicable à sa succession. Le praticien qui lui aura d'ailleurs conseillé de prendre cette disposition ne pouvait pas non plus envisager les conséquences de cet acte sur le choix d'une loi applicable, a fortiori s'il était établi dans un État, comme la France, qui rejetait la *professio juris*.

A/ Conditions d'application

Il faut que toutes les conditions suivantes soient cumulativement remplies :

I/ Une disposition à cause de mort a été prise par le défunt

158. La disposition à cause de mort est définie à l'article 3 du règlement comme étant « *un testament, un testament conjonctif ou un pacte successoral* ».

Le pacte successoral est défini comme « *un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte* ».

Un testament conjonctif est « *un testament établi par deux ou plusieurs personnes dans le même acte* ».

Il faudra lors de l'établissement du bilan DIP interroger notre client, afin de savoir s'il a fait un testament, une donation entre époux, une donation-partage, ou si ses héritiers ont signé une renonciation anticipée à l'action en réduction. Il ne faudra pas oublier qu'il aura pu établir un testament conjonctif ou un pacte successoral dans un autre pays. Dès lors qu'une telle disposition à cause de mort aura été prise, il faudra examiner si les autres conditions d'application de l'article 83.4 sont réunies.

II/ Cette disposition à cause de mort a été faite antérieurement au 17 août 2015

159. Les dispositions à cause de mort sont généralement datées, soit parce qu'il s'agit d'une condition de leur validité en la forme (testament olographe en droit français) soit qu'elles ont été reçues par un notaire. Il sera donc facile en principe d'en établir la date.

La plus grande difficulté sera celle de recenser les dispositions à cause de mort. En effet, une donation-partage de droit français en tant que pacte successoral est une disposition à cause de mort. Ainsi, la signature d'une telle donation-partage avant le 17 août 2015 peut constituer un choix de loi applicable.

III/ Une disposition à cause de mort rédigée conformément à la loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du règlement

160. Le règlement successoral européen autorise le choix de la loi applicable dans son article 22. Il est possible de choisir la loi de l'État dont on possède la nationalité au moment où l'on fait ce choix ou au moment de son décès. Il faut donc connaître la ou les nationalités du défunt ou futur défunt. S'il s'avère que la disposition à cause de mort est rédigée conformément à la loi de la nationalité du défunt ou futur défunt au moment où il a pris cette disposition ou au moment de son décès, alors le défunt est réputé avoir choisi, pour régir sa succession, la loi de cette nationalité.

Reste à déterminer ce que veut dire « rédigée conformément » à la loi que le défunt aurait pu choisir (loi nationale). Faut-il que la disposition en question vise des dispositions du droit interne de cette loi interne ? Il ne paraît pas possible de considérer qu'un testament fait en France qui indique simplement « je laisse tous mes biens à Mme X mon épouse » est rédigé conformément à la loi française puisqu'il pourrait être rédigé ainsi dans de nombreux pays. Par contre, un testament fait en France qui préciserait « j'institue mon épouse Mme X légataire universelle et je précise que pour le cas où un de mes descendants exercerait ses droits réservataires, Mme X pourra choisir une des quotités disponibles prévues par l'article 1094-1 du Code civil » serait rédigé conformément à la loi française.

161.

Exemple :

Monsieur Dupont, de nationalité française, décède résidant habituellement aux États-Unis où il s'était installé depuis une dizaine d'années. Il a acquis la nationalité américaine. Il laisse son épouse Marie Durand avec laquelle il était marié depuis 30 ans, et trois grands enfants. Avant de partir aux États-Unis, en 2006 et pour tranquilliser son épouse, il lui a consenti une donation entre époux devant Maître Martin notaire en France (rédigée dans les termes usuels) et qui ne contient aucune disposition sur la loi applicable à la succession. Il a aux termes d'un testament olographe de la même date indiqué qu'il confirmait les termes de sa donation entre époux. Il laisse un appartement à Paris, d'importants placements financiers en France, un grand appartement où il vivait avec son épouse à New York, et d'importants placements financiers aux États-Unis. Il n'a pas pris de dispositions testamentaires aux États-Unis.

Quelle est la loi applicable à sa succession ? Un des enfants, Paul, entend, si la loi française s'applique, exercer ses droits réservataires.

Le notaire choisi par Madame Dupont considère que le défunt n'a pas choisi la loi applicable à sa succession. Il y a donc lieu d'appliquer l'article 21.1 et la loi applicable est celle de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès, loi de l'État de New York qui ne connaît pas la réserve héréditaire. Il y a renvoi de l'article 34 à la loi française qui ne régit alors que la transmission par décès du bien immobilier situé en France. Le reste de la succession (appartement new yorkais et succession mobilière) est régi par la loi new yorkaise. Paul pourra exercer sa réserve sur une masse successorale uniquement constituée de l'appartement parisien (sauf s'il arrive à convaincre le juge français compétent ici que la réserve héréditaire est d'ordre public).

Le notaire choisi par Paul Dupont considère au contraire que :

- Le défunt a pris une disposition à cause de mort : ici la donation entre époux (mais aussi le testament),
- Cette disposition a été prise avant le 17 août 2015,
- Monsieur Dupont était de nationalité française tant au moment où les dispositions ont été prises, qu'au moment de son décès,
- En application du règlement successoral européen, Monsieur Dupont aurait pu choisir la loi française pour régir l'ensemble de sa succession,
- La donation entre époux reçue par un notaire français est rédigée conformément au droit français (et que le testament ne peut l'avoir révoqué puisqu'il la confirme)
- Par conséquent, Monsieur Dupont est réputé en application de l'article 83.4 avoir choisi la loi française comme applicable à sa succession.

En conséquence, les droits réservataires de Paul seront calculés sur l'intégralité des biens successoraux où qu'ils soient situés et non pas seulement sur l'appartement parisien.

Il appartiendra évidemment au tribunal saisi de cette difficulté de trancher, mais il paraît vraisemblable qu'en application de l'article 83.4, le tribunal décide que l'intégralité de la succession est régie par la loi française.

B/ Portée du choix de loi de l'article 83.4

162. La question qui se pose est double :

- Le choix de loi réputé par l'article 83.4 se produit-il de manière totalement objective ?
- Est-ce une présomption réfragable ?

I/ Le choix de loi réputé de l'article 83.4 est-il purement objectif ?

163. En d'autres termes, lorsque les conditions d'application prévues par le texte (voir ci-dessus) sont toutes réunies, ce texte peut-il s'appliquer alors même que le défunt ne pouvait en aucun cas, au moment où il a pris cette disposition, envisager qu'il pourrait choisir une loi applicable ?

164. Pour illustrer notre propos, prenons le cas suivant. Nous tenons à préciser qu'il s'agit de faits réels. Nous avons très légèrement modifié les dates.

Exemple :

Vous êtes notaire et vous êtes chargé en décembre 2015 du règlement de la succession de Monsieur C, de nationalités française et israélienne, décédé en Israël le 23 novembre 2015. Le défunt a quitté la France et a emménagé en Israël environ 4 ans avant son décès et n'est plus sorti du territoire israélien jusqu'à son décès. Monsieur C était marié à Madame C sous le régime de la séparation de biens aux termes de son contrat de mariage reçu par un notaire français en 1953 préalablement à son union célébrée en France. De cette union sont issus trois enfants, tous majeurs.

Le défunt laisse en France des biens immobiliers de faible valeur (des chambres de service), des comptes bancaires et différents contrats d'assurance-vie. Il est à noter que le patrimoine immobilier français du couple, à l'exception de chambres de bonne, a été donné aux enfants du couple, avant le départ du défunt et de son épouse en Israël. Les enfants étaient lors de cette donation-partage en 2003 déjà installés en Israël où ils sont toujours domiciliés (il s'agissait d'une donation-partage de quote-part indivises qui aurait pu être requalifiée en donations simples).

Monsieur S étant décédé après le 17 août 2015, c'est le règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 qui s'applique pour le règlement de sa succession.

Le défunt avait consenti une donation entre époux suivant acte reçu par un notaire français en 1993 au profit de son épouse consistant en l'universalité de tous les biens meubles et immeubles composant sa succession en cas d'existence de descendants, la donation portera sur la plus forte quotité disponible entre époux, en vigueur au jour du décès (art. 1094.1 du Code civil)

Aucune mention expresse de choix de loi applicable à la succession n'est indiquée dans l'acte de donation entre époux.

Quelle loi allez-vous appliquer à cette succession ?

L'article 21 du règlement prévoit qu'en l'absence de choix de loi applicable, il y a lieu d'appliquer la loi de la dernière résidence habituelle du défunt, donc la loi israélienne. Israël étant un État tiers, il faut alors s'intéresser à sa règle de droit international privé. Or, le droit israélien soumet la succession à la loi du dernier domicile du défunt. Si le dernier domicile se trouve en dehors d'Israël, la loi israélienne reste applicable aux immeubles situés en Israël. Toutefois, la règle de

droit international privé israélienne ne prévoit pas que les immeubles situés en dehors d'Israël sont soumis à la loi du lieu de leur situation. Il n'y a donc pas de renvoi à la loi française pour les immeubles situés en France. Par conséquent, en application de l'article 21, la succession est intégralement régie par la loi israélienne. La veuve vous fournit une ordonnance rendue par un juge israélien qui établit que par suite de renonciations faites selon le droit israélien par les enfants, Madame C veuve de Monsieur C, est seule héritière selon le droit israélien.

Toutefois, la donation entre époux de biens à venir de 1993 est une disposition à cause de mort. Cette donation a été établie conformément à la loi française et se réfère expressément à des textes de droit français. Peut-on considérer que par cette donation entre époux de biens à venir, il y a une *professio juris* en faveur de la loi française, comme le prescrit l'article 83, paragraphe 4 ? Ce choix a été possible car le défunt était de nationalité française (mais aussi israélienne).

En l'espèce, en 1993, Monsieur et Madame C. vivaient en France où ils étaient tous deux nés et s'étaient mariés, leurs trois enfants vivaient en France, où ils étaient eux aussi nés. Il n'y avait alors aucun élément d'extranéité dans leur situation et, au surplus, le droit français interdisait de choisir la loi applicable à sa succession. Or, l'existence d'une *professio juris* suppose normalement l'existence d'une volonté ou d'une intention. De deux choses l'une, soit l'article 83.4 joue de façon purement objective et il y a lieu d'appliquer à toute la succession la loi française car il y a *professio juris* du fait de la donation entre époux, soit au contraire, l'article 83.4 suppose une volonté de voir sa succession soumise à une loi particulière et en l'espèce cette volonté est totalement absente.

Sur un plan pratique, les enfants dans l'acte ont déclaré que pour le cas où le droit français devait s'appliquer, ils consentaient purement et simplement aux termes de la donation entre époux et renonçaient à exercer leurs droits réservataires prévus par le droit français. Nous sommes ainsi arrivés au même résultat en droit français et en droit israélien. Madame C a pu vendre seule les immeubles français et l'acquéreur était ainsi correctement protégé.

Mais qu'en serait-il s'il existait un différend familial ? Il faudra attendre les décisions des tribunaux pour trancher cette question.

165. Pour le professeur Wautelet⁽¹²³⁾ l'article 83, paragraphe 4, n'impose aucunement de procéder à la recherche de la volonté du défunt. Contrairement au choix de loi tacite ou implicite, retenu à l'article 22, il n'est pas requis d'examiner si la personne a conçu la disposition à cause de mort en contemplation d'une loi qu'elle entendait choisir. Il n'y a pas lieu de se poser cette question, le choix de loi fictif pouvant automatiquement être pris en considération dès lors qu'il permet de valider une disposition à cause de mort.

Il n'est pas certain que cette opinion soit partagée par tous.

(123) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration de Ilaria Petrelli et Azadi Öztürk) Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, éditions Bruylant page 978 n° 32 commentaire de l'article 83 par Patrick Wautelet.

II/ La présomption de choix de loi est-elle réfragable ?

166. Il s'agit de savoir s'il est possible pour un héritier ou un créancier qui y aurait intérêt d'apporter la preuve que le défunt n'avait pas l'intention de choisir la loi réputée choisie par l'article 83.4.

Il faudra attendre la décision des tribunaux. Pour le professeur Wautelet⁽¹²⁴⁾, il s'agit d'une présomption irréfragable.

167. Il faut donc pour les notaires faire preuve de prudence et savoir bien détecter ces choix de loi involontaires.

C/ Une disposition similaire mais moins choquante : l'article 83.2

168. L'article 83.2 dispose que « *Lorsque le défunt avait, avant le 17 août 2015, choisi la loi applicable à sa succession, ce choix est valable s'il remplit les conditions fixées au chapitre III ou s'il est valable en application des règles de droit international privé qui étaient en vigueur, au moment où le choix a été fait, dans l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle ou dans tout État dont il possédait la nationalité.* »

Il s'agit ici aussi d'une disposition transitoire dont l'objectif est de respecter la volonté d'un défunt exprimée avant l'entrée en application du règlement successoral européen. L'idée est que si le défunt a, dans une disposition à cause de mort prise avant le 17 août 2015, choisi la loi applicable à sa succession, sa volonté doit être respectée pourvu qu'il ait choisi une loi qu'il aurait pu choisir si le règlement successoral avait été en vigueur (loi d'une de ses nationalités au moment du choix ou du décès) ou une loi qu'il aurait pu choisir selon les règles de droit international privé qui s'appliquaient au moment de ce choix dans le pays où le défunt avait sa résidence habituelle ou dans le pays dont il possédait la nationalité.

Il faut lire ce texte en conjonction avec l'article 22 qui prévoit que « *le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition.* »

La conjonction de l'article 22 et de l'article 83.2 oblige l'autorité en charge du règlement de la succession à rechercher les choix de loi applicable qui résultent des termes des dispositions à cause de mort faites avant le 17 août 2015.

Mais contrairement à l'article 83.4, il y a ici une véritable recherche de la volonté de choisir une loi applicable.

Parfois, la différence sera tenue entre l'article 83.2 et l'article 83.4.

Pour de nombreux commentateurs du règlement, la rédaction par un ressortissant du Royaume-Uni d'un trust testamentaire de droit anglais constituera en-soi un choix de loi applicable en application soit de l'article 83.2 soit de l'article 83.4 et cela en l'absence même dans ce testament de choix de loi applicable.

(124) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration d'Illaria Petrelli et Azadi Öztürk) Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, éditions Bruylant page 978 n° 32 commentaire de l'article 83 par Patrick Wautelet.

➡ **CONSEILS PRATIQUES :**

Il est impératif de dresser un bilan avec chacun de ses clients avant le décès et de faire une analyse de tous les testaments et pactes sur succession future (donation entre époux, donation-partage, pacte successoral de droit étranger) afin de vérifier si ces dispositions peuvent constituer un choix involontaire de loi applicable.

Il est alors encore possible de révoquer ce choix de loi s'il ne correspond pas à la volonté du client, ou au contraire de la confirmer expressément pour éviter toute discussion ultérieure.

§ II – LES CHOIX INVOLONTAIRES DE LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

169. Nous nous intéresserons ici à l'effet de certaines législations étrangères et, en particulier, à la révocation des testaments.

Nous connaissons en droit interne français des règles similaires notamment en ce qui concerne les effets du divorce sur les dispositions à cause de mort prises par l'un des époux en faveur de l'autre avant la dissolution du mariage. En cas de divorce, nous aurons donc le réflexe de nous demander si le divorce a pu avoir effet sur les dispositions testamentaires prises antérieurement.

170. Mais en sera-t-il de même face au mariage ? Ou à la survenance d'un enfant ? Ainsi en droit anglais (et dans certains autres pays de Common Law), le mariage entraîne la révocation automatique des testaments antérieurs au mariage (sauf si le testament en question a été fait en contemplation du mariage).

Exemple : _____

Monsieur Jack Smith, de nationalité britannique, a fait en septembre 2015 un testament en Angleterre dans lequel il laisse l'intégralité de ses biens à son frère préféré Stanley. Il avait alors toujours résidé à Londres. Le testament ne contient aucune indication expresse sur la loi applicable. En décembre 2015, il rencontre Marie Dupont qui vit aussi à Londres.

Il se marie avec elle et tous deux s'installent deux mois plus tard sur le bassin d'Arcachon où ils résident désormais habituellement, Jack y ayant acquis une maison en novembre 2015. Jack meurt dans un accident de voiture en mai 2018 et laisse à sa survivance son épouse, ses deux frères Stanley et Perry et sa mère Gillian. Il n'a plus de biens d'une valeur significative en Grande-Bretagne et s'est parfaitement intégré en France.

En droit interne anglais, le testament de septembre 2015 est automatiquement révoqué par le mariage.

Le testament a-t-il été révoqué par le mariage de Jack avec Marie ?

L'article 24 du règlement successoral européen dispose que :

« 1. La recevabilité et la validité au fond d'une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de la personne ayant pris la disposition si elle était décédée le jour de l'établissement de la disposition.

2. Nonobstant le paragraphe 1, une personne peut choisir comme loi régissant sa disposition à cause de mort, quant à sa recevabilité et à sa validité au fond, la loi que cette personne aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées.

3. Le paragraphe 1 s'applique, selon le cas, à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral. En cas de choix de loi effectué conformément au paragraphe 2, la modification ou la révocation est régie par la loi choisie. »

Jack Smith n'a pas choisi la loi applicable à son testament dans son testament. La loi applicable à la recevabilité, à la validité au fond, à la modification et à la révocation de son testament est la loi qui aurait été applicable à sa succession s'il était décédé le jour de l'établissement de son testament.

Le jour de l'établissement de son testament, Jack était résident habituellement à Londres. Il faut déterminer la loi qui aurait été applicable à sa succession s'il était décédé ce jour-là. Le testament contient-il un choix implicite de loi applicable aux termes de l'article 22? L'article 22 prévoit que le choix peut résulter des termes du testament.

- a) ou bien le testament est rédigé de façon très simple par exemple « je lègue tous mes biens à mon frère Stanley » sans autre précision et il ne peut y être vu de choix de loi applicable. Nous appliquerons aux causes de révocation du testament la loi de la résidence habituelle (l'exception de l'article 21.2 ne trouve pas matière dans ce cas particulier) : la succession de Jack était au jour de son établissement du testament à savoir la loi anglaise. Le testament est donc soumis pour ses causes de révocation à la loi anglaise et se trouve donc révoqué par le mariage.

Quant à la succession de Jack elle est au contraire, soumise à la loi française car il avait en France sa résidence habituelle au moment de son décès (et nous venons d'établir que son testament ne contient pas de choix de loi applicable pour la loi de sa nationalité). Par conséquent, le testament ayant été révoqué du fait du mariage, il y a lieu d'appliquer les règles françaises ab intestat. La succession est dévolue à Marie conjoint survivant pour les trois quarts et à Gillian, mère du défunt, pour un quart.

Si la révocation du testament avait été gouvernée par la loi applicable à la succession (loi française), le testament n'aurait pas été révoqué et la succession aurait été dévolue à Stanley sauf le quart réservataire de Marie.

- b) ou bien le testament a été rédigé de façon plus complexe et fait, par exemple, état de la législation anglaise. Il peut y être vu un choix de loi tacite pour la loi anglaise. Alors, bien que l'article 24 ne précise pas s'il y a lieu de prendre le testament en compte pour déterminer la loi qui aurait été applicable à la succession au jour de l'établissement du testament, il nous semble que le texte n'aurait aucun sens s'il fallait écarter le testament. Par conséquent, il faut considérer que la loi applicable au jour de l'établissement du testament est la loi anglaise choisie pour régir la succession. Le testament est donc révoqué par le mariage de Jack et Marie. La succession de Jack est elle aussi soumise à la loi anglaise (et dans son intégralité) du fait du choix de loi implicite que contient le testament. Par conséquent, en application des règles ab intestat de droit anglais, la succession est entièrement dévolue à Marie conjoint survivant.

Nous pouvons encore compliquer notre cas en décidant que la maison du bassin d'Arcachon n'a pas été acquise après la rédaction du testament, mais en 1980 soit bien avant la rédaction du testament. Dans cette éventualité, le résultat est

strictement le même si l'on peut voir dans le testament un choix de loi applicable pour la loi anglaise. Par contre si l'on ne peut pas voir dans le testament un choix de loi applicable (par exemple le testament a été rédigé en France pendant les vacances de Jack sur le bassin d'Arcachon, sous la forme olographe française et indique seulement « je lègue tous mes biens à mon frère Stanley »), le raisonnement devient plus compliqué.

Il faut tout d'abord déterminer en application de l'article 24 la loi applicable à la révocation du testament. À la date du testament, Jack résidait habituellement au Royaume-Uni, sa succession mobilière aurait donc été soumise au droit anglais s'il était décédé ce jour-là, mais il était déjà propriétaire d'un bien immobilier en France et la succession des immeubles en France aurait alors été régie par le droit français en vertu du renvoi prévu à l'article 34. Par conséquent, pour la succession mobilière le testament est révoqué, pour la succession des immeubles en France le testament est maintenu.

La succession de Jack est soumise dans son intégralité à la loi française puisqu'il est décédé alors qu'il était habituellement résident en France. Faut-il alors considérer que le testament est révoqué pour la partie mobilière de cette succession et que cette partie mobilière est donc dévolue à Marie pour les trois quarts et Gillian pour le quart, tandis que le testament est maintenu pour le bien immobilier qui est donc dévolu à Stanley sous réserve du quart réservataire de Marie ? Voilà qui paraît très complexe.

171. Il faut noter qu'il existe une controverse sur l'applicabilité de l'article 24 aux causes légales de révocation indépendantes de la volonté du testateur (mariage, survenance d'un enfant, divorce). Le professeur Andrea BONOMI⁽¹²⁵⁾ considère qu'il y a lieu d'appliquer l'article 24 et par conséquent la loi qui aurait été applicable au jour de l'établissement du testament à sa révocation pour une telle cause. Il n'en va pas de même pour Madame Mariel Revillard et pour le professeur Georges Khairallah⁽¹²⁶⁾. Ces derniers considèrent qu'il faut appliquer la loi qui aurait été applicable à la succession à la date de la survenance de l'évènement auquel la révocation se rattache. Cela dit, dans notre cas d'espèce, se placer à la date du mariage pour déterminer la loi qui aurait alors été applicable et soumettre la révocation à cette loi ne change guère les difficultés.

Il faudra attendre les décisions des tribunaux pour trancher cette question. Il y a toutefois une leçon à tirer en termes de réflexes. En présence d'une situation d'extranéité, il faudra être vigilant sur les lois éventuellement applicables et les révocations automatiques que ces lois connaissent et au besoin prendre de nouvelles dispositions testamentaires confirmant ou infirmant les intentions du testateur.

172. Grâce aux deux premières étapes nous connaissons maintenant la loi applicable au régime matrimonial et à la succession du défunt. Il nous faut maintenant aborder la troisième étape de ce bilan, ceux qui se prétendent héritiers le sont-ils vraiment ?

(125) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration d'Illaria Petrelli et Azadi Öztürk) Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, éditions Bruylant page 413 n° 13 commentaire de l'article 24 par Andrea Bonomi.

(126) Georges Khairallah et Mariel Revillard Droit européen des successions internationales le règlement du 4 juillet 2012 Éditions Defrénois 2013 82.

Section III – La vérification de la qualité des héritiers

173. Il s'agit ici de vérifier, de préférence avant le décès qui fige la situation, si ceux qui se présentent comme les héritiers d'une personne ont bien cette qualité, ou au contraire ceux que l'on pense ne plus l'être n'auraient pas gardé cette qualité.

Nous ferons ce bilan pour deux catégories d'héritiers : le conjoint survivant et par extension le partenaire enregistré, et les enfants. Ce bilan doit être fait quelle que soit la loi applicable au régime matrimonial ou à la succession.

Sous-section I – *Le conjoint survivant*

174. Dans de nombreuses législations et en particulier en droit français, le conjoint survivant est héritier. Pour cela, il faut que le mariage soit valide et reconnu. De même, l'ex-conjoint est en général privé de droits dans la succession, à condition toutefois que le divorce soit effectif.

Dans chaque dossier, il y a donc lieu de vérifier cette qualité et de savoir utiliser les règles de droit international privé propres au mariage et au divorce.

§ I – *VALIDITÉ ET RECONNAISSANCE DU MARIAGE*

175. Il faut distinguer entre les conditions de fond et les conditions de forme du mariage.

A/ Les conditions de fond

176. Comme souvent, il y a une règle de principe et des exceptions ou tempéraments.

I/ Le principe : application distributive de sa loi nationale à chacun des époux

177. La règle de droit international privé française figure à l'article 201-1 du Code civil et particulièrement dans son premier alinéa : « *Les qualités et les conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies pour chacun des époux par sa loi personnelle* ». La loi personnelle est la **loi de la nationalité**.

En cas de plurinationalité, la nationalité française d'un époux l'emporte sur toute autre nationalité. Si aucune des nationalités n'est la nationalité française, il faut appliquer la loi de la nationalité effective de l'époux en question.

178. Ainsi, l'aptitude à contracter mariage (âge minimal requis, consentement d'un tiers comme un père ou une mère, empêchement résultant d'un lien de parenté ou d'alliance entre les futurs époux, nécessité de ne pas être engagé dans les liens d'un mariage) doit être vérifiée séparément pour chacun des époux en appliquant pour chaque époux les conditions fixées par sa loi nationale. Si l'un des époux ne remplit pas une des conditions exigées par sa loi nationale, le mariage est frappé de nullité.

Un mariage célébré à l'étranger entre une française de 17 ans et un tunisien de 20 ans serait frappé de nullité. Pour l'épouse française, il y a lieu de vérifier l'âge minimal requis pour le mariage en France qui est de 18 ans, par conséquent cette condition de sa loi nationale n'étant pas remplie, le mariage est nul.

179. Il faut toujours garder en tête l'article 146-1 du Code civil : « *Le mariage d'un français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence* ». Il s'agit d'une condition de fond et non d'une condition de forme. Il faudra toujours vérifier lorsqu'un mariage a eu lieu à l'étranger que l'époux de nationalité française était effectivement présent à son mariage. En effet, certaines législations étrangères (notamment la loi marocaine) autorisent la représentation d'un futur époux. Si un époux de nationalité française a été représenté, le mariage sera frappé de nullité en France (et parfaitement valable là où il a été célébré). Il faudra néanmoins en faire prononcer l'annulation par les tribunaux.

II/ Les exceptions

180. Elles sont de deux types : les empêchements bilatéraux qui imposent des conditions supplémentaires et la règle de faveur pour les mariages entre personnes de même sexe qui tout au contraire écarte le principe pour valider le mariage.

a) Les empêchements bilatéraux

181. Ils relèvent de l'ordre public. Ce sont des empêchements qui sont dits bilatéraux par ce que bien que prévus par la loi française seulement, ils s'imposent aux deux époux y compris à l'époux non français.

L'empêchement bilatéral qui se présente le plus souvent en pratique est celui qui en droit français interdit la polygamie ou plus exactement prévoit que l'existence d'une précédente union non dissoute est un empêchement à mariage.

Exemple :

Madame Durand, de nationalité française, célibataire, se marie aux Émirats Arabes Unis avec Monsieur Al Rostan, qui est au jour de la célébration du mariage déjà marié une fois. En principe, il faut appliquer distributivement à chaque époux les règles de fond de sa nationalité. Madame Durand est célibataire et respecte donc la condition de célibat imposée par la loi française, Monsieur Al Rostan n'est marié qu'une seule fois et respecte donc les règles émiraties qui permettent le mariage polygamique. Pourtant ce mariage, parfaitement valable aux Émirats Arabes Unis, est frappé de nullité absolue en France car il s'agit d'un empêchement bilatéral qui s'applique aux deux époux.

Après 20 années de mariage, Madame Durand s'installe à Paris et y décède ab intestat trois ans plus tard. Elle laisse son époux Monsieur Al Rostan et trois enfants majeurs. Qui sont les héritiers ?

Le mariage est frappé de nullité. Pourtant, si les enfants veulent évincer Monsieur Al Rostan, il leur faudra saisir un tribunal français et faire prononcer la nullité de ce mariage. S'agissant d'une nullité absolue, le juge prononcera la nullité ce qui ôtera à Monsieur Al Rostan sa qualité de conjoint survivant. Toutefois, cette nullité absolue se prescrit par trente ans à compter du mariage. Dès lors si Madame Durand était décédée 7 années plus tard, l'action des enfants aurait été vouée à l'échec.

Par contre un mariage polygamique entre deux époux dont la loi nationale autorise ce type d'union est valable et produit ses effets en France, sauf s'il a été célébré en France (ce qui ne doit normalement pas être possible sauf omission des époux dans les renseignements fournis à l'état civil).

Au contraire, certains types de mariage vont bénéficier d'une règle spéciale validant un mariage alors que la loi nationale des époux ne leur permettrait pas ce mariage.

b) La règle de faveur pour les mariages entre personnes de même sexe

182. Le deuxième alinéa de l'article 202-1 du Code civil dispose que : « *Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet.* »

Il existe de nombreux pays qui prohibent le mariage entre personnes de même sexe⁽¹²⁷⁾. L'application du premier alinéa de l'article 202-1 qui impose une application distributive des règles de fond avait pour effet d'empêcher le mariage entre personnes de même sexe lorsque la loi nationale de l'un des futurs époux interdisait le mariage entre personnes de même sexe. Lorsque le mariage entre personnes de même sexe a été admis par la loi française, le législateur a prévu une règle de droit international privé spécifique qui vise à écarter la distributivité pour les mariages de même sexe.

Dès lors que l'un des futurs époux a la nationalité d'un État qui permet le mariage entre personnes de même sexe, ou encore lorsque l'un des époux a sa résidence ou son domicile dans un pays permettant ce type de mariage, le mariage sera valable en France. La règle vise à valider le plus grand nombre de mariages possible.

Ainsi, un mariage célébré au Canada, entre Thomas de nationalité roumaine et Paul de nationalité soudanaise, tous deux domiciliés au Canada est valable en France (alors même qu'il ne sera pas reconnu en Roumanie et au Soudan où Paul risque la peine de mort).

Tout mariage entre personnes de même sexe célébré en France sera valable dès lors qu'au moins un des époux y a sa résidence.

Certaines conventions bilatérales entre la France et un autre pays devraient normalement l'emporter sur le deuxième alinéa de l'article 202-1 en raison de la hiérarchie des normes qui fait primer la convention internationale sur la règle de droit interne. Ces conventions nombreuses⁽¹²⁸⁾, prévoient généralement que la loi applicable est la loi personnelle (comme l'article 202-1 premier alinéa). Par conséquent, si la Convention internationale prime, il ne devrait pas être possible de valider un mariage entre un national d'un pays avec lequel existe une telle convention et un français si ce pays ne permet pas le mariage entre personnes de même sexe. C'est notamment le cas du Maroc. Néanmoins la Cour de

(127) Pour une liste à jour en 2014 des pays permettant ou au contraire prohibant le mariage entre personnes de même sexe avec indication du degré de prohibition et notamment des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à la peine de mort, Mariel Revillard, *Droit international privé et européen pratique notariale*, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso page 85 n° 158 et suivants.

(128) Pour la liste voir la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil) NOR : JUSC1312445C pages 4 et 5.

cassation⁽¹²⁹⁾, interrogée sur la validité d'un mariage célébré entre deux hommes dont l'un était français et l'autre marocain a validé ce mariage et écarté l'application de la Convention franco-marocaine au nom de l'ordre public international français. La Cour de cassation consacre un droit d'ordre public au mariage entre personnes de même sexe dès lors que les conditions du deuxième alinéa de l'article 202-1 sont remplies.

183. Enfin, l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 prévoit que : « *Le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu, dans ses effets à l'égard des époux et des enfants, en France, sous réserve du respect des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 et 191 du Code civil. Il peut faire l'objet d'une transcription dans les conditions prévues aux articles 171-5 et 171-7 du même code. À compter de la date de transcription, il produit effet à l'égard des tiers.* » Par conséquent, un mariage célébré à l'étranger entre un français et une autre personne avant l'introduction en France du mariage entre personnes de même sexe sera reconnu rétroactivement en France.

Passons maintenant aux conditions de forme.

B/ Les conditions de forme

184. Nous nous intéresserons ici uniquement aux mariages célébrés à l'étranger ou dans un consulat pour lesquels au moins un des membres du couple a la nationalité française.

185. La règle figure à l'article 171-1 du Code civil : « *Le mariage contracté en pays étranger entre français, ou entre un français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre I^{er} du présent titre.*

Il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises.

Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret. »

Il suffit de respecter les formes locales du mariage et pour l'époux français les conditions de fond prévues par le Code civil (voir ci-dessus) dont on rappelle qu'elles prévoient la comparution personnelle de cet époux à son mariage.

Ainsi, le mariage uniquement religieux de deux français ou d'un français et d'un étranger dans un pays qui admet ce type de mariage sans exiger un mariage civil antérieur (par exemple en Italie) est parfaitement valable.

(129) Arrêt n° 96 du 28 janvier 2015 (13-50.059) – Cour de cassation – Première chambre civile – ECLI:FR:CCASS:2015:C100096.

Le mariage de deux français à l'étranger célébré par le Consul de France sera valable, mais en principe le mariage d'un français avec un étranger devant le Consul de France n'est pas valable sauf dans certains pays qui sont l'Afghanistan, l'Arabie Saoudite, le Cambodge, la Chine, l'Égypte, l'Irak, l'Iran, le Japon, le Laos, le Liban, Le Maroc (Zone de Tanger), Oman (Mascate), la Syrie, la Thaïlande et le Yémen⁽¹³⁰⁾.

186. La loi du 14 novembre 2006 a introduit de nouvelles obligations pour les français contractant mariage à l'étranger et notamment celle d'obtenir préalablement un certificat de capacité à mariage. Les notaires doivent impérativement rappeler cette obligation aux clients qui les consultent avant leur mariage à l'étranger. Ce certificat de capacité permet à l'époux français d'obtenir la transcription de son mariage sur les registres de l'état civil français (il est possible d'obtenir la transcription si cette formalité du certificat de capacité a été oubliée, mais les démarches sont beaucoup plus longues et compliquées).

La sanction choisie par le législateur de 2006 n'est peut-être pas la plus judicieuse puisque l'article 171-5 du Code civil prévoit dans son premier alinéa que « *Pour être opposable aux tiers en France, l'acte de mariage d'un français célébré par une autorité étrangère doit être transcrit sur les registres de l'état civil français. En l'absence de transcription, le mariage d'un français, valablement célébré par une autorité étrangère, produit ses effets civils en France à l'égard des époux et des enfants.* »

Le mariage d'un français célébré avant le 1^{er} mars 2007 à l'étranger reste opposable aux tiers sans condition de transcription. Par contre pour les mariages célébrés à l'étranger après cette date, il faut dès lors qu'un des époux est français, vérifier systématiquement que la transcription au service central de l'État civil (à Nantes) a bien été faite et informer les époux des sanctions de l'absence de transcription.

Cette sanction d'inopposabilité laisse les praticiens dans les plus grandes incertitudes. Cette obligation de transcription à peine d'inopposabilité n'est en fait que l'aboutissement d'un processus mis en place par le législateur pour détecter les mariages blancs. Mais la sanction n'en vaut probablement pas la chandelle. Si l'on peut comprendre que la sanction d'inopposabilité permet à l'État de refuser en cas de non transcription d'accorder la nationalité française à l'époux étranger d'un français, ou de refuser une pension de réversion, il est plus difficile de comprendre cette sanction dans des relations civiles ou commerciales privées. En cas de non transcription, et en l'absence d'enfant, le conjoint survivant si le mariage n'a pas été transcrit conserve-t-il sa qualité d'héritier ? On peut penser que oui.

La Cour de cassation dans une décision rendue par sa première chambre civile le 7 décembre 2016⁽¹³¹⁾ a décidé que ce texte ne peut s'appliquer à un époux français qui possède une autre nationalité d'un pays de l'Union Européenne dès que cet autre pays reconnaît ce mariage sans formalité de transcription. Il est possible d'avancer l'hypothèse que les tribunaux auront tendance à limiter les effets de l'article 171-5.

(130) Mariel Revillard, Droit international privé et européen pratique notariale, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso page 69 n° 115.

(131) Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2016, n° 15-22.996 : JurisData n° 2016-025662.

§ II – VALIDITÉ ET RECONNAISSANCE DU DIVORCE

187. Le divorce rompt le lien matrimonial et fait perdre dans la plupart des systèmes juridiques sa qualité d'héritier à l'ex-conjoint. En droit interne, nous avons le réflexe de vérifier que le divorce est bien définitif et opposable au conjoint survivant. Il est important de faire de même lorsque nous sommes dans une situation internationale.

Il est primordial lors de nos rencontres avec nos clients de savoir détecter les situations dans lesquelles ceux-ci pourraient penser que leur lien matrimonial est rompu alors qu'il ne l'est pas et pouvoir alors proposer une solution (et notamment lorsque c'est possible exhériter l'autre conjoint). Si cette analyse n'a pas été faite du vivant du *de cuius*, elle devra impérativement être faite à l'ouverture de la succession. Le notaire qui donnerait effet à un divorce international alors que la rupture du lien conjugal ne devrait pas être reconnue en France s'expose à un litige entre héritiers et engage sa responsabilité vis à vis du conjoint injustement évincé.

A/ Le divorce prononcé à l'étranger

188. Nous prendrons d'abord le cas du jugement de divorce rendu à l'étranger. La décision de divorce étrangère doit a priori être reconnue sans formalité en France et produit ses effets en France de plein droit dès lors que cette décision est dotée de la régularité internationale. Par conséquent, il faut considérer que les liens du mariage sont rompus et que les époux peuvent se remarier. La loi applicable à la succession dira alors si l'ex-conjoint est susceptible d'hériter et dans quelle condition. Ce n'est que si le divorce doit être exécuté en France sur des biens ou doit entraîner en France une mesure de coercition (contre la volonté d'une des parties qui refuse de l'exécuter ou n'y prête pas son concours) que se pose la question de l'obtention d'une décision en France ordonnant cette exécution (exequatur).

De plus, un divorce « administratif » (prononcé ou simplement validé par une autorité administrative) sera reçu en France comme dans les mêmes conditions qu'un divorce prononcé par une juridiction étrangère.

189. Il faut distinguer entre les jugements de divorce étrangers rendus dans un État membre de l'Union Européenne qui font l'objet du règlement européen Bruxelles II bis et les jugements de divorce émanant d'un État tiers qui restent soumis au droit commun.

I/ Le droit commun : divorce rendu dans un État tiers à l'Union Européenne

190. En droit commun, pour qu'une décision de divorce soit reconnue de plein droit il suffit qu'elle soit dotée de la régularité internationale. Pour cela, il suffit pour reprendre des mots empruntés au professeur Hélène Gaudemet-Tallon⁽¹³²⁾ « *que le jugement étranger ait été rendu par un juge doté d'une compétence indirecte, c'est-à-dire ayant des liens suffisants avec le litige, que ce jugement ne soit pas contraire à l'ordre international public français et qu'il ne soit pas entaché d'une quelconque fraude.* »

(132) Voir pour des explications détaillées sur cette matière Jurisclasseur Droit international Fascicule 547-30 et 547-40 sur le divorce par Hélène Gaudemet-Tallon. Il ne faut pas oublier les effets de certaines conventions bilatérales conclues par la France avec des États tiers à l'Union Européenne.

191. Nous ne développerons pas ici la question de la compétence indirecte qui a donné lieu à des nombreuses évolutions jurisprudentielles dans le sens d'un assouplissement des conditions. Nous retiendrons que dès lors qu'il existe un lien caractérisé entre le litige et le juge qui a prononcé le divorce, le critère de compétence indirecte sera satisfait. Ce sera le cas dans la majorité des divorces étrangers. Ce ne serait toutefois pas le cas si le divorce était prononcé dans un pays où aucun des époux ne réside ou dont aucun des époux n'a la nationalité.

Nous ne traiterons pas non plus ici de la question de la fraude.

192. La question de la non-contrariété de la décision avec l'ordre public international est plus délicate. Nous sommes plus fréquemment appelés à nous poser cette question. Il s'agit d'abord de la question de l'ordre public international procédural (par exemple le respect des droits de la défense et le droit au procès équitable) mais aussi de l'ordre public international de fond. En principe l'ordre public international de fond a un effet atténué qui dépend aussi de la proximité du litige avec la France. Dans le cadre de cet exposé, nous nous intéressons particulièrement à la qualité de conjoint survivant, c'est pourquoi nous attachons à la question des répudiations de droit musulman⁽¹³³⁾.

193. Certains droits d'inspiration religieuse musulmane autorisent la dissolution du mariage sur la seule volonté unilatérale de l'époux, ni l'épouse, ni le tribunal ne pouvant alors s'y opposer (« Talaq »). L'épouse, de son côté, ne bénéficie pas d'une telle faculté.

Depuis cinq arrêts du 17 février 2004⁽¹³⁴⁾, la Cour de cassation refuse de reconnaître de telles répudiations sur le fondement de l'ordre public international. En effet, l'article 5 du protocole n° 7 à la Convention Européenne des droits de l'Homme oblige à respecter l'égalité entre époux, égalité qui n'est pas respectée puisque seul l'époux et non l'épouse peut utiliser cette forme de rupture unilatérale et discrétionnaire. Le critère de proximité de l'ordre public doit s'appliquer. Ainsi la répudiation unilatérale ne sera pas reconnue si le mariage a un lien avec la France (un des conjoints est de nationalité française ou réside en France). Une telle répudiation sera reconnue si aucun des conjoints ne présente de lien avec la France.

Il faut noter que certains auteurs ont émis l'opinion que le droit de l'Union Européenne pourrait dans certaines situations être invoqué contre la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de répudiation unilatérale⁽¹³⁵⁾.

Exemple : _____

Monsieur et Madame Samir se sont mariés au Maroc et ont vécu en France pendant 10 ans. Monsieur Samir repart au Maroc laissant Madame Samir en France. Il passe 5 années au Maroc pendant lesquelles il répudie unilatéralement son épouse. Il se réinstalle ensuite en France où il meurt ab intestat en 2018 alors qu'il y réside à nouveau habituellement depuis 5 ans. Il laisse 4 enfants qui vivent tous en France et un appartement à Paris. La loi applicable à sa

(133) La Cour de cassation française et la répudiation musulmane – Une décennie après l'entrée en vigueur des réformes de droit de la famille au Maroc et en Algérie Étude par Marie-Claude Najm Kobeh Journal du Droit International Clunet n° 3, juillet 2015, doct. 7.

(134) Cass. civ. 1^{re}, 17 février 2004, n° 01-11.549, 256, 257, 258, 259, 260.

(135) Contre les obstacles à la réception des institutions familiales Étude par Marion Chanut, Gaetan Escudey, Antoine Mars et Camille Pons, Droit de la famille n° 9, septembre 2015 dossier 49.

succession est la loi française. Vous êtes chargés de régler la succession. La répudiation ne pourra pas être reconnue en France, Madame Samir est un conjoint survivant et les droits successoraux légaux prévus par la loi française doivent lui être accordés.

Monsieur Ben Hajj, de nationalité marocaine, est résident habituellement à Londres où il est d'ailleurs domicilié au sens anglais du terme. Il décède ab intestat en 2018 et possédait un appartement à Paris. La loi applicable à la dévolution successorale de l'appartement parisien est la loi française (par renvoi de l'article 34 du règlement successoral européen). Il laisse 4 enfants issus d'une union célébrée au Maroc et dissoute au Maroc, et dont il apparaît qu'il s'agissait d'une répudiation unilatérale par Monsieur Ben Hajj de son épouse. Celle-ci a-t-elle des droits sur cet immeuble français ? Il apparaît que les quatre enfants et l'épouse ont toujours résidé au Maroc et n'ont que la nationalité marocaine. Ici, cette répudiation sera reconnue et prive cet ex-épouse de tout droit sur l'immeuble car il n'y a aucun lien entre le mariage et la France.

II/ Décisions de divorce émanant d'un État de l'Union Européenne⁽¹³⁶⁾

194. Le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 s'applique pour les décisions de divorce émanant d'un État de l'Union Européenne. Ce règlement prévoit une reconnaissance de plein droit et facilitée des décisions de divorce émanant d'un État de l'Union Européenne.

L'article 22 du règlement Bruxelles II bis réserve quelques cas de non reconnaissance de plein droit qui sont les suivants :

« Une décision rendue en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage n'est pas reconnue :

a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ;

b) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;

c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ; ou

d) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis. »

Nous avons traité rapidement des divorces prononcés à l'étranger car il s'agit d'un réflexe à acquérir. Mais il faut aussi se méfier de certains divorces obtenus en France.

(136) Sauf le Danemark.

B/ Le divorce français par consentement mutuel sans juge⁽¹³⁷⁾

195. Nous nous éloignons un peu des successions conflictuelles et serons donc très rapides sur cette question.

Le divorce par consentement mutuel sans juge qui consiste en un dépôt au rang des minutes d'un notaire français de la convention de divorce doit, aujourd'hui, être déconseillé dès lors que le couple présente un élément d'extranéité (un des époux n'est pas français, ou un des époux réside à l'étranger, ou des biens se trouvent hors du territoire français). Le législateur français lorsqu'il a introduit ce nouveau type de divorce a omis de l'articuler avec les règles de droit international privé de droit commun mais aussi avec les règles et principes fondamentaux applicables dans l'Union Européenne. Un tel divorce pourrait ne pas être reconnu à l'étranger et son exécution risque d'être particulièrement difficile même dans l'Union Européenne. Il s'agit là pour les époux d'une source de difficultés dans le futur, il faudra donc privilégier un divorce judiciaire.

Sous-section II – *La qualité de descendant*

196. Dans le monde entier, les enfants sont généralement les héritiers de leurs père et mère.

Par conséquent, tant dans la préparation de la succession que dans son règlement, il est impératif de vérifier que celui qui se prétend ou dont il est prétendu qu'il est héritier en sa qualité d'enfant possède bien cette qualité. En effet, la loi applicable à la succession détermine les catégories d'héritiers et leur rang et donc notamment si les enfants héritent et dans quelles proportions. La qualité requise (celle d'enfant du défunt) est déterminée par une autre loi applicable. Ce sera la loi applicable à la filiation en présence d'un enfant biologique, ce sera la loi applicable à l'adoption en présence d'un enfant adoptif. Nous examinerons aussi quelques questions posées par la procréation médicalement assistée et par la gestation pour autrui.

(137) Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité : faut-il s'inquiéter ? Libres. Orgueil et préjugés : le sort du divorce sans juge au sud de la Méditerranée, Aperçu rapide par Marie Lamarche La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 14, 6 avril 2018, act. 360.

Inapplicabilité du règlement Rome III aux divorces privés Commentaire par Alain Devers Droit de la famille n° 4, avril 2018, comm. 114.

La reconnaissance du divorce par consentement mutuel en DIP, Étude rédigée par : Lionel Galliez, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 48, 1^{er} décembre 2017, 1319.

Le divorce conventionnel à l'épreuve de l'ordre juridique de l'Union, Libres propos par Cyril Nourissat La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 20, 19 mai 2017, act. 548.

« Le divorce par consentement mutuel "à la française" met à mal l'espace judiciaire commun et le principe de confiance mutuelle ». – 3 questions à Cyril Nourissat, professeur, M^e Alexandre Boiché, M^e Delphine Eskenazi, M^e Alice Meier-Bourdeau, M^e Grégory Thuan Dit Dieudonné, La Semaine Juridique Édition Générale nos 19-20, 8 mai 2017, 549.

Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? Libres propos par Claude Brenner La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 8, 24 février 2017, act. 262.

Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité : faut-il s'inquiéter ? Libres propos par David Boulanger La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 8, 24 février 2017, act. 263.

Le divorce sans juge en droit international privé Étude par Alain Devers Droit de la famille n° 1, janvier 2017, dossier 5.

§ 1 – ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION

197. Nous nous contenterons ici de faire un exposé succinct des règles dont le but est simplement de donner quelques réflexes aux praticiens⁽¹³⁸⁾.

Les règles de droit international privé français en matière d'établissement de la filiation résultent des articles 311-14 à 311-17 du Code civil.

A/ La règle générale

198. La règle générale est fixée par l'article 311-14 du Code civil : « *La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant.* »

La mère est en effet généralement connue. Il faut donc déterminer sa nationalité. En cas de double nationalité, dont une est la nationalité française, il semble qu'il y a lieu d'appliquer la loi française. Lorsqu'aucune des nationalités n'est la nationalité française, il faut en principe appliquer la loi de la nationalité effective. Néanmoins, pour certains auteurs en cas de plurinationalité de la mère, il y a lieu d'appliquer la loi la plus favorable à l'établissement de la filiation de l'enfant. Si la mère est apatride, on appliquera la loi de son domicile ou de sa résidence.

Ce n'est que si la mère n'est pas connue (hypothèse assez rare en pratique) que l'on appliquera la loi personnelle de l'enfant qui ne sera pas forcément aisée à déterminer.

La Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer sur l'admission ou non du renvoi en ce qui concerne l'article 311-14 du Code civil mais les juges du fond y semblent assez hostiles.

La loi désignée par l'article 311-14 va donc régir l'établissement de la filiation, mais aussi la preuve de cette filiation. C'est donc cette loi qui déterminera si le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant.

199. Par contre, les tribunaux français n'hésitent pas à avoir recours à la notion d'ordre public international pour écarter la loi normalement applicable si celle-ci est considérée comme contraire à l'ordre public international. Ainsi, lorsque la loi de la mère qui s'applique est une loi telle que la loi marocaine, tunisienne ou algérienne qui interdit à un enfant né hors mariage d'établir sa filiation, cette loi sera écartée si la proximité est suffisante avec la France, ce sera notamment le cas quand l'enfant est résident en France ou est de nationalité française.⁽¹³⁹⁾

B/ La première règle spéciale : la règle de faveur pour la possession d'état

200. L'article 311-15 du Code civil prévoit que : « *Toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la*

(138) Il faut aussi prendre en compte certaines conventions multilatérales ou bilatérales signées et ratifiées par la France.

(139) Il existe un débat doctrinal sur un éventuel abandon du critère de proximité et l'application de l'ordre public même lorsque l'enfant n'a pas de lien avec la France. Voir par exemple Le quarante-sixième anniversaire des articles 311-14 et suivants du Code civil Étude par Michel Farge Droit de la famille n° 1, janvier 2018 dossier 4 nos 19 à 21.

possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère. »

Il s'agit ici d'une véritable loi de police dès lors que le père, ou la mère, ou encore l'enfant a en France sa résidence habituelle, la filiation peut être établie selon la loi française par la possession d'état (et cela alors même que la loi nationale de la mère ne connaîtrait pas ce mode d'établissement de la filiation).

C/ La règle particulière applicable à la reconnaissance

201. L'article 311-17 du Code civil prévoit que « *La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant. »*

Pour certains auteurs, cette règle vise à permettre l'établissement de la filiation par la reconnaissance lorsque la loi personnelle de la mère ne le permettant pas la loi personnelle du père (qui fait cette reconnaissance) ou la loi personnelle de l'enfant le permet.

§ II – RECONNAISSANCE DE L'ADOPTION ET AUTRES INSTITUTIONS

202. La filiation peut aussi être adoptive. Là encore les règles sont complexes, elles résultent principalement des dispositions du Code civil mais aussi de conventions multilatérales et bilatérales signées et ratifiées par la France. L'objectif est ici d'indiquer les grandes lignes pour que chaque praticien sache informer ses clients avant le décès des difficultés que l'enfant adopté ou recueilli pourra rencontrer. Il sera ensuite nécessaire de se tourner vers des spécialistes de ces questions⁽¹⁴⁰⁾. Nous examinerons principalement la règle de conflit française en matière de conditions de l'adoption, puis les effets de l'adoption internationale.

A/ Les conditions de l'adoption en droit international privé français

203. Aux termes de l'article 370-3 du Code civil « *Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe.*

L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.

Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant. »

(140) D'autant qu'il faut aussi maîtriser l'application des règles dans le temps puisque les nouveaux articles 370-3 et suivants ne s'appliquent qu'aux procédures d'adoption à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 6 février 2001, afin de ne pas mettre en danger des adoptions antérieures qui ne seraient plus valables en application de la législation actuellement applicable.

I/ Le principe : la loi de l'adoptant

204. Le principe est que les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant s'il s'agit d'une adoption par une seule personne. Il ne sera donc pas possible d'obtenir en France le prononcé d'une adoption dès lors que celui qui souhaite adopter n'est pas français ET est ressortissant d'un État dont la loi interne interdit l'adoption (ce qui est le cas d'une grande majorité de pays dont le droit est d'inspiration musulmane comme le Maroc, l'Algérie ou la Tunisie).

S'il s'agit d'une adoption par un couple marié, c'est la loi des effets du mariage qui détermine si l'adoption est possible et quelles en sont les conditions. La loi des effets du mariage est la loi nationale commune des époux, à défaut de loi nationale commune il s'agit de la loi du domicile commun ou à défaut la loi du for. Toutefois si les lois nationales des deux époux prohibent l'adoption, celle-ci ne pourra être prononcée. Ainsi, un couple formé d'un mari algérien et d'une épouse tunisienne, ayant leur domicile commun en France ne pourra adopter, alors qu'un couple mixte franco-algérien domicilié en France pourra adopter.

II/ L'intervention de la loi personnelle de l'adopté

205. Toutefois, quand bien même la loi nationale de l'adoptant, ou la loi des effets du mariage du couple adoptant permet l'adoption, l'adoption sera exclue si l'adopté est un ressortissant d'un pays interdisant l'adoption. Ainsi, un couple de français ne peut en principe adopter un enfant de nationalité algérienne.

Sauf, si l'enfant dont la nationalité proscrit l'adoption est né et réside habituellement en France. La raison de cette exception est que cet enfant est normalement appelé à devenir français dans le futur. On lui accorde, en quelque sorte, ce statut avec un peu d'avance pour permettre son intégration dans une nouvelle famille.

206. Attention l'intervention de la loi personnelle de l'adopté pour interdire l'adoption à un ressortissant d'un pays qui proscrit l'adoption n'est possible :

- Que si l'adopté est mineur : en effet si l'adopté est majeur, l'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil ne joue pas. L'adoption n'est donc soumise qu'à la loi de l'adoptant.

- Ou que si l'adopté n'a pas par ailleurs la nationalité française : si l'adopté a par ailleurs la nationalité française, cette nationalité française prévaut et l'adoption peut être prononcée. Ainsi des enfants accueillis en France par un couple de français avec une décision d'un tribunal marocain, algérien, tunisien de « kafala » ou « kefala » qui ne vaut pas adoption, peuvent après quelques années en France acquérir la nationalité française et être ensuite adoptés par ce couple.

III/ Le consentement à adoption par le représentant légal de l'enfant

207. En tout état de cause, l'adoption ne peut être prononcée en France que si le consentement du représentant légal a été obtenu. Il s'agit d'un consentement qualifié puisqu'il « *doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant.* »

Il s'agit donc d'une condition qu'il faut remplir quand bien même la loi applicable à l'adoption en application du premier alinéa de l'article 370-3 du Code civil n'est pas la loi de française.

B/ Les effets de l'adoption internationale

208. Il s'agit ici de s'intéresser aux décisions d'adoption internationale prononcées en France et à la reconnaissance des décisions d'adoption étrangères.

I/ L'adoption internationale prononcée en France

209. L'article 370-4 du Code civil prévoit que « *Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française.* »

Ainsi si les tribunaux français doivent appliquer une loi étrangère pour ce qui est des conditions de l'adoption, les effets de l'adoption qu'ils prononceront seront toujours ceux de la loi française. C'est la loi française qui régira les conditions de révocation d'une adoption et la portée de l'adoption (rupture ou non du lien de parenté avec la famille d'origine).

Il n'y aura pas là de difficulté réelle pour le notaire en charge de régler dans l'avenir ou dans l'immédiat les effets d'un jugement d'adoption rendu par une juridiction française. Il en connaîtra les effets. Ainsi si l'adoption prononcée est une adoption simple, l'adopté ne pourra pas hériter ab intestat de son père ou de sa mère d'origine car le lien de filiation n'existera plus. Ce sera un peu plus difficile quand la décision aura été prononcée par une juridiction étrangère.

II/ Effets en France d'une décision étrangère d'adoption

210. Il est admis de longue date par la jurisprudence qu'une adoption résultant d'un jugement étranger est reconnue de plein droit en France (il n'est pas nécessaire de demander l'exequatur) comme toute décision relative à l'état des personnes, dès lors qu'elle répond aux conditions de régularité internationale. Concernant la régularité internationale nous renvoyons aux explications données ci-dessus (la régularité internationale nécessite un contrôle de la compétence de la juridiction, du respect de l'ordre public de procédure et de fond⁽¹⁴¹⁾ et l'absence de fraude).

Le notaire confronté à un jugement d'adoption n'a donc pas à réclamer une exequatur pour donner effet à ce jugement, il vérifiera simplement la régularité internationale de la décision d'adoption.

211. Dès lors, deux questions se poseront. Le jugement présenté est-il une adoption ? et si la réponse est positive, quel est son effet sur le lien de filiation entre l'adopté et sa famille d'origine ?

Il faut se méfier de certaines institutions étrangères qui ressemblent à l'adoption mais qui n'en sont pas. C'est en particulier le cas de la kafala qui n'est pas une adoption. Il n'y a donc aucun lien de filiation entre l'enfant faisant l'objet d'une kafala et la famille qui l'accueille.

(141) La question de savoir si les dispositions de l'article 370-3 alinéa 3 du Code civil exigeant un consentement libre et éclairé du représentant légal sont d'ordre public international et que leur non-respect entraînerait la non reconnaissance d'une décision étrangère d'adoption fait l'objet de controverses. Voir l'analyse de Civ. 1^{re} 7 décembre 2016 n° 16-23.471 par Sara Godechot-Patris Journal du Droit International Privé (Clunet) n° 3, juillet 2017, 13.

Si au contraire, le jugement étranger prononce une adoption, alors l'article 370-5 du Code civil qui s'applique dispose que : *« L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause. »*

Le notaire confronté à un tel jugement après le décès de l'adoptant n'aura pas de réelle difficulté, puisque le lien de filiation sera établi entre l'adoptant et l'adopté que l'adoption produise les effets d'une adoption plénière ou d'une adoption simple. Ce n'est que lorsque le notaire devra régler la succession du père ou de la mère biologique (ou d'origine) de l'adopté que la question se posera. En effet, il faudra se livrer à une analyse du jugement d'adoption et de la législation que ce jugement a appliqué, avec recours à des certificats de coutumes, pour décider si ce jugement doit être assimilé à une adoption plénière. Dans la positive, l'adopté ne viendra pas à la succession de son parent biologique.

§ III – QUELQUES REMARQUES SUR LA GESTATION POUR AUTRUI ET LA PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

212. Dans le cadre de nos travaux, seul l'établissement du lien de filiation nous intéresse. Il ne s'agit donc ici que de développements très succincts sur ces questions. En pratique, les principales difficultés se poseront pour des enfants issus d'une gestation pour autrui. Le lien de filiation avec le parent d'intention peut-il être établi afin de leur permettre d'hériter de ce parent d'intention ? ou s'il a été établi peut-il être remis en question ?

213. La gestation pour autrui ou convention de mère porteuse consiste pour des parents d'intention de convenir avec une femme appelée mère porteuse que celle-ci portera et mettra au monde un enfant pour le compte des parents d'intention. Elle recouvre ensuite des situations multiples. Le couple de parents d'intention peut être un homme et une femme, ou encore deux hommes, ou encore deux femmes. Dans certains cas (et notamment lorsque les parents d'intention sont de même sexe) il y aura recours aux gamètes d'un tiers. Dans certains cas, l'enfant né de la mère porteuse sera l'enfant biologique de ses deux parents d'intention, dans d'autres que d'un seul d'entre eux, dans certains cas d'aucun d'entre eux. Le nombre de « parents » intervenant à une gestation pour autrui peut atteindre 5 personnes (le donneur masculin de gamètes, le donneur féminin de gamète, la femme qui porte l'enfant et en accouche, les deux parents d'intention).

214. La gestation pour autrui est interdite en France par l'article 16-7 du Code civil et cette interdiction est d'ordre public (article 16-9 du Code civil). Le recours en France à une gestation pour autrui fait l'objet de sanctions pénales. La Cour de cassation a dans un arrêt de principe d'Assemblée Plénière du 31 mai 1991 interdit toute convention de gestation pour autrui sur le territoire français en se fondant sur l'indisponibilité du corps humain et de l'état civil et a, alors, interdit l'adoption de l'enfant par la mère d'intention.

Par contre de nombreux États admettent la gestation pour autrui avec un encadrement légal qui varie beaucoup d'un pays à l'autre (par exemple États-Unis,

Russie, Canada, Inde). Dans ces conditions, certains parents d'intention français et résidant en France ont choisi d'avoir recours à une gestation pour autrui à l'étranger. Après la naissance de l'enfant et l'obtention d'un jugement ou un acte de naissance à l'étranger les faisant apparaître comme parents au sens juridique, ils rentrent en France avec leur enfant et requièrent la transcription l'acte de naissance étranger en France de cet enfant qui a généralement la nationalité française.

Il s'est alors développé un contentieux à rebondissements sur plusieurs plans : celui de la possibilité d'obtenir des documents de voyage vers la France puis de séjour en France de l'enfant, et celui de la transcription de son acte de naissance dans les registres de l'état civil français. Les questions de nationalité et retour en France sont résolues depuis quelques années.

Pour ce qui concerne la filiation de l'enfant issu d'une GPA réalisée à l'étranger, nous sommes par définition devant un élément d'extranéité et devons alors appliquer les articles 311-14 à 311-17 du Code civil. La filiation est normalement régie par la loi nationale de la mère. Première difficulté, s'agit-il de la mère porteuse ou de la mère d'intention (qui dans certains cas est aussi la mère biologique) ? Le droit français considère (et la Cour de cassation le répète régulièrement) que la mère est celle qui accouche de l'enfant. Il faut donc, à notre avis, appliquer le droit national de la mère porteuse. Dans la très grande majorité des cas, la mère porteuse aura la nationalité du pays où est intervenue la gestation pour autrui, par conséquent si le droit de ce pays admet la GPA et prévoit la création d'un lien de filiation entre l'enfant et les deux parents d'intention, la filiation est normalement établie vis-à-vis des deux parents d'intention. Si elle ne l'était pas les articles 311-15 sur la possession d'état et 311-17 sur la reconnaissance permettraient dans certains cas d'établir la filiation. L'enfant peut donc hériter de ses deux parents d'intention.

Mais, la Cour de cassation a d'abord eu une politique très ferme refusant de donner tout effet en France à une gestation pour autrui intervenue à l'étranger (alors même qu'elle était valable dans le pays où elle avait été mise en œuvre) et interdisant l'adoption par les parents d'intention. Le raisonnement de la Cour de cassation se fondait sur l'ordre public international et la fraude. L'interdiction de la GPA par le Code civil français est d'ordre public et cet ordre public est d'une telle importance aux yeux du droit français que cette interdiction s'impose même lorsque la GPA a eu lieu à l'étranger. Permettre l'adoption aurait alors donné effet à un comportement constituant une fraude à la loi.

Il faut bien comprendre que la plupart des arrêts porte sur la transcription des actes de naissance étrangers et non sur le lien de filiation. Toutefois, la Cour de cassation se fondait sur l'ordre public et la fraude à la loi, cela signifie donc que quand bien même en application de l'article 311-14 et suivants, la loi applicable (celle de la nationalité de la mère) permet d'établir la filiation avec les parents d'intention, cette loi étrangère doit être écartée au nom de l'ordre de public et de la fraude à la loi et la filiation ne peut donc être ainsi établie. L'enfant ayant souvent acquis la nationalité française, la Cour de cassation a dans certains arrêts, interdit le recours à la possession d'état et à l'adoption de droit français, toujours sur la base de la protection de l'ordre public et la lutte contre la fraude.

La France a été condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans deux célèbres arrêts *Menesson* et *Labassée* du 29 juin 2014 : l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'Homme garantissant à l'enfant le respect de sa vie privée impose que puisse être établi le lien de filiation entre l'enfant et son parent

d'intention lorsque celui-ci est le parent biologique de l'enfant (ici il s'agissait du père d'intention qui était aussi le père biologique). La Cour de cassation a donc fait évoluer sa jurisprudence d'abord dans une série d'arrêts rendus par l'Assemblée Plénière le 3 juillet 2015⁽¹⁴²⁾ puis plus récemment dans plusieurs arrêts de la 1^{ère} chambre civile du 5 juillet 2017⁽¹⁴³⁾. Dans cette dernière série d'arrêts, la Cour de cassation se livre à une analyse plus circonstanciée et ne se réfugie plus derrière l'ordre public international et la fraude pour interdire l'établissement du lien de filiation. Elle permet une transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne le père d'intention comme père (alors qu'il est établi ou au moins non contesté qu'il est le père biologique) et autorise le recours à l'adoption (à condition qu'elle soit possible et dans l'intérêt de l'enfant) pour établir un lien de filiation entre l'enfant et l'autre parent d'intention (y compris pour un couple marié de parents d'intention de même sexe). Il existera donc dans de nombreux cas un moyen d'établir un lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention et lui permettre ainsi d'hériter.

215. D'un point de vue pratique, dans le cadre de son bilan DIP, le notaire doit penser à interroger ses clients sur les circonstances de la naissance de leurs enfants. S'il rencontre un cas de gestation pour autrui réalisée hors de France, il lui faudra proposer aux parents d'intention de consulter un spécialiste. Celui-ci vérifiera l'existence juridique du lien de filiation. Au besoin, les parents d'intention pourront alors prendre les mesures pour conforter ce lien, afin que le moment venu ces enfants puissent hériter de leurs parents d'intention.

216. Chargé du règlement de la succession d'un père ou d'une mère d'intention, le notaire devra savoir appliquer les articles 311-14 et suivants du Code civil pour connaître la loi applicable à cette filiation. Restent les tempéraments de l'ordre public international et de la fraude à la loi, mais ils devront être écartés à chaque fois qu'il n'y a qu'une très faible proximité entre la filiation en question et la France. Ainsi, s'il s'agit de régler la succession d'un parent d'intention de nationalité étrangère, laissant un enfant de même nationalité, issu d'une gestation pour autrui réalisée valablement et reconnue dans le pays de sa nationalité, il n'y aucune raison d'écarter la loi étrangère applicable à cette filiation qui devra être reconnue. Si la proximité avec la France est plus forte, l'interdiction de la GPA qui est d'ordre public en France devra être confrontée avec d'autres principes et notamment les principes posés par la Convention Européenne des droits de l'Homme. Elle ne sera donc pas forcément suffisante pour écarter un lien de filiation établi par une loi étrangère ou un lien de filiation établi par la loi française autrement (possession d'état, adoption).

La question peut aussi se poser de la reconnaissance de plein droit en France d'une décision de justice qui établit le lien de parenté entre un enfant issu d'une GPA ayant eu lieu dans ce pays étranger et les parents d'intention. S'agissant du statut personnel, il y a lieu de penser que cet état (filiation) doit être reconnu de plein droit sous réserve de la régularité internationale de la décision. Nous avons déjà examiné ce que signifie la régularité internationale (compétence, non contradiction avec l'ordre public international, et absence de fraude). Tout dépendra ici aussi de la proximité de la situation avec la France.

(142) Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015 n^{os} 14-21323 et 15-50.002.

(143) Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2017 n^o 15-28.597, 16-16.901, 16-50.025, 16-16.455, 16-16.495, 16-20.052.

217. Le lien de filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée pose moins de difficultés. La procréation médicament assistée est un ensemble de techniques médicales permettant la « Fécondation in vitro (FIV) », le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel. En présence d'un élément d'extranéité on appliquera l'article 311-14 (et suivants) du Code civil. La mère est celle qui a accouché, et c'est donc sa loi nationale qui détermine les conditions d'établissement de la filiation. Si elle est française, la mention de son nom dans l'acte de naissance suffit désormais pour établir un lien de filiation avec l'enfant.

La Cour de cassation a dans deux avis rendus le 22 septembre 2014⁽¹⁴⁴⁾ indiqué que « Le recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) à l'étranger, par insémination artificielle avec donneur anonyme, ne fait pas obstacle à ce que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant ainsi conçu ». Ici l'argument de la fraude à la loi (une telle PMA ne pourrait pas avoir lieu en France) est écarté par la Cour de cassation.

218. Nous arrivons au terme de notre bilan DIP. Nous savons maintenant déterminer la loi applicable au régime matrimonial, à la succession et savons faire le tri entre ceux qui se prétendent héritiers ou au contraire croient à tort être exclus de la succession.

Il est maintenant temps de passer à la deuxième étape, celle qui consiste à se servir des outils de droit international privé pour prévenir les conflits successoraux.

CHAPITRE II

L'UTILISATION DES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ POUR PRÉVENIR LA NAISSANCE DES CONFLITS ENTRE HÉRITIERS

219. Prévenir la naissance d'un conflit entre les héritiers est la préoccupation constante des notaires. C'est le cœur de leur métier. Nous disposons en droit interne d'un arsenal pour ce faire qui fait l'objet de développements ultérieurs. Les règles de droit international privé offrent aussi des outils efficaces. Évidemment, elles nécessitent la présence d'un élément d'extranéité. Néanmoins, compte-tenu de l'internationalisation croissante de notre société, nous avons pu constater que celui-ci est souvent présent, même si le bilan que nous avons fait montre qu'il est parfois caché et qu'il faut savoir le débusquer. Mais lorsqu'il est plus évident, cet élément d'extranéité est l'illustration que la famille qui peut un jour se déchirer sur une « question d'héritage » (pour reprendre l'expression des médias) est issue de plusieurs cultures. Tous les membres de cette même famille peuvent ne pas partager un même « héritage culturel » or le droit et sa perception font partie de cette culture. Il est

(144) Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 15011 et 15010.

donc impératif pour prévenir les conflits de prendre en compte tous les outils du droit international privé. Deux grands axes se dégagent pour prévenir un futur conflit. Le premier consiste, lorsque le futur défunt et son conjoint sont toujours là, à choisir expressément, dès que cela est possible, la loi applicable, ce sera l'objet de la première section. Le second est de faire coïncider les lois applicables tout au long de la vie juridique de notre futur défunt.

Section I – Connaître d'avance et fixer dans le temps la loi applicable

220. Connaître d'avance la loi applicable est un atout majeur. C'est éviter toute mauvaise surprise, et le premier chapitre nous a montré qu'elles peuvent être nombreuses. C'est se prémunir contre des arguments qu'un futur héritier pourrait aller chercher dans une autre loi qui lui serait plus favorable. C'est avoir le temps de préparer, avec la loi qui a été fixée et donc choisie ou au moins acceptée, une stratégie, une planification de transmission. Cela permet dans de nombreuses situations (régime matrimonial, donation, donation-partage, pactes successoraux) de définir cette loi applicable avec les futurs héritiers, d'ouvrir des discussions et pour le futur défunt d'expliquer ses choix de son vivant. Dans certains cas, le choix ne résultera pas d'une volonté unilatérale du futur défunt car il nécessitera le consentement ou au moins l'adhésion de son conjoint, voire de ses héritiers.

Connaître et fixer la loi applicable dans le temps, c'est procurer à nos clients la sécurité juridique à laquelle ils ont droit et c'est mettre en valeur le rôle de notre profession dans la prévention des conflits et en particulier des conflits successoraux. Cet objectif de sécurité juridique, de prévisibilité et de planification se fait à toutes les étapes de la préparation d'une transmission. Il faut y penser dès le choix d'un régime matrimonial ou lors de l'adaptation d'un régime matrimonial, lors des transmissions entre vifs (donations, pactes successoraux) mais aussi, alors que c'est nouveau pour nous, pour la succession. À chacune de ces étapes, il est désormais possible de choisir la loi applicable et il est impératif de le faire.

Sous-section I – Choisir et fixer la loi applicable au régime matrimonial

221. Nous savons que la notion de choix innerve la matière des régimes matrimoniaux en droit interne mais aussi en droit international privé. Il s'agit pour les époux de choisir avant leur mariage mais aussi, sous certaines conditions, de pouvoir adapter ce choix d'un commun accord pendant le mariage. L'adaptation est même possible pour les tribunaux français, après la dissolution du régime matrimonial s'agissant d'une matière où les parties ont la libre disposition de leurs droits.

Sur le plan international, les parties sont libres de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial puis ils pourront ensuite choisir un régime matrimonial dans la gamme des régimes connus et permis par la loi interne choisie.

Pour les choix effectués avant le 1^{er} septembre 1992, date d'entrée en vigueur en France de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, les époux avaient un choix illimité. Ils pouvaient choisir n'importe quelle loi même si cette dernière n'avait aucun

rapport avec eux. Depuis le 1^{er} septembre 1992, le choix des époux est plus limité. Le règlement européen qui s'appliquera après le 29 janvier 2019 encadre aussi ce choix. Nous verrons qu'en dehors des limites posées par ces deux textes, il faut être attentif à la réception des choix faits en France dans d'autres pays qui ne sont pas liés par la Convention de La Haye ou par le règlement européen des régimes matrimoniaux.

222. Depuis 1992 sous l'empire de la Convention de La Haye puis à compter de janvier 2019 sous celui du règlement européen des régimes matrimoniaux les époux peuvent choisir la loi applicable non seulement avant le mariage mais aussi pendant le mariage.

Avant le mariage, dès lors que les futurs époux auront pris la précaution de consulter leur notaire, un contrat de mariage comprenant une clause de choix de loi applicable sera systématiquement proposé et cela alors même que les éléments d'extranéité pourraient ne pas être encore apparus.

Le choix de loi postérieur au mariage est extrêmement utile pour prévenir les conflits lorsque les époux n'ont pas expressément choisi la loi applicable avant le mariage. Nous avons pu constater en première partie que des règles parfois extrêmement complexes viennent alors déterminer la loi applicable au régime matrimonial. Il y a souvent place pour le doute. Il suffit alors pour les époux d'utiliser cette faculté de choix post-mariage pour mettre fin à cette source de conflit.

Pour les époux mariés entre le 1^{er} septembre 1992 et le 29 janvier 2019, l'utilisation de cette faculté de choix de la loi applicable en cours de mariage doit être systématiquement recommandée. En effet, seul ce choix de loi (exprès) pendant le mariage permet de mettre fin à la mutabilité automatique de la loi applicable prévue par la Convention de La Haye. La mutabilité automatique est quasi-unaniment décriée par la doctrine et par la pratique. C'est un véritable piège pour les époux et leurs héritiers qui ne la comprennent pas.

Pour les époux mariés après le 29 janvier 2019, une désignation après le mariage de la loi applicable doit normalement avoir pour effet d'empêcher le jeu de la mutabilité subie de l'article 26.2.

223. Les conditions de forme du choix de loi applicable ont été étudiées dans le premier chapitre auquel nous renvoyons.

§ I – *UTILISATION DE LA CONVENTION DE LA HAYE DU 14 MARS 1978*⁽¹⁴⁵⁾ *POUR CHOISIR LA LOI APPLICABLE AVANT OU EN COURS DE MARIAGE*⁽¹⁴⁶⁾

224. Rappel :

1/ En ce qui concerne le choix de la loi applicable fait avant le mariage : les règles fixées par la Convention de La Haye s'imposent aux époux mariés entre le 1^{er} septembre 1992 et le 29 janvier 2019.

(145) Les textes de toutes les Conventions de La Haye et de nombreuses informations tels que les pays signataires, et les ratifications peuvent être consultés sur le site <https://www.hcch.net>.

(146) Des modèles de désignation de loi applicable existent. Voir par exemple *Pratique de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux Commentaires et formules* Mariel Revillard Éditions Defrénois.

2/ En ce qui concerne le choix de loi applicable fait en cours de mariage, les règles fixées par la Convention de La Haye s'appliquent non en fonction de la date du mariage mais en fonction de la date du choix. Pour bénéficier des dispositions de la Convention de La Haye, le choix doit être fait entre le 1^{er} septembre 1992 et le 29 janvier 2019, mais ce choix est possible pour les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992. C'est d'ailleurs une possibilité dont s'est emparée la pratique notariale pour permettre d'adapter la loi applicable et dans certains cas le régime matrimonial lui-même.

225. Lorsque le choix de loi applicable est fait avant le mariage, les parties peuvent choisir :

- la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ; ou
- la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;
- la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

Dans ce cas, la loi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.

Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

La grande particularité de la Convention de La Haye réside dans cette possibilité d'un « dépeçage » pour les immeubles. Ainsi, il est possible de choisir la loi de situation pour tous les immeubles situés dans un même pays ou certains d'entre eux. Ce ne sera plus possible après le 19 janvier 2019 car le règlement européen régimes matrimoniaux se substituera alors à la Convention de La Haye et ne permet pas ce dépeçage.

Le notaire déconseillera généralement aux futurs époux de choisir la loi de la future résidence habituelle d'un ou des deux époux. En effet, il existe toujours une faible probabilité pour que cette installation n'ait pas lieu. Le choix de loi sera alors inefficace et il faudra recourir aux règles complexes de détermination en l'absence de choix.

226. Le choix est plus restreint lorsqu'il est exercé au cours du mariage puisque l'article 6 de la Convention de La Haye prévoit :

- D'une part que « *Les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable* »
- D'autre part, qu'après le mariage il n'est plus possible de choisir la loi d'une future résidence habituelle. Le choix est donc limité à la loi nationale d'un des deux époux, à la loi de l'État sur le territoire duquel un des époux a sa résidence habituelle, ou pour les immeubles à la loi de situation.

227. Nous avons en première partie fait état de quelques chausse-trappes à éviter.

228. Il est fréquent que des époux quelle que soit leur date de mariage veuillent utiliser l'article 6 de la Convention de La Haye pour uniquement confirmer la loi applicable à leur régime matrimonial sans la modifier. Ils veulent simplement mettre fin au doute lorsque la détermination objective de la loi applicable n'est pas évidente. Ils veulent aussi dans

certains cas éviter une prochaine mutabilité automatique. Pourtant les termes de l'article 6 indiquent que les époux peuvent soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable. Ces termes pourraient être interprétés comme imposant un changement de loi applicable et donc empêchant la simple confirmation de la loi jusqu'alors applicable. La doctrine admet volontiers que l'article 6 peut être utilisé pour simplement confirmer la loi applicable⁽¹⁴⁷⁾. Il sera alors judicieux de prévoir que cette loi s'applique rétroactivement dès la date du mariage.

229. L'article 6 de la Convention de La Haye est fréquemment utilisé pour permettre à des époux un changement de régime matrimonial sans avoir à respecter les conditions parfois restrictives (voir prohibitives) de la loi jusqu'alors applicable. En effet, il suffit pour des époux soumis à une loi d'en désigner une autre et de choisir à l'intérieur de cette nouvelle loi un des régimes matrimoniaux que cette loi offre. Les époux ne sont pas limités au régime légal de la loi nouvelle. Ainsi des époux dont l'un est français et l'autre allemand, soumis au régime légal français de communauté de biens pour avoir établi en France leur première résidence habituelle, peuvent désigner la loi allemande et choisir à cette occasion d'écarter le régime légal allemand de participation aux acquêts pour lui préférer une séparation de biens de droit allemand. Ils pourront ainsi adopter une séparation de biens (certes de droit allemand) sans avoir à respecter les conditions restrictives (délai de deux ans, homologation en présence d'enfants mineurs, droit d'opposition des enfants majeurs) du droit français.

230. Le notariat s'est largement emparé de la possibilité de dépeçage prévue pour les immeubles pour proposer lors de l'acquisition d'immeubles en France à une clientèle étrangère et souvent anglo-saxonne de choisir la loi française à l'immeuble à acquérir et d'utiliser les règles de la communauté et une clause de préciput ou de partage inégal pour permettre le transfert de l'immeuble au conjoint survivant en cas de dissolution du mariage par le décès en présence d'enfants qui voudraient faire valoir leurs droits dans la succession (évidemment il ne faut pas que l'un des époux ait un enfant non issu du mariage qui pourrait alors exercer une action en retranchement si la loi française s'applique à la succession).

231.

CONSEIL PRATIQUE : NE PAS OUBLIER DANS L'ACTE DE DESIGNATION AU COURS DU MARIAGE DE LA LOI APPLICABLE AU REGIME MATRIMONIAL DE SE PRONONCER EXPRESSEMENT SUR LE CARACTERE RETROACTIF OU NON DU CHOIX FAIT⁽¹⁴⁸⁾.

La Convention de La Haye permet une application rétroactive de la loi nouvellement désignée. Elle semble même prévoir implicitement la rétroactivité lorsque les époux ne se prononcent pas explicitement sur ce point.

(147) Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de Monsieur Alfred E. von Overbeck n° 89. Mariel Revillard, *Droit international privé et européen pratique notariale*, 8^e édition, éditions Deffrénois Lextenso page 256 n° 490.

Hélène Péroz, Eric Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2^e édition, éditions LexisNexis page 178 dossier n° 23.

(148) Voir les explications complètes dans Hélène Péroz, Eric Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2^e édition, éditions LexisNexis pages 182 et suivantes.

L'article 1397-4 du Code civil au contraire prévoit une application non rétroactive (c'est-à-dire uniquement au jour de la désignation) de la loi nouvellement désignée mais ne précise pas s'il s'agit d'une disposition d'ordre public.

L'application de la hiérarchie des normes aboutit à faire primer la Convention de La Haye sur le Code civil.

Pour éviter tout conflit ultérieur, il est donc impératif de prévoir dans une clause ad hoc dans l'acte de désignation de la loi applicable si les époux entendent appliquer ou non rétroactivement la loi choisie.

RAPPEL : les articles 1303-1 et suivants du Code de procédure civile prévoient des mesures de publicité de la désignation de loi applicable. Il est impératif de les respecter. Il s'agit en effet d'informer les tiers. Comme il a été dit ci-dessus, il convient de ne pas oublier lors du traitement d'un dossier d'interroger le répertoire civil annexe lorsque l'acte de mariage des époux n'est pas conservé par une autorité française. Cette interrogation permet de s'assurer que les époux n'ont pas déjà désigné une loi applicable à leur régime matrimonial.

§ II – UTILISATION DU RÈGLEMENT EUROPÉEN RÉGIMES MATRIMONIAUX⁽¹⁴⁹⁾⁽¹⁵⁰⁾

232. Rappel :

1/ Le règlement européen régimes matrimoniaux s'appliquera pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial dès lors que le mariage aura eu lieu après le 29 janvier 2019.

2/ Le règlement européen régimes matrimoniaux s'applique aux désignations de loi applicable faites après le 29 janvier 2019.

En d'autres termes, après le 29 janvier 2019, il ne sera plus possible d'utiliser l'article 6 de la Convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux même pour des époux mariés avant le 29 janvier 2019. Il faudra avoir recours à l'article 22 du règlement européen régimes matrimoniaux.

(149) Il s'agit du règlement (UE) 2016/1103 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux dont le texte peut être trouvé à l'adresse suivante <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1103&from=FR>.

(150) Pour un exemple de formules voir Désignation et changement de loi applicable dans un contexte international Formules rédigées par Rémi Blondelle La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 16, 20 avril 2018 n° 1171 page 67.

233. À la différence de la Convention de La Haye, il n'est plus possible de procéder à un dépeçage, la même loi doit être choisie pour l'ensemble des biens des époux. Il n'est plus possible d'appliquer la loi de situation aux immeubles. Les choix faits antérieurement au 29 janvier 2019 resteront valables tant qu'une nouvelle désignation de loi applicable ne sera pas intervenue. Il reste donc à la pratique quelques mois pour profiter de cette faculté qu'offre la Convention de La Haye.

234. Les époux ne peuvent choisir tant avant le mariage que pendant le mariage que les lois suivantes :

a) la loi de l'État dans lequel au moins l'un des époux ou futurs époux a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention ; ou

b) la loi d'un État dont l'un des époux ou futurs époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention.

L'éventail des lois pouvant être choisies est strictement le même que la désignation intervienne avant ou pendant le mariage.

235. Il n'y a ici aucune obligation de désigner en cours de mariage une loi autre que celle jusqu'alors applicable. L'article 22 pourra être utilisé par des époux pour :

- Confirmer la loi applicable jusqu'alors,
- Empêcher une future mutabilité automatique pour des époux mariés entre le 1^{er} septembre 1992 et le 29 janvier 2019.

236. Certains commentateurs se demandent s'il sera possible sous l'égide de l'article 22 du règlement européen régimes matrimoniaux de choisir une loi applicable et à l'intérieur de cette loi choisir un régime matrimonial conventionnel. Le règlement ne répond pas expressément à cette question. Mais tous les commentateurs s'accordent pour donner une réponse positive à cette question. Les règlements européens étant d'application directe, il n'y aura pas besoin (même si c'est souhaitable) de réformer le Code civil pour le prévoir.

237. L'article 22 prévoit que la désignation de loi applicable au cours du mariage n'a d'effet que pour l'avenir mais permet aux époux de stipuler expressément la rétroactivité de la loi nouvelle et d'en faire remonter les effets au jour du mariage (sauf les droits de tiers).

238. Le règlement européen régimes matrimoniaux contient des dispositions relatives aux lois de police et à l'ordre public. Il contient aussi un article 28 sur l'opposabilité aux tiers de la loi applicable qui ne manquera pas de créer la surprise et dont il faudra tenir compte lors des choix de loi applicable.

§ III – *DE LA RECONNAISSANCE DES CHOIX DE LOI APPLICABLE DANS D'AUTRES ORDRES JURIDIQUES*

239. Le champ d'application spatial de la Convention de La Haye est extrêmement limité puisqu'elle n'a été ratifiée qu'en France, aux Pays-Bas et au Luxembourg. Il faut être très prudent dès lors que les époux qui choisissent la loi applicable possèdent ou sont amenés à posséder des biens dans un autre pays. Il faudra alors systématiquement vérifier la règle de droit international privé de cet autre pays pour déterminer si le choix fait y sera admis et prévenir les époux si ce n'est pas le cas.

Le champ d'application spatial du règlement successoral européen est un peu plus large puisqu'il couvre 18 pays du continent européen. Mais les mêmes questions se poseront dès lors que le choix fait sera appelé à s'appliquer dans un pays ne participant pas au règlement.

240. Les pays de droit musulman et les pays de common law ne connaissent pas la notion de régime matrimonial telle qu'elle est entendue dans les pays de droit latin. Dans ce qui est des relations avec les pays de « common law », cela peut donner lieu à de grandes déceptions dans des situations internationales en particulier lorsque le divorce est prononcé en Grande-Bretagne, aux États-Unis, à Hong Kong. Un époux qui se croyait protégé par un contrat de mariage avec un choix de la loi française pour son régime matrimonial ne le sera pas forcément. Le divorce n'étant pas le thème de notre exposé, nous nous contentons de renvoyer à quelques articles sur cette question⁽¹⁵¹⁾. Pour ce qui est de la planification successorale, avant de mettre en place un contrat de mariage de droit français relativement complexe (par exemple séparation de biens avec société d'acquêts, communauté avec préciput), il faudra se poser la question de la réception de ce contrat dans des pays qui connaissent mal la notion de régime matrimonial et ne sont pas rompus aux subtilités de la communauté d'acquêts et des sociétés d'acquêts.

Sous-section II – Choisir la loi applicable aux donations, pactes successoraux et testaments

241. Quelques précisions s'imposent :

– nous limitons ici volontairement notre propos aux donations et pactes successoraux et testaments qui sont intervenus après l'entrée en application du règlement successoral européen. Nous n'examinerons pas toutes les dispositions transitoires, même si celles-ci seront très utiles pour tous les testaments et pactes successoraux signés avant le 17 août 2015.

– il s'agit ici de la désignation de la loi applicable non à la succession mais à la donation ou au testament ou encore au pacte successoral. La loi applicable va permettre d'en déterminer les conditions de validité et de révocabilité. La loi applicable à la succession (dite loi successorale) peut être différente de celle applicable à la donation, au testament ou au pacte successoral. Cette distinction entre la loi applicable à la disposition (donation entre vifs ou disposition à cause de mort) et loi successorale (appelée à régir la succession et déterminée en application des articles 21, 22 et 34 du règlement successoral) est essentielle pour bien comprendre les développements qui suivent. Il faut toujours garder cette distinction à l'esprit.

(151) Voir sur cette passionnante question :

Contrats de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? Regards croisés entre la France et l'Angleterre par Christelle Chalas, *Journal du Droit international (Clunet)* n° 3, juillet 2016, doct. 7.

Les prenuptial agreement et le notaire français Louis Perreau-Saussine et Rémi Canales, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 49, 4 décembre 2015, 1225.

Les prenuptial agreement et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise. Point de vue de l'avocat français Delphine Eskenazi *Droit de la Famille* n° 6, juin 2015, dossier 30.

Contrat de mariage et prenuptial agreement : une protection efficace ? Delphine Eskenazi *Defrénois* 15 décembre 2015 page 1237.

- le règlement successoral européen révolutionne la matière en ce qui concerne les pactes successoraux. Il permet notamment de choisir la loi applicable au pacte successoral et la pratique doit s'emparer de cette faculté. Ces textes sont complexes et leur interprétation divise parfois la doctrine. Il ne s'agit pas ici d'exposer les règles de détermination de la loi applicable mais d'indiquer quand il est possible de choisir cette loi et comment la choisir.

242. Le règlement successoral européen met en place une terminologie que nous utiliserons ici. Ainsi un **pacte successoral** est « *un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte* ». En droit français, la donation-partage, la renonciation anticipée à l'action en réduction, la donation entre époux de biens futurs sont des pactes successoraux au sens du règlement européen (et d'ailleurs aussi au sens du droit interne français). La donation simple de biens présents n'est pas un pacte successoral.

§ I – CHOISIR LA LOI APPLICABLE À LA DONATION⁽¹⁵²⁾

A/ Le choix de loi applicable à la donation

243. La donation de biens présents est en premier lieu un contrat entre le donateur et le donataire. C'est cette nature contractuelle qui l'emporte. Par conséquent, la loi applicable à la donation est la loi d'autonomie, c'est-à-dire celle choisie par les parties. Si les parties n'ont pas expressément ou tacitement choisi, il s'agit alors de présumer la loi qu'elles ont entendu choisir sans l'avoir dit suffisamment clairement. Pour les donations consenties depuis le 18 décembre 2009, la règle de droit international privé applicable en France est le règlement Rome I⁽¹⁵³⁾ qui s'applique ainsi aux donations comme à de nombreux autres types de contrats⁽¹⁵⁴⁾.

Aux termes de l'article 3.1 du règlement Rome I « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.* »

Il n'y a pas de restriction quant à la loi que les parties peuvent choisir, celle-ci pourrait théoriquement n'avoir aucun lien avec les parties (le règlement prévoit quand même l'application de certaines règles impératives de l'État où la « situation » est localisée). En pratique, la loi choisie aura un lien fort avec les parties ou les biens donnés.

(152) Voir pour une étude approfondie Hélène Péroz, Eric Fongaro, Droit international privé patrimonial de la famille, 2^e édition, éditions LexisNexis pages 335 à 359.

Voir aussi Mariel Revillard, Droit international privé et européen pratique notariale, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso page 483 n° 912 et suivants et Georges A.-L. Droz JurisClasseur Droit international Fasc. 557-30 : Libéralités. – Donations. – Trust.

(153) Règlement (CE) n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) dont le texte se trouve sur internet à <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=FR>.

(154) Une doctrine minoritaire se fonde sur l'exclusion par le règlement Rome I de son champ d'application « des obligations découlant des relations de famille ou des relations réputées avoir, en vertu de la loi applicable, des effets comparables, y compris les obligations alimentaires » pour refuser d'appliquer ce règlement aux donations dès lors que le donateur est parent du donataire.

Lorsqu'une donation est rédigée par un notaire français, celui-ci aura une forte tendance à conseiller aux parties le choix de la loi française qu'il connaît bien. Il n'omettra pas de prévoir une clause de désignation expresse de la loi applicable. S'il l'omettait, il appartiendra au juge de décider, en cas de conflit entre les parties, si le fait que la donation soit rédigée par un notaire français et contienne des références au droit français (par exemple au Code civil français) constitue un choix de la loi française résultant « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».

La loi choisie par les parties gouverne les règles d'interprétation de la donation, son objet, sa cause, son exécution, les conséquences de son inexécution, ses causes de nullité (hors la forme). La loi choisie régit la révocabilité et les causes et conditions de la révocation de la donation (révocation *ad nutum*, révocation pour ingratitude)⁽¹⁵⁵⁾.

La capacité générale et la capacité de disposer à titre gratuit sont régies par la loi personnelle (sauf application des Conventions de La Haye relatives à la protection des mineurs et des majeurs protégés).

Le droit de retour conventionnel ressort normalement de la loi applicable à la donation. Il faut toutefois se poser la question de la loi qui serait applicable à la succession du donataire qui pourrait ne pas reconnaître ce droit de retour et s'interroger sur sa licéité dans la loi du lieu de situation des biens donnés, en particulier lorsqu'il s'agit d'immeubles.

244. La désignation expresse de la loi applicable sera faite dans l'acte de donation. Il est donc essentiel de connaître les règles de forme applicables à la donation comportant un élément d'extranéité. Il faut se référer à l'article 11 du règlement Rome I et particulièrement à son alinéa 1 lorsque les parties ou leurs représentants se trouvent dans le même État⁽¹⁵⁶⁾ : « 1. *Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans le même pays au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.* » Il suffit de respecter les règles de forme applicables au lieu de signature (*locus regit actum*) ou de respecter les formes de la loi applicable au fond c'est-à-dire de la loi choisie par les parties.

245. Il faut noter que les donations de biens présents entre époux semblent toutefois échapper à la loi d'autonomie. Les donations de biens présents entre époux sont soumises (au moins pour la révocation) à la loi des effets du mariage (loi nationale commune des époux ou en l'absence d'une nationalité commune loi du domicile). Le notaire français en charge de rédiger une donation de biens présents entre époux devra être particulièrement prudent dès lors que les époux n'ont pas tous les deux la nationalité française. Dès lors que les époux ont une nationalité commune (autre que la nationalité française) ou qu'en l'absence de nationalité commune, ils n'ont pas leur domicile en France, une loi étrangère va gouverner cette donation entre époux de biens présents. Il faudra interroger cette loi afin de vérifier la validité et les effets de cet acte.

(155) La révocation pour cause de survenance d'enfant pourrait toutefois selon certains auteurs dépendre de la loi successorale ou de la loi personnelle (nationalité) du donateur.

(156) Il faudra consulter l'article 11 alinéa 2 si les parties ou leurs représentants ne se trouvent pas dans le même pays par exemple pour une donation qui serait faite en France mais dont l'un des donataires ne serait ni présent ni représenté mais accepterait en Italie par acte séparé. L'hypothèse sera rare.

B/ Le sort de la donation à l'ouverture de la succession

246. Au décès du donateur, il y a lieu de déterminer la loi applicable à sa succession. Il faudra alors confronter la donation à cette loi successorale. C'est la loi successorale qui va déterminer s'il y a lieu à rapport de la succession, les modalités de ce rapport, la prise en compte ou non de la donation dans le calcul de la réserve quand la loi successorale connaît une telle réserve héréditaire. C'est la loi successorale qui régit la protection des héritiers contre les donations indirectes ou déguisées.

Dès lors, le notaire qui rédige une donation (qu'il a expressément soumise à la loi française) ne doit jamais oublier que cette donation peut être confrontée à une loi successorale autre que la loi française (notamment lorsque le donateur ne peut effectuer de *professio juris* pour la loi française pour sa future succession car il n'est pas de nationalité française). Ainsi, les stipulations faites dans une telle donation sur les modalités du rapport par exemple pourraient ne jamais recevoir application si la loi successorale ne le permet pas (par exemple car elle ne connaît pas le rapport, ou le traite différemment).

247. Le décès du donataire peut provoquer l'exercice d'un droit de retour conventionnel stipulé dans la donation. Le droit de retour en lui-même est régi par la loi applicable à la donation et non la loi applicable à la succession du donataire, car il s'agit de l'exécution des propres clauses de la donation. Mais, avant de stipuler un droit de retour sur un bien situé hors de France, il sera prudent pour le notaire de s'assurer que ce droit ne s'oppose pas à une loi de police du lieu de situation.

Le choix de la loi applicable à la donation de biens présents est une possibilité admise depuis longtemps. Il en va différemment pour le testament et le pacte successoral.

§ II – CHOISIR LA LOI APPLICABLE AU TESTAMENT ET AU PACTE SUCCESSORAL (OU L'AUTRE PROFESSIO JURIS DU RÈGLEMENT SUCCESSORAL EUROPÉEN)⁽¹⁵⁷⁾

248. Les testaments (en ce compris le testament conjonctif et le testament mutuel) et les pactes successoraux sont réunis dans le règlement successoral européen dans une catégorie commune dénommée « dispositions à cause de mort ».

La catégorie des pactes successoraux (cf. la définition fournie par le règlement) englobe les pactes successoraux de droit germanique ou suisse, les pactes sur succession future autorisés à titres exceptionnels par la loi française tels que les donations-partages, les donations entre époux de biens futurs, la renonciation anticipée à l'action en réduction.

249. Nous n'aborderons pas ici la loi applicable à la forme des testaments et pactes successoraux. Il n'y a pas de nouveauté en ce qui concerne la forme des testaments puisque la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires continue à s'appliquer en France. Au surcroît,

(157) Hélène Péroz, Eric Fongaro, Droit international privé patrimonial de la famille, 2^e édition, éditions LexisNexis page 415 et suivants.

Le pacte successoral à l'épreuve de la mobilité internationale Étude dirigée par Eric Fongaro La Semaine juridique Notariale et Immobilière n° 18, 6 mai 2016, 1148.

les règles de cette Convention qui visent à « sauver » le plus possible de testaments sont entièrement reprises à l'article 27 du règlement successoral européen et de manière plus innovante étendues aux pactes successoraux. En pratique, les cas d'invalidité de forme devraient donc être très rares.

250. Pour ce qui est du fond, le droit international privé français tel qu'il avait été développé par la jurisprudence (encore applicable aux successions ouvertes avant le 17 août 2015) avait développé des solutions souvent imparfaites et complexes pour déterminer la loi applicable à ces différentes institutions⁽¹⁵⁸⁾. Ainsi, les donations immobilières de biens à venir entre époux étaient soumises à la loi successorale qui par définition était alors la loi de situation des immeubles. La règle était incertaine pour les donations mobilières de biens à venir (loi des effets du mariage ou loi successorale). Les donations-partages et les testaments étaient soumis à la loi successorale qui (sauf lorsque la donation-partage portait exclusivement sur des immeubles situés en France) n'était pas connue au moment de la signature du testament ou de la donation-partage. En tout état de cause, le testateur ou les parties à un pacte successoral ne pouvaient pas choisir la loi applicable au testament ou au pacte.

Le règlement successoral européen est ici encore en rupture avec l'ancienne règle de conflit française et introduit deux concepts nouveaux en France :

- Il donne une règle de droit international privé qui régit la recevabilité et le fond des testaments et des pactes successoraux.

- Il fixe des règles objectives de détermination de cette loi (loi successorale hypothétique) mais il permet de choisir la loi applicable au fond du testament ou du pacte successoral, ce choix étant toutefois limité. Cette *professio juris* s'ajoute à celle de l'article 22 (choix de la loi régissant l'ensemble de la succession).

Ces nouvelles règles figurent aux articles 24, 25 et 26 du règlement successoral européen dont la simple lecture fait prendre conscience d'une certaine complexité.

« Article 24 : Dispositions à cause de mort autres que les pactes successoraux

1. La recevabilité et la validité au fond d'une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de la personne ayant pris la disposition si elle était décédée le jour de l'établissement de la disposition.

2. Nonobstant le paragraphe 1, une personne peut choisir comme loi régissant sa disposition à cause de mort, quant à sa recevabilité et à sa validité au fond, la loi que cette personne aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées.

3. Le paragraphe 1 s'applique, selon le cas, à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral. En cas de choix de loi effectué conformément au paragraphe 2, la modification ou la révocation est régie par la loi choisie.

(158) Mariel Revillard, Droit international privé et européen pratique notariale, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso page 478 n° 908 et suivants pour les donations entre époux et page 489 n° 921 et suivants pour les donations-partages.

Article 25 Pacte successoral

1. Un pacte successoral qui concerne la succession d'une seule personne est régi, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu.

2. Un pacte successoral qui concerne la succession de plusieurs personnes n'est recevable que s'il l'est en vertu de chacune des lois qui, conformément au présent règlement, aurait régi la succession de chacune des personnes concernées si elles étaient décédées le jour où le pacte a été conclu.

Un pacte successoral qui est recevable en vertu du premier alinéa est régi, quant à sa validité au fond et à ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, par celle des lois visées au premier alinéa avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, les parties peuvent choisir comme loi régissant leur pacte successoral, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, la loi que la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées.

251. Ces deux articles définissent d'abord des règles objectives de recevabilité d'une part, puis de validité au fond et effets contraignants d'autre part⁽¹⁵⁹⁾.

Pour les testaments et les pactes successoraux concernant la succession d'une seule personne (par exemple un RAAR ou une donation-partage consentie par un seul donateur, ou encore la donation entre époux de biens futurs telle que nous la pratiquons en France), la loi applicable à la recevabilité et à la validité au fond est la même, c'est la loi successorale « hypothétique », c'est-à-dire celle qui aurait été applicable en vertu du règlement si le testateur ou la personne dont la succession est concernée était décédé le jour de l'établissement de la disposition à cause de mort.

Pour les pactes successoraux concernant la succession de plusieurs personnes (par exemple une donation-partage conjonctive de droit français ou certains testaments conjonctifs de droit étranger dits « mutuels »), il faut distinguer entre :

- La recevabilité qui est régie cumulativement par les lois successorales hypothétiques de chacune des personnes dont la succession est concernée et
- La validité au fond et les effets contraignants qui sont régis par une seule loi. Cette loi est une des deux lois successorales hypothétiques : celle avec laquelle le pacte présente les liens les plus étroits.

(159) Le règlement prévoit des dispositions transitoires très favorables pour les dispositions à cause de mort établies avant le 17 août 2015 : article 83.3 : « Une disposition à cause de mort prise avant le 17 août 2015 est recevable et valable quant au fond et à la forme si elle remplit les conditions prévues au chapitre III ou si elle est recevable et valable sur le fond et en la forme en application des règles de droit international privé qui étaient en vigueur, au moment où la disposition a été prise, dans l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle, dans tout État dont il possédait la nationalité ou dans l'État membre de l'autorité chargée de régler la succession. »

252. Dès lors, en l'absence de choix de loi, il faudra déterminer la loi successorale « hypothétique⁽¹⁶⁰⁾ » ou « anticipée⁽¹⁶¹⁾ ». Nous avons vu précédemment que déterminer la loi applicable à une succession en l'absence de choix n'est pas toujours aisé. Mais une fois, cette étape passée, si le pacte successoral concerne les successions de plusieurs personnes, et que la loi successorale hypothétique n'est pas la même pour toutes ces personnes, il faudra déterminer la loi avec laquelle le pacte présente les liens les plus étroits. Pourquoi s'imposer une telle épreuve ? L'objectif de sécurité juridique nous invite à utiliser la faculté de choix que donne le règlement. Il faut choisir expressément dans le testament ou le pacte successoral la loi qui régira sa recevabilité, ses conditions de fond et ses effets contraignants.

A/ Quelle loi peut-on choisir ?

253. Le choix est limité. Pour les testaments et les pactes successoraux ne concernant la succession que d'une seule personne, il s'agit de la loi que cette personne aurait pu choisir en vertu de l'article 22 du règlement successoral européen. Pour les pactes successoraux concernant les successions de plusieurs personnes, il est possible de choisir la loi que l'une seulement des personnes dont la succession est concernée aurait pu choisir en vertu de ce même article.

L'article 22 est un article clé du règlement successoral européen car il fixe les règles de la *professio juris* qui permet de choisir la loi applicable à toute la succession (que nous appelons la loi successorale). Cet article permet de choisir la loi nationale du futur de *cujus*.

Revenons à nos testaments et pactes successoraux, par ce renvoi à l'article 22, il est donc possible de choisir pour régir la recevabilité, la validité au fond, et pour les pactes successoraux leurs effets contraignants, la loi nationale. Cela peut être la loi nationale au moment du choix ou la loi nationale au moment du décès (mais ce choix est à éviter en raison du risque qui existe que cette nationalité ne soit jamais acquise), et en cas de plurinationalité n'importe laquelle des lois nationales peut être choisie.

254.

Exemple :

Prenons un exemple tiré de la brochure éditée par les cinq CRIDON⁽¹⁶²⁾ intitulée « DIP Successions internationales : révolution ! »

« Monsieur Fernand de nationalité française est marié et a des enfants. La famille réside ce jour en Italie. Monsieur Fernand est propriétaire de biens situés en France et en Italie. Les époux Fernand veulent conclure une donation au dernier vivant ».

La recevabilité et les conditions de fond sont régies par l'article 25 du règlement successoral européen. La donation entre époux de biens futurs telle que pratiquée en France est un pacte successoral qui concerne la succession du donateur seulement (donc d'une seule personne). En l'absence de choix applicable à sa recevabilité et à sa validité au fond, ces questions sont soumises à loi successorale hypothétique

(160) Terme utilisé par Andrea Bonomi.

(161) Terme utilisé par Eric Fongaro.

(162) Dont les auteurs sont Zoé Ancel-Lioger (CRIDON Lyon), David Boulanger (CRIDON Nord-Est) Sophie Chalas-Kudelko (CRIDON Lyon), Sophie Dalgé (CRIDON Sud-Ouest), Raphaëlle de Gourcy (CRIDON Lyon), Michel Herail (CRIDON Ouest), Georges Khairallah (CRIDON Paris), Marion Nadaud (CRIDON Sud-Ouest).

*c'est-à-dire celle qui serait applicable à l'ensemble de la succession si Monsieur Fernand décédait au jour de la signature de la donation entre époux qu'il consent à son épouse. Monsieur Fernand n'ayant pas fait de *professio juris* pour l'ensemble de sa succession, celle-ci serait normalement soumise à la loi italienne car la résidence habituelle est en Italie. La loi italienne interdit la donation entre époux. Par conséquent cette donation entre époux serait irrecevable et devrait donc être considérée comme inexistante.*

*Par contre, si les époux Fernand conviennent dans la donation entre époux consentie par Monsieur Fernand de soumettre la recevabilité et les conditions de fond à la loi nationale de Monsieur Fernand, c'est-à-dire la loi française, alors cette *professio juris* de l'article 25 permettra à la donation entre époux d'être appliquée alors même que la loi italienne serait ultérieurement applicable à la succession.*

Deux conséquences :

- Il convient dans tous les testaments mais aussi et plus particulièrement dans tous les pactes successoraux que nous rédigeons (donations entre époux, RAAR, donations-partages) de prévoir de désigner expressément la loi applicable à cette disposition à cause de mort. Il faudra être particulièrement vigilant dès lors que le testateur, ou celui dont la succession est concernée n'a pas sa résidence habituelle en France ou a déjà effectué un choix de loi applicable de l'article 22 pour une loi autre que la loi française. Dans ce cas, la loi normalement applicable à cette disposition à cause de mort n'est pas la loi française et cette loi peut ne pas connaître et ne pas admettre le pacte successoral que nous avons rédigé. Nous aurons ainsi donné de faux espoirs aux parties. Dès lors que les parties pourront choisir la loi française, cela permettra de s'assurer de la validité au fond au regard de la loi française que nous connaissons bien mais aussi de sa recevabilité si cette disposition à cause de mort doit être confrontée à un autre système juridique au moment de l'ouverture de la succession.

- Cette recevabilité n'aura d'effet que si la succession est soumise au règlement successoral. En effet, les États tiers au règlement n'étant pas tenus par lui, notre choix de loi applicable ne s'y imposera pas.

En ce qui concerne les donations entre époux, il est toujours possible de continuer la pratique antérieure qui est de les doubler d'un testament pour chacun des époux, le testament étant quasiment universellement reçu.

B/ Le domaine de la loi choisie en application des articles 24 et 25 du règlement successoral européen

255. La loi choisie détermine la recevabilité du testament ou du pacte successoral, mais aussi sa validité quant au fond et selon les cas les conditions de sa révocation ou sa dissolution, et pour les pactes successoraux ses effets contraignants.

I/ La recevabilité

256. La loi choisie décide de la recevabilité de la disposition à cause de mort. Mais que signifie ce terme⁽¹⁶³⁾ ? Il s'agit de savoir s'il est possible d'établir un tel testament ou un tel pacte successoral selon la loi choisie. La loi applicable permet-elle d'établir cette

(163) La version anglaise du règlement utilise le terme « *admissibility* », la version espagnole « *admisibilidad* ».

disposition à cause de mort ? Dans l'exemple ci-dessus (cf. *supra* n° 254) la donation entre époux est irrecevable en droit italien, elle est recevable en droit français. Elle sera donc invalidée si le droit italien devait s'y appliquer en vertu de l'article 25, elle sera validée si le droit français s'y applique, et cela quelle que soit la loi successorale⁽¹⁶⁴⁾.

C'est sur la recevabilité que se posent les questions les plus délicates concernant l'articulation de la loi applicable à la disposition à cause de mort et de la loi applicable à la succession (loi successorale). La lecture des considérants 49 à 51 du règlement successoral peuvent suggérer que le législateur européen a souhaité faire circuler les pactes successoraux. Jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement, les pactes successoraux de renonciation tels qu'ils sont pratiqués en droit suisse ou allemand entraient dans la catégorie des pactes sur succession future et se trouvaient régis par la loi successorale. Par conséquent dès lors que la loi française s'appliquait à la succession ou à une partie de la succession (parce que le dernier domicile était en France pour une succession mobilière ou parce qu'il y avait un immeuble en France) ce pacte était alors automatiquement invalidé en raison de la règle de principe et d'ordre public française prohibant les pactes sur succession future. Aujourd'hui il faut distinguer entre la loi applicable à un tel pacte (qui peut être la loi allemande parce que c'est la loi successorale hypothétique au jour de la signature du pacte ou par ce que c'est la loi choisie dans le pacte en raison de la nationalité allemande d'une des personnes dont la succession est concernée par le pacte de renonciation) et la loi applicable à la succession (loi successorale) qui peut être la loi française. Dans ce cas, lors du règlement de la succession faut-il admettre le pacte et les renoncations qu'il contient alors que ce pacte serait nul en droit français ? Si la réponse est positive⁽¹⁶⁵⁾, faut-il alors, dans une seconde étape du raisonnement, considérer que la prohibition française des pactes sur succession future est d'ordre public international pour écarter quand même ce pacte ? Il nous semble difficile de soutenir que la prohibition des pactes sur succession future serait en France d'ordre public international alors même que nous connaissons une forme d'un tel pacte dans la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR)⁽¹⁶⁶⁾.

II/ Les conditions de fond

257. La loi désignée par les articles 24 et 25 du règlement successoral européen (qu'elle ait été choisie ou objectivement déterminée) gouverne les conditions de fond applicables à la disposition à cause de mort (testament ou pacte successoral). Aux termes de l'article 26 :

« 1. Aux fins des articles 24 et 25, les éléments ci-après relèvent de la validité au fond :

a) la capacité de la personne qui dispose à cause de mort de prendre une telle disposition ;

(164) En ce qui concerne le testament conjonctif, l'article 24 devrait normalement s'appliquer (ou l'article 25 si le testament conjonctif est « mutuel »), cette question était jusqu'ici traitée en jurisprudence française comme une question de forme. Elle devient à notre avis avec le règlement une question de recevabilité.

(165) Il nous semble que la réponse est positive et qu'il y aurait alors lieu d'admettre les renoncations contenues dans ce pacte. Toutefois, cette question est extrêmement controversée et il faut attendre les décisions des tribunaux sur cette question pour trancher.

(166) Pour mieux comprendre ces questions, il faut lire Un an d'application du règlement européen sur les successions par Monsieur Le professeur Georges Khairallah Bulletin du CRIDON de Paris du 15 février 2017 n° 4 page 11 et suivantes. Il y est examiné la question pratique de la recevabilité d'un pacte successoral de renonciation suisse alors que la loi française s'appliquait à la succession.

b) *les causes particulières qui empêchent la personne qui prend la disposition de disposer en faveur de certaines personnes ou qui empêchent une personne de recevoir des biens successoraux de la personne qui dispose ;*

c) *l'admissibilité de la représentation aux fins de l'établissement d'une disposition à cause de mort ;*

d) *l'interprétation de la disposition ;*

e) *la fraude, la contrainte, l'erreur ou toute autre question relative au consentement ou à l'intention de la personne qui dispose.*

2. *Lorsqu'une personne a la capacité de disposer à cause de mort en vertu de la loi applicable conformément à l'article 24 ou 25, une modification ultérieure de la loi applicable n'affecte pas sa capacité de modifier ou de révoquer une telle disposition. »*

258. Ainsi c'est la loi applicable à la disposition à cause de mort (et non la loi successorale) qui décide de l'âge minimum pour tester, ou qui donnera les clés d'interprétation de la disposition à cause de mort.

Prenons ici un cas pratique proposé par Monsieur Le professeur Andrea Bonomi⁽¹⁶⁷⁾ :

259.

Exemple : _____

Un ressortissant ayant sa résidence habituelle en Italie établit un testament en Allemagne alors qu'il est âgé de 17 ans [la loi allemande permet de tester dès 16 ans mais impose alors le testament authentique]. Bien que le testament soit revêtu de la forme notariée, comme l'exige la loi allemande du lieu d'établissement de l'acte (article 27 paragraphe 1^{er}, point a), il est invalide, car l'âge minimum prévu par la loi italienne [la loi italienne n'autorise que les majeurs de plus de 18 ans à tester] (loi successorale hypothétique, article 24, paragraphe 1^{er}), n'a pas été respectée. »

Si notre testateur avait eu la nationalité allemande, il suffisait alors au notaire allemand de lui proposer de soumettre par professio juris son testament à la loi allemande (loi nationale) pour valider ce testament.

III/ Les effets contraignants du pacte successoral

260. La loi applicable au pacte successoral en application de l'article 25 régit ses effets contraignants. C'est donc cette loi qui décide comment et quand le pacte peut être résolu, résilié, modifié ou révoqué, ou encore les causes légales de révocation notamment en cas de divorce.

(167) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration d'Illaria Petrelli et Azadi Öztürk) Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, éditions Bruylant page 455 n° 8 commentaire de l'article 26 par Andrea Bonomi.

IV/ La modification et la révocation des testaments (entendus ici comme une disposition à cause de mort autre qu'un pacte successoral)

261. La loi applicable au testament en application de l'article 25 régit les conditions de sa modification ou de sa révocation (par exemple si la modification ou la révocation doit être expresse ou implicite du fait de nouvelles dispositions incompatibles avec les premières).

Sur la question de la révocation, nous renvoyons aussi à un cas précédemment traité.

262. La loi successorale s'applique, comme en matière de donation, à la question des rapports des donations et au calcul de la réserve héréditaire.

C'est la loi successorale (désignée par les articles 21, 22 et 34) et non la loi applicable à la disposition à cause de mort (désignée par les articles 24 et 25) qui détermine si les transferts de propriété effectués dans un pacte successoral (nous pensons à une donation-partage de droit français) sont ou non rapportables, le taux de la réserve, et comment protéger, le cas échéant, la réserve héréditaire.

Il est aussi possible de choisir la loi successorale, c'est d'ailleurs un des traits marquants du règlement successoral européen.

Sous-section III – Fixer et choisir la loi applicable à la succession, la *professio juris*

263. Nous traitons ici de la *professio juris* de l'article 22 du règlement successoral européen qui autorise chacun à choisir la loi applicable à l'ensemble de sa succession. Il existe une autre *professio juris*, dont le champ est limité aux dispositions à cause de mort prévues par les articles 24 et 25. Les deux *professio juris* peuvent toutefois être exercées et combinées.

264. L'article 22 prévoit ce qui suit :

« 1. Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.

Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.

2. Le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition.

3. La validité au fond de l'acte en vertu duquel le choix de loi est effectué est régie par la loi choisie.

4. La modification ou la révocation du choix de loi satisfait aux exigences de forme applicables à la modification ou à la révocation d'une disposition à cause de mort. »

Les considérants 38 à 41, bien que n'ayant pas de caractère contraignant, apportent quelques précisions sur l'interprétation de ces dispositions.

265. La *professio juris* est une nouveauté pour les juristes français puisqu'elle était interdite en droit international privé français des successions. C'est même une

révolution. Désormais, la première question à poser lors du règlement d'une succession comportant un élément d'extranéité est celle de l'existence d'un choix de loi pour la succession. Dès lors qu'un tel choix est détecté et qu'il a été valablement fait, inutile d'aller plus loin. Il faut appliquer la loi choisie à l'ensemble de la succession, le renvoi étant alors exclu.

Choisir la loi applicable à la succession permet de :

- Connaître d'avance la loi qui s'appliquera à la succession. C'est donc un facteur de sécurité juridique.
- Fixer cette loi applicable puisque les changements de résidence habituelle n'auront aucun effet sur la loi applicable à la succession qui reste la loi choisie.
- Dans certains cas assurer une solution uniforme entre les États membres du règlement successoral européen et un pays tiers. Ainsi, si la loi nationale est celle d'un État tiers dont la règle de DIP prescrit d'appliquer la loi nationale, alors une *professio juris* pour cette loi nationale permet d'appliquer la même loi dans tous les États membres et l'État tiers concerné.

266. Pour les dispositions à cause de mort prises à compter du 17 août 2015, seul l'article 22 s'applique. Tout choix de loi applicable devra respecter toutes les conditions prévues par l'article 22. Les dispositions prises antérieurement à cette date sont soumises à l'article 83 dont l'objectif est de valider le plus possible de choix de loi, ainsi un choix de loi conforme à l'article 22 sera validé, mais seront aussi reconnus des choix de loi non conformes à l'article 22 ou des choix de lois simplement réputés.

267. Nous nous intéresserons d'abord aux conditions de fond et de forme de la désignation de loi applicable, puis aux correctifs à cette désignation, et enfin à quelques difficultés que la *professio juris* peut entraîner.

§ I – LES CONDITIONS DE LA PROFESSIO JURIS

268. Il faut distinguer entre le fond et la forme.

A/ Les conditions de fond

269. Elles sont simples : seule une loi nationale peut être choisie, n'importe laquelle des lois nationales, mais une seule loi nationale.

I/ La loi nationale et seulement la loi nationale

270. Seule la loi nationale peut être choisie, à l'exclusion de toute autre loi. Le règlement ne permet pas de choisir la loi de la résidence habituelle, ou encore moins la loi du domicile, ou encore la loi de situation de certains biens.

Certains auteurs regrettent que les rédacteurs du règlement successoral européen n'aient pas permis de choisir la loi de la résidence habituelle au moment du choix. Toutefois, dans certaines situations le notaire pourra utilement conseiller de préciser dans les formes requises pour la *professio juris* que le futur défunt n'entend pas choisir la loi de nationalité pour laisser la loi de la résidence habituelle s'appliquer à la succession.

Lorsque la résidence habituelle n'est pas certaine, rien n'empêche au futur défunt de préciser où il entend avoir fixé sa résidence habituelle (même si cela n'aura pas d'effet contraignant sur les héritiers et que la situation de la résidence habituelle pourra avoir changé), mais cela pourra s'ajouter à un faisceau d'indices. Certains auteurs⁽¹⁶⁸⁾ préconisent de prévoir un choix exprès de la loi pour la résidence habituelle lorsque celle-ci se trouve dans un État tiers dont la règle de droit international privé permet le choix de cette loi, afin d'exclure un éventuel renvoi.

II/ N'importe laquelle des lois nationales

271. La question de la nationalité du futur de *cujus* est une question préalable qui n'est pas régie par le règlement. Il s'agit d'une question réglée par la loi de l'État dont la nationalité est en cause.

Si le futur défunt possède plusieurs nationalités, il peut choisir la loi de n'importe laquelle de ses nationalités. Il n'y a pas de hiérarchie entre les nationalités. Ainsi une personne de nationalités allemande, française et américaine pourra choisir la loi allemande, ou la loi française ou la loi américaine, et cela même si ses liens avec l'un de ces pays sont très distendus ou inexistant (en dehors de la nationalité évidemment). Il n'est toutefois pas conseillé de choisir une loi nationale dont les liens avec le futur défunt sont très distendus.

Le futur défunt peut choisir la loi de sa nationalité même s'il est ressortissant d'un État tiers et même si les règles de droit international privé de cet État tiers interdisent la *professio juris*.

Il est possible de choisir la loi de la nationalité que l'on possède soit au moment du choix soit au moment du décès. La perte de la nationalité dont la loi a été choisie entre le choix et le décès est donc sans effet sur la validité du choix. Il est déconseillé de choisir la loi de sa future nationalité en raison du risque de décès avant l'acquisition de cette nationalité. Ce décès prématuré invaliderait le choix fait.

III/ Une seule loi nationale

272. Le règlement successoral européen prévoit une loi de conflit unitaire. Par conséquent, la loi choisie par le futur de *cujus* régit l'ensemble de la succession sans distinguer entre la nature des biens (meuble ou immeuble) et leur lieu de situation. Le choix de loi exclut le renvoi.

Il n'est donc pas possible de choisir la loi de la nationalité pour régir seulement certains biens (par exemple les biens situés dans le pays A et non ceux situés dans le pays B, ou les meubles à l'exclusion des immeubles). En cas de plurinationalité, il n'est pas possible de choisir la loi d'une première nationalité pour régir telle partie de la succession et la loi d'une seconde nationalité pour telle autre partie.

Cette loi nationale choisie régit la validité au fond de l'acte contenant le choix de l'acte (existence et validité du consentement). Il faut exclure de la validité au fond la question de la possibilité de faire une *professio juris* sinon cela signifierait qu'il serait impossible de choisir la loi d'un État tiers prohibant la *professio juris*. Or le texte même du considérant 40 précise qu'il est possible de faire un tel choix.

(168) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration d'Illaria Petrelli et Azadi Öztürk) Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, éditions Bruylant page 337 n° 34 in fine, commentaire de l'article 22 par Andrea Bonomi.

B/ La forme du choix

273. L'article 22 pose deux exigences :

- Un support du choix ayant la forme d'une disposition à cause de mort.
- Un choix exprès ou résultant des termes d'une disposition à cause de mort.

I/ Un support ayant la forme d'une disposition à cause de mort

274. Le choix de loi ne peut être exprimé que sous la forme d'une disposition à cause de mort. C'est donc nécessairement ce support qui devra être utilisé.

Nous savons qu'une disposition à cause de mort est un testament y compris conjonctif ou un pacte successoral dont on trouve les définitions à l'article 3 b) c) d) du règlement.

En pratique, on n'imagine pas un testament qui ne contiendrait qu'une désignation expresse de loi applicable à l'exclusion de toute autre disposition. A fortiori pour un pacte successoral. Dès lors se posera la question de l'autonomie de la désignation expresse de loi applicable par rapport aux autres stipulations du pacte ou aux autres clauses du testament. Ces questions sont extrêmement complexes, et nécessitent une très bonne coordination entre les *professio juris* de l'article 22 et des articles 24 et 25. Pour en avoir un aperçu, nous renvoyons à l'ouvrage des professeurs Bonomi et Wautelet⁽¹⁶⁹⁾.

D'une façon générale, il sera souvent plus opportun de préférer le testament pour un choix de loi applicable plutôt qu'un pacte successoral. Un tel pacte successoral repose sur l'accord de volonté de plusieurs personnes. Dès lors se poseront les questions de la possibilité et de la façon dont la personne dont la succession est concernée pourra révoquer son choix de loi applicable unilatéralement sans l'accord des autres signataires.

275. L'article 27 du règlement s'applique aux conditions de forme que doit respecter la disposition à cause de mort support de la désignation de loi applicable. Lorsqu'il s'agit d'un testament, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires continue à s'appliquer. S'il s'agit d'un pacte successoral, l'article 27 s'applique mais prévoit les mêmes rattachements alternatifs que la Convention de La Haye. Il sera donc rare que le support de la désignation de loi applicable ne respecte pas les conditions de forme d'une des nombreuses lois qui peuvent s'y appliquer.

II/ Un choix formulé de manière expresse ou résultant des termes d'une disposition à cause de mort

276. Il n'y aura aucune difficulté lorsque le choix est formulé de manière expresse. Il n'y a pas de termes sacramentels à employer. Il n'est pas nécessaire de viser le règlement pour faire un choix de loi efficace. Un choix de loi fait sous l'empire ou visant des règles de droit international privé d'un État tiers sera parfaitement valable s'il remplit évidemment les conditions de l'article 22.

(169) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration d'Illaria Petrelli et Azadi Öztürk) Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, éditions Bruylant page 344 et suivantes.

277. Le choix peut ne pas être formulé expressément mais doit alors résulter des termes d'une disposition à cause de mort. Il faut donc établir que le défunt a eu la volonté de choisir la loi applicable à sa succession même s'il ne l'a pas exprimé explicitement. Pour le professeur Andrea Bonomi⁽¹⁷⁰⁾, il n'est pas nécessaire que le défunt ait eu conscience qu'il avait le choix entre plusieurs lois (par exemple entre laisser la loi de sa dernière résidence habituelle s'appliquer ou choisir sa loi nationale, ou choisir entre plusieurs lois nationales) mais simplement qu'il ait voulu que telle loi s'applique.

Le considérant 39 indique que « *le choix de la loi pourrait être considéré comme résultant d'une disposition à cause de mort dans le cas où, par exemple, dans sa disposition, le défunt avait fait référence à des dispositions spécifiques de la loi de l'État de sa nationalité ou dans le cas où il avait mentionné cette loi d'une autre manière.* »

Pour de nombreux auteurs, un ressortissant anglais qui dans son testament établit un trust de droit anglais a ainsi choisi le droit anglais pour régir l'ensemble de sa succession. Les choses se compliquent lorsqu'il est précisé dans le testament que ce dernier ne s'applique qu'aux biens situés en Angleterre. Cette limitation du champ d'application de la disposition à cause de mort support du choix implicite peut-elle être interprétée comme un choix partiel ? Dès lors ce choix implicite qui semble vouloir que plusieurs lois s'appliquent à la succession est-il valable ? Il faudra attendre les décisions des tribunaux.

Le choix de loi résultant des termes de la disposition à cause de mort va poser de nombreuses difficultés. Lorsque les héritiers sont majeurs et capables, ils pourront se mettre d'accord pour interpréter la volonté du de cujus, mais il faudra d'abord avoir déterminé tous ceux sur qui le choix d'une loi plutôt qu'une autre a un effet positif ou négatif et obtenir leur accord. Ce ne sera pas une chose aisée par exemple lorsqu'une de ces personnes est le trustee d'un trust ayant de multiples bénéficiaires y compris des mineurs. Où doit-on s'arrêter dans les consentements à obtenir pour l'interprétation ?

Le choix de l'article 22 n'est pas présumé, il faut prouver qu'il y a eu un choix même s'il est implicite. Il diffère donc du choix réputé de l'article 83.4.

Nous connaissons maintenant les règles à suivre pour que le futur défunt choisisse la loi applicable à sa succession. Mais comme souvent en matière de conflits de lois, la loi normalement applicable peut être privée totalement ou partiellement d'effet par l'application de mécanismes dits correctifs. Nous les avons d'ailleurs déjà exposés dans la matière successorale, certains de ces correctifs ne peuvent jamais s'appliquer en face d'un choix de loi. Ainsi il ne peut y avoir application du mécanisme du renvoi. Au contraire, dès lors qu'un choix est possible vont se poser plus intensément les questions de la fraude et de l'ordre public international.

§ II – LES CORRECTIFS : LA FRAUDE ET L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

278. Les commentateurs du règlement ont mis en exergue deux correctifs par lesquels serait écartée totalement ou partiellement la loi choisie par le testateur. Le

(170) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration d'Illaria Petrelli et Azadi Öztürk) Le Droit européen des successions Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, éditions Bruylant page 350 n° 62 et suivants.

premier est la fraude, le second l'ordre public international et particulièrement la question de l'inclusion de la réserve héréditaire dans cet ordre public international.

A/ La fraude

279. Cette fraude consisterait à choisir une loi applicable dans le seul but de réduire les droits ou d'écartier un héritier qui sous l'empire d'une loi nationale moins distante ou sous l'empire de la loi de la dernière résidence aurait eu des droits successoraux plus avantageux.

L'article 22 n'exige pas qu'il existe un lien entre le futur défunt et la nationalité dont il choisit la loi pour régler sa succession. Il ne semble donc pas possible de prétendre qu'un choix pour une nationalité avec laquelle le futur de cujus a des liens très distendus puisse avoir un caractère frauduleux.

Toutefois, il est possible d'imaginer que la question sera posée aux tribunaux lorsque la nationalité a été acquise du vivant du de cujus dans des conditions discutables, soit illégalement (acquisition d'une nationalité par corruption), soit légalement certains pays ayant mis en place des programmes d'acquisition de la nationalité proches de la simple vente d'un passeport.

La question de la fraude se rapproche et parfois se confond avec celle de l'ordre public international.

B/ L'ordre public international et la protection de la réserve héréditaire

280. Nous limitons notre propos à la question de la protection de la réserve héréditaire et nous renvoyons pour les autres questions à ce que nous avons déjà écrit sur le sujet.

281. Cette question n'est pas nouvelle, ni en droit français, ni en droit comparé.

En droit français, pour les décès survenus avant le 17 août 2015, la question ne se posait jamais pour les immeubles situés en France puisque la loi française s'y appliquait obligatoirement. Par contre, elle pouvait se poser pour les immeubles situés à l'étranger et la succession mobilière dès lors que la loi applicable était une loi étrangère et que cette loi ne connaissait pas la réserve héréditaire. Les héritiers réservataires en droit français (le plus souvent les enfants du défunt) pouvaient-ils alors demander au juge français (lorsqu'il était compétent) d'écartier cette loi étrangère en faveur de la loi française pour qu'ils reçoivent leur réserve héréditaire ? La jurisprudence était quasi inexistante. Il semblait toutefois admis par les spécialistes du droit international privé que la réserve héréditaire n'était pas d'ordre public international.

La question était « occultée » par l'existence du droit de prélèvement résultant de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. Ce droit permettait à l'héritier de nationalité française de prélever sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés à l'étranger dont il était exclu en application d'une loi successorale étrangère. Le droit de prélèvement n'était pas limité à la protection de la réserve héréditaire puisqu'il pouvait profiter à un héritier non réservataire (par exemple le frère du défunt). Mais il avait pour effet d'assurer à l'héritier réservataire de nationalité française qu'il recevrait sa réserve en se servant sur les biens situés en France. Inutile

alors à cet héritier réservataire d'invoquer l'ordre public international. Le droit de prélèvement a été abrogé par une décision du Conseil Constitutionnel en date du 1^{er} juin 2011. L'héritier réservataire français exhérité par l'application à tout ou partie de la succession d'un droit étranger ne reconnaissant pas sa réserve se trouvait donc tenté d'invoquer le caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire pour tenter d'écarter la loi étrangère qui lui était défavorable.

La Cour de cassation s'est prononcée tout récemment sur cette question dans deux arrêts pour lesquels le règlement successoral européen n'était pas applicable car les décès étaient intervenus avant le 17 août 2015. Il s'agissait des successions de défunts de nationalité française dont le dernier domicile se trouvait en Californie. La loi californienne s'appliquait à la succession mobilière (loi du dernier domicile) et le défunt avait pris des dispositions testamentaires aux États-Unis qui par l'intermédiaire d'un trust aboutissaient à priver ses enfants, résidents en France et de nationalité française, de tous droits dans sa succession. Le droit californien ne connaît pas la réserve héréditaire. Les enfants réservataires selon le droit français avaient saisi les tribunaux français (car certains biens mobiliers dont des droits d'auteurs étaient situés en France) et prétendaient que la loi de l'État de Californie devait être écartée et la loi française appliquée car la réserve héréditaire était d'ordre⁽¹⁷¹⁾ public international. La Cour de cassation ne les a pas suivis. Pour notre haute juridiction : *« Une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en-soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ; Et attendu qu'après avoir énoncé que la loi applicable à la succession de Maurice X... est celle de l'État de Californie, qui ne connaît pas la réserve, l'arrêt relève, par motifs propres, que le dernier domicile du défunt est situé dans l'État de Californie, que ses unions, à compter de 1965, ont été contractées aux États-Unis, où son installation était ancienne et durable et, par motifs adoptés, que les parties ne soutiennent pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin ; que la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu d'écarter la loi californienne au profit de la loi française ; que le moyen n'est pas fondé ».*

Ces arrêts ont été très commentés⁽¹⁷²⁾ et les enseignements qu'en tire la doctrine sont multiples et diffèrent selon les auteurs, leur attachement à la réserve héréditaire ou leur vision du droit international privé.

(171) Cass. 1^{re} civ., 27 septembre 2017, n° 16-13151 et n° 16-17198 (arrêts Colombier et Jarre).

(172) La réserve héréditaire à l'épreuve de l'exception d'ordre public international Note sous arrêt par Cyril Nourissat et Mariel Revillard La Semaine Juridique Édition Générale n° 47, 20 novembre 2017, 1236.

Nouveau coup dur pour la réserve héréditaire ! Sara Godechot-Patris et Sophie Potentier revue juridique personne et famille numéro 12 décembre 2017.

La Réserve à la casse ? Michel Grimaldi Defrénois du 12/10/2017 n° 22 page 1.

Flash du CRIDON de Paris du 2 octobre 2017 par Georges Khairallah.

Flash du CRIDON du Nord n° 09/2017.

La revue fiscale du patrimoine n° 1, janvier 2018, 2 Enterrement de première classe pour la réserve héréditaire : une révolution du droit des successions internationales Commentaire par Geoffroy Michaux et Patrice Bonduelle.

La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international, Commentaire par Éric Fongaro, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 45, 10 novembre 2017, 1305.

En tout état de cause, la réserve héréditaire n'est pas en-soi d'ordre public international français, une loi successorale ne connaissant pas la réserve doit en principe pouvoir s'appliquer en France.

La Cour de cassation semble y ajouter un tempérament. La loi successorale ne connaissant pas la réserve pourrait toutefois être écartée si concrètement dans le cas d'espèce, l'application de la loi étrangère conduirait à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels. Dans l'ordre international, une loi étrangère devrait donc être écartée si elle laissait un héritier dans une situation de précarité économique.

Les arrêts prennent soin de rappeler que le défunt était installé depuis de nombreuses années aux États-Unis et que le domicile y était clairement établi. Certains ont pu y voir une volonté implicite de la Cour de cassation de rappeler que l'ordre public international ne permet d'écarter une loi étrangère que s'il y a une relative proximité de la situation avec la France. Il s'agit peut-être plus simplement de rappeler que le domicile californien n'était pas contestable ce qui entraînait l'application incontestable de la loi californienne sauf si celle-ci avait été jugée contraire à l'ordre public international. Il s'agit peut-être même d'une allusion à la possibilité qu'auraient eu les héritiers de se fonder sur la notion de fraude pour écarter la loi californienne s'il avait pu être établi que le domicile n'y était pas réel mais simplement de façade et orchestré pour éluder l'application de la loi française protectrice des enfants.

La Cour de cassation dans ces deux arrêts semble distinguer dans la réserve héréditaire ce qui est protégé dans l'ordre interne (quand la loi française s'applique parce qu'il n'y a pas d'élément d'extranéité ou que la règle de DIP aboutit à la désignation de la loi française pour régler la succession) et ce qui doit être protégé dans l'ordre international (quand une loi étrangère s'applique). Si dans l'ordre interne ce qui est protégé est une forme d'égalité entre les enfants mais aussi un prolongement post mortem de l'obligation alimentaire, dans l'ordre international la Cour de cassation n'a retenu que le prolongement post mortem de l'obligation alimentaire. La protection d'une forme d'égalité entre les héritiers n'est pas suffisamment essentielle au regard des principes du droit français pour justifier d'écarter une loi étrangère qui ne connaît pas la réserve. Certains le regrettent.

Il appartiendra au notaire chargé d'une succession pour laquelle une loi étrangère ignorant la réserve s'applique de déterminer si concrètement dans la succession en question l'application de la loi étrangère et notamment l'exhérédation des enfants qui auraient été héritiers réservataires selon la loi française aboutit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels. On peut imaginer que si l'application de cette loi laissait des enfants mineurs dans le besoin, la loi étrangère devrait être écartée. On peut penser que cela sera assez rare car les pays de Common Law qui ne connaissent pas la réserve prévoient généralement a minima une obligation de pourvoir aux besoins alimentaires de certains héritiers tels que des enfants mineurs ou dépendants économiquement ou du conjoint survivant en situation de précarité.

282. La question s'est trouvée exacerbée par le règlement successoral européen. En effet, auparavant l'application de la loi étrangère à tout ou partie de la succession résultait de l'application de règles objectives et qui ne dépendaient pas de la volonté du de cujus (sauf à ce dernier à déménager durablement pour changer de domicile).

Avec le règlement, il est possible de choisir une de ses lois nationales pour régir l'intégralité de sa succession. Il suffit de faire le choix d'une loi ne connaissant pas la réserve, inutile de déménager, de vendre ses immeubles, pour priver ainsi ses enfants ou son conjoint de la réserve prévue par la loi française. La *professio juris* a donc fait renaître le débat de la réserve héréditaire et de l'ordre public international. La *professio juris* est nouvelle en droit français mais existait préalablement au règlement chez certains de nos voisins qui connaissent la réserve héréditaire notamment en Belgique. Le législateur belge conciliait alors la possibilité de choix et la protection de la réserve en prévoyant que le choix d'une loi successorale ne pouvait avoir pour résultat de priver un héritier des droits réservataires de la loi qui eût été applicable en l'absence de choix. Les rédacteurs du règlement n'ont pas retenu ce mode de conciliation. Le considérant numéro 38 se contente d'expliquer que le choix devrait être limité à la loi d'un État dont le futur défunt possède la nationalité afin d'assurer qu'il existe un lien entre le défunt et la loi choisie et d'éviter que le choix d'une loi ne soit effectué avec l'intention de frustrer les attentes légitimes des héritiers réservataires. Mais aucun des articles du règlement ne subordonne l'application de la loi choisie au respect des droits réservataires de la loi qui aurait été applicable en l'absence de choix. L'article 35 du règlement se contente de prévoir que « *l'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.* »

L'absence de réserve héréditaire dans la loi étrangère choisie par le défunt (ou simplement applicable en application de l'article 21 en l'absence d'un choix) est-elle manifestement incompatible avec l'ordre public français ? Une réponse positive à cette question justifie d'écarter cette loi étrangère. Cela implique évidemment que le tribunal qui peut être saisi est le tribunal français et/ou que tout ou partie de la succession est réglée par un notaire français. Il appartiendra aux tribunaux d'en décider, tout d'abord aux tribunaux français puis à la Cour de Justice des Communautés Européennes. Il est raisonnable de penser que la Cour de cassation française continuera de raisonner comme elle l'a fait dans ses arrêts du 27 septembre 2017⁽¹⁷³⁾. Peut-être, pourra-t-elle alors nous éclairer aussi sur la notion de proximité ? Dans le cas où la loi étrangère ne contiendrait aucune disposition protectrice d'héritiers qui se trouveraient de ce fait dans une situation de précarité économique, alors les tribunaux français devraient en principe écarter cette loi étrangère car celle-ci serait contraire aux principes essentiels du droit français. Mais ne faudra-t-il pas alors prendre en compte la proximité de la situation avec l'ordre juridique français et appliquer quand-même la loi étrangère quand la situation est très éloignée de l'ordre juridique français (en pratique il s'agit du cas où seuls quelques biens successoraux sont localisés en France, le défunt et les héritiers n'ayant aucun lien actuel avec la France notamment de nationalité ou de résidence) ?

La Cour de Justice de l'Union Européenne aura la charge d'harmoniser les réponses à la question de la réserve héréditaire et de l'ordre public du for et de définir ce que signifie l'expression « manifestement incompatible » avec l'ordre public du for. La question reste donc ouverte et continuera pour encore quelques années à diviser les auteurs et à inquiéter les praticiens.

(173) On peut penser que la question sera à nouveau posée dans le cadre du règlement successoral européen dans la succession de Johnny Hallyday si les tribunaux décident que la dernière résidence habituelle était aux États-Unis.

La question de la réserve héréditaire n'est pas la seule difficulté à laquelle font face les praticiens en cas de *professio juris*, nous avons souhaité en évoquer rapidement quelques autres.

§ III – DE QUELQUES DIFFICULTÉS POSÉES PAR LA PROFESSIO JURIS

283. Elles sont de plusieurs types. Nous exposerons celles qui se présentent lorsque la loi choisie est celle d'un État pluri-législatifs, ou que la loi choisie applique des concepts très éloignés de l'ordre juridique français et enfin les difficultés engendrées par une *professio juris* en faveur de la loi d'un État qui ne reconnaît pas ce choix.

A/ La loi choisie est celle d'un État qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de succession

284. Celui qui veut choisir la loi applicable à sa succession ne peut choisir que sa loi nationale. Que faire dès lors qu'il a la nationalité d'un État dont les règles successorales divergent d'une unité territoriale à l'autre, à l'intérieur de ce même État. La loi nationale aboutit à une impasse puisque pour chacune de ces unités territoriales la nationalité du de cujus sera la même.

L'Espagne et son droit foral, la Grande-Bretagne (qui connaît un droit anglais, un droit nord irlandais et un droit écossais), les États-Unis et ses États, le Canada et ses provinces, l'Australie sont des exemples de tels États pluri-législatifs.

285. L'article 36 du règlement donne la marche à suivre :

« 1. Lorsque la loi désignée par le présent règlement est celle d'un État qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de succession, ce sont les règles internes de conflits de lois de cet État qui déterminent l'unité territoriale concernée dont les règles de droit doivent s'appliquer.

2. En l'absence de telles règles internes de conflits de lois :

[...]

b) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu des dispositions se référant à la nationalité du défunt, comme faite à la loi de l'unité territoriale avec laquelle le défunt présentait les liens les plus étroits ;

[...] »

286. Dès lors qu'il existe des règles relatives au conflit de lois internes dans l'État dont la loi de la nationalité a été choisie, il suffit d'appliquer ces règles. Cela permet d'aboutir à la même solution dans des situations internes et internationales. Ce sera notamment le cas en Espagne où le droit espagnol prévoit spécifiquement de telles règles. Il suffira donc de les suivre même si elles sont complexes.

Pour certains États notamment de Common Law, les choses sont beaucoup plus complexes. Prenons le cas des États-Unis, il n'existe pas de loi fédérale qui règle les conflits de loi entre les États Fédérés. Chaque État fédéré possède sa propre règle de conflit

de loi : la succession mobilière est soumise à la loi du dernier domicile et la succession immobilière est soumise à la loi de situation de l'immeuble. Lorsqu'un américain choisit la loi américaine pour régir sa succession, nous pouvons arriver à une impasse, notamment si cet américain a son domicile en France. En effet, si l'on suit la règle applicable dans chaque État fédéré (loi du dernier domicile) nous aboutissons à la loi française, solution totalement absurde. C'est une impasse. Pour le professeur Bonomi, il y a alors lieu de passer aux critères subsidiaires prévus à l'article 36.2 b) et d'appliquer la loi de l'État fédéré avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits⁽¹⁷⁴⁾.

287. Il faudra donc déterminer l'État fédéré avec lequel le défunt a les liens les plus étroits. Il faut à notre avis se placer au moment du choix de la loi applicable et non au décès. Cela ne sera pas aisé lorsque le défunt a vécu dans plusieurs États fédérés, ou possédait des biens dans de multiples États.

Cela sera encore plus difficile lorsque le défunt choisit la loi américaine mais n'a la nationalité américaine qu'en raison de sa naissance aux États-Unis ou en raison de la nationalité américaine de ses parents, sans y avoir jamais vécu et sans y avoir de biens. Comment alors déterminer l'État fédéré dont la loi sera applicable ? Dans certains cas, cela sera impossible. Faudra-t-il alors considérer qu'il n'y a pas eu de choix de loi applicable et revenir à la détermination objective de la loi applicable ?

Le règlement impose de choisir la loi de sa nationalité et donc la loi américaine, il ne permet pas de choisir la loi d'un État fédéré. Sur un plan pratique, lors de la rédaction d'une clause de *professio juris*, il faut éviter de choisir directement la loi d'un État fédéré (par exemple : je choisis la loi de l'État de New York). En effet, si l'application des règles de l'article 36 du règlement n'aboutissent pas à l'application de la loi de cet État fédéré, certains héritiers pourront être tentés de débattre sur la validité du choix fait et il sera nécessaire d'interpréter a posteriori la volonté du de cujus. Il vaut donc mieux désigner la loi des États-Unis d'Amérique, le futur défunt peut indiquer l'État fédéré avec lequel il considère qu'il a les liens les plus étroits. Pour le cas où il se tromperait sur l'État Fédéré, il n'y aura pas de doute sur la volonté de choisir la loi des États-Unis.

B/ Le choix d'une loi trop éloignée des concepts juridiques du for

288. Les principales difficultés apparaissent lorsque le défunt, résidant en France ou ayant des biens immobiliers en France, choisit la loi d'un État de Common Law ce qui aboutit à l'application à toute la succession d'une loi de Common Law⁽¹⁷⁵⁾.

(174) Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (avec la collaboration de Ilaria Petrelli et Azadi Öztürk) *Le Droit européen des successions* Commentaire du règlement UE n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2^e édition, éditions Bruylant page 612 n° 14 et suivants, commentaires articles 36 à 38 par Andrea Bonomi.

(175) L'administration des successions Sylvia Brunet *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°s 31-35, 31 juillet 2015, 1144.

Succession d'un Anglais, faire face à l'impasse du règlement européen ? Patrick-Léon Lotthe et Juliette Godin *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 40, 2 octobre 2015, 1175 et Succession d'un Anglais : les conséquences de la *professio juris* ? Patrick-Léon Lotthe et Juliette Godin *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 41, 9 octobre 2015, 1181.

Successions internationales : Révolution ! par les Cinq CRIDON cas n° 15 de Zoé Ancel-Liogier (CRIDON Lyon), David Boulanger (CRIDON Nord-Est) Sophie Chalas-Kudelko (CRIDON Lyon), Sophie Dalgé (CRIDON Sud-Ouest), Raphaëlle de Gourcy (CRIDON Lyon), Michel Herail (CRIDON Ouest), Georges Khairallah (CRIDON Paris), Marion Nadaud (CRIDON Sud-Ouest).

Il y a alors lieu d'appliquer la loi choisie à tous les aspects de la succession y compris la question des pouvoirs des héritiers, exécuteurs testamentaires, ce que certains appellent l'administration de la succession.

Les systèmes de Common Law ont développé un mode de règlement de la succession très différent du nôtre : il n'y a pas de succession à la personne mais une succession aux biens avec une phase dite d'administration⁽¹⁷⁶⁾. Pour simplifier, cette phase d'administration nécessite qu'une personne, nommée par le défunt dans son testament ou à défaut nommée par un juge, prenne possession des actifs successoraux (cette personne a le pouvoir de les vendre sans l'accord des héritiers), les liquide le cas échéant, recense et paie tous les créanciers puis distribue les actifs successoraux et/ou le boni de sa liquidation aux héritiers. De ce fait, les héritiers ne sont pas tenus *ultra vires*. Lorsque celui qui administre la succession est nommé dans le testament, nous emploierons le terme d'exécuteur testamentaire. Lorsqu'il est nommé par le tribunal nous retiendrons la dénomination d'administrateur. Dans les deux cas, il est souvent fait référence à cette personne sous la dénomination de « représentant personnel » (personal representative) de la succession. Une décision d'un tribunal est toujours nécessaire pour confirmer les pouvoirs de l'exécuteur ou nommer l'administrateur (Cette décision s'appelle selon les cas et les pays « grant of representation », « probate » ou « letters of administration »). Le règlement d'une succession dans les pays de Common Law commence toujours par cette phase juridictionnelle. Sans cette décision judiciaire, le représentant personnel ne peut pas exercer ses pouvoirs et la succession ne peut pas être réglée.

289. Deux cas de figure peuvent se présenter.

290. Dans le premier, le défunt est résident de l'État dont il a choisi la loi ou y a conservé suffisamment de biens pour que le tribunal de cet État nomme un administrateur ou confirme la nomination de l'exécuteur selon son propre droit. Pour simplifier, nous appellerons ici cette décision le « probate⁽¹⁷⁷⁾ »⁽¹⁷⁸⁾.

Peut-on alors considérer que cette décision de nomination ou de confirmation du représentant personnel est applicable de plein droit en France et suffit donc à reconnaître à la personne nommée le pouvoir de vendre les actifs, en ce compris les biens immobiliers situés en France ? Dans l'affirmative, est-ce encore le cas si la décision étrangère précise qu'elle n'est applicable que sur des biens situés dans l'État où elle a été rendue ?

Nous n'avons trouvé aucune réponse claire et affirmative en doctrine. Toutefois Madame Revillard⁽¹⁷⁹⁾ indiquait que sous l'empire des règles de droit commun françaises applicables et avant l'entrée en vigueur du règlement successoral européen,

(176) Le terme est trompeur. Il ne s'agit pas d'une administration au sens du droit français. En droit français, les pouvoirs d'administration ne permettent pas de vendre. Il s'agit d'une phase autonome de la succession pendant laquelle cet administrateur ou exécuteur a le contrôle complet de l'actif et du passif successoral et est le titulaire de ce patrimoine. Par contre, il a pour mission de recenser et payer les créanciers et de distribuer ensuite les biens successoraux aux héritiers et/ou légataires.

(177) Par souci de simplification, car nous l'avons vu, le nom de cette décision diffère d'un cas à l'autre (nomination d'un représentant dans le testament ou non) et d'un État à l'autre.

(178) Les choses se compliquent avec les États-Unis pour lesquels des tribunaux de différents États Fédérés peuvent avoir à confirmer la décision de « probate » rendue dans un autre État Fédéré.

(179) Droit international privé et européen pratique notariale, Mariel Revillard éd. Defrénois 8^e édition n° 905 page 475 et n° 963 page 516.

une telle décision de « probate » était applicable de plein droit. Une procédure d'exequatur ne devait être mise en œuvre qu'en cas de désaccord des héritiers ou d'intervention de créanciers. La Cour de cassation avait décidé que les questions de saisine successorale étaient régies par la loi successorale. Si la succession était régie par une loi étrangère, il ne pouvait s'agir que de biens mobiliers puisque les immeubles français étaient toujours soumis à la loi française, le représentant personnel nommé par le tribunal de l'État dont la loi s'appliquait avait tous les pouvoirs qui lui étaient octroyés par cette loi successorale et notamment le pouvoir de se saisir des actifs, de les vendre ou de les distribuer.

Le règlement successoral européen dans son article 23 précise que la loi successorale gouverne notamment « *le transfert des biens, des droits et des obligations composant la succession aux héritiers et, selon le cas, aux légataires, y compris les conditions et les effets de l'acceptation de la succession ou du legs ou de la renonciation à ceux-ci ; les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs testamentaires et autres administrateurs de la succession, notamment en ce qui concerne la vente des biens et le paiement des créanciers* ». C'est donc la loi successorale qui doit s'appliquer, comme sous l'empire du droit commun. Aux mêmes causes, les mêmes effets. Le représentant personnel devrait donc avoir tous les pouvoirs que lui confère cette loi successorale sur les biens situés en France dès lors qu'il a été nommé ou que sa désignation testamentaire a été confirmée par un « probate » étranger. Un exequatur devra éventuellement être obtenu dans les cas cités par Madame Revillard.

Pourtant, certains conseillent par précaution de recourir à une solution d'adaptation : dès lors que les tribunaux français ont un chef de compétence, ce qui est le cas dès que le défunt avait sa résidence habituelle en France ou que le défunt avait des biens en France, il y aurait lieu de demander au tribunal un envoi en possession. À notre avis, cette préconisation doit être rejetée. Nous voyons mal ce que le tribunal (ou le notaire) français apportera de plus que le tribunal qui a délivré le « probate ». Ce tribunal, certes étranger, aura vérifié le testament et connaît parfaitement la loi applicable à la succession. Au surcroît, dès que la succession aura été ouverte après le 1^{er} novembre 2017, il faudra suivre la nouvelle procédure d'envoi en possession qui n'aboutit pas nécessairement à une décision judiciaire. L'envoi en possession ne paraît donc pas la solution la plus adaptée.

Si le « probate » obtenu dans l'État dont la loi a été choisie, indique qu'il ne porte que sur les biens situés dans cet État, ce « probate » peut-il être utilisé pour fonder les pouvoirs du représentant personnel sur des biens situés en France ? Nous n'avons pas trouvé de doctrine à ce sujet. Si la réponse est négative, nous serons dans le second cas de figure.

291. Le second cas de figure est celui dans lequel le défunt était résident français (ou dans un autre État que celui dont il a choisi la loi) de longue date, n'avait pas de domicile dans l'État dont il a choisi la loi, et n'y avait aucun bien. De telle sorte, qu'aucun tribunal de l'État dont il a choisi la loi ne se reconnaît compétent pour délivrer le « probate ». Pour certains, il s'agit d'une impasse. Pour d'autres, il sera possible de demander au tribunal français (qui sera compétent au sens du règlement en raison de la résidence habituelle du défunt) de nommer l'administrateur ou de confirmer les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire. Le tribunal devra donc appliquer le droit de l'État dont la loi a été choisie pour ce faire. Les tribunaux français devront donc appliquer la loi anglaise, écossaise, la loi de l'État de New York... et nommer

le représentant personnel en application de cette loi et avec les pouvoirs qui lui sont conférés par cette loi. Dans un premier temps, cela nécessitera une grande pédagogie de la part des avocats qui introduiront ces requêtes.

L'article 29 du règlement successoral européen pourtant relatif aux « dispositions spéciales applicables, dans certains cas, à la nomination et aux pouvoirs de l'administrateur de la succession » ne nous est d'aucun secours car il a été rédigé alors que le Royaume-Uni et l'Irlande étaient encore susceptibles d'opter pour l'application du règlement sur leurs territoires. Cela n'a finalement pas été le cas. L'article 29 ne peut être appliqué car il vise la situation dans laquelle la nomination d'un administrateur est obligatoire ou obligatoire sur demande selon la loi d'un État membre. Par définition, dans le cas qui nous préoccupe, la nomination d'un administrateur est obligatoire selon la loi d'un État tiers et non d'un État membre.

Il faudra ici aussi attendre les premières décisions de justice.

C/ La *professio juris* et les États tiers ne la reconnaissant pas

292. La *professio juris* est un merveilleux outil de prévisibilité dès lors que tous les actifs de la succession se situent exclusivement dans des États membres du règlement successoral européen. Le choix de loi s'imposera en vertu du règlement dans tous ces États qui appliqueront la même loi.

Dès lors que la succession se rattache d'un quelconque façon à un État tiers, cette belle harmonie peut être facilement rompue. Le professeur Khairallah en donne une illustration⁽¹⁸⁰⁾ que nous lui empruntons : « *prenons la cas d'un Suisse qui réside en France où il possède des biens et est propriétaire aussi d'un bien immobilier situé en Angleterre. Par testament, il désigne la loi suisse pour régir la succession et organise celle-ci conformément à la loi suisse :*

– *pour le notaire français, la succession devrait dans son ensemble être soumise à la loi suisse,*

– *le droit international privé suisse raisonne de la même manière puisqu'il permet lui aussi le choix de la loi nationale comme loi successorale. Il y a ainsi une concordance entre le droit français et le droit suisse pour que cette succession soit dans son ensemble soumise à la loi suisse ;*

– *mais, pour le bien immobilier situé en Angleterre, nous avons la certitude⁽¹⁸¹⁾ que les autorités anglaises vont appliquer la loi anglaise. »*

Ainsi la *professio juris* n'étant pas reconnue en droit anglais, les prévisions du défunt seront mises en échec sur son immeuble anglais. Il appartient aux praticiens de mettre en garde notre citoyen suisse que son choix de loi ne sera pas effectif sur son immeuble anglais.

Il serait de même totalement illusoire de conseiller à un français résidant et domicilié en Grande-Bretagne et n'ayant des biens qu'en Grande-Bretagne de choisir

(180) Un an d'application du règlement européen sur les successions, Bulletin du CRIDON de Paris du 15 février 2017 n° 4.

(181) Dans ce cas particulier, le professeur Khairallah pose la question de la validité du choix effectué car ce choix aboutit à une scission alors que le règlement prévoit un caractère unitaire et indique que le règlement ne donne pas de réponse à cette question.

la loi française pour régir sa succession alors que les tribunaux anglais semblent ne pas admettre la *professio juris* et appliqueront a priori leur propre loi.

Dès lors dès que le praticien sait que le futur défunt a des liens avec un État tiers, il devra vérifier que les autorités en charge du règlement de la succession dans cet État tiers appliqueront en vertu de leur propre droit international privé la même loi que la loi choisie. Si ce n'est pas le cas, il y a lieu de prévenir le futur de cujus de cette difficulté. Seul un travail en collaboration avec des juristes de l'État tiers en question permettra de s'assurer de l'intérêt et de l'efficacité du choix de loi opéré.

293. Nous savons maintenant choisir et ainsi fixer la loi applicable aux régimes matrimoniaux, aux donations, aux pactes successoraux (au sens du règlement successoral européen) et à la succession. Nous avons donc en main nos premiers outils de prévention des conflits successoraux. Parfois, il faudra s'arrêter là.

Souvent, il sera possible d'aller plus loin. Ce sera le cas lorsqu'il sera possible d'articuler les choix (ou les non-choix lorsque la détermination objective de la loi applicable nous sera en l'espèce plus favorable) de façon à faire régir par la même loi tous ou plusieurs aspects du règlement d'une future succession (régime matrimonial, donations, pactes successoraux, succession). Lorsque qu'il n'est pas possible de faire gouverner tous ces aspects par une unique loi, des choix avisés permettront de limiter le nombre de lois différentes applicables et de ne retenir que des lois compatibles entre elles. Cette anticipation est précieuse, elle offre à nos clients, la prévisibilité, la sécurité et empêchera les conflits futurs.

Section II – Faire coïncider les lois applicables pour une meilleure sécurité juridique

294. L'anticipation successorale en droit international privé, il n'y a là rien de très nouveau. Il a toujours été possible de choisir la loi applicable à son régime matrimonial ou à sa donation. La doctrine nous y invite depuis longtemps⁽¹⁸²⁾.

Le règlement successoral européen a toutefois donné à cette planification un fort élan puisqu'il a ouvert la possibilité de choisir (ce qui est nouveau en France) la loi applicable à sa succession mais aussi à la recevabilité et aux conditions de fonds d'un testament ou d'un pacte successoral. C'est pourquoi dans notre exposé nous avons privilégié l'articulation de la loi successorale avec chacune des lois applicables aux autres aspects du règlement global d'une succession (régime matrimonial, traitement des donations, testaments et pactes successoraux).

Il y a une limite de fait aux stratégies d'articulation des lois applicables, celle de la nationalité ou des nationalités du futur défunt puisque le règlement successoral européen a limité la *professio juris* à la loi nationale. Il faudra donc que le futur de cujus possède la nationalité qui selon les cas nous intéressera.

Sous-section I – L'articulation de la loi applicable au régime matrimonial et de la loi applicable à la succession

295. Nous apporterons ici surtout des illustrations.

(182) Mariel Revillard, Droit international privé et européen pratique notariale, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso pages 585 et suivantes (Estate planning et préparation d'une succession).

§ I – FAIRE COÏNCIDER LA LOI APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL ET LA LOI APPLICABLE À LA SUCCESSION, ILLUSTRATION AVEC LE RÉGIME LÉGAL ALLEMAND

296. Dans certaines législations, il y a un chevauchement entre les règles du régime matrimonial et celles de la succession. Cela crée des difficultés dès lors que la loi successorale diffère de la loi du régime matrimonial.

C'est le cas du régime légal allemand de communauté différée des augmentés. Il s'agit d'un régime proche de notre participation aux acquêts. En cas de divorce, il y a lieu à péréquation mathématique des augmentés. Par contre si le mariage est dissous par le décès, le conjoint survivant se voit attribuer un droit de créance égal au quart de la succession du défunt. Il s'agit de la péréquation forfaitaire. La péréquation mathématique (équivalente au calcul d'une créance de participation) ne peut être demandée par le conjoint survivant que s'il renonce à ses droits de succession ou en est privé. Cela ne pose aucune difficulté lorsque la loi qui gouverne la succession est la loi allemande. Par contre, c'est une source de conflit entre le conjoint survivant et les autres héritiers lorsqu'une autre loi que la loi allemande, par exemple la loi française, s'applique à la succession. Que faire dans ce cas ? La règle allemande de liquidation du régime successoral se traduit par l'attribution d'une quote-part dans la succession alors que cette succession est régie par une autre loi qui prévoit d'autres droits successoraux ? Faut-il permettre au conjoint de demander la péréquation mathématique des augmentés sans renoncer pour autant à ses droits dans la succession ? Faut-il permettre au conjoint survivant de cumuler le quart prévu par la loi allemande au titre du régime matrimonial et les droits successoraux prévus par la loi française applicable à la succession ? Ainsi, dans une succession ab intestat soumise au droit français ne comportant que des enfants communs, doit-on :

- Considérer que le conjoint survivant doit renoncer à la succession, si ce conjoint veut profiter d'une péréquation mathématique des augmentés, ou

- Au contraire, effectuer la péréquation mathématique des augmentés (qui viendra augmenter ou diminuer selon le cas la masse successorale) puis appliquer les droits légaux français du conjoint survivant lui permettant ainsi s'il le souhaite d'opter pour l'usufruit de la succession, ou encore

- Accorder au conjoint au titre du régime matrimonial un quart de la succession et cumuler ce quart avec ses droits légaux en lui permettant d'opter pour l'usufruit. Il recevrait alors un quart en pleine propriété et trois quarts en usufruit, solution qui laisse entière la réserve héréditaire des enfants, ou

- Accorder au conjoint au titre du régime matrimonial un quart des biens du défunt, en considérant qu'il s'agit d'une créance forfaitaire sur la succession. Le reliquat soit 3/4 constituerait alors la masse successorale sur laquelle le conjoint exerce les droits prévus par la loi française (un quart en pleine propriété ou l'usufruit) ?

C'est la troisième proposition que la plus haute juridiction allemande a retenu dans une décision du 13 mai 2015 rendue à propos de l'articulation de la loi allemande applicable au régime matrimonial et de la loi grecque applicable à la succession. La plus haute Cour allemande accorde des droits successoraux d'un quart au titre du régime matrimonial allemand et d'un autre quart (soit moitié) au titre des droits légaux du conjoint survivant en droit grec. Rien ne permet d'affirmer que les tribunaux français suivraient le même raisonnement.

Par conséquent, cette source de conflit doit être évitée.

Avant l'entrée en application du règlement successoral européen, ce conflit entre la règle matrimoniale allemande et la loi successorale française se produisait fréquemment lorsqu'un couple résidant en Allemagne avait acquis un bien immobilier en France. Dans ce cas, l'ensemble de la succession était soumis à la loi allemande à l'exception de l'immeuble situé en France soumis à la loi française. Il était alors suggéré lors de l'acquisition de l'immeuble, d'utiliser la faculté prévue par la loi allemande pour les époux d'acquérir en indivision mais en renonçant d'avance à la péréquation des augmentations sur cet immeuble. À la succession, il n'y avait donc pas de péréquation et le conflit était évité.

Aujourd'hui, la France et l'Allemagne appliquant toutes les deux le règlement successoral européen, une seule loi s'appliquera à la succession, la méthode proposée ci-dessus est donc inefficace.

Pour éviter les difficultés sources de conflit liées au chevauchement de la règle allemande et de la loi successorale, il faut lorsque c'est possible faire en sorte que la même loi s'applique au régime matrimonial et à la succession. Ainsi si les époux soumis à la loi allemande et au régime légal de communauté différée des augmentations sont tous deux de nationalité allemande, une *professio juris* par chacun d'entre eux leur permettra de choisir la loi allemande pour s'appliquer à leurs successions. Au premier décès, la loi allemande s'appliquera ainsi au régime matrimonial et à la succession.

Si l'un des époux n'est pas de nationalité allemande, il n'est pas possible de lui faire choisir la loi allemande pour régler sa succession. Selon les cas, nous pourrions leur proposer une désignation au cours du mariage de loi applicable à leur régime matrimonial et le choix de la loi française (à condition toutefois qu'au moins l'un d'entre eux réside en France ou soit de nationalité française) et de la participation aux acquêts ou même du régime optionnel franco-allemand qui ne prévoit pas cette règle de péréquation forfaitaire. Il faudra prévoir la rétroactivité de ce choix.

Dans d'autres cas, il sera plus efficace de dissocier la loi applicable au régime matrimonial et à la succession.

§ II – DISSOCIER LA LOI APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL ET À LA SUCCESSION

297. Nous savons que la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux permet de désigner au cours du mariage la loi de situation pour cet immeuble. Cette faculté a été largement utilisée par la pratique notariale.

Prenons le cas d'époux ressortissants anglais ou américains, résidant en Angleterre ou aux États-Unis, désirant s'assurer que l'immeuble qu'ils acquièrent en France ou qu'ils ont acquis soit transféré au conjoint survivant au premier décès. Il suffit alors de désigner la loi française pour cet immeuble, de choisir la communauté et de prévoir un préciput au profit du conjoint survivant. Jusqu'au 17 août 2017, la succession de cet immeuble était nécessairement soumise à la loi française. Dès lors, les enfants du conjoint prédécédé non issus de son union pouvaient exercer une action en retranchement. La désignation de loi applicable était donc déconseillée dans ce cas particulier. Depuis le 17 août 2017, la loi française continue à s'appliquer à l'immeuble français par le jeu du renvoi. Mais il est possible pour les époux de désigner la loi de leur nationalité (ici pour simplifier la loi anglaise ou la loi américaine) pour régir leur succession. Dans ce cas, pas de renvoi à la loi française et donc pas d'action

en retranchement pour des enfants non issus des deux époux. Le choix de loi applicable qui entraîne ici une dissociation entre la loi applicable au régime matrimonial et la loi applicable à la succession permet la transmission voulue au conjoint survivant. Il reste que l'action en retranchement est une action protégeant la réserve héréditaire, les questions de la fraude et du caractère d'ordre public de la réserve héréditaire évoquées ci-dessus pourront donc se poser.

Pourquoi passer par l'étape régime matrimonial, communauté et préciput en faveur du conjoint survivant, alors que la désignation de la loi anglaise ou américaine et un testament en faveur du conjoint survivant permettront le même résultat ? Simplement par ce que le transfert de l'immeuble au conjoint interviendra par le jeu du régime matrimonial en application du droit français et donc très facilement et surtout sans les difficultés que nous avons examinées plus haut relatives aux difficultés posées par le concept de Common Law de l'administration de la succession.

Cette possibilité de dépeçage sur les immeubles ne sera plus permise à compter de l'entrée en application du règlement européen sur les régimes matrimoniaux. Il faudra donc trouver d'autres stratégies.

§ III – QUELQUES REMARQUES SUR L'ARTICULATION DES TEXTES EUROPÉENS

298. Dès le 19 janvier 2019, le règlement européen sur les régimes matrimoniaux viendra compléter le règlement successoral européen. 18 États de l'Union Européenne appliqueront les mêmes règles de compétences et de conflits de lois dans ces deux matières permettant ainsi une très grande prévisibilité, facteur de sécurité juridique pour leurs ressortissants qui circulent à l'intérieur de l'espace constitué de ces 18 pays.

Les règles de compétence juridictionnelle ont été aménagées pour que le tribunal d'un État membre déjà saisi d'un litige successoral traite aussi des questions du régime matrimonial (article 4 du règlement successoral européen).

Les facteurs de rattachement des deux règlements sont les mêmes : résidence habituelle et nationalité ce qui multipliera les stratégies pour faire coïncider la loi applicable à la succession (soit par *professio juris* soit en laissant la loi de la résidence habituelle s'appliquer) et la loi du régime matrimonial.

Évidemment dès qu'un État tiers entrera en jeu, la réflexion sera plus complexe car il faudra vérifier que les solutions proposées pourront recevoir application dans cet État tiers.

Sous-section II – Faire coïncider ou non la loi applicable à la donation et la loi applicable à la succession

299.

Exemple : _____

Madame Dupont est française. Elle réside à New York. Elle a un appartement situé à Paris dont la valeur est du quart de son patrimoine total (le reste du patrimoine se compose d'actifs financiers et d'un appartement à New York). Elle

a une fille et deux petites-filles issues de cette fille qui vivent toutes trois en France. Devant un notaire français, elle fait donation à ses deux petites-filles de la pleine propriété de son appartement parisien. Le notaire indique que la donation est soumise à la loi française et précise que la donation est préciputaire. Le notaire ne prend pas la précaution de faire établir une renonciation anticipée à l'action en réduction compte-tenu du patrimoine de la donatrice. Elle décède cinq ans plus tard le 31 décembre 2016. Son patrimoine se compose alors d'un appartement new-yorkais d'une valeur de 5 000 000 euros et de comptes bancaires dans diverses banques new-yorkaises de 5 000 000 euros. Elle ne laisse rien en France. Aux États-Unis, elle est considérée comme ayant eu son dernier domicile à New York. Elle décède laissant un testament qui laisse l'intégralité de son patrimoine à son décès à sa fille. La valeur de l'appartement parisien est de 1 000 000 euros. En application du règlement successoral européen, la succession est régie par la loi de sa dernière résidence (État de New York) mais il se produit un renvoi à la loi française pour les immeubles situés en France, aboutissant à une scission de la succession entre les immeubles situés en France soumis à la loi française et le reste de la succession (appartement new-yorkais et comptes bancaires) soumis à la loi américaine. L'effet est immédiat, la donation de l'appartement parisien devient immédiatement réductible car sa réunion fictive forme l'intégralité de la masse de calcul de la réserve héréditaire de la loi française. Pourtant au moment du décès cet appartement parisien vaut 1 000 000 euros et la masse soumise à la loi de New York en vaut 10 fois plus. La fille qui perçoit l'intégralité des biens existants peut prétendre à une indemnité égale à la moitié de l'appartement donné. Pourtant une solution très simple existait pour éviter que la fille ne puisse remettre en cause la donation faite aux deux petites-filles. Il suffisait à Madame Dupont de faire une désignation de loi applicable à sa succession et de désigner la loi française. Quand bien même ce choix de loi ne serait pas reçu aux États-Unis, il le serait en France puisque le règlement européen le permet et que la défunte avait la nationalité française. Dès lors, côté français l'intégralité de la succession aurait été soumise à la loi française, la réserve aurait été calculée sur 11 millions et la donation non réductible.

Faire coïncider la loi successorale avec la loi de la donation aurait ici été très utile car cela consoliderait l'efficacité de la donation sans gêner le règlement de la succession aux États-Unis.

300.

Exemple :

Monsieur Thomas est de nationalités française et américaine. Il réside habituellement en France. Il a hérité d'une importante collection d'œuvres d'art qu'il a donnée dans les années 1970 à plusieurs musées français. La donation est soumise à la loi française. Il a un fils avec qui il ne s'entend pas. Il est propriétaire de son appartement à Paris et de comptes bancaires. Il consulte son notaire qui fait un rapide calcul de la masse de calcul de la réserve. La collection d'œuvres d'art, peu valorisée dans les années 1970, vaut aujourd'hui le triple de l'appartement et des comptes bancaires réunis. Si le décès intervenait aujourd'hui, son fils pourrait donc réclamer une indemnité de réduction aux musées donataires. Il est hors de question que le fils accepte de consentir une renonciation anticipée à l'action en réduction.

Il est alors possible de proposer à Monsieur Thomas de choisir la loi américaine pour régir sa succession par testament. Cette loi ne connaît pas la réserve. Il faudra prendre la précaution de prévoir la nomination dans le testament d'un exécuteur testamentaire. Il faudra aussi prévenir Monsieur Thomas des nombreuses difficultés qui se poseront pour le règlement de sa succession :

- Difficultés à déterminer l'État fédéré dont la loi sera appliquée notamment si Monsieur Thomas a des liens très distendus avec les États-Unis,
- Difficultés liées à l'« administration de la succession », difficultés qui seront découplées si l'exécuteur testamentaire nommé par testament n'accepte pas sa mission,
- Éventualité que son fils conteste le choix de loi applicable sur les fondements de la fraude et du caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire.

Il sera alors peut-être judicieux que Monsieur Thomas prévoit dans son testament un legs de tous ses biens existants à son fils. Celui-ci ne pourra alors pas justifier que l'application de la loi américaine le laisse dans une situation de précarité économique qui serait contraire avec les principes essentiels du droit français.

Dans ce cas, le recours à une *professio juris* pour une loi différente de celle de la donation permet de consolider cette donation.

301.

Exemple :

Monsieur Gerard, de nationalité française, a quatre enfants, Pierre issu d'un premier mariage, Paul, Jean et Marie issus d'une seconde union. Au fur et à mesure de leurs besoins, Monsieur Gerard a donné à Pierre une maison en Espagne (donation faite en Espagne devant un notaire espagnol), à Paul un appartement à Paris (donation faite en France devant un notaire français contenant une clause de loi applicable pour la loi française), à Jean et Marie des sommes d'argent que ces derniers ont dépensées (dons manuels). Il y a 10 ans, Monsieur Gerard s'est installé à Bruxelles et vient d'obtenir la nationalité belge. Monsieur Gerard perd sa seconde épouse, avec laquelle il était séparé de biens. Il décide de se réinstaller en France. Monsieur Gerard n'a aucun bien dans un État tiers au règlement successoral européen.

Lors du règlement de la succession de son épouse, il se rapproche de ses notaires français et belge. Ceux-ci vont donc former une équipe pour conseiller au mieux leur client commun. Monsieur Gerard estime avoir été globalement juste et souhaite que ses enfants ne puissent pas se déchirer à son décès sur les donations reçues par chacun d'eux.

La succession de Monsieur Gerard devrait en principe être régie par la loi française si ce dernier a en France sa résidence habituelle à son décès.

Le notaire français évoque possibilité de faire une donation-partage avec réincorporation des donations reçues par chacun. Il identifie toutefois deux inconvénients, un coût fiscal immédiat (droit de partage) et des rapports qui prennent en compte la revalorisation des biens immobiliers pour Pierre et Paul, à l'avantage de Jean et Marie qui ont dépensés l'argent à eux donné sans l'investir.

Monsieur Gerard a la faculté de choisir la loi française ou la loi belge pour régler sa succession aux termes d'une professio juris.

Le notaire belge va donc expliquer quelles sont les règles relatives au rapport en droit belge : les donations sont rapportées pour leur valeur au jour de la donation indexée (selon l'indice des prix à la consommation) depuis ce jour jusqu'au jour du décès. Ces règles sont plus proches de l'objectif fixé par Monsieur Gerard, il lui sera donc conseillé de soumettre aux termes d'un testament sa succession à la loi belge.

302. Lorsque la future succession n'a pas de rattachement avec un État tiers au règlement successoral européen, une seule loi s'appliquera de façon certaine à l'ensemble des biens de la succession qui ne formera qu'une seule masse successorale. Cela permettra de traiter toutes les donations faites du vivant du donateur selon les mêmes règles. Il faudra alors avec le donateur se livrer à une analyse pour déterminer s'il y a lieu de laisser la loi du pays où l'on pense que sera fixée la dernière résidence habituelle s'appliquer ou au contraire choisir la loi de la nationalité ou d'une nationalité du défunt si elle permet un règlement plus harmonieux de la succession.

À l'intérieur de l'espace de l'Union Européenne (en excluant le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni) le règlement successoral européen nous apporte un progrès incontestable en matière de sécurité juridique dans la planification successorale.

303.

PRATIQUE : Quelques règles à suivre lors de la préparation d'une donation :

- Indiquer la loi choisie par les parties pour gouverner la donation. Lorsque la donation sera rédigée en France, le notaire choisira très généralement la loi française qu'il connaît bien. S'il s'avère nécessaire de choisir une loi étrangère, il est recommandé de faire établir l'acte par un juriste du pays en question.

- Expliquer aux parties que c'est la loi applicable à la succession du donateur qui réglera la façon dont sera traitée la donation au décès du donateur, en particulier en ce qui concerne le rapport et la réduction. Il faut dès lors :

- Déterminer au jour de la donation quelle serait la loi applicable si le défunt décédait ce même jour. S'il s'agit de la loi française, indiquer les règles applicables en droit français et envisager le sort des donations déjà faites ou futures. S'il s'agit d'une loi étrangère, se renseigner sur les effets de cette loi sur la donation et celles qui auraient été faites antérieurement, adapter en conséquence la rédaction de la donation, et indiquer expressément ce qui est voulu en terme de rapport et de traitement par rapport à la réserve, éviter les références au Code civil français sur ces questions.

- Rappeler au donateur et donataire qu'en cas de changement de résidence habituelle, la loi applicable à la succession peut changer et venir contrarier les prévisions des parties.

- Rappeler la possibilité pour le donateur de choisir la loi applicable à sa succession en faveur de la loi de la nationalité et examiner avec les parties son opportunité. Si elle est opportune, préparer un testament pour ce faire.
- Expliquer que les questions ci-dessus sont civiles et non fiscales. Rappeler qu'en matière fiscale, il n'est pas possible de choisir une loi fiscale pour l'imposition de sa donation ou de sa succession.
- Faire une étude fiscale de l'impact international de la donation qui selon les résidences du donateur ou des donataires (et dans des cas très particulier leurs nationalités) peut donner lieu à une imposition en France mais aussi à l'étranger. Se rappeler qu'il existe des cas dans lesquels la transmission par donation peut générer une double imposition alors que la même transmission par succession ne donnerait lieu qu'à une seule imposition. Dans ce cas, évidemment le signaler aux parties.

Sous-section III – *Faire coïncider ou non la loi applicable au pacte successoral et à la succession*

304. L'articulation entre la loi applicable au pacte successoral et à la succession est au cœur du dispositif mis en place par le règlement successoral européen.

Le règlement prévoit une articulation lorsque la personne ou les personnes dont la succession est concernée par le pacte n'ont pas fait de choix en établissant des règles objectives de détermination de la loi applicable au pacte visant à assurer sa recevabilité pour que son existence puisse être prise en compte par la loi qui s'appliquera à la succession.

Le règlement consacre et encourage cette articulation en mettant en place la double *professio juris* : possibilité de choisir la loi applicable à son pacte successoral et possibilité de choisir la loi applicable à sa succession. Chacun est aujourd'hui pleinement acteur de la sécurité juridique du règlement de sa future succession.

Là encore deux grandes limites :

- Il faut posséder la ou les bonnes nationalités car pour les deux *professio juris* seule une loi nationale peut être choisie à l'exclusion du choix de la loi de la résidence habituelle. Il existera néanmoins des stratégies de non choix de la nationalité.

- Cette articulation et la sécurité juridique qu'elle promet est complètement consacrée dès lors que la succession ne présentera aucun rattachement avec un État tiers, car dans ce cas tous les acteurs du règlement de la succession seront tenus par les règles du règlement successoral européen. Cela ne veut pas dire qu'il faut exclure l'articulation dès lors qu'il y a un rattachement avec un État tiers : il faudra simplement alors vérifier l'efficacité des choix mis en œuvre et faire un bilan avantages/inconvénients si l'efficacité n'est pas complète.

305. De manière générale, lors de la rédaction d'un pacte successoral (donation entre époux, donation-partage, renonciation à l'action en réduction), ou dans le cadre d'une planification successorale, il faut examiner l'impact de pactes déjà établis. Il sera très généralement conseillé de faire coïncider les deux lois applicables afin qu'une

seule et même loi gouverne la recevabilité et les effets aux fonds du pacte et ensuite la succession.

Exemple : _____

Monsieur Roger de nationalité française, et vivant actuellement à Milan souhaite faire donation-partage à ses deux enfants, résidents en France, de divers biens. La masse à partager se composera d'un studio à Annecy et son équivalent en valeurs mobilières. Il sera attribué le studio à son fils et les valeurs mobilières à sa fille qui compte les vendre à plus ou moins brève échéance pour acquérir elle aussi un bien immobilier. Les deux enfants ne s'entendent pas et risquent de se déchirer lors de sa succession, c'est pourquoi Monsieur Roger tient particulièrement à cette répartition anticipée de partie de sa succession.

La future succession de Monsieur Roger sera donc en principe soumise à la loi italienne s'il conserve sa résidence habituelle en Italie.

Le droit italien ne connaît pas la donation-partage (mais une institution un peu différente mais ne concernant que les entreprises).

Il sera impératif de prévoir dans la donation-partage que les parties choisissent conformément aux dispositions de l'article 25 du règlement successoral européen la loi française pour régir la recevabilité et les règles de fonds de ce pacte successoral. En effet, au jour de la donation-partage, en l'absence de ce choix, la recevabilité de cette donation-partage est soumise à la loi successorale hypothétique qui est la loi italienne qui n'admet pas ce pacte⁽¹⁸³⁾. Cette irrecevabilité de la donation-partage peut créer un conflit successoral si l'un des deux enfants l'invoque. Les conséquences d'une telle irrecevabilité sont incertaines, y aurait-il nullité de l'acte de donation-partage ? Ou requalification en une donation simple ? Il appartiendra à la loi italienne d'en décider. En tout état de cause c'est une porte d'ouverture à un conflit successoral.

*Il faudra aussi conseiller (mais ce n'est pas impératif) à Monsieur Roger de choisir par testament la loi française pour régir sa succession. En effet, s'il meurt sans avoir fait ce choix et toujours résident en Italie, la donation-partage parce qu'elle contient une *professio juris* de l'article 25, sera recevable mais son traitement dans la succession pour le rapport et la réduction seront soumis à la loi italienne. Les prévisions des parties (absence de rapport, non réévaluation des biens donnés) seront alors remises en cause. Par contre si la loi française s'applique à la succession, ces prévisions seront respectées.*

Ce cas montre que pour les pactes successoraux, il sera généralement opportun de faire coïncider les lois applicables au pacte et à la succession (lorsque ce sera possible).

(183) Sauf si l'on considère que le renvoi fait dans l'article 25 aux conditions fixées par l'article 22 permet d'admettre le choix tacite et que l'on admet qu'il résultera des termes de la donation-partage établie en France que les parties ont entendu soumettre la donation-partage à la loi française. Mais pourquoi ouvrir une nouvelle porte à un conflit sur ce sujet alors qu'une clause expresse évitera toutes les difficultés ?

Nous avons déjà signalé l'importance du choix de loi de l'article 25 en particulier lorsque la personne dont la succession est concernée n'a pas sa résidence habituelle dans l'État sous l'empire de la loi duquel le pacte est rédigé. Il faut donc y être extrêmement vigilant⁽¹⁸⁴⁾.

306. Ces questions d'articulation seront beaucoup plus complexes lorsque le futur défunt aura conclu différents pactes successoraux dans différents pays. Dans le cadre de la planification de sa succession, il sera alors nécessaire de « prioriser » ces pactes pour choisir (quand la loi ou les lois nationales le permettront) la loi applicable à la succession qui réservera le meilleur traitement au pacte que l'on voudra prioritairement voir s'appliquer efficacement.

307. Nous avons jusqu'ici envisagé des outils de planification successorale issus des systèmes civilistes. Mais une partie du monde vit sous un système juridique très différent, le système dit de la « Common Law ». Au cœur du système de Common Law, une institution innerve tout le droit y compris le droit des transmissions successorales : il s'agit du trust.

Il n'est pas rare de se trouver confronté à cette institution lors du règlement de successions internationales. Il faut donc en dire quelques mots.

Sous-section IV – *Faire cohabiter la loi applicable au trust et la loi applicable à la succession*

308. Traiter des relations entre le trust et le règlement en France d'une succession est une des questions les plus délicates du droit international des successions français⁽¹⁸⁵⁾. Le conflit culturel entre cette institution de Common Law et une terre d'accueil civiliste est évidemment source de conflits entre les héritiers.

En Common Law, le trustee est titulaire de pouvoirs d'appréhension et de disposition sur les biens mis en trust. Ses pouvoirs résultent d'une forme de droit de propriété. Le trustee est le propriétaire légal (legal ownership) ce qui lui donne le droit de disposer du bien. Néanmoins, sa propriété n'est pas absolue dans le sens qu'elle n'est pas détenue pour la satisfaction des besoins du trustee, mais pour celle des bénéficiaires qui sont les propriétaires en équité (equitable ownership). Le trust réalise une forme de démembrement de propriété. Les biens mis en trust sont séparés des biens personnels du trustee.

Le droit français ne connaît pas le « trust », il n'est pas possible d'en constituer un sous l'empire de la loi française⁽¹⁸⁶⁾. Par définition, le « trust » que nous rencontrerons lors d'une succession sera donc soumis à une loi étrangère.

Nous verrons que le règlement successoral européen n'apporte pas de grande nouveauté dans la résolution de ce conflit de culture juridique, même si le mot

(184) Pour les pactes antérieurs au 17 août 2015, les dispositions transitoires de l'article 83 viendront valider la plupart des pactes.

(185) L'articulation du trust et droit des successions Thèse par Sara Godechot LGDJ Panthéon-Assas Paris II 2002.

(186) La loi française connaît la fiducie (une forme différente mais assimilable de patrimoine d'affectation) mais celle-ci est prohibée en matière de transmission de patrimoine, impossible d'avoir recours à une fiducie de droit française pour une succession.

« trust » y apparaît quatre fois. Le règlement successoral européen exclut de son champ d'application « la constitution, le fonctionnement et la dissolution des trusts » ce qui n'est pas choquant car c'est la loi applicable au trust qui doit régir ces questions. C'est par contre la loi successorale qui « réceptionne » ou « reçoit » le trust déjà constitué ou constitué dans les dispositions à cause de mort lors du règlement de la succession.

Pour ce qui est de la détermination de la loi applicable à un trust, la vie du juriste français serait largement facilitée si l'État français se décidait à ratifier la Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

La plupart des auteurs⁽¹⁸⁷⁾ raisonnent dans ce sujet en distinguant selon que la loi française s'applique à la succession ou qu'une loi étrangère sous l'empire de laquelle ce trust a été créé ou qui le reconnaît s'applique à la succession.

Nous retiendrons cette distinction et nous y ajouterons un très rapide rappel fiscal.

§ 1 – LA LOI FRANÇAISE S'APPLIQUE À LA SUCCESSION

309. La loi française s'appliquera à la succession :

– Dès lors que le défunt était de nationalité française et a fait une *professio juris* expresse ou implicite dans le cadre de l'article 22 ou même « réputée » dans le cadre de l'article 83 du règlement successoral européen,

– Dès lors que le défunt résidait habituellement en France au moment de son décès et n'a pas choisi la loi de sa nationalité étrangère pour gouverner sa succession,

– Dès lors que le défunt, n'ayant pas choisi la loi applicable à sa succession, résidait habituellement dans un État tiers, dont les règles de droit international privé renvoient au droit français. C'est par exemple le cas de la succession d'une personne résidant habituellement aux États-Unis qui laisse un immeuble en France. Il y a alors renvoi à la loi française pour gouverner la succession de cet immeuble.

Que faire dès lors que la successorale est la loi française, et que tout ou partie des biens successoraux se trouve, par exemple au moyen d'un trust testamentaire ou d'un transfert par testament à un trust préexistant, placé sous le contrôle d'un trustee qui les détient dans un but déterminé aux profits des bénéficiaires du trust ?

310. Dès lors que la loi française s'applique à toute la succession (que ce soit tout ou partie de cette succession), le trust sera mal « reçu ».

(187) Le Trust et le règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 sur les successions Georges Khairallah Bulletin du CRIDON de Paris du 1^{er}-15 avril 2015 n^{os} 7-8.

Mariel Revillard, Droit international privé et européen pratique notariale, 8^e édition, éditions Defrénois Lextenso pages 493 et suivantes.

Hélène Péroz, Eric Fongaro, Droit international privé patrimonial de la famille, 2^e édition, éditions LexisNexis page 317 n° 881 et suivants.

Successions internationales : Révolution ! par les Cinq CRIDON cas n° 18.

La loi française s'applique et notamment :

- Donne la saisine aux héritiers légaux : le trustee ne pourra appréhender les biens successoraux⁽¹⁸⁸⁾ directement et en disposer.

- Protège les héritiers réservataires. La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée sur le traitement des transferts par trust pour l'établissement de la masse de calcul de la réserve, et l'imputation.

- Le trustee ne pourra, sans accord des héritiers et sans qu'un mandat lui soit donné, avoir plus de pouvoirs qu'un exécuteur testamentaire de droit français.

311. Il reste que les héritiers désignés par la loi française, et en particulier les héritiers réservataires, peuvent volontairement (évidemment il n'est pas possible de les y forcer) consentir à donner effet en France au trust en question.

Dans une succession ouverte en 2010, dans laquelle la défunte est décédée domiciliée aux États-Unis mais propriétaire de deux biens immobiliers en France dont la dévolution était donc soumise à la loi française, le seul héritier au sens de la loi française, son époux, a exercé sa réserve héréditaire, et les deux immeubles français ont été transmis à l'époux pour un quart en sa qualité d'héritier réservataire, et au trustee (qui se trouvait être ce même époux) pour les trois autres quarts. Les deux attestations de propriété ont été publiées sans difficulté auprès de deux bureaux des hypothèques et quelques années plus tard les deux immeubles ont été vendus par le mari en sa qualité d'héritier et de trustee.

Passons maintenant aux cas où la loi étrangère régit la succession et que le trust est constitué sous l'empire de cette même loi, il y a alors coïncidence entre la loi applicable à la succession et la loi du trust⁽¹⁸⁹⁾.

§ II – COÏNCIDENCE ENTRE LA LOI SUCCESSORALE ET LA LOI DU TRUST

312. Nous connaissons déjà, avant le 17 août 2015, de nombreux cas dans lesquels la loi applicable à la succession était celle sous laquelle le trust avait été constitué. Par exemple, pour la succession mobilière lorsque que le trust était constitué sous la loi du dernier domicile du défunt (et que nous n'étions pas dans une situation de renvoi vers la loi française). Le trust testamentaire établi par testament américain d'une personne domiciliée aux États-Unis recevait application en France sur les biens mobiliers sans aucune difficulté. Sur un plan pratique, il y avait lieu pour le trustee de justifier auprès des tiers de ses prérogatives selon la loi étrangère applicable à la succession au moyen par exemple d'un certificat de coutume. Le trustee avait en France les mêmes droits et pouvoirs qu'aux États-Unis, pouvait appréhender l'actif mobilier et le distribuer comme prévu par le trust et le testament (sauf évidemment intervention de l'ordre public international sur lequel nous ne reviendrons pas ici).

Ce qui est nouveau, c'est qu'aujourd'hui cette coïncidence entre la loi successorale et la loi du trust peut être volontairement provoquée, et que dans ce cas, la loi

(188) Au moins ceux situés en France et dans tous les États soumis au règlement successoral européen. Pour les biens situés dans les États tiers, il pourra en être autrement dès que ces État tiers reconnaissent les pouvoirs du trustee.

(189) On y assimilera les cas où la loi successorale étrangère reconnaît ce trust et lui donne effet.

successorale étrangère donnant effet au trust s'appliquera plus fréquemment sur des immeubles français. Nous examinerons tour à tour ces deux nouveautés.

A/ Faire volontairement coïncider la loi successorale et la loi du trust

313. Cette volonté passe normalement par un choix de loi applicable de l'article 22 seul outil permettant de s'assurer que la loi successorale sera celle sous laquelle le trust aura été constitué.

Dès lors que la volonté du testateur est d'utiliser un trust pour optimiser le règlement de sa succession, il faudra prévoir dans le testament une *professio juris* de l'article 22. Ainsi si le défunt ne possède pas la nationalité de l'État sous l'empire de la loi duquel le trust sera régi, il ne sera pas possible de faire coïncider totalement la loi applicable à la succession et celle du trust.

Exemple :

Monsieur Lukas, de nationalité française, vit dans l'Ontario depuis quarante ans. Il a fait établir par son conseil canadien un testament contenant un trust testamentaire, les biens dépendant de sa succession sont confiés à un trustee et les conditions du trust sont prévues dans ce même testament. Ce trust est soumis à la loi de l'Ontario.

*Si Monsieur Lukas n'a pas acquis la nationalité canadienne, il ne pourra pas valablement choisir la loi canadienne pour régir sa succession. Par conséquent, à défaut de choix valable, la loi canadienne (ici loi de l'Ontario) s'appliquera à sa succession mobilière (y compris aux comptes bancaires en France). Les dispositions qu'il aura prises concernant ses biens mobiliers pourront recevoir application. Par contre la loi française s'appliquera à la succession de son studio niçois par renvoi (la loi de l'Ontario soumettant la succession des immeubles à leur loi de situation) avec les difficultés exposées ci-dessus. Par contre si Monsieur Lukas a acquis la nationalité canadienne, il pourra inclure dans son testament une *professio juris* pour la loi canadienne. Le notaire en charge de la succession en France appliquera donc la loi canadienne à toute la succession y compris l'immeuble de Nice (sous réserve des correctifs que nous avons examinés ci-dessus et notamment de la fraude et de l'ordre public international).*

Si la *professio juris* n'est pas expresse, il faudra examiner si elle peut résulter des termes du testament.

B/ Coïncidence entre la loi successorale et la loi applicable aux trusts et immeubles situés en France

314. Avec la *professio juris*, il sera désormais fréquent que la loi successorale étrangère admettant et donnant effet au trust s'applique à un immeuble situé en France.

La discussion sur la reconnaissance ou la réception en France du droit de propriété du trustee se focalise sur les immeubles mais le raisonnement devrait être le même pour les meubles. Pour les meubles, il ne fait pas de doute depuis longtemps que le droit de propriété du trustee tel que défini par la loi applicable au trust (legal ownership) est reconnu en France. Ainsi les liquidités sont remises par les banques au trustee, les greffes de tribunal de commerce admettent que le trustee est le

propriétaire des parts sociales. Étonnamment, pour les immeubles, la doctrine n'a aucune certitude.

S'agirait-il d'une question de *numerus clausus* des droits réels immobiliers qui empêcherait que soit constituée sur un immeuble français une forme de droit de propriété telle que la « propriété légale de common law » avec les prérogatives et les limites que les droits anglais, américain, canadien ou autres lui accordent ?

Pour ce qui est de la publicité foncière, certains services de publicité foncière acceptent de publier le transfert d'un immeuble au trustee.

Si les tribunaux français décidaient que le droit de propriété du trustee (avec les limites et prérogatives de la loi étrangère sous l'empire de laquelle le trust fonctionne) ne peut exister et être reconnu sur un immeuble français en raison d'un *numerus clausus* des droits réels immobiliers, alors il faudra se tourner vers l'article 31 du règlement successoral européen.

L'article 31 dispose que : *« Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu de la loi applicable à la succession et que la loi de l'État membre dans lequel le droit est invoqué ne connaît pas le droit réel en question, ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, adapté au droit réel équivalent le plus proche en vertu de la loi de cet État en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés. »*

Il faudra donc puisque le règlement l'impose trouver une forme d'adaptation. Certains auteurs proposent alors de recourir à la fiducie de droit français (article 2011 du Code civil) afin de permettre au trustee transformé en fiduciaire d'exercer son droit réel. Il faut comprendre qu'il s'agira d'une adaptation. Par conséquent les conditions strictes prévues par le Code civil français en matière de fiducie, notamment l'interdiction d'y recourir pour une transmission successorale, devront être écartées.

Il nous reste donc encore à attendre quelques années et les premières décisions de justice pour avoir des solutions certaines sur ce sujet.

En pratique, le trust est source d'un autre type de conflit : son traitement fiscal en France est source de grandes difficultés.

§ III – LA DIFFICILE QUESTION FISCALE

315. Jusqu'en 2011, aucune disposition du Code général des impôts ne réglementait l'utilisation d'un trust dans la transmission patrimoniale à titre gratuit. La jurisprudence semblait d'ailleurs assez souple.

La loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 a introduit dans le Code général des impôts une définition du trust et créé un régime d'imposition portant sur deux volets : l'imposition sur la fortune et l'imposition sur la transmission à titre gratuit. S'y ajoutent des obligations déclaratives sanctionnées lourdement. Ces obligations déclaratives sont contraignantes et en pratique onéreuses à respecter (frais de traductions, honoraires des professionnels qu'il paraît opportun de consulter pour établir les déclarations).

Le trust reçoit une définition fiscale à l'article 792-O bis du Code général des impôts. Ce même article institue des règles complexes de soumission aux droits de

mutation à titre gratuit des transferts de propriété réalisés par l'intermédiaire d'un trust. L'article 750ter du Code général des impôts sur la territorialité des droits de mutation à titre gratuit a été modifié.

Il n'entre pas dans le cadre de notre thème d'exposer ce régime fiscal, et nous ne le ferons pas. Par contre, il faut souligner :

- *Que les obligations déclaratives liées à l'existence d'un trust dès lors qu'un bien mis en trust est situé en France, qu'un des sujets du trust (trustee, constituant, bénéficiaire) est résident en France sont tellement complexes et par conséquent onéreuses, les sanctions sont telles, que cette nouvelle législation a poussé nos collègues étrangers à exclure des bénéficiaires de trusts successoraux ou inter vivos toute personne susceptible d'être résidente en France,*
- *Que les commentaires de l'administration fiscale française sur les textes mis en place et notamment sur les droits de mutation à titre gratuit sont très lacunaires, et que le recours à des fiscalistes spécialisés sera nécessaire dès lors que la planification successorale aura recours à un trust valablement constitué à l'étranger,*
- *Que l'utilisation d'un trust peut en particulier lorsque celui est discrétionnaire aboutir à l'application d'un taux de droits de succession supérieur à celui qui aurait été applicable en l'absence de recours à un trust, notamment vis-à-vis du conjoint survivant,*

De telle sorte que dans les planifications successorales, il est souvent conseillé :

- *D'exclure du trust testamentaire ou du transfert dans un trust préconstitué les actifs situés en France pour y préférer un transfert direct sous la forme d'un legs, et*
- *D'exclure des bénéficiaires de ces trusts les héritiers résidant en France.*

Paradoxalement, à ce jour, pour les praticiens, la législation fiscale française du trust pose plus de difficultés que son traitement civil !

316. Nous terminons ici notre exploration du droit international privé. Nous espérons avoir convaincu nos lecteurs de l'utilité de maîtriser cette matière afin d'éviter de faire naître les conflits successoraux. Il est maintenant temps de montrer que le droit interne français est un merveilleux système qui recèle les outils et les solutions de prévention et de résolution des conflits successoraux.

TITRE II

LE DROIT FRANÇAIS : DES SOLUTIONS

317. Les notaires, en amiables compositeurs, sont quotidiennement amenés à apaiser les affrontements familiaux. Notre droit interne français successoral est riche en dispositifs juridiques et permet bien souvent d'apporter des solutions efficaces et pérennes aux familles qui souhaitent anticiper la transmission.

Ces solutions sont essentiellement issues des outils à notre disposition relatifs à la transmission et à la gestion du patrimoine familial.

CHAPITRE I

LES OUTILS DE TRANSMISSION

318. Afin d'anticiper le règlement d'une succession, les notaires disposent de divers outils de transmission tant à destination du conjoint que des héritiers. C'est un domaine traditionnel du notariat dans lequel nous devons pourtant faire preuve d'imagination, et parfois même d'audace, tout en préservant l'équilibre familial.

Section I – Les outils de transmission à destination du conjoint

319. Le conflit naît des inégalités, des incompréhensions, du manque d'anticipation et de protection.

La volonté de protéger ou le besoin de protection, évolue au fil du temps, tant en ce qui concerne les biens que les personnes.

Le socle de la famille est le plus souvent le couple. Le législateur même s'il reconnaît l'union libre et le PACS, et qu'il confère parfois même au PACS certains attributs

d'une union maritale, n'offre pas pour autant la même protection. Le mariage reste en dépit de tout, la forme d'union la plus créatrice de droits et d'obligations.

Même si le contrat de mariage a un intérêt au regard de la gestion et de l'administration des biens, la démarche des époux qui souhaitent recourir à la technique conventionnelle, peut être successorale. Les époux ont recours au contrat de mariage tel un outil de transmission, avec un esprit à tendance communautaire lorsqu'il s'agit de protéger le conjoint et à tendance plus séparatiste quand la protection est à la faveur des descendants.

C'est au jour de l'ouverture de la succession que viendront s'entremêler l'effet des conventions matrimoniales et droits successoraux. C'est au moment de la liquidation du patrimoine des époux, que les choix opérés en amont au titre de leurs conventions vont pour la plupart, prendre effet.

Sous-section I – *Contrat de mariage et changement de régime matrimonial*

320. Le contrat de mariage devrait permettre de prévenir, d'anticiper et de se prémunir du conflit⁽¹⁹⁰⁾. Dans cette perspective, nous vous proposons de mettre de côté, un instant, nos clauses standardisées.

En définitive, la typologie des conflits est simple : les époux (ou les héritiers et l'époux survivant) discutent ou se disputent généralement pour savoir qui est propriétaire des biens, qui a payé quoi et pourquoi.

Le notaire doit faire son possible pour éradiquer les difficultés liquidatives tout en préservant l'équilibre entre les époux et en veillant à ne pas créer d'injustice⁽¹⁹¹⁾.

Aurait-on pu éviter un contentieux en établissant un contrat de mariage sur-mesure ? L'idée ici serait d'établir des contrats de mariage plus détaillés que ceux habituellement proposés, extraits de l'expérience du notaire, et définissant avec plus de précisions, les modalités de preuve de la propriété des biens des époux et les règles permettant d'éliminer, au maximum, les contestations sur les comptes entre époux.

§ I – **REMARQUES PRÉALABLES SUR LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES**

321. La liberté attachée aux régimes matrimoniaux conventionnels permet d'imaginer tous types de contrats. Les conventions matrimoniales proposées par le Code civil telles que la communauté réduite aux acquêts, la séparation de biens ou la participation aux acquêts, peuvent être aménagées, agrémentées. Il serait envisageable de constituer un contrat de mariage de toutes pièces.

Ce principe est posé par l'article 1387 du Code civil « *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire*

(190) JCP N - 15 septembre 2017 n° 37-38 « *Après la médecine préventive, pour un notariat préventif* ».

(191) « Pour un renouveau des contrats de séparation de biens » Par Axel Depondt, notaire à Paris, revue Lamy Droit Civil - supplément au n° 99 - décembre 2012.

comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent ».

Les limites au champ des possibles sont de deux ordres, le respect du régime impératif de base⁽¹⁹²⁾ et des articles 1387 à 1389 du Code civil⁽¹⁹³⁾.

Le contrat de mariage, tel un chef d'orchestre, donnera la mesure de sa conclusion jusqu'à la clôture des opérations de liquidation.

Le contrat de mariage peut être le résultat d'un travail d'orfèvre, mais le notaire ne devra pas perdre de vue qu'un jour il en sera le liquidateur. À la liquidation du régime matrimonial, il sera fait une analyse scrupuleuse de toutes les clauses, combinées telles des poupées russes, dans le contrat de mariage afin d'en connaître ses multiples facettes.

Lorsqu'il existe un élément d'extranéité, ce contrat « cousu main » est indispensable puisqu'il pourra être mis en œuvre dans un pays étranger. Le juge étranger aura plus de facilités à appliquer un contrat français détaillant les règles conventionnelles applicables aux époux plutôt qu'un contrat « type » faisant essentiellement référence au Code civil.

Ainsi, dans un contrat de séparation de biens reçu par un notaire français, entre un ressortissant français et une ressortissante russe, tous deux assistés par un conseil, il a pu être proposé une clause permettant d'exclure « la distribution équitable » applicable devant une juridiction américaine, les époux devant s'installer aux États-Unis juste après le mariage.

Modèle proposé par Maître Alexandre Boiché, avocat à Paris :

➡ **Renonciation à une demande de distribution ou de division des biens maritaux**

Les parties spécifiquement acceptent et conviennent que les principes de droit étranger de « distribution équitable » (« equitable distribution »), « community property » et « partage » des biens maritaux ne doivent pas être pris en compte pour la division des actifs, conformément aux dispositions de ce contrat, que cette division soit convenue ou imposée en cas de dissolution du mariage.

Plus généralement, dans l'hypothèse où un tribunal étranger n'appliquerait pas la compétence du tribunal français, et où un tribunal autre que français statuerait sur la question de la distribution et de la division des actifs en cas de dissolution du mariage, les parties acceptent et conviennent expressément que les actifs seront distribués et divisés entre elles conformément aux dispositions du présent contrat, et elles renoncent à toute autre demande de distribution ou division de ces actifs.

(192) Article 212 à 226 CC sauf stipulation auxdits articles de réserve expresse à l'application des conventions matrimoniales.

(193) Article 1389 CC : « Sans préjudice des libéralités qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent code, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions. »

À défaut d'élément d'extranéité, ce contrat sur-mesure aura pour objectif de prévenir les conflits financiers ou patrimoniaux susceptibles de naître lors de la liquidation du régime matrimonial ; sa nécessité nous paraît grandissante en cas de remariage.

Dans le régime de la séparation de biens, les discussions porteront essentiellement sur les modes de preuves de la propriété et la contribution aux charges du mariage. Dans le régime de la communauté, ce sont les aménagements de ce régime qui pourront être la source du contentieux.

§ II – LES MOYENS DE PREUVE

322. Le contrat de mariage peut, s'il est suffisamment précis, anticiper les difficultés liées à la preuve de la propriété des biens et à la contribution aux charges du mariage.

A/ La propriété des biens sous le régime de la séparation de biens

323. Il peut être pertinent d'apporter des précisions dans le contrat de mariage sur la propriété des biens afin, qu'en cas de litige, à la seule lecture du contrat et par dérogation à l'article 1538 du Code civil, la remise en cause de la propriété d'un bien figurant au nom d'un époux ne puisse avoir lieu que dans les conditions prévues par le contrat.

Toutefois, chaque époux a le droit de prouver qu'un bien quelconque lui appartient, et ce quelles que soient les dispositions du contrat de mariage. La seule liberté qu'il reste aux époux est de dire à qui appartiendront les biens sur lesquels aucun d'entre eux ne pourra justifier d'une propriété exclusive. En cas de décès de l'un des époux et de conflit entre le survivant et les héritiers, nous percevons ici toute l'utilité de ces précisions.

Ainsi, il serait tout à fait envisageable de prévoir expressément dans nos contrats de mariage les clauses suivantes⁽¹⁹⁴⁾ :

➡ *Sur les principes généraux de la propriété*

Les biens que tel époux possédera avant le mariage (y compris tous les revenus en provenant), quelles que soient par ailleurs les augmentations de valeur qui pourront être constatées, ou les biens acquis en remploi de tels biens, demeureront des biens propres de cet époux.

Tous les biens que tel époux acquerra durant le mariage (parce qu'il les aura achetés, reçus en cadeau, reçus par donation, hérités ou obtenus d'une quelconque autre façon), quelles que soient par ailleurs les augmentations de valeur qui pourraient être constatées, ou tous les biens acquis en remploi de tels biens, demeureront des biens propres de cet époux.

(194) Ces clauses ont été proposées par Maître Axel Depondt, notaire à Paris, pour l'essentiel dans la revue Lamy Droit Civil – supplément au n° 99 – décembre 2012.

➡ *Sur les cadeaux*

Tous les cadeaux que les époux se feront mutuellement deviendront, dès qu'ils auront été reçus, et demeureront ensuite des biens propres de la partie qui les aura reçus.

➡ *Sur les biens mobiliers ou immobiliers acquis au nom des deux époux*

Tous les biens mobiliers ou immobiliers quelconques qui seront achetés, transférés ou déclarés au nom conjoint de Madame et Monsieur leur appartiendront dans la proportion qu'ils auront indiquée dans le contrat d'acquisition, ou, à défaut d'indication de proportions, par parts égales.

Cependant, les parties pourront invoquer, au sujet de ces achats ou investissements (financement du prix d'acquisition grâce à un apport, financement de travaux, remboursement des échéances de crédit bancaire, remboursement anticipé d'un crédit bancaire... sans que cette liste ne soit considérée comme exhaustive), un prêt qu'elles se seraient consenties en vue de la réalisation de cet investissement ou de cet achat.

Ainsi si un époux rapporte la preuve d'une contribution excédentaire à ces achats ou investissements, il aura la faculté de faire valoir une créance contre son conjoint, quelle que soit l'origine des fonds, et sans que cette contribution excédentaire ne puisse jamais être regardée comme sa contribution aux charges du mariage ou une donation entre époux.

Les parties conviennent dès à présent que cette créance sera calculée dans les termes de l'article 1469 du Code civil (dans ses trois alinéas).

OU

Sauf convention contraire constatée par écrit signé par les deux époux, les époux s'interdisent d'invoquer, au sujet de tels achats ou investissements, un prêt qu'ils auraient reçu de l'autre époux en lien avec cet investissement ou cet achat. En outre, aucun des époux ne peut révoquer une donation de biens présents faite à l'autre époux.

➡ *Sur les comptes joints*

Les futurs époux conviennent que les sommes en dépôt sur des comptes courants bancaires joints, ouverts sous leurs deux noms leur appartiendront à chacun pour moitié et ce, quelle que soit la proportion dans laquelle ils ont contribué à ce solde créditeur.

Il ne leur est pas interdit de prouver contre cette présomption, mais il est expressément convenu entre eux que celui qui aurait contribué plus que l'autre serait réputé l'avoir fait à titre de donation, à moins toutefois que l'autre époux n'ait reconnu par écrit lui devoir cet excédent.

➤ *Sur les portefeuilles joints*

Lorsque les époux seront propriétaires indivis d'un portefeuille titres, ils seront, à défaut d'accord entre eux pour une répartition par moitié, et à défaut de preuve de leurs droits réels sur ce portefeuille, réputés en être propriétaires dans la proportion de leurs revenus respectifs, nets d'impôt, décomptés depuis l'ouverture du compte en question.

Il ne leur est pas interdit de prouver contre cette présomption, mais il est expressément convenu entre eux que celui qui aurait contribué plus que l'autre serait réputé l'avoir fait à titre de donation, à moins toutefois que l'autre époux n'ait reconnu par écrit lui devoir cet excédent.

➤ *Donation de biens présents*

Les donations de biens présents qu'un époux aurait consenties à l'autre seront irrévocables même en cas de divorce ou de séparation de corps. Cette clause s'appliquera notamment aux donations indirectes (qui empruntent pour se réaliser une autre forme qu'une donation ostensible, faite par acte notarié), aux dons manuels non révélés et aux présents d'usage, sauf si un époux rapporte la preuve qu'il s'agit en fait d'une contribution excédentaire.

Ces donations seront définitives quelles que soient les circonstances du divorce ou de la séparation.

Comme nous pouvons le constater à la lecture de ces suggestions, l'exercice peut paraître périlleux ou tout au moins audacieux.

La liberté de rédaction doit nous pousser à la prudence afin d'éviter de lier les parties par des clauses de circonstance ou de créer une iniquité.

Est-ce pour autant une raison de ne rien proposer à nos clients et de leur présenter uniquement des formules calquées sur le Code civil et n'ajoutant rien à la loi ? Nous ne le pensons pas. Sans aller jusqu'aux modèles des contrats américains, il n'est pas interdit aux notaires de faire preuve de créativité.

Mais il faut le reconnaître, les notaires ne sont pas encouragés dans ce domaine, par leur tarif, à faire preuve d'imagination. « *Il faut en effet avoir un grand sens civique pour travailler bénévolement, ou presque, sur des accords matrimoniaux, alors que le plus souvent les parties ne sont pas vraiment demanderesses et comprennent mal le jargon juridique indigeste dont on les abreuve à la veille de leur mariage...* ». ⁽¹⁹⁵⁾

B/ Les comptes entre époux

324. S'agissant des comptes entre époux, et plus précisément de la contribution aux charges du mariage, la jurisprudence a incité les notaires à fixer les règles du jeu dans leurs contrats.

(195) « Pour un renouveau des contrats de mariage » Par Maître Axel Depondt, notaire à Paris, Gazette du Palais. Vendredi 16, Samedi 17 mars 2012.

I/ La contribution aux charges du mariage

325. Sous le régime de la séparation de biens, les immeubles acquis par chacun des époux leurs sont personnels et ceux acquis par les deux époux sont présumés indivis par moitié⁽¹⁹⁶⁾ sauf quotités différentes fixées dans le titre acquisitif. En effet, les hauts magistrats considèrent que « foi [est] due au titre ».

Les quotes-parts d'acquisition sont régulièrement sujettes à discussions et à contentieux. La contribution aux charges du mariage peut protéger le conjoint survivant comme le desservir, si l'on s'en tient à la jurisprudence.

Son étendue n'est pas définie par la loi et c'est une obligation d'ordre public. Pour les époux séparés de biens, l'article 1537 du Code civil précise que « les époux contribuent aux charges du mariage suivant les conventions contenues en leur contrat ; et, s'il n'en existe point à cet égard, dans la proportion déterminée à l'article 214. ».

Il est pour habitude de voir dans les contrats de mariage la clause selon laquelle « conformément aux dispositions de l'article 214 du Code civil, les conjoints contribueront aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives. Par principe, chacun d'eux sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive. ». En conséquence, toutes les dépenses qui entreraient dans les charges du mariage le seraient de façon définitive, sans donner lieu à une quelconque compensation.

Les charges du mariage englobent les dépenses nécessaires au bon fonctionnement de la famille. Mais la jurisprudence en a fait une interprétation extensive incluant dans les charges du mariage les dépenses d'investissement⁽¹⁹⁷⁾ relatives à la résidence principale⁽¹⁹⁸⁾, et même dans certains cas, à la résidence secondaire⁽¹⁹⁹⁾.

De plus, il y a lieu de se demander si la présomption de l'article 214 est une présomption simple ou irréfragable. La jurisprudence tend à considérer que le caractère simple ou irréfragable dépend de la volonté des époux⁽²⁰⁰⁾.

Compte tenu de la jurisprudence en la matière, le rédacteur ne peut pas se contenter d'une clause standardisée. L'assiette et les conditions relatives à la contribution aux charges du mariage devront être définies dans les termes du contrat afin d'éviter tout contentieux au jour de la liquidation du régime entre les conjoints, ou en cas de décès, entre le conjoint survivant et les héritiers de l'époux prédécédé.

Il devra être défini au contrat si le financement de la résidence principale entre dans le champ d'application de l'article 214 ou au contraire si le financement de ce bien fera l'objet de créances entre époux voire de récompenses lorsque le régime séparatiste est assorti d'une société d'acquêts.

De plus, il devra être déterminé au contrat si la présomption édictée a un caractère simple ou irréfragable.

(196) Civ. 1^{re}, 31 mai 2005, n° 02-20553.

(197) G. Champenois et N. Couzigou, « Contrat de mariage, charges du mariage et acquisitions indivises », Defrénois 2015, p. 367.

(198) Civ. 1^{re}, 15 mai 2013, n° 11-26.933 et Civ. 1^{re} 25 novembre 2013, n° 12-21.892.

(199) Civ. 1^{re}, 18 décembre 2013, n° 12-17.420.

(200) Civ. 1^{re}, 1^{er} avril 2015, n° 14-14.349.

➡ *Proposition de clause définissant les dépenses*

Les futurs époux conviennent que les dépenses constituant des charges du mariage seront supportées par eux à proportion de leurs facultés.

Il faut entendre par dépenses constituant des charges du mariage, notamment celles auxquelles expose la satisfaction des besoins ordinaires de l'existence tels que le logement, sauf s'il procède d'un investissement, la nourriture, les loisirs, les vêtements, les soins du corps et de l'esprit, les frais de scolarité, d'éducation, et d'établissement des enfants, les déplacements et voyages, les biens de consommation ou périssables nécessaires, utiles, ou même simplement agréables pour le confort de l'existence.

N'entrent pas dans les dépenses du mariage celles qui seraient susceptibles d'entraîner sa dissolution.

N'entrent pas non plus dans les dépenses du mariage l'impôt sur le revenu et/ou l'impôt sur la fortune immobilière et/ou la CSG et les taxes additionnelles, et d'une façon générale tout impôt ou taxe proportionnel ou progressif sur le revenu ou la fortune.

Conformément aux dispositions de l'article 214 du Code civil les parties contribueront aux charges du mariage au prorata de leurs ressources respectives. Par ressources, il faut entendre à la fois les revenus, que ce soit ceux du travail ou du capital, et en cas d'insuffisance, le capital lui-même.

Les époux seront réputés irréfragablement s'être acquittés, jour par jour, de ces charges et ils s'interdisent toute réclamation à ce sujet, même s'ils établissent que leur contribution a été supérieure à ce qui vient d'être dit.

➡ *Proposition de clause sans reddition des comptes*⁽²⁰¹⁾

Les époux déclarent expressément que les dépenses relatives à l'acquisition, à la conservation et à l'amélioration du logement familial (et le cas échéant d'une résidence secondaire), quel qu'en soit le propriétaire, seront considérées comme participant de leur obligation de contribuer aux charges du mariage, et ne donneront lieu en conséquence à aucun compte entre elles, que ces dépenses aient été ou non financées au moyen d'un prêt.

➡ *Proposition de clause avec reddition des comptes*

Toutefois et par exception, les époux déclarent expressément que les dépenses relatives à l'acquisition, à la conservation et à l'amélioration du logement familial (et le cas échéant d'une résidence secondaire), quel qu'en soit le propriétaire, ne seront pas considérées comme participant de leur obligation de contribuer aux charges du mariage, et donneront lieu en conséquence à des comptes entre elles, que ces dépenses aient été ou non financées au moyen d'un prêt.

(201) Contribution aux charges du mariage et quotes-parts d'acquisition, Université Régionale du Notariat 2018, par Maître Stéphane David, notaire à Meudon.

➡ *Proposition de clause excluant les biens propres*

Sous le régime de la communauté, la clause d'exclusion des revenus des biens propres, permettra à l'époux détenteur d'un patrimoine propre frugifère d'en garder la maîtrise et de conférer la qualité de propre aux biens acquis en emploi des sommes ainsi perçues.

Les époux conviennent que l'exécution de leur obligation de contribuer aux charges du mariage s'effectuera au moyen de leurs revenus, à l'exclusion des deniers qui seraient qualifiés de « biens propres » sous le régime de la communauté réduite aux acquêts.

II/ L'aménagement du régime des récompenses, de l'évaluation des créances entre époux et des flux financiers

326. * Les récompenses sont destinées à rééquilibrer les masses propre ou commune, et compenser un éventuel affaiblissement. Les règles de l'article 1469 du Code civil sont efficaces et majoritairement équitables, sauf peut-être en présence d'un prêt où comme on le sait, il n'y a pas lieu de tenir compte des intérêts d'emprunt. Mais ces règles ne sont pas d'ordre public et leur aménagement peut résulter du contrat de mariage, de façon générale ou pour certains biens seulement.

Une clause supprimant l'application du jeu des récompenses, pour les biens acquis sans déclaration d'emploi ou de remploi de fonds propres, pourrait laisser aux époux une certaine liberté. Ainsi, l'absence de déclaration d'emploi ou de remploi ferait entrer le nouveau bien en communauté de façon définitive sans compensation. Mais attention aux mauvaises surprises de la vie, car une clause alsacienne serait ici sans effet, et les descendants ne pourraient prétendre à une quelconque compensation au décès.

Les aménagements envisageables au regard du mécanisme des récompenses sont nombreux. Ils pourraient par exemple porter sur les récompenses générées par l'application d'une clause d'imputation au premier décès sur un bien commun⁽²⁰²⁾, ou sur la valeur même des biens à prendre en compte au moment de leur établissement, ou encore sur l'application de tout ou partie des alinéas de l'article 1469 précité.

La liquidation des récompenses est souvent un moment délicat et conflictuel. Il est à rappeler, que les héritiers du défunt auraient qualité pour agir au lieu et place de ce dernier, afin de décider de l'application ou non des règles de l'article 1469 susvisé. En fonction de la volonté des époux, il sera prudent d'envisager cette question de leur vivant.

* L'aménagement de l'évaluation des créances entre époux

L'article 1543 du Code civil renvoie à l'article 1479 et celui-ci ne renvoie qu'à l'alinéa 3 de l'article 1469. C'est une erreur du législateur qui peut se réparer par un renvoi conventionnel à l'ensemble des trois alinéas ; ce qui est prévu dans nos formules de contrat.

(202) Civ. 1^{re} 22 janvier 2004.

* Les flux financiers entre époux

Le contrat de mariage peut prévoir que les flux financiers entre les époux sont présumés constituer une libéralité ou, s'ils en souhaitent un remboursement, un prêt.

➡ *Proposition de clause concernant les flux financiers entre époux*

Il est convenu que tout flux d'argent entre les époux sera regardé comme une donation, sauf convention contraire régulièrement passée entre eux contenant reconnaissance de dette, et sera donc irrévocable, sauf si un époux rapporte la preuve qu'il s'agit d'une contribution excédentaire.

OU

Tout flux financier direct ou indirect d'un époux en faveur de l'autre, pourvu qu'il soit dûment prouvé, sera regardé comme une avance ou un prêt soumis aux dispositions sur les dettes entre époux. La preuve contraire ne pourra résulter que de la preuve de l'existence d'une donation notariée ou d'un don manuel révélé au sens de l'article 635 A du CGI.

En conclusion, même si le notaire peut, en amont, anticiper les éventuelles difficultés liquidatives en faisant preuve de créativité et en s'inspirant de sa connaissance des conflits conjugaux et successoraux, il ne pourra pas prévoir l'ensemble des clauses permettant d'écarter totalement les risques de conflits. Toutefois, cela ne doit pas nous empêcher d'ouvrir le débat et de faire des propositions.

Au-delà de la prévention, certains aménagements des régimes matrimoniaux présentent, en eux-mêmes, de sérieux risques de différends.

§ III – *LES AMÉNAGEMENTS DU RÉGIME MATRIMONIAL SOURCE DE DIFFÉRENDS*

327. L'objet n'est pas ici d'étudier les différents aménagements possibles du régime matrimonial mais d'identifier ceux qui, dans notre pratique quotidienne, sont sources de discussions ou de différends entre les héritiers.

Ainsi, nous retiendrons deux aménagements à risque : la société d'acquêts, qui séduit le praticien et les clients par la liberté qu'elle offre mais peut, par une rédaction imprécise, poser de sérieuses difficultés et l'attribution intégrale qui, lorsqu'elle porte atteinte à la réserve des enfants d'une première union ouvre à ces derniers une action en réduction de l'avantage matrimonial dénommée « action en retranchement ».

A/ La composition de la société d'acquêts

328. Le régime de la séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts va entraîner la création de trois masses, deux composées de biens personnels à chaque époux et une troisième à l'esprit communautaire.

Il est envisageable d'adjoindre au régime séparatiste une société d'acquêts, composée de certains biens comme le logement de la famille, les biens non professionnels, les seuls biens acquis par les deux époux ou encore certains autres

biens identifiés ou identifiables, en fonction de la volonté et de l'étendue du patrimoine des époux. Elle pourrait inclure des biens présents et futurs voire même une catégorie de biens⁽²⁰³⁾.

Le rédacteur doit garder à l'esprit que la mutation d'un bien d'une masse à une autre ne doit pas être laissée exclusivement à la discrétion des époux et ce, dans le respect de la règle impérative de l'immutabilité des régimes matrimoniaux.

La rédaction des clauses du contrat devra éviter tout déplacement d'un bien d'une masse à une autre du fait de son changement de nature par exemple. En effet, si les clauses de la société d'acquêts ne sont pas suffisamment précises, le bien jadis résidence des époux conservé et mis en location, ne doit plus pouvoir sortir de la société d'acquêts malgré son changement de nature.

La rédaction des règles relatives à la société d'acquêts devra être réalisée avec précision et minutie pour éviter toute ambiguïté, tout risque de requalification ou de nullité. Le choix de ce régime obligera le rédacteur à anticiper et à déterminer, dans les termes mêmes du contrat, la nature des biens ayant la qualité d'acquêts et celle de ceux qui seront acquis en remploi du prix de vente d'un acquêt, ainsi que les modalités de ce remploi ou de prévoir éventuellement une subrogation de plein droit des biens ainsi acquis.

Le sort des sommes qui auront servi à financer le complément desdits biens s'il y a lieu (récompenses, créances) devra lui aussi être défini.

Si l'on adosse à la société d'acquêts une attribution intégrale, peut alors se poser l'éventuelle question des avantages matrimoniaux et de l'action en retranchement de l'article 1527 du Code civil⁽²⁰⁴⁾.

(203) Un compte bancaire ne doit pas être apporté à la société d'acquêts, les époux par un jeu d'écriture risqueraient de changer la nature des sommes déposées ce qui serait contraire au principe d'immutabilité des régimes. En ce sens : JCP N 15 septembre 2017 n°s 37-38. Apporter le solde d'un compte, à une date déterminée : JCL Notarial formulaire, V° Séparation de biens, fasc. 60, n° 81.

(204) Article 1527 modifié par la Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

Les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes, ne sont point regardés comme des donations.

Néanmoins, au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1, au titre « Des donations entre vifs et des testaments », sera sans effet pour tout l'excédent ; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit.

Toutefois, ces derniers peuvent, dans les formes prévues aux articles 929 à 930-1, renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant. Dans ce cas, ils bénéficient de plein droit du privilège sur les meubles prévu au 3° de l'article 2374 et peuvent demander, nonobstant toute stipulation contraire, qu'il soit dressé inventaire des meubles ainsi qu'état des immeubles.

B/ Avantages matrimoniaux et action en retranchement⁽²⁰⁵⁾

329. Lorsque l'application des clauses d'un régime matrimonial conventionnel aboutit à transférer des valeurs importantes au conjoint, les « *profits que l'un ou l'autre peuvent retirer des clauses d'une communauté conventionnelle* »⁽²⁰⁶⁾ sont définis comme des avantages matrimoniaux. La Cour de cassation est allée plus loin encore dans un arrêt récent⁽²⁰⁷⁾, en admettant que l'apport par un époux séparé de biens à une société d'acquêts d'un bien personnel « *constituait un avantage matrimonial à prendre en compte lors des opérations de liquidation en présence d'enfants nés d'une première union* »⁽²⁰⁸⁾.

Lors du décès de l'un des époux, si le conjoint survivant est en concours avec des enfants issus du couple, l'avantage retiré par ce dernier sera considéré comme un effet direct du mariage et pourra pleinement s'exécuter. En présence d'enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, il y aura lieu de veiller à ce que l'avantage procuré ne soit pas réductible.

L'avantage matrimonial est un effet direct du mariage, qui dans le cadre d'une communauté universelle avec attribution intégrale empêche même l'ouverture d'une succession. L'action en retranchement ne pourra être exercée que si l'un ou l'autre des époux retire un avantage des clauses d'une communauté conventionnelle lui donnant des droits supérieurs à ceux qu'il recevrait de l'article 1094-1 du même Code dans le cadre d'une liquidation successorale « classique ».

Seuls les enfants qui ne sont pas issus des deux époux, ont le pouvoir d'exercer cette action, tel un bouclier brandi en protection de leurs droits d'héritiers réservataires. Cependant, une fois exercée elle profite à tous les héritiers réservataires⁽²⁰⁹⁾.

Il peut être fait un parallèle avec les règles qui régissent la réduction des libéralités excessives. L'action en retranchement doit être demandée et la réduction de l'avantage matrimonial se fera par principe en valeur⁽²¹⁰⁾.

En présence d'une communauté universelle avec attribution intégrale à l'époux survivant, l'action en retranchement ne ferait jouer les règles relatives aux successions que sur la partie réductible de l'avantage reçu. En conséquence, les droits de mutation ne seraient dus que par les héritiers réservataires et à concurrence des indemnités reçues.

(205) « Avantages matrimoniaux et action en retranchement » par Bernard Vareille, professeur à l'université de Limoges, Journées Notariales de la personne et des familles Lundi 12 et mardi 13 mars 2018.

(206) Civ. 1^{re}, 31 janvier 2006, Bull. civ. I, n° 48, n° 02-21.121.

(207) Civ. 1^{re}, 29 novembre 2017, n° 16-29056.

(208) La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur les modalités de calcul de cet avantage sus le régime de participation aux acquêts. Faut-il le calculer uniquement sur la société d'acquêts ou globalement sous le régime de la séparation de biens avec société d'acquêts alors que ce régime est étranger à l'article 1527 alinéa 2 ?

(209) Les enfants communs aux deux époux conservent la possibilité de renoncer a posteriori à la réduction de la libéralité excessive et laisser ainsi leur auteur bénéficier des droits étendus résultant du contrat de mariage sur leur part de réserve.

(210) Civ. 1^{re}, 7 décembre 2016 n° 16-12.216 « l'arrêt retient que l'indemnité de retranchement, assimilable à une indemnité de réduction, tombe dans la succession, qu'en cas d'insolvabilité du conjoint survivant ou à la demande de celui-ci, la réduction de l'avantage matrimonial peut trouver à s'exercer en nature, de sorte que, dans cette hypothèse, les bénéficiaires de l'indemnité de retranchement se trouvent en indivision avec le conjoint survivant ».

Dans un arrêt du 7 décembre 2016⁽²¹¹⁾, la Cour de cassation est venue rappeler que l'exercice de l'action en retranchement par les héritiers réservataires non issus des deux époux ne pouvait leur permettre de revendiquer des droits indivis sur les biens dépendants de la succession.

Une atténuation est prévue à l'article 1527 alinéa 3 précité. Les enfants d'une autre union, dans les formes prévues aux articles 929 à 930-1, peuvent différer le résultat de l'action en retranchement au deuxième décès. C'est une renonciation provisoire qui suspend la prescription pendant la vie du conjoint survivant.

L'acte contenant la renonciation à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif, avant le décès de l'époux survivant, doit mentionner précisément les conséquences juridiques futures pour chaque renonçant. Il est recommandé de liquider le montant de ces indemnités aux termes dudit acte et de n'en différer non pas le calcul, mais uniquement le règlement.

Afin de protéger leurs droits d'une éventuelle volonté du conjoint survivant de dilapider le patrimoine reçu, les enfants d'une première union, bénéficient de plein droit du privilège sur les meubles prévu au 3^e de l'article 2374 et peuvent demander, nonobstant toute stipulation contraire, qu'il soit dressé un inventaire des meubles ainsi qu'un état des immeubles.

Du vivant des deux époux, il serait loisible aux descendants de renoncer par anticipation à l'action en réduction de l'avantage matrimonial dans les conditions des articles 929 et suivants du Code civil mais cela ne se produit que très rarement.

Comment liquider cet avantage matrimonial ? Il convient de chiffrer les droits du conjoint survivant en liquidant le régime conventionnel, et de procéder à une seconde liquidation en valeur pour déterminer ses droits s'il avait été marié sous le régime légal (avec un doute sur le régime de référence pour la séparation de biens avec société d'acquêts et la participation aux acquêts). La différence entre ces deux opérations constitue le montant de l'avantage matrimonial.

Une fois chiffré cet avantage matrimonial doit être traité comme une donation. Il s'impute sur la quotité disponible spéciale entre époux à la date du mariage ou du changement de régime matrimonial.

Il est rare que cette situation ne se présente sans conflit. Il est donc recommandé d'insérer dans tout régime conventionnel une clause déléguant à l'époux survivant l'option qu'ouvre l'article 1094-1 du Code civil, à défaut de quoi il appartiendrait aux juges du fond de déterminer la volonté supposée du défunt.

À l'issue des imputations, la réduction en valeur fait que le retranchement des avantages matrimoniaux s'effectue par le versement d'une indemnité de réduction au profit des réservataires qui en sont bénéficiaires.

Nous venons d'évoquer les diverses possibilités pour les époux de se protéger d'un conflit par l'adoption d'un contrat de mariage sur-mesure. Le législateur a mis à la disposition des époux d'autres outils leur permettant de s'avantager, tant par la mise en place de libéralités entre vifs que de donations à cause de mort.

(211) Civ. 1^{re}, 7 décembre 2016 n° 16-12.216.

Sous-section II – Les libéralités entre époux

330. Les libéralités entre époux ont longtemps permis de pallier la quasi-inexistence de la vocation légale du conjoint survivant. Les donations consenties par contrat de mariage, qu'elles soient de biens à venir ou de biens présents, étant irrévocables (*en raison du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux*), sont peu utilisées de nos jours.

Malgré la forte évolution des droits du conjoint survivant avec les lois du 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006⁽²¹²⁾, les époux font souvent le choix d'anticiper les éventuels conflits à venir, surtout lorsqu'il s'agit de familles recomposées, en se consentant des libéralités adaptées à leur situation familiale. En effet, il faut garder à l'esprit que les enfants non communs n'ont aucune obligation envers leurs beaux-parents⁽²¹³⁾. L'apparente paix familiale, du vivant des parents, peut voler en éclat lors du règlement de la succession et les donations entre époux représenter un remarquable outil de protection pour le conjoint survivant.

§ I – LA DONATION ENTRE VIFS AU PROFIT DU CONJOINT

331. Désormais la famille se veut protéiforme ou plurielle, elle se fait et défait au gré des histoires du couple. Ces modifications profondes des schémas familiaux placent les époux au cœur de la famille et non plus les enfants comme dans la famille dite traditionnelle.

Les caractéristiques principales d'une donation entre époux dite de biens présents sont les suivantes :

- Elle entraîne transfert immédiat de la propriété, sauf stipulation contraire,
- Elle constitue une donation qui n'est pas révocable *ad nutum*⁽²¹⁴⁾ depuis la réforme du 3 décembre 2001, mais à condition qu'elle ait pris effet pendant le mariage⁽²¹⁵⁾,
- Elle est révocable dans les conditions de droit commun (article 1096 du Code civil), depuis la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

Dès lors plusieurs situations vont initier cette donation entre vifs.

Un époux qui aura payé les travaux de la résidence secondaire appartenant à l'autre époux, pourra préférer être propriétaire d'une partie de cette demeure plutôt que d'être

(212) Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, et Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

(213) Contrairement à l'obligation d'aliment prévue par l'article 205 du Code civil.

(214) La libre révocabilité des donations entre époux faites hors contrat de mariage s'applique :

- aux donations de biens présents antérieures au 1^{er} janvier 2005,
- aux donations de biens présents à terme, consenties entre le 1^{er} janvier 2005 et le 1^{er} janvier 2007, sauf clause contraire,
- aux donations de biens présents à terme, consenties après le 1^{er} janvier 2007,
- aux donations de biens à venir,

Il en résulte que seules les donations de biens présents prenant effet pendant le mariage demeurent soumises à l'irrévocabilité spéciale des donations.

(215) La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 ajoute à l'article 1096 du Code civil les termes « qui prends effet au cours du mariage », ce qui rend révocables les clauses de réversion d'usufruit ou de rente viagère.

titulaire d'une créance ; ou encore, pour un couple en quête de stabilité, dans un monde où la fragilité de l'union conjugale se fait pesante, une libéralité entre vifs peut être le moyen idéal de prouver l'engagement irrévocable.

D'autre part, la présence d'enfants non communs dans des familles recomposées incite davantage les époux à se donner de leur vivant. Ainsi, ils se protègent et évitent les affres d'un legs qui pourrait créer des tensions voir même être remis en question lors du règlement de la succession.

Enfin, la protection du conjoint par la mise en œuvre du droit temporaire ou viager sur le logement familial peut sembler insuffisante selon les cas.

Ainsi, la donation entre vifs du logement familial (*qu'elle qu'en soit la quotité donnée*) est un moyen de protéger ce second conjoint.

La pratique de ces donations est rare à l'exception de la réversion d'usufruit.

En effet, le notaire doit rechercher si elle représente la meilleure solution et parfois, un changement de régime matrimonial peut être préférable et apporter une solution plus adaptée.

Afin d'éviter une mauvaise surprise en cas de contentieux, il semble important de rappeler que la donation doit être acceptée par le gratifié, et notamment dans le cas d'une réversion d'usufruit⁽²¹⁶⁾, d'une constitution d'un droit d'usage et d'habitation ou d'une réversion de rente viagère. Cette clause s'analysant en une donation de biens présents à terme doit être « acceptée en terme exprès » (article 932 du Code civil) soit dans l'acte initial, soit dans un acte postérieur qui doit intervenir avant le décès du donateur, à peine de caducité de la réversion d'usufruit. À cet égard, la jurisprudence a précisé que des circonstances ne traduisant qu'une acceptation tacite ne saurait suffire⁽²¹⁷⁾.

La révocation pour inexécution des charges imposées au donataire n'opère pas de plein droit, sauf stipulation contraire dans l'acte, et doit être demandée judiciairement⁽²¹⁸⁾. Afin d'être prononcée, d'une part, la charge doit avoir été la cause impulsive et déterminante de la donation, et d'autre part, l'inexécution doit présenter un caractère suffisamment grave sans être de la faute du donateur. Cette révocation est soumise à l'appréciation souveraine des juges.

L'action est ouverte au donateur et à ses héritiers mais pas aux tiers en raison du défaut d'intérêt à agir, et est soumise à la prescription de droit commun de cinq ans.

Un conjoint avantagé par une libéralité a tout intérêt à respecter les conditions stipulées aux termes de la donation, quand bien même l'époux donateur serait décédé. À défaut, les héritiers auraient la possibilité de demander la révocation de la donation et ainsi voir le bien réintégrer le patrimoine du défunt, avec effet rétroactif. En

(216) Après avoir considéré la réversion d'usufruit comme une donation de biens à venir (Cass. 1^{re} civ., 20 avril 1983, Defrénois 1985, art. 33609 note Grimaldi), la Cour de cassation est revenue sur cette analyse, considérant qu'il s'agit d'une **donation de biens présents à terme** (Cass. ch. Mixte 8 juin 2007, pourvoi n° 05-10727, RTD Civ. 2007, p. 605, obs. Grimaldi).

(217) Cass. 1^{re} Civ., 3 mars 1998, Bull. civ. I n° 89 ; JCP 1999, I, 132 n° 4, Obs. R. Le Guidec.

(218) Article 956 du Code civil.

conséquence, les actes établis par le donataire sur le bien reçu seraient rétroactivement annulés, même à l'égard des tiers.

La Cour de cassation, par un arrêt en date du 14 mars 2012⁽²¹⁹⁾, a décidé que les dispositions impératives de l'article 265 alinéa 1 du Code civil « *font obstacle à l'insertion, dans une donation de biens présents prenant effet au cours du mariage, d'une clause résolutoire liée au prononcé du divorce ou à une demande en divorce.* ».

Le débat sur la clause de non-divorce insérée dans une donation de biens présents au profit du conjoint est donc tranché. La formulation large de la Cour de cassation interdit toute clause de non-divorce, y compris celle visant à limiter le jeu de la résolution au seul cas où le divorce serait prononcé aux torts de l'époux donataire. En doctrine, la solution a été critiquée par certains auteurs au nom de la liberté contractuelle. Pour d'autres, elle se justifie au regard de la sécurité juridique du donataire.

Le notaire doit informer très clairement et précisément les époux donateurs, du contenu de l'arrêt rendu le 14 mars 2012 par la Cour de cassation : toute clause de non-divorce insérée dans une donation de biens présents prenant effet au cours du mariage, est interdite. Ainsi informés, certains époux renonceront sans doute à se consentir des donations de biens présents qu'ils avaient pourtant, au départ, envisagées.

Cette clause est pourtant valable lorsqu'elle est insérée dans une donation entre époux dont l'interprétation relève du pouvoir souverain des juges du fond.

§ II – LA DONATION ENTRE ÉPOUX

332. La donation entre époux également appelée « *donation au dernier vivant* » permet d'augmenter les droits du conjoint survivant lors du règlement de la succession. Cette forme de donation a connu un large succès alors que les droits du conjoint survivant n'étaient que d'un quart en usufruit⁽²²⁰⁾ en présence de descendant(s). L'insuffisance de ces droits et les campagnes d'informations organisées par le notariat expliquent la faveur croissante dont elle jouissait. Celle-ci peut sembler moins nécessaire depuis les réformes de 2001 et 2006 qui ont accru les droits du conjoint survivant. Cependant, elle reste opportune dans de nombreux cas et constitue le meilleur outil de protection du conjoint.

Son caractère mixte et totalement adaptable présente de nombreux attraits. Ni libéralité entre vifs ni disposition testamentaire, elle offre un large champ de possibilités.

Bien que la pratique ait très rapidement écarté l'adoption de la donation entre époux contenue dans le contrat de mariage compte tenu de son irrévocabilité⁽²²¹⁾, elle demeure largement répandue pendant le mariage.

(219) Civ. 14 mars 2012, n° 11-13.791.

(220) Ancien article 767 du Code civil.

(221) Article 1093 du Code civil.

A/ Le meilleur outil de protection du conjoint

333. La donation entre époux consiste en une donation de biens à venir, c'est-à-dire qui porte sur les biens existant au jour du décès du donateur et qui ne se met en œuvre qu'à compter du décès du disposant. Ce type de donation ne peut être mise en place qu'entre époux compte tenu de la prohibition des pactes sur succession future⁽²²²⁾.

Cette donation est très généralement utilisée en présence d'enfants non communs afin de permettre à l'époux survivant d'avoir l'usufruit sur les biens et droits dépendant de la succession, la vocation légale ne lui offrant pas cette faculté.

La donation entre époux permet également au conjoint survivant de cantonner son émoulement, ce qui peut s'avérer être un outil de transmission sur-mesure et d'apaisement familial⁽²²³⁾.

En présence de descendants, elle sera alors de la quotité disponible la plus large tant en propriété qu'en usufruit (soit d'un quart en propriété et trois quarts en usufruit) avec faculté toutefois pour le donataire, à son seul choix, de faire porter la donation :

- soit sur la pleine propriété de la quotité disponible de droit commun ou sur une quote-part inférieure,
- soit sur l'usufruit de l'ensemble de la succession ou sur l'usufruit d'une quote-part inférieure,
- soit sur l'usufruit de tel ou tel bien ou droit dépendant de la succession,
- soit enfin sur la pleine propriété de la quotité disponible ou sur une quote-part inférieure et sur l'usufruit de tel ou tel bien ou droit qu'il lui plaira, à la condition dans cette hypothèse que la quote-part en pleine propriété n'excède pas un quart de la succession.

Ces assignations de parts et droit de choix resteront strictement personnels au donataire et par suite ne pourront être exercés par personne d'autre que lui-même.

Si le conjoint est alloti d'une part en pleine propriété, les enfants non communs peuvent demander de substituer à cette libéralité en propriété, l'abandon de l'usufruit de la part de succession qu'ils auraient reçu en l'absence de conjoint survivant⁽²²⁴⁾. En conséquence, un époux donateur qui entend spécifiquement avantager son conjoint en propriété doit penser à écarter cette faculté.

La question du cumul de la vocation légale et des libéralités entre époux s'était posée après la promulgation de la loi du 3 décembre 2001, qui en abrogeant l'alinéa 7 de l'ancien article 767 du Code civil, a ouvert cette possibilité. Or, cette abrogation accompagnée de l'augmentation des droits légaux du conjoint pouvait avoir pour effet de lui attribuer plus de droits que la quotité disponible spéciale entre époux. La doctrine était divisée et une réponse ministérielle s'y était opposée.

La Cour de cassation a tranché par un avis du 25 septembre 2006 ; elle a toléré le cumul à condition qu'il ne soit pas porté atteinte à la nue-propriété de la réserve héréditaire, que la quotité disponible spéciale entre époux ne soit pas dépassée et que le disposant n'ait pas eu la volonté d'interdire ce cumul.

(222) Article 1130 alinéa 1 du Code civil.

(223) Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, 2.

(224) Article 1098 du Code civil.

Puis a reconnu la possibilité du cumul dans son arrêt rendu par la première chambre civile en date du 25 octobre 2017⁽²²⁵⁾.

Toutefois, pour qu'elle emporte la conviction la Cour aurait dû préciser que lorsque le conjoint survivant réclame un complément au titre de ses droits légaux en application de l'article 758-6 du Code civil, ce complément, ajouté à la libéralité ou aux libéralités dont il a bénéficiées, ne peut conduire à octroyer à ce dernier une portion de biens supérieure à la quotité définie à l'article 1094-1 du Code civil.

Cet acte est certes le meilleur outil de protection du conjoint survivant, cependant il est librement et unilatéralement révocable. Cette révocabilité *ad nutum* est d'ordre public. Le formalisme doit être respecté pour consentir la donation, cependant la révocation ne suppose pas le parallélisme des formes.

Ainsi, elle peut être révoquée soit par une disposition expresse (*révocation par acte notarié, par mention dans la convention de divorce*⁽²²⁶⁾, *par testament quel qu'en soit la forme*), soit tacitement par la prise de dispositions contraires au maintien de la donation entre époux⁽²²⁷⁾.

Par ailleurs, une révocation de cette libéralité contenue dans un testament qui serait lui-même révoqué par la suite n'annule pas la révocation de la donation entre époux. En effet, le second testament n'a pas le pouvoir de faire revivre la libéralité.

D'un point de vue fiscal, l'ex conjoint qui bénéficierait toujours d'une donation entre époux alors même que le divorce a été prononcé lors du règlement de la succession, bénéficie de l'exonération offerte aux époux successibles. En effet, le lien pris en compte est celui existant au jour où la libéralité a été consentie. À l'inverse, les droits reçus par testament n'offrent pas cette possibilité.

Les donations de biens à venir que se font les époux au cours du mariage sont soumises aux règles des legs et sont susceptibles d'être réduites comme eux⁽²²⁸⁾. Il en ressort que la donation entre époux permet au conjoint survivant d'être en concours avec d'autres gratifiés. Alors même que s'il n'avait disposé que de la vocation légale et que le de cujus avait disposé de l'entière quotité disponible, il n'aurait aucun droit, ces derniers étant supplétifs. En outre, il est possible par la mise en place de la donation entre époux de prévoir l'ordre d'exécution des libéralités à cause de mort.

La donation entre époux reste adaptée à une grande majorité de cas, tant elle offre de possibilités et paraît indispensable à la protection du conjoint survivant dans les familles recomposées. L'idéal est de régulariser une donation entre époux puis de la confirmer dans un testament qui ajoute, à la donation, des dispositions précises portant par exemple sur certains biens, sur les capitaux-décès ou encore sur les modalités du règlement de la succession.

(225) Cass. Civ. 1^{re}, 25 octobre 2017, n° 17-10644.

(226) Bien que le divorce emporte par lui-même la révocation au regard de l'article 265 du Code civil.

(227) En ce sens, Civ. 1^{re}, 28 février 2006, n° 03-20.150 « *Mais attendu qu'après avoir relevé que la convention ayant réglé les effets du divorce sur demande conjointe des époux X... ne contenait aucune stipulation relativement aux donations et avantages que les époux s'étaient consentis au cours du mariage, l'arrêt retient, d'une part, que la donation au dernier survivant du 26 octobre 1984 portant sur des biens à venir demeurait révocable, d'autre part, que la donation ultérieurement consentie par Gérard Y... à sa seconde épouse, portant sur les mêmes biens, constituait un acte non équivoque de révocation de la première (...)* ».

(228) Civ. 1^{re}, 10 février 1998, n° 96-12.501.

B/ Les possibilités offertes au conjoint

334. Le bénéficiaire d'une donation entre époux offre au conjoint de multiples possibilités, tant par l'option qui lui est le plus souvent donnée que dans les conséquences qu'entraînent cette libéralité.

La donation entre époux permet au conjoint survivant d'opter pour trois quotités différentes, et cela qu'il soit en concours avec des enfants communs ou non. Deux schémas se dessinent le plus souvent.

Le premier consiste pour le conjoint, en présence d'enfant(s) non commun(s), à opter pour l'usufruit des biens et droits mobiliers et immobiliers composant la succession. Ne disposant pas de cette option de par sa seule vocation légale, cela lui permet de conserver son train de vie malgré la perte de son conjoint.

En présence d'enfant(s) commun(s) uniquement, la vocation légale lui offre déjà la possibilité d'opter pour l'usufruit total. L'usufruit issu de la vocation légale est plus avantageux car il protège le conjoint de l'éventuelle découverte d'une révocation tacite ou expresse de la libéralité. Cependant, il ne lui sera pas possible de cantonner son émolument.

Le second est l'option d'un quart en pleine propriété et trois quarts en usufruit qui permet au conjoint survivant d'appréhender le maximum de biens et droits dépendant de la succession. En présence d'enfant(s) non commun(s) et en cas de mésentente, cette solution paraît être la plus avantageuse pour le conjoint survivant.

Toutefois, le conjoint peut également opter pour une vocation en pleine propriété seulement. Celle-ci équivalant à la quotité disponible permettra un partage entre les héritiers, évitant ainsi les écueils de l'indivision.

Pour le cas où l'époux donateur n'a pas spécifié la quotité laissée à son conjoint, seul ce dernier dispose de l'option. Celle-ci a un caractère personnel et ni les cohéritiers ni les créanciers (*ne disposant pas de l'action oblique*) ne peuvent l'exercer. Cette faculté renforce la donation entre époux en sa qualité de meilleur outil de protection du conjoint survivant.

En cas de décès du conjoint avant d'avoir opté, l'option est transmise à ses héritiers. Chacun d'entre eux peut, sur sa part, exercer une option différente. Cela complexifie le règlement de la succession, il est donc préférable dans l'acte de donation de prévoir qu'en ce cas, telle option sera réputée avoir été choisie par le conjoint ou de prévoir que l'option ne sera pas transmissible et la libéralité caduque dans pareil cas⁽²²⁹⁾.

(229) Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2009, n° 08-16.851 La Cour de cassation s'est positionnée en ce sens « Mais attendu que, si le droit d'option prévu à l'article 1094-1 du Code civil revêt un caractère patrimonial et est transmissible aux héritiers du conjoint gratifié, décédé sans avoir effectué un choix, il en est autrement lorsque l'acte de donation stipule que l'exercice de ce droit appartiendra au survivant seulement, une telle clause excluant la transmissibilité du droit ; qu'ayant relevé que le droit d'option appartenait au survivant seulement et que Erge Y... était décédée sans l'avoir exercé, la cour d'appel en a exactement déduit que la donation était caduque ».

➡ Modèle de clause

Ces assignations de parts et droit de choix resteront strictement personnels au donataire et par suite ne pourront être exercés par personne d'autre que lui-même.

S'il décède avant d'avoir opté, la présente donation sera considérée comme étant limitée à l'usufruit seulement de tous les biens.

a) La donation de la pleine propriété de tous les biens

335. Pour aller plus loin, le conjoint survivant pourrait même recueillir l'intégralité de la succession en présence d'enfants, communs ou non, dans la mesure où ces derniers ne demanderaient pas la réduction de la libéralité. La rédaction sera déterminante quant à la portée de la libéralité.

En effet, soit la donation porte sur l'entière succession, en ouvrant une simple faculté de réduction sur demande des enfants.

Soit elle porte sur l'entière succession, sauf en présence de descendant(s), auquel cas elle sera réduite automatiquement aux quotités permises par la loi entre époux.

Cette différence rédactionnelle est très importante car elle n'emporte pas les mêmes conséquences. La première option laissant plus de flexibilité lors du règlement de la succession.

Les enfants pourront demander la réduction de la libéralité qui porte atteinte à leur réserve, mais cela reste une simple faculté. Elle peut ne pas être mise en œuvre, notamment pour le cas où les enfants ont déjà été allotis ou qu'il s'agit d'enfant(s) commun(s) souhaitant laisser l'intégralité du patrimoine au conjoint survivant.

La donation en pleine propriété cumulée à la réduction en valeur et la faculté de cantonnement permet la protection la plus large au profit du conjoint survivant. Cependant, ce cumul de faculté peut largement desservir les enfants. Aussi afin d'assurer une protection à la fois du conjoint survivant et des héritiers réservataires, l'atelier de Droit Patrimonial de la Famille⁽²³⁰⁾ propose la clause suivante :

« Le donateur a par les présentes fait donation entre vifs au profit du donataire qui accepte, pour le cas où il lui survivrait, de l'universalité des biens et droits de la succession avec pour celui-ci la faculté de cantonner son émolument aux biens et droits de son choix.

Si la réduction est demandée, le conjoint donataire pourra opter pour l'une des quotités disponibles entre époux prévues par la loi au jour du décès.

(230) Quatrième atelier de Droit Patrimonial de la Famille qui s'est réuni le 25 juin 2009 sous la conduite de M. Philippe Delmas Saint-Hilaire (professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur Scientifique du Cridon Bordeaux-Toulouse) et de M. David Epailly (Juriste Consultant ; Responsable de l'Atelier de Droit Patrimonial de la Famille du Cridon Bordeaux-Toulouse) - Cridon Sud-Ouest, Nota Bene n° 152, 15 septembre 2009.

Si le donataire non concerné par une mesure de protection reste taisant dans les [...] mois suivant mise en demeure, il sera réputé avoir opté pour [...]. »

Le cas échéant, on pourra ajouter :

« Le donataire aura le choix de s'acquitter de la réduction en nature ou en valeur, dans les conditions prévues par la loi. Il sera privé de la faculté d'exécuter la réduction en nature s'il choisit de cantonner son émolument. »

Pendant, ce cas n'arrivant que très rarement, il est utile de préciser que la réduction s'opère désormais en valeur. Le conjoint conservera la pleine propriété des biens, à charge pour lui de verser l'indemnité de réduction due.

Pour le calcul de cette indemnité, il faudra procéder à la liquidation de la succession, avec les règles du rapport et de l'imputation légale. Ainsi, il est nécessaire de préciser que la donation entre époux est considérée comme un legs et qu'à ce titre, elle est imputée concurremment avec les éventuels autres legs et réduite proportionnellement.

En outre, les enfants non communs peuvent exiger que la libéralité en propriété soit convertie en libéralité en usufruit grevant leur réserve, moyennant l'abandon de la part d'usufruit que le conjoint aurait reçu en son absence⁽²³¹⁾. Cet usufruit forcé ne peut être mis en œuvre que dans la mesure où il n'a pas été écarté par le de cujus.

Peut être prévue dans l'acte :

S'il existe des enfants d'un précédent lit, et si l'option exercée par le DONATAIRE lui permet de recevoir une fraction de la succession en pleine propriété, les enfants du précédent lit ne pourront substituer à l'exécution de la libéralité, l'abandon de l'usufruit de leur part successorale (Art. 1098 du Code civil).

En pratique, cela ne s'appliquera que rarement, dans la mesure où la liberté de choix entre les trois quotités offertes au conjoint survivant révèle une intention tacite du donateur d'écartier cette possibilité, ainsi que cela a été relevé par la Cour de cassation dans son arrêt du 3 décembre 1996⁽²³²⁾.

Cette donation de la pleine propriété peut s'avérer être un aménagement dans la transmission de la succession. En effet, en présence d'enfant(s) commun(s), elle permettra au conjoint survivant d'appréhender l'intégralité de la succession en totale exonération de droits et d'en disposer librement. À cette fin, les héritiers réservataires peuvent même renoncer par anticipation à l'action en réduction.

(231) Article 1098 du Code civil.

(232) Civ. 1^{re}, 3 décembre 1996, n° 94-21.799 « Mais attendu que la faculté offerte par l'article 1098 du Code civil à chacun des enfants du premier lit, de substituer à l'exécution de la libéralité l'abandon de l'usufruit de la part de succession qu'il eût recueillie en l'absence de conjoint survivant, ne peut s'appliquer que dans le cas où la libéralité a été consentie dans les limites de la quotité disponible de droit commun en propriété, et non lorsque le disposant a ouvert à son conjoint l'option entre les trois quotités disponibles prévues par l'article 1094-1 du Code civil, laquelle comporte la faculté pour le gratifié de recueillir une libéralité d'un montant supérieur à l'usufruit de la totalité de la succession et, par là même, exclut, sans équivoque, l'application de l'article 1098 (...) ».

En l'absence d'héritier réservataire, cette libéralité permet au conjoint d'appréhender la totalité de la succession. Elle renforce les droits légaux, tout en écartant les parents sauf pour ce qui est de leur droit de retour.

b) L'étendue de la donation

336. La donation entre époux possède une large étendue puisqu'elle porte généralement sur l'ensemble des biens existants dans le patrimoine du donateur au jour de son décès. La quotité reçue peut être soit limitée par le donateur, soit choisie par le donataire lors du règlement de la succession parmi les quotités sus évoquées.

En conséquence, en sont exclus les biens dont le de cujus a disposé, que ce soit par donation ou par legs. En effet, cette libéralité de biens à venir est distincte d'une libéralité entre vifs en ce sens qu'elle ne dépasse pas le disposant.

Il peut continuer à disposer librement de son patrimoine, la donation ne portant que sur les biens existants au jour du décès. Cela offre une véritable liberté à l'époux donateur.

Cette donation peut également ne porter que sur une partie des biens ou un bien précis dépendant de la succession. Dès lors le donateur devra spécifiquement établir la portée de la libéralité.

c) La donation de l'usufruit

337. L'exécution de la donation entre époux peut conduire à un démembrement entre le conjoint, usufruitier et les enfants, nus-proprétaires. En pareil cas, le Code civil prévoit des obligations permettant de préserver les parties.

D'une part, l'article 600 du Code civil impose à l'usufruitier de faire établir un inventaire des meubles et immeubles soumis à cet usufruit, avant d'entrer en jouissance. Le but étant d'écartier la présomption de délivrance en bon état d'entretien et de savoir exactement quels sont les biens recueillis par le conjoint. Cet inventaire facilitera la transmission suite au décès de l'usufruitier, l'inventaire établissant précisément les biens à restituer. Il s'agit là d'un bon outil permettant d'éviter des conflits successoraux.

D'autre part, l'article 601 du Code civil fixe, pour l'usufruitier, une obligation de fournir caution. Cela permet de protéger le nu-proprétaire contre une éventuelle dégradation des biens ou une insolvabilité de l'usufruitier. Cette disposition s'accompagne de l'obligation de faire emploi des sommes.

Cependant, ces droits n'étant pas d'ordre public, ils sont souvent écartés soit par le disposant lors de l'établissement de la libéralité, soit par les parties elles-mêmes lors du règlement de la succession.

Toutefois, les descendants peuvent demander l'établissement d'un inventaire et l'emploi des sommes soumises à usufruit, et ce même si le disposant avait écarté cette obligation⁽²³³⁾. Dès lors, le notaire chargé du règlement de la succession doit obtenir l'accord des nus-proprétaires avant la délivrance des fonds à l'usufruitier. L'héritier réservataire ne pouvant renoncer à ce droit qu'après ouverture de la succession afin d'éviter la prohibition des pactes sur succession future.

(233) Article 1094-3 du Code civil.

Proposition de clause sur les modalités d'exercice des droits conférés au donataire en usufruit

L'usufruit recueilli en vertu de la présente donation portera également sur les biens qui n'appartiendraient au donateur qu'en nue-propriété lors de son décès, dès l'extinction du ou des usufruits en cours.

Le donataire sera dispensé de fournir caution.

Par dérogation aux dispositions de l'article 600 du Code civil, il pourra entrer en jouissance avant même que l'inventaire prévu audit article 600 et dont il est parlé à l'article 1094-3 ne soit établi ; si les nus-propriétaires l'acceptent, la déclaration de succession établie par un notaire pourra valoir inventaire au sens de ces deux articles.

Dans tous les cas il devra contribuer aux dettes suivant les règles de l'article 612 du Code civil et restera assujéti à toutes les autres charges de droit.

Si lors du décès, les nus-propriétaires ne demandent pas l'emploi des sommes liquides et avoirs assimilés, ainsi que le leur permet l'article 1094-3 du Code civil, l'usufruitier jouira d'un quasi-usufruit dans les conditions de l'article 587 du même Code et en aura la libre disposition, sauf obligation de restitution à l'extinction de son quasi-usufruit.

L'indemnité dont le quasi-usufruitier pourrait être redevable en vertu de cette obligation de restitution, à l'extinction de son usufruit, ne pourra être inférieure à la valeur de ces mêmes biens au jour du décès du donateur indexé sur le taux du livret A.

Si les héritiers réservataires ne recueillaient que de la nue-propriété, la totalité des frais et droits à leur charge auxquels donnerait lieu l'ouverture de la succession, y compris les droits de mutation par décès, serait prélevée sur la part leur revenant dans l'actif de la succession soumise à l'usufruit de la donataire, sauf compte à faire entre usufruitier et nu-propriétaire, ou leurs héritiers et représentants, pendant la durée de l'usufruit, ou après son extinction.

d) Le choix de l'option en cas d'incapacité

338. L'option du conjoint survivant revêt un caractère personnel, à ce titre elle ne peut pas être exercée par les cohéritiers. L'option ne peut être exercée par le conjoint que s'il dispose de la capacité.

La capacité requise lors de l'établissement de la libéralité est différente de celle requise lors de sa mise en œuvre. En effet, dans un premier temps il est nécessaire d'avoir la même capacité que celle requise pour accepter une libéralité grevée de charge pour finalement nécessiter la même capacité que pour accepter un legs universel.

Ainsi, le conjoint incapable protégé, devra respecter les formalités requises pour effectuer un acte de disposition.

Sous sauvegarde de justice, il aura la capacité d'opter seul. Cependant cette option sera susceptible de nullité si elle est donnée sous l'effet d'un trouble mental.

Sous curatelle, le conjoint pourra seul prendre position dans la mesure où il accepte à concurrence de l'actif net, cependant l'acceptation pure et simple et la renonciation requièrent l'intervention du curateur.

Sous tutelle, le gratifié ne pourra pas prendre d'option seul. Le tuteur peut seul accepter à concurrence de l'actif net, mais doit être autorisé par le Juge des Tutelles ou le conseil de famille afin de renoncer ou d'accepter purement et simplement et d'opter pour l'une des possibilités offertes par l'article 1094-1 du Code civil⁽²³⁴⁾.

La loi ne fixe pas au conjoint de délai pour opter. En pratique, son choix peut s'exercer jusqu'au partage de la succession, à moins qu'un cohéritier ne le somme d'opter préalablement.

➔ **Proposition de clause dérogatoire en cas de curatelle ou tutelle**

Au cas où le survivant des époux ferait l'objet au jour du décès du prémourant d'une mesure de curatelle ou de tutelle, et où il existerait au décès du prémourant des époux, des enfants ou descendants d'eux ou du seul donateur, la donation sera alors réduite à l'usufruit universel et le donataire ne pourra se prévaloir des droits en pleine propriété.

Le DONATAIRE devra faire emploi et inventaire, et faire dresser état des immeubles.

Il contribuera aux dettes suivant les règles de l'article 612 du Code civil et restera assujetti à toutes les autres charges de droit.

e) L'exclusion des dispositions de l'article 757-3 du Code civil sur les biens de famille

339. La loi du 3 décembre 2001 ayant accordé une place plus importante au conjoint lui permet de primer les collatéraux. Cette réforme a suivi les évolutions sociétales et permet d'éviter que le conjoint se trouve en indivision avec les frères ou sœurs sur des biens acquis avec le de cujus. Cependant afin de protéger les biens de famille, la loi a instauré en parallèle, un droit de retour au profit de ces collatéraux privilégiés. Celui-ci se met en œuvre lorsque le défunt a reçu, à titre gratuit, des biens de ses ascendants⁽²³⁵⁾ prédécédés et que ces biens se trouvent en nature dans la succession.

Ce droit ne s'applique qu'en l'absence de descendants, de père et mère. Ces derniers bénéficiant eux-mêmes d'un droit de retour légal. Attention toutefois, seuls les collatéraux issus du parent donateur peuvent exercer ce droit de retour, et ce toujours dans un souci de conservation des biens de famille. La distinction entre frères et sœurs, germains, utérins et consanguins sera déterminante.

(234) Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, n° 92-16.823.

(235) Initialement de ses père et mère, puis étendu aux ascendants par la loi du 23 juin 2006.

Si toutes les conditions sont réunies, seule la moitié des biens concernés est dévolue aux collatéraux. Ce fractionnement des biens va créer une indivision entre ces derniers et le conjoint survivant. Cette situation ne peut pas satisfaire les parties et conduira nécessairement à des conflits. À défaut d'entente, le risque principal est la vente des biens de famille, ce qui est contraire à l'esprit de la loi.

Ce droit de retour légal des frères et sœurs n'étant pas d'ordre public, il est préférable de l'exclure.

► **Biens de famille (art. 757-3 du Code civil)**

Le donateur entend qu'en l'absence de descendants et de père et mère, les dispositions de l'article 757-3 nouveau du Code civil ne puissent s'appliquer, la présente donation portant sur l'ensemble des biens et droits composant la succession du donateur quelle qu'en soit l'origine.

f) L'organisation du règlement des frais et des droits de succession

340. Le règlement de la succession entraîne nécessairement des frais liés à la rédaction des actes et parfois des droits de succession à régler à l'État. La question du règlement de ces frais et droits est susceptible de créer des conflits, surtout lorsqu'il s'agit d'une famille recomposée. Ce conflit peut à lui seul bloquer le règlement définitif de la succession.

L'option du conjoint pour l'usufruit étant censée lui laisser la libre disposition des fonds (sauf obligation d'emploi des sommes comme vu ci-dessus), les enfants estiment légitime qu'il supporte seul l'intégralité des frais et droits, alors même que le conjoint est totalement exonéré de droits de succession.

Le disposant peut prévoir, aux termes de la donation entre époux, à qui incomberont les frais et droits pour le cas où le conjoint opterait pour l'usufruit.

Ainsi le donateur peut imposer à l'usufruitier de régler les frais et droits à la charge des réservataires, par avance sur les biens de la succession, si ces derniers ne reçoivent aucun bien en pleine propriété. Il peut également préciser que ce règlement ne donnera lieu ni à intérêts ni à comptes à l'extinction de l'usufruit. Cela permettra d'éviter un conflit entre les héritiers du de cujus et ceux de l'usufruitier. Ou à l'inverse, prescrire une répartition des charges au prorata des droits de chaque ayant droit.

Si les héritiers réservataires ne recueillaient que de la nue-propriété, la totalité des frais et droits à leur charge auxquels donnerait lieu l'ouverture de la succession, y compris les droits de mutation par décès, serait prélevée sur la part leur revenant dans l'actif de la succession soumise à l'usufruit du donataire, sauf compte à faire entre usufruitier et nus-propriétaires, ou leurs héritiers et représentants, pendant la durée de l'usufruit, ou après son extinction.

Section II – Les outils de transmission à destination des héritiers

341. Les outils de transmission relèvent pour l'essentiel du droit des libéralités et aussi de l'assurance-vie, devenu pour beaucoup le support favori des transferts patrimoniaux. Or, libéralités et assurance-vie sont autant d'outils d'anticipation successorale. C'est une idée répandue en effet qu'organiser à l'avance sa propre succession est le meilleur moyen d'éviter que les tensions et les conflits familiaux ne se cristallisent après le décès autour du règlement successoral. D'un côté, les héritiers qui auront reçu du vivant de leur auteur tout ou partie de leurs droits seront moins portés à l'impatience. De l'autre, le de cujus apparaît comme celui qui connaît le mieux son patrimoine et sa famille. La situation qui se présentera après son décès est le fruit des choix qu'il aura faits au cours de sa vie. On peut donc penser qu'il est le plus à même d'organiser la distribution de ses biens en tenant compte des aspirations et des besoins de chacun, de prévenir et de tempérer les oppositions. La donation-partage, qui réunit autour du disposant l'ensemble de ses futurs héritiers pour réaliser un partage consensuel de ses biens, est l'exemple parfait de cette stratégie pacificatrice. Prolongeant cette vision optimiste, la loi du 23 juin 2006 diversifie les outils mis à disposition du de cujus dans ce même but d'anticipation, manifestant la confiance du législateur dans le libre jeu des volontés pour assurer la concorde dans la succession. Cette confiance n'est pourtant pas tout à fait dans la tradition française. Dans notre droit, la transmission successorale est encadrée par un ordre public intense qui trouve son expression principale dans la réserve héréditaire. Savoir si la paix des familles sera mieux assurée par la volonté de la loi ou celle des personnes concernées, si la réserve protège ou au contraire exacerbe les conflits, telle est la question qu'il nous faut maintenant examiner.

Sous-section I – La réserve, un instrument de conflit ou de protection ?

342. Comme le souligne le professeur Michel Grimaldi, « dans un système qui ne manifeste clairement sa préférence ni pour la succession légale, ni pour la succession testamentaire, la réserve devient d'analyse difficile. Faute de savoir laquelle de la dévolution légale ou de la dévolution testamentaire constitue le principe, on ne sait si elle est une institution naturelle ou correctrice. Et, du même coup, sa réglementation procède d'un certain empirisme »⁽²³⁶⁾.

Reste que, en ce qu'elle limite la liberté de chacun d'entre nous de disposer de ses biens pour après sa mort, la réserve exprime évidemment une forme de méfiance envers les intentions dont pourrait être animé le disposant. Elle repose finalement sur cette idée que la loi est mieux placée que nous-même pour décider de la meilleure dévolution⁽²³⁷⁾. Or, dans une période où triomphe l'individualisme, et peut-être aussi sous l'influence du droit anglo-saxon, cette entrave à la liberté n'est

(236) Cf. Michel Grimaldi, *Droit civil. Les successions*, 6^e éd., Paris, Litec, 2001, n° 283, p. 278.

(237) Montaigne exprimait cette idée avec beaucoup de force : « Les lois y ont mieux pensé que nous... », *Essais*, livre II, chapitre 8, et à sa suite Domat : « Les successions légitimes (entendons : réglées par la loi) sont plus naturelles, plus nécessaires que les successions testamentaires... », *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2^e partie, préface, VIII.

pas toujours bien comprise. On reproche à la réserve, outre son inefficacité économique, un fonctionnement aveugle au comportement des personnes et à la complexité des familles. Pourquoi celui qui se montre ingrat ou indifférent devrait-il être protégé tout autant que celui qui prend soin de ses parents ? Pourquoi celui qui est atteint d'un handicap ou dont la vie a été accidentellement bouleversée ne peut-il être mieux protégé que les autres dont les besoins ne sont pas les mêmes ? Pourquoi celui qui a contracté une nouvelle union et constitué une nouvelle famille ne peut-il amener les enfants de son conjoint, avec qui il a pu tisser des liens affectifs aussi forts qu'avec ses propres enfants, à égalité avec les siens dans sa succession ? Bref, la réserve est un prêt à porter, elle ne permet pas le sur-mesure. Par sa rigidité, elle semble ainsi inapte à prendre en charge la diversité des situations patrimoniales et familiales, aussi bien que la variété des aspirations. En ce sens, on peut en effet se demander si aujourd'hui elle n'entretient pas le conflit successoral plutôt qu'elle ne le prévient ou le réduit, si elle n'est pas plus injuste que protectrice. Mais en même temps, c'est justement la complexité et l'instabilité des situations familiales qui rend plus que jamais nécessaire une institution tutélaire qui préserve tant les ayants droit que le disposant lui-même contre les caprices de la volonté. C'est pourquoi, après avoir rappelé les origines historiques de la réserve (§ 1), il y aura lieu d'examiner qui, en l'état actuel du droit (§ 2), elle protège et comment.

§ I – RAPPEL DE L'ÉVOLUTION DES TEXTES

343. Les origines de la réserve⁽²³⁸⁾. La réserve telle qu'elle a été créée en droit français résulte du croisement de deux traditions, celle des pays de droit écrit et celle des pays de droit coutumier.

Il est intéressant de se pencher quelque peu sur ces deux sources du droit, tant sont nombreuses les similitudes avec notre réserve actuelle telle que définie, modifiée et certains diront même « malmenée », par les différentes réformes et les hauts magistrats, de 1804 à nos jours. La symétrie n'est pas parfaite mais reste surprenante.

(238) Dispositions du droit romain en leur dernier état.

Retournons aux origines :

<p>Le droit écrit : il consacrait la liberté de tester, mais non sans limite. Deux catégories de personnes étaient à protéger, les héritiers en ligne directe et sous certaines conditions les frères et sœurs. Ces membres du cercle familial, aussi appelés les « proches parents », avaient droit à <i>la légitime</i>. Il s'agissait d'un devoir d'assistance entre proches parents, droit attaché à la qualité de parent et non d'héritier. En conséquence, le renonçant aussi avait droit à la légitime. Elle variait du quart à la moitié de la succession.</p> <p>Le <i>de cuius</i> à qui la faculté de tester était reconnue, ne pouvait dépouiller totalement ses proches parents.</p> <p><i>La légitime</i> était due sous forme de créance, elle était la réponse à un devoir d'assistance, proche d'une obligation alimentaire. Les légitimaires disposaient d'une action en complément de la légitime tant contre les donataires que contre les légataires.</p>	<p>Le droit coutumier : était dominé par l'idée de conserver les biens dans la famille.</p> <p>La réserve coutumière portait sur les biens d'origine familiale ; les biens propres. Cependant, dans la plupart des lieux où le droit coutumier était appliqué, elle ne protégeait que contre les legs.</p> <p>La volonté était de rendre indisponible une partie des biens du défunt. Mais cette indisponibilité était toute relative, le futur défunt pouvant dès lors disposer librement des meubles et acquêts et par donation, des propres.</p> <p>En droit coutumier, la réserve profitait à tous les héritiers, même collatéraux dès lors qu'ils venaient en rang utile et qu'ils acceptaient la succession.</p> <p>La réserve était alors des 4/5^{es}.</p>
---	---

Les révolutionnaires quant à eux prônaient l'égalité et ne voyaient pas d'un bon œil la possibilité de tester. La quotité disponible était limitée au dixième en présence de descendants, au sixième en présence de collatéraux et ne pouvait en aucun cas bénéficier à l'un des héritiers.

La réserve instituée par le Code civil a emprunté ses règles à chacun des droits écrits et de coutumes en y appliquant ses propres quotités. Le législateur en a identifié ses bénéficiaires ; elle est la traduction d'un devoir de protection et protège quel que soit le type de libéralité faite par le défunt. La réserve de 1804 a pour objectif de maintenir les biens dans la famille. Elle porte sur une partie des biens de la succession et protège les réservataires acceptants. L'action en réduction avait pour unique but de reconstituer, au moins en partie, le patrimoine du défunt et la réduction s'exerçait en nature. Ces principes ont été maintenus jusqu'au XX^e siècle.

Quelques modifications ont été apportées au cours du XX^e en réponse à l'évolution des familles et pour des raisons économiques. Mais ce sont bien les réformes du XXI^e siècle qui sont venues apporter des modifications significatives à « *deux siècles de Code civil* »⁽²³⁹⁾. Malgré tout, force est de constater que ces réformes oscillent encore aujourd'hui entre des notions connues du droit écrit et du droit coutumier.

(239) P. Catala, « Le droit successoral entre son passé et son avenir, Prospectives et perspectives en droit successoral français », JCP N 2007.

Certains auteurs y voient un affaiblissement, mais le législateur compose avec une société⁽²⁴⁰⁾ en perpétuelle évolution qui crée le changement auquel il y a lieu de s'adapter économiquement et juridiquement.

§ II – EN L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

344. Quotité disponible, réserve héréditaire, opérations d'imputation et réduction des libéralités excessives, toutes ces règles sont contenues au Chapitre III, Titre II Des Libéralités du Code civil.

À première lecture, les lois récentes de 2001⁽²⁴¹⁾ et de 2006⁽²⁴²⁾ semblent n'avoir que très peu affecté la substance de toutes ces règles. Elles paraissent même avoir entouré la réserve d'un scrupuleux respect. De manière quelque peu inattendue, la première s'est préoccupée de fournir à la réserve une définition légale que le Code civil n'avait jusqu'ici pas jugée nécessaire. Cette définition nouvelle, qui figure à l'article 912, les rédacteurs du Code ne l'auraient point désavouée tant elle reflète une conception tout à fait traditionnelle. La réserve y est présentée, non comme un droit individuel, mais comme une institution collective assurant à la communauté des réservataires la dévolution de plein droit d'une fraction en nature des biens ayant appartenu au défunt⁽²⁴³⁾. En fait l'image est trompeuse. Elle n'est plus vraiment en phase avec la réalité de la réserve d'aujourd'hui, qui n'est plus, ni collective ni en nature. Comme on le verra, la fonction de protection individuelle – en particulier de l'égalité entre enfants – l'emporte largement sur la fonction de protection de la famille perçue comme un groupe ayant des intérêts communs. Et le plus souvent la réduction d'une libéralité excessive se traduira pour les réservataires par la perception d'une somme d'argent plutôt que par la conservation des biens mêmes qui dépendaient du patrimoine du défunt. C'est pourquoi à seconde vue les changements affectant la réserve sont considérables, posant la question de savoir si elle est encore un instrument efficace de protection (A), et si, en sens inverse, les atteintes qu'elle subit sont toujours sources de conflits (B). Mais l'efficacité de la protection légale dépend aussi de l'intensité de l'ordre public réservataire (C).

A/ La réserve : un instrument de protection ?

345. Le besoin de protection n'est pas né du décès mais bien des inégalités opérées par les libéralités faites par acte entre vifs ou par testament. La réserve en effet n'est pas une simple conséquence de la dévolution, mais elle se situe à l'intersection du

(240) « Une société est un groupe organisé d'êtres humains ou d'animaux, ayant établi des relations durables, qui vivent sous des lois communes, qui ont une forme de vie commune, qui sont soumis à un règlement commun (exemple : Société secrète) ou qui ont un centre d'intérêt commun (exemple : Société littéraire). Plus largement la société est l'état de vie collective. (Exemple : la vie en société).

En ethnologie la société désigne un groupe humain organisé et partageant une même culture, les mêmes normes, mœurs, coutumes, valeurs...

En sociologie, la société est l'ensemble des personnes qui vivent dans un pays ou qui appartiennent à une civilisation donnée. »

(241) Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

(242) Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

(243) Art. 912 C. civ. : « La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. »

droit d'hériter et de celui de disposer. De ce point de vue, elle limite la liberté de donner autant que celle de tester, comme le rappelle l'article 912 précité. Le but ainsi poursuivi est de protéger certains héritiers que la loi juge prioritaires. La question principale est ici de savoir qui bénéficie de la protection légale. Mais on constate alors que des contradictions dans les choix législatifs risquent de mettre en concurrence certaines des personnes protégées.

a) *La détermination des héritiers réservataires*

346. Traditionnellement, dans le Code civil et jusqu'à la loi du 23 juin 2006, ces héritiers prioritaires étaient d'abord les descendants ensuite les ascendants : selon une formule expressive ceux à qui on a donné la vie et ceux de qui on l'a reçue. Ainsi délimité le cercle des réservataires ressemble de très près à celui des créanciers d'aliments. Réserve et obligation alimentaire expriment alors une même idée de solidarité familiale, au cours de la vie et après la mort. À cet égard, les lois précitées ont substantiellement modifié la physionomie de l'institution, paradoxalement par un double mouvement de restriction et d'élargissement de son champ. Aujourd'hui les descendants du défunt, visés aux articles 913 et 913-1 sont devenus les bénéficiaires quasi exclusifs de la protection légale.

Restriction d'abord par la suppression de la réserve des ascendants, en deux étapes. La loi du 3 décembre 2001 avait laissé subsister celle des père et mère, tout en abrogeant celle des ascendants plus éloignés. À son tour, la loi du 23 juin 2006 a mis fin à celle des père et mère. L'allongement de la durée de la vie qui retarde le moment où on hérite, le sentiment que l'héritage est justifié quand il sert à passer le relais aux jeunes générations, et par conséquent une forme d'incompréhension, voire d'hostilité, aux successions remontantes explique sans doute cette réforme. Du même coup la loi fait disparaître le principe de réciprocité sur lequel était pourtant construite jusqu'ici la théorie de la réserve. Pour autant, il n'est pas absolument sûr que la réforme soit opportune : l'allongement de la durée de vie aurait pu justement plaider dans le sens inverse : avec l'âge, peut croître aussi le besoin de protection. En perdant un enfant, les parents ont aussi perdu un débiteur d'aliments. Est-il juste de les laisser sans ressources ? Il est vrai que la réserve des ascendants ne disparaît pas absolument sans laisser de traces. Il y est suppléé par un droit de retour, portant sur les biens que le défunt avait reçus par donation de ses ascendants (art. 757-3 C. civ.). Comme la réserve dont il prend la place, ce droit est d'ordre public. Mais il est formulé de façon si ambiguë qu'il a laissé perplexes tous les interprètes, ce qui jette une incertitude sur son efficacité. Il est vrai aussi que dans la généralité des cas une clause de retour conventionnel insérée dans la donation suppléera le retour légal.

Élargissement en sens inverse, puisqu'avec le conjoint un nouveau venu entre dans le groupe des réservataires. Mais cette entrée se fait de façon plutôt déconcertante. En présence de descendants, le conjoint n'a encore aujourd'hui aucun droit réservataire. Aux yeux du législateur, il ne saurait y avoir de cumul de réserve sauf à réduire à rien la liberté de disposer. Ce n'est donc qu'en l'absence de descendants que la réserve du conjoint fait son apparition : elle est alors du quart⁽²⁴⁴⁾. Reconnaissons que cette réserve à éclipse, qui surgit en l'absence de descendants pour s'évanouir quand survient l'enfant, est un signe ambigu de la vitalité de l'institution.

(244) Art. 914-1 C. civ.

On peut d'ailleurs s'interroger sur son utilité : en l'absence de descendants, on peut penser que le conjoint bénéficiera le plus souvent d'une disposition lui assurant l'universalité des biens laissés par le défunt. Dans le cas contraire c'est peut-être que l'état des relations entre les époux ne justifie pas vraiment l'attribution d'une réserve.

b) La réserve des descendants en présence d'un conjoint

347. Il importe de souligner qu'en présence du conjoint, la réserve des descendants risque fort d'être limitée à la nue-propriété des biens successoraux, contredisant ainsi directement l'article 912 aux termes duquel la réserve est due aux réservataires, libre de toute charge. Cette situation est le résultat des droits nouveaux reconnus au conjoint par la loi du 3 janvier 2001. En présence de descendants, dès lors en tout cas qu'ils sont tous « issus des deux époux », le conjoint peut opter pour un usufruit qui grèvera la totalité de la succession⁽²⁴⁵⁾, et par conséquent s'exercera aussi sur les biens composant la part réservataire des héritiers. Ce n'est pas absolument nouveau. Déjà depuis une loi du 13 juillet 1963 qui a étendu la quotité disponible spéciale entre époux à l'usufruit universel, les enfants ne peuvent opposer leur réserve au conjoint gratifié en usufruit que pour la nue-propriété seulement. Avec la loi du 3 décembre 2001, c'est désormais la loi qui attribue de plein droit au survivant ce que les époux pouvaient se consentir par libéralités. Or on le sait, la cohabitation de l'usufruit avec la nue-propriété n'est pas aisée et recèle elle aussi bien des potentialités de conflits : autour de la jouissance ou de l'entretien de biens, ou tout simplement parce qu'elle suscite naturellement l'impatience des nus-propriétaires à retrouver la plénitude de la propriété et la libre disposition de leurs biens.

Le législateur ne l'ignore pas. C'est la raison pour laquelle il a limité, dans la succession légale, cette cohabitation à risque aux seules hypothèses où les descendants de l'époux prédécédé sont aussi ceux du survivant. Le conjoint perd en revanche le droit à l'usufruit du tout lorsqu'il est en présence d'enfants issus d'une autre union. C'est un point de vue réaliste. Ce n'est pas la même chose que de supporter sur sa part l'usufruit de son père ou de sa mère, ou celui d'un beau-père ou d'une belle-mère. Les tensions ne seront pas les mêmes. Il y a aussi un rapport d'âge : les enfants du défunt peuvent être aussi âgés, voire plus, qu'un second conjoint et il serait déraisonnable de leur demander d'attendre le décès de ce dernier pour retrouver la jouissance des biens qui leur ont été transmis. Mais il reste que ce que la loi s'est refusée à faire, les époux peuvent le réaliser par donation ou testament. La quotité spéciale intègre l'universalité de l'usufruit quelle que soit la qualité des enfants titulaires de droits dans la réserve. De l'article 1094-1 il résulte par conséquent qu'une libéralité en usufruit au conjoint n'est jamais réductible, laissant ainsi les enfants sans protection. Cette situation, toute naturelle lorsque les rapports du conjoint et des enfants sont sans nuages, peut devenir très inconfortable lorsqu'ils sont en conflit. C'est pourquoi il nous semble qu'il est indispensable de conseiller les époux avec prudence dans l'exercice de ces options que leur ouvre la loi.

c) La réserve du conjoint et le droit de retour légal des frères et sœurs

348. La réserve du conjoint risque aussi d'entrer en conflit avec le droit de retour que la loi du 3 décembre 2001 a reconnu aux frères et sœurs du défunt. Selon

(245) Art. 757 C. civ.

l'article 757-3 du Code civil, en présence du conjoint survivant et en l'absence de descendants et d'ascendants privilégiés, ce droit de retour a vocation à s'appliquer dès lors qu'existe en nature, au jour de la succession, des biens reçus par le défunt de ses ascendants. Mais on sait qu'il ne porte que sur la moitié de ces biens. Ainsi ne permet-il pas à lui seul d'en assurer la conservation dans la famille. Par exemple, si figure dans la succession une entreprise ou une exploitation d'origine familiale, il faudra un legs pour permettre à un frère ou une sœur de se la voir attribuer. Or, la réserve du conjoint risque de paralyser ce legs.

Se pose alors la question de savoir comment ce droit de retour interfère avec le calcul de la réserve du conjoint. Il est constant en effet que la réserve ne porte que sur la succession ordinaire, à l'exclusion des biens inclus dans une succession anormale. Il faut donc décider si le droit de retour prévu à l'article 757-3 donne naissance à une succession anormale ou s'il s'agit d'un droit dans une succession unique.

La doctrine est divisée⁽²⁴⁶⁾ sur ce point. Mais, par un arrêt du 28 février 2018⁽²⁴⁷⁾, la première chambre civile de la Cour de cassation semble pencher pour l'ouverture d'une succession anormale en faisant référence à la « *succession ordinaire* » pour identifier les bénéficiaires de la dévolution légale.

Il s'agit alors non pas d'une dualité de droit sur les biens de famille, mais de l'ouverture de deux successions ; l'une ordinaire à laquelle est appelé le conjoint (et les éventuels légataires) et dont dépendra la moitié des biens de famille ; et l'autre anormale ouverte aux seuls collatéraux privilégiés dans laquelle se trouve l'autre moitié des biens de famille.

Conséquence : la moitié des biens de famille objet du retour, sera exclue du calcul de la réserve⁽²⁴⁸⁾.

B/ Les atteintes à la réserve entraînent-elles systématiquement le conflit ?

349. Poser la question de savoir si toute atteinte à la réserve se résout inévitablement en conflit autour de la succession, c'est se demander à quoi elle sert et quels intérêts elle protège spécifiquement. Traditionnellement, la réserve est à double détente. Elle poursuit simultanément deux objectifs distincts : elle protège la famille prise collectivement à l'encontre des libéralités qui, faites à des personnes étrangères au clan familial, privent les héritiers de biens sur lesquels ils croyaient pouvoir compter ; elle protège individuellement chacun des enfants, à qui elle garantit une égalité minimum en limitant les avantages qui peuvent être consentis à certains d'entre eux. Il est vrai que la fonction collective nous laisse aujourd'hui dubitatifs. Sans doute évoque-t-elle d'un peu trop près la société des héritiers que dénonce Pierre Bourdieu. La fonction individuelle est en revanche d'une brûlante actualité. Comme le remarque Michel Grimaldi, l'égalité entre enfants se présente comme un principe

(246) Succession unique : en ce sens, F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet / Succession anormale : en ce sens, M. Grimaldi.

(247) Civ. 1^{re} 28 février 2018, n° 17-12.040.

(248) Article 914-1 CC : « Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder les trois quarts des biens si, à défaut de descendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé. »

toujours plus prégnant en droit successoral⁽²⁴⁹⁾. Or, dans le contexte des ruptures familiales, il arrive que les liens entre un enfant et l'un ou l'autre de ses parents se distendent et s'effacent. Le plus souvent, c'est la relation avec le père qui est ainsi fragilisée. Dans cette perspective, la réserve est là pour assurer la pérennité du lien de filiation. Elle vient rappeler très utilement que l'on ne divorce pas d'avec ses enfants et que le lien paternel n'est pas soluble dans la volonté.

Que ce soit dans sa fonction collective ou dans sa fonction individuelle, la réserve n'anticipe pas ou ne prévient pas les problèmes mais vise à les corriger après coup. C'est après le décès du de cujus que l'on se livre à des calculs compliqués pour vérifier s'il a excédé ce dont il pouvait librement disposer. Ainsi les héritiers réservataires sont ils protégés a posteriori par une méthode correctrice. Ce qui vient protéger une partie de l'hérédité peut être perçu comme une injustice par ceux qui ont été gratifiés. Même s'ils ont été parfaitement informés au jour de la libéralité, les donataires n'accepteront sans doute pas aisément d'avoir à rendre des comptes et de voir éventuellement remises en cause des libéralités reçues il y a plusieurs années. À partir de cet instant peut naître le conflit. Les français se disent attachés à la notion de réserve, mais n'imaginent pas toujours qu'au jour de l'ouverture de la succession viendra l'heure de faire les comptes dans le respect de l'équilibre choisi par le législateur. Il y aura lieu de relater l'historique patrimonial du défunt mais également de ceux qui ont reçu des libéralités. C'est à cet instant que surgissent bon nombre d'algarades. Effectivement si à la suite de ces vérifications il s'avère que des libéralités sont réductibles, ceux qui avaient été avantagés auront à rendre ce qu'ils ont reçu en trop. La réduction tiendra en échec la volonté libérale du défunt. En même temps, l'égalité qui sera rétablie par ce moyen ne sera que relative, et il n'est pas sûr non plus que, même permises par la loi, les inégalités qui subsisteront soient du goût de tous.

De ce que la réserve fonctionne comme un correctif, il résulte que la rétablir n'est pas une obligation. Les héritiers réservataires bénéficient de la faculté d'exercer contre les libéralités excessives une action (a) qui aboutira à leur réduction (b).

a) *L'exercice de l'action*

350. L'action ouverte par l'article 921 alinéa 1 du Code civil⁽²⁵⁰⁾ est personnelle et divisible. Le principe est que la réduction des dispositions entre vifs pourra être demandée par tous ceux au profit desquels la loi fait la réserve, c'est-à-dire par les héritiers réservataires appelés en rang utile et acceptants. Ainsi que par leurs héritiers ou ayants cause⁽²⁵¹⁾. Enfin par la voie de l'action oblique⁽²⁵²⁾, cette action pourra être exercée par les créanciers personnels d'un héritier réservataire négligeant.

(249) M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e éd., 2017, n° 300. Rappelons que l'arrêt Mazurek a fait de l'égalité entre l'enfant légitime et l'enfant adultérin un principe protégé par la convention européenne des droits de l'homme. CEDH 1^{er} février 2000, 34406/97.

(250) Article 921 al. 1 CC : « La réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause : les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction, ni en profiter. »

(251) Mais elle ne peut pas l'être par un conjoint commun en biens : Civ. 1^{re} 10 juin 1975, JCP 1975. II. 18141, note Savatier.

(252) Article 1341-1 CC : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. »

Ni les donataires, les légataires ou les créanciers du défunt ne pourront exercer cette réduction ou en profiter. Cette limite au droit des créanciers s'entend au regard des donations, les biens étant sortis du patrimoine du défunt au jour du décès et réintégrés, tout le moins en valeur, dans le patrimoine personnel des héritiers réservataires. Mais l'action des créanciers successoraux sur les biens légués reste entière, ces derniers étant la propriété du défunt au jour de son décès. En tout état de cause, cette limite aux droits des créanciers successoraux ne joue que si l'héritier a accepté la succession de son auteur à concurrence de l'actif net. En présence d'une acceptation pure et simple du fait de la confusion des patrimoines, les créanciers successoraux deviendraient créanciers personnels des héritiers et pourraient à ce titre profiter de la réduction et même la demander par la voie de l'action oblique.

Enfin, l'action peut être individuelle ou collective, chacun des héritiers pouvant l'exercer pour lui-même dans la mesure de ses droits.

De ce que l'action est individuelle, il résulte que chacun des héritiers peut y renoncer pour son compte. En effet il a toujours été admis la possibilité de renoncer à un droit acquis. Or le droit est ici acquis dès l'instant du décès. Cette faculté est individuelle et peut porter sur tout ou partie des libéralités excessives.

La renonciation à demander la réduction des libéralités faites au-delà du disponible, peut être expresse ou tacite⁽²⁵³⁾ et n'est soumise à aucune forme particulière mais doit être certaine et sans équivoque⁽²⁵⁴⁾. À cet égard, il est du rôle du notaire de protéger les parties contre un toujours possible retour de volonté. C'est pourquoi il est indispensable en pratique de formaliser par écrit la renonciation. Par exemple, il y a lieu de rester prudent sur le point de savoir si la délivrance d'un legs sans réserve peut valoir renonciation tacite à en demander la réduction. L'admettre sans précaution serait source d'insécurité juridique⁽²⁵⁵⁾. Il ne pourra qu'être conseillé au praticien d'obtenir cette renonciation aux termes d'un acte.

En tout état de cause, la renonciation a posteriori reste entachée d'une certaine fragilité. En effet, cette renonciation peut être attaquée par les créanciers personnels du renonçant par la voie de l'action paulienne⁽²⁵⁶⁾ en cas de fraude de leurs droits⁽²⁵⁷⁾, la fraude devant être démontrée. Mais également par les héritiers réservataires du renonçant, soit par la voie d'une action réduction pour atteinte à leur réserve s'ils démontrent que cette renonciation peut être qualifiée de libéralité indirecte⁽²⁵⁸⁾, soit par la voie d'une action en inopposabilité fondée sur l'adage *fraus omnia corrumpit*⁽²⁵⁹⁾, s'ils démontrent que la renonciation visait à frauder leurs droits à réserve.

Selon le schéma et l'environnement familial, il sera parfois difficile d'obtenir de la part de certains héritiers la renonciation à exercer leurs droits à réduction, même

(253) Civ. 1^{re}, 4 novembre 1975, n° 73-14.300, Bull. civ. I, n° 311.

(254) Cependant la renonciation à l'action en réduction d'une libéralité excessive portant sur un bien immobilier, doit être publiée au fichier immobilier compétent, et nécessite de fait, un acte notarié article 28 4° a) du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière. « Les actes confirmatifs de conventions entachées de causes de nullité ou rescision ».

(255) En ce sens, M. Grimaldi, *Successions*, n° 825, note 441.

(256) Article 1341-2 Code civil.

(257) Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, NP ; Gaz. Pal. 1985. 1. 17. Plancqueel.

(258) Civ. 1^{re}, 24 novembre 1982, n° 81-13.426, Bull. civ. I, n° 340, RTD civ. 1983, p. 574, obs. J. Patarin.

(259) Civ. 1^{re}, 4 février 1992, n° 90-15.760, Bull. civ. I, n° 41 ; JCP 1992. II. 21946, note P. Salvage ; RTD civ. 1992. 432, obs. J. Patarin.

si cette renonciation aurait pour effet de respecter la volonté initiale du défunt. Pourquoi renoncerait-on à ce à quoi on a droit ?

L'heure des négociations. Dans la pratique quotidienne, c'est aux termes d'un partage transactionnel, mis en place en vue de terminer une contestation née, ou prévenir une contestation à naître et nécessitant de la part de chaque copartageant des concessions réciproques⁽²⁶⁰⁾, que cette technique sera la plus usitée et la mieux perçue par l'hérédité. Cette faculté sera alors, dans la majorité des cas, proposée par le notaire qui, de part une vision d'ensemble et en amiable compositeur, proposera d'utiliser cette faculté afin de désamorcer les conflits et trouver en quelque sorte un équilibre imparfait mais nécessaire à l'apaisement de la cellule familiale.

Aucune forme n'est imposée mais pourtant il sera préférable et même recommandé de favoriser la forme écrite.

Afin de s'assurer de l'efficacité juridique de l'acte et de la parfaite information des renonçants, il sera indispensable que la liquidation de la succession, telle qu'elle résulte de la loi, soit établie dans le corps de l'acte et que le montant des indemnités soit connu avant toute renonciation. On ne peut raisonnablement renoncer à un droit que lorsqu'on en connaît l'étendue.

En présence d'un partage successoral il sera aisé d'intégrer les éventuelles renonciations à l'acte. En présence de biens immobiliers composants la masse à partager l'acte sera soumis automatiquement à l'obligation de publicité foncière.

La situation sera moins évidente en l'absence d'indivision, comme c'est le cas en présence d'un légataire universel⁽²⁶¹⁾. À défaut d'acte constatant le partage et les attributions des biens successoraux, il sera prudent de recevoir un acte contenant liquidation des indemnités de réduction et renonciation des héritiers réservataires à exercer l'action en réduction de la ou des libéralités excessives. Si cette renonciation porte sur des biens immobiliers, l'acte sera soumis à la formalité de publicité.

b) Les modalités de la réduction

351. L'esprit libéral du législateur lors de la réforme du droit des successions et des libéralités de 2006⁽²⁶²⁾, a conduit à ce que la réduction en valeur de toutes les libéralités excessives devienne la règle. La réduction en nature n'est plus possible qu'à la demande du gratifié lui-même et ne peut jamais lui être imposée. En première analyse, ce changement de paradigme ne peut qu'être favorable à un règlement pacifique de la succession. La réduction en nature, qui ramène dans la succession les biens donnés en dépassement de la quotité disponible, est en effet lourde de conséquences. Lourde pour le gratifié, dont elle est effacée rétroactivement la propriété ; lourde pour les tiers à qui il avait consenti des droits. Quand elle est partielle, ce qui est souvent le cas, elle débouche sur une indivision entre les héritiers et le gratifié qu'il faut alors dénouer par un partage. Comme souvent sa complexité même contient autant de germes de conflits. Au contraire, la réduction en valeur respecte et la volonté

(260) Article 2044 Code civil : « La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. »

(261) Le legs étant réductible en valeur et non pas en nature, la réduction ne donne naissance à aucune indivision entre le légataire et les héritiers. *Infra* note 29.

(262) Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 - art. 13 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

du disposant et les droits du gratifié, même si c'est au prix d'une indemnité que celui-ci devra payer pour conserver le bien. Si le bien a été aliéné, la sécurité de l'acquéreur ne s'en trouve pas a priori menacée⁽²⁶³⁾. De ce point de vue on est tenté de penser que la règle nouvelle réalise une conciliation harmonieuse des intérêts en présence.

On est bien obligé de constater cependant qu'elle se traduit aussi par un affaiblissement incontestable de la réserve. Les objections adressées à la réduction en nature valent certainement à l'encontre des donations. Elles sont beaucoup moins convaincantes quand il s'agit des legs qui ne prennent effet qu'au décès, et moins encore lorsqu'on entend appliquer la réduction en valeur aux dispositions universelles. C'est pourtant ce qu'a admis la Cour de cassation lorsqu'elle a jugé, dans un arrêt du 11 mai 2006, qu'un legs, même universel, est en principe réductible en valeur et non en nature⁽²⁶⁴⁾. Ainsi le légataire, sauf à user de la faculté de cantonnement⁽²⁶⁵⁾ ou à proposer une réduction en nature, est seulement redevable d'une indemnité. L'héritier réservataire se trouve donc privé de tout droit sur les biens ayant appartenu au défunt. Il est réduit si l'on peut dire à la position de créancier du bénéficiaire. On peut imaginer par exemple un collectionneur d'art qui aurait légué toutes ses collections au Musée du Louvre. Ses héritiers pourront certes obtenir une réduction du legs. Mais celle-ci ne leur permettra en aucune manière de retrouver une partie au moins des collections constituées par leur père. Dépossédés définitivement de tous les biens paternels, ils n'obtiendront qu'une compensation en argent.

Ce résultat, que l'on peut juger parfaitement inopportun, transforme de façon substantielle la physionomie de la réserve. Toute idée d'attachement à des biens dont l'origine porte la marque d'une tradition familiale a été évacuée. Ne reste que l'idée que les enfants ont une sorte de droit à participer à l'enrichissement réalisé par leurs parents. La réserve se vide de tout contenu réel, et perd ainsi l'essentiel de sa signification.

Quant à la détermination du montant de l'indemnité elle est réglée par l'article 924-2 du Code civil. Selon ce texte, lorsque la libéralité est totalement réductible, l'indemnité de réduction sera égale à la valeur du bien donné ou légué à l'époque du partage ou de son aliénation par le gratifié et en fonction de son état au jour où la libéralité a pris effet. Lorsque seule une fraction de la libéralité est soumise à réduction, il y a lieu de déterminer la fraction du bien qui excède le disponible afin d'appliquer cette dernière à la valeur du bien déterminée dans les conditions susvisées au jour du partage.

Exemple :

Si le bien a une valeur de 200 000 € au jour du décès et que la libéralité s'impute pour 100 000 € sur le disponible, elle sera alors réductible pour 100 000 €. La fraction réductible de la libéralité est de 1/2. Appliquée à la valeur du bien au jour du partage, si le bien est évalué au partage à 300 000 €, le montant de l'indemnité de réduction est égal à 300 000 € × 1/2 soit 150 000 €.

(263) Sauf l'article 924-4.

(264) Civ. 1^{re}, n° 14-16967.

(265) Article 1002-1 CC : « Sauf volonté contraire du disposant, lorsque la succession a été acceptée par au moins un héritier désigné par la loi, le légataire peut cantonner son émoulement sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. Ce cantonnement ne constitue pas une libéralité faite par le légataire aux autres successibles. »

Il est donc intéressant de constater qu'aux yeux de la loi, derrière le règlement en valeur, subsiste l'idée d'un droit qui porte sur le bien lui-même. La même idée explique d'ailleurs l'article 924-4 du Code civil qui prévoit qu'en cas d'insolvabilité du débiteur, les réservataires pourront exercer l'action en réduction contre les tiers détenteurs des immeubles qui avaient fait l'objet de libéralités et ont été aliénés par le gratifié. Ce texte organise ainsi une sorte de droit de suite au profit des réservataires, créanciers de l'indemnité de réduction. La protection est efficace mais peut-être excessive. Prise en elle-même, la règle frappe les biens donnés ou légués d'une sorte d'indisponibilité entre les mains du gratifié, alors même qu'on ne sait pas encore si la libéralité est ou non réductible. L'obligation qui lui est ainsi faite d'avoir à recueillir le consentement de tous les réservataires pour disposer d'un bien dont il est pourtant propriétaire est souvent mal comprise, et par là-même elle est source de tensions entre frères et sœurs. De ce point de vue, la faculté ouverte par l'article 924-4 al. 2 de recueillir le consentement des réservataires à l'aliénation dès le jour de la donation est sans doute bienvenue. À vrai dire, elle prive assez largement d'efficacité la garantie organisée par la loi, mais elle tarit ainsi une importante source de conflits en famille.

C/ Le périmètre de l'ordre public

352. « *Un rocher, il nous faut un rocher* », Jean Carbonnier

L'article 6 du Code civil énonce que « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Par sa nature, l'ordre public vient borner la liberté contractuelle. Il est donc inhérent à l'institution de la réserve, qui précisément apporte une limite à la liberté de disposer. Une réserve dont le disposant pourrait s'affranchir n'aurait aucun sens. Or, sur ce terrain aussi, force est de constater que la réserve est attaquée de toute part. D'un côté, on sait depuis longtemps qu'elle se laisse aisément contourner par le biais de l'assurance-vie. D'un autre, en ouvrant la porte à la renonciation anticipée d'un réservataire l'action qui garantit ses droits, la loi du 23 juin 2006 en altère fortement le caractère impératif. Enfin l'affirmation récente qu'elle ne relève pas de l'ordre public international achève de l'ébranler jusque dans ses fondements.

a) *La renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR)*

353. C'est le propre d'un droit d'ordre public qu'on ne peut renoncer à l'avance à la protection qu'il assure. Il en a toujours été ainsi de la réserve : on ne peut y renoncer tant que la succession n'est pas ouverte. Mais la loi du 23 juin 2006 a entrouvert une porte. Elle autorise désormais un héritier à renoncer, du vivant du de cujus, à agir en réduction contre une libéralité qui pourrait porter atteinte à son droit. Certes, le renonçant n'abdique pas sa part réservataire, ni même une partie de celle-ci. Il ne fait que renoncer, si sa réserve est atteinte par la libéralité visée, à l'indemnité de réduction qu'il aurait pu réclamer au gratifié. Même si elle a ainsi des effets limités, elle n'en est pas moins soumise, en raison de son caractère exorbitant, à des conditions particulièrement strictes.

Définie, et strictement encadrée par les articles 929 à 930-1 du Code civil, la renonciation anticipée à l'action en réduction est qualifiée par certains d'acte

unilatéral à « *dimension contractuelle*⁽²⁶⁶⁾ » et par d'autres de contrat unilatéral. Ce caractère unilatéral résulte en effet de l'alinéa 3 de l'article 929 du Code civil « *l'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à hériter ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier* », mais elle ne produit ses effets qu'à compter de l'acceptation de celui dont on a vocation à hériter⁽²⁶⁷⁾. La technique du contrat donne effet à la renonciation unilatérale.

Conditions de fond. Acte unilatéral, la renonciation met cependant en présence trois personnes, deux intervenantes à l'acte et une troisième seulement désignée.

Le renonçant doit être « *héritier réservataire présomptif au jour de la renonciation* ». Seuls sont donc concernés : les descendants et à défaut le conjoint survivant. Il doit avoir la capacité exigée pour consentir une donation entre vifs⁽²⁶⁸⁾. Toutefois une limite supplémentaire est posée, le mineur émancipé ne peut renoncer par anticipation à l'action en réduction. Il est tout de même à noter que même si la loi ne l'interdit pas, en présence d'un renonçant sous sauvegarde de justice, la RAAR sera exposée à la rescision pour lésion et à la réduction pour excès de l'article 435 du Code civil, on ne pourra que crier à la prudence. Enfin son consentement ne doit pas être vicié par l'erreur, le dol ou la violence. Le tout à peine de nullité de la renonciation.

Le de cujus est visé à l'article 929 du Code civil. C'est l'acceptation de celui dont on a vocation à hériter qui donne son effet à la renonciation. Elle peut être faite dans le même acte ou postérieurement par acte séparé. La renonciation ne doit pas être conditionnée à une obligation ou à un acte du de cujus. La volonté du législateur est claire, la RAAR ne doit pas être un instrument de négociation ou de chantage. Sans interaction aucune, il reste loisible au futur défunt de faire une donation ou de prévoir une disposition testamentaire au profit du renonçant, avec le risque néanmoins que la renonciation soit privée d'effet alors que la libéralité elle, sera maintenue.

Le bénéficiaire de la renonciation, est le tiers désigné au contrat. La RAAR doit en effet impérativement « *être faite au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées* ». Au-delà de cette obligation, le Code civil par son article 929 ne donne aucune autre indication. En effet, cette renonciation peut valablement être faite au profit d'un héritier, d'un tiers, d'une personne physique ou même morale. En cas de pluralité de personnes, la renonciation peut être faite de façon globale et profiter à tous, ou pour chacun de façon différente et déterminée.

Le périmètre de la renonciation. La RAAR peut être de trois ordres. Elle peut porter sur la totalité de la réserve, sans en avoir la mesure, le renonçant prend alors le risque d'être totalement privé de cette dernière. Elle peut ne concerner qu'une fraction de la réserve et assurer un minimum de droits au renonçant, la libéralité excessive étant réductible au-delà de cette fraction. Enfin elle peut ne viser que la réduction d'une

(266) S. Huyghe, rapp. AN n° 2850, 8 février 2006, p. 257.

(267) Article 929 al. 1 Code civil « *Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter.* »

(268) Majeur en tutelle – article 509 Code civil – le tuteur même avec autorisation ne peut contacter une RAAR.

Majeur en curatelle – articles 467 et 505 Code civil – peut valablement avec assistance du curateur.

libéralité portant sur un bien déterminé. C'est ce dernier type de renonciation qui sera le plus utilisé en pratique. La volonté du futur défunt étant alors d'orchestrer la distribution de ses biens sans qu'aucun de ses descendants ne puisse y faire obstacle après son décès. Selon l'état d'esprit qui anime les héritiers, la RAAR peut être un moyen d'anticiper et de désamorcer le conflit mais elle peut aussi simplement le mettre en sommeil jusqu'au décès du futur de cujus.

La nature de la libéralité réductible. Aucune précision n'est apportée quant à la nature de la libéralité réductible. Il peut s'agir d'une donation, en avancement de part, hors part, de biens présents ou à venir, mais également d'un legs ou d'une institution contractuelle.

La loi du 23 juin 2006 est venue ajouter un alinéa 3 à l'article 1527 du Code civil⁽²⁶⁹⁾, en permettant aux enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, « dans les formes prévues aux articles 929 à 930-1, [de] renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant ». Il y a là un outil à ne pas négliger dans le schéma de la famille recomposée. On protège ses enfants mais il n'est pas rare de voir que, plus les époux avancent dans l'âge et plus ils souhaitent se protéger mutuellement, aspirant au maintien d'une certaine stabilité, tout le moins économique, du survivant d'entre eux. La marâtre n'est pas toujours celle de Cendrillon et les enfants d'un premier lit pourraient choisir de la protéger au-delà de ce que la loi lui octroie.

Conditions de forme. Elles sont posées par l'article 930 du Code civil, il s'agit de conditions *ad validitatem*.

Il s'agit d'un acte solennel⁽²⁷⁰⁾ spécifique qui doit être reçu en la forme authentique et par deux notaires. Ainsi qu'il résulte de l'article 11 de la loi du 25 ventôse an XI⁽²⁷¹⁾, « le second notaire requis par l'article 930 du Code civil est désigné par le président de la chambre des notaires » seul l'un des deux peut-être librement choisi par les parties.

L'acte contenant renonciation anticipée à l'action en réduction est signé séparément par chaque renonçant en présence des seuls notaires. Rien n'empêche d'établir un seul acte en cas de pluralité de renonçants, mais l'acte sera alors signé par chaque renonçant individuellement afin de préserver à chacun sa pleine liberté.

La plus grande complexité de cet acte pour le praticien réside certainement dans sa dernière condition. La RAAR doit mentionner précisément ses conséquences juridiques futures pour chaque renonçant.

Effets. Comme on l'a indiqué ci-dessus, le fait pour un héritier réservataire de renoncer par anticipation à exercer l'action en réduction contre une libéralité excessive, ne le prive pas de ses droits dans la réserve, et ce quelle que soit l'étendue de sa renonciation. Le renonçant sera donc pris en compte comme ses cohéritiers pour la détermination de la réserve et de la quotité disponible. De même, il exercera la plénitude de ses droits si les biens figurant dans la succession permettent de lui

(269) Qui traite de l'action en retranchement en présence d'enfants non issus des deux époux, contre l'avantage matrimonial fait au conjoint survivant.

(270) Qui doit être reçu par le notaire et qui ne peut être reçu par un clerc habilité. La solennité de ces actes s'explique par la gravité de ces contrats, souvent complexes, conséquents pour celui qui s'oblige ou pour les intérêts de sa famille, ou encore pour ceux des tiers.

(271) Loi contenant organisation du notariat (loi 25 ventôse an XI).

fournir l'entière de sa réserve. En réalité, il n'a fait que renoncer à l'action dont il pourrait être titulaire contre le gratifié dans le cas où la libéralité visée par la renonciation se révélerait réductible.

Aspect liquidatif. En l'absence de précision des textes, sur la méthode liquidative de la succession en présence d'une RAAR, deux interprétations restent possibles et la doctrine est divisée.

Certains auteurs considèrent que l'héritier réservataire ayant renoncé par anticipation à exercer l'action en réduction, renonce à se prévaloir de tout ou partie de sa part dans l'indemnité de réduction.

En ce cas, l'imputation des libéralités se ferait selon les règles édictées par le Code civil et la renonciation n'aurait d'incidence qu'au moment des opérations de partage, privant le renonçant de réclamer dans la masse à partager tout ou partie de l'indemnité de réduction qui aurait dû lui advenir.

Une autre interprétation consiste à considérer que lorsque la libéralité dépasse le disponible, l'excédent viendrait s'imputer sur la réserve du renonçant dans les proportions indiquées à l'acte contenant renonciation anticipée à l'action en réduction. Ainsi, il sera tenu compte de la RAAR dès les opérations d'imputation, avec pour conséquence de faire supporter au renonçant la part de l'indemnité de réduction des cohéritiers qui n'auraient pas renoncé. Mais il n'est pas certain que la volonté du renonçant soit de supporter sur sa part de réserve, l'action en réduction qui aurait pu être exercée par ses cohéritiers non renonçants.

Lorsque la renonciation est faite a posteriori, elle ne vient pas changer les règles relatives à l'imputation qui sont d'ordre public. La renonciation n'a d'effet que sur l'indemnité qui aurait dû être perçue et non sur la réserve elle-même. En raisonnant par analogie, c'est la première interprétation qui semble être à favoriser. C'est également le parti qu'a invité à prendre une réponse ministérielle du 12 août 2008⁽²⁷²⁾.

Variabilité, caducité et révocation du pacte successoral. Les effets de la renonciation sont variables et son périmètre est défini par l'article 930-2 du Code civil.

Elle ne produit aucun effet s'il n'a pas été porté atteinte à la réserve. Si l'atteinte n'est que partielle, la renonciation produit ses effets dans les mêmes proportions. Enfin, si l'atteinte est supérieure à celle prévue dans la renonciation, l'excédent est sujet à réduction.

Pour produire ses effets au décès, les conditions prévues à l'acte devront être respectées. Ainsi, la renonciation est caduque si la libéralité est faite à une autre personne que le bénéficiaire désigné à l'acte et pareillement si la libéralité porte sur d'autres biens que ceux qui y sont visés.

(272) « La garde des sceaux, ministre de la justice, fait connaître à l'honorable parlementaire que l'héritier réservataire présomptif, qui renonce par anticipation à exercer une action en réduction à l'encontre d'une libéralité, en application des articles 929 à 930-5 du Code civil, dans leur rédaction issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions, ne renonce pas à ses droits réservataires. Par conséquent, en présence d'une telle renonciation et en l'absence de dispositions spécifiques dans la loi, la libéralité concernée s'impute dans les conditions de droit commun prévues aux articles 919 et suivants du Code civil. Dès lors, dans la mesure où la fraction de la libéralité qui excède la quotité disponible n'a pas vocation à s'imputer sur la part de réserve du renonçant, la renonciation de l'héritier réservataire présomptif, qui vise une atteinte portant sur la totalité de la réserve, a pour effet de priver celui-ci de sa part dans l'indemnité de réduction globale. »

La RAAR est révocable dans les cas limitativement énumérés à l'article 930-3 et cette révocation est soumise à des conditions de forme.

1° Elle est révocable lorsque le futur défunt ne remplit pas ses obligations alimentaires envers le renonçant.

2° Lorsqu'au jour de l'ouverture de la succession, le renonçant est dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires, mais dans ce cas la renonciation est prononcée seulement à concurrence des besoins du renonçant.

3° Dans le cas où le bénéficiaire de la renonciation s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit contre le renonçant.

Dans tous les cas, la renonciation n'a jamais lieu de plein droit, elle doit être demandée en justice dans un bref délai. En effet, la demande doit être formée dans l'année, à compter du jour de l'ouverture de la succession, si elle est fondée sur l'état de besoin (2°). Et dans l'année, à compter du jour du fait imputé par le renonçant ou du jour où le fait a pu être connu par ses héritiers, dans les autres cas (1° et 3°).

Il n'est pas inintéressant de rapprocher les termes employés par le législateur de 2006 dans la rédaction des articles 930-3 et 930-4 susvisés, à ceux employés par les hauts magistrats de la Cour de cassation dans les arrêts de 2016. Il est possible de redéfinir les contours de la réserve héréditaire avec pour limite l'état de besoin du réservataire⁽²⁷³⁾.

Le praticien ne doit pas perdre de vue qu'en cas de révocation de la RAAR, l'héritier réservataire ayant retrouvé ses droits, pourra valablement exercer l'action en réduction ou en revendication contre les tiers détenteurs des immeubles en cas d'insolvabilité de ses cohéritiers. La renonciation à exercer l'action de l'article 924-4 du Code civil ne peut être contenue dans la RAAR mais doit rester un réflexe.

Plus de dix ans après sa mise en place le constat est maigre. Ce pacte successoral aussi révolutionnaire soit-il, n'a pas reçu l'accueil attendu par le législateur. La RAAR est pour le néophyte un procédé bien abstrait. Et même si les contours en sont définis à l'acte, il s'avère que l'impact psychologique d'un tel engagement peut avoir des répercussions dans la famille. Le fait de renoncer à des droits attachés à la réserve héréditaire risque d'être associé à un sentiment d'exclusion.

b) Une loi étrangère ignorant la réserve n'est pas en elle-même contraire à l'ordre public international - les enseignements à en tirer

354. La question tant posée et ayant fait couler beaucoup d'encre depuis les arrêts du 29 septembre 2017⁽²⁷⁴⁾, de savoir si « une loi étrangère ignorant la réserve est en elle-même contraire à l'ordre public international » a été traitée en première partie du présent rapport.

Le périmètre de l'ordre public étant finalement défini par la jurisprudence et les réformes successives, il est intéressant de déduire de ces deux arrêts ce qui pourrait

(273) Même si l'article 930-3 vise l'état de besoin résultant de l'absence d'héritage alors que les hauts magistrats se sont quant à eux prononcés sur un état de besoin de l'héritier qu'il ait ou non hérité.

(274) Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17198 : JurisData n° 2017-018703 et Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16.

devenir « un principe essentiel du droit français », auquel la jurisprudence serait susceptible de conférer la qualité de règle d'ordre public.

En effet la Cour de cassation, aux termes de ses deux arrêts du 29 septembre 2017, livre une réponse nuancée. Une loi étrangère ignorant la réserve « *ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels* ».

Dans ces deux arrêts la Cour de cassation soulève également par ses motifs, que les héritiers exhéredés « *ne se trouvent pas dans une situation de précarité économique ou de besoin* ».

Si ce n'est pas « la réserve », issue de nos traditions successorales, qui est considérée comme essentielle, la question est de savoir ce que les hauts magistrats entendent par « *principes du droit français* ».

L'application d'une règle protectionniste dans un souci d'équité, telle que l'application, en l'état actuel du droit, des principes correcteurs entourant la réserve et permettant d'aboutir à une « égalité relative » – cette égalité participant de l'essence même de la réserve et s'appliquant à toute la succession quelle que soit l'origine de la filiation ou la composition du patrimoine – permet au notaire par un jeu d'écritures, de rétablir l'équilibre dans les conditions souhaitées par le législateur.

Le sens élémentaire de la réserve serait-il d'enrôler une situation de précarité économique ou de besoin ? Il ressort des arrêts précités, que ce serait l'état de précarité économique ou de besoin de l'héritier, sans que cette situation ne soit la conséquence du décès, qui définirait les principes du droit français considérés comme essentiels. Ces situations devant alors être analysées au cas par cas, voilà une mesure bien difficile à quantifier, quel est le seuil à partir duquel l'héritier doit être protégé par l'ordre public successoral ?

Une application au cas par cas, alliée à un principe de mesure selon le seuil de précarité, seront des notions impossibles à appréhender par les praticiens. Le notaire n'est pas juge. Il faut espérer que la Cour régulatrice viendra apporter quelques précisions quant aux notions de besoin et de précarité ainsi qu'aux modalités protectrices à mettre en œuvre.

Reste à savoir si le législateur, compte tenu de la tendance libérale et contemporaine de nos dernières réformes, tirera des conséquences de cette jurisprudence pour redéfinir le périmètre de l'ordre public français au regard de la réserve héréditaire.

Ces principes du droit français considérés comme essentiels pourraient-ils venir affaiblir cet adage connus de tous, dès les prémisses de notre enseignement, selon lequel « nul ne peut porter atteinte à la réserve » ? La question reste entière.

Affaire à suivre...

Il existe pourtant un outil de transmission, connu de tous, qui permet de contourner les règles strictes de la réserve : il s'agit de l'assurance-vie.

c) *L'assurance-vie*

355. Le contrat d'assurance vie rentre dans la catégorie des assurances de personnes et repose sur le mécanisme de la stipulation pour autrui. Présenté à l'origine seulement

sous la forme d'« assurance décès »⁽²⁷⁵⁾, la technique du contrat d'assurance-vie s'est diversifiée avec le temps et se présente également aujourd'hui sous la forme de purs produits d'épargne appelés « assurance capitalisation » ou encore « assurance placement »⁽²⁷⁶⁾. Détourné de son objectif initial, le contrat de capitalisation a été malgré tout reconnu par la jurisprudence⁽²⁷⁷⁾ comme un contrat d'assurance-vie et comme tel bénéficie de ses règles en étant tenu par la loi en dehors de la succession.

La liberté de transmettre par la voie bénéficiaire serait ou pourrait être totale⁽²⁷⁸⁾.

Cette liberté trouve son fondement dans les articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances :

« Le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré. Le bénéficiaire, quelle que soit la forme et la date de sa désignation, est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré. »

« Le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant.

Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés. »

La source du conflit est contenue dans le principe même édicté par ces textes, le mécanisme du contrat d'assurance-vie, fait sortir les sommes transmises par son intermédiaire, des règles correctrices qui protègent la réserve.

« Adieu la réserve qui contraint... ! Vive l'assurance-vie qui libère⁽²⁷⁹⁾... ! ».

Parfois, le défunt se servira de ce contrat pour contraindre ses enfants à une certaine conduite, par exemple, envers leur belle-mère :

Exemple :

« Je désigne mon épouse comme seule et unique bénéficiaire en pleine propriété des capitaux décès ... Cependant, si mes enfants respectent ma volonté de ... alors je demande à mon épouse, sans toutefois lui en faire l'obligation, de n'opter que pour l'usufruit du capital décès, de sorte que mes enfants en soient nus-propriétaires. ... Enfin, si mes enfants renonçaient purement et simplement à toute réclamation au titre de ... mon épouse pourrait alors cantonner ses droits sur les capitaux de sorte que mes enfants en soient bénéficiaires, en tout ou partie, en pleine propriété ».

D'autres fois, il désignera tel ou tel bénéficiaire pour recueillir les capitaux décès qui ne seront pas forcément ses enfants, ou encore qui seront seulement certains d'entre eux.

(275) Assurance décès : le souscripteur contracte avec la compagnie d'assurance, il verse une ou plusieurs primes à verser au bénéficiaire désigné sous forme de capital.

(276) Assurance placement : la compagnie d'assurance capitalise les primes périodiquement versées par l'assuré, augmentées des produits financiers issus de leur placement et diminuées des frais de gestion. L'épargne ainsi constituée sera alors versée sous forme de capital au bénéficiaire nommément désigné.

(277) Ch. Mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592.

(278) « La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie ? » Par Jean Aulagnier, doyen honoraire Université d'Auvergne.

(279) Idem.

L'ambiance est très rarement au beau fixe lors de la lecture par le notaire de ces dispositions.

En effet, les héritiers même s'ils n'en maîtrisent pas tous les détails, ont bien conscience que celui qui a été désigné a été avantagé. Cela creuse au sein de la sphère familiale, un sentiment d'inégalité qui peut pousser certains d'entre eux à réclamer la réintégration des capitaux décès dans la succession en invoquant en justice des « primes manifestement exagérées » ou encore l'existence d'une libéralité indirecte.

Dès lors que les enfants en sont exclus, il nous paraît difficile de soutenir, que l'assurance-vie n'est pas devenue un instrument légal de contournement de la réserve héréditaire⁽²⁸⁰⁾.

Pourtant, selon la réponse du Ministre de la Justice publiée au JO Sénat du 12 mai 2016 (page 2026), « si les héritiers du de cujus bénéficiant de la réserve s'estiment lésés dans leurs droits, ils disposent déjà aujourd'hui de deux moyens pour obtenir la prise en compte de l'assurance-vie dans la masse de calcul des droits successoraux que la loi leur garanti : ils peuvent faire valoir le **caractère manifestement excessif des primes** pour obtenir, si tel est le cas, leur réintégration dans la masse, en vertu du deuxième alinéa de l'article L. 132-13 précité ; ils peuvent aussi soutenir, le cas échéant, que l'assurance-vie ne présentant aucun caractère aléatoire mais révélant au contraire une volonté de dépouillement irrévocable en faveur du bénéficiaire désigné, est constitutive d'une **donation indirecte** qu'il convient de réunir fictivement aux biens existants... ».

Ainsi, selon Monsieur le Garde des Sceaux Jean-Jacques Urvoas ces deux mécanismes légaux limiteraient le recours indu à l'assurance-vie et permettraient d'assurer aux héritiers « une protection suffisante de leurs droits ».

Pour le doyen honoraire Jean Aulagnier il en est tout autrement : « *Les réservataires n'ont rien à espérer de l'article L. 132-13 du Code des Assurances qui pourtant devrait les protéger*⁽²⁸¹⁾ ».

Quels sont alors les critères de qualification de ces contrats qui permettent de protéger les héritiers de cette atteinte à la réserve ?

* Les critères de qualification des primes manifestement exagérées

La formulation l'article L. 132-13 du Code des assurances est imprécise et par conséquent, laisse aux juges du fond une grande latitude d'estimation. On relèvera que les critères d'appréciation du caractère manifestement exagéré des primes sont à la fois objectifs et subjectifs.

Appréciation objective du caractère manifestement exagéré

Cette notion n'étant pas définie par la loi, la jurisprudence a dégagée un certain nombre de critères permettant de l'appréhender. La Cour de cassation a imposé depuis 2004 aux juges du fond d'examiner les conditions de versement de chaque prime (âge, patrimoine et revenus du souscripteur) et depuis 2007 de vérifier l'utilité de la souscription et/ou de l'abondement.

(280) « La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie ? » Gazette du Palais, 29 janvier 2011, n° 14529, p. 23, note Aulagnier.

(281) « Assurance-vie : l'exclusion des réservataires ou la protection inopérante des primes exagérées ». Jean Aulagnier, Droit et patrimoine n° 242 décembre 2014.

- La notion d'excès est appréciée par rapport à l'ensemble du patrimoine du souscripteur mais aussi eu égard à ses revenus,

L'éventuel excès de la prime s'apprécie d'abord par rapport à l'ensemble des revenus du souscripteur⁽²⁸²⁾, mais pas seulement. Le mot facultés se réfère au patrimoine appréhendé dans sa globalité. Ainsi doivent être pris en compte les économies réalisées, les livrets ou comptes d'épargne, les comptes de titres, plus généralement l'ensemble du patrimoine mobilier, voire immobilier⁽²⁸³⁾. Corrélativement peu importe l'origine des fonds qui ont servi au financement des primes. Le contractant peut avoir investi dans l'assurance-vie l'essentiel des fonds retirés du partage d'une communauté antérieure⁽²⁸⁴⁾ ou provenant de la succession de son conjoint prédécédé⁽²⁸⁵⁾, ou encore la totalité des indemnités qu'il a perçues du fonds d'indemnisation des transfusés⁽²⁸⁶⁾. Dans quelques cas, qu'une prime ait été prélevée sur le prix de vente d'un immeuble est retenu comme un élément caractéristique de l'excès, en particulier dans des cas où les revenus du souscripteur ne lui permettent pas de faire face à ses besoins courants⁽²⁸⁷⁾. Mais en sens inverse le seul fait que la prime ait été payée à l'aide de deniers provenant de la vente d'un immeuble, même constituant l'essentiel du patrimoine, n'est pas un élément suffisant⁽²⁸⁸⁾. Au bout du compte on a le sentiment que le seuil de l'excès est très élevé : la prime exagérée est celle qui laisse le souscripteur avec des ressources insuffisantes pour faire face à ses propres besoins ainsi qu'à ceux des personnes dont il a la charge⁽²⁸⁹⁾.

- Cette notion d'excès est également évaluée au regard de l'utilité ou non⁽²⁹⁰⁾

(282) Par exemple cassation de l'arrêt qui s'est fondé sur le seul montant de la retraite du souscripteur sans rechercher si, étant usufruitier de plusieurs immeubles, il n'avait pas de revenus complémentaires : Civ. 1^{re} 5 décembre 2012 précité.

(283) V. par exemple Civ. 2^e 6 février 2014, n° 12-35376, rejet.

(284) Civ. 2^e 4 juillet 2007, n° 06-14048, RJPF 2007, n° 10, obs. J. Casey.

(285) Civ. 1^{re} 4 juillet 2005, précité.

(286) Civ. 2^e 1^{er} juillet 2010, n° 09-68869.

(287) Civ. 1^{re} 1^{er} juillet 2010, n° 09-67770, rejet : la prime représentait plus de la moitié du prix de vente alors que la souscriptrice ne disposait que de ressources limitées ne lui permettant pas de couvrir l'intégralité de ses besoins. V. aussi Civ. 1^{re} 27 mars 2007, n° 075-15781, RJPF 2007 n° 6, obs. PDSH ; Civ. 1^{re} 10 octobre 2012, n° 11-14018, Bull. n° 199.

(288) Par exemple : prime de 94 000 euros provenant de la vente de la maison de la souscriptrice, et représentant plus de 75 % de son patrimoine. Mme X, qui disposait de revenus suffisants pour assurer ses besoins quotidiens, avait voulu par ce versement garantir le capital acquis à la suite de la vente de sa maison... Civ. 2^e 13 septembre 2012, n° 1129756, rejet. V. aussi Civ. 1^{re} 24 octobre 2014, n° 12-39372 ; 16 avril 2015, n° 14-16676.

(289) Par exemple, jugées excessives les primes qui ont démuné intégralement le souscripteur de son patrimoine mobilier et immobilier, de sorte qu'il dépendait pour vivre de ses seules pensions de retraite : Civ. 1^{re} 6 février 2007, précité rejet.

(290) Amiens, Chambre civile 1, 15 janvier 2016, n° 14/00204 ; Paris, Pôle 3, chambre 1, 6 janvier 2016, n° 14/22404 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-19494 ; Paris, Pôle 3, Chambre 1, 4 février 2015, n° 13/19867, Juris-Data n° 2015-001725 ; Versailles, Chambre 1, section 1, 9 avril 2015, n° 11/01007, Juris-Data n° 2015-007866 ; Bordeaux, Ch. civile 6, 2 décembre 2014, Juris-Data n° 2014-029797 ; Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 13-16388 ; Juris-Data n° 2014-014372 ; Paris, Pôle 3, Chambre 1, 19 novembre 2014, Juris-Data n° 2014-028316 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-12076 ; Limoges, Chambre civile, 14 novembre 2013, n° 12/01251 ; Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° 11-24659 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 11-14018 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 septembre 2012, n° 11-17600 ; Cass. civ. 2^e, 13 septembre 2012, n° 11-20756 ; Cass. civ. 28 juin 2012, n° 11-14662 ; Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, n° 09-15291 ; Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2009, n° 08-15050, inédit ; Civ. 1^{re}, 17 juin 2009, n° 08-13621, Juris-Data, n° 2009-048697 ; Cass. civ. 2^e, 10 avril 2008, Juris-Data n° 2008-043510 ; JCP N, n° 27, 2008, p. 22.

de la souscription du contrat pour le souscripteur⁽²⁹¹⁾ (l'intérêt économique du souscripteur dans l'opération, pour se constituer par exemple une retraite),

Ce critère a été ajouté à ceux énoncés en 2004 par une jurisprudence plus récente. Mais il est devenu le principal instrument de mesure du caractère excessif ou non des primes versées. Tant que le contrat se révèle utile au souscripteur, les primes correspondantes ne sauraient être tenues pour exagérées. En pratique, l'appréciation de l'utilité ramène plus ou moins aux éléments pris en compte pour une éventuelle requalification du contrat (*supra* III.2). Elle prend appui sur l'âge du souscripteur, son état de santé et ses perspectives. N'est pas utile le contrat conclu tardivement par un contractant âgé, qui n'a aucune chance d'en tirer lui-même un bénéfice compte tenu de son espérance de vie et de sa situation personnelle⁽²⁹²⁾. Est utile le contrat conclu par une personne pour se procurer des ressources complémentaires, pour préparer son entrée en maison de retraite⁽²⁹³⁾, dans une perspective de valorisation de son patrimoine⁽²⁹⁴⁾, ou pour faire face aux besoins du conjoint⁽²⁹⁵⁾. C'est en tout cas aujourd'hui un critère déterminant sans lequel l'excès ne peut pas être caractérisé, même s'il n'est jamais à soi seul suffisant⁽²⁹⁶⁾.

– L'âge, la situation familiale du souscripteur sont de la même manière des critères à prendre en compte,

– Le caractère excessif des primes doit être apprécié à la date du versement des primes et non pas à la date du décès du souscripteur/défunt⁽²⁹⁷⁾,

– Les primes ont-elles été versées en une seule fois ? Le versement d'une prime unique peut éveiller des soupçons de manipulation et de fraude. Le juge se montre plus circonspect devant un ou deux versement(s) plus ou moins important(s) que devant des versements successifs effectués sur une longue période⁽²⁹⁸⁾.

Le simple constat de l'importance du montant des primes versées par rapport à l'actif successoral et le dépassement de la quotité disponible ne peuvent suffire à établir l'excès. L'appréciation par les tribunaux s'effectue en tenant compte des versements

(291) Civ. 2^e, 19 mai 2016, n° 15-19.458, la Cour de cassation confirme que l'intérêt des héritiers ne constitue pas un critère d'appréciation du caractère manifestement excessif des primes versées.

(292) Par exemple : Civ. 1^{re} 6 février 2007, n° 05-13803, RJP 2007 n° 4, obs. PDSH ; Civ. 2^e 19 mai 2016, précité : Mme Y avait procédé à des rachats sur les contrats qu'elle avait souscrits, démontrant ainsi pour la Cour d'appel l'utilité des placements qu'elle avait réalisés. Cassation : il fallait rechercher l'utilité des contrats litigieux pour la souscriptrice, compte tenu de son âge. Dans le même sens : Civ. 1^{re} 4 juin 2009, n° 08-15050 ; 19 mars 2014, n° 13-12076 : souscription de plusieurs contrats par une personne âgée de 85 à 89 ans lors du versement des primes, primes représentant 83 % du patrimoine, jugées non exagérées par la Cour d'appel. Cassation : la Cour devait se prononcer sur l'utilité du contrat pour la souscriptrice. 10 juin 2015, n° 14-14770.

(293) Civ. 2^e 16 avril 2015, n° 14-676.

(294) Civ. 2^e 1^{er} juillet 2010, précité, 15 janvier 2015, n° 13-27768.

(295) Civ. 1^{re} 17 juin 2009, n° 08-13620, Bull. n° 136.

(296) Civ. 1^{re} 4 mars 2015, n°s 13-23011 et 14-3755 : contrat souscrit par une personne âgée de 86 ans, décédée moins d'un an après. La Cour d'appel avait considéré que ce contrat ne répondait à aucune utilité d'ordre patrimonial, et présentait par conséquent un caractère manifestement excessif. Cassation : en se déterminant sur la seule de l'appréciation de l'utilité de la souscription, sans avoir égard à l'ensemble de la situation de la souscriptrice au moment du versement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision...

(297) Cass. civ. 2^e, 4 décembre 2008, n° 07-20544, inédit.

(298) Paris, 2^e Chambre section A, 30 mai 2000 : Responsabilité civile et assurance ; 2001, com. 31 ; Juris-Data n° 2000-118505 – Reims, 2^e Chambre, 4 octobre 2001 : Juris-Data, n° 2001-159493.

effectués « *au fur et à mesure des années* » et au regard du patrimoine et des revenus du souscripteur à la date des versements⁽²⁹⁹⁾.

L'appréciation subjective de l'excès

- La jurisprudence prend en considération le contexte psychologique de l'espèce : existe-t-il une volonté du souscripteur de porter atteinte à la réserve de l'un ou de l'ensemble des héritiers réservataires⁽³⁰⁰⁾ ? Existe-t-il des héritiers réservataires qui n'ont pas été gratifiés ?

Enfin, il faut souligner un arrêt de la Cour de cassation rendu en date du 4 mars 2015 précisant que l'utilité constitue un des critères de la souscription ou de l'abondement du contrat⁽³⁰¹⁾ ; il s'agit d'un **critère nécessaire** qui doit être pris en compte, mais celui-ci doit être corroboré par d'autres critères (âge du souscripteur au moment des versements, situation patrimoniale, etc.) ou, exprimé autrement « *l'appréciation de l'utilité est donc nécessaire, mais insuffisante. Les critères du contrôle de l'excès sont cumulatifs* »⁽³⁰²⁾.

Il ressort de la jurisprudence que tout est affaire d'espèce, seul le juge sera en mesure de qualifier ou non les primes de manifestation excessives. La preuve du caractère excessif sera à la charge de l'héritier réservataire qui en demandera le rapport et/ou la réduction.

En cas de conflit et en présence de primes reconnues manifestement excessives, ce qui est rare⁽³⁰³⁾, la question restera de savoir s'il sera rapporté à la succession le montant intégral des primes⁽³⁰⁴⁾ ou la fraction excessive des primes versées⁽³⁰⁵⁾. La question reste controversée en doctrine et la jurisprudence est trop insuffisante en la matière pour donner la marche à suivre.

* **Sur un autre terrain**, les hauts magistrats ont à plusieurs reprises, requalifié le contrat d'assurance-vie en **donation indirecte**⁽³⁰⁶⁾ lorsque les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable et dans les hypothèses qui ne laissent subsister aucun aléa, notamment compte tenu de l'état de santé du souscripteur.

(299) Cass. civ. 2^e, 6 février 2014, n° 12-35376 ; Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2013, n° 12-11785 ; Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° 11-24659 ; Cass. 1^{re} civ., 31 octobre 2007, n° 06-14399 ; Juris-Data n° 2007-041108 ; v. aussi Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 2007, n° 06-16382 ; CA Douai, Chambre 3, 27 mars 2003, Juris-Data n° 2003-225780.

(300) Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1997, Defrénois 1998, art. 36765-46, obs. G. Champenois. Pau, 28 janvier 2002, Juris-Data n° 2002-183093 ; Paris, 12 septembre 2000, Juris-Data n° 2000-124279.

(301) Cridon de Paris du 15 mai 2016 dossier 852938.

(302) H. Hovasse, « *Chronique du contrôle de l'excès manifeste des primes versées au titre d'un contrat d'assurance-vie* », *Rev. fisc. du patrimoine*, n° 5, mai 2015, p. 30 et s., comm. de l'arrêt du 4 mars 2015 : Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 2015, nos 13-23011, 14-13755 : Juris-Data n° 2015-004203 non publié au Bulletin.

(303) Civ. 2^e 8 mars 2006, Civ. 1^{re} 6 février 2007, Civ. 2^e 10 février 2008, Civ. 1^{re} 10 octobre 2012.

(304) En ce sens Civ. 1^{re}, 4 juillet 2007, n° 06-16.382.

(305) La jurisprudence qui s'est prononcée en faveur de la deuxième solution par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 1^{er} juillet 1997, n° 95-15.674.

(306) Cette voie a été ouverte par un arrêt du 21 décembre 2007 Chambre Mixte, n° 06-12769. Civ. 2^e 23 octobre 2008 n° 07-19.550 ; Com. 26 octobre 2010 n° 09-70.927 ; Civ. 1^{re} 26 octobre 2011, n° 10-24.608.

Ainsi requalifiés en donation, les mécanismes protecteurs qui entourent la réserve seront alors applicables. En pratique cette requalification est exceptionnelle et ne concernera que des contrats souscrits par le défunt au soir de sa vie.

En dehors des hypothèses où l'article L. 132-13 du Code des assurances se trouve écarté par le juge soit en raison d'une disqualification du contrat, soit parce que les primes payées sont jugées excessives eu égard aux facultés du souscripteur, l'assurance-vie peut aussi être réintégrée dans le patrimoine du défunt par la volonté des personnes concernées.

D'un côté, le de cujus peut avoir lui-même, dans un souci de protection des intérêts de ses héritiers légaux, prévu la prise en compte des contrats souscrits par lui dans le règlement de sa propre succession⁽³⁰⁷⁾. D'un autre côté, il est évidemment toujours possible au destinataire de renoncer au bénéfice du contrat. Dans cette hypothèse, on se retrouve dans la situation évoquée à l'article L. 132-11 c. ass. : *Lorsque l'assurance en cas de décès a été conclue sans désignation d'un bénéficiaire, le capital ou la rente garantis font partie du patrimoine ou de la succession du contractant*. La renonciation produit les mêmes effets : il n'y a plus de bénéficiaire désigné et le montant du contrat revient dans l'actif successoral.

En conclusion, dans bon nombre de cas, longues seront les investigations et la procédure pour n'aboutir que très rarement à un rapport et/ou une réduction.

Monsieur Aulagnier, a fait référence à une décision de la Cour constitutionnelle de Belgique du 28 juin 2008 (qui avait déclaré inconstitutionnels les articles 121 et 124 de la loi qui privaient les héritiers réservataires du droit d'exiger le rapport et du droit d'engager une demande en réduction) pour proposer deux solutions : la première consisterait à obliger les bénéficiaires au rapport pour respecter la réserve et la seconde à modifier les clauses bénéficiaires types en faisant des héritiers réservataires les bénéficiaires exclusifs au lieu du conjoint.

De même, dans une étude récente parue en avril 2018⁽³⁰⁸⁾, les auteurs considèrent « *qu'il serait judicieux que la loi impose au bénéficiaire du contrat le rapport et la réduction de la rente ou du capital reçu* ». Pour ce faire, ils distinguent le contrat de prévoyance qui ne serait pas soumis au rapport et à la réduction mais pourrait l'être en cas de primes manifestement excessives, et le contrat d'assurance-vie de placement qui devrait l'être puisque le souscripteur s'est appauvri lors de la souscription du contrat.

Là aussi affaire à suivre...

Nous terminerons nos propos sur les outils de transmission à destination des héritiers par un instrument de transmission favorisé par le législateur : l'adoption simple de l'enfant du conjoint.

(307) Civ. 1^{re} 8 juillet 2010, n° 09-12491, Bull. n° 170, RJPF 2010 n° 10, obs. PDSH.

(308) « Pour un assujettissement de l'assurance-vie au droit des libéralités » Defrénois n° 14 du 5 avril 2018 par Axelle Meiller, consultante patrimoniale et Henri Leyrat, doctorant en droit privé.

Sous-section II – *L'adoption simple de l'enfant du conjoint*

356. L'adoption simple de l'enfant du conjoint va permettre de conforter, par des liens de droit, une situation de fait qui repose sur un engagement du couple.

Les adoptions simples sont principalement des adoptions d'enfants majeurs.

Il s'agit essentiellement d'adoptions intervenant dans des familles recomposées à l'occasion de l'aménagement d'une communauté universelle avec attribution intégrale. L'objectif est alors d'équilibrer les successions des deux parents afin de maintenir une égalité harmonieuse entre les enfants.

Avant d'évoquer succinctement les modifications apportées, à ce dispositif, par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 et les conséquences négatives d'une révocation postérieure au décès du parent, il nous paraît essentiel de mettre en lumière l'aspect psychologique de cette démarche qui freine régulièrement son aboutissement.

Bien souvent les notaires sont consultés par des époux unis en secondes noces afin d'organiser une transmission égalitaire entre leurs enfants non issus de leur union. Le notaire propose alors avec conviction le mécanisme de l'adoption simple par le conjoint. La réaction des époux est rarement positive et lorsqu'ils reviennent dans nos études après avoir consulté leurs enfants elle devient même très souvent hostile. Ce rejet s'explique par la présence du premier conjoint encore en vie. Et même, lorsque ce dernier est décédé, il est très difficile de faire accepter cette démarche aux enfants. Au final, les cas sont rares. C'est la raison pour laquelle nous ne développerons pas à outrance cet instrument de transmission et évoquerons succinctement ses principes, les apports des réformes récentes et le risque d'injustice créé par la révocation postérieure de cette adoption au décès du parent.

§ I – *AU PLAN CIVIL ET FISCAL COMMENT EST TRAITÉ LA TRANSMISSION À TITRE GRATUIT À L'ADOPTÉ SIMPLE*

357. En application de l'article 368 du Code civil, l'adopté simple et ses descendants ont dans la famille de l'adoptant les mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime. Toutefois, ils n'ont pas la qualité d'héritiers réservataires à l'égard des ascendants de l'adoptant et conservent leur lien de filiation par le sang, et la succession successorale qui en découle.

Au plan fiscal, il n'est pas tenu compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple afin de ne pas encourager les adoptions visant uniquement à réduire les droits sauf si la transmission s'effectue en faveur notamment d'adoptés ayant reçu de

l'adoptant des secours et soins non interrompus pendant un temps déterminé (5 ans pendant la minorité ou 10 ans pendant la minorité et la majorité)⁽³⁰⁹⁾.

§ II – LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA LOI DE 2016

358. La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant a supprimé la condition de secours et soins non interrompus pour les adoptés mineurs au moment du décès de l'adoptant.

Lorsque la condition de secours et de soins existe ceux-ci doivent être intervenus « au titre d'une prise en charge continue et principale ».

§ III – RÉVOCATION DE L'ADOPTION DE L'ENFANT DU CONJOINT ET ACTION EN RETRANCHEMENT

359. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 9 juillet 2014⁽³¹⁰⁾ a souligné une des faiblesses résultant de la révocabilité de l'adoption simple.

Au cas d'espèce l'enfant du défunt avait fait l'objet avant le décès d'une adoption simple par le conjoint de ce dernier, révoquée postérieurement au décès.

À l'ouverture de la succession et du fait de l'adoption, l'adopté avait les mêmes droits que les enfants issus des deux époux. En ce sens les Haut magistrats ont rappelé que « l'enfant adopté par le conjoint survivant, [est] investi dans la succession de l'adoptant des mêmes droits qu'un enfant légitime ou naturel, [et] n'est pas fondé à se prévaloir de la protection spécifique de l'action en retranchement de l'article 1527, alinéa 2, ouverte au seul bénéfice des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux et qui seraient privés de toute vocation successorale dans la succession du conjoint survivant ».

(309) L'article 786 du Code général des impôts prévoit tous les autres cas que nous ne citons pas ici modifié par la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 – art. 9, et précise que :

« Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il n'est pas tenu compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple. Cette disposition n'est pas applicable aux transmissions entrant dans les prévisions de l'alinéa 1^{er} de l'article 368-1 du Code civil, ainsi qu'à celles faites en faveur :

1. D'enfants issus d'un premier mariage du conjoint de l'adoptant ;
2. De pupilles de l'État ou de la Nation ainsi que d'orphelins d'un père mort pour la France ;
3. D'adoptés mineurs au moment du décès de l'adoptant ou d'adoptés mineurs au moment de la donation consentie par l'adoptant qui, pendant cinq ans au moins, ont reçu de celui-ci des secours et des soins non interrompus au titre d'une prise en charge continue et principale ;

3^o bis D'adoptés majeurs qui, soit dans leur minorité et pendant cinq ans au moins, soit dans leur minorité et leur majorité et pendant dix ans au moins, auront reçu de l'adoptant des secours et des soins non interrompus au titre d'une prise en charge continue et principale ;

4. D'adoptés dont le ou les adoptants ont perdu, morts pour la France, tous leurs descendants en ligne directe ;

5. D'adoptés dont les liens de parenté avec la famille naturelle ont été déclarés rompus par le tribunal saisi de la requête en adoption, sous le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 ;

6. Des successibles en ligne directe descendante des personnes visées aux 1^o à 5^o ;

7. D'adoptés, anciens déportés politiques ou enfants de déportés n'ayant pas de famille naturelle en ligne directe. »

(310) Cass. 1^{er} 9 juillet 2014 La semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 51-52, 19 décembre 2014, 1385.

L'action en retranchement est destinée à protéger les enfants qui n'auraient pas la qualité d'hériter dans la succession à venir du conjoint survivant. L'adoption plaçant l'adopté dans la même situation juridique que les enfants issus des deux époux, cette protection ne lui était pas reconnue⁽³¹¹⁾. Malgré tout, la révocation de l'adoption, n'ayant d'effet que pour l'avenir⁽³¹²⁾, fait sortir l'adopté de la succession à venir du conjoint survivant, dont la conséquence en résultant est, en présence d'une communauté universelle avec attribution intégrale au conjoint survivant, la totale exhéredation de cet enfant dans la succession de son père par le sang.

Il sera primordial d'informer les époux de cette conséquence lors de l'établissement du contrat de mariage ou du changement de régime matrimonial. La responsabilité du praticien pourrait être engagée, le consentement à adoption devant être éclairé. Il ne faut pas perdre de vue que cette situation parfois voulue peut également résulter des circonstances de la vie.

Face à une telle situation la réserve ne fait pas un pli ! C'est le notaire au cœur des familles, qui par la connaissance et la confiance de ses clients, sera le seul à même de les protéger de ce genre de « déconvenues ».

Sous-section III – *Donation et donation-partage*

360. La donation est un outil de transmission qui permet d'anticiper le règlement de la succession et d'allotir les personnes de son choix. Elle s'adapte à de nombreuses situations et constitue dans certains cas un réel pacte familial.

Cet acte solennel offre de multiples possibilités. Il peut être le moyen le plus sûr d'éviter les conflits successoraux ou, à l'inverse, celui à l'origine des conflits.

§ I – *DOIT-ON DONNER DE SON VIVANT POUR ÉVITER UN CONFLIT ?*

361. Les parents soucieux d'organiser la répartition de leur patrimoine et d'anticiper le règlement de leur succession optent pour la donation simple ou, selon les objectifs à atteindre, pour la donation-partage. Ils espèrent que cette transmission anticipée permettra d'éviter les conflits.

A/ La donation : garantie de paix familiale ?

362. En principe, la donation doit garantir la paix familiale compte tenu de l'acte volontaire qu'elle constitue. Le donateur choisit, en son âme et conscience le bénéficiaire de la donation et la manière dont il est gratifié, en avancement de part successorale ou hors part successorale. Il est maître des attributions et des avantages consentis.

Étonnamment, à l'occasion d'une donation-partage, les discordes apparaissent lorsque le donateur, soucieux d'équité et de dialogue familial, consulte les donataires afin de connaître leurs souhaits. C'est en général le début des problèmes...

(311) Arrêt du 11 février 2009 n° 07-21421 « Ne viole pas l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel qui juge que l'enfant d'un époux prédécédé, qui a été adopté par le conjoint survivant, n'est pas fondé à se prévaloir de l'action en retranchement prévue à l'article 1527, alinéa 2, du Code civil ».

(312) Article 370-2 du Code civil.

Il nous apparaît préférable, dans sa mise en place, que le donataire reste le décideur puisque, dès l'origine, sa démarche est empreinte de bienveillance et d'intention libérale au profit du ou des donataires.

I/ L'anticipation : un acte volontaire

363. Qu'il s'agisse d'une donation simple ou d'une donation-partage, l'acte constitue un acte volontaire du donateur. « *La cause de la donation est classiquement identifiée à l'intention libérale, c'est-à-dire la conscience et la volonté, qui animent le disposant, de ne pas recevoir d'équivalent. C'est la volonté de gratifier, indépendamment des mobiles qui l'inspirent*⁽³¹³⁾ ». Le donateur souhaite pour divers motifs⁽³¹⁴⁾, se dépouiller au profit d'un autre.

Bien souvent, la raison initiale est fiscale, mais elle ne saurait, en aucun cas, être l'unique motif de ce dessaisissement⁽³¹⁵⁾.

Prenons l'exemple de la donation de la nue-propriété de la résidence principale. Cette donation va empêcher le donateur de vendre ce bien sans l'accord du ou des donataires. Il est certes possible de prévoir dans cet acte les obligations du donataire en cas de cession des biens démembrés⁽³¹⁶⁾, il n'en demeure pas moins que son accord est indispensable à la vente, à laquelle il pourrait d'ailleurs s'opposer. C'est la raison pour laquelle cette donation n'est que rarement conseillée et la société civile utilisée dans cette perspective de stratégie de transmission patrimoniale ; le démembrement n'existe plus sur l'immeuble mais sur les parts, les nus-propriétaires sont titulaires de parts divisées, le droit de vote de l'usufruitier fixé par l'article 1844 alinéa 4 du Code civil permet d'investir l'usufruitier d'un droit de vote étendu et de le nommer gérant irrévocable doté de pouvoirs étendus par les statuts⁽³¹⁷⁾.

De même, certaines libéralités toujours dictées par des préoccupations fiscales, vont aboutir à priver le de cujus de sa faculté de tester en épuisant la quotité disponible et seront réductibles⁽³¹⁸⁾. Il existe une solution qui consiste à imputer subsidiairement la libéralité, non pas sur la quotité disponible mais sur la part de réserve des autres héritiers. C'est la clause d'imputation sur la réserve globale. Elle libère du disponible pour les libéralités ultérieures (legs au concubin ou au pacsé) mais doit être utilisée avec la plus grande prudence notamment en cas d'insolvabilité d'un héritier

(313) Dalloz 2018/2019 Droit patrimonial de la famille 6^e édition, sous la direction de Michel Grimaldi.

(314) Il s'agit ici de la notion de cause impulsive et déterminante de la donation qui peut entraîner sa nullité pour erreur sur le motif déterminant (article 1135 du Code civil « L'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité) ou parce que le but poursuivi par le donateur est illicite.

(315) L'article 894 du Code civil exige le « *dépouillement actuel et irrévocable* » du donateur. C'est ici la mise en œuvre du principe de l'irrévocabilité des donations, à l'exception des donations de biens à venir entre époux librement et unilatéralement révocables ou des donations consenties entre futurs époux dans leur contrat de mariage qui seront révoquées de plein droit au moment du divorce (Article 265 alinéa 2 du Code civil).

(316) Se reporter au II « des clauses sur-mesure ».

(317) Se reporter au Chapitre 2 - Les outils de gestion 1/ Les conflits « patrimoniaux » A/ La société un outil de souplesse dans la gestion et l'administration du patrimoine familial privé ou professionnel et B/ Les aménagements statutaires permettant de palier à deux risques de conflits : a) démembrement et droits de vote b) démembrement et résultats.

(318) Stratégie successorale les ressources du Code Civil ; Étude dirigée par Nathalie Levillain ; La semaine juridique notariale et immobilière, n° 14, 5 avril 2013.

résevataire. Il est loin d'être certain qu'une telle clause⁽³¹⁹⁾ œuvre pour la paix familiale...

Ainsi, une fois les raisons, les objectifs et les risques analysés, et lorsque l'importance du patrimoine le permet, le praticien va préférer la donation-partage à la donation simple puisque celle-ci fixe les valeurs au jour de l'acte, évitant ainsi toute difficulté d'évaluation au jour du décès du donateur, notamment lorsque des aliénations et remplois ont été opérés. Cependant, il convient de respecter strictement les règles de la donation-partage édictées par le Code civil et rappelées par la jurisprudence récente⁽³²⁰⁾. En outre, la donation-partage permet de faire barrage à l'action en complément de part pour cause de lésion⁽³²¹⁾ que pourrait exercer un héritier et limite la contestation de l'acte à cinq ans, contre dix ans pour les donations simples⁽³²²⁾.

La paix familiale sera acquise dès lors que l'ensemble des donataires aura été alloti d'un bien divis aux termes d'une donation-partage. Une donation simple n'ayant pas les mêmes qualités et pouvant au contraire mettre à mal, a posteriori, l'équilibre de la succession.

Sans développer davantage la comparaison des donations-partages et donations simples que tout notaire connaît parfaitement, nous poursuivrons par l'analyse des pouvoirs pacificateurs de certaines clauses insérées dans nos actes.

II/ Des clauses sur-mesure

364. L'organisation de la transmission patrimoniale consiste à trouver un subtil équilibre entre des intérêts divergents et le maintien de relations familiales harmonieuses. Les clauses que nous intégrons dans nos actes représentent des solutions pratiques qu'il convient d'adapter au cas par cas.

a) Les clauses de rapport

365. Le rapport des libéralités est une institution de droit successoral selon laquelle l'héritier, appelé avec d'autres à recueillir une succession, doit remettre dans la masse successorale les biens dont le défunt l'avait gratifié. Le rapport s'effectue en principe en valeur.

Le rapport permet de conserver l'équilibre voulu par le disposant et de lui laisser sa capacité de tester, en prévoyant que la libéralité effectuée en avancement de part successorale conserve ce caractère. Sa volonté étant non pas d'avantager le gratifié mais de l'allotir en amont du règlement de la succession. Selon les cas, diverses clauses de rapport peuvent être intégrées à l'acte.

Le rapport n'étant dû que d'un héritier à ses cohéritiers, il est préférable de prévoir aux termes de l'acte de donation une clause de rapport en cas de renonciation à la

(319) Modèle de clause proposée par Madame Levillain : *Clause d'imputation de la réserve globale* « La présente donation est consentie en avancement de part successorale. Par dérogation aux dispositions de l'article 919-1 du Code civil, lors des opérations préalables permettant de vérifier l'absence d'atteinte à la réserve, elle sera imputée principalement sur la part de réserve du gratifié et subsidiairement sur la part de réserve de ses cohéritiers réservataires, puis en cas de dépassement de la réserve globale, sur la quotité disponible ».

(320) Arrêts des 6 mars et 20 novembre 2013, cf. II *infra*.

(321) Article 1075-3 du Code civil.

(322) Article 1077-2 du Code civil.

succession par le gratifié. En effet, cette clause permettra que l'acceptation ou la renonciation du donataire, présomptif héritier, n'influe pas sur le règlement de la succession. En l'absence d'une telle clause, la renonciation du gratifié modifiera le traitement de la donation qui sera regardée comme une libéralité hors part successorale⁽³²³⁾ et impactera les libéralités postérieures volontairement consenties hors part successorale ainsi que les legs du de jure.

➡ **Exemple de clause de rapport en cas de renonciation⁽³²⁴⁾ :**

« La présente donation est stipulée rapportable à la succession du donateur. Le rapport se fera conformément aux dispositions légales en vigueur à la date du décès.

En cas de renonciation du donataire, le donateur impose à celui-ci de rapporter la présente donation conformément aux dispositions de l'article 845 du Code civil. Le rapport se fera alors en valeur, et dans l'éventualité où la valeur rapportée excède les droits que le donataire aurait dû avoir dans le partage s'il y avait participé, l'héritier renonçant devra indemniser les héritiers acceptants à concurrence de cet excédent. »

Dans le même esprit, l'article 846 du Code civil autorise le donateur à stipuler une clause de rapport à l'encontre du donataire qui n'était pas héritier présomptif lors de la donation, mais qui se trouve successible au jour de l'ouverture de la succession. Cette clause permettra de conserver une part de quotité disponible plus importante.

➡ **Exemple de clause de rapport pour un non successible au jour de la donation, devenu héritier au jour de la succession :**

« La présente donation consentie au profit d'un donataire n'étant pas présomptif héritier à ce jour, est non rapportable. Cependant, si le donataire se trouve successible au jour de l'ouverture de la succession, le donateur exige le rapport de la libéralité en application de l'article 846 du Code civil. Ce rapport sera réalisé conformément aux règles en vigueur au jour du décès. »

En outre, le rapport s'effectuant au jour de l'ouverture de la succession, la valeur à rapporter est réévaluée au jour du décès, ainsi que le prévoient les textes. Cependant, le donateur peut, afin de retrouver certains atouts de la donation-partage, déroger à cette règle et fixer le montant du rapport à une somme invariable, à la valeur des biens retenue au jour de la donation. Cette faculté se met en œuvre par l'insertion, dans la libéralité, d'une clause de rapport forfaitaire.

Cependant, cette clause ne permet pas de déroger à l'article 922 du Code civil. De sorte que la réunion fictive est réalisée en prenant en compte la valeur du bien

(323) Article 919-1 et 919-2 du Code civil.

(324) Clause proposée par Nathalie Levillain dans son article paru dans La semaine juridique notariale et immobilière, n° 14, 5 avril 2013.

donné au jour du décès et sera imputée sur la part réservataire du gratifié à hauteur du montant du rapport stipulé dans la donation et le surplus (différence entre la valeur du rapport et la valeur au jour du décès) sera imputé sur la quotité disponible. Cette différence de valeur est considérée comme un avantage indirect acquis au donataire hors part successorale. Cette double imputation posera des soucis concernant l'ordre à retenir, notamment quand la part rapportable doit être subsidiairement imputée sur la quotité disponible. Il est donc préférable que la clause de rapport forfaitaire prévoie l'ordre d'imputation⁽³²⁵⁾.

➡ **Modèle de clause proposé par le 108^e Congrès des Notaires de France**

« Dans l'hypothèse où la valeur des biens donnés, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, serait supérieure au montant stipulé rapportable, les parties conviennent que l'excédent sera imputé sur la quotité disponible par priorité à la fraction rapportable de la libéralité sujette, le cas échéant, à imputation subsidiaire sur la quotité disponible ».

Pour l'établissement de la masse à partager, seule la valeur forfaitaire sera à prendre en compte. Les fluctuations, volontaires ou non, n'entreront pas en ligne de compte. Ce rapport forfaitaire peut donc tourner à l'avantage ou au désavantage du gratifié. Il pourrait alors être stipulé dans l'acte que la somme forfaitaire ne pourrait excéder la valeur du bien au jour du partage et la possibilité d'effectuer le rapport en nature.

b) La renonciation à l'action en réduction ou en revendication éventuelle contre le tiers détenteur : l'article 924-4 du Code civil

366. Lorsqu'un vendeur a reçu le bien par donation, l'article 924-4 du Code civil offre aux héritiers réservataires du donateur, une action en revendication sur le bien contre les tiers détenteurs, pour le cas où la libéralité porterait atteinte à la réserve et serait susceptible de réduction.

Afin de protéger l'acquéreur, les cohéritiers doivent consentir à la vente du bien au titre de l'article 924-4 du Code civil. Régulièrement, le notaire est confronté au refus de certains cohéritiers soit pour obtenir une contrepartie soit tout simplement pour nuire aux autres cohéritiers.

Depuis le 1^{er} janvier 2007, ce consentement peut être recueilli dans l'acte de donation et il est recommandé de le prévoir systématiquement dès que les conditions sont réunies.

Cette renonciation ne porte pas sur l'action en réduction mais seulement sur l'action en revendication sur le bien donné contre le tiers détenteur. Elle doit être donnée par les cohéritiers mais également par le donateur. Cet accord doit être obtenu dans le cadre de vente de biens immobiliers mais aussi mobiliers (exemple : vente d'un fonds de commerce).

Le délai de prescription de l'action en réduction est de cinq ans à compter du décès du donateur pour les donations-partages et de dix ans concernant les donations

(325) La donation avec stipulation d'une clause de rapport forfaitaire Christophe Vernières, professeur à l'université Paris VIII Droit et patrimoine n° 254 janvier 2016.

simples⁽³²⁶⁾. Cependant, pour le cas d'une donation conjonctive avec une réversion d'usufruit, le délai ne commence à courir qu'à compter du second décès, et ce sans considération de l'origine du bien donné.

Quelques cas particuliers ne nécessiteront pas l'intervention des cohéritiers au titre de l'article 924-4 du Code civil.

En effet, cet article doit être interprété strictement et ne concerne que les biens recueillis par libéralités.

- Ainsi, la vente d'un bien immobilier détenu par une SCI dont les parts sociales ont été reçues par donation ne nécessitera pas l'intervention des cohéritiers. En effet, la SCI disposant d'une personnalité morale distincte, la vente directe du bien immobilier et non des parts sociales échappe à cette autorisation.

- Enfin, la subrogation n'étant ici pas admise, si une somme d'argent fait l'objet de la donation, la vente du bien acquis avec cette somme, ne nécessitera pas l'accord des cohéritiers.

c) Les obligations en cas de vente d'un bien démembré suite à une donation

367. Il arrive qu'un bien ayant fait l'objet d'une donation en nue-propiété soit vendu. Se posera alors la question de savoir si le prix de vente est réinvesti ou partagé.

Afin d'éviter, au moment de la vente, toute discussion entre l'usufruitier et les nus-proprétaires sur le sort du prix de vente, le donateur pourra stipuler dans l'acte de donation une condition déterminante selon laquelle, en cas de cession conjointe des biens et droits faisant l'objet du démembrement, **et à sa seule demande**, il pourra exercer, à son libre choix, l'une des trois options suivantes, ce que le donataire acceptera expressément.

« **1^{re} option** : Par dérogation aux dispositions supplétives de l'article 621 du Code civil, le DONATEUR pourra exiger que l'usufruit et la nue-propiété soient reportés, en vertu des règles de la subrogation réelle conventionnelle, sur le prix de vente et sur tous biens qui pourraient être acquis en remploi. Les parties confirmeront, dans cette optique, leur souhait de maintenir entre eux l'obligation faite à l'usufruitier de faire emploi conformément aux dispositions de l'article 603 du Code civil.

Le choix des biens à acquérir et le mode d'investissement seront déterminés de concert entre usufruitier et nus-proprétaires. En cas de contestation entre les nus-proprétaires et l'usufruitier sur la nature des remplois à effectuer, l'autorité chargée de les départager devra prendre en considération l'intérêt de l'usufruitier en privilégiant autant que possible un investissement de nature à lui assurer des revenus sûrs et périodiques.

(326) Concernant les successions ouvertes depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006. Antérieurement, le délai était de trente ans.

Il faudra entendre par subrogation le remplacement dans le patrimoine du donateur pour l'usufruit et des donataires pour la nue-propriété, des biens donnés par tous biens qui s'y substitueraient par voie de vente suivie d'un emploi, d'échange ou d'apport.

2^e option : le DONATEUR pourra exiger, conformément aux dispositions de l'article 621 du Code civil, qu'il soit procédé à la répartition du produit de la cession des biens démembrés objets des présentes ou des biens qui auraient pu leur être subrogés par application de la 1^{re} option,

- soit en fonction du barème de l'article 669 du Code général des impôts ou de tout autre barème qui aurait pu lui être substitué,

- soit en fonction de la valeur relative des droits d'usufruit et de nue-propriété, laquelle valeur sera appréciée en prenant pour durée du démembrement l'espérance de vie des usufruitiers à la date de la conversion et pour taux d'actualisation le taux des emprunts d'état français à dix ans à la date de la conversion.

3^e option : le DONATEUR pourra exiger, à première demande de sa part, que, conformément aux dispositions de l'article 587 du Code civil, les liquidités provenant de la cession des biens donnés, lui soient remises sur sa seule quittance et sans obligation de faire emploi, les nus-propiétaires étant alors créanciers, à terme, de l'usufruitier de choses d'égales quantité et qualité ou de leur valeur à la date de la restitution.

Les conditions particulières (droit de retour, clause d'interdiction d'aliéner, d'hypothéquer, de nantir, ...etc.) prévues dans la donation s'appliqueront aux biens subrogés. »

Ainsi, en cas de vente, le donateur aura, en sa qualité d'usufruitier, les pouvoirs d'administration et de disposition des capitaux dont il aura la jouissance et sera dispensé de fournir caution des sommes soumises à son quasi-usufruit. Il sera redevable, vis à vis du donataire, nu-propiétaire, d'une créance dont les modalités d'évaluation seront les suivantes :

Le nu-propiétaire aura le droit à son choix :

a) Soit à une somme égale, unité monétaire pour unité monétaire, au produit de la cession des actifs démembrés,

b) Soit à la valeur de tous les biens qui se retrouveront en nature, lors de l'extinction de l'usufruit, et qui auront été acquis en emploi ou emploi du produit de la cession des actifs démembrés.

La donation pourra prévoir qu'afin de mettre le nu-propiétaire en mesure d'exercer utilement ce choix et de lui pré-constituer la preuve des emplois et emplois successifs, il devra investir les fonds sur un compte spécifique ouvert auprès de tout établissement bancaire de son choix. Devront figurer sur ces comptes : les titres acquis en emploi des fonds donnés, les titres qui, à la suite de l'aliénation, seront subrogés aux actifs cédés du fait du réinvestissement des prix de cession et les sommes et valeurs revenant au nu-propiétaire. Les intérêts et dividendes, mêmes payés en actions, des valeurs soumises au quasi-usufruit, ainsi que les titres acquis en emploi de ces intérêts

et dividendes, devront être virés sans délai à un autre compte ouvert au nom du donateur.

Pour le cas où le produit de la vente serait investi en tout ou partie dans d'autres biens tels que des immeubles, la créance du nu-propriétaire serait égale à la valeur, au décès de l'usufruitier, des biens acquis en remploi de ceux vendus.

En tout état de cause, la dette de restitution ne pourra être inférieure au produit de la cession des actifs donnés lors de la demande de transformation en quasi-usufruit adressée par le donateur.

Cette dette de restitution ne deviendra exigible qu'au jour du décès du donateur.

d) *Les interdictions*

368. La donation de biens présents constitue un dépouillement actuel et irrévocable (article 894 du Code civil). Il est difficile pour le donateur de subir cet abandon total.

Ainsi, des interdictions tant sur le bien que sur le comportement du gratifié pourront être stipulées.

- Les interdictions classiques concernant le bien portent sur l'aliénation et la prise d'hypothèque, sans l'accord du donateur. Cette mesure permet au donateur soucieux du destin juridique du bien donné de s'assurer de sa conservation dans le patrimoine familial. Ces clauses doivent être « **temporaires et justifiées par un intérêt légitime et sérieux** ». Ces conditions ont été rappelées par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 31 octobre 2007⁽³²⁷⁾.

La charge graduelle, définie par l'article 1048 du Code civil, comporte quant à elle l'obligation pour le gratifié de transmettre le bien, à son décès, à un second gratifié. Cette interdiction personnelle (et non réelle) ne saurait s'étendre au bénéficiaire final de l'opération. Pour assurer l'efficacité de ce montage, il apparaît préférable d'y adjoindre une clause d'inaliénabilité des articles 900-1 et suivants du Code civil.

- La clause pénale permettra au donateur de maintenir la transmission patrimoniale souhaitée, en empêchant le donataire de contester la libéralité ou de commettre un manquement à une obligation mise à sa charge, sous peine pour ce dernier d'être sanctionné. Cette clause reste valide dans la mesure où elle ne comporte pas de stipulation contraire à l'ordre public, elle doit notamment ne pas porter atteinte à la réserve.

De plus, la Cour de cassation est récemment venue ajouter des conditions à la validité de cette clause.

D'une part, elle ne doit pas entraver de manière excessive le droit d'agir des parties⁽³²⁸⁾. Cet arrêt a soulevé de nombreuses questions quant au principe de proportionnalité posé par la jurisprudence. Cette clause ayant pour but d'empêcher toute contestation de la libéralité, le droit d'agir est forcément entravé. Tout l'enjeu sera de déterminer à quel moment la clause bascule dans l'excès au cas par cas.

(327) Cass. 1^{re} civ., 31 octobre 2007 : Bull. civ. I, n° 337 ; D. 2008. 963, note Thomas-Raynaud ; JCP N 2008. 1064 note Mortier ; RTD civ. 2008. 126, observations Revet.

(328) Cass. Civ. 1^{re} 16 décembre 2015, n° 14-29.285.

D'autre part, elle ne doit pas porter une atteinte excessive au droit absolu, reconnu à tout indivisaire, de demander le partage⁽³²⁹⁾.

Ainsi à la lecture de la jurisprudence récente, le plus grand soin doit être apporté à la rédaction d'une clause pénale, qui outre les conditions classiques (respect de l'ordre public) doit respecter les droits fondamentaux en ne leur portant pas une atteinte excessive, à défaut de quoi la clause serait réputée non écrite. Une attention particulière du client doit être attirée sur ce risque.

B/ Quelques cas de libéralités à la source du conflit

369. À l'origine, les libéralités sont consenties du vivant des donateurs dans le but essentiel de garantir la paix familiale après leur décès. Cependant, certaines donations ont l'effet inverse et des situations de fait créent un avantage indirect, au profit de l'un des héritiers, de nature à créer un conflit.

I/ L'aide financière familiale

370. Rien de plus normal pour des parents que d'aider leurs enfants dans le besoin. Cela relève même de leur obligation au titre des obligations alimentaires et d'entretien imposées par le Code civil⁽³³⁰⁾. Alors que cette aide financière constitue pour les parents une obligation naturelle spontanée, pour les autres enfants, en fonction de la nature de l'aide et de son ampleur financière, elle constituera un réel avantage indirect. Le soutien financier des parents peut créer un déséquilibre entre les enfants et constituer une réelle source de conflits successoraux. La qualification de cette « aide » est une question centrale qui aura des conséquences déterminantes lors du règlement de la succession.

a) La mise à disposition gratuite d'un logement

371. Il arrive souvent que les parents mettent à disposition gratuite un logement leur appartenant au profit de l'un de leurs enfants. Ces derniers n'y voyant pas le problème de qualification qui en découle ne prennent pas la peine de caractériser cette mise à disposition. Rien de plus naturel pour un parent que de laisser un de ses enfants occuper son bien plutôt que de le louer à un tiers. Or ce prêt de logement constitue une réelle économie pour le bénéficiaire.

Cependant, les autres enfants ne le voient pas du même œil ; ce qui va générer des tensions familiales, généralement lors du règlement de la succession, ces derniers n'osant pas évoquer ce problème du vivant de leurs parents. En effet, à leur sens, comment ne pas y voir un avantage alors qu'eux même payent un loyer qui grève leur charge mensuelle que leur frère ou sœur bénéficie gratuitement d'un logement ?

Toute la difficulté résulte dans la qualification de cet acte : s'agit-il d'une donation indirecte ? d'un prêt à usage ? ou est-ce simplement la matérialisation de l'obligation d'entretien que les parents doivent à leurs enfants ? La qualification retenue entraînera des conséquences liquidatives totalement différentes.

La Cour de cassation a retenu diverses qualifications et nous constatons une évolution dans la caractérisation de cette mise à disposition gratuite d'un logement.

(329) Cass. Civ. 1^{re} 13 avril 2016, n° 15-13.312.

(330) Articles 203, 205 et 207 du Code civil.

Ainsi, cette mise à disposition a été analysée comme une **donation de fruits** par la première chambre civile de la Cour de cassation suivant un arrêt du 14 janvier 1997 (constituée de l'élément matériel : enrichissement de l'enfant et appauvrissement des parents, et de l'élément intentionnel), alors que dans un arrêt du 8 novembre 2005, elle y a vu un **avantage indirect rapportable**. Puis, l'arrêt du 18 janvier 2012 précise que sans preuve de l'intention libérale, cette mise à disposition gratuite ne peut pas constituer un avantage indirect rapportable. Pour finalement établir qu'il pouvait s'agir d'un **prêt à usage** :

Cour de cassation, première chambre civile, arrêt du 11 octobre 2017⁽³³¹⁾.

Les faits : Le *de cuius* laisse son conjoint survivant et deux enfants. La veuve opte pour un quart en pleine propriété et trois quarts en usufruit. Le fils, qui avait bénéficié d'une mise à disposition gratuite d'un logement pendant environ 11 ans, demande le partage de la succession. La fille et la veuve réclament le rapport de l'avantage indirect de cette mise à disposition gratuite, évalué à 192 000 €.

La solution : La Cour d'appel de Paris a retenu la qualification d'un prêt à usage, incompatible avec l'avantage indirect. Cette solution trouve sa justification dans le fait que le prêt à usage n'entraîne pas la dépossession du prêteur.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi de la veuve et de la fille, retenant que c'est à bon droit que la Cour d'appel qui a retenu la qualification de prêt à usage (qui est un contrat de service gratuit conférant seulement à son bénéficiaire un droit à l'usage de la chose et n'opère aucun transfert d'un droit patrimonial ni sur la propriété, ni sur la chose, ses fruits et revenus de sorte qu'il n'en résulte aucun appauvrissement du prêteur) et en a déduit qu'un tel contrat est incompatible avec l'avantage indirect.

Cette solution met en exergue que le simple fait de ne pas percevoir de loyer ou de contrepartie ne suffit pas à caractériser l'appauvrissement du prêteur.

Peut-on conclure de cette récente jurisprudence que dans tous les cas la mise à disposition gratuite d'un logement par les parents est un prêt à usage qui exclut le rapport ? Nous ne le pensons pas. Ce n'est pas en rédigeant un prêt à usage que l'on garantira nos clients de l'absence de rapport. Tout dépend des circonstances de la cause.

Cette évolution jurisprudentielle montre à quel point il est nécessaire d'anticiper cette question. Pour cela, il existe des solutions telles que l'attribution de cet avantage dans une donation-partage ou encore la dispense de rapport ou le rapport de cette mise à disposition aux termes d'un testament.

b) Le financement des études supérieures

372. Bien que le système éducatif français permette de faire des études supérieures à des coûts bien inférieurs à ceux pratiqués dans certains autres pays, les frais annexes,

(331) Cass. Civ. 1^{re} 11 octobre 2017, n° 16-21419.

notamment pour le logement, peuvent grever sévèrement le budget d'un étudiant. Les parents soucieux de la réussite de leurs enfants, prendront alors en charge ces dépenses. Cependant, comment doit-on analyser cette prise en charge ? S'agit-il d'une aide au titre de l'obligation d'éducation (article 203 du Code civil) ? Ou s'agit-il d'un réel avantage indirect retiré par l'enfant bénéficiaire ? Où se situe la limite entre l'obligation d'entretien et l'obligation d'établissement dont le rapport est dû⁽³³²⁾ ?

Les études doivent être effectives et susceptibles de procurer un diplôme permettant à l'enfant de rentrer sur le marché du travail.

La frontière entre l'obligation d'éducation et l'établissement est floue : les uns ne voyant dans le financement des études que l'accomplissement du devoir d'entretien et les autres y voyant un financement ayant permis l'établissement, surtout lorsque les longues études coûteuses ont permis au bénéficiaire d'obtenir un très bon travail.

Afin d'éviter tout conflit familial, il est nécessaire de caractériser ce financement et de préciser si une intention libérale existe. Quand bien même il ne s'agirait que de l'exécution de l'obligation d'éducation, les disposants pourront décider que le rapport sera dû⁽³³³⁾.

En ce cas, il sera possible de rétablir l'égalité soit sous la forme d'une donation-partage aux termes de laquelle cet avantage sera intégré, ou d'un testament. L'important est de préciser la nature de ce financement et en cas de libéralité d'indiquer s'il s'agit d'un avantage en avancement de part successorale ou hors part. En l'absence de précision, si les parties conviennent de retenir l'avantage indirect, celui-ci sera considéré comme une libéralité hors part successorale.

c) *Le prêt familial : une libéralité ?*

373. Le prêt tel que défini par l'article 1892 du Code civil (« un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à charge pour cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ») ne fait ressortir aucun caractère onéreux ou gratuit.

Il s'agit d'un acte neutre, parfois qualifié de contrat de bienfaisance.

La Cour de cassation a encadré les prêts entre particuliers en venant préciser qu'il s'agit d'un contrat réel qui se forme par la remise de fonds⁽³³⁴⁾, et que la preuve de ce contrat ne se réalise que par écrit⁽³³⁵⁾ conformément à l'article 1341 du Code civil. La remise de fonds seule n'étant pas suffisante à caractériser l'obligation de remboursement et donc le prêt⁽³³⁶⁾. Cette obligation ne se présume pas, l'absence même d'intention libérale ne suffit pas à caractériser l'obligation de restitution⁽³³⁷⁾.

À l'inverse, l'intention libérale fait obstacle à l'obligation de remboursement. Cependant cette intention doit être prouvée par celui qui l'invoque en application de l'article 1353 du Code civil.

(332) Article 851 du Code civil.

(333) Article 852 du Code civil.

(334) Cass. Civ. 1^{re} 19 juin 2008, n° 06-19.753.

(335) Cass. Civ. 1^{re} 19 juin 2008, n° 07-13.912.

(336) Cass. Civ. 1^{re} 25 octobre 1989, n° 88-12.827.

(337) Cass. Civ. 1^{re} 28 février 1999, n° 92-19.07.

En conséquence, le prêt familial doit nécessairement être écrit. Cet écrit évitera les possibles requalifications en libéralité ou en simple exécution d'une obligation naturelle.

En outre, le Code civil a prévu un mécanisme spécifique qui permet, si le prêt n'est pas remboursé au décès du prêteur, que l'héritier débiteur soit alloti de cette dette afin qu'elle s'éteigne par confusion⁽³³⁸⁾. Si toutefois la dette dépasse les droits du copartageant débiteur, il devra régler le solde dans les mêmes conditions que celles prévues initialement.

La Cour de cassation⁽³³⁹⁾ a retenu la règle du nominalisme, c'est-à-dire que la somme prêtée devait être prise en compte pour sa valeur seule, sans tenir compte de l'utilisation qui en a été faite. En conséquence, la valeur à intégrer à la masse partageable est celle prêtée. Elle considère que la technique de règlement des dettes n'obéit pas aux règles du rapport fixées à l'article 860 du Code civil. Seuls les éventuels intérêts pourront accroître le montant initialement dû, s'ils ont été stipulés dès l'origine.

Le prêt familial doit donc faire l'objet d'un acte indiquant le montant prêté, la durée, les modalités de remboursement ainsi que l'éventuel taux d'intérêt.

Le taux peut être nul ainsi qu'il en est déduit de la lecture des articles 1895 et 1905 du Code civil. La fixation d'un taux d'intérêt n'est qu'une possibilité pour les parties, un accessoire, qui ne constitue pas un élément de validité du contrat. Ce dernier n'est formé que par la remise de la somme et l'obligation de remboursement.

Le taux d'intérêt est généralement fixé afin de compenser la perte de revenus potentiels du prêteur si le capital avait été placé. Ainsi, l'absence d'intérêt peut être considérée par les cohéritiers comme un avantage indirect, rapportable à la succession.

La Cour de cassation⁽³⁴⁰⁾ est venue rappeler que l'avantage indirect se caractérise par deux éléments, savoir :

- l'élément intentionnel constitué par l'intention libérale,
- l'élément matériel constitué par l'appauvrissement du gratifiant.

Le professeur Grimaldi distingue les fruits et revenus fictifs (qui auraient pu être tirés) aux fruits et revenus effectifs (qui sont tirés). Il semble que les intérêts d'un prêt relèvent plutôt du fictif, ces derniers ne constituant qu'un accessoire du prêt et non une condition de validité. Dès lors, la preuve de l'élément matériel n'est pas démontrée.

L'absence de volonté du prêteur de réaliser un profit ne semble pas en elle-même caractériser l'intention libérale. Dès lors que l'obligation de rembourser est stipulée, la qualification de libéralité est exclue. Le prêteur n'ayant aucune volonté de dévouement irrévocable.

Le prêt devra donc faire l'objet d'un remboursement, à défaut de quoi il pourrait être requalifié de donation déguisée.

Bien entendu le prêt familial constaté par acte authentique reste le moyen le plus sûr d'éviter toute requalification. Si toutefois le prêteur souhaite finalement ne pas être remboursé, de tout ou partie du prêt, il peut convertir ce prêt en donation.

(338) Article 864 du Code civil.

(339) Cass. Civ. 1^{re} 29 juin 1994 JCP N 1995, II, p. 1745, note Pillebout.

(340) Cass. Civ. 18 janvier 2012, 4 arrêts, n° 10-25.685, 10-27.325, 09-72.542 et 11-12.863.

À titre d'exemple, nous pourrions ici retenir la requalification de six prêts et l'argumentation de la Cour de cassation.

Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 8 février 2017⁽³⁴¹⁾

Les faits : Une mère alors âgée de 70 ans a consenti six prêts sous seings privés pour un montant total de 6 millions d'euros au profit de son fils. Le terme du remboursement a été fixé aux 99 ans du prêteur. L'emprunteur a déduit les dettes que constituaient ces prêts dans sa déclaration ISF. L'administration fiscale lui a adressé une proposition de rectification de l'ISF au titre de la procédure d'abus de droit, au motif que les prêts étaient en réalité des donations déguisées et donc non déductibles.

« 1°/ que le prêt d'argent est le contrat par lequel le prêteur remet à l'emprunteur une somme, à charge pour ce dernier de la lui rendre ; que le prêt d'argent est, par principe, sans intérêt et qu'il peut être stipulé sans terme ; que l'absence de remboursement d'un prêt qui n'est pas affecté d'un terme ne peut permettre d'écarter la qualification de prêt ; que pour juger que les prêts consentis à M. Z... par Mme Y... constituaient des donations, la cour d'appel a relevé que ces prêts n'étaient pas assortis d'un terme, qu'ils étaient sans intérêts, que leur remboursement était suspendu pendant une période définie et qu'ils n'avaient pas été remboursés ; qu'en statuant par de tels motifs, impropres à écarter la qualification de prêt, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 893, 1892, 1895, 1899, 1900 et 1905 du Code civil ;

2°/ que le prêt peut être valablement consenti entre membres d'une même famille ; que toute personne, quel que soit son âge, peut consentir un ou plusieurs prêts, la créance en résultant pour elle constituant, en cas de décès, un actif de sa succession ; que pour écarter la qualification de prêt, l'arrêt confirmatif attaqué s'est fondé sur les liens familiaux entre l'emprunteur et le prêteur, sur la pluralité des prêts et sur l'âge de ce dernier ; qu'en statuant par de tels motifs, impropres à écarter la qualification de prêt, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 893, 1300, 1892 et suivants du Code civil, ensemble l'article 1134 du même code ;

Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient que le fait que certains caractères d'un acte ne soient pas interdits par la législation ou la réglementation en vigueur n'est pas en soi suffisant pour faire obstacle à ce que cet acte soit fictif et ait pour vocation d'en dissimuler un autre ; qu'après examen de l'ensemble des circonstances et des caractéristiques des actes en cause, réunissant un faisceau d'indices concordants, il ajoute qu'en l'absence de stipulation d'intérêt et compte tenu du lien de parenté liant les parties, de l'âge du prêteur, de la succession des prêts et de l'absence de tout remboursement, l'intention libérale de Mme Y... était démontrée en sorte que les actes en cause constituaient des donations et non des prêts, l'âge de 99 ans de celle-ci, lors du terme du premier prêt, rendant aléatoire l'obligation de remboursement ; qu'ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

(341) Cass. Com. 8 février 2017, n° 15-21.366.

II/ Les donations-partages avec attribution de biens indivis

374. La donation-partage a pour but premier d'anticiper le règlement de la succession en donnant et partageant ses biens, dans le même acte, au profit de ses présomptifs héritiers. L'avantage de cette transmission anticipée résulte notamment dans la fixation des valeurs au jour de la donation et de l'absence de rapport, dans la mesure où tous les héritiers présomptifs ont été allotis. Une donation-partage doit nécessairement contenir le partage de tous les biens. Or, il arrive que le disposant n'ait pas suffisamment de biens pour allotir les donataires. De ce constat, la pratique a procédé à des donations, qualifiées de donations-partages, mais qui n'en avaient que le nom, un ou plusieurs biens restant en indivision entre les donataires. Il convient alors de faire un rappel de la jurisprudence concernant ce type de donations, et de voir les solutions permettant d'éviter l'écueil de la requalification.

a) Rappel de la jurisprudence

375. La Cour de cassation s'est prononcée par deux fois en 2013⁽³⁴²⁾, en effectuant un rappel des règles de la donation-partage. Ces deux arrêts font échos à un arrêt ancien datant du 20 janvier 1947.

Cour de cassation, 6 mars 2013

Les faits : Des époux communs en biens procèdent à une donation-partage en attribuant un bien à usage d'habitation à l'un des donataires et des parcelles de terre et bois aux cinq autres donataires. Ils souhaitent que ces parcelles restent en indivision leur vie durant. L'un des gratifiés décède et ses ayants-droits demandent le partage. Les donateurs s'y opposent.

La solution : La Cour d'appel d'Amiens rejette la demande de partage indiquant que celui-ci ne pouvait résulter que de la volonté des ascendants et que leur opposition était sans effet sur la qualification de donation-partage dans la mesure où un bien a été attribué individuellement.

La Cour de cassation a cassé la décision en rappelant « qu'il n'y a de donation-partage que dans la mesure où l'ascendant effectue une répartition matérielle de ses biens entre ses descendants (...) Qu'en statuant ainsi, alors que, quelle qu'en ait été la qualification donnée par les parties, l'acte litigieux, qui n'attribuait que des droits indivis à cinq des gratifiés, n'avait pu, à leur égard, opérer un partage, de sorte qu'à défaut de répartition ultérieure de biens divis par les ascendants, cet acte s'analysait en une donation entre vifs ayant eu pour effet de faire sortir les biens du patrimoine des donateurs et de créer une indivision conventionnelle entre les donataires à laquelle il pouvait être mis fin dans les conditions prévues par l'article 1873 3 du Code civil, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

À la lecture de cet arrêt, il faut rappeler que la donation-partage peut être réalisée en deux actes distincts, bien que peu judicieux d'un point de vue fiscal compte tenu de l'exigibilité en pareil cas du droit de partage de 2,5 %. Dans ce cas, le partage ultérieur doit être réalisé sous l'autorité du disposant.

(342) Cass. Civ. 1^{re} 6 mars 2013, n° 11-21.892 et 20 novembre 2013, n° 12-25681.

Pendant, l'absence de volonté de répartition matérielle par les donateurs constitue un réel frein à la qualification de donation-partage. En conséquence, la donation simple a donné naissance à une indivision conventionnelle à durée indéterminée entre les donataires, dont le partage peut être demandé à tout moment⁽³⁴³⁾.

► Cour de cassation, 20 novembre 2013

Les faits : Une mère consent une donation-partage cumulative des biens lui appartenant et de ceux dépendant de la succession de son époux, au profit de ses trois enfants. Elle attribue certains biens en pleine propriété à l'un de ses enfants et laisse les deux autres en indivision sur d'autres biens. Suite au décès de la donatrice, les enfants se sont opposés au règlement de la succession, contestant la qualification de donation-partage au motif que chaque enfant n'a pas été alloué de biens divis. Cette contestation induit la requalification en donation simple et de fait le rapport à la succession pour les valeurs évaluées au jour du partage.

La solution : Alors que la Cour d'appel avait débouté le demandeur, la Cour de cassation a cassé la décision, au visa de l'article 1075 du Code civil au motif que :

« Quelle qu'ait été la qualification donnée par les parties, l'acte litigieux, qui n'attribuait que des droits indivis à deux des trois gratifiés n'avait pu opérer un partage, de sorte que cet acte s'analysait en une donation entre vifs ».

Les conséquences d'une telle disqualification sont très importantes notamment en matière de rapport successoral et de calcul de la réserve héréditaire.

En effet, si une donation-partage n'est pas soumise au rapport successoral dans la mesure où elle opère un partage anticipé de la succession, cet acte désormais requalifié en donation simple n'échappera pas au rapport.

L'effet ne se fera que peu sentir dans la mesure où les donataires auraient reçu des quotes-parts indivises identiques et seraient toujours en possession du bien. Cependant, il en sera autrement, si le bien a été vendu et l'argent réemployé. Le donataire qui aura mieux réinvesti son argent bénéficiera d'une quote-part réduite dans les biens à partager, la valeur à prendre en compte étant celle du bien nouvellement acquis.

Le bénéfice de la donation-partage, permettant de conserver l'évaluation au jour de l'acte, si tous les héritiers ont reçu un lot pour la réunion fictive, sera perdu en cas de requalification. Les biens devront alors être évalués au jour du décès pour cette réunion fictive, et au jour du partage pour les opérations de partage.

(343) Article 1873-3 du Code civil.

Il ressort de ces deux arrêts que le notaire chargé du règlement de la succession et se trouvant en présence de donation devrait appliquer le régime liquidatif correspondant à l'acte, et non s'en tenir à la qualification retenue par les parties. Il lui appartient de déterminer la nature réelle de la libéralité, sans même attendre qu'une action en requalification judiciaire soit intentée. Cependant, suite à une réunion INTERCRIDON en date des 15 et 16 janvier 2015, il est préconisé au notaire d'exposer la situation aux parties en leur expliquant les conséquences d'une disqualification ou du maintien de la qualification. Disposant de toutes les informations, il appartiendra aux parties de décider du sort de la libéralité. Pour le cas où ces derniers décideraient de ne pas requalifier l'acte, il convient de recueillir leur renonciation à agir en justice pour obtenir la requalification de la donation-partage en donation simple.

La question reste entière quant aux donations-partages opérant des attributions divisées et indivises, l'acte est-il disqualifié en son intégralité ? Il ne semble pas pensable de conserver la nature de donation-partage concernant la partie d'acte portant sur les biens attribués divisément et de requalifier en donation simple la partie de l'acte portant sur des biens donnés en indivision. Bien qu'à la lecture de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 novembre 2013, il semble que la disqualification complète de l'acte soit à retenir, les CRIDON ne sont pas parvenus à un point d'accord sur ce sujet.

b) *Les solutions*

376. Des solutions ont été envisagées afin d'éviter la disqualification des donations-partages. Deux cas peuvent se présenter, soit la donation a déjà été signée, il convient alors de rectifier les attributions a posteriori, ou la donation n'a pas encore été signée et la construction de l'acte doit être mûrement réfléchie.

La première solution, que l'acte soit signé ou non, consiste en l'attribution du bien à l'un des donataires, à charge pour lui de régler une soulte à son copartageant. Cette solution, qui permet de conserver l'égalité en valeur nécessaire, ne remettra pas en cause la qualification de donation-partage. Attention toutefois aux soultes stipulées payables à terme qui sont susceptibles de revalorisation si le bien reçu par le débiteur de la soulte varie de plus du quart par suite de circonstances économiques au jour du paiement⁽³⁴⁴⁾.

Si l'acte n'a pas encore été signé, le donateur souhaitant laisser un bien en indivision entre les donataires, peut en premier lieu apporter ce bien à une société puis procéder à la donation-partage en attribuant des parts sociales à ses donataires. L'avantage des parts sociales numérotées est qu'elles sont attribuables individuellement à chaque héritier présomptif. L'inconvénient résulte dans les frais qui seront entraînés tant pour la constitution de la société que par la plus-value générée par l'apport.

Il est également possible, selon la nature du bien, de le mettre en copropriété préalablement à la donation-partage, afin d'allotir chaque donataire.

(344) Article 828 sur renvoi de l'article 1075-4 du Code civil.

À défaut, une donation simple contenant une clause de rapport forfaitaire peut être envisagée. Cette clause aura pour effet, l'imputation de la valeur déterminée sur la part réservataire du donataire et l'imputation sur la quotité disponible de l'excédent entre la valeur forfaitaire et la valeur du bien au jour du décès. Afin d'éviter une action en réduction, une renonciation anticipée à cette action devra être mise en place, en parallèle de la donation simple. Attention toutefois aux dispositions de l'article 929 alinéa 3 du Code civil. La renonciation anticipée à l'action en réduction ne doit pas conditionner la donation.

Si l'acte a été signé, le donateur peut procéder dans un acte postérieur au partage du ou des bien(s) indivis. Ce partage sera soumis au droit de 2,5 % mais permettra de régulariser la situation.

Le bien peut également être apporté à une société par les donataires, avec intervention du donateur (ou apport également s'il en a conservé l'usufruit). Cet apport mettra un terme à l'indivision.

Si le bien indivis a été cédé, il convient tout de même de régler le problème. À défaut, le remploi servira de base lors de la réunion fictive. Il est possible pour les parties d'intégrer le prix de vente dans un acte de partage soumis au droit de 2,5 %.

Les biens indivis peuvent également être réincorporés dans une réelle donation-partage, avec les conséquences fiscales liées à la réincorporation, et même dans une donation-partage transgénérationnelle afin d'effectuer une transmission directe au profit des petits-enfants. Une répartition au niveau de chaque souche sera nécessaire afin de respecter le formalisme.

Il peut également être envisagé de constater par un acte ultérieur la disqualification de la donation-partage en donation simple, en précisant qu'elle avait été consentie hors part successorale ou que les biens seraient évalués à la date de l'acte initial.

Il faut rappeler qu'une donation-partage inégalitaire n'est pas interdite, dans la mesure où le déséquilibre n'est pas trop important et ne porte pas atteinte à la réserve.

Enfin, il est vivement recommandé en cas de refus des parties de procéder à la régularisation de cette situation, de les informer des conséquences de cette jurisprudence récente et des moyens pour y remédier.

➡ **Proposition de clause de renonciation à demander la requalification**

Une donation-partage a été consentie par Monsieur S à ses quatre enfants suivant acte reçu par Maître I le 20 avril 2011 enregistrée... Observation étant ici faite que la donation-partage attribuait aux donataires des quotités indivises sur certains biens.

Les parties aux présentes reconnaissent avoir été pleinement informées, par le notaire soussigné, de l'arrêt de la Cour de cassation n° 1311 du 20 novembre 2013 (12-25.681) – Cour de cassation – Première chambre civile – et en particulier :

- des circonstances de l'espèce,
- de la conclusion suivant laquelle « *quelle qu'en ait été la qualification donnée par les parties, l'acte litigieux, qui n'attribuait que des droits indivis à deux des trois gratifiés n'avait pu opérer un partage, de sorte que cet acte s'analysait en une donation entre vifs,* »
- de la portée de cet arrêt, à savoir : que la donation-partage avec attribution de quotités indivises est susceptible d'être requalifiée en donation simple de droits indivis, laquelle si elle est requalifiée en donation simple emporte des conséquences liquidatives et notamment déchéance des caractéristiques propres à la donation-partage qui sont la fixité des valeurs et le caractère non rapportable de la donation,
- des conséquences liquidatives résultant de la disqualification de la donation-partage en donation simple. Ils déclarent en outre avoir pris connaissance par le notaire soussigné, de la liquidation successorale résultant de la disqualification de la donation-partage en donation simple, et toutes les explications y afférentes.

Nonobstant cette jurisprudence et les conséquences liquidatives en résultant, les parties, parfaitement informées par le notaire soussigné des conséquences de la disqualification de la donation-partage en donation simple, demandent expressément, sans réserve, à titre transactionnel, global, forfaitaire et définitif, sur le fondement des dispositions des articles 2044 et suivants du Code civil, à :

- maintenir la qualification de donation-partage à l'acte de donation du 15 mars 2011 susvisé et par conséquent la soumettre aux dispositions des articles 1075 et suivants du Code civil,
- se dispenser mutuellement du rapport prévu à l'article 843 du Code civil,
- maintenir chacun pour son compte et pour le compte de ses cohéritiers, le bénéfice du gel des valeurs en vue de la détection des chefs de réduction pour atteinte à la réserve, visé à l'article 1078 du Code civil,
- renoncer au droit d'agir en justice pour obtenir la requalification de ladite donation-partage en donation simple.

Il en résulte que :

- pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, les parties conviennent de retenir la valeur des biens donnés pour leur valeur au jour de la donation-partage et non pour leur valeur au jour du décès, conformément à l'article 1078 du Code civil,
- que cette donation n'est pas rapportable à la succession de Monsieur S,
- que l'imputation des biens donnés se fait d'abord sur la réserve et subsidiairement sur la quotité disponible.

III/ Les donations-partages qui deviennent inégalitaires avec le temps

377. Les donations-partages sont pour la plupart égalitaires, bien que les donations-partages inégalitaires ne soient pas interdites, cela ne relève que rarement de la volonté des disposants. Afin d'éviter un conflit entre les héritiers présomptifs, la donation-partage égalitaire est privilégiée. Cependant, il se peut que compte tenu de la nature des biens donnés, l'équilibre initial soit rompu. Les donateurs n'avaient pas prévu cette situation mais des critères externes mettent à mal l'égalité, que faire dans pareil cas ? Il est ici nécessaire de rappeler, que même dans le cas d'une donation simple, la valeur à retenir pour le rapport ne tient pas compte des améliorations ou dégradations fortuites. Quid d'un terrain donné dans le cadre d'une donation-partage qui devient par la suite constructible ? Cette constructibilité n'étant pas du fait des parties.

a) *Les cas : un terrain qui devient constructible et la construction par l'usufruitier sur un terrain appartenant au nu-propriétaire*

378. La Cour de cassation a été amenée à statuer sur divers cas où le problème majeur consistait en l'évaluation d'un terrain donné.

Le premier cas⁽³⁴⁵⁾ fait état d'une donation de terrain classé en zone « AU » soit inconstructible au jour de la donation mais susceptible de devenir constructible un jour. Tout l'enjeu concernant cette donation rapportable, est de savoir si la valeur à retenir porte sur le terrain inconstructible dans cet état au jour du partage, ou sur la valeur du terrain susceptible d'être constructible.

Dans un second cas⁽³⁴⁶⁾, un enfant a reçu un terrain de taille insuffisante qui de fait a subi une décote de valeur aux termes de la donation. Lors du partage, ce dernier a convenu avec son copartageant qu'un terrain contigu lui serait attribué, de sorte que le bien reçu s'en est trouvé valorisé. Le débiteur du rapport estimait que la valeur rapportable devait toujours subir la décote, la valorisation du terrain reçu provenant de ses actes. Au contraire, son copartageant demandait le rapport pour la valeur du terrain dans son état au jour du partage (soit sans la décote).

Et enfin, dans un dernier cas⁽³⁴⁷⁾, un terrain inconstructible a été donné. Temporairement devenu constructible, le donataire en a profité pour y bâtir une maison. Lors de l'ouverture de la succession, le terrain était redevenu inconstructible, supportant la construction précédemment édifiée. Débiteur et créancier du rapport s'opposent alors afin de déterminer quelle est la nature du terrain à prendre en compte au jour du règlement de la succession. S'il ne faisait pas de doute qu'à ce moment-là le terrain n'était pas constructible, la présence d'un bâtiment semait le trouble.

Ces trois cas portaient sur des donations simples mais pourraient trouver à s'appliquer dans le cas de donations-partages ne respectant pas les règles de l'article 1078 du Code civil pour la réunion fictive.

Outre ces cas de terrains changeant de nature entre la donation et l'ouverture de la succession, se pose également le problème de l'usufruitier qui érige une construction

(345) Cass. Civ. 1^{re} 13 février 2013, n° 11-24.138.

(346) Cass. Civ. 1^{re} 29 mai 2013.

(347) Cass. Civ. 1^{re} 11 septembre 2013.

sur un terrain qu'il a précédemment donné dans le cadre d'une donation-partage. Le risque d'un conflit lors du règlement de la succession est important.

b) Les solutions

379. Pour le premier cas d'espèce, la Cour de cassation a énoncé que l'hypothétique changement de destination du terrain n'a pas à être prise en compte. En effet, il s'agit d'un point sur lequel ni le donateur ni les donataires n'auront, a priori, d'influence.

Pour la réunion fictive, la valeur à prendre en compte concernant un bien faisant partie d'une donation-partage est celle fixée dans l'acte, dans la mesure où celle-ci remplit les conditions de l'article 1078 du Code civil. Dans le cas contraire, la valeur sera celle déterminée au jour du décès, mais la donation-partage reste non rapportable. Si cette donation-partage a été faite en nue-propiété, la valeur retenue pour la réunion fictive sera celle en pleine propriété au jour de la libéralité.

Dans le second cas, la première chambre civile a rejeté le pourvoi, estimant que c'est à bon droit que les premiers juges ont déduit qu'il n'y avait pas lieu de retenir une moins-value dès lors qu'à l'époque du partage l'état du bien était modifié pour une cause étrangère à l'industrie du gratifié.

Concernant le troisième cas d'espèce, la Cour de cassation reprend le même raisonnement, estimant qu'il faut tenir compte de l'état du bien au jour de l'ouverture de la succession, dans la mesure où le changement d'état juridique est étranger à la volonté du gratifié, quand bien même un immeuble est bâti.

L'une des idées directrices étant de reconstituer la masse héréditaire comme si le donateur ne s'était jamais dépossédé, il est logique de ne pas tenir compte des modifications imputables à la volonté du gratifié. Il est nécessaire de déterminer la valeur du bien dans son état suite à une gestion « *en bon père de famille* ».

Enfin s'agissant de l'édification d'un bien par l'usufruitier, la donation-partage n'étant pas rapportable, la valeur prise en compte dans la réunion fictive sera celle en pleine propriété du terrain, sans la construction qui n'existait pas à cette date. Dès lors, il conviendra de rechercher une donation indirecte complémentaire dans la construction, qui sera soumise au rapport et à éventuelle réduction.

IV/ Les donations-partages de biens de natures différentes en démembrement ou en pleine propriété

380. Une donation-partage peut porter indifféremment sur des biens en pleine propriété ou en nue-propiété. Cependant il est difficilement concevable d'allotir un donataire en pleine propriété et l'autre en nue-propiété pour des valeurs identiques alors que la nature des droits donnés est différente. Cette libéralité n'est pas égalitaire et créera nécessairement des tensions au décès du donateur.

Tout enjeu sera de déterminer la valeur à retenir lors de la réunion fictive des libéralités pour le bien donné en nue-propiété. Est-ce la valeur de la nue-propiété donnée ou la valeur de la pleine propriété au jour de la donation-partage ?

Si en matière de donation simple la question a été tranchée par la jurisprudence en prévoyant que la valeur prise en compte doit être celle en pleine propriété, bien

que la donation n'ait porté que sur la nue-proprété. La question reste entière concernant les donations-partages qui obéissent à des règles spécifiques et notamment à l'article 1078 du Code civil.

La doctrine est divisée sur le sujet, certains auteurs considérant qu'il y a lieu de retenir la valeur en pleine propriété, étant en ce sens confortés par un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble en date du 19 novembre 1987 énonçant que : « *Lorsque la libéralité est limitée dans un premier temps à la nue-proprété et s'étendra au décès du donateur dans un second temps à la pleine propriété, le calcul de la réserve et de la quotité disponible doit être effectué sur la valeur totale des biens et non sur la valeur de la nue-proprété.* »

Les CRIDON n'arrivent pas à un consensus concernant ce problème et ce malgré diverses réunions INTERCRIDON en 1998, 2006 et 2015. Lors de cette dernière réunion, les CRIDON Lyon et Ouest ont préconisé de retenir la valeur en nue-proprété, alors que les CRIDON Ouest et Nord-Est estiment qu'il faut retenir la valeur en pleine propriété. Le CRIDON de Paris quant à lui ne s'est pas positionné.

En faveur de la prise en compte de la valeur en nue-proprété, il est soutenu que la donation-partage obéissant à la règle autonome d'évaluation fixée par l'article 1078 du Code civil, il en découle, sauf convention contraire, que l'évaluation des biens donnés doit se faire au jour de la libéralité pour l'imputation et le calcul de la réserve. À condition, bien entendu, que tous les héritiers aient été allotés et l'aient expressément acceptée. La libéralité doit en outre ne pas avoir contenu de réserve d'usufruit sur une somme d'argent. Cet argument tend à conserver l'évaluation des biens dans les mêmes conditions que lors de la transmission (en nue-proprété ou en pleine propriété).

La doctrine majoritaire semble pourtant préférer la prise en compte de la valeur en pleine propriété, dans la mesure où le but recherché est la reconstitution du patrimoine du défunt au jour du décès. À cette date-là, l'usufruit est, le plus souvent, éteint.

Attention en outre à la recherche de l'égalité économique voulu par les donateurs qui peut s'avérer n'être qu'un leurre. En effet, il existe une différence non négligeable entre la valeur du bien donné en nue-proprété dont le calcul se base sur l'article 669 du Code général des impôts et la valeur vénale du bien prenant en compte son taux de rendement⁽³⁴⁸⁾.

Compte tenu d'une part de l'incertitude concernant l'évaluation à retenir lors de la réunion fictive et d'autre part du déséquilibre de la donation-partage contenant des biens de natures différentes, elle doit être évitée.

V/ L'héritier qui a bénéficié de deux donations successives sur le même bien : une donation en nue-proprété puis un abandon d'usufruit : comment doit être évalué l'usufruit dans le rapport à succession ?

381. Si l'on applique les règles légales, il conviendrait d'opérer un rapport pour chaque donation.

(348) Voir en ce sens : « La donation-partage : égalité économique ou orthodoxie juridique », JNP 4 octobre 2016, Marc Iwanenko, notaire à Toulouse et Estelle Naudin, professeur à l'Université de Strasbourg.

Le rapport de la donation de la nue-propriété devrait porter sur la pleine propriété du bien. Concernant la donation d'usufruit, il est bien difficile d'imposer une méthode d'appréciation du montant du rapport et de la réunion fictive. Certains pourraient considérer que la donation d'usufruit a permis au donataire de percevoir sa vie durant les fruits et revenus pris en compte en vue de leur rapport à succession. Or, il nous paraît difficile de soutenir que le donataire d'un usufruit a perçu les fruits et revenus « *du bien donné* », dans la mesure où ce n'est pas l'usufruit lui-même qui est producteur de fruits et revenus mais le bien sur lequel porte cet usufruit. Bien qu'ancienne, la jurisprudence de la Cour de cassation est clairement dans le sens de cette solution adoptée par le CRIDON de Paris (le 7 juillet 2000 à l'issue d'un Comité de consultation).⁽³⁴⁹⁾ Une autre solution consisterait à évaluer l'usufruit suivant une méthode économique ou fiscale au jour du décès d'après les probabilités de durée qu'avait l'usufruit lors de la donation mais en prenant pour base le bien donné dans son état au jour de la donation et sa valeur au jour du décès ou du partage (art. 860 C. civ.).

Toutefois, ces deux solutions font preuve d'un juridisme excessif pour un donataire qui devra alors rapporter plus que la valeur en pleine propriété du bien qui lui a été donné en deux temps⁽³⁵⁰⁾.

Ainsi, à notre sens, le rapport de la donation de la nue-propriété du bien suivie de la donation de l'usufruit du même bien devrait porter sur la pleine propriété du bien au jour du partage.

Section III – Les outils de transmission généraux : les testaments

382. S'il existe un sujet qui fait couler beaucoup d'encre ces derniers mois, divisant une famille et déchaînant l'opinion publique des français... C'est bien le testament de Johnny ! Pour les praticiens que nous sommes, le testament, visant à protéger le conjoint et les enfants de la seconde union, n'a rien de surprenant et devient fréquent dans les familles recomposées. Pour autant, nous l'avons vu à l'échelle nationale avec le déferlement de la toile médiatique, et nous le voyons quotidiennement à l'échelle privée au sein de la sphère familiale, la découverte d'un testament provoque un véritable raz-de-marée : la surprise des premiers instants laisse bien souvent place à la colère et parfois à la contestation du testament.

Une contestation qui puise sa source essentiellement dans les vices pouvant atteindre le testament : vice de forme et capacité du testateur au moment de la rédaction du testament, mais également sur le contenu du testament : la remise en cause de l'étendue du legs pour cause d'atteinte à la réserve héréditaire.

Le notaire doit être particulièrement vigilant, tant sur la forme et la rédaction du testament (Sous-section I) que sur les clauses qu'il devra prévoir afin d'éviter ou de trancher un conflit (Sous-section II) pour éviter la remise en cause des dispositions de dernières volontés.

(349) Civ. 15 mai 1866, D.P. 1866, 1, 249 ; 12 mai 1875, D.P. 1875, 1, 345 ; Req. 1^{er} mai 1876, D.P. 1876, 1, 433 ; Civ. 29 janvier 1877, motifs, S. 1877, 1, 199 ; 27 octobre 1886, D.P. 1887, 1, 129, note Flurer ; S. 1887, 1, 193, note Labbé ; 16 décembre 1940, JCP 1941, II, 1655, note Voirin ; D.C. 1943, 104, note Flour.

(350) M. Mathieu, J.-Cl. Not. Form. V^o Rapport à succession, Fasc. 110, n^o 106.

Sous-section I – *L'importance de la rédaction et le choix de la forme du testament*

383. Lorsque le client vient nous consulter pour rédiger son testament, il n'a bien souvent qu'une vision schématique et imprécise de ce qu'il désire faire. Le testament est la possibilité pour lui d'organiser, pour le temps où il ne sera plus, la dévolution de ses biens, de faire part de ses dernières volontés à ses proches, de ses derniers souhaits, ou plus rarement, de révéler l'existence d'un enfant.

Lors de cette consultation, il convient dans un premier temps d'exposer au client les règles de dévolution légale en lui indiquant qui seraient ses héritiers légaux à défaut de testament, et les droits auxquels chacun de ses héritiers peut prétendre. Il convient ensuite de l'interroger sur ce qu'il souhaite faire et de lui indiquer les limites auxquelles il peut se voir confronté. Le rôle du notaire au moment de la rédaction du testament est donc primordial : il doit assurer la compréhension littérale et l'efficacité des dispositions de dernières volontés du testateur, dans un futur plus ou moins proche, tout en respectant l'ordre public successoral : la réserve héréditaire.

Le notaire doit être particulièrement vigilant tant sur la forme du testament qu'il convient de privilégier afin d'assurer l'efficacité des dispositions de dernières volontés (I), que sur la rédaction du testament (II). Nous verrons également que le testament-partage peut-être une solution intéressante pour éviter tout conflit successoral (III).

§ I – *CHOISIR UNE FORME DE TESTAMENT ADAPTÉE À LA SITUATION ET/OU AU TESTATEUR*

384. Nous rappellerons tout d'abord les règles de forme communes à tous les testaments :

- Le testament exige un écrit (article 969 du Code civil).
- Le legs verbal est nul et de nul effet, il peut néanmoins être exécuté en cas d'accord unanime des héritiers légaux ou légataire universel.⁽³⁵¹⁾
- Le testament doit émaner d'une seule et même personne, le testament conjonctif est nul (Article 968 du Code civil).

385. Le Code civil connaît trois formes de testament en France : le testament olographe, le testament authentique et le testament mystique. La convention de Washington du 26 octobre 1973, signée par la France le 29 octobre 1974 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1994 introduit une quatrième forme de testament, le testament international.

Le testament olographe (Article 970 du Code civil) :

Il doit être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. Le testament dactylographié est nul.⁽³⁵²⁾

(351) Cass. civ., 19 déc. 1860 : DP 1861, 1, p. 17, Cass. 1^{re} civ., 27 déc. 1963 : Bull. civ. 1963, I, n° 573 ; JCP G 1964, IV, 19. – Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 252.

(352) Cass. Civ., 18 mai 1936, DH 1936, 345.

Le testament authentique (article 971 du Code civil) :

Il doit être reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. Le testament doit être dicté par le testateur, et à l'issue de sa rédaction, le notaire doit en donner lecture au testateur. Ce testament implique un lourd formalisme du fait de la présence requise du second notaire ou des deux témoins et peut présenter un coût un peu plus onéreux. Il est toutefois gage de sécurité juridique : la conservation sera assurée par le notaire, évitant ainsi la perte ou destruction du testament.

Rappelons qu'un testament authentique déclaré nul pour vice de forme ne peut être valable comme testament olographe puisqu'il n'est pas écrit de la main du testateur, mais peut valoir en tant que testament international s'il satisfait aux formalités prévues par la convention de Washington.⁽³⁵³⁾

La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 a modifié l'article 972 du Code civil : il est désormais autorisé de recourir à un traducteur assermenté pour la réception d'un testament authentique.⁽³⁵⁴⁾

Le testament mystique (article 976 du Code civil) :

Le testateur doit savoir lire mais peut être privé de l'usage de la parole. Le testament peut être rédigé par le testateur ou par un tiers, il peut être dactylographié, le testament doit être obligatoirement signé par le testateur qu'il ait rédigé lui-même le testament ou fait rédiger par un tiers. Le testateur doit remettre son testament au notaire clos, cacheté et scellé ou le faire clore, cacheter et sceller devant le notaire et deux témoins, sous peine de nullité. Il doit déclarer que le contenu de ce papier est son testament. Le notaire dresse alors un acte de suscription qui sera signé par lui, le testateur, et deux témoins, aux termes duquel il précise les circonstances de remise du testament.

Le testament international

Le testament international peut être utilisé dans les situations ne présentant aucun élément d'extranéité. Il peut également s'appliquer à un État non contractant, lorsque les règles de droit international privé de cet État désignent la loi d'un État ayant introduit dans sa législation le testament international.

Le testament doit être écrit, par le testateur ou un tiers⁽³⁵⁵⁾, en français ou langue étrangère, à la main ou par un autre procédé. Le testateur déclare en présence de deux témoins et d'une personne habilitée à instrumenter à cet effet (en France : le notaire) que le document est son testament et qu'il en connaît le contenu.

Les témoins et le notaire doivent eux-mêmes apposer leurs signatures en présence du testateur sur la dernière page du testament.

Le notaire date le testament puis établit une attestation sur un modèle prévu par la convention, en deux exemplaires (l'un pour le testateur, l'autre destiné à être joint au testament) indiquant que les formalités du testament international ont été remplies.

(353) Cass. 1^{re} Civ. 12 juin 2014, n° 13-18.383.

(354) Cette évolution législative fait suite à l'une des propositions du 101^e Congrès des Notaires de France. Le notaire ne pouvait recevoir un testament authentique en langue étrangère que s'il comprenait la langue, le testament était nul si le notaire avait recouru aux services d'un interprète.

(355) La personne illettrée ou en état d'incapacité physique peut recourir à cette forme de testament en le faisant écrire par une autre personne.

386. Certaines formes de testament doivent être privilégiées en fonction de la personne du testateur, du contexte familial, et ou de l'objet du legs. Dans certains cas, la forme testamentaire n'est pas libre, ainsi la privation du droit viager au logement du conjoint survivant doit être faite par acte authentique (article 764 du Code civil), de même la reconnaissance d'un enfant naturel (article 763 du Code civil).

Nous vous proposons une mise en pratique des différents cas pour lesquels nous pouvons être consultés avec, pour chaque situation, la forme de testament qu'il convient de privilégier.

Monsieur X, atteint de cécité depuis sa naissance, souhaite établir ses dispositions de dernières volontés. Quelle forme de testament lui conseillez-vous ?

Certains handicaps physiques peuvent affecter la faculté de disposer du testateur, par conséquent, certaines formes testamentaires doivent être écartées compte tenu du handicap physique affectant le testateur.

Concernant le testament olographe, celui-ci doit être rédigé de la main du testateur, or en l'espèce, Monsieur X, atteint de cécité depuis sa naissance, ne sait et ne peut pas écrire.⁽³⁵⁶⁾

Le testament mystique semble a priori exclu, puisque si le testament mystique peut être écrit par le testateur ou par un tiers, dans ce dernier cas, l'article 976 alinéa 2 du Code civil indique que le testateur doit en vérifier personnellement le contenu. Sur ce point on pourrait toutefois envisager la possibilité pour une personne aveugle de tester en la forme mystique, au moyen de l'écriture braille...⁽³⁵⁷⁾

Concernant le testament authentique, pour qu'il soit valable, l'article 972 du Code civil impose la dictée du testament par le testateur au notaire, puis la lecture par le notaire au testateur. Eu égard aux conditions imposées, la personne aveugle, capable de dicter ses volontés, puis de les entendre, peut tester en la forme authentique. Ce testament doit être signé par le testateur en présence de deux notaires ; si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer (Article 973 du Code civil). La Cour de cassation applique cet article à la lettre et rappelle que la déclaration d'impossibilité de signer et la cause l'en empêchant doivent émaner du testateur et non du notaire.⁽³⁵⁸⁾

(356) Lorsque la personne atteinte de cécité sait et peut écrire, il lui est possible de tester en la forme olographe. La Cour de cassation a reconnu, dans un arrêt rendu le 28 juin 1947, la possibilité pour un aveugle de se faire aider dans la disposition matérielle du papier pour la rédaction de son testament. Cass. civ., 28 juin 1847 : S. 1848, 1, p. 216.

(357) La semaine Juridique, n° 19, 12 mai 2000, p. 819, Denis Lochouarn, Docteur en droit, Chargé de cours à l'Université Catholique de Lyon « La capacité de tester des personnes atteintes de surdité, de mutité ou de cécité ».

(358) Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2007, pourvoi n° 06-12765, arrêt n° 742.

En l'espèce, il est également possible de recourir à la forme internationale. Toutefois, compte tenu de la rédaction complexe de ce testament, nous préférons recourir au testament authentique.

Monsieur A, célibataire, sans enfant, dont les parents sont décédés, a deux sœurs, Madame X et Madame Y. Il souhaite instituer Madame X, légataire universelle de sa succession. Quelle forme de testament lui conseillez-vous ?

Nous serions tentés de recourir au testament olographe : outre la simplicité du formalisme rédactionnel, celui-ci présente l'avantage d'être peu coûteux et de pouvoir ainsi être modifié autant de fois que Monsieur A le souhaitera.

Se pose ici également la question de « l'envoi en possession » le successible cumulant la double qualité de légataire universel et d'héritier ab intestat : doit-il se faire envoyer en possession de son legs ?

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, applicable aux successions ouvertes à compter du 1^{er} novembre 2017, transfère au notaire, sauf opposition, les formalités de contrôle et de vérifications qui incombait auparavant au juge dans le cadre de la procédure d'envoi en possession. En présence d'un legs universel institué par testament olographe ou mystique, il appartient désormais au notaire de constater aux termes d'un procès-verbal de dépôt la vocation universelle du légataire et l'absence d'héritiers réservataires. Dans le mois qui suit la date du procès-verbal, le notaire adresse une copie authentique de cet acte au greffe du Tribunal de Grande Instance du lieu d'ouverture de la succession tout en effectuant en parallèle des mesures de publicité auprès d'un journal d'annonces légales et du BODACC.

Antérieurement à la réforme, les divergences jurisprudentielle et doctrinale s'affrontaient sur la question de savoir s'il convenait ou non d'obtenir l'envoi en possession du légataire universel héritier non réservataire.⁽³⁵⁹⁾ La réforme n'apporte aucune précision sur ce point, pour autant, avant la réforme, alors que le rôle du notaire se limitait à se prononcer sur la nécessité ou non de requérir l'envoi en possession, le notaire est désormais l'acteur principal de la procédure. En l'espèce, la prudence nous conduit à nous livrer en présence d'un héritier universel héritier ab intestat, aux opérations de contrôle visées à l'article 1007 du Code civil.

Cette nouvelle mission et l'accroissement de responsabilité en découlant, doivent inciter le notaire à s'assurer de la non ambiguïté des termes contenus dans le testament conférant au legs un caractère universel et de l'absence d'héritier réservataire en se prémunissant de preuves (déclarations du testateur, copie de jugement de divorce, livret de famille etc...). Il peut également proposer au testateur

(359) Sur ce point : La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 30, 29 juillet 1994, Philippe Delmas Saint Hilaire, « Le notaire et l'envoi en possession de l'article 1008 du Code civil ».

de recourir à une forme de testament non soumise aux formalités de contrôle susvisées : le testament authentique ou le testament international.

Si en ce qui concerne le testament international celui-ci n'est pas visé par l'article 1007 du Code civil, la doctrine semble pour autant étendre la nouvelle procédure au testament international⁽³⁶⁰⁾, en pratique assimilé au testament mystique. La prudence nous orienterait plutôt vers la forme authentique pour recevoir le testament de Monsieur X (seule forme testamentaire dispensant sans ambiguïté le légataire universel des formalités d'envoi en possession notariale ou judiciaire), sauf s'il a tendance à modifier ses dispositions très régulièrement.

Monsieur X, époux en troisièmes nocés de Madame F, a trois enfants vivants et un quatrième enfant à naître. Monsieur a consenti diverses donations à ses trois enfants ainsi qu'une donation-partage. Il souhaite revenir sur les modalités de rapport de ces donations compte tenu de son enfant à naître. Plusieurs réunions ont déjà eu lieu avec ses deux gestionnaires de patrimoine et vous-même afin de réfléchir à la transmission de son patrimoine. Quelle forme de testament lui conseillez-vous ?

Il convient tout d'abord d'écarter le testament olographe, compte tenu de la longueur et de la complexité des clauses qu'il y aura lieu de prévoir. Il serait préférable de recourir à un procédé dactylographié pour rédiger le testament, or le testament olographe impose la rédaction manuscrite par le testateur.

La forme authentique doit également être écartée. En effet, la Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises la rigueur avec laquelle elle entendait faire respecter les conditions de forme attachées à la rédaction du testament notamment quant au fait que celui-ci devait être dicté par le testateur au notaire.⁽³⁶¹⁾ Le client n'a aucune formation juridique et certaines questions, comme en l'espèce les modalités de rapport des donations, lui sont totalement étrangères. L'usage de clauses complexes contenues dans le testament authentique pourrait être considéré comme la preuve que le testament n'a pas été dicté par le testateur au notaire, risquant de provoquer la nullité du testament.

Les testaments rédigés, en la forme mystique et internationale, peuvent être rédigés par un procédé dactylographié, par le testateur ou par un tiers. Ces formes testamentaires sont à privilégier dans le cadre de l'élaboration de testaments longs et complexes.

Le notaire devra se montrer particulièrement vigilant dans l'établissement de ces testaments soumis à un formalisme rigoureux.

(360) Fasc. 235 : Bernard Magois, Danielle Montoux, Jurisclasseur, « Testament – formalités au décès – formules », fasc. 235, à jour du 29 août 2017, cf. : Formule 12, « Dépôt et procès-verbal de description d'un testament international ».

(361) Le testament authentique est nul si le testateur ne l'a pas dicté au notaire. Cass. 1^{re} Civ. 7 juillet 1965, n^o 1965-700463.

§ II – LA RÉDACTION DU TESTAMENT

A/ Éviter les imprécisions qui aboutiraient à l'interprétation du testament

387. Les imprécisions contenues dans un testament ne le rendent pas nul mais difficile, et parfois même impossible à exécuter. Le notaire en présence d'un testament imprécis soulève les ambiguïtés du testament et propose aux personnes concernées (héritiers ab intestat, légataire etc), d'établir un acte d'interprétation des dispositions de dernières volontés. À défaut, il appartiendra au juge de tenter de déterminer l'intention réelle du testateur, au moyen des éléments intrinsèques du testament mais également en s'appuyant d'éléments extrinsèques (pratiques locales, lettres émanant du défunt etc...).

Dans cette partie, nous nous intéresserons aux imprécisions les plus courantes qui peuvent être évitées.

Il est de pratique de commencer la rédaction du testament par la formule sacramentelle « **Ceci est mon testament, je soussigné XXX** » afin de lever d'office toute ambiguïté sur la portée de l'écrit qui nous est soumis. Les termes doivent être clairs, il convient d'éviter les formules imprécises telles que « j'aimerais léguer à... », mais privilégier l'emploi du présent et des phrases affirmatives « *je lègue à ...* ». Il faut donc être précis, concis, et direct !

I/ La révocation des dispositions antérieures

388. La multiplication des modifications de testament, codicilles est source de contentieux. En cas de modifications importantes et nombreuses, il est préférable d'établir un nouveau testament et de révoquer les dispositions antérieures afin d'éviter l'application de dispositions concurrentes.

Attention à l'ouverture de la succession, dès lors que nous sommes en possession du dernier testament laissé par le défunt, lorsque celui-ci contient la mention révoquant les dispositions antérieures nous serions tentés de nous abstenir de réclamer les testaments antérieurs. Il convient d'être vigilant sur ce point : les testaments antérieurs peuvent contenir des dispositions extrapatrimoniales (reconnaissance de filiation, aveu d'ordre judiciaire, instructions concernant le déroulement des obsèques etc...), donc en principe il convient d'être en possession de tous les testaments antérieurs.

Enfin, il est recommandé de substituer à la rédaction classique « *Ceci est mon testament qui révoque toutes dispositions antérieures* », la formule suivante « *Ceci est mon testament qui révoque toutes dispositions antérieures à l'exception des éventuelles clauses bénéficiaires de mes contrats d'assurance-vie* ».

II/ La désignation précise du bénéficiaire

389. *Le legs à une personne physique*

La personne doit être précisément nommée : nom, prénoms, date et lieu de naissance du légataire. Il faut donc éviter les formules générales du style « *ma filleule* » et les surnoms qui devront nécessiter une confirmation par les héritiers.

. *Le legs à une association*

L'association doit être habilitée à recevoir des legs et de préférence être reconnue d'utilité publique afin d'être exonérée de droits de succession. Il ne faut pas se limiter à une désignation générale mais reprendre le nom exact de l'association et mentionner son siège social. En cas de désignation imprécise, il appartiendra au juge de déterminer les intentions du testateur. Si les juges tentent de sauver les legs en retenant des associations accomplissant la mission voulue par le testateur, encore faut-il que le testament soit suffisamment précis.⁽³⁶²⁾

III/ L'objet du legs

390. Il convient de désigner précisément les biens objets du legs et de ne pas se contenter de termes généraux tels que « *mes bijoux de famille* », « *mes affaires personnelles* », mais préférer une liste détaillée et exhaustive des biens faisant l'objet du legs afin d'éviter toute ambiguïté.

IV/ La représentation successorale

391. En matière de succession testamentaire, la représentation ne joue pas. Il faut attirer l'attention du testateur sur le fait qu'en cas de prédécès du légataire, le legs sera caduc, sauf à prévoir le cas de représentation, en ajoutant la mention : « *vivants ou représentés* » ou la désignation d'un second bénéficiaire : « *en cas de prédécès, je lègue à ...* ».

V/ La vocation du légataire : universelle, à titre universel ou particulier ?

392. La qualification retenue pour le legs est importante puisqu'elle détermine les droits et obligations incombant au légataire, à savoir : la saisine, la contribution au passif et le jeu de l'accroissement en cas de caducité ou renonciation au legs.

En présence d'un testament ambigu, il convient de rechercher l'intention réelle du testateur et non la qualification littérale donnée par celui-ci.

Il existe différents types de legs :

Le legs universel confère au légataire la vocation à recevoir une universalité du patrimoine, ce peut être :

- le legs de l'intégralité du patrimoine,
- le legs de la quotité disponible,⁽³⁶³⁾
- le legs de la nue-propriété de l'ensemble des biens composant la succession,⁽³⁶⁴⁾
- le legs des biens restant après imputation des legs particuliers ou à titre universel.

(362) Le bénéficiaire d'un legs fait « *à une association de bienfaisance pour des enfants sans famille et malheureux* » n'est pas déterminable, trop d'associations étant susceptibles de convenir, le testament ne peut être exécuté. CA Paris, 29 juin 1990, n° 89-6347.

(363) Cass. 1^{re} Civ., 13 février 1973 D 1973.

(364) Cass. 1^{re} Civ., 10 février 2016 n° 14-27.057.

Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part de ses biens, le légataire n'a donc vocation à recevoir qu'une partie du patrimoine. L'article 1010 du Code civil dresse une liste limitative des legs à titre universel, ce peut-être :

- le legs d'une quote-part de tous les biens,
- le legs de tous les immeubles ou de tous les meubles,
- le legs d'une quote-part de tous les immeubles ou de tous les meubles.

La jurisprudence ajoute également que le legs d'usufruit, qu'il porte sur la totalité ou sur une quote-part de la succession est un legs à titre universel.⁽³⁶⁵⁾

Le legs particulier : il s'agit de tous les autres types de legs : legs d'un bien déterminé, legs de somme d'argent.

Sur le fondement d'une jurisprudence ancienne⁽³⁶⁶⁾ mais non contestée, ont été qualifiés de legs particuliers, les dispositions par lesquelles un testateur lègue à une personne « *tous mes biens situés en France* » et à une autre personne « *tous mes biens situés aux États-Unis* », aux motifs qu'elle concerne une partie de l'hérédité et ne s'exprime pas sous forme d'une quote-part ou d'une fraction ainsi que l'exige l'article 1010 du Code civil.

Cette rédaction est à proscrire puisqu'elle mène à une impasse. En l'espèce, les deux légataires particuliers recueillaient l'intégralité du patrimoine du défunt mais n'étaient pas tenus du passif et devaient obtenir la délivrance de leurs legs des héritiers légaux exhéredés et tenus du seul passif.

Mme HD est décédée le 30 avril 2015 laissant comme seuls héritiers légaux sa cousine au sixième degré et son cousin au quatrième degré.

En 2003, elle avait souscrit un contrat d'assurance-vie avec comme clause bénéficiaire « Par parts égales mes enfants, nés ou à naître, à défaut l'un d'eux, ses descendants, à défaut les survivants, à défaut mes héritiers ».

En 2014, elle a écrit dans son testament dans les termes suivants : « Je soussignée HD lègue tous mes biens aux associations suivantes, selon les pourcentages suivants : 50 % à A, 30 % à B et 20 % à C ».

Les associations désignées dans ce testament doivent-elles être qualifiées de légataires universels ou de légataires à titre universel ? Si elles sont qualifiées de légataires à titre universel, ceux-ci n'étant pas héritiers, l'assurance-vie revient aux héritiers par le sang, en l'espèce aux deux cousins. Si les associations sont caractérisées de légataires universels, en concurrence avec des héritiers non réservataires, elles

(365) Cass. Req., 29 juin 1910, DP 1911, 1, 49 note Capitant.

(366) Cass. 1^{re} civ., 13 février 1973, D 1973, 656 note A. Breton, JCP N 1973, prat. 5620, Defrénois 1973. 1092, note A. Breton, RTD civ. 1974, note R. Savatier.

seront héritières⁽³⁶⁷⁾ et donc ont vocation à bénéficier des capitaux décès. Ainsi, un problème de qualification en droit des successions va avoir un effet sur l'assurance-vie.

Les associations sont qualifiées de légataires universels car il est mentionné « lègue tous mes biens ».

Ainsi, depuis 1978, le légataire universel est **héritier** lorsqu'il n'est pas en concurrence avec un héritier réservataire et prime sur les héritiers de second rang.

Lorsque le testateur souhaite instituer des légataires universels, il faut être vigilant sur la rédaction du testament :

- indiquer les noms des légataires sans préciser la part revenant à chacun (à défaut, le legs pourra être requalifié en legs à titre universel).

- *Exemple* : « J'institue pour légataires universels Mme X et Mme Y. »

- si le testateur souhaite gratifier les légataires par parts inégales, il indique la part revenant à chacun mais il doit également préciser que l'ensemble de la disposition a un caractère universel et que chacun des colégataires aura vocation à bénéficier de la part des autres, s'il y a lieu, par le jeu de l'accroissement.

- *Exemple* : « J'institue pour légataires universels de ma succession, par parts inégales, dans les proportions suivantes :

- Mme X à hauteur de 2/3 de mon patrimoine,
- et Mme Y à hauteur d'1/3 de mon patrimoine.

En cas de caducité ou renonciation du legs par l'une, la part qui aurait dû lui revenir échoira à l'autre, laquelle deviendra alors légataire universelle de ma succession. »

En présence d'un testament prévoyant des legs à titre universel et à titre particulier, en l'absence d'héritier réservataire, il ne faut pas oublier de désigner un légataire universel afin de procéder aux délivrances de legs, à défaut, il conviendrait de faire intervenir les héritiers ab intestat. Or, lorsque ces derniers n'héritent de rien, il est bien souvent très difficile d'obtenir leur accord pour procéder à la délivrance des legs.

VI/ Le legs net de frais et droits

393. En pratique, la question de la prise en charge par le légataire universel, des frais d'actes liés au règlement de la succession et des droits de mutation à titre gratuit, peut soulever des difficultés d'application. En effet, ces testaments sur-mesure s'adaptent mal à une évolution ou à une modification du patrimoine du testateur.

(367) Cour de cassation, Chambre Civile 1, 4 avril 1978. Le légataire universel est **héritier** lorsqu'il n'est pas en concurrence avec un héritier réservataire.

Réponse Ministérielle du 28/07/2009 sur la qualité d'héritier du légataire universel : « Il n'y a pas lieu d'interpréter la notion d'héritier de manière différente selon qu'elle s'applique en droit des successions ou en droit des assurances, notamment pour l'application de l'article L. 132-8 du Code des assurances relatif au contrat d'assurance-vie. Cet article permet en effet à un héritier de bénéficiaire du capital décès soit lorsqu'il est nommé désigné comme bénéficiaire, soit lorsque le contrat comporte une clause mentionnant comme bénéficiaires les « héritiers ou ayants-droit de l'assuré ou d'un bénéficiaire précédé ». Dans cette dernière hypothèse, l'adjonction du terme « ayants-droit » permet d'englober non seulement les héritiers légaux mais aussi tous les successibles dont le légataire universel. En présence d'une telle clause, ces derniers ont donc vocation à bénéficier du capital décès sans que l'on puisse voir une contradiction avec la notion d'héritier au sens du Code civil... Ainsi la Cour de cassation a pu estimer, dans un arrêt du 4 avril 1978, qu'en l'absence d'héritier réservataire l'intégralité du montant du contrat d'assurance-vie revient au légataire universel en tant que seul héritier... »

Ainsi, le testateur qui rédige son testament en tenant compte de son patrimoine à un instant « t » et qui souscrit, a posteriori, des contrats d'assurance-vie sans en vérifier les conséquences sur la liquidation successorale, et sans modifier son testament, risque de rendre la succession déficitaire pour le légataire universel car les droits de succession des légataires particuliers ne sont pas déductibles de l'assiette fiscale du légataire universel⁽³⁶⁸⁾. Celui-ci renoncera à la succession, les héritiers légaux également, et les légataires particuliers n'hériteront pas avant plusieurs années.

Exemple :

Madame T, sans enfant, est propriétaire d'un portefeuille titres de 700 000 € au jour de la rédaction de son testament. Elle y désigne Madame G, une amie, comme légataire universel à charge pour elle de délivrer différents legs particuliers, nets de tous frais et droits, pour 165 000 €.

Elle décède quelques mois après la rédaction de son testament et au jour de son décès ses avoirs bancaires s'élèvent à 300 000 € et il existe pour 400 000 € d'assurance-vie au profit de sa légataire universelle.

<i>Actif successoral</i>	300 000 €
<i>Passif successoral</i>	353 000 €
<i>(20 000 € (divers) + 165 000 € (legs) + 168 000 € (droits de succession des légataires particuliers et du légataire universel))</i>	

À défaut de transaction (réduction des legs particuliers au marc le franc ou prise en charge de tout ou partie des droits par les légataires particuliers) ces situations sont sources de conflits inextricables.

B/ La recherche de l'équilibre et de l'équité entre héritiers

394. Le rôle de conseil du notaire est en ce domaine essentiel.

Il n'est pas rare que le testateur nous consulte en vue de déshériter tel ou tel héritier alors que celui-ci est un héritier réservataire. Certains souhaitent souscrire des contrats d'assurance-vie pour des montants exorbitants ou encore d'autres envisagent d'acheter des biens immobiliers uniquement dans des pays étrangers ne connaissant pas cette notion de réserve. Jusqu'où le testateur peut-il aller dans le déséquilibre ?

Sans reprendre ici les développements sur l'ordre public et la réserve, le notaire, dans son rôle de conciliateur, va recommander à son client de respecter au mieux les droits réservataires des enfants puisqu'il s'agit là de l'une des sources principales de la discorde familiale.

Dans un contexte de conflit préexistant, il existe depuis la loi du 23 juin 2006, la possibilité de désigner comme légataires universels les enfants ou héritiers qui devront mener à bien la liquidation de la succession ; ceux-ci en concours avec un héritier réservataire qui demande la réduction, auront vocation à appréhender l'ensemble des biens successoraux à charge pour eux de verser une indemnité (une somme d'argent) au réservataire.

(368) Conformément aux dispositions de l'article 768 du CGI (*seules les dettes à la charge personnelle du défunt au jour de l'ouverture de la succession peuvent être admises en déduction de l'actif héréditaire*) les droits de succession qui prennent naissance après le décès ne sont pas déductibles. Il résulte d'une jurisprudence constante, que les legs net de frais et droits n'a d'effet qu'entre les parties et ne saurait être opposé à l'administration fiscale.

Ainsi, le ou les légataires universels, pourront procéder à la vente des biens successoraux et à défaut de consentement des héritiers réservataires à la vente (qui reste tout de même préférable), le tiers acquéreur sera protégé par le séquestre du prix de vente. Le choix d'exécuter en nature la réduction étant le fait du seul gratifié⁽³⁶⁹⁾, il conviendra en outre de demander au vendeur de s'engager à ne pas exécuter la réduction en nature. Les cohéritiers réservataires du légataire ne peuvent néanmoins décider du prix de vente dès lors qu'ils ne sont pas coindivisaires. Le montant de l'indemnité sera déterminé en application de l'article 922 du Code civil et il sera tenu compte de la valeur réelle du bien au décès et non du prix de vente.

C/ Exclure les testaments vexatoires et privilégier les explications constructives

395. D'un point de vue psychologique, il est préférable pour la régularisation de la succession, d'éviter les testaments vexatoires. Un testament « règlement de compte » rend le dialogue impossible du fait du décès du testateur et peut renvoyer à des blocages psychologiques.

À titre d'exemple, à la formule « *J'exhèrède mon époux de tous droits, tant légaux que conventionnels, dans ma succession. Je lui lègue l'usufruit de notre logement* », il convient de préférer une formulation moins brutale tout en restant claire juridiquement « *Afin de préserver les droits de mes enfants tout en protégeant mon époux, je le prive de tous droits légaux et conventionnels dans ma succession et lui lègue l'usufruit de notre logement* », ou encore remplacer « *Je prive mon fils de la quotité disponible* » par « *Je lègue à ma fille la quotité disponible pour tenir compte de l'occupation gratuite par son frère du studio parisien pendant dix années* ». Ces exemples, s'appliquent bien sûr dans une situation donnée et ne constituent que des illustrations.

§ III – LE TESTAMENT-PARTAGE

396. Le testament-partage, prévu à l'article 1075 du Code civil, est l'acte par lequel le testateur organise de son vivant, le partage de ses biens successoraux, entre ses héritiers présomptifs ou ses descendants de degrés différents.

Ce cadre testamentaire peut s'avérer particulièrement intéressant lorsque le testateur, conscient de la mésentente existante entre ses héritiers, souhaite éviter les situations de blocage découlant de l'indivision et les aléas du partage. Il convient de dresser une analyse précise de la situation familiale et patrimoniale du testateur afin de s'assurer que le legs puisse produire son plein effet.

Nous rappellerons les conditions de validité de ce testament (I), ainsi que ses effets (II) en attirant l'attention du praticien sur les questions d'ordre pratique.

(369) Article 924-1 du Code civil.

A/ Conditions de validité

I/ Forme

397. Le testament-partage doit être établi dans les formes admises par la loi : olographe, authentique, mystique ou internationale, il n'est astreint à aucun formalisme propre.

II/ Objet – type de legs

398. Le testament-partage peut porter sur les biens présents du testateur, des biens à venir, l'ensemble de son patrimoine ou une partie seulement de ses biens.

Les biens omis seront partagés conformément aux règles légales.

En revanche, le testament-partage ne peut avoir pour objet des biens communs⁽³⁷⁰⁾ ou des biens indivis (sauf à ne léguer que la quote-part indivise du bien lui appartenant).

La jurisprudence en matière de donation-partage imposant l'attribution de biens divis aux copartageants est transposable au testament-partage, par conséquent, le legs portant sur une quote-part de patrimoine ou sur un bien immobilier déterminé, ne peut s'analyser en un testament-partage.

Le testateur est totalement libre dans la composition des lots : attribution de biens immobiliers, mobiliers, sommes d'argent, il peut également prévoir des soultes pour compenser les éventuelles inégalités, il peut assortir le legs de conditions ou de charges, prévoir des clauses pénales.

S'il est possible de réintégrer dans le testament-partage des donations en avancement de part successorale, la réintégration de donation hors part successorale doit être écartée puisqu'elle porte atteinte au principe d'irrévocabilité de ces donations : le donateur ne peut réduire unilatéralement l'émolument reçu par le donataire (seule la donation-partage permet une telle réincorporation avec le consentement du donataire).

399. Les biens compris dans le testament-partage seront évalués au jour du décès. L'article 1078 ne s'applique qu'aux donations-partages.

400. Il peut être difficile de faire la différence entre un testament-partage et un testament classique prévoyant une série de legs particuliers. L'emploi des termes « je partage », « je répartis », ne permet pas d'affilier automatiquement le legs à la catégorie de testament-partage. Il faut donc déterminer précisément la volonté du testateur, en lui rappelant les conséquences que peut avoir la qualification retenue, notamment en ce qui concerne :

- la vocation successorale du gratifié :

L'héritier institué par testament-partage et qui renonce à son legs, perd également ses droits ab intestat, (contrairement au legs particulier, qui bénéficie de la double vocation),

(370) Cass. 1^{re} Civ., 6 mars 2001, n° 99-11308.

- et les secteurs d'imputation du legs :

Pour reprendre Monsieur le professeur Michel Grimaldi : « Si le testateur a voulu avantager, c'est la première qualification qui s'impose (legs préciputaires). S'il a voulu attribuer, allotir, bref procéder à un partage, c'est entre la seconde et la troisième qu'il faut choisir (legs rapportable / testament-partage).⁽³⁷¹⁾ »

. **Le legs ordinaire** : le legs est présumé consenti hors part successorale et constitue un avantage acquis au légataire. Il s'impute sur la quotité disponible.

. **Le legs rapportable** : le testateur a simplement souhaité attribuer un bien à un héritier déterminé sans porter atteinte à l'égalité du partage. Ce legs s'impute sur la réserve des gratifiés.

. **Le testament-partage** : sauf clause de préciput, les attributions sont imputables sur la réserve des allotis, l'excédent constitue un préciput.

Lors de la rédaction du testament-partage, il convient de faire référence expresse aux articles du Code civil afin d'éviter toute ambiguïté sur la qualification du legs qu'il convient de retenir :

« Je soussignée Madame Y, procède au partage des biens de ma succession, conformément aux dispositions des articles 1075 et suivants du Code civil, de la manière suivante... ».

III/ Bénéficiaire

401. Le testament-partage peut être fait au profit des présomptifs héritiers du testateur (Art. 1075 al. 1^{er}). Il peut donc être fait au profit des enfants du testateur, de son conjoint, mais également au profit des petits-enfants quand bien même ces derniers n'auraient pas la qualité de présomptifs héritiers⁽³⁷²⁾.

Il n'est pas nécessaire que tous les descendants du testateur soient allotis. Le partage peut être inégalitaire.

Le testateur n'ayant pas de descendant peut établir un testament-partage au profit de ses collatéraux.

L'héritier omis ou qui n'a pas reçu le montant de sa réserve bénéficie de l'action en réduction qui doit être exercée dans les 5 ans à compter du décès.

Concernant l'allotissement par testament-partage au profit d'un tiers, si l'article 1075 du Code civil ne vise que les « présomptifs héritiers », la doctrine est partagée sur la question. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point.

(371) Michel Grimaldi, « *Libéralités, partages d'ascendants* », Litec n° 1793.

(372) Cass. 1^{re} Civ., 7 novembre 2012, n° 11-23.396 - Si la Cour de cassation a validé le testament-partage au profit des petits-enfants, elle ne s'est pas prononcée sur l'étendue de ce legs. Si ce saut de génération est permis en matière de donation-partage (art. 1078-4) et en matière de donation graduelle (1054), c'est à la condition que les enfants du donateur consentent à ce que leur enfant soit alloti en leur lieu et place. Le testament étant un acte unilatéral, les enfants ne peuvent donner leur consentement, les petits-enfants ne peuvent valablement être gratifiés que sur la part de quotité disponible.

402. En cas de précèdent ou de renonciation de l'un des légataires, il convient de prévoir expressément le sort de ce legs :

« En cas de précèdent ou de renonciation de l'un des légataires, le legs bénéficiera à ses descendants, à défaut de descendants, le legs sera caduc et sera dévolu en fonction des règles ab intestat » ou alors « ce legs accroîtra indivisément par parts égales, la part de ses cohéritiers »

En cas de caducité du legs poursuivre avec la mention suivante : *La caducité de ce legs ne remettra pas en cause la validité des legs effectués au profit des légataires survivants : ces legs produiront leur plein effet.*

B/ Effets au décès du testateur

I/ Allotissement immédiat

403. Le testament-partage prend effet au jour du décès du testateur. Les copartageants reçoivent les biens en leur qualité d'héritiers ab intestat et non de légataires. En ce sens la renonciation au legs emporte renonciation à la succession, ce qui s'avère être un outil implacable en cas de succession conflictuelle : l'héritier est contraint d'accepter le partage tel qu'opéré par le testateur, la renonciation au legs vaut renonciation à la succession. Le gratifié ne peut exiger un partage sur de nouvelles bases.

Dans la mesure où les allotissements ne prennent effet qu'au décès du testateur, il convient d'attirer l'attention du testateur sur le fait qu'en cas de modification importante de son patrimoine (ex : variation des prix de l'immobilier, fluctuation boursière, vente/achat d'un bien etc.), le testament-partage qui était égalitaire au moment où il a été rédigé peut s'avérer au décès du testateur, totalement déséquilibré. Pour tenter d'éviter ce déséquilibre, le testateur doit s'astreindre à une révision régulière de son testament-partage afin d'éviter les risques d'inégalité involontaire, inégalité contre laquelle les héritiers ne pourront pas agir s'il n'y a pas d'atteinte à la réserve héréditaire... L'action en complément de part n'étant pas admise (Art. 1075-3).

II/ Fiscalité

404. Les biens compris dans le testament-partage sont soumis aux droits de mutation à titre gratuit ainsi qu'au droit de partage de 2,50 % sur l'actif net partagé. Le paiement du droit de partage doit intervenir au plus tard lors de l'enregistrement de l'acte constatant le partage (Art. 636 al. 2 CGI).

Les légataires institués par testament-partage sont solidaires entre eux du paiement des droits d'enregistrement exigibles.

Madame X, veuve, souhaite répartir entre ses enfants les biens indivis de la communauté existant entre elle et son époux décédé. La communauté n'a jamais été liquidée, ni partagée. Que pouvez-vous lui conseiller ?

Il s'agit de la situation qui avait été soumise à l'appréciation de la Cour de cassation, dans son arrêt du 6 mars 2001. En l'espèce, le testament-partage ne peut produire effet puisqu'il porte sur des biens que les enfants ont déjà reçus en partie dans la succession de leur père.

Le testament-partage cumulatif est nul. L'époux survivant ne peut, même avec l'accord des héritiers, procéder unilatéralement au partage des biens indivis dont les enfants sont déjà saisis comme héritiers de leur ascendant prédécédé.⁽³⁷³⁾

En l'espèce, il eut été plus judicieux de conseiller à Madame X d'établir une donation-partage cumulative.

Monsieur Boule, veuf, a deux enfants, Luc et Nicolas.

Monsieur Boule a ouvert il y a 22 ans, une boulangerie, en plein centre de Bordeaux, son activité est prospère.

Si Nicolas a suivi une formation de boulanger dans l'espoir de reprendre un jour l'entreprise familiale, Luc quant à lui, est devenu bénévole dans une association humanitaire et a coupé tous contacts avec son frère suite à une violente dispute.

Monsieur Boule n'envisage à ce jour ni de transmettre son entreprise, ni d'intégrer son fils à son activité, néanmoins, il souhaite à terme que Nicolas reprenne l'entreprise mais craint que la transmission ne soit mise à mal par la mésentente existant entre les deux frères.

Il vous indique que son patrimoine se compose actuellement :

- de son appartement évalué à 160 000 €
- des murs de la boulangerie et de son fonds de commerce estimés à 400 000 €,
- de liquidités pour 40 000 €.
- Total de son patrimoine : 600 000 €.

Les droits de chacun de ses enfants sont de moitié, soit : 300 000 €.

Il convient de distinguer deux hypothèses :

1. Si Monsieur Boule n'établit pas de testament.

L'accord sur un partage semble difficile compte tenu de la mésentente existant entre les deux frères.

En l'espèce, au décès de Monsieur, ses deux enfants se retrouveront en indivision sur l'ensemble du patrimoine, y compris sur l'entreprise familiale, ce que redoute Monsieur Boule.

À défaut d'accord entre ses enfants sur le rachat des parts de Luc par Nicolas, celui-ci pourra demander un partage judiciaire (Art. 815).

(373) Cass. 1^{re} Civ., 19 décembre 2009, n° 08-17.351 - Cass. 1^{re} Civ., 19 décembre 2009, n° 08-18.677.

Le juge pourra envisager :

- le partage des biens lorsque le patrimoine permet d'allotir chacun des héritiers à hauteur de leurs droits,
- ou la vente aux enchères et le partage du prix, ce qui n'est pas l'objectif recherché.

Nicolas pourra demander l'attribution préférentielle de l'entreprise (Art. 831 et suivants – sous réserve de répondre à la condition de participation effective au décès de son père), il faudra néanmoins qu'il soit en mesure d'indemniser son frère afin de l'allotir du montant de ses droits dans la succession (évalué compte tenu du patrimoine à ce jour à 180 000 euros).

2. Si Monsieur Boule établit un testament-partage

Rappelons que le testament-partage peut être inégalitaire, dans la limite de la réserve héréditaire.

En l'état actuel de son patrimoine, Monsieur peut prévoir un testament-partage aux termes duquel il attribue :

- À Nicolas : la boulangerie, pour 400 000 €,
- À Luc : l'appartement 160 000 € et les liquidités 40 000 €, total : 200 000 €.

En l'espèce, la continuation de l'entreprise sera garantie puisque au décès de son père, Nicolas deviendra propriétaire de l'entreprise.

Luc n'aura pas d'autre choix que d'accepter le partage prévu par son père ou de renoncer à tous droits successoraux.

Il convient toutefois d'attirer l'attention de Monsieur Boule sur la nécessité de réviser régulièrement son testament. En effet, une atteinte à la réserve de Luc est à craindre si l'entreprise familiale continue à prospérer. Nicolas devrait alors indemniser son frère à hauteur du montant de sa réserve héréditaire.

405. Le testament-partage peut être conseillé lorsque le testateur dispose d'un patrimoine propre, suffisamment conséquent pour allotir chacun de ses héritiers de façon égalitaire ou du moins dans la limite du respect des réserves héréditaires.

Nous l'avons vu, ce cadre testamentaire peut se révéler également implacable et rigide. Il ne laisse place à aucune négociation : la renonciation au legs emporte renonciation à la succession et des déséquilibres involontaires peuvent apparaître au décès du testateur en cas de modification importante du patrimoine.

Le recours à ce cadre testamentaire s'avère finalement assez risqué ; le notaire préférera privilégier la rédaction d'un testament classique, cadre plus souple, assorti de clauses « coercitives » visant à contraindre ses héritiers à exécuter le legs.

Sous-section II – *Les clauses permettant d'éviter ou de trancher un conflit*

406. Ces « revendications du fond de la tombe »⁽³⁷⁴⁾ peuvent être plus ou moins bien accueillies par les héritiers, à un moment où le testateur ne sera plus de ce monde pour s'assurer de la bonne exécution de ses dispositions de dernières volontés.

Le rôle du notaire prend alors toute son importance au moment de la rédaction du testament.

Comment assurer au testateur que ses volontés produiront les effets escomptés ?

Différents types de clauses peuvent être prévues dans le testament afin d'orienter les héritiers vers la finalité recherchée :

- Les clauses pénales (I),
- L'exclusion de l'administration et de jouissance des biens du mineur (II),
- Le report du paiement de l'indemnité de réduction au décès du conjoint survivant (III),
- Les clauses portant sur les contrats d'assurance-vie (IV),
- La désignation du notaire chargé de régler la succession (V).
- La désignation de l'exécuteur testamentaire (VI),

Ces clauses sont-elles valables ? Peuvent-elles être remises en cause par les héritiers ?

§ I – *LES CLAUSE PÉNALES*

407. La clause pénale est la clause par laquelle le testateur menace d'exhérédation ou de sanction financière l'héritier ou le légataire qui ne se conformerait pas aux dispositions testamentaires.

Longtemps la validité de ces clauses dépendait uniquement de leur conformité à l'ordre public. Ainsi, lorsque la clause portait atteinte à des intérêts d'ordre privé, celle-ci était systématiquement validée par les juges. Les clauses portant atteinte à l'ordre public sont réputées non écrites (exemple : clause sanctionnant l'héritier faute d'avoir opté dans un délai imparti, clause qui contrevient aux règles de formalisme testamentaire, à la capacité du testateur, au respect de la réserve héréditaire etc...).

Depuis une décision importante rendue par la Cour de cassation, en date du 16 décembre 2015, les clauses pénales sont en outre, désormais soumises à un contrôle de « proportionnalité ».⁽³⁷⁵⁾

Le cas d'espèce était le suivant : Madame X avait consenti une donation-partage à ses trois filles A, B et C. L'acte contenait une clause pénale stipulant que l'héritier qui attaquerait le partage serait privé de tous droits dans la quotité disponible. Au décès de la donatrice, A et D (fils de B, prédécédée) assignent C en nullité de l'acte,

(374) Guy de Maupassant : « *Le testament* », conte paru le 7 novembre 1882 dans le journal *Gil Blas*, sous le pseudonyme de Maufrigneuse.

(375) Cass. Civ. 1^{re}, 16/12/2015, n° 14-29285.

s'estimant avoir été victime de dol. C demande à titre reconventionnel, l'application de la clause pénale afin que la quotité disponible lui soit attribuée.

La Cour d'appel rejette la demande de A et D, et fait jouer la clause pénale.

La Cour de cassation censure cet arrêt, au regard de l'article 6, § 1, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, lequel consacre le droit d'accès au juge ; la clause pénale portait une atteinte excessive aux droits des héritiers d'agir en justice.

Cette jurisprudence a été suivie par un arrêt du 13 avril 2016, en l'espèce la clause pénale portait une atteinte excessive au droit absolu reconnu à tout indivisaire de demander le partage.⁽³⁷⁶⁾

Plus récemment, tout en suivant le ton donné par la Cour de cassation, la Cour d'appel de Fort de France, a jugé dans un arrêt du 21 novembre 2017⁽³⁷⁷⁾ qu'il n'y avait pas lieu de faire jouer la clause pénale contenue dans le testament à l'encontre de l'héritière qui demandait à vérifier l'absence de dépassement de la quotité disponible.

408. Si l'effet des clauses pénales est mis à mal par cette jurisprudence récente, le praticien ne doit pas pour autant les abandonner. En effet, elles permettent dans un premier temps de consolider la volonté du disposant en exerçant une pression morale sur l'héritier. Le fait de savoir que cette clause émane de la volonté du testateur, et qu'il l'a érigée en condition déterminante pour assurer l'exécution de son testament devrait faire hésiter tout héritier réfléchi et pondéré, en mémoire de son parent décédé, à abandonner toute action judiciaire visant à remettre en cause les volontés du défunt...

Dans un second temps, la remise en cause d'une clause pénale par un héritier reste une action périlleuse :

- soit la clause pénale n'est ni contraire à l'ordre public ni excessive, et dans ce cas elle produira son plein effet en venant sanctionner l'héritier récalcitrant,
- soit l'héritier parvient à prouver l'atteinte à l'excessivité et dans ce cas la clause sera réputée non écrite...

La Cour de cassation n'ayant pas indiqué les critères de l'excès, il est difficile de se positionner sur les limites de cette clause. D'un point de vue pratique, il est conseillé d'éviter les sanctions qui pourraient être jugées trop lourdes par la Cour de cassation. Comme le conseille le professeur Marc Nicod,⁽³⁷⁸⁾ « À la privation globale de la part de quotité disponible devant revenir au successible, on préférera des sanctions plus ciblées, ne concernant qu'un bien déterminé (tel immeuble, tel bijou, etc.) ou un montant forfaitaire (telle somme d'argent) ».

§ II – L'EXCLUSION DE L'ADMINISTRATION ET DE JOUISSANCE DES BIENS DU MINEUR

409. L'administration légale entraîne un droit de jouissance au profit des parents sur les biens du mineur. En cas de séparation ou de mésentente entre les parents,

(376) Cass. Civ. 1^{re}, 13/04/2016, n° 15-13312.

(377) CA Fort-de-France, 21 nov. 2017, n° 13/00472.

(378) Defrénois n° 13-14 – 15-30 juillet 2017, Marc Nicod, « De l'efficacité des clauses pénales en droit des libéralités ».

l'un peut souhaiter priver l'autre parent de ses droits de jouissance sur les biens que l'enfant pourrait recevoir dans sa succession. La privation de jouissance est prévue à l'article 386-4 du Code civil, si en principe cette exclusion doit être adossée à un legs ou à un don au profit de l'enfant, la Cour de cassation les admet largement en retenant par exemple un legs tacite au profit de l'enfant.⁽³⁷⁹⁾ On peut également recourir à ce type de clause en cas de famille recomposée afin de conférer un statut en cas de décès, au beau parent de l'enfant.

Cette exclusion peut se faire par donation, testament ou déclaration spéciale faite par devant notaire. Elle peut porter sur tous les biens, également la réserve de l'enfant.

Il faut préciser que si seule l'administration légale est exclue, elle entraîne également l'exclusion de la jouissance légale (l'inverse n'étant pas réciproque). Ces exclusions ne concernent que la gestion des biens du mineur et non la protection de sa personne. Il est possible de déterminer les pouvoirs de l'administrateur, à défaut de précision, il dispose des pouvoirs de l'administrateur légal.⁽³⁸⁰⁾

Cette clause n'est pas conditionnée au respect de l'intérêt de l'enfant,⁽³⁸¹⁾ aucune motivation ne doit être donnée pour justifier l'exclusion de l'administration légale.⁽³⁸²⁾

Le 113^e Congrès des Notaires de France a proposé la réécriture l'article 384 du Code civil afin qu'il soit possible de faire jouer la clause en cas de dévolution ab intestat. Cette proposition a été adoptée.⁽³⁸³⁾

Nous proposons ici un modèle de testament privant l'ex-conjoint de l'administration légale et de la jouissance des biens du mineur et organisant l'administration à sa majorité :

Je soussignée Madame A, déclare établir mes dispositions de dernières volontés dans les termes suivants :

Je révoque toutes dispositions testamentaires antérieures à l'exception des éventuelles clauses bénéficiaires de mes contrats d'assurance-vie :

Ient - J'institue ma fille comme ma légataire universelle.

IIent - L'administration des biens revenant à ma fille pendant sa minorité :

Dans le cas où ma fille X serait encore mineure et non émancipée au jour de mon décès, j'entends que son père Monsieur A soit privé de tous ses droits de jouissance et d'administration légale sur les biens qui reviendront à ma fille dans ma succession.

(379) Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2015, n° 13-27.586 : Bull. civ. 2015, I, n° 37.

(380) Sur ce point, voir le 113^e Congrès des notaires, « *Le notaire au cœur des mutations de la société* », La clause d'exclusion de l'administration légale, pages 312 et suivantes, et sur la possibilité de confier à l'administrateur la possibilité d'effectuer les actes interdits à l'administrateur légal (article 387-2 du Code civil), et la possibilité pour l'administrateur désigné, d'accepter le legs au nom du mineur, sans requérir au préalable l'accord du juge des tutelles. Si la doctrine admet cette position, le Cridon est partagé.

(381) Cass. 1^{re} Civ., 26 juin 2013, n° 11-25946.

(382) Cass. 1^{re} Civ., 10 juin 2015, n°s 14-18856 et 14-20146.

(383) 113^e Congrès des Notaires de France, Commission Familles, présidée par Maître Benoit Delesalle, 2^e Proposition.

Ces biens seront administrés par Madame Q ... durant toute sa minorité.

Au cas où Madame Q décéderait ou serait incapable ou demanderait à être déchargée de sa mission, je désigne Madame R... pour la remplacer.

Les revenus de ces biens seront capitalisés chaque année et serviront à régler les études de ma fille et toutes les dépenses raisonnables autres que les dépenses de la vie courante, celles-ci étant prises en charge par son père.

Il/ent - L'administration des biens revenant à ma fille dans ma succession à compter de sa majorité :

1/ Les biens sur lesquels s'exercera l'administration organisée aux présentes sont tous ceux que ma fille recevra dans ma succession, et tous ceux qu'elle recevra en exécution des contrats d'assurance-vie dont je suis ou serai l'assurée.

2/ L'administration portera sur ce patrimoine transmis par succession jusqu'à ce que ma fille ait atteint l'âge de 23 ans. Au cas où pour quelque raison que ce soit, les pouvoirs des administrateurs seraient limités ou contenus dans leur périmètre ou leur importance, j'entends alors que ces pouvoirs portent sur le disponible et jusqu'à ce que ma fille ait atteint son vingt-troisième anniversaire.

3/ Entre sa majorité et son 23^e anniversaire, le patrimoine de ma fille sera administré comme ci-après défini et ce quel que soit son régime matrimonial.

- Les biens de ma fille seront administrés par Madame Q jusqu'à son 23^e anniversaire. Au cas où elle décéderait ou serait incapable ou demanderait à être déchargée de sa mission, je désigne XXXXXX.

Cet administrateur aura les pouvoirs les plus étendus pour acheter et vendre tous biens, procéder à tous placements et d'une façon générale exercer sur ces biens tous les droits et les prérogatives que la loi donne à un propriétaire hormis ceux de disposer à titre gratuit, de cautionner ou enfin d'emprunter.

Dès l'ouverture de son administration, l'administrateur fera inventaire du patrimoine de ma fille et ouvrira sans délai un livre où il reportera et signera toutes ses décisions et consignera tous les actes de sa gestion au fur et à mesure de leur accomplissement.

Il rendra compte de sa mission à ma fille à compter de sa majorité, par écrit et une fois par an avant la fin du mois d'avril de chaque année.

4/ Sur présentation d'un projet d'études ou d'un projet professionnel jugé raisonnable par l'administrateur, celui-ci pourra allouer à ma fille le capital ou les revenus nécessaires.

Madame Q, versera à ma fille les sommes nécessaires pour subvenir à toutes dépenses raisonnables. Si ma fille demandait à avoir la libre disposition de biens correspondant à sa réserve, l'administrateur ne mettra aucun revenu à sa disposition sauf s'il le juge utile.

5/ Je nomme pour exécuteur testamentaire mon amie Madame Q.

Je lui donne la saisine de tout mon mobilier pour la durée d'un an à compter de mon décès. Elle aura pour mission de trier et détruire mes papiers intimes, de gérer les biens de la succession en qualité d'administrateur et de faire exécuter mon testament.

6/ De manière générale, mon ex-époux et père de ma fille, ne devra en aucun cas gérer le patrimoine de ma fille, qu'elle soit mineure ou majeure. Je demande à ma fille de ne jamais prêter ou donner de l'argent provenant ainsi de son héritage à son père.

7/ Je désigne comme notaire chargé de ma succession, Maître W.

§ III – LE REPORT DU PAIEMENT DE L'INDEMNITÉ DE RÉDUCTION AU DÉCÈS DU CONJOINT SURVIVANT

410. Les modalités de règlement de l'indemnité de réduction sont prévues à l'article 924-3 du Code civil. L'indemnité de réduction est payable au moment du partage sauf accord entre les héritiers. Lorsque l'objet de la libéralité peut être attribué de façon préférentielle, le testateur ou le juge peut prévoir des délais de paiement. Ce report de paiement ne peut excéder dix ans à compter de l'ouverture de la succession. La vente du bien objet de la libéralité rend l'indemnité de réduction exigible.

Le 113^e Congrès des Notaires de France a émis la proposition de reporter le paiement de l'indemnité de réduction due par le conjoint survivant au décès de celui-ci. Cette proposition a été refusée.⁽³⁸⁴⁾

Si celle-ci ne semble pas avoir conquis l'opinion des praticiens, pour autant, comment répondre à l'objectif du client qui souhaite protéger son conjoint ?

► Cas pratique et proposition de clause

Monsieur Martin, âgé de 62 ans, a deux fils issus d'une première union, et il est marié en secondes noces sous le régime de la séparation de biens pure et simple, avec Madame Durand, union de laquelle sont issues deux filles.

Monsieur a fait don au profit de son épouse, en 2017, de la nue-propriété d'un appartement situé à Paris, constituant le logement de la famille, évalué à ce jour à 1 000 000 €.

Son patrimoine comprend :

- un appartement à Biarritz, évalué à 700 000 €,
- des liquidités pour 300 000 €.

(384) 113^e Congrès des Notaires de France, Commission Familles, présidée par Maître Benoit Delesalle, 4^e Proposition.

Il vous demande conseil afin de protéger au mieux son épouse. Il vous indique en outre que les relations entre ses deux fils et son épouse sont très tendues.

I. Si Monsieur n'organise pas sa succession

En présence d'enfants non issus des deux époux, le conjoint survivant recueille un quart en pleine propriété du patrimoine (Art. 757)

Il convient de liquider la succession de Monsieur, afin de déterminer les enjeux économiques qui pourront se révéler au jour de son décès.

Détermination de la masse de calcul de la quotité disponible et réserve :

. Biens existants : 700 000 € + 300 000 €

. Passif : néant

. Réunion fictive : 1 000 000 €

Total de la masse de calcul et de la quotité disponible = 2 000 000 €

Quotité disponible : 500 000 €

Le don de l'appartement excède de 500 000 € la quotité disponible.

En l'état actuel, le conjoint serait redevable d'une indemnité de réduction au profit des enfants.

Monsieur vous indique que son épouse dispose d'actifs bancaires, environ 200 000 €. En l'espèce, elle ne pourrait donc pas s'acquitter de l'indemnité de réduction due aux enfants. Si Monsieur ne fait rien, Madame sera contrainte de vendre le logement de la famille, ce qui n'est pas l'objectif recherché.

II. Propositions faites à Monsieur Martin

Monsieur souhaite qu'à son décès, Madame puisse maintenir son cadre de vie et qu'elle n'ait aucune somme à verser aux enfants lors de son décès. Comme vu précédemment, le report de paiement de l'indemnité de réduction ne peut être prévu que pour une durée de dix ans à compter du décès, sauf accord entre les héritiers. On peut donc réfléchir à la rédaction d'un testament comprenant des clauses qui motiveront les héritiers à en retarder le paiement.

Nous proposerons à Monsieur Martin la stratégie patrimoniale suivante :

1°/ Prévoir par testament une donation entre époux

Tout d'abord, il y a lieu de prévoir une donation entre époux afin que Madame ne soit pas limitée à son quart légal en pleine propriété.

Il existe deux types de donation entre époux :

la donation entre époux avec réduction facultative : celle qui institue le conjoint légataire universel de la succession, laquelle peut être réduite à la demande des héritiers,

et la donation entre époux avec réduction automatique : celle qui institue le conjoint légataire des quotités permises par la loi. (Renvoi à *Infra* Sous section II, § II « Les donations entre époux »)

La donation entre époux avec réduction facultative offre au conjoint survivant le panel le plus large possible pour composer ses droits successoraux. Si celui-ci souhaite se voir attribuer l'intégralité du patrimoine et si les héritiers demandent la réduction du legs, il devra toutefois être en mesure d'indemniser les héritiers réservataires.

Dans la mesure où nous savons que les héritiers du premier lit demanderont la réduction du legs, nous prévoyons un legs au profit du conjoint de la plus large quotité disponible permise entre époux, afin d'éviter de rajouter de l'animosité lors du règlement de la succession.

2°/ Souscrire un contrat d'assurance-vie

Placer les liquidités de Monsieur sur un contrat d'assurance-vie, souscrit au profit du conjoint survivant, afin que celui-ci puisse, à défaut d'accord avec les héritiers sur le report du paiement de l'indemnité, disposer de liquidités pour le règlement de l'indemnité de réduction. En principe le contrat d'assurance-vie est hors succession sauf primes manifestement exagérées.

3°/ Testament combinant la clause bénéficiaire de l'assurance-vie et le paiement de l'indemnité de réduction due par le conjoint survivant

Dans son testament, Monsieur Martin pourrait instituer son épouse légataire de la plus forte quotité disponible entre époux et prévoir que si la donation entre vifs qu'il lui a consentie venait à devoir être réduite au profit des héritiers réservataires, l'usufruit porterait alors sur l'indemnité de réduction ; de sorte qu'elle ne serait exigible qu'au décès de cette dernière et constituerait une dette de sa succession envers les quatre enfants.

Par ailleurs, il pourrait désigner son épouse comme seule et unique bénéficiaire en pleine propriété de la totalité des capitaux décès, en précisant toutefois, que si les enfants respectaient sa volonté (de retarder le paiement de l'éventuelle indemnité de réduction jusqu'au décès de son épouse), elle n'opterait que pour l'usufruit du capital décès, de sorte que ses enfants en soient nus-propriétaires.

Elle serait libre d'user de ces sommes comme bon lui semblerait, sans avoir à donner de garantie de restitution.

Ainsi, plutôt que de prévoir une clause pénale qui viendrait sanctionner les héritiers, celui-ci prévoit une clause qui viendrait augmenter les droits des enfants, si ceux-ci respectaient sa volonté.

§ IV – LES CLAUSES PORTANT SUR LES CONTRATS D'ASSURANCE-VIE

411. Bien souvent les auteurs de familles recomposées sont conscients des difficultés qui naîtront ou se poursuivront après leur décès. En général, ils souhaitent à la fois assurer la protection de leur conjoint et garantir les droits de leurs enfants au décès de cette dernière.

L'assurance-vie, pourtant hors de la succession, peut jouer un rôle déterminant dans l'équilibre ou le déséquilibre de la répartition du patrimoine du défunt et dans les conflits qui peuvent en résulter.

Un arrêt de principe du 28 septembre 1999⁽³⁸⁵⁾, fait peser sur l'assureur un devoir de confidentialité, qui n'est pas le secret professionnel. Seule une procédure judiciaire en référé peut libérer la compagnie d'assurance de son devoir de confidentialité lorsque le tiers bénéficiaire ne l'a pas demandé.

Il n'y a pas d'exigence de forme de la clause bénéficiaire. Ce peut être un écrit, un document dactylographié.

Ainsi dans son testament ou tout autre document écrit, le souscripteur peut désigner les bénéficiaires des contrats d'assurance-vie.

Afin d'éviter les mauvaises surprises qui seront bien souvent sources de conflits, il est impératif d'éviter les rédactions hasardeuses et d'organiser les relations entre les bénéficiaires notamment lorsque le conjoint est désigné comme usufruitier ou quasi-usufruitier.

I/ L'importance de la désignation des bénéficiaires

412. La rédaction de la clause bénéficiaire est parfois négligée et imprécise alors qu'elle est essentielle à la protection des bénéficiaires et au respect des souhaits du souscripteur.

La clause, une fois le contrat dénoué, sera analysée au regard de la qualité du bénéficiaire, non pas au moment de la rédaction de la clause, mais au moment de l'exécution du contrat, c'est-à-dire au jour du décès. Ainsi, la désignation générale « mes enfants » a été remplacée par « mes enfants, nés ou à naître, vivants ou représentés, par parts égales ».

(385) Cour de cassation chambre criminelle audience publique du mardi 28 septembre 1999 numéro de pourvoi 98-86762.

II/ Maîtriser l'exécution de la clause : instructions données aux compagnies

413.

➡ Proposition de clause démembrée donnant instructions à la Compagnie d'assurance

1^{er} cas – Le démembrement est reporté

Toutes les fois où l'attribution des capitaux décès interviendra de manière démembrée, je donne instruction à la compagnie d'assurance de procéder de la façon suivante pour la libération des capitaux décès :

– s'agissant de valeurs mobilières, la compagnie d'assurance devra les virer au(x) compte(s) indiqué(s) par le nu-propriétaire et l'usufruitier, après qu'ils aient reçu des banques la justification qu'il s'agit bien de comptes démembrés entre usufruitier et nu-propriétaire.

– s'agissant de liquidités, la compagnie d'assurance devra les virer de la même manière sur un ou plusieurs comptes démembrés entre usufruitier et nu-propriétaire.

Les espèces seront remployées sous la seule responsabilité du nu-propriétaire et de l'usufruitier. Le choix des biens à acquérir et le mode d'investissement seront déterminés de concert entre ces derniers.

2^e cas – Quasi-usufruit

L'usufruit de mon épouse sera un quasi-usufruit (au sens de l'article 587 du Code civil) en ce sens que la compagnie d'assurance remettra valablement et sur sa simple quittance la totalité du capital décès à mon épouse aussitôt après mon décès sans qu'elle ait à justifier de l'emploi des fonds ni à fournir caution et encore moins à obtenir quelque accord que ce soit des nus-propriétaires.

La compagnie d'assurance sera bien et valablement déchargée de toute obligation relative au capital décès par le paiement qu'elle aura fait entre les mains de mon épouse. Elle informera par écrit le notaire en charge du règlement de la succession du montant des capitaux décès, afin que les bénéficiaires puissent en tant que de besoin connaître le montant de leur créance et en faire dresser acte par ledit notaire.

À la moindre difficulté ou exigence provenant aussi bien de la compagnie d'assurance que des nus-propriétaires et qui pourrait avoir pour effet de retarder la délivrance des fonds entre les mains de mon épouse, j'entends alors désigner cette dernière comme bénéficiaire en pleine propriété de la totalité du capital décès.

Mon épouse sera donc seule propriétaire des fonds ainsi remis entre ses mains. Elle ne sera que débitrice de leur restitution à son propre décès, mais j'interdis aux nus-propriétaires, quelle que soit leurs relations avec l'usufruitière et quel que soit l'usage qu'elle fera des capitaux, de prendre quelque garantie que ce soit, d'exiger quelque emploi que ce soit, de demander quelque justificatif que ce soit, le tout sous peine de se voir priver de leurs droits de nus-propriétaires sur les capitaux décès puisque dans cette hypothèse je désigne mon épouse comme bénéficiaire en pleine propriété.

Au cas où, à la date de son décès, les fonds auraient été consommés par mon épouse, la créance des nus-proprétaires s'exercera sur le reste de son patrimoine.

Le montant de la créance des nus-proprétaires sera au moins égal au montant nominal des capitaux décès sous usufruit de mon épouse. Mais s'il s'avère qu'elle ne les a pas consommés et qu'elle a fait des placements identifiables, le montant de la créance des nus-proprétaires sera, à leur choix, de la valeur des biens ainsi acquis, à la date du décès de mon épouse.

Lors de l'ouverture de la succession, il sera judicieux d'établir une convention de quasi-usufruit portant sur les capitaux décès afin de déterminer la créance de restitution de façon certaine et de prévoir ou pas une clause d'indexation.

§ V – LA DÉSIGNATION D'UN NOTAIRE POUR RÉGLER LA SUCCESSION

414. Le notaire développe avec certains de ses clients une relation sur plusieurs années, voire plusieurs générations. Au fil des dossiers traités, des rendez-vous et des échanges avec le client, le notaire acquiert une parfaite connaissance de la situation patrimoniale et familiale de celui-ci. Dans ce contexte, il est fréquent que certains clients, désireux de mener à bien l'exécution de leurs dernières volontés, souhaitent désigner le notaire chargé du règlement de leur succession.

Cette clause est valable mais dans le cas où les héritiers, conviennent à l'unanimité, de choisir un autre notaire pour le règlement de la succession, le notaire évincé n'a pas qualité pour demander l'exécution de la clause prévue par le testateur⁽³⁸⁶⁾.

Si le testateur souhaite assurer la bonne exécution de son legs, il serait préférable d'envisager la nomination du notaire en tant qu'exécuteur testamentaire.

Enfin, en cas de désaccord, les héritiers et légataires peuvent se faire assister du notaire de leur choix conformément aux usages.⁽³⁸⁷⁾

§ VI – LA DÉSIGNATION DE L'EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE

415. Le testateur peut procéder à la nomination d'un ou plusieurs exécuteurs testamentaires, chargé(s) de veiller au respect et à l'exécution de ses dispositions testamentaires (Art. 1025). Cette institution a été remodelée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

L'exécuteur testamentaire peut être :

- une personne physique, sous réserve qu'elle ait la pleine capacité civile,
- ou morale, sous réserve que cette mission entre dans son objet social.

(386) Selon le *Traité Général du Notariat*, Titre II « rapport entre le notaire et les parties » § 2922-91 « ... cette clause ne peut pas être invoquée par le notaire contre le gré de tous les héritiers ou légataires car ils ont toujours eu droit de s'accorder sur le choix du notaire qu'ils chargeront de leurs intérêts ».

Tribunal Civil Dreux, 1^{er} avril 1925, Rép. Gén Not. Article 21300, « Les héritiers légataires peuvent, d'un commun accord, désigner un autre notaire ».

(387) Tribunal Civil Le Havre, 20 avril 1908, *Journal des notaires*, article 29829.

Le Code civil n'impose aucun formalisme pour la nomination de l'exécuteur testamentaire, néanmoins, s'agissant d'un exécuteur « testamentaire », il est d'usage que celui-ci soit nommé par testament, codicille. Nous privilégierons le testament authentique notamment depuis la réforme de la déjudiciarisation de l'envoi en possession. En effet, si l'article 1030-2 du Code civil dispense l'exécuteur testamentaire nommé par testament authentique de recourir à « l'envoi en possession prévu à l'article 1008 du Code civil » pour autant l'article 1008 du Code civil a été abrogé...

Il est fort regrettable que la réforme de la déjudiciarisation de l'envoi en possession n'ait pas été étendue à l'envoi en possession de l'exécuteur testamentaire. Cette déjudiciarisation aurait pu avoir un effet bénéfique sur le règlement de la succession : en diminuant les délais de procédure, l'exécuteur testamentaire disposerait de pouvoirs lui permettant de mener à bien sa mission dans des délais plus rapides, lui permettant ainsi la bonne exécution de sa mission dans des délais qui lui sont impartis⁽³⁸⁸⁾ (deux ans à compter de l'ouverture du testament, prorogeable par le juge).

L'exécuteur testamentaire dispose de pouvoirs primaires qui lui sont conférés par le Code civil, ses pouvoirs peuvent également être aménagés par le testateur.

(388) Sur ce point : La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 49, 9 décembre 2016, François Letellier, docteur en droit, notaire à Clermont-Ferrand, « *La réforme de l'envoi en possession du légataire universel et de l'exécuteur testamentaire* ».

Les pouvoirs de l'exécuteur sont repris dans le tableau ci-après :

Pouvoirs primaires de l'exécuteur testamentaire	Pouvoirs de l'exécuteur testamentaire aménagés par le testateur	
	En l'absence d'héritiers réservataires	En présence d'héritiers réservataires
<p>. Prendre les mesures conservatoires utiles à la bonne exécution du testament (art. 1029 al. 1)</p> <p>. Requérir l'inventaire en présence ou non des héritiers (art. 1029 al. 2)</p> <p>⇒ mesure facultative mais on ne peut que le conseiller, afin d'éviter le contentieux sur la consistance du mobilier</p> <p>. Vendre le mobilier afin de faire face au passif urgent, ex : paiement cotisations sociales, impôts, assurance habitation (art. 1029 al. 3)</p> <p>. Agir en justice pour faire respecter les dernières volontés du défunt, contraindre l'héritier récalcitrant à l'exécution des dispositions de dernières volontés (art. 1028).</p>	<p>. Vendre les immeubles de la succession, par voie amiable ou par adjudication sous réserve d'en informer les héritiers, à défaut la vente leur sera inopposable (art. 1030-1 al. 1 et 2)</p> <p>⇒ nous conseillerons à l'exécuteur testamentaire de les informer de la vente par exploit d'huissier ou lettre recommandée</p> <p>⇒ prévoir que l'exécuteur testamentaire pourra recevoir le prix sans le concours des héritiers, donner quittance et mainlevée</p> <p>. Recevoir et placer les capitaux, payer les dettes et les charges et procéder à l'attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires (Art. 1030-1 al. 1)</p>	<p>. Prendre possession en tout ou partie du mobilier de la succession et le vendre s'il est nécessaire pour acquitter les legs particuliers dans la limite de la quotité disponible (art. 1030)</p> <p>⇒ prévoir que l'exécuteur testamentaire pourra recevoir le prix sans le concours des héritiers, donner quittance et mainlevée</p>

L'exécuteur testamentaire peut accepter sa mission de façon expresse (en prenant cette qualité dans l'inventaire par exemple), ou tacite (en exécutant sa mission) ou y renoncer, dans ce cas nous lui conseillerons d'acter cette renonciation dans l'acte de notoriété par exemple, afin d'en informer rapidement les héritiers.

En principe la mission de l'exécuteur testamentaire est gratuite, toutefois, il est possible de prévoir une rémunération pour la mission effectuée.

Les mandataires successoraux (le mandataire à effet posthume, le mandataire désignés par les héritiers ou en justice) devront toujours agir sous réserve des pouvoirs conférés à l'exécuteur testamentaire⁽³⁸⁹⁾.

D'un point de vue pratique, il peut être opportun de prévoir la nomination d'un exécuteur testamentaire dans les cas suivants :

- lorsqu'il existe une mésentente entre les héritiers afin de s'assurer de la bonne exécution des legs et provoquer le partage successoral,
- en cas de dispositions extrapatrimoniales, ces dispositions étant souvent perçues comme une charge pour les héritiers qui pourraient se montrer négligents

(389) Danielle Montoux, « Désigner un exécuteur testamentaire », 16 septembre 2017, rédigé pour le Jurisclasseur Pratique Notariale – Les actes.

dans l'exécution de ces dispositions (ex : conservation ou destruction de documents personnels, entretien de sépulture etc.),

- en présence d'une multitude de légataires,
- en présence d'héritiers ne parlant pas français et/ou installés à l'étranger,
- lorsque le testateur souhaite mandater un tiers pour l'exercice de son droit moral (divulgarion de ses œuvres).
- lorsque le testateur est un chef d'entreprise et qu'il n'y a pas d'héritiers réservataires « le dirigeant peut accroître les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire » qui pourra « pendant une durée maximale de deux années à compter de l'ouverture du testament, gérer la succession, disposer des biens mobiliers et immobiliers, régler les dettes, placer les capitaux, procéder au partage et à la liquidation de la succession »⁽³⁹⁰⁾.

Enfin, l'exécuteur testamentaire est désigné par le testateur et n'est pas le mandataire des héritiers. Les héritiers ne peuvent pas s'entendre pour l'écartier.

CHAPITRE II

LES OUTILS DE GESTION

416. Nous souhaitons analyser, dans quelles mesures, certains outils de gestion à la disposition du praticien, peuvent permettre de prévenir les conflits successoraux. Pour ce faire, le notaire doit en connaître les rouages parfois minutieux, savoir les utiliser à bon escient et dans le respect des intérêts de ses clients. Nous nous proposons d'analyser, dans un premier temps, comment les mandats peuvent permettre de répondre à cet objectif. Les autres modes de gestion que sont les conventions d'indivision et – de manière plus efficiente – les « sociétés » doivent également être appréhendés à travers le prisme de ce même objectif.

Section I – Les Mandats

417. Mandat de protection future et mandat à effet posthume permettent aux praticiens de proposer à leurs clients, soucieux d'anticiper une situation dans laquelle ils ne seront plus à même de gérer leurs intérêts personnels ou patrimoniaux – en raison de leur incapacité, ou à raison de leur décès – des solutions « sur-mesure ». Nous nous proposons d'analyser comment ces deux types de mandat peuvent contribuer par la sécurité juridique qu'ils offrent, à la prévention de conflits futurs relatifs à la personne du mandant ou à son patrimoine.

(390) 110^e Congrès des Notaires de France « Vie Professionnelle et famille place au contrat ».

Sous-section I – *Le mandat de protection future*

418. Nous souhaitons ici mettre en lumière les vertus que présente le mandat de protection future qui peut constituer un dispositif efficace pour se prémunir contre l'abus de faiblesse, ou encore, pour faire obstacle aux interminables reproches et rancœurs qui pourraient surgir à l'occasion du décès à l'encontre d'un héritier ou d'un tiers ayant géré le patrimoine du défunt pendant une période de vulnérabilité et qui serait alors accusé de mauvaise gestion voire de recel.

L'existence d'un mandat de protection future – dont la vigueur juridique semble renforcée par un récent arrêt de la Cour de cassation – permettra assurément de prévenir ces risques, sans toutefois nécessiter l'intervention du juge.

§ I – DÉFINITION DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE

419. Un rappel de la définition du mandat de protection future, nous permettra d'en appréhender les principales caractéristiques.

Défini par l'article 477 du Code civil, le mandat de protection future est un outil qui permet à une personne, le mandant, de désigner par avance une autre personne, le mandataire, qui pourra notamment être chargée de gérer ou d'administrer tout ou partie du patrimoine du mandant en cas d'incapacité de ce dernier, médicalement constatée, à y procéder lui-même.

Le mandat peut donc être conclu pour soi-même ou pour autrui. Dans le premier cas toute « personne majeure ou mineure émancipée, ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'habilitation familiale », peut charger une ou plusieurs personnes de la représenter. Dans le second cas – celui du mandat pour autrui – seuls des parents exerçant « l'autorité parentale sur leur enfant mineur » ou en assumant « la charge matérielle et affective » peuvent, « pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter ».

Nous faisons ici le choix de concentrer notre propos sur le mandat pour soi-même et nous permettrons de ne pas développer davantage le mandat de protection future pour autrui qui, nous semble-t-il, est sans doute moins au cœur du thème de ce congrès.

S'agissant du mandataire, le Code civil prévoit que toute personne physique majeure et capable peut être désignée en cette qualité. Il peut donc s'agir d'un membre de la famille, d'un proche ou d'un tiers, d'un professionnel. Notons que le notaire ayant reçu le mandat authentique semble difficilement pouvoir être lui-même désigné mandataire, au regard notamment de l'obligation qui lui incombe de contrôler ensuite l'exécution du mandat. Une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs peut également être désignée mandataire.

Le mandat de protection future est un outil faisant appel au mécanisme de la représentation et renvoie en ce sens aux dispositions du droit commun du mandat,

définies aux articles 1984 à 2010 du Code civil. Les pouvoirs conférés par le mandant au mandataire aux termes du mandat et que nous analyserons ci-après, dépendront de la forme du mandat, celui-ci pouvant être conclu sous seing privé ou par acte authentique (le mandat pour autrui devant nécessairement être notarié).

§ II – MANDAT DE PROTECTION FUTURE ET PRÉVENTION DES CONFLITS SUSCEPTIBLES DE SURVENIR EN CAS D'INCAPACITÉ DU MANDANT

420. Nous rappellerons que le mandat prend effet dès lors qu'il est constaté que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Afin de mettre en œuvre le mandat, le mandataire formule sa demande auprès du greffe du tribunal d'instance. Il y joint, à peine d'irrecevabilité, un certificat médical établi par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République établissant que le mandant se trouve « dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté ». Le greffier est alors chargé de viser le mandat et de dater sa prise d'effet. Son « activation juridique » se trouve ainsi constatée.

L'analyse du contenu du mandat et des pouvoirs qu'il confère au mandataire nous permettra d'en comprendre l'intérêt dans un objectif de prévention des conflits. Lorsqu'on examine les conflits susceptibles de survenir à l'égard d'une personne affaiblie, qui n'a plus la capacité de prendre soin d'elle ou de gérer elle-même ses affaires, deux principales sources de tensions nous semblent pouvoir être identifiées :

- les conflits relatifs à la personne affaiblie : en effet, des différends peuvent naître entre les proches de cette personne relativement à l'environnement affectif et social dans lequel lui permettre d'évoluer, l'utilité ou la nécessité de procéder à son placement en maison de repos ou médicalisée, l'intensité des soins à lui prodiguer, la nécessité de lui fournir une assistance temporaire ou permanente, les questions relatives aux démarches médicales à accomplir...

- les conflits relatifs aux intérêts patrimoniaux du mandant : comment gérer son patrimoine, que faire de ses biens immobiliers, de ses véhicules, quels arbitrages effectuer sur ses placements financiers...

Par la volonté que le mandant imposera par le mandat de protection future qu'il aura pris soin d'établir, celui-ci sera capable d'éliminer la majeure partie des sources de tensions entre ses proches, que celles-ci soient relatives à sa personne ou à son patrimoine.

A/ Prévention des conflits liés à la personne du mandant

421. Le mandat offre la faculté de prévoir, par un certain nombre de dispositions, les modalités pratiques de la protection de sa personne, qui pourront être mises en place en cas d'activation du mandat.

Désignation d'un mandataire à la personne – Le mandant dispose tout d'abord de la faculté de désigner par le mandat, un mandataire à la protection de sa personne. Ce mandataire, personne en laquelle le mandant investit toute sa confiance, pourra être un membre de la famille du mandant, un ami, un proche,

voire même un tiers. Cette personne pourra, selon les souhaits du mandant, être en charge exclusivement de la personne du mandant, mais également être « mandataire aux biens » et ainsi veiller à la protection du patrimoine du mandant (cf. *infra*). Il sera chargé de veiller sur la personne du mandant en cas d'incapacité de ce dernier et s'assurera notamment du respect de son intégrité physique et psychologique, du respect de sa personne, du maintien de la qualité de son cadre de vie et de ses relations sociales.

Les pouvoirs que le mandant peut confier à ce mandataire à la personne, sont vastes, ce qui lui permettra de prévoir une protection parfaitement adaptée à ses souhaits, garante du respect de sa personne. Nous constaterons que cette liberté est toutefois encadrée sur certains aspects, dans l'intérêt même du mandant.

** Protection de la personne du mandant stricto sensu*

Le mandant pourra prévoir que le mandataire à la personne qu'il désignera devra veiller au soin de son état physique, au respect de son intimité, à la qualité de son cadre de vie, et dans la mesure du possible au maintien de ses relations habituelles avec les tiers, parents ou non, lui permettant de les visiter ou de les héberger temporairement.

Ces précautions prises par le mandant sont, sur ces points particuliers, encadrées par les dispositions légales que nous examinerons ci-après (information du mandant par le mandataire obligatoire pour les décisions relatives à sa personne, impossibilité pour le mandataire d'accomplir les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel, ou de prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle du mandant ou à l'intimité de sa vie privée).

** Soins du mandant et démarches médicales*

Le mandant pourra également prévoir dans quelles mesures le mandataire l'assistera dans ses démarches médicales ou relatives aux soins de sa personne. À ce titre la précision des clauses du mandat importera grandement dans la détermination du périmètre de la mission du mandataire et son accompagnement à l'égard du mandant.

** Démarches administratives*

Certaines clauses du mandat pourront également prévoir les modalités d'accompagnement du mandant par le mandataire dans l'ensemble des démarches administratives que celui-ci serait amené à effectuer.

** Autres types de clauses relatives à la qualité de vie du mandant*

D'autres clauses du mandat pourront préciser utilement certaines facettes du cadre de vie ou de l'accompagnement du mandant par le mandataire. Ainsi, le mandat pourra prévoir une clause conférant au mandataire des pouvoirs relatifs à la prise en charge des animaux de compagnie du mandant.

S'agissant du cadre de vie du mandant, l'acte pourra contenir ses souhaits relativement à la possibilité pour lui de demeurer au sein de son logement. Il pourra être prévu que le mandant entend affecter ses revenus ou son patrimoine afin de lui permettre de demeurer aussi longtemps que possible au sein de son logement (financement d'une aide à domicile, infirmière, auxiliaire de vie...) ou son souhait d'être placé dans tel ou tel établissement qu'il mentionnera.

Cette liberté contractuelle laissée au mandant lui offre ainsi l'opportunité de prévoir à l'avance les modalités de sa « prise en charge » par une personne de confiance – le mandataire à la personne – en cas d'incapacité. Toutefois, la liberté contractuelle dont jouit le mandant reste encadrée par la loi et ce, dans son propre intérêt. Ainsi, le mandataire demeure, quelles que soient les dispositions du mandant, astreint à certaines obligations très strictes. L'article 479 du Code civil renvoie à un ensemble de dispositions légales, prévues aux articles 457-1 à 459-2 du Code civil, et garantes de l'intérêt de la personne protégée. Toute stipulation contraire du mandat est réputée non écrite. L'analyse de ces dispositions nous permet de mesurer le détail de la protection légale attachée à la personne du mandant :

Celle-ci bénéficiera d'un véritable droit à l'information de la part de son mandataire, lequel devra transmettre au mandant « toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence et les conséquences d'un refus de sa part » (Article 457-1 Code civil). En outre, certains actes ou décisions demeureront strictement personnels au mandant et, les décisions relatives aux actes dont la nature implique son consentement personnel, ne donneront jamais lieu à assistance ou représentation (Article 458 Code civil). De même, la personne protégée, dans la mesure où son état le permet, prendra seule les décisions relatives à sa personne. Enfin, le mandataire ne pourra prendre seul aucune disposition susceptible de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle du mandant ou à l'intimité de sa vie privée. Ces dispositions constituent donc un garde-fou pour le mandant, qui sera certain de voir ses droits essentiels rappelés ci-dessus, respectés par le mandataire.

Désignation d'un tiers observateur – Outre la possibilité pour le mandant de désigner un mandataire à la personne, d'autres précautions peuvent permettre au mandant de s'assurer du respect de sa personne. Le mandant a la faculté de désigner un tiers observateur. Ce dernier pourra, en qualité de personne intéressée au mandat, être chargé de veiller à son déclenchement. Il pourra parallèlement saisir le juge s'il estime la mise en œuvre du mandat injustifiée. Il s'assurera ensuite de la bonne exécution par le mandataire de la mission dont il est investi aux termes du mandat et pourra être tenu d'informer le juge des tutelles de tout acte non justifié ou ne lui apparaissant pas conforme aux stipulations du mandat. La désignation de ce tiers observateur permet au mandant d'instaurer « un contre-pouvoir » au sein du mandat et donc un équilibre supplémentaire. Il conviendra toutefois de veiller à la qualité de ce tiers observateur. Il ne faudrait pas qu'un conflit puisse survenir entre mandataire et tiers observateur. Ainsi, il semble prudent d'éviter de prévoir qu'un enfant du mandant soit désigné mandataire alors qu'un autre enfant serait désigné tiers observateur. Le risque serait alors que ces derniers ne s'affrontent, se sentant chacun investi de pouvoirs supérieurs, l'un à ceux de l'autre, ruinant ainsi l'effet bénéfique du mandat et son effet « pacificateur ».

B/ Prévention des conflits liés au patrimoine du mandant

422. Le mandat de protection future permet également au mandant d'anticiper les modalités de gestion et d'administration de son patrimoine pour le jour où il ne sera plus à même d'accomplir lui-même les actes relatifs à la gestion de celui-ci. Le

mandant, par les pouvoirs qu'il confèrera au mandataire, lui offre la possibilité de gérer, d'administrer, voire de disposer de son patrimoine.

L'étendue des pouvoirs du mandataire dépendra principalement de la forme du mandat et de la rédaction retenue par le mandant.

Si le mandat est établi par acte notarié, le mandataire pourra accomplir « les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation » (article 490 du Code civil).

À défaut, en cas de mandat sous seing privé, les pouvoirs du mandataire seront limités aux « actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation ». La forme du mandat est déterminante de l'étendue des pouvoirs dont pourra bénéficier le mandataire dans le cadre de la gestion du patrimoine du mandant.

Si le mandat est conclu en la forme authentique, le rôle de conseil du notaire chargé de préparer et recevoir cet acte sera ici déterminant. Il pourra par sa connaissance du patrimoine de son client et du contexte familial ajuster les clauses du mandat aux objectifs du mandant et ainsi contribuer à la mise en place d'un acte permettant de prévenir efficacement les difficultés susceptibles d'apparaître relativement au patrimoine du mandant. Pour les dirigeants de société il faudra toujours veiller à ce que les statuts et le mandat s'accordent⁽³⁹¹⁾.

Le mandataire pourra réaliser tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec autorisation. Ainsi, il pourra par exemple accomplir tous les actes conservatoires et les actes d'administration nécessaires à la gestion courante du patrimoine du mandant, ainsi que tous les actes de disposition à titre onéreux engageant le patrimoine de mandant sous réserve de certaines exceptions de natures légales, ou conventionnelles. Certains actes patrimoniaux nécessiteront en effet l'autorisation du juge des tutelles. Enfin, certains actes demeurent expressément interdits par la loi, même avec l'accord du juge.

Nous envisageons ici les clauses qu'un tel mandat pourrait comprendre dans une perspective de prévention des conflits.

Pouvoirs de gestion et d'administration – Les pouvoirs du mandataire pourront lui permettre :

- D'assurer la gestion du budget (arrêter le budget nécessaire pour pourvoir à l'entretien et aux dépenses du mandant),
- D'assurer la gestion du patrimoine financier du mandant (gestion des comptes bancaires, émission de chèques). Toutefois, l'autorisation du juge des tutelles sera requise pour procéder à la clôture des comptes ou livrets ouverts au nom de la personne protégée,
- D'administrer et de gérer les biens du mandant,
- D'administrer les titres d'une société dans laquelle le mandant serait associé ou dirigeant. Toutefois, s'agissant de ce point, et en raison des spécificités liées à la gestion d'une société, on soulignera l'importance des dispositions statutaires ou extrastatutaires pour encadrer les modalités de gestion des titres du mandant en cas

(391) JNPF 2018 « L'indispensable audit préalable au mandat de protection future » Fabienne Jourdain-Thomas, notaire à Paris.

d'incapacité de ce dernier. Ces dispositions se révéleront beaucoup plus efficaces et précises qu'un mandat de protection future laissant la possibilité au mandataire de représenter le mandant dans l'administration des titres de la société. Le mandat sera également sur ce point parfois difficile à articuler avec les dispositions statutaires ou les pactes d'associés existants sur les titres de la société.

Pouvoirs de disposition – Le mandataire pourra également bénéficier des larges pouvoirs suivants :

- Effectuer tout arbitrage (vendre, échanger, acheter) relativement aux valeurs mobilières figurant dans le ou les portefeuilles titres appartenant au mandant,
- Procéder à toute demande de rachat total ou partiel au profit du mandant sur des contrats d'assurance-vie et effectuer tout arbitrage sur ces contrats.

L'accord du juge sera toutefois toujours nécessaire au mandataire pour ouvrir de nouveaux contrats, effectuer des versements sur des contrats existants, modifier la clause bénéficiaire du contrat.

- Accepter toute libéralité non grevée de charge, toute succession bénéficiaire échue au mandant, tout legs universel (ou à titre universel) à concurrence de l'actif net, ainsi que tout legs à titre particulier et toute donation non grevée de charge,
- Disposer des autres biens du mandant, y compris des biens ou droits réels immobiliers.

Les actes concernant la disposition du logement du mandant demeureront soumis à autorisation du juge des tutelles. À ce titre, si l'intérêt du mandant commande qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement par l'aliénation, la résiliation ou la conclusion d'un bail, l'acte sera autorisé par le juge des tutelles. L'avis préalable d'un médecin inscrit sur la liste prévue à l'article 431 du Code civil sera requis si l'acte a pour finalité l'accueil de l'intéressé dans un établissement.

Malgré les larges pouvoirs pouvant être conférés au mandataire, resteront cependant toujours soumis à l'autorisation du juge, les actes à titre gratuit accomplis pour le compte du mandant, quelle que soient la forme et la nature de l'acte, et notamment :

- toute renonciation à une succession bénéficiaire, parce qu'elle emporte une intention libérale,
- toute souscription d'un contrat d'assurance-vie, ou désignation ou substitution d'un bénéficiaire.

Enfin, le mandataire ne pourra jamais, même avec une autorisation et quelle que soit la rédaction retenue par le mandant, accomplir les actes visés à l'article 509 du Code civil, savoir :

- consentir une remise de dette, renoncer gratuitement à un droit acquis, renoncer de façon anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 930-5 du Code civil, à la mainlevée d'une hypothèque ou d'une sûreté sans paiement ou encore la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers,
- acquérir d'un tiers un droit ou une créance de ce dernier contre le mandant,
- exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mandant,
- acheter les biens du mandant ainsi que les prendre à bail ou à ferme.

Les larges pouvoirs conférés au mandataire aux termes du mandat lui permettront de bénéficier d'une grande latitude dans l'administration des biens du mandant. Cette latitude significative sera bien souvent un gage d'efficacité de son action, permettant très certainement d'éviter ou de limiter les tensions entre héritiers futurs du mandant.

Soulignons toutefois que cette grande autonomie pourrait également être perçue par certains proches du mandant (enfants non mandataires par exemple) comme une perte de contrôle sur le patrimoine de leur père ou mère, auteur du mandat.

C/ Prévention des conflits : le mandat notarié

423. Le législateur a mis en place des mesures de surveillances qui permettent de contrôler l'activité du mandataire notamment lorsque celui-ci a été établi en la forme notariée.

« L'attention du lecteur doit désormais se focaliser sur le mandat notarié, car lui seul a vocation à exister vraiment, tant le mandat non notarié a des effets réduits, notamment sur les pouvoirs du mandataire⁽³⁹²⁾ » comme nous allons le voir ci-après.

S'il est chargé de l'administration des biens, le mandataire aura l'obligation de :

- faire procéder à l'inventaire au plus tard lors de la prise d'effet du mandat, lequel sera conservé par le notaire ainsi que ses actualisations (article 491 alinéa 1 in fine du Code civil).

- d'établir chaque année le compte de sa gestion qu'il devra adresser, accompagné de toutes les pièces justificatives, au notaire qui a établi le mandat. Le notaire pourra saisir le juge des tutelles s'il constate des mouvements de fonds suspects ou des actes non justifiés (article 491 du Code civil). Le mandataire devra conserver les cinq derniers comptes de gestion. Le notaire ne pourra déléguer sa mission mais pourra se faire assister pour ce contrôle d'un professionnel désigné par le mandant⁽³⁹³⁾.

« Le mandat de protection future s'appuie à la fois sur la volonté et une confiance du mandant dans la désignation du mandataire et le choix du notaire qui orchestre cette mesure originale et volontaire de protection⁽³⁹⁴⁾ ».

D/ L'analyse de la jurisprudence récente

424. L'analyse de la jurisprudence récente semble renforcer la vigueur du mandat de protection future et donc l'intérêt pour le praticien de recommander cet outil.

(392) Maître Philippe Potentier, notaire docteur en droit, « Le mandat de protection future entre écriture et pratique » Doctrine Defrénois n° 10, 8 mars 2018.

(393) Nathalie Peterka, professeur de l'université Paris-Est Créteil, « Le mandat de protection future : bilan et perspectives ».

(394) Maître Philippe Potentier, notaire docteur en droit, « Le mandat de protection future entre écriture et pratique » Doctrine Defrénois n° 10, 8 mars 2018.

En effet, par un arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 4 janvier 2017⁽³⁹⁵⁾, la haute juridiction a fait prévaloir le mandat de protection future sur une mesure de protection déjà ouverte. Dans cet arrêt, une personne vulnérable avait été placée, à la demande de l'un de ses enfants, sous curatelle. Un mandataire judiciaire à la protection de la personne fut alors nommé curateur. Ce dernier découvrant que la personne protégée avait établi un mandat de protection future, alors qu'elle était en pleine capacité de ses moyens intellectuels, sollicita la mise en œuvre du mandat. Les enfants du protégé s'y opposèrent au motif qu'une mesure de protection judiciaire déjà ouverte, ne permettait plus l'activation du mandat de protection future. La Cour d'appel fit droit à la demande du mandataire. La Cour de cassation confirma cette position en rejetant la demande des enfants du mandant. Le mandat de protection future produisit donc tous ses effets et entraîna la fin de la mesure de protection.

Plusieurs enseignements nous semblent pouvoir être retirés de cet arrêt :

- le mandat de protection future peut être mis en œuvre après le placement d'un majeur sous curatelle et se substituer à elle,
- la mesure de protection judiciaire ne peut entraîner la fin du mandat que pour autant que celui-ci ait préalablement été mis à exécution.

Antérieurement d'autres décisions⁽³⁹⁶⁾ avaient donné la primauté à la mesure de protection sur le mandat. L'arrêt précité, sans constituer un revirement jurisprudentiel compte tenu de la chronologie particulière des faits, renforce la vigueur du mandat de protection future. Il l'emporte ici sur la mesure de protection juridique. Le rôle de l'autonomie de la volonté du mandant semble ainsi accru.

Sous-section II – *Le mandat à effet posthume : définition et perspectives au regard de la prévention des conflits*

425. Nous souhaitons, dans les développements qui suivent, mettre en lumière les vertus – mais aussi les limites – que présente le mandat à effet posthume dans la prévention des conflits successoraux.

Depuis le 1^{er} janvier 2007, cet outil offre en effet à toute personne la faculté d'anticiper les modalités d'administration de sa succession en désignant un mandataire chargé d'accomplir cette mission. Ce rôle d'accompagnement du mandataire dans le règlement de la succession du défunt permettra dans une certaine mesure, ainsi que nous allons le constater, de prévenir efficacement les conflits successoraux relatifs au patrimoine de celui-ci.

(395) Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 2017, n° 15-28669, FS-PBI (rejet) Defrenois Flash n° 3 – 2017 « Le mandat de protection future peut-il se substituer au placement sous curatelle du mandant », Defrénois n° 4, 28 février 2017 Famille – Patrimoine, « Révocation du mandat de protection future après la mise en place d'une mesure de curatelle », Annick Bateau, professeur à l'Université de Caen Normandie, directrice de l'institut des majeurs vulnérables et des familles au sein de l'institut Demolombe.

(396) Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-16.519 D. 2011, p. 1204, JCP 2011, 691. Dans cet arrêt la Cour avait approuvé les juges du fond d'avoir mis fin au mandat en ouvrant une mesure de protection en raison d'un conflit familial.

Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2013, n° 12-19.851.

§ 1 – LA DÉFINITION

426. L'article 812 du Code civil dispose que « *Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés* ».

Le mandat à effet posthume est un contrat qui permet à toute personne, de désigner de son vivant un – ou plusieurs – mandataire, chargé d'administrer ou de gérer, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés. Cet acte prive donc l'héritier du droit d'administrer le patrimoine successoral (A). Cette limitation des droits de l'héritier doit toutefois être justifiée par un intérêt légitime et sérieux (B).

A/ Il prive l'héritier du droit d'administrer ses biens

427. Dès lors qu'un mandat à effet posthume aura été régulièrement conclu et qu'il sera valable quant à ses conditions, l'héritier du défunt se trouvera dans l'impossibilité d'administrer lui-même la succession.

Nous rappellerons que le mandat à effet posthume doit être donné et accepté par acte notarié, l'acceptation du mandataire devant intervenir avant le décès du mandant (article 812-1-1 du Code civil). Le mandataire peut être toute personne physique ou morale choisie par le mandant et doit jouir de sa pleine capacité. Il ne doit pas être frappé d'une interdiction de gérer si des biens professionnels sont compris dans le patrimoine du défunt. Précisons également que le mandataire ne peut pas être le notaire chargé du règlement de la succession.

La privation de l'héritier de la faculté d'administrer la succession du défunt doit toutefois être justifiée. Cette justification est érigée par le Code civil en condition de validité du mandat.

B/ Il doit être justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard soit de la personne de l'héritier, soit du patrimoine successoral

428. Si le mandat à effet posthume prive l'héritier du pouvoir d'administrer la succession en transférant ce pouvoir au bénéfice d'un tiers – le mandataire – c'est à la condition expresse que ce mandat soit justifié par « un intérêt légitime et sérieux au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé » (article 812-1-1 du Code civil). Précisons que l'intérêt sérieux et légitime doit être maintenu tout au long du mandat. À défaut, celui-ci pourrait être révoqué.

Une lecture *a contrario* de l'article susvisé permet de comprendre que, dans l'hypothèse où le mandat n'est pas justifié par un tel intérêt au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, l'héritier ne peut être privé de ce pouvoir d'administrer la succession.

Il est donc essentiel pour le praticien amené à assister un client dans la mise en place d'un tel contrat, d'insister par une rédaction minutieuse de l'acte, sur les éléments particuliers relatifs à la personne de l'héritier ou à la composition du patrimoine successoral du mandant, qui justifient la mise en place d'un tel mandat et qui justifient que l'héritier soit privé de ses pouvoirs d'administrer la succession.

Quelles peuvent être – de manière pratique – les considérations relatives à la personne de l'héritier ou au patrimoine successoral, permettant de justifier la mise en place d'un tel mandat ?

On pourra citer :

- La présence d'héritiers mineurs ou au contraire d'un héritier trop âgé, d'un majeur protégé,
- La présence d'un héritier n'ayant pas les compétences professionnelles,
- La consistance particulière du patrimoine du défunt (œuvres d'art, droits sociaux),
- La complexité de la composition du patrimoine du défunt (par exemple droits sociaux dans différentes structures sociétaires...),
- La présence de biens situés hors de France ou de formes juridiques différentes de celles connues par le droit français (trust, titres de société de droit étranger, droits réels sis à l'étranger...),
- La mésentente entre les héritiers ou avec son héritier,
- La volonté du défunt de conférer des pouvoirs de gestion au beau-parent dans une famille recomposée⁽³⁹⁷⁾.

Ces situations nécessiteront bien souvent des compétences spécifiques pour être gérées convenablement. Aussi, le mandant pourra souhaiter, par la mise en place du mandat à effet posthume, désigner un mandataire qu'il estimera capable et compétent, et mieux à même que ses héritiers de gérer et administrer ses biens dans leur intérêt.

Exemple : _____

Prenons ici l'exemple du décès d'un gestionnaire de patrimoine exerçant seul (sans associé) au sein de sa structure. Son décès risquerait de causer un important préjudice à son patrimoine professionnel et en définitive à son patrimoine familial, si l'activité cessait pendant plusieurs mois juste après son décès. Dans ce cas, pour assurer la continuité du service, en attendant une cession opportune, il apparaît indispensable de choisir un mandataire exerçant la profession spécifique de « conseil en gestion de patrimoine et de conseiller en investissements financiers » c'est-à-dire ayant le diplôme et les assurances requises pour exercer cette profession : l'attestation d'adhésion à la Chambre Nationale des Conseils en Gestion de Patrimoine, l'attestation d'inscription au registre unique des intermédiaires en assurance, Banque et Finance, les attestations de formation validant les connaissances générales et réglementaires des conseillers en investissements financiers, la carte professionnelle et l'attestation d'assurance de responsabilité civile professionnelle et garanties financières.

Le notaire rédacteur du mandat devra vérifier la capacité et l'aptitude professionnelle du mandataire choisi en fonction du type d'activité⁽³⁹⁸⁾.

Il veillera à rédiger précisément aux termes d'un exposé préalable les clauses du mandat permettant de justifier sa mise en place au regard de « la personne de l'héritier

(397) 113^e Congrès des Notaires de France, Lille 2017, « Familles Solidarité Numérique », pages 270 à 274, conférer des pouvoirs de gestion au beau-parent.

(398) 110^e Congrès des Notaires de France, Marseille 2014, Vie Professionnelle et Famille, pages 437 à 441.

ou du patrimoine successoral » du mandant. À défaut, le mandat risquerait d'être remis en cause par les héritiers du mandant lors de sa mise en œuvre.

Afin d'illustrer cet « *intérêt légitime et sérieux au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé* », nous vous proposons un exemple de clause pouvant figurer dans le mandat à effet posthume d'un artiste peintre, sans qu'il ne vous soit recommandé de reprendre littéralement ce texte. Chaque mandat doit être unique et adapté à la situation du mandant. Sa rédaction doit être du « sur-mesure » !

Exposé :

Madame J, peintre français de grand renom, dispose d'un patrimoine mobilier important consistant notamment en œuvres d'art : tableaux peints par elle, tableaux et œuvres d'art d'autres artistes, mobilier, livres...

Elle laissera pour recueillir sa succession son époux, et légataire universel, et sa fille, Madame I., issue d'une précédente relation et dont elle n'a jamais eu la garde celle-ci ayant été assurée par son père vivant en Australie.

Madame J., confiante dans les aptitudes de son époux, souhaite lui confier le soin de gérer et d'administrer son patrimoine artistique à savoir : ses tableaux, son mobilier.

C'est pourquoi, usant de la faculté que lui donnent à présent les articles 812 et suivants nouveaux du Code civil issus de la loi du 23 juin 2006 sur les successions, elle veut désigner son époux pour mandataire posthume.

Afin de se conformer aux exigences de la loi et particulièrement de l'article 812-1-1 du Code civil qui impose comme condition de validité au mandat à effet posthume qu'il soit justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé, Madame J. va indiquer ci-après, ce qui selon elle, nécessite un tel mandat et ce mandataire.

Le patrimoine successoral :

Le patrimoine successoral se composera essentiellement de l'œuvre picturale de Madame J., d'œuvres d'art, de tableaux, de mobilier, de livres, et subsidiairement de placements financiers et de l'appartement qu'elle occupe avec son époux.

L'œuvre picturale de Madame J., est parfaitement connue de son époux qui sera assisté, s'il le désire, ainsi que le souhaite Madame J, de Monsieur X.

Madame J. suggère à son époux de faire appel à cet expert pour établir, s'il y a lieu, un catalogue raisonné de son Œuvre, et d'une façon générale pour le conseiller dans sa mission de mandataire. Monsieur J est parfaitement conscient de la difficulté que représente la gestion de l'Œuvre de Madame J. et de son patrimoine artistique et comprend qu'il est légitime qu'il soit investi de pouvoirs particuliers à cet effet.

La peintre investit également son époux, en sa triple qualité de détenteur du droit moral, d'exécuteur testamentaire et de mandataire posthume, du soin de gérer les droits de la propriété intellectuelle, et de celui de faire respecter l'intégrité et la pérennité de l'Œuvre et enfin celui d'éviter, autant que faire se peut, la dispersion géographique des tableaux.

Il est de l'intérêt de Madame I. de voir momentanément administrer la succession par une personne ayant l'entière confiance de l'artiste.

Madame J déclare ici, solennellement, qu'elle a une confiance absolue en son époux, non seulement en raison des sentiments qu'il lui porte, mais aussi, et particulièrement, en raison du respect et de la considération qu'il a pour son Œuvre.

Elle estime qu'il est plus qualifié que quiconque pour protéger celle-ci, aussi bien sur le plan artistique que patrimonial.

La personne de l'héritier :

Madame I est née le 15 janvier 1995. En raison de son âge et de son inexpérience, elle n'a pas l'aptitude à gérer l'œuvre de Madame J.

De plus, profane en la matière, on ne lui connaît aucune connaissance particulière dans le domaine spécifique de l'art et en particulier de l'œuvre de sa mère.

Elle risque, pour cette raison de s'entourer de conseils mal avisés et d'accorder sa confiance à des personnes qu'auraient réprochées sa mère.

Le mandant, redoutant que sa fille ne provoque un conflit avec son époux et que son Œuvre souffre de ce conflit, et afin de protéger celle-ci, décide d'accorder sa confiance à son époux pour mettre en œuvre les moyens pour y parvenir, sachant qu'il saura s'entourer des conseils de spécialistes reconnus tel que Monsieur X précité pour l'Œuvre et Maître Y pour les questions juridiques.

§ II – *LES PERSPECTIVES : LES FORCES ET LES LIMITES DU MANDAT À EFFET POSTHUME DANS LA PRÉVENTION DES CONFLITS*

429. Analysons comment le mandat à effet posthume, par les pouvoirs qu'il confère au mandataire, permet de prévenir et limiter les conflits successoraux. À ce titre nous constaterons qu'il présente des vertus indéniables qui permettront d'aplanir les difficultés entre héritiers du mandant (A), particulièrement en présence de certains actifs successoraux de nature spécifique (B). Toutefois, il présente également certaines faiblesses qui en limitent la totale efficacité (C).

A/ Il permet de sécuriser la gestion et l'administration du patrimoine du défunt après son décès

430. Il semble difficile, de prime abord, de comprendre pourquoi en privant l'héritier de la faculté d'administrer la succession du défunt, le mandat serait à même de prévenir les conflits successoraux.

En réalité c'est parce que le dessaisissement est justifié par l'intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral (patrimoine particulier ou complexe), que le mandat à effet posthume permet de limiter le risque de conflits successoraux. Nous venons d'analyser ce que l'on pouvait admettre par « l'intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ». Il faut donc comprendre qu'en l'absence de ce dessaisissement, les héritiers se retrouveraient dans une situation plus complexe, et davantage source de tensions pour eux, à raison des particularités que présente le patrimoine du défunt. Le mandat permettra justement, dans ces situations particulières (nature des actifs successoraux, situation des héritiers...), de sécuriser, dans l'intérêt des héritiers, la gestion de tout ou partie du patrimoine du défunt.

Prenons ici l'exemple pratique suivant :

Un dirigeant est à la tête d'une société unipersonnelle qui exerce une activité commerciale. La société connaît une belle réussite, emploie plusieurs salariés et dispose de liquidités significatives. Notre dirigeant a trois enfants dont un mineur. Aucun ne souhaite reprendre l'entreprise familiale. Comment seront administrés les titres détenus par celui-ci au jour de son décès ? Quelles peuvent être les sources de tensions entre héritiers ? Comment le praticien peut-il les prévenir ?

En l'absence de dispositions particulières prises par le dirigeant, l'intégralité des titres qu'il détient se retrouvera dans sa succession. Les titres constituant partie de l'actif successoral seront alors détenus en indivision entre les héritiers et soumis à leur administration conjointe. Un mandataire devrait être désigné parmi eux pour gérer ces actifs. Pourtant aucun d'entre eux ne s'intéresse à la vie de la société et ne dispose des compétences particulières en cette matière. Dès lors, il n'est pas impossible que l'un d'entre eux propose de céder les titres sociaux à un repreneur, tandis que le second préfère par respect pour son défunt père, conserver la société sans savoir la diriger, et que le troisième propose quant à lui de prendre les rênes de ladite société sans savoir vers quoi il s'engage...

Dès lors, on le perçoit nettement, des tensions significatives peuvent survenir entre héritiers qui pourraient aller jusqu'à mener la société à sa perte.

Afin d'éviter ce risque, le notaire se doit de conseiller à son client un mandat au profit d'une personne de confiance, désignée par le mandant, qui disposera grâce au mandat, et à raison notamment des compétences particulières qu'il pourra avoir quant à la gestion de certains actifs composant le patrimoine du mandant (titres de sociétés, biens immobiliers...), des pouvoirs lui permettant d'administrer lui-même, tout ou partie, du patrimoine successoral du défunt.

Ainsi le mandataire disposera en effet des pouvoirs prévus par l'article 784 du Code civil, et notamment de la faculté d'administrer ou de gérer tout ou partie de la succession du mandant pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés (article 812 du Code civil). Il pourra ainsi effectuer les actes conservatoires

et d'administration sur les biens de la succession et faire les opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'entreprise en fonction de l'étendue de ses pouvoirs.

Toutefois, ces pouvoirs sont expressément limités par le Code civil. Ainsi, « Tant qu'aucun héritier visé par le mandat n'a accepté la succession, le mandataire ne dispose que des pouvoirs reconnus au successible à l'article 784 » (article 812-1-3 Code civil). Aussi longtemps que la succession n'a pas été acceptée par au moins un des héritiers visés par le mandat, le mandataire ne peut effectuer que les actes conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire visés à l'article 784 du Code civil. Toutefois, dans l'hypothèse d'une succession conflictuelle, il est admis que le mandataire puisse mettre en demeure d'opter les héritiers soumis au mandat⁽³⁹⁹⁾. Par ailleurs, en présence d'un exécuteur testamentaire, ses pouvoirs s'effacent derrière ceux dont ce dernier dispose, les pouvoirs du mandataire étant subsidiaires de ceux de l'exécuteur testamentaire.

On peut donc légitimement penser que, dès lors que le mandant aura pris soin de désigner un mandataire compétent et personne de confiance, reconnu pour ses qualités d'administrateur, l'intérêt des héritiers sera préservé et la paix de la famille conservée.

La réponse semble plus délicate à appréhender si l'on prend l'hypothèse d'un mandant désignant un mandataire qu'il pense légitimement bon et compétent, mais qui se révèle en réalité ne pas être à la hauteur de sa mission. Dans cette hypothèse, les héritiers pourront obtenir en justice qu'il soit mis fin au mandat et le mandataire engagera sa responsabilité (ce dernier répondant de ses fautes selon les règles de droit commun du mandat).

Précisons à l'aune de cet exemple que le mandataire doit rendre compte chaque année et en fin de mandat de sa gestion aux héritiers au nom et pour le compte desquels le mandat a été prévu. Il doit à ce titre les informer de l'ensemble des actes qu'il a accomplis. À défaut, la révocation judiciaire du mandat pourra être demandée.

B/ Intérêt accru en présence d'un patrimoine professionnel (entreprise) ou d'un patrimoine spécifique (œuvres d'art)

431. L'intérêt du recours au mandat sera d'autant plus fort que le patrimoine du défunt présente des particularités ou est difficile à gérer.

Exemple 1 : le défunt laisse dans son patrimoine un immeuble de rapport et des liquidités. Il a deux enfants majeurs.

L'intérêt du mandat à effet posthume, sans être nul, est ici limité à raison du caractère relativement simple de la composition du patrimoine laissé par le défunt.

Exemple 2 : le défunt laisse dans son patrimoine un immeuble de rapport, des liquidités, des titres d'une société d'exploitation, des parts de sociétés civiles, des avoirs détenus au Luxembourg, une villa en Italie et des liquidités aux États-Unis.

Exemple 3 : le défunt, compositeur, laisse dans son patrimoine une collection de tableaux de maîtres, et un patrimoine artistique significatif.

(399) 110^e Congrès des Notaires de France, Marseille 2014, Vie Professionnelle et Famille, page 43, La protection de l'entreprise individuelle face aux risques familiaux.

On perçoit très nettement que le patrimoine successoral présenté aux exemples 2 et 3, à raison notamment de la complexité des actifs laissés par le défunt, et des spécificités liées à leur gestion (patrimoine artistique, titres de sociétés, bien à l'étranger), sera potentiellement plus complexe à gérer et administrer pour les héritiers. Dans cette situation les tensions susceptibles d'apparaître au cours de l'indivision successorale seront sans doute plus fortes que dans l'exemple 1.

L'intérêt du recours au mandat à effet posthume comme outil de prévention des conflits successoraux, sera d'autant plus fort que le patrimoine du défunt sera complexe ou présentera des éléments d'actifs spécifiques. Parce la gestion de titres d'une société, ou celle d'un patrimoine artistique nécessitera bien souvent des compétences particulières et techniques, l'intervention d'un mandataire chargé d'en assurer la bonne administration pour le compte et dans l'intérêt des héritiers, sera bien souvent indispensable.

Il sera important que le mandat d'un chef d'entreprise confère au mandataire des pouvoirs d'administration et de gestion permettant à ce dernier d'exercer l'ensemble des droits attachés à la qualité d'associé, et notamment le droit de participer et de voter à toutes les assemblées générales quel que soit l'ordre du jour, dans le respect des dispositions statutaires de la société.

C/ Limites : problématique liée aux pouvoirs du mandataire et notamment au regard du droit disposer

432. La mesure de l'efficacité du mandat à effet posthume en tant qu'outil de prévention des conflits successoraux, conduit à examiner la question des pouvoirs du mandataire.

En effet, des pouvoirs étendus lui permettant même de disposer des biens dont il a l'administration, lui confèreraient une autonomie de gestion maximale, garante de l'efficacité de son action⁽⁴⁰⁰⁾.

A contrario, des pouvoirs limités aux seuls actes d'administration le conduiront à devoir solliciter l'accord des héritiers du mandant pour disposer des biens objet du mandat.

Dès lors, il convient d'examiner si, dans le cadre de sa mission d'administrateur du patrimoine dont il a la charge aux termes du mandat, le mandataire peut accomplir des actes de disposition.

La loi étant silencieuse sur ce point, c'est à travers la jurisprudence que le praticien doit tenter de trouver une réponse à cette question. Sans apporter d'éclaircissements limpides sur cette question, la Cour de cassation a toutefois, par un arrêt du 12 mai 2010⁽⁴⁰¹⁾, estimé que le mandataire posthume ne pouvait pas s'opposer à l'aliénation décidée par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat, cette

(400) Soulignons toutefois, que si la possibilité pour le mandataire de disposer seul des actifs dont il a l'administration, lui offre une fluidité et une efficacité de son action de gestion, elle n'en demeure pas moins, nous semble-t-il, une source de conflits potentiels, non pas entre héritiers, mais entre les héritiers et le mandataire lui-même !

(401) Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2010 n° 09-10556 : Bull. Civ. Defrénois 2010, art. 39149, p. 1776 et s., François Sauvage, « Les pouvoirs du mandataire posthume à l'épreuve des droits des héritiers » ; JCP N - 19 novembre 2010 - n° 46 Jean-Grégoire Mahinga « Les limites des pouvoirs du mandataire posthume ».

aliénation constituant une des causes d'extinction du mandat. La haute juridiction, sans répondre exactement à la question qui nous intéresse ici, a toutefois précisé que le mandataire ne pouvait s'opposer à la cession par les héritiers des biens dont il a l'administration, cette aliénation mettant fin au mandat.

Si l'on tente d'approfondir ce raisonnement, il nous semble possible de penser que les héritiers peuvent s'opposer à la faculté du mandataire de céder un ou plusieurs biens dont il a l'administration et par conséquent que celui-ci ne peut céder seul les biens objet du mandat. Cette réserve limite la liberté d'action du mandataire et l'efficacité du mandat à effet posthume, comme outil de prévention des conflits successoraux, se trouve quelque peu affectée.

Une autre faiblesse peut être décelée : elle concerne l'articulation des pouvoirs du mandataire avec les dispositions statutaires en présence de titres sociaux dans la succession du mandant. En effet dans une telle situation, le mandat pourra selon sa rédaction, conférer au mandataire certains pouvoirs que les statuts de la société ne lui permettent plus d'exercer, à raison justement du décès du dirigeant. Il conviendra alors pour le praticien chargé d'établir un mandat à effet posthume pour un dirigeant de société, de s'assurer de la bonne articulation des pouvoirs conférés par le mandat avec les dispositions statutaires de la société. À défaut, les stipulations du mandat pourraient s'avérer inefficaces.

Sous ces réserves nous pensons toutefois que ce mandat, par les pouvoirs qu'il confère au mandataire et les vertus qu'il présente (cf. *supra*) constitue un bon outil de prévention des conflits successoraux. Nous ne pouvons qu'inciter les praticiens à prévoir la mise en place de cet outil chaque fois que le patrimoine de l'un de leurs clients présente des particularités significatives, sources de difficultés d'administration et donc de conflits potentiels entre héritiers.

Section II – Les modes de gestion

433. Après avoir étudié comment les mandats peuvent permettre d'anticiper la prévention d'un conflit successoral, nous nous proposons d'examiner comment d'autres techniques juridiques que sont la convention d'indivision et les « sociétés », peuvent permettre, par le cadre qu'elles offrent, de circonscrire les risques de conflits entre héritiers.

Sous-section I – La convention d'indivision

434. L'indivision, par la situation dans laquelle elle place ses membres, constitue bien souvent un carcan dont les indivisaires souhaitent pouvoir sortir rapidement, gardant sans doute en tête les dispositions de l'article 815 du Code civil aux termes desquelles « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision... ».

Ce régime juridique, s'il se caractérise par la simplicité de sa mise en œuvre – aucune convention particulière n'étant nécessaire pour s'y trouver dès lors que la propriété d'un ou plusieurs actifs appartient concurremment à plusieurs personnes – n'en constitue pas moins un terrain propice aux situations de blocage entre

indivisaires. En effet, les règles très rigoureuses qu'il impose à ses membres – règles de majorité stricte, unanimité requise pour la réalisation d'actes de disposition – s'avèrent être des sources de tensions fréquentes entre indivisaires, et entre héritiers s'agissant des indivisions successorales.

Dans le contexte insulaire des départements, régions et collectivités d'outre-mer, des députés ont déposé une proposition de loi⁽⁴⁰²⁾ en vue de faciliter la sortie de l'indivision successorale en dérogeant à la règle de l'unanimité en matière de consentement. Cette loi vise à autoriser le ou les indivisaires titulaires de 51 % des droits indivis en pleine propriété de l'indivision, à vendre ou procéder à un partage sur les biens indivis, dès lors que la succession est ouverte depuis plus de cinq ans. Seules trois situations sont expressément exclues : la vente du logement du conjoint survivant, la présence d'un ou plusieurs héritiers mineurs ou encore lorsque l'un des héritiers se trouve hors d'état de manifester sa volonté. Selon le texte le notaire accomplira la vente ou le partage à défaut d'opposition des indivisaires dans un délai de trois mois suivant la notification du projet effectuée par un acte extrajudiciaire puis remettra aux coindivisaires la part leur revenant.

Les discussions en séance publique ont débuté en janvier dernier mais n'oublions pas que cette proposition de texte ne concerne que l'outre-mer et revenons au sujet qui nous occupe.

Deux sources potentielles de difficultés nous semblent pouvoir être identifiées :

- les tensions relatives à la gestion des biens indivis : quel notaire n'a jamais été confronté à la situation dans laquelle certains héritiers lui font part des difficultés dans la gestion des biens de l'indivision : tel héritier occupant par exemple le bien indivis sans en supporter les frais, tel autre prenant à sa charge l'ensemble des factures sans pouvoir obtenir le remboursement de la quote-part de charges incombant à chacun des autres indivisaires ;

- et celles relatives à la disposition de ce bien : là encore, nous rencontrons régulièrement des indivisaires désireux de vendre le bien indivis afin de « récupérer leur part » (sic), tandis que d'autres membres de l'indivision refusent la mise en vente d'un bien à caractère familial... Une telle situation se conclut souvent par une procédure judiciaire qui conduira à la licitation du bien.

Face à cette situation et afin de limiter les risques de conflits entre indivisaires, le praticien peut conseiller à ses clients de recourir à la convention d'indivision. Les dispositions légales prévoient en effet expressément la possibilité d'aménager les modalités de fonctionnement de l'indivision (Article 1873-1 du Code civil). La convention d'indivision permettra, ainsi que nous le constaterons, de fixer précisément les règles applicables entre indivisaires et par conséquent d'encadrer la liberté dont ces derniers disposent pendant la période d'indivision successorale. Elle est donc susceptible de contribuer, par le cadre juridique précis qu'elle offre, à une certaine prévention des conflits successoraux, et notamment de limiter efficacement les tensions relatives à la gestion des biens indivis.

(402) Actualité Defrénois 19/12/2017 Proposition de loi visant à faciliter la sortie de l'indivision successorale en outre-mer. Cette proposition de loi a été déposée à l'Assemblée Nationale le 6 décembre 2017. La discussion en séance publique à l'Assemblée nationale a débuté le 18 janvier 2018.

Toutefois, la rigueur du régime la gouvernant limite la liberté contractuelle des héritiers, et les prive par là même d'une souplesse propice à la pacification de leurs relations, notamment s'agissant des règles relatives la disposition des biens indivis.

§ I – UN CADRE JURIDIQUE PRÉCIS

435. La convention d'indivision, par le cadre juridique précis qu'elle offre, permet d'organiser efficacement la gestion de l'indivision et de limiter les tensions susceptibles de naître à ce titre entre indivisaires, notamment en ce qui concerne la gestion des biens indivis.

Nous rappellerons que l'instrumentum matérialisant cet accord des indivisaires doit, à peine de nullité, être écrit et préciser la désignation des biens indivis ainsi que les quotités détenues par chacun des indivisaires. En présence de biens immobiliers, la convention d'indivision fait l'objet d'un acte notarié et donne lieu à publicité foncière. Cet acte peut être conclu pour une durée déterminée – la convention ne pouvant alors excéder cinq ans – ou indéterminée.

Nous nous proposons d'analyser, au regard du thème de notre congrès, dans quelle mesure les dispositions légales permettent, par le recours à la convention d'indivision, d'assouplir les modalités de gestion de l'indivision et donc de limiter les risques potentiels de conflits entre indivisaires.

Le premier facteur d'assouplissement des dispositions contraignantes de la gestion de l'indivision, résulte de la possibilité offerte par les dispositions légales aux indivisaires de désigner un gérant de l'indivision, lequel disposera de pouvoirs particuliers sur les biens objets de la convention, mais toutefois limités.

Les conditions de nomination et de révocation du gérant de l'indivision sont strictement encadrées par le Code civil, le gérant pouvant être nommé parmi les indivisaires ou en dehors de l'indivision. Les règles relatives à sa désignation et sa révocation peuvent être déterminées par une décision unanime des indivisaires. À défaut, le gérant ne peut être révoqué que par une décision unanime s'il est indivisaire et par une décision prise à la majorité en nombre et en parts des indivisaires s'il est étranger à l'indivision.

Le gérant représente les indivisaires « *dans la mesure de ses pouvoirs* ». Mais de quels pouvoirs s'agit-il ? Et dans quelles mesures ceux-ci sont-ils susceptibles de faciliter la gestion de l'indivision et de minimiser le risque de tensions entre indivisaires ?

Le gérant de l'indivision, désigné aux termes de la convention d'indivision, administre l'indivision et possède à ce titre des pouvoirs identiques à ceux attribués à un époux sur les biens communs. Il peut ainsi effectuer les actes d'administration et dispose de la faculté de conclure les actes de disposition relatifs aux biens meubles. Toutefois, il ne peut disposer des meubles corporels que pour les besoins d'une exploitation normale des biens indivis, ou s'il s'agit de biens difficiles à conserver ou sujets à déperissement. Ces pouvoirs, on le perçoit permettent au gérant de l'indivision de prendre en charge la gestion des biens indivis et d'en assurer ainsi une administration efficace. À ce titre, la convention d'indivision semble constituer un outil idoine, au service du praticien et à même de permettre de fluidifier les relations entre indivisaires quant à la gestion de l'indivision.

Toutefois, les pouvoirs conférés au gérant par la convention d'indivision ne sont pas sans limite et le Code civil prévoit expressément que la convention d'indivision ne peut pas élargir les pouvoirs du gérant au-delà des dispositions légales précises (Article 1873-6 du Code civil). Ainsi, malgré la mise en place d'une convention d'indivision entre les indivisaires, le gérant restera par exemple dans l'impossibilité d'effectuer seul un acte de disposition sur les immeubles indivis, les parts sociales non négociables, les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité, les fonds de commerce et les exploitations. De même, il ne pourra nantir un bien indivis en garantie de la dette d'un tiers, ni conclure un bail rural ou commercial. Ces décisions restent en effet prises à l'unanimité des indivisaires, ce qui n'est pas sans limiter l'efficacité de la convention d'indivision dans la prévention des tensions entre indivisaires.

D'autres aspects de la convention d'indivision permettent toutefois d'assouplir les conditions de gestion de l'indivision :

- **L'aménagement conventionnel des modalités de jouissance** : les indivisaires peuvent aménager conventionnellement les modalités de jouissance des biens indivis, ce qui permettra évidemment d'assurer une gestion plus apaisée de ces biens. De même ils peuvent encadrer les modalités de participation aux dépenses nées de la conservation, de l'amélioration et des détériorations des biens indivis ou moduler les modalités de répartition entre eux des bénéfices et des pertes de l'indivision. Ainsi la convention d'indivision pourra prévoir que celui qui occupe privativement un bien indivis est dispensé de toute indemnité à ce propos ou, au contraire, qu'il devra une indemnité dont le mode de calcul sera fixé et déterminé par la convention. Il peut également encore être prévu par la convention que celui qui a la jouissance privative d'un bien indivis prendra en charge l'intégralité des charges de ce bien. Ces aménagements conventionnels permettront de fluidifier les relations entre indivisaires.

- **La faculté d'acquisition ou d'attribution en cas de décès d'un indivisaire** : une autre vertu de la convention d'indivision au regard de l'objectif de prévention des conflits résulte du fait qu'elle permet de conférer à ses signataires et membres de l'indivision, la faculté d'acquérir ou de se faire attribuer les droits indivis d'un des membres de l'indivision dans l'hypothèse de son décès. Une telle stipulation permettra d'éviter la multiplication et la superposition d'indivisions au sein de l'indivision, ce qui là encore devrait permettre de limiter la multiplication des sources de tensions potentielles entre indivisaires et entre indivisions concurrentes.

- **La cession des droits indivis** - Dans l'hypothèse où l'un des indivisaires entend céder à titre onéreux ses droits dans l'indivision, le Code civil confère, aux autres indivisaires un droit de préemption. On soulignera que la question de savoir s'il peut être conventionnellement dérogé à ce droit - sans pour autant que nous pensions qu'une telle dérogation soit susceptible de prévenir ou limiter les conflits entre indivisaires - n'est à ce jour pas tranchée par la jurisprudence.

Ces aménagements conventionnels, en ce qu'ils permettront certainement d'anticiper les difficultés susceptibles d'apparaître au cours de l'indivision, et donc de limiter les tensions qui pourraient en découler, autorisent à regarder la convention d'indivision comme un outil efficace dans la prévention des conflits. Toutefois, il est nécessaire de souligner que sa portée « préventive » se limite aux conflits susceptibles de naître de la gestion des biens indivis.

§ II – UNE EFFICACITÉ LIMITÉE DANS LA PRÉVENTION DES CONFLITS

436. Si le Code civil laisse une liberté contractuelle significative aux indivisaires pour leur permettre d'aménager les modalités de fonctionnement et de gestion de l'indivision, cette liberté est beaucoup plus limitée s'agissant de la possibilité de disposer des biens indivis. Or c'est bien souvent ce point qui est à l'origine des plus vives tensions au sein de l'indivision successorale, ainsi que la pratique le démontre au quotidien.

En effet, si la convention d'indivision permet d'assouplir les modalités de gestion de l'indivision, elle ne permet pas de conférer à un indivisaire, fut-il gérant de l'indivision, la faculté de disposer seul du bien indivis, l'article 1873-8 alinéa 1 Code civil prévoyant expressément que « *Les décisions qui excèdent les pouvoirs du gérant sont prises à l'unanimité, sauf au gérant, s'il est lui-même indivisaire, à exercer les recours prévus par les articles 815-4, 815-5 et 815-6* ».

Dès lors, les limites de la convention d'indivision comme outil de prévention des conflits apparaissent très nettement. Cet outil, aussi efficient soit-il pour organiser la gestion de l'indivision se révèle tout simplement incapable de conférer à la volonté des parties une efficacité quant à la question essentielle de la disposition du bien indivis. Ce point est pourtant le point d'achoppement privilégié des indivisaires.

Cette faiblesse de la convention d'indivision lui ôte, nous semble-t-il, une partie substantielle de son intérêt dans une perspective de prévention des conflits successoraux. L'impossibilité pour les indivisaires de prévoir par une telle convention une dissociation entre l'avoir (propriété du bien) du pouvoir (contrôle) ne lui permet pas de fluidifier efficacement les relations entre indivisaires et donc d'apaiser les tensions susceptibles de naître entre eux. Dès lors, elle se révélera systématiquement incapable d'assouplir les modalités de « fin de l'indivision », puisque l'accord unanime des indivisaires demeurera systématiquement nécessaire pour mettre fin à cette situation juridique. Cette fragilité tient sans doute à la fonction de la convention d'indivision, laquelle consiste finalement davantage en l'organisation de la période d'indivision, qu'en un outil conçu pour gérer les modalités de fin d'une indivision ou de cession des actifs indivis.

L'objectif de prévention des conflits successoraux relatif à la gestion, l'organisation et le contrôle des biens « indivis » semble pouvoir être mieux appréhendé et même atteint par le recours à la technique sociétaire que nous nous proposons d'analyser ci-après.

Sous-section II – *La prévention du conflit par le recours au droit des sociétés*

437. Nous souhaitons ici démontrer pourquoi la technique sociétaire entendue au « sens large », offre des solutions efficaces que le praticien se doit d'appréhender dans une perspective de prévention des conflits successoraux.

Sans prétendre à une analyse exhaustive des conflits susceptibles de survenir lors du règlement d'une succession, nous nous proposons d'étudier comment le recours

à la technique sociétaire permet de limiter certaines tensions susceptibles de naître à l'occasion du règlement de la succession ou pendant la période d'indivision successorale.

Nous nous intéresserons ici plus particulièrement aux aspects suivants :

- Les tensions à caractère patrimonial : analysons dans quelle mesure l'outil sociétaire permet de les prévenir.
- Les tensions à caractère social : envisageons comment ces tensions entre héritiers, susceptibles de naître au sein même d'une société dans laquelle le défunt était actionnaire et/ou dirigeant, peuvent être limitées par certaines précautions essentielles.

§ I – **LES CONFLITS « PATRIMONIAUX »**

438. Le patrimoine laissé par le défunt au jour de son décès pourra constituer, en raison de son importance ou de son « aspect sentimental » un terrain propice à la naissance de conflits entre héritiers. Tel héritier pourra par exemple souhaiter prendre le contrôle dudit bien, l'utiliser ou l'habiter, ou au contraire vouloir s'en séparer, ce qui ne sera pas forcément le souhait d'un autre cohéritier.

La technique sociétaire, par la souplesse qu'elle offre, permet dans de nombreuses situations :

- Une dissociation efficace et pérenne de l'avoir (le capital et partant, la propriété des actifs sociaux sous-jacents) et du pouvoir (qui contrôle la société et selon quelles modalités)
- Une organisation minutieuse de la direction et donc de la gouvernance de la société.

A/ La société, un outil de souplesse dans la gestion et l'administration du patrimoine familial privé ou professionnel

439. Au jour du décès du défunt, et en l'absence d'anticipation de sa part quant aux modalités d'organisation de son patrimoine, ses héritiers pourront se retrouver dans l'indivision. La technique sociétaire en se « substituant » au régime de l'indivision permettra de limiter le risque de différends entre héritiers.

La situation envisagée ici et fréquemment rencontrée en pratique est la suivante : le défunt laisse un patrimoine auquel ses héritiers sont attachés (par exemple une propriété familiale au bord de la mer). Ce patrimoine peut être détenu en indivision ou par le biais d'une société.

Dans cette situation, le recours à la société offrira une souplesse d'organisation très large et plusieurs leviers d'actions pourront être activés au niveau de la société pour contribuer à la limitation du risque de conflits successoraux :

S'agissant de la gestion des actifs de la société : quelle que soit la forme sociale retenue (société civile, société par actions simplifiée...) le recours à la technique sociétaire permettra à un client désireux d'organiser la gestion de son patrimoine de conférer à un gérant ou à un président, de très larges pouvoirs de gestion, d'administration voire de disposition sur les biens de la société - y compris pour la période postérieure à son décès.

S'agissant des sociétés civiles, le Code civil prévoit en effet que « *la société est gérée par une ou plusieurs personnes, associées ou non, nommées soit par les statuts, soit par un acte distinct, soit par une décision des associés* ». En outre, « *À l'égard des tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social* ». Dès lors une rédaction large de l'objet social de la société permettra au gérant de bénéficier d'importants pouvoirs, et même de celui de décider seul de la vente des biens de la société, sans avoir à solliciter l'accord des autres associés.

Ces larges pouvoirs se retrouvent également dans les SAS puisque les dispositions du Code de commerce prévoient aux articles L. 227-5 et suivants que « *Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* » et que « *La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts* ». En outre cet article ajoute que « *Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social* ».

Ainsi une rédaction minutieuse des statuts de la société permettra de conférer à son dirigeant de très larges pouvoirs et notamment celui de disposer des biens de la société. Le praticien veillera donc à prévoir des clauses parfaitement adaptées aux souhaits de son client sur ce point sensible.

Il convient tout d'abord d'ajuster l'objet social de manière à prévoir, qu'exceptionnellement, l'aliénation des actifs immobiliers entre dans l'objet social. Le gérant dispose ensuite à l'égard des tiers des pouvoirs les plus étendus pour agir dans la limite de l'objet social.

➡ Exemple de clause permettant au gérant seul de procéder à la cession des actifs sociaux au sein d'une société civile :

OBJET SOCIAL :

« La Société a pour objet :

[...]

– exceptionnellement l'aliénation des biens et droits immobiliers appartenant à la société quelle que soit la forme de cette aliénation (vente, échange, apport en société...).

POUVOIR DU GÉRANT :

« Dans les rapports avec les associés le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société.

Dans les rapports avec les tiers, le gérant jouit des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société et accomplir tous les actes ou opérations qui entrent dans l'objet social ».

Ces très larges pouvoirs conférés au gérant ou au président, s'ils peuvent sembler assez, voire trop radicaux aux héritiers, seront pourtant les garants d'une gestion fluide, efficace, et pérenne du patrimoine du défunt postérieurement à son décès. Elles pourront en outre s'articuler avec un mandat à effet posthume (cf. *supra*) afin d'harmoniser les pouvoirs des différents organes sociaux avec ceux conférés au

mandataire posthume par le mandat. Là encore, le praticien devra prêter une attention particulière à la bonne articulation de ces différentes dispositions.

Précisons qu'une graduation dans les majorités requises pour procéder à l'aliénation des biens sociaux pourra également être envisagée. En effet, il pourra être prévu que les décisions importantes de la société, telle que la vente d'un ou de plusieurs actifs, ne pourront être prises qu'à des conditions de quorum et de majorité fixées par les statuts. La liberté contractuelle est ici très forte et des majorités particulières pourront être convenues selon la nature de la décision à prendre. Ainsi, il pourrait être prévu que la décision de vendre le bien immobilier constituant l'actif social, ne pourrait être prise qu'à la majorité des 2/3 des associés en nombre représentant les 3/4 des voix totales de la société. Cette liberté contractuelle contribuera à encadrer efficacement les modalités de gestion des biens laissés par le défunt et détenus par la société, et ainsi limiter le risque de tensions entre héritiers.

➡ **Clause permettant d'encadrer par des majorités particulières la réalisation de telle ou telle opération :**

DECISIONS COLLECTIVES EXTRAORDINAIRES

« Sont qualifiées d'extraordinaires les décisions entraînant une modification des statuts, ainsi que celles ayant pour objet d'autoriser l'aliénation du ou des actifs immobiliers appartenant à la société.

Les décisions extraordinaires ne peuvent être valablement prises que si elles sont adoptées à l'unanimité / la majorité des deux tiers / à la majorité simple des droits de vote attachés aux parts sociales ».

L'efficacité conférée par la « technique sociétaire » sera d'autant plus forte que le défunt aura pris soin, de son vivant, de désigner un gérant ou un président non associé de la société. Celui-ci pourra être un membre de sa famille voire même un tiers impartial et indépendant agissant uniquement selon les instructions qui auraient pu lui être laissées par le défunt ou dans ce qu'il estime être l'intérêt de la société, indépendamment des souhaits de chacun des héritiers associés. Précisons en particulier qu'un gérant successif pourra être désigné par les statuts. Un testament laissé par le défunt pourra également contenir le nom de son successeur à la présidence de la SAS. Cette disposition devra alors toutefois s'articuler avec les dispositions particulières éventuellement prévues dans les statuts de la société par actions simplifiée.

S'agissant des modalités de sortie de la société : le recours au droit des sociétés permettra également d'encadrer dans les statuts avec efficacité et souplesse les conditions de retrait ou de sortie d'un associé de la société. Cette souplesse constituera là encore un avantage essentiel de la société par rapport aux autres modes d'organisation (et notamment la convention d'indivision) dans la prévention des conflits successoraux.

Rappelons qu'en l'absence de clause statutaire particulière, le retrait d'un associé d'une société civile ne peut intervenir que s'il a été autorisé par une décision unanime des autres associés (1869 Code civil). Ainsi un héritier ne peut solliciter directement

après d'un juge sa sortie de la société, à la différence de l'action en partage qu'il peut mener dans le régime de l'indivision. Aussi et afin d'offrir aux associés davantage de souplesse dans les conditions d'exercice de leur droit de retrait, les statuts pourront prévoir des dispositions particulières et des mécanismes facilitant ces modalités (cf. *infra*). Toutefois, en aucun cas les dispositions statutaires ne doivent avoir pour effet de priver les associés de la liberté de se retirer. Soulignons par ailleurs que le retrait pourra toujours être autorisé pour justes motifs par une décision de justice (Article 1869 Code civil). Le droit des sociétés permettra de prévoir avec davantage de précisions et une meilleure prévisibilité, les conditions dans lesquelles un associé pourra demander à sortir de la société. Cette plus grande prévisibilité sera bien souvent garante d'une meilleure entente entre héritiers et permettra à ce titre de prévenir le risque de conflits entre héritiers.

Soulignons également que les motifs de dissolution d'une société (Article 1844-7 Code civil) sont plus contraignants que les conditions de la demande en partage. À ce titre la société constitue donc davantage un gage de pérennité dans la bonne organisation et la bonne gestion du patrimoine du défunt que les autres organisations susceptibles d'être mises en place.

B/ Les aménagements statutaires permettant de palier aux risques de conflits

440. Ainsi que nous l'avons constaté, la technique sociétairre offre une souplesse aux héritiers dans la gestion et l'administration des biens du défunt. Cette souplesse est gage d'une meilleure entente entre eux et d'une meilleure prévisibilité dans leurs relations. Pour autant, ces vertus seront d'autant plus grandes que la rédaction des statuts de la société sera précise sur ces différents aspects.

Nous nous proposons d'analyser ici les points sur lesquels le praticien se doit d'attirer l'attention de son client désireux d'organiser de manière efficace et pérenne la gestion de ses biens pour la période qui suivra son décès.

À ce titre, de nombreux aménagements statutaires peuvent être mis en place afin de s'assurer d'une gestion efficace, pérenne et apaisée du patrimoine du défunt détenu par la société postérieurement au décès de celui-ci. Les principaux leviers sur lesquels le praticien devra porter toute son attention nous semblent être les suivants :

– **pouvoir du gérant ou du président** : nous rappellerons que les statuts devront être rédigés en tenant compte des souhaits de notre client et de ses objectifs en termes d'organisation du fonctionnement de la société postérieurement à son décès. Ainsi que nous l'avons examiné ci-avant, un gérant associé ou non de la société pourrait être nommé (ou un président, s'agissant d'une SAS). Les pouvoirs de celui-ci pourront être calibrés afin de lui permettre de disposer seul ou non des biens de la société. Au contraire, ses pouvoirs pourront le cas échéant être limités par des autorisations nécessaires et données en assemblées générales extraordinaires pour la prise de certaines décisions. Rappelons toutefois que dans le cas d'une SAS, « *Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social* ». De plus, « *Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers* ». Il est donc important, avant de préconiser la mise en place d'une SAS comme outil d'organisation et de gestion du patrimoine familial de s'assurer des équilibres familiaux existants et d'attirer l'attention de notre client sur

la qualité du président de la société, lequel disposera *de facto* de larges pouvoirs, sauf à engager sa responsabilité en cas de dépassement de ceux-ci.

- **conditions de révocation du gérant ou du président** : investi de pouvoirs susceptibles d'être très larges, le gérant de la société civile ou le président de la SAS mise en place, pourra être révocable aux conditions définies dans les statuts, voire irrévocable. Ainsi, s'agissant des sociétés civiles, l'article 1851 du Code civil dispose que « *Sauf disposition contraire des statuts le gérant est révocable par une décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales* ». Dès lors, il suffit que les statuts prévoient des conditions de révocation différentes pour que ces dernières trouvent à s'appliquer. En fonction des objectifs du client, il est donc tout à fait possible de prévoir l'irrévocabilité du gérant en prévoyant que celui-ci n'est révocable qu'à l'unanimité des associés. S'il est également associé, il ne pourra donc pas être révoqué, sauf à voter lui-même sa propre révocation. Le même mécanisme est transposable dans les SAS. Le praticien devra donc ici analyser précisément les objectifs de son client afin de retenir la stratégie adaptée à ses souhaits compte tenu notamment du contexte familial.

- **modalités de prises de décisions en assemblée** : s'agissant des modalités de prises de décisions en assemblée, le praticien disposera également d'une large souplesse dans la rédaction des clauses statutaires. Cette souplesse sera là encore à adapter en fonction des objectifs du client.

Dans les sociétés civiles « *Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés* » (Article 1852 Code civil). La liberté contractuelle laisse ainsi une large place à la mise en œuvre de clauses répondant parfaitement aux objectifs de nos clients. Ainsi, en fonction de la rédaction des statuts l'assemblée générale pourra être compétente pour autoriser tel ou tel type de décision. Une plus grande collégialité sera, dans certains cas, un élément propice à la limitation du risque de tensions entre associés. Dans d'autres situations au contraire, il pourra être préférable de faire prévaloir l'efficacité de la gestion des actifs sociaux sur l'aspect collégial. Tout dépendra du contexte familial et des souhaits exprimés par nos clients.

S'agissant des SAS, le Code de commerce énonce que « *Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient* ». Ici encore la liberté contractuelle permettra d'organiser le fonctionnement de la société dans le respect des objectifs du client et en tenant compte de sa situation familiale. Les règles de quorum et de majorité pourront ainsi parfaitement être adaptées.

Précisons enfin que dans chacune de ces sociétés (société civile ou SAS), des droits de vote multiples pourront être attachés à certaines actions ou catégories d'actions (l'article L. 227-1 du Code de commerce écartant expressément les dispositions de l'article L. 225-122 prévoyant la « proportionnalité » des droits de vote à la quotité de capital détenu par l'associé). Là encore, cette liberté contractuelle permettra d'organiser sur-mesure et selon les objectifs du client les modalités d'organisation et de fonctionnement de la société. Il pourra par exemple être introduit une « *golden share* » conférant à son titulaire des droits très importants, quoique ne détenant pas nécessairement la majorité du capital, ou au contraire un droit de veto quant à la prise de certaines décisions.

Problématique du démembrement – À ces aspects essentiels s'ajoutent également, nous semble-t-il, la problématique du démembrement, susceptible de faire naître des tensions entre héritiers, ou plus fréquemment des tensions entre héritiers et conjoint survivant. Nous nous proposons d'analyser ici les précautions qui doivent être prises par le praticien pour prévenir ces risques de conflits et notamment assurer la protection du conjoint survivant usufruitier.

Hypothèse de réflexion : Nous nous plaçons, dans les développements qui suivent, dans la situation dans laquelle le défunt laisse pour recueillir sa succession, son conjoint survivant, bénéficiaire d'un usufruit légal ou conventionnel, et ses enfants, nus-proprétaires. À la problématique relative aux tensions susceptibles de naître à raison de l'indivision, se superpose le risque de tensions susceptibles d'apparaître dans les rapports usufruitier/nus-proprétaires.

Afin d'anticiper ce risque, il n'est pas rare que nos clients, également désireux d'organiser la transmission et la gestion de leur patrimoine par le recours aux sociétés, nous sollicitent. Dans cette situation, deux éléments nous semblent devoir nécessairement être appréhendés par le praticien : le droit de vote dont bénéficiera l'usufruitier et le droit au résultat dont il disposera.

I/ Démembrement et droits de vote

441. Nous rappellerons ici qu'en vertu des dispositions légales et en l'absence de clauses statutaires particulières : « *Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier* » (article 1844 Code civil). Dans les sociétés par actions : « *Le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires* ». Ces dispositions, conférant essentiellement à l'usufruitier le droit de voter l'affectation des bénéfices, ne lui permettent pas de bénéficier d'un contrôle de la société. Dès lors, il appartient au praticien de le conseiller utilement et de lui ouvrir davantage de droits afin de le protéger face aux autres héritiers.

La liberté d'aménager le droit de vote de l'usufruitier est ici très large, les seules restrictions dégagées par la jurisprudence consistant en l'impossibilité de priver le nu-proprétaire de son droit de participer aux décisions collectives (Cass. Com. 4 janvier 1994). De même l'usufruitier ne peut pas être privé du droit de voter l'affectation des bénéfices (Cass. Com. 31 mars 2004). Sous ces seules réserves, le droit de vote dont disposera l'usufruitier peut être étendu par une rédaction adaptée des statuts. Afin de limiter le risque de tensions susceptibles de naître en même temps que le démembrement et au décès de l'un des époux, il semble souhaitable de prévoir par une rédaction adaptée des statuts de larges pouvoirs au bénéfice de l'usufruitier. Ainsi il pourra par exemple continuer à bénéficier du droit de vote pour toutes les décisions à prendre en assemblée générale ordinaire ou extraordinaire. Sous réserve des pouvoirs éventuellement conférés au gérant, l'usufruitier pourra donc continuer à décider seul de la gestion, l'administration et la disposition des actifs sociaux, permettant ainsi d'éviter toutes discussions avec les enfants nus-proprétaires. Ces larges pouvoirs permettront dès lors de limiter très significativement le risque de tensions avec les nus-proprétaires.

Démembrement : droits de vote :

En cas de démembrement existant sur les parts, le droit de vote appartient à l'usufruitier tant pour les décisions relevant de la compétence de l'assemblée générale ordinaire que pour celles relevant de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, sauf pour les décisions pour lesquelles cette règle serait en contradiction avec l'ordre public.

II/ Démembrement et résultats

442. De la même manière que pour la répartition du droit de vote, il semble opportun d'organiser dans les statuts de la société, l'attribution du droit au résultat en cas de démembrement sur les titres sociaux. Sans rentrer dans le détail des dispositions fiscales complexes gouvernant l'attribution du résultat courant ou exceptionnel dans les sociétés semi-transparentes soumises au régime de l'article 8 du Code général des impôts, lesquelles dépassent largement le thème de ce congrès, nous rappellerons l'intérêt qu'il peut y avoir pour le praticien à conseiller utilement son client sur ces points afin de respecter les objectifs de ce dernier.

En l'absence de convention relative au résultat, les dispositions légales conduiront, à taxer l'usufruitier à raison des résultats courants réalisés par la société et le nu-propriétaire à raison des résultats exceptionnels. Ces dispositions peuvent ne pas répondre au souhait de l'usufruitier, lequel dans un souci de protection peut souhaiter se voir attribuer le résultat exceptionnel en cas de vente de l'actif social appartenant à la société et prendre par la même à sa charge la fiscalité y afférente. Dès lors il appartient au praticien, par une rédaction minutieuse des statuts de prévoir les modalités d'attribution de ce résultat, notamment en présence d'un démembrement existant sur les titres sociaux. Ainsi, il pourra par exemple être prévu que le résultat courant et exceptionnel sera attribué à l'usufruitier.

La liberté dont dispose ici le praticien doit ainsi être mise au service des objectifs de ses clients en tenant compte du contexte familial. Il s'agira en cas de tensions entre usufruitier et nus-propriétaires, et compte tenu de l'hypothèse de réflexion retenue, d'assurer la protection de l'usufruitier par une rédaction adaptée des statuts sur ce point en lui attribuant la totalité du résultat courant et du résultat exceptionnel.

§ II – LES CONFLITS SOCIAUX : PROBLÉMATIQUES LIÉES À LA GOUVERNANCE

443. Si la société permet d'organiser avec précision les modalités d'organisation et de gestion du patrimoine du défunt, et donc de limiter le risque de conflits entre héritiers, la présence d'une telle personne morale dans le patrimoine du défunt peut également constituer en elle-même une source de tensions entre héritiers.

A/ Gouvernance et pouvoirs dans l'entreprise

444. Nous nous proposons tout d'abord d'analyser dans quelle mesure l'existence d'une société dans la succession du défunt est susceptible de créer des tensions entre héritiers et de donner naissance à des conflits successoraux relativement aux problématiques de gouvernance.

L'hypothèse que nous souhaitons examiner est ici la suivante : un défunt laisse dans sa succession une société d'exploitation familiale dans laquelle ses enfants exercent leur activité. Le défunt exerçait les fonctions de direction au sein de la société et n'a pas organisé la gouvernance en cas de son décès.

Dans une telle situation, des tensions sont inévitablement susceptibles d'apparaître entre les héritiers. En effet se posera nécessairement la question de la gouvernance de l'entreprise et celle de savoir qui parmi les héritiers du défunt pourra exercer les fonctions de direction, avec quels pouvoirs, et dans quelles conditions.

La sensibilité et la gravité de la problématique liée à la gouvernance de l'entreprise nous semble dépendre de deux facteurs essentiels :

- Le caractère familial de l'entreprise : en effet les tensions entre héritiers liées à la gouvernance de l'entreprise nous semblent d'autant plus sensibles que l'entreprise présente un caractère familial marqué et que son capital est entre les mains d'une seule et même famille fondatrice ;

- La nature de la société : la problématique de la gouvernance n'aura nécessairement pas le même impact selon la nature de la société. Ainsi au sein d'une société familiale patrimoniale ayant donc pour objet la gestion et l'administration d'un patrimoine familial (immobilier, actions, épargne...), la disparition du dirigeant, si elle constitue bien entendu un écueil susceptible d'entraîner des tensions et difficultés entre héritiers, n'aura pas le même effet « immédiat » qu'au sein d'une société d'exploitation. En effet dans ces dernières sociétés, la gouvernance est exercée au quotidien de la vie sociale et les décisions sont prises à chaque instant par le dirigeant pour assurer le fonctionnement et le développement de l'entreprise. Il est donc certain que l'impact de sa disparition sera plus fort au sein d'une société d'exploitation qu'au sein d'une société purement patrimoniale.

Le praticien ne peut que recommander à son client, chef d'entreprise, d'anticiper cette problématique en prévoyant par avance qui sera appelé à lui succéder, dans quelles conditions et avec quels pouvoirs et contre-pouvoirs éventuels face à lui. Faute pour le chef d'entreprise d'anticiper cette situation, le risque d'une paralysie de la société ne peut être exclu postérieurement à son décès.

La liberté contractuelle permise par le droit des sociétés offre au praticien la faculté d'aménager selon les objectifs de son client les modalités de gouvernance au sein de la société. Cette liberté pourra prendre forme dans les statuts de la société, mais également par la mise en place de pactes extra-statutaires.

➡ Clause de cogérance au sein d'une société civile

*« La société est administrée par un ou plusieurs gérants, associés ou non
Ces derniers sont nommés et révoqués par l'assemblée générale ordinaire.*

Sont nommés premiers gérants de la société Monsieur X et Madame Y.

Le décès d'un des gérants n'entraîne pas la dissolution de la société et la société est alors gérée par l'autre gérant seul.

En cas de décès des deux cogérants, un nouveau gérant doit être nommé par la collectivité des associés convoquée d'urgence par l'associé le plus diligent ».

➤ **Clause de gérance successive au sein d'une société civile**

« Les associés conviennent qu'au jour du décès de Monsieur X, gérant statutaire, Madame Y sera désignée gérant. En cas de prédécès de Madame Y, les associés conviennent que Monsieur Z sera désigné gérant ».

➤ **Clause visant à anticiper le risque de décès ou d'incapacité du président dans une SAS**

« La Société est gérée et administrée par un président, personne physique ou morale, associé ou non.

Le président est nommé par une décision collective des associés prise à la majorité simple. La durée de son mandat est fixée par la décision qui le nomme.

[...]

Décès du président : en cas de décès du président, l'assemblée générale est convoquée d'urgence, à la demande de l'associé le plus diligent afin qu'il soit procédé à la nomination d'un nouveau président. Toutefois, les associés nommé dès à présent, qu'en cas de décès de Monsieur S. X, premier président nommé aux termes des présents statuts, son fils, Monsieur J. X. sera nommé président.

Incapacité du président : Dans l'hypothèse où le président viendrait à être placé sous l'un des régimes de protection des personnes dites "protégées" ou dans l'hypothèse d'ouverture d'un mandat de protection future à son égard, le mandat social du président prendra automatiquement fin. Une assemblée générale sera alors convoquée à l'initiative de l'associé le plus diligent afin que soit désigné un nouveau président ».

B/ Aménagements conventionnels

445. Comme dans les développements qui précèdent, nous analyserons ici principalement les dispositions susceptibles d'être mises en place dans les sociétés civiles et les sociétés par actions simplifiées, qui constituent en pratique, les principales formes sociales auxquelles le notaire se trouve confronté.

Au sein des sociétés civiles – Les dispositions du Code civil relatives à la gestion de la société demeurent très souples, ainsi que nous avons pu le constater. S'agissant de la gouvernance, les possibilités d'anticipation de l'organisation à mettre en place en cas de décès du gérant sont donc très larges.

À ce titre, il pourra par exemple être institué dans la société :

- une cogérance qui permettra de confier le contrôle de la société au co-gérant en cas de décès d'un des gérants. La mise en place de cette cogérance permettra également au « dirigeant » de nommer de son vivant son « successeur » qu'il prendra soin de désigner en cette qualité. La cogérance permettra également, en cas de dualité de branches au sein d'une famille, de désigner en qualité de gérant un membre de chaque branche familiale.

- une gérance successive, laquelle permettra d'anticiper la disparition du gérant. Dans une telle situation, le nouveau gérant aura d'ores et déjà été désigné, évitant ainsi une « guerre de succession » à la tête de la société entre héritiers du gérant prédécédé. Notons que l'article 1846 du Code civil semble permettre l'instauration d'une telle clause. La Cour de cassation ne s'est toutefois, à notre connaissance, jamais prononcée sur sa validité formelle.

- un collège de gérants, lequel permettra de centraliser la prise de décision au sein d'un organe regroupant les différents gérants. Celui-ci sera compétent pour prendre les décisions relatives à la direction de la société que devront respecter les gérants, sauf à engager leur responsabilité. Ce collège de gérants, par l'importance de ses pouvoirs dans la direction de la société, permettra d'atténuer l'impact du décès d'un des gérants dans la marche de la société, et donc de limiter significativement le risque de tensions entre héritiers du gérant prédécédé relativement à la gouvernance de la société.

Au sein des sociétés par actions simplifiées – Les associés disposent d'une très grande liberté pour organiser les modalités de direction et de contrôle de la société. Cette liberté permettra d'anticiper le risque de décès du dirigeant en prévoyant à l'avance les modalités de gouvernance de la société postérieurement à son décès. La souplesse permise dans l'organisation de la direction de la société constitue donc un gage d'apaisement des tensions susceptibles de naître entre héritiers du dirigeant.

Soulignons toutefois que les dispositions du Code de commerce prévoient que la société est représentée par un président unique. À ce titre, il n'est pas possible de prévoir un collège de présidents à l'instar des modalités d'organisation pouvant être mises en place au sein d'une société civile⁽⁴⁰³⁾. Sous cette réserve, il est tout à fait possible de prévoir la mise en place d'autres organes de direction et de contrôle de la société. Un organe collégial, de type conseil d'administration ou de surveillance peut ainsi être mis en place. Cet organe pourra être investi de pouvoirs larges et particuliers et disposera de règles de fonctionnement spécifiques fixées dans les statuts. Ce mode d'organisation permettra d'assouplir les modalités de fonctionnement de la société et de limiter les risques de tensions entre héritiers du dirigeant, à raison du pouvoir de régulation de la prise de décision dont disposera l'organe collégial décisionnel de la société.

Précisons enfin qu'à côté des problématiques liées à la gouvernance même de l'entreprise peuvent apparaître des difficultés liées à la détention du capital social (abus de majorité, refus des majoritaires de procéder à des distributions, abus de minorité...). Afin de prévenir les tensions susceptibles de naître de ces situations, le praticien se doit d'inciter vivement ses clients à procéder à la mise en place de pactes d'actionnaires afin d'encadrer les conditions d'entrée ou de sortie dans la société par des clauses de préemption ou d'agrément. Si l'étude de ces conventions statutaires et extrastatutaires dépasse le cadre de ce congrès, nous rappellerons toutefois l'intérêt des conventions extra-statutaires suivantes dans une perspective

(403) Le président de la SAS peut toutefois être une personne morale, ce qui peut là encore s'avérer opportun dans un objectif d'organisation de la répartition du pouvoir après le décès du dirigeant.

de limitation des conflits entre héritiers susceptibles de naître en présence d'une société familiale :

Clause de cession forcée : une telle clause permet à un associé de contraindre les autres associés à lui racheter sa participation. Cette clause pourrait être introduite pour permettre aux héritiers associés minoritaires de contraindre leur frère ou sœur majoritaire à leur racheter leur participation (par exemple en l'absence répétée de distributions par la société).

Clause de sortie forcée (« drag-along ») ou clause de liquidités : cette clause permet à un associé souhaitant céder ses actions, de contraindre les autres associés à céder les leurs en même temps et aux mêmes conditions, notamment de prix. Ainsi l'un des héritiers disposant par exemple de participations majoritaires dans la société familiale au sein de laquelle il exerce son activité pourrait, s'il souhaite procéder à la cession de la société à un tiers (parce qu'il reçoit par exemple une offre très intéressante d'un repreneur) contraindre par ce mécanisme, ses frères et sœurs minoritaires à céder en même temps que lui leur participation dans la société.

Clause de sortie conjointe (« tag-along ») : cette clause permet aux associés d'une société de se joindre à un associé sortant pour céder tout ou partie de leur participation en même temps et aux mêmes conditions, notamment de prix, que ceux prévus pour la vente de ses titres par l'associé sortant. Cette clause pourrait être stipulée au bénéfice des héritiers minoritaires, afin de leur permettre de céder leurs titres en même temps que la cession par l'héritier majoritaire de ses participations.

Clause de rupture (« buy or sell ») : cette clause présente une efficacité radicale. Elle permet à un associé A de sortir de la société en cédant sa participation à un associé B lequel, s'il refuse de l'acheter, sera lui-même tenu de céder sa propre participation à l'associé A et de sortir de la société. Elle permet à un associé de limiter la durée d'un conflit avec ses associés les contraignant à racheter sa participation ou de lui céder la leur. Dans le cadre d'un conflit successoral, une telle clause permettrait de limiter très significativement le risque d'enlisement des difficultés entre héritiers relativement aux titres sociaux pouvant dépendre de la succession.

PARTIE II

LA RÉOLUTION DU CONFLIT

TITRE I

LA RÉOLUTION DU CONFLIT IMPOSÉE AUX PARTIES

446. Si les parties ne parviennent pas à trouver une solution à leur contentieux successoral, il faudra saisir un tribunal pour trancher les différends qui les opposent. Cette phase ne sera pas exclusive de démarches ou de tentatives parallèles afin de parvenir à résoudre amiablement le litige, c'est même un excellent stimulateur.

CHAPITRE I

LE TRADITIONNEL RECOURS AU JUGE : LA DIMENSION PROCÉDURALE

447. Dans un contexte international, le recours au juge implique de résoudre la question primordiale de la détermination de sa compétence. Cette exigence existe aussi en droit interne, mais les enjeux sont moindres puisqu'il y a peu de risques de compétences concurrentes, alors que c'est une situation classique dans un contentieux international.

Section I – Le recours au juge dans un contexte international

448. Les règles de compétence internationales en matière de succession ont été totalement renouvelées par le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions, et à la création d'un certificat successoral européen dit règlement « successions ». Ce texte est applicable aux successions de

personnes décédées à compter du 17 août 2015, ce qui compte tenu de la longueur des contentieux successoraux signifie que les règles issues du droit commun et celles résultant du règlement vont coexister pendant de nombreuses années. Aussi, nous envisagerons ces deux situations.

Sous-section I – *Le contentieux international des successions des personnes décédées avant le 17 août 2015*

§ 1 – LE PRINCIPE DE SCISSION

449. En matière de compétence, le droit international privé opère, s'agissant de déterminer la compétence des juridictions françaises en matière de successions internationales, une scission selon la nature mobilière ou immobilière de la succession. Nous verrons cependant que ces règles de droit commun peuvent également subir des exceptions selon la nationalité des protagonistes ou encore par le jeu du renvoi.

A/ Compétence en matière mobilière

450. La compétence des juridictions françaises en matière de successions internationales se fait, comme en toute autre matière, par extension des règles de compétence interne au niveau international suivant la jurisprudence issue des arrêts *Scheffel et Pelassa*⁽⁴⁰⁴⁾. Ainsi, selon l'article 45 du Code de procédure civile, en matière de successions mobilières, les juridictions françaises sont compétentes pour connaître d'une action si elles étaient celles du lieu d'ouverture de la succession, lequel est, selon l'article 720 du Code civil, le lieu du **dernier domicile du défunt**⁽⁴⁰⁵⁾.

Compétence des juridictions françaises pour statuer sur la succession mobilière d'un défunt de nationalité étrangère ayant son dernier domicile en France.

Ainsi, si une personne de nationalité coréenne est décédée en France avant le 17 août 2015 et qu'elle vivait en France depuis de nombreuses années où elle avait des comptes bancaires et possédait de nombreuses œuvres d'art, les juridictions françaises seront compétentes du fait de ce domicile en France pour statuer sur sa succession mobilière. Peu importe que cette personne ait possédé par ailleurs les parts sociales de nombreuses sociétés coréennes. Dans la mesure où le dernier domicile de la personne se trouvait en France, les juridictions françaises sont compétentes pour statuer sur la succession mobilière de cette personne.

La qualification du domicile se fait selon la *lex fori* autrement dit la loi française dès lors que le juge français est saisi⁽⁴⁰⁶⁾. Il en résulte que le juge français appliquera la définition française telle qu'elle résulte de l'article 102 du Code civil pour déterminer si le dernier domicile du défunt se trouvait en France.

(404) Civ. 30 oct. 1962, n° 61-11.306, GADIP, n° 37.

(405) Civ. 1^{re}, 22 avr. 1981, n° 79-16.498, Bull. civ. I, n° 123 ; Rev. crit. DIP 1983. 64, note Ancel ; JCP 1982. II. 19920, note Boulanger.

(406) Civ. 1^{re}, 17 nov. 1981, n° 80-14.728, Bull. civ. I, n° 341.

Appréciation de la notion de domicile du défunt dans un conflit franco-britannique

Ainsi, si le défunt est de nationalité britannique et vivait depuis de nombreuses années en France mais possédait également des biens en Angleterre, la question de savoir s'il avait son dernier domicile en France est soumise aux juridictions françaises, et il y sera répondu en application de la loi française et non de la loi anglaise. Or, le concept de domicile est très différent selon les deux droits.

La compétence résultant de l'extension au niveau international des dispositions de l'article 45 du Code de procédure civile ne couvre que les matières visées par ce texte. En effet, l'article 45 vise uniquement les demandes entre héritiers, les demandes formées par les créanciers du défunt et les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort.

Compétence des juridictions françaises pour connaître d'un litige entre héritiers de nationalités différentes

Dans le cas précédent du défunt de nationalité coréenne ayant son dernier domicile en France, si un litige s'élève au sujet de la validité d'un testament établi par cette personne entre sa fille malgache et son légataire universel péruvien, les juridictions françaises seront compétentes suivant les dispositions de l'article 45 du Code de procédure civile car il s'agit d'un litige entre héritiers.

Si le défunt n'avait pas sa résidence habituelle en France, les juridictions françaises peuvent se reconnaître compétentes dès lors que l'une des parties est de nationalité française en application des articles 14 et 15 du Code civil⁽⁴⁰⁷⁾. En vertu de ces dispositions, l'une des parties, du fait de sa nationalité française, pourrait attirer les autres héritiers devant les juridictions françaises, ou la nationalité française d'une des parties pourrait être utilisée pour fonder la compétence des juridictions françaises pour connaître d'une succession mobilière.

Compétence des juridictions françaises sur le fondement de la nationalité d'un héritier

Prenons l'exemple d'un défunt de nationalité mexicaine qui décède à New York où il avait son dernier domicile. Il laisse à sa succession son épouse française et ses deux fils mexicains issus d'une précédente union. La succession est exclusivement mobilière. L'épouse pourrait saisir les juridictions françaises pour la liquidation de la succession. L'un des enfants pourrait également saisir les juridictions françaises sur le fondement de la nationalité française de la veuve qui serait alors défendeur.

B/ Compétence en matière immobilière

451. En matière de successions immobilières, les juridictions françaises sont compétentes lorsque l'immeuble se trouve en France. Les juridictions françaises considèrent qu'elles ont sur ce point une compétence exclusive, même si la succession est par ailleurs ouverte à l'étranger.

(407) Civ. 1^{re}, 17 nov. 1980, JDI 1982. 927, note Wiederkehr.

Compétence exclusive des juridictions françaises pour connaître d'un litige portant sur un immeuble situé en France quoique appartenant à un défunt suisse domicilié en Suisse

Ainsi dans le cadre de la succession d'un homme de nationalité suisse, décédé avant le 17 août 2015, qui avait son dernier domicile en Suisse mais qui possédait une résidence secondaire dans le Var et un appartement à Bordeaux, les juridictions françaises seront compétentes pour statuer en cas de litige entre les héritiers au sujet des immeubles sis sur le territoire français. Si les biens immobiliers français avaient été détenus par une SCI dont le défunt était à 99 % l'associé, les parts de la SCI auraient alors été qualifiées de meubles et les juridictions suisses auraient été compétentes pour statuer sur la totalité de la succession.

Si la succession comprend des immeubles situés à l'étranger et que le défunt avait son dernier domicile en France, les juridictions françaises sont en principe incompétentes pour statuer sur le sort des immeubles situés à l'étranger.

Incompétence de principe des juridictions françaises pour connaître d'un litige portant sur un immeuble situé à l'étranger

Prenons le cas d'une femme espagnole qui décède, avant le 17 août 2015, en France où elle avait son domicile. Elle possède des comptes bancaires, un appartement à Nantes et une villa à Malaga. Les juridictions françaises seront compétentes pour statuer sur le partage de sa succession mobilière et l'appartement de Nantes ; en revanche il faudra agir en Espagne pour le partage de la villa de Malaga.

§ II – LE RENVOI CORRECTIF DE LA SCISSION EST FACTEUR D'UNITÉ

452. Il s'agit d'une solution qui a été adoptée par la Cour de cassation à l'occasion d'une affaire *Ballestrero*⁽⁴⁰⁸⁾. Dans cette affaire en effet, la Cour de cassation a admis pour la première fois que le renvoi puisse s'appliquer en matière de successions immobilières en invitant les juges à l'appliquer d'office dans ce type de circonstances.

Il s'agissait en l'espèce de la succession d'une personne de nationalité française ayant son dernier domicile en France. Dans son patrimoine se trouvaient également des immeubles sis en Italie. Le droit international privé italien en matière de succession désigne la loi nationale du défunt. Or, le défunt étant de nationalité française, la loi française était applicable à l'ensemble de sa succession, donc également à ses biens sis en Italie.

Il en résulte que si par le truchement du renvoi la loi française est applicable à cette succession immobilière, elle entraîne nécessairement et logiquement la compétence des juridictions françaises pour cet aspect de la succession bien que les immeubles se trouvent à l'étranger.

(408) Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-15.650, *Ballestrero*, Bull. civ. I, n° 96 ; Rev. crit. DIP 2000. 399, note Ancel ; D. 2000. 539, note Boulanger ; JDI 2001. 505, note Revillard.

La position de la Cour de cassation a été confirmée depuis par deux autres arrêts, l'un du 20 juin 2006⁽⁴⁰⁹⁾, et l'autre du 11 février 2009⁽⁴¹⁰⁾.

Dans la dernière décision cependant, la Cour de cassation a limité la mise en œuvre du renvoi en matière de succession immobilière puisqu'elle considère qu'il ne peut être mis en œuvre que dans la mesure où il assure l'unité de loi applicable aux successions mobilières et immobilières.

Application de la jurisprudence Ballestrero

Prenons le cas de la succession d'une femme de nationalité britannique qui décède en France, où elle avait son dernier domicile ; elle possédait des biens mobiliers mais également deux immeubles l'un à Londres et l'autre à Rome. Selon le droit international privé italien, la loi applicable à une succession internationale est la loi de la nationalité du défunt, en l'occurrence la loi britannique. Le droit anglais adopte une règle de conflit similaire à celle du droit international privé français. Dans ce cas, on est en présence d'un renvoi du droit italien vers le droit britannique. Ce renvoi ne permettra pas d'assurer l'unité de la loi applicable à la succession puisque la succession mobilière est soumise à la loi française. En conséquence, il ne sera pas mis en œuvre par les juridictions françaises qui ne seront pas compétentes pour statuer sur le partage du bien sis en Italie, comme sur celui du bien sis à Londres.

Si dans la même hypothèse, la défunte est de nationalité française, le droit italien opérera un renvoi vers le droit français, ce qui permettra d'assumer une certaine forme d'unité de loi applicable à la succession soumise aux juridictions françaises. Il restera le sort de l'immeuble sis à Londres, mais à l'égard de ce bien, les juridictions françaises ne seront pas compétentes. Ainsi, dans ce cas, les juridictions françaises devraient accepter le renvoi opéré par le droit italien et se reconnaître compétentes pour statuer sur la succession relative à ce bien et sur la succession mobilière.

§ III – RECOURS AUX ARTICLES 14 ET 15 DU CODE CIVIL

453. La jurisprudence s'est toujours montrée défavorable à la mise en œuvre des articles 14 et 15 pour fonder la compétence des juridictions françaises s'agissant de successions immobilières pour des immeubles situés à l'étranger⁽⁴¹¹⁾. Cependant, on peut s'interroger sur le point de savoir si la jurisprudence *Ballestrero* ne viendra pas modifier cette position.

Applicabilité de la règle subsidiaire issue de l'article 14 du Code civil

En effet, si l'on prend l'hypothèse d'une personne de nationalité française qui décède en Suisse en laissant à sa succession des immeubles sis en Espagne et en Italie.

(409) Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 05-14.281, Wildenstein, Bull. civ. I ; JDI 2007. 125, note Gaudemet-Tallon ; D. 2007. 1710, note Courbe ; Rev. crit. DIP 2007. 383, note Ancel.

(410) Civ. 1^{re}, 11 févr. 2009, n° 06-12.140, Riley, Bull. civ. I, n° 29 ; Rev. crit. DIP 2009. 512, note Ancel ; JDI 2009. 567, note Péroz ; D. 2009. 1658, note Lardeux ; AJ fam. 2009. 356, obs. Boiché.

(411) Civ. 1^{re}, 5 juill. 1933, Nagalingampoullé, DP 1934. 1. 133, note Silz ; S. 1933. 1. 337, note Niboyet - Civ. 1^{re}, 24 nov. 1953, Cts Besson, Rev. crit. DIP 1955. 698, note Mezger - Civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n° 96-22.366, NP ; Rev. crit. DIP 2000. 458.

Les règles de droit international privé italien et espagnol renvoient à la loi française, loi nationale du défunt, pour régir sa succession. Dès lors, si l'un des enfants français du défunt, lui-même de nationalité française, saisit les juridictions françaises sur le fondement de l'article 14 du Code civil, dans la mesure où les lois successorales applicables renvoient à la loi française, on peut s'interroger sur le point de savoir si cette applicabilité de la loi française par le jeu du renvoi ne pourrait pas entraîner la compétence corrélatrice des juridictions françaises, exactement comme dans le cas où le défunt avait son dernier domicile en France et des immeubles en Italie ou en Espagne.

Sous-section II – *Le contentieux international des successions des personnes décédées après le 17 août 2015*

§ I – APPLICATION DU RÈGLEMENT SUCCESSION : LE PRINCIPE D'UNITÉ DE *JUS AND LEX*

454. Depuis le 17 août 2015, la compétence des juridictions françaises en matière de successions internationales ne pourra être établie qu'en vertu des articles 4 à 19 du règlement « successions ».

La volonté des rédacteurs du règlement a été de favoriser l'unité de *jus et lex*, c'est-à-dire de faire en sorte que la compétence juridictionnelle coïncide avec la compétence législative afin d'éviter qu'un juge compétent pour régler une succession ait à appliquer une autre loi que la sienne. Ainsi, outre une **compétence de principe au profit des juridictions de la résidence habituelle du défunt**, il est prévu un certain nombre de possibilités afin de désigner les juridictions nationales du défunt lorsque, en application de l'article 22 du règlement, celui-ci aura choisi sa loi nationale pour régir sa succession. Cependant, à cet égard, les règles édictées nous paraissent d'une extrême complexité et il est loin d'être certain qu'elles seront aisément applicables à ce type de contentieux qui est en général très aigu, d'autant que, lorsqu'elles en arrivent à saisir un juge, les parties ont, en général, beaucoup de mal à transiger.

Les règles de compétence fixées par ce règlement étant dorénavant les seules à s'appliquer dans chaque État membre en matière de succession, des règles subsidiaires sont prévues lorsque le défunt n'avait pas sa résidence habituelle dans un État membre.

§ II – LA COMPÉTENCE

A/ Des juridictions de la résidence habituelle du défunt

455. La règle de compétence générale en faveur des juridictions de l'État de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès est posée par l'article 4 du règlement. Elle a le mérite de faire coïncider la compétence juridictionnelle et la compétence législative puisque d'une manière générale il est prévu que la loi applicable à la succession serait celle de la résidence habituelle du défunt (art. 21).

Pour la première fois, dans un texte communautaire (considérant 24 littéralement relaté en première partie), il est donné dans le préambule du règlement des indications

sur le concept de « résidence habituelle » auquel le législateur communautaire a entendu se référer.

On est proche de la définition communautaire de la notion de résidence habituelle consacrée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), notamment en matière de droit social, de droit de la fonction publique communautaire ou de droit fiscal⁽⁴¹²⁾, et par la Cour de cassation en matière de divorce dans le cadre de l'application du règlement Bruxelles II bis⁽⁴¹³⁾. Mais ce considérant 24 laisse entrevoir une approche fonctionnelle de la notion de « résidence habituelle » suivant les impératifs de la matière traitée⁽⁴¹⁴⁾.

Appréciation de la notion de résidence habituelle du défunt

Un homme de nationalité française dont l'épouse vit à Paris avec ses enfants travaille à Bruxelles où il passe la majeure partie de son temps. Il loue un appartement à Bruxelles et il possède un appartement à Paris et une résidence secondaire sur l'île de Ré. Il retrouve en général sa famille toutes les fins de semaines à Paris ou dans l'île de Ré. Si cet homme décède, victime d'un accident alors qu'il se rendait sur son lieu de travail à Bruxelles, comment déterminer sa résidence habituelle ? D'un point de vue professionnel, ses attaches sont en Belgique mais, d'un point de vue personnel et familial, elles sont incontestablement en France. D'après les indications fournies par le règlement ce serait plutôt la résidence habituelle en France qui devrait l'emporter. Maintenant, si le défunt possédait une entreprise en Belgique qui représentait la part la plus importante de son patrimoine, la question de la détermination de sa résidence habituelle sera moins évidente à trancher.

B/ Accords d'élection de for

456. L'article 5 prévoit que, lorsque le défunt a choisi en application de l'article 22 du règlement la loi d'un État membre, toutes les parties concernées peuvent convenir que les juridictions de cet État membre ont une compétence exclusive pour statuer sur toute la succession. À l'évidence, cette clause d'élection de for ne peut être conclue qu'entre les « parties concernées ». Il semble, dès lors, que le défunt, s'il avait le pouvoir de choisir la loi applicable, n'avait pas celui de déterminer le juge compétent pour connaître de sa succession ; ce qui peut paraître bien discutable.

(412) Sur la définition communautaire, v. CJCE 25 févr. 1999, Swaddling c/ Adjudication Officer, aff. C-90/97, Rec. CJCE I-01075, et concl. av. gén. Saggio, 29 sept. 1998.

(413) Civ. 1^{re}, 14 déc. 2005, n° 05-10.951, Bull. civ. I, n° 506 ; AJ fam. 2006. 161, obs. David ; D. 2006. IR 12, obs. Gallmeister ; Dr. fam. 2006, n° 17, note Farge.

(414) Similaire à celle retenue par la CJUE pour la résidence habituelle de l'enfant dans le cadre de l'application des dispositions du règlement du Conseil (CE) n° 2201-2003 du 27 nov. 2003, relatif à la compétence la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, CJCE 2 avr. 2009, Korkein hallinto-oikeus (Finlande), aff. C-523/07, Rec. CJCE I-02805 ; Rev. crit. DIP 2009. 791, note Gallant ; A. Boiché, « Mise en œuvre pratique des apports de l'arrêt rendu le 2 avril 2009 par la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'autorité parentale », AJ fam. 2009. 294 ; F. Boulanger « L'affaire des "mineurs nordiques" : la Cour détermine la résidence habituelle et précise le régime des mesures provisoires », JCP 2009. 316 ; C. Nourissat, « Première interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes de la notion de résidence habituelle de l'enfant au sens du règlement Bruxelles II bis », Procédures 2009. 21 - Sur la définition de la résidence habituelle de l'enfant, v. aussi CJCE 22 déc. 2010, Chaffe c/ Mercredi, aff. C-497/10 PPU, Rec. CJCE I-14309.

Par ailleurs, l'accord doit être conclu entre toutes les parties concernées par la succession. Il pourra être délicat de déterminer quelles sont les parties concernées qui doivent impérativement donner leur accord. Au demeurant, compte tenu de la matière, il sera extrêmement difficile de recueillir l'accord de l'ensemble des parties concernées.

Pour définir les « parties concernées », expression qui devrait être interprétée de façon autonome, seul le considérant 28 du règlement donne un indice en indiquant que : « il faudrait préciser au cas par cas, en fonction notamment de la question couverte par l'accord d'élection de for, si l'accord devrait être conclu entre toutes les parties concernées par la succession ou si certaines d'entre elles pourraient accepter de soumettre une question spécifique à la juridiction choisie au cas où la décision de ladite juridiction sur ladite question n'affecterait pas les droits des autres parties à la succession ».

La directive apparaît pour le moins vague. Seront probablement considérés comme « parties concernées » les héritiers légaux mais également les légataires universels ou à titre universel, ou encore un exécuteur testamentaire. La question qui se pose est de savoir comment déterminer les héritiers légaux.

Difficulté d'appréciation de la notion de « parties concernées » susceptibles de conclure un accord d'élection de for

Une personne de nationalité française décède à Bratislava après avoir élu la loi française applicable à sa succession. Le défunt vivait en concubinage depuis plusieurs années avec un homme de nationalité slovaque. Les parents du défunt sont encore vivants ainsi que ses frères et sœurs. Selon le droit slovaque le compagnon qui a partagé le domicile du défunt pendant au moins un an avant son décès est un héritier. Ce n'est pas le cas selon le droit français. Les membres de la famille du défunt concluent un accord d'élection de for au profit des juridictions françaises. Le compagnon du défunt, qui n'était héritier que selon le droit slovaque et qui ne l'est pas selon le droit français, doit-il être considéré comme « partie concernée » et donner son accord ? Si, après la signature de cet accord, le compagnon du défunt saisit les juridictions slovaques pour contester l'élection de la loi française par le défunt, la clause d'élection de juridictions pourra-t-elle lui être opposée ?

Le terme d'accord implique une déclaration qui engage les parties à donner compétence aux juridictions d'un État membre qui n'est pas celui de la dernière résidence habituelle du défunt. L'article 5 § 2 précise donc la forme de cet accord. Il devra être conclu par écrit, daté et signé par toutes les parties concernées. Il en résulte que la loi du for ne saurait poser d'exigence supplémentaire.

Aucune précision n'est donnée par le règlement sur l'appréciation de la validité de cet accord. En cas de vice du consentement ou de question relative à l'interprétation de l'accord, rien n'est précisé.

Quelles juridictions, de celles de la dernière résidence habituelle du défunt ou de celles de la loi élue, seront compétentes ?

De la même façon, et spécialement en matière de succession, des questions de capacité ou de représentation pourraient se poser, ce sera notamment le cas lorsqu'il y aura des mineurs parmi les héritiers. Dans ce cas, il faudra nécessairement articuler les dispositions de ce règlement et celles du règlement du Conseil n° 2201-2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

Articulation du règlement « Successions » avec le règlement Bruxelles II bis et la Convention de La Haye de 1996

Un homme de nationalité allemande décède en Belgique, où il avait sa dernière résidence habituelle après avoir désigné la loi française comme applicable à sa succession. Si cet homme laisse des héritiers mineurs qui résident habituellement en France, il résultera du règlement Bruxelles II bis et de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection à l'égard des enfants, que les juridictions françaises et la loi française seront compétentes pour déterminer les personnes qui représenteront les mineurs dans le cadre de cette succession. Il conviendra donc que ces personnes soient dûment désignées afin de conclure éventuellement un accord d'élection de for et probablement qu'elles soient autorisées par le juge des tutelles français à cette fin. À défaut, la validité de l'accord d'élection de for sera sujet à discussion au regard du droit français et des règles françaises de protection des mineurs.

C/ Déclinatoire de compétence

457. Si les juridictions de la résidence habituelle du défunt sont saisies, il sera également possible de solliciter et d'obtenir le transfert du litige auprès des autorités de l'État membre dont le défunt aura choisi la loi en application de l'article 22. Il s'agit du déclinatoire de compétence prévu à l'article 6 du règlement. Dans ce cas, la demande peut être présentée par une seule des parties. C'est alors le juge qui décidera s'il décline ou non sa compétence au profit du juge de l'État membre dont la loi a été choisie. Il convient de relever que, à la différence de l'article 15 du règlement Bruxelles II bis, ce déclinatoire de compétence s'impose au juge désigné à qui on ne demande pas s'il accepte ou pas sa compétence.

Déclinatoire de compétence du juge français au profit d'un juge étranger en l'absence d'accord d'élection de for

Un homme de nationalité portugaise décède à La Rochelle où il avait sa résidence habituelle. Il avait élu la loi portugaise pour régir sa succession. Il laisse à sa succession des enfants d'un premier lit, qui vivent au Portugal, et son épouse et ses enfants du second lit, qui vivent à La Rochelle. Les héritiers portugais sollicitent du juge français un déclinatoire de compétence au profit du juge portugais. Les héritiers français s'y opposent. Il appartiendra au juge français de déterminer s'il déclinera ou pas sa compétence. Si le juge français décide de déclinier sa compétence au profit du juge portugais, ce dernier devra nécessairement accepter sa compétence.

Si un accord d'élection de for est conclu entre les parties concernées à la suite de la saisine du juge de la résidence habituelle, celui-ci devra alors déclinier sa compétence au profit du juge désigné.

Déclinatoire de compétence du juge français au profit d'un juge étranger en cas d'accord d'élection de for

Dans l'exemple précédent, si les parties concernées - enfants des premier et second lits et conjoint - acceptent de soumettre leur litige au juge portugais après que

le tribunal de grande instance de La Rochelle a été saisi, celui-ci devra décliner sa compétence au profit du juge portugais.

D/ Compétence en cas de choix de loi

458. L'article 7 récapitule et indique dans quelles conditions le juge dont la loi a été désignée en vertu de l'article 22 peut avoir à statuer sur la succession, en cas d'élection de for au profit de ce juge, en cas de déclinatoire de compétence du juge de la résidence habituelle de l'enfant, ou dans le cas où toutes les parties à la procédure ont expressément accepté sa compétence.

Dans le cas où toutes les parties à la procédure ont expressément accepté sa compétence

Le défunt de nationalité française résidait à Chypre. Il avait élu la loi française en application de l'article 22. Ses héritiers sont tous français et résident en France, ils saisissent le juge français. Ce dernier pourra exercer sa compétence, mais il devra inviter les parties à expressément accepter celle-ci.

E/ Compétence subsidiaire

459. Si le défunt n'avait pas sa résidence habituelle dans un État membre (rappelons que le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark ne participent pas à ce règlement), la compétence des juridictions d'un État membre est déterminée selon les règles de l'article 10.

En semblable hypothèse, cet article dispose que les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession si :

- le défunt possédait la nationalité de l'État membre au moment de son décès ;
- ou à défaut, le défunt avait auparavant sa résidence habituelle dans cet État membre pour autant qu'au moment de la saisine de la juridiction il ne se soit pas écoulé plus de cinq ans depuis le changement de résidence habituelle du défunt.

Tout d'abord on peut remarquer que cet article ne fait référence qu'à des biens successoraux sans définir le type de biens.

Compétence subsidiaire des juridictions françaises pour connaître de l'ensemble de la succession d'un français résidant habituellement à l'étranger et ce malgré l'existence de biens situés dans un État tiers

Si le défunt de nationalité française avait sa résidence habituelle à New York et qu'il possédait des biens immobiliers aux USA et en Argentine et des comptes bancaires en France, les juridictions françaises pourraient se considérer comme compétentes au motif de l'existence de ces comptes bancaires.

Par ailleurs, le texte emploie le pluriel. Faut-il considérer que le juge français ne serait pas compétent si le défunt possède uniquement un compte bancaire en France ?

Enfin quelle solution adopter dans notre exemple si le défunt possède une double nationalité franco-italienne et des biens successoraux en France et en Italie ?

Une chose est certaine, les compétences visées par l'article 10 sont hiérarchisées. Ce n'est que si le défunt n'a pas la nationalité d'un État membre que les juridictions de la dernière résidence habituelle dans un État membre, si elle date de moins de cinq ans au moment de la saisine, seront compétentes. Mais, encore une fois, on pourra parfois douter du fait de l'étroitesse du lien avec cet ordre juridique.

Compétence subsidiaire des juridictions françaises pour connaître de l'ensemble de la succession d'un étranger ayant habituellement résidé en France plus de trois ans avant sa mort

Un homme de nationalité sri-lankaise réside en France où il a des comptes en banque. Il déménage en février 2016 pour l'Australie, où il acquiert des biens immobiliers puis s'installe à Colombo en juillet 2017 où il décède en septembre 2017. Selon l'article 10, les juridictions françaises pourraient exercer leur compétence jusqu'en février 2019 pour statuer sur cette succession. On voit bien combien le lien avec le litige serait ténu. D'autant que, selon le texte, les juridictions françaises seraient alors compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession.

L'article 10 (2) prévoit que, lorsqu'aucune des juridictions d'un État membre n'est compétente – ce qui signifie qu'aucune juridiction n'est compétente tant en application des articles 4 et 5 mais aussi 10 (1) –, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouvent des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur ces biens.

F/ Forum necessitatis

460. L'article 11 prévoit une règle de *forum necessitatis*, comme dans le règlement « obligations alimentaires ». Il faut que l'affaire présente un lien étroit avec l'État membre dont la juridiction est saisie et qu'une procédure ne puisse raisonnablement être introduite ou conduite ou se révèle impossible dans l'État avec lequel la situation a un lien étroit.

Compétence des juridictions françaises par application de la règle de *forum necessitatis*

*Un défunt de nationalité française résidait en Algérie, où il s'était marié avec une Algérienne après s'être converti à l'Islam. Il laisse deux enfants issus de ce mariage et un fils en France, français et chrétien, issu d'un précédent mariage. Il n'a pas de biens successoraux en France. Il possédait des biens immobiliers et des comptes bancaires en Algérie. Dans ce cas, le juge français n'est pas compétent pour connaître du litige en application de l'article 4, ni de l'article 10. L'héritier français n'a aucun droit à héritage en Algérie car il n'est pas musulman. On se trouve bien dans un cas de *forum necessitatis* : les juridictions françaises ne sont pas compétentes en application du règlement et l'héritier ne recevra rien des juridictions algériennes. Cependant, on peut s'interroger sur l'opportunité qu'il y aurait pour lui en pareille hypothèse de saisir le juge français, puisque sa décision ne sera pas reconnue en Algérie. Si le défunt avait eu des biens en France il aurait pu demander, en application de l'article 12, que le juge français ne statue pas sur les biens situés en Algérie (v. ci-dessous).*

L'article 12 permet, d'une manière générale, à l'une des parties de solliciter du juge d'un État membre saisi de ne pas statuer sur des biens situés dans un État tiers si l'on peut s'attendre à ce que la décision qu'il va rendre ne soit pas reconnue ou déclarée exécutoire dans ledit État tiers.

Cette règle est intéressante car elle invite les juges à s'interroger sur la portée de leur décision. D'un autre côté, les juges devront se montrer particulièrement vigilants dans sa mise en œuvre pour éviter qu'elle ne fasse le jeu de certains héritiers pour en évincer d'autres.

Appréciation de l'opportunité de limiter la procédure

Reprenons l'exemple cité précédemment mais cette fois-ci d'un français qui résidait au Maroc. S'il possédait en plus un appartement et un compte bancaire en France, le juge français pourrait être compétent en vertu de l'article 10 et il est fort probable que l'héritier français le saisisrait sur ce fondement. Il pourrait ainsi être saisi de la totalité de la succession. Ses enfants marocains pourraient demander au juge français de ne pas statuer sur les biens situés au Maroc car sa décision n'y serait pas reconnue puisque le juge français écartera le droit marocain comme contraire à l'ordre public international dans la mesure où il établit une discrimination selon la religion des enfants sur leur vocation héréditaire. Ce point de vue est justifié. Mais d'un autre côté le juge français ne pourrait pas exclure les héritiers marocains de la succession française. Il devrait donc diviser les biens successoraux situés en France entre les trois enfants, tandis que les biens successoraux situés au Maroc seraient partagés entre les héritiers marocains. La mise en œuvre de cette règle serait donc de nature à léser l'héritier français. Au contraire, si le juge français prenait cette succession dans sa globalité, il pourrait faire en sorte d'attribuer à l'héritier français les biens situés en France, tandis que les biens situés au Maroc pourraient être réservés aux héritiers marocains. Ainsi, en conservant une compétence globale sur la succession, le juge français conserverait en l'espèce une plus grande latitude dans le règlement de celle-ci qui pourrait lui permettre de gommer certaines disparités pouvant exister entre les droits applicables.

Le règlement prévoit aussi, en son article 13, une compétence spécifique pour accepter une succession, un legs, une réserve héréditaire ou renoncer à ceux-ci. Ce texte permet, lorsque cette déclaration doit être faite devant une juridiction, de l'accomplir devant les juges du lieu où l'intéressé doit faire sa déclaration. Il s'agit d'une compétence limitée exclusivement à cet objet.

G/ Compétence sur la comparution

461. L'article 9 prévoit une compétence fondée sur la comparution des parties. Il s'agira du cas où le juge exerce sa compétence en vertu de l'article 7 du règlement. Dans ce cas, en cas d'accord d'élection de for, si une des parties concernées n'était pas partie à l'accord mais comparait sans contester la compétence du juge saisi, alors la juridiction continuera à exercer sa compétence.

Cependant, si la compétence est contestée par une partie qui intervient pour la première fois mais qui n'était pas initialement partie à l'accord, alors le juge devra obligatoirement décliner sa compétence au profit du juge de la résidence habituelle du défunt. Ce ne sera pas le cas, en revanche, si le juge tient sa compétence non

pas d'un accord d'élection, mais d'un déclinatoire de compétence par le juge de la résidence habituelle du défunt. Il pourra donc y avoir des hypothèses dans lesquelles les parties auront plutôt intérêt à solliciter un déclinatoire de compétence qu'à signer un accord d'élection de for.

Section II – La procédure judiciaire successorale en droit français

462. Dans le cadre de notre étude, nous évoquerons rapidement les mesures judiciaires qui peuvent être préalables à une procédure judiciaire sans nécessairement être obligatoires, mais qui sont spécifiques à la matière successorale. Nous étudierons ensuite, compte tenu de l'étude plus générale dans laquelle s'intègre notre texte, uniquement la procédure judiciaire en vue d'ordonner le partage successoral.

Sous-section I – *Les préalables à l'introduction de la procédure*

§ I – LES MESURES CONSERVATOIRES

463. Les articles 1304 et suivants du code de procédure civile ouvrent la possibilité de prendre des mesures conservatoires après l'ouverture d'une succession afin de protéger le patrimoine du défunt. Selon l'article 1304 du Code de procédure civile c'est l'huissier de justice qui est compétent pour prendre ces mesures.

Les mesures décrites sont, suivant la valeur du patrimoine du de cujus, l'apposition des scellés ou l'état descriptif. Si les meubles se trouvant sur place sont dénués de valeur l'huissier dressera un procès-verbal de carence.

Ces procédures ne peuvent plus être engagées si un inventaire a été fait, à moins que celui-ci ne soit contesté.

Ces mesures peuvent être demandées par :

1. Le conjoint ou le partenaire d'un pacte civil de solidarité ;
2. Tous ceux qui prétendent avoir une vocation successorale ;
3. L'exécuteur testamentaire ou le mandataire désigné pour l'administration de la succession ;
4. Le ministère public ;
5. Le propriétaire des lieux ;
6. Tout créancier muni d'un titre exécutoire ou justifiant d'une créance apparaissant fondée en son principe ;
7. En cas d'absence du conjoint ou des héritiers, ou s'il y a parmi les héritiers des mineurs non pourvus d'un représentant légal, par les personnes qui demeuraient avec le défunt, par le maire, le commissaire de police ou le commandant de la brigade de gendarmerie.

Ces mesures doivent être demandées au président du tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession. La demande est formée par requête, il s'agit d'une procédure non-contradictoire ; là où les parties adverses ne sont pas informées ni présentes.

Si le président du tribunal de grande instance fait droit à la demande, il désignera l'huissier de justice dans son ordonnance. En pratique, l'ordonnance est préétablie par la personne qui saisit le juge et le nom de l'huissier y figure déjà. Le magistrat, s'il l'approuve n'a qu'à y apposer sa Marianne et à la signer.

Dans un contexte international, si le de cujus n'avait pas sa dernière résidence habituelle en France, la succession n'est donc pas ouverte en France et les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour en connaître. Cependant, l'article 19 du règlement successions donne compétence à un juge d'un État membre pour prendre des mesures conservatoires prévues par sa loi même si un juge d'un autre État membre est compétent pour statuer sur le fond.

Exemple :

On pourrait agir sur la base de ce texte par exemple si le défunt avait sa dernière résidence en Suède et qu'il avait une résidence secondaire en France, à Cannes, dans laquelle il possédait de nombreuses œuvres d'art. Si l'un des héritiers craint que ces œuvres d'art soient détournées de la succession, il pourra parfaitement saisir le président du tribunal de grande instance de Grasse pour demander l'apposition de scellés sur la résidence secondaire cannoise.

§ II – LE CONSTAT DE L'IMPOSSIBILITÉ DE PARVENIR À UN PARTAGE AMIABLE

464. L'article 1360 du Code de procédure civile impose à peine d'irrecevabilité au demandeur de décrire dans son assignation les diligences qui ont été accomplies en vue de parvenir à un partage amiable. Ainsi, le demandeur se doit d'explicitier clairement dans son assignation quelles démarches ont été accomplies en vue de parvenir à un partage amiable et d'exposer en quoi elles ont échoué. S'il ne le fait pas, son assignation sera très probablement déclarée irrecevable par le tribunal de grande instance.

L'objectif du législateur est clair, il s'agit de faire du partage amiable la situation normale, tandis que le partage judiciaire ne serait que la situation anormale. Il faut éviter que le recours au tribunal soit systématique, dans cette optique et à travers la tentative obligatoire de partage amiable, le législateur espère qu'en cas de conflit les parties pourront le cas échéant être orientées vers des modes alternatifs de règlement des litiges.

Sous-section II – *Le déroulé de la procédure de droit commun devant le tribunal de grande instance*

465. Lorsqu'on évoque une procédure de droit commun devant le tribunal de grande instance cela signifie qu'il s'agit d'une procédure devant une chambre civile du tribunal de grande instance qui suivra une procédure écrite, avec à la suite de la saisine, une mise en état pour permettre aux parties sous le contrôle du juge de la mise en état, de faire trancher les éventuels incidents de procédures qui pourraient exister entre elles, pour en arriver à la clôture de l'instruction du dossier, aux plaidoiries et enfin au jugement.

En procédure écrite, tout doit être porté par écrit. Un argument de droit ou un élément de fait non visé dans les écritures ne sera purement et simplement pas pris

en compte par le juge. C'est d'ailleurs ce qui justifie, devant les juridictions civiles, le formalisme des audiences de procédure (mise en état) : il s'agit pour le juge de s'assurer que chaque partie a pu prendre connaissance des arguments et pièces de l'autre, et qu'elle a eu la possibilité d'y répondre par écrit.

§ I – L'INTRODUCTION DE LA PROCÉDURE JUDICIAIRE

466. À titre préliminaire, il convient d'indiquer que les procédures écrites devant les juridictions du fond françaises se déroulent par le biais du RPVA, il s'agit du réseau informatique sécurisé de la profession d'Avocat en France. Il sert aux communications électroniques des avocats, notamment dans le cadre de la dématérialisation des procédures avec les juridictions judiciaires, elles-mêmes reliées au réseau privé virtuel justice (RPVJ). Ce réseau permet une communication sécurisée avec les juridictions. C'est aujourd'hui le seul mode de communication procédural entre avocats et juridictions.

Schématiquement la procédure débute de la façon suivante : l'avocat du demandeur rédige une assignation, et la fait signifier par voie d'huissier à la partie adverse.

L'huissier délivre à l'avocat un exemplaire de l'assignation dit « première expédition » ou « second original ». Il s'agit de l'assignation sur laquelle il a déposé son tampon et annexé le procès-verbal de signification.

L'avocat doit ensuite enrôler ce second original auprès du tribunal de grande instance. Ce n'est que par cet enrôlement que la procédure sera ouverte.

La constitution d'avocat est obligatoire en matière de procédure écrite. L'avocat de la ou des partie(s) en défense doit se constituer dans le délai de quinze jours à compter de l'assignation par le RPVA. Ce délai n'est pas préfix. Il arrive fréquemment que les parties défenderesses constituent avocat plus tardivement.

Les avocats constitués seront ensuite convoqués par voie de bulletin à la conférence du président. C'est lors de cette audience que sera nommé le juge de la mise en état.

§ II – LA PHASE SPÉCIFIQUE DE LA MISE EN ÉTAT

467. C'est lors de la mise en état que sont purgées les difficultés procédurales avant le débat au fond.

La mise en état est confiée au juge de la mise en état chargé de veiller au déroulement loyal de la procédure (attributions processuelles) et de statuer sur certains incidents ou moyens (attributions juridictionnelles).

Une fois l'assignation enrôlée, l'affaire est appelée à une première audience, « l'audience du président » au cours de laquelle le président du TGI, après en avoir débattu avec les avocats, choisit :

- soit de renvoyer l'affaire à une audience de plaidoirie. Cette décision est prise lorsque l'affaire paraît être en état d'être jugée. On parle alors de « circuit court ».

Il s'agit d'une hypothèse de pure école dans un contentieux successoral.

- soit de la confier à un juge de la mise en état qui va l'instruire. On parle alors de « circuit long ».

La désignation du juge de la mise en état a lieu pour toutes les affaires qui ne peuvent immédiatement être jugées (complexité du dossier, multiplicité des parties, mesures d'instruction nécessaires, etc.).

Elle se fait soit d'office, soit à la demande de l'un des avocats.

Cette désignation par le président se fait par simple mention au dossier. Il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire : aucun recours n'est possible contre cette décision.

Les avocats sont avisés de la désignation du juge de la mise en état par réception d'un bulletin de procédure qui fixe la première date de mise en état.

Pendant la mise en état, le rôle de l'avocat est primordial.

Le juge de la mise en état fixe en accord avec les avocats, les délais nécessaires à l'instruction du dossier⁽⁴¹⁵⁾. Il les entend et leur fait toutes communications utiles. À défaut d'accord entre les avocats, notamment sur les questions de renvois ou de demandes de délais pour répondre au dernier jeu de conclusions de l'adversaire, le juge de la mise en état tranche par la fixation d'un calendrier de procédure.

La mise en état d'une affaire se déroule presque exclusivement par voie électronique via l'outil RPVA. Seules quelques matières bénéficient encore d'audience réelle avec le juge de la mise en état qui se déroule au tribunal, cela dépend en outre des juridictions. Au tribunal de grande instance de Paris, jusqu'à présent, il y avait encore des audiences réelles de mise en état en matière successorale notamment. On ne sait pas si ce sera toujours le cas dans le nouveau Palais de justice. À Nanterre ou à Créteil par exemple ce type d'audience n'existe plus.

Depuis la loi pour la justice du 21^e siècle, les parties en litige et leurs avocats peuvent organiser eux-mêmes cette mise en état dans le cadre d'une convention de procédure participative⁽⁴¹⁶⁾.

Ce n'est que lorsque le dossier sera complet et que les parties auront déposé toutes leurs conclusions écrites que l'affaire sera « en état » d'être jugée.

Le juge de la mise en état adressera par voie de bulletin, un avis pour clôture et fixation des plaidoiries.

L'un des avocats peut demander le report de la clôture s'il estime devoir répondre aux dernières écritures de son contradicteur.

À défaut, le juge de la mise en état ordonne la clôture.

§ III – L'AUDIENCE DE PLAIDOIRIE

468. Au cours de cette audience, les débats sont oraux et publics (sauf dans les procédures mettant en cause la vie privée). Le juge fait tout d'abord un rapport oral de l'affaire, avant les plaidoiries. Puis, l'avocat du demandeur plaide en premier, suivi par l'avocat du défendeur.

Le président prononce, ensuite, la clôture des débats et indique la date à laquelle le tribunal rendra son délibéré.

(415) CPC, art. 764, al. 1^{er}.

(416) C. civ., art. 2062 à 2068.

Sous-section III – *Le déroulé de la procédure en matière de partage judiciaire*

§ I – *L'ASSIGNATION EN PARTAGE*

469. Le partage peut être provoqué par tout successeur indivisaire dans la mesure où nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision. L'action peut aussi être introduite par les créanciers personnels de l'un des coïndivisaires⁽⁴¹⁷⁾.

Lorsque l'un des coïndivisaires demande le partage, les autres, sauf opposition de leur part, peuvent également demander le partage. L'article 1359 du CPC règle le cas d'une pluralité d'assignations en attribuant la qualité de demandeur au partage à celui qui a fait en premier enrôler son assignation au greffe du tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession.

À peine de nullité du partage, l'action doit être formée contre tous les coïndivisaires⁽⁴¹⁸⁾.

L'action doit être introduite par voie d'assignation. À peine d'irrecevabilité, l'assignation :

- contient un descriptif sommaire du patrimoine à partager ;
- précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ainsi que les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable (*CPC, art. 1360*).

Il peut également être opportun avant d'assigner de s'assurer que chacun des coïndivisaires est bien héritier, et a bien opté. L'article 771 du Code civil offre à chacun des héritiers un délai de 4 mois à compter de l'ouverture de la succession pour opter librement.

À l'expiration de ce délai, il est possible de forcer un héritier à se positionner. Il faut alors faire appel à un huissier pour délivrer une sommation interpellative d'opter. La personne a alors un délai de 2 mois pour refuser d'opter.

À défaut, à l'expiration de ce délai de 2 mois, elle sera considérée comme ayant accepté la succession.

Cela peut permettre d'éviter un blocage au stade de l'assignation en partage⁽⁴¹⁹⁾.

Comme exposé préalablement, une fois l'assignation enrôlée et après l'audience dite de Conférence du président, l'affaire est renvoyée à la mise en état.

(417) C. civ., art. 815-17, al. 3.

(418) Cass. req., 21 mars 1922 : DP 1923, 1, p. 60.

(419) Les généalogistes rencontrent avec cette procédure de « sommation de prendre parti » (articles 771 à 773 du Code civil) de réelles difficultés pratiques. Souvent lors de la recherche d'héritiers, ces derniers ne leur répondent pas. Les raisons de ce silence sont diverses, mais la plupart du temps, les héritiers se désintéressent de la succession, mais ne font rien pour concrétiser leur souhait et n'y renoncent pas. Le généalogiste utilise alors cette procédure de sommation, le délai de 4 mois après l'ouverture de la succession étant déjà acquis. Le délai de deux mois passe généralement sans aucune réaction, et les voilà en présence d'un héritier acceptant, qui ne se manifesterait pas plus qu'avant alors qu'il devient officiellement héritier et que la déclaration de succession aurait dû être déposée depuis des mois.

Serait-il préférable que cette sommation ait pour conséquence, sans réponse de l'héritier, de le considérer comme renonçant ?

Nous pensons que légalement il est difficile de faire perdre un droit de la sorte à un héritier et que plusieurs sommations seraient alors nécessaires.

§ II – LES INCIDENTS DE L'INSTANCE ET LES INSTANCES D'INCIDENT

470. Le rôle du juge de la mise en état est de préparer le litige pour qu'il puisse être en état d'être jugé. À ce titre, il va veiller à ce que les parties échangent leurs écritures dites conclusions et leurs pièces, mais il peut aussi intervenir à ce niveau comme nous allons l'exposer.

Il doit de la même façon purger le litige de tout accessoire⁽⁴²⁰⁾ qui pourrait se poser. Ainsi le juge de la mise en état est seul compétent aujourd'hui pour statuer sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance⁽⁴²¹⁾. Les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge.

Ainsi, le juge de la mise en état connaît notamment des litiges relatifs :

- aux exceptions d'incompétence de litispendance ou de connexité⁽⁴²²⁾ qui doivent être soulevées avant toute défense au fond,
- aux irrégularités relatives à l'assignation qui doivent être soulevées avant toute défense au fond.

Le juge de la mise en état peut également ordonner toute mesure d'instruction, par exemple en matière successorale si une partie du litige porte sur la validité d'un testament.

Le juge de la mise en état a les pouvoirs de désigner un expert graphologue pour analyser l'écriture du testateur ou encore un médecin expert s'il s'agit d'apprécier la capacité du testateur au jour où le testament a été établi.

Le juge peut également, à la demande de l'une des parties, enjoindre une autre de produire des documents qui apparaissent essentiels dans le cadre du règlement du litige. Il s'agit alors d'une procédure d'incident de communication de pièces. Le juge de la mise en état peut soumettre cette injonction à une astreinte.

Le juge de la mise en état a également le pouvoir de prendre des mesures provisoires ou conservatoires. Ainsi, si cela n'a pas été fait auparavant en matière de succession il peut ordonner que des inventaires soient faits, il peut aussi désigner un administrateur provisoire de l'indivision successorale à charge pour ce dernier de gérer celle-ci le temps de la procédure de partage.

(420) Par le terme accessoire on vise tous les contentieux annexes qui pourraient venir perturber le travail de la formation de jugement lorsque l'affaire sera portée à sa connaissance pour être jugée. Le rôle du juge de la mise en état est de faire en sorte que le dossier lorsqu'il viendra devant le tribunal pour les plaidoiries soit en état d'être jugé.

(421) Les incidents de procédure mettant fin à l'instance sous ceux qui portent sur la compétence du juge saisi ou la régularité de l'acte de saisine.

(422) Il y a litispendance lorsque deux procédures ayant les mêmes parties, la même cause et le même objet sont pendantes devant deux juridictions différentes. Il y a connexité quand deux juridictions également compétentes sont saisies de deux litiges différents entre lesquels il existe un tel lien qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble. Les exceptions de litispendance et de connexité visent à demander au juge saisi en second de se dessaisir au profit de celui saisi en premier.

§ III – LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE AUX FINS DE MISE EN ÉTAT ET SES AVANTAGES EN MATIÈRE SUCCESSORALE

471. La loi du 22 décembre 2010 a instauré la convention de procédure participative⁽⁴²³⁾ par laquelle « les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend⁽⁴²⁴⁾ ». La loi du 18 novembre 2016 dite « Justice du ^{xxi} siècle » est venue ajouter la possibilité pour les parties de conclure cette convention dans le cadre de la procédure de mise en état. Ainsi, au cours de l'instance judiciaire, les parties vont pouvoir conclure une convention de procédure participative et mettre en suspens leur procédure afin de tenter de parvenir à une résolution amiable de leur litige.

La convention de procédure participative est conclue par les parties assistées par leurs avocats, elle doit prévoir : son terme, l'objet du différend, les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige, les modalités de leurs échanges et le cas échéant les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir (C. civ., art. 2063). Outre ces mentions, la convention doit indiquer les noms, prénoms et adresses des parties et de leurs avocats.

En principe, la conclusion d'une convention de procédure participative tant qu'elle est en cours, rend irrecevable la saisine d'un juge. Dans le cadre de la procédure participative de mise en état, le juge est par hypothèse déjà saisi, la conclusion d'une convention de procédure participative va entraîner le retrait de la procédure du rôle. La mise en état n'est plus alors dévolue au juge mais aux parties dans le cadre de la mise en œuvre de leur convention de procédure participative.

En matière successorale, outre son utilité avant l'introduction d'une instance judiciaire, la possibilité de recourir à cette procédure au stade de la mise en état nous semble particulièrement appropriée. En effet, il peut arriver qu'à la suite des échanges des premières écritures et pièces les parties réalisent ce qu'elles auraient à gagner d'un rapprochement. La procédure participative de mise en état va donc leur permettre de travailler sur la résolution amiable de leur litige, dans un cadre qui reste strict, avec in fine la possibilité de recourir au juge pour homologuer un accord qui mettrait fin totalement ou partiellement à leur litige et pour trancher les différends qui pourraient subsister entre eux.

§ IV – LE JUGEMENT ET SES RECOURS

A/ Le jugement

472. Le jugement est rarement rendu immédiatement mais à une date ultérieure que le président indique aux avocats des parties. On dit que le jugement est mis en délibéré à cette date. Le jugement est rendu soit lors d'une audience publique soit prononcé par sa mise à disposition au greffe du tribunal.

La minute du jugement sera notifiée aux avocats par RPVA et la grosse déposée dans leurs toques respectives.

(423) C. pr. civ., art. 1528 et s.

(424) C. civ., art. 2062.

Les avocats seront ensuite chargés de signifier le jugement aux parties par acte d'huissier.

En matière successorale, il est rare que le partage puisse être directement ordonné. Aussi, le juge peut ordonner plusieurs mesures.

I/ La nomination d'un notaire

473. Le tribunal a la faculté de désigner un notaire aux fins de dresser l'acte constatant le partage⁽⁴²⁵⁾.

Le notaire est en principe choisi par les copartageants et, à défaut d'accord, par le tribunal.

Afin d'accélérer la procédure de partage, le décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006 impose au notaire de dresser un état liquidatif dans le délai d'un an suivant sa désignation. Cet état liquidatif doit établir les comptes entre copartageants, la masse partageable, les droits des parties et la composition des lots à répartir.

En premier lieu, ce délai d'un an peut être suspendu en cas :

- de désignation d'un expert et jusqu'à la remise du rapport ;
- d'adjudication ordonnée en application de l'article 1377 du CPC et jusqu'au jour de la réalisation définitive de celle-ci.

Les copartageants peuvent être en désaccord sur le projet d'état liquidatif dressé par le notaire. Dans ce cas, ce dernier transmet au juge commis un procès-verbal reprenant les dires respectifs des parties ainsi que le projet d'état liquidatif⁽⁴²⁶⁾.

Deux situations sont alors envisagées :

- soit le tribunal homologue l'état liquidatif. Dans ce cas, il ordonne, s'il y a lieu, le tirage au sort des lots par la même décision, devant le juge commis ou devant le notaire commis. Lorsque le tirage au sort des lots a été ordonné, si un héritier fait défaut, le juge commis dispose des pouvoirs reconnus au président du tribunal de grande instance à l'article **1363, alinéa 2, du CPC**.

- soit le tribunal renvoie les parties devant le notaire pour établir l'acte constatant le partage.

II/ La nomination d'un juge commis

474. Si la complexité des opérations de partage le justifie, le tribunal commet un juge pour les surveiller⁽⁴²⁷⁾. Le juge ainsi désigné veille au bon déroulement des opérations de partage et au respect du délai prévu à l'article 1369 du CPC.

À cette fin, il peut même d'office :

- adresser des injonctions aux parties ou au notaire commis ;
- prononcer des astreintes ;
- procéder au remplacement du notaire commis par le tribunal⁽⁴²⁸⁾.

(425) CPC, art. 1361, al. 2.

(426) CPC, art. 1373, al. 1^{er}.

(427) CPC, art. 1364, al. 1^{er}.

(428) CPC, art. 1371, al. 2.

Il statue également sur les demandes relatives à la succession pour laquelle il a été commis⁽⁴²⁹⁾.

III/ La vente par licitation si les conditions prévues à l'article 1378 du CPC sont réunies

475. Le tribunal ordonne, dans les conditions qu'il détermine, la vente par adjudication des biens qui ne peuvent être facilement partagés ou attribués⁽⁴³⁰⁾.

Le demandeur peut également demander la licitation d'un bien directement dans l'assignation en partage.

Pour les immeubles, la vente est faite selon les règles prévues aux articles 1271 à 1281 du CPC relatifs à la vente d'immeubles et de fonds de commerce appartenant à des mineurs en tutelle et des majeurs en tutelle.

En revanche, pour les meubles, la vente est faite dans les formes prévues aux articles R. 221-33 à R. 221-38 et R. 221-39 du Code des procédures civiles d'exécution.

Si tous les indivisaires sont capables et présents ou représentés, ils peuvent décider à l'unanimité que l'adjudication se déroulera entre eux.

B/ Les recours

476. Il peut être fait appel du jugement dans le délai d'un mois à compter de sa signification. À défaut de signification, ce délai ne court pas.

L'appel peut porter tant sur le jugement que sur les points éventuellement tranchés par le juge de la mise en état. Il faut néanmoins noter que depuis la récente réforme de l'appel, il ne peut plus être fait d'appel dit « général ». L'avocat doit au stade de la déclaration d'appel préciser les chefs du jugement dont il entend faire appel.

Le pourvoi en cassation doit lui être formé dans le délai de deux mois à compter de la signification de l'arrêt d'appel.

VOIES DE RECOURS	APPEL	CASSATION
Point de départ	<ul style="list-style-type: none"> ● Au jour de la notification du jugement (art. 528 cpc) *Si représentation obligatoire, il faut notifier aux représentants (art. 678 cpc) *Si présence de majeurs protégés, il faut notifier au représentant légal, tuteur ou curateur (art. 530 cpc) *Si une des parties à l'étranger, il existe un régime spécifique (art. 683 cpc) ● À défaut de notification : *Si jugement contradictoire, plus aucun recours possible après un délai de deux ans (art. 528-1 cpc) ; *Si jugement par défaut ou réputé contradictoire, le jugement est non avenu dans un délai de 6 mois si défaut de notification (art. 478 cpc). 	Mêmes points de départ

(429) CPC, art. 1371, al. 3.

(430) CPC, art. 1377, al. 1^{er}.

VOIES DE RECOURS	APPEL			CASSATION
Délais	15 JOURS <ul style="list-style-type: none"> • En matière gracieuse (art. 538 cpc) • Pour les ordonnances en référé et en la forme des référés (art. 490 et 492-1 cpc) • Pour les ordonnances sur incident (art. 776 cpc) • Pour les ordonnances sur requête (art. 496 cpc) • Pour les ordonnances de protection (art. 1136-11 cpc) 	1 MOIS <ul style="list-style-type: none"> • En matière contentieuse 	+ 1 MOIS <ul style="list-style-type: none"> • Pour les personnes DOM-TOM, délai d'un mois supplémentaire aux précédents délais • Pour les personnes à l'étranger, délai de deux mois supplémentaires aux précédents délais 	2 MOIS Art. 612 du cpc
Effets	PAS D'EFFET SUSPENSIF pour les décisions revêtues de l'exécution provisoire : <ul style="list-style-type: none"> - Ordonnances de référés et en la forme des référés - Décisions sur les mesures provisoires et ordonnant des mesures conservatoires - Ordonnances du juge de la mise en état accordant une provision au créancier - Décisions en matière d'exercice de l'autorité parentale, pension alimentaire, contribution aux charges du mariage et sur le fondement de l'article 255 du Code civil - En matière de prestation compensatoire SAUF si conséquence manifestement excessive et que le prononcé du divorce a acquis force de chose jugée 			EFFET SUSPENSIF SAUF : Concernant les dispositions de la décision ou de la convention homologuée relatives aux pensions alimentaires et à l'exercice de l'autorité parentale.

CHAPITRE II

**LA DÉSIGNATION DES NOTAIRES « EXPERTS »
OU « COMMIS » DANS LE CADRE
DU PARTAGE JUDICIAIRE**

477. Si la complexité des opérations le justifie, la juridiction saisie d'une demande en partage judiciaire peut nommer un notaire pour procéder aux opérations de liquidation et de partage de la succession.

Nous répondrons à un certain nombre de questions qui se posent lors de ces désignations : par qui et comment est désigné ce notaire ? Quelle est sa mission, dans quels délais et comment cesse-t-elle ?

Section I – La désignation du notaire**Sous-section I – *Sur le nombre de notaires désignés***

478. En principe, un seul notaire est désigné. Néanmoins, deux notaires peuvent être désignés quand :

- le dossier de partage est complexe ;
- cette désignation n'augmente pas le coût des frais de partage ;
- la désignation d'un second notaire peut permettre de pacifier le déroulement des opérations de partage (par exemple, quand la nomination d'un second notaire est demandée expressément par un héritier).

Sous-section II – *Sur le choix du notaire***§ I – LE POUVOIR SOUVERAIN DES JUGES DU FOND**

479. Suivant l'article 1364 alinéa 2 du Code de procédure civile, le choix du notaire appartient aux parties à l'acte ; le magistrat ne désigne le notaire qu'en cas de mésentente des héritiers sur ce choix.

Quand il désigne un notaire, le magistrat est alors détenteur d'un pouvoir souverain ; il n'a pas à motiver son choix⁽⁴³¹⁾.

Il n'est pas tenu par exemple par le testament du défunt qui avait désigné le notaire en charge de régler la succession.

Il ne sera pas tenu non plus par les règlements de la profession qui établissent un ordre de préférence (notaire du conjoint survivant, notaire des héritiers réservataires...).

(431) Cass. civ., 29 janv. 1872 : S. 1873, 1, p. 113.

§ II – RÉVOCATION RÉCUSATION REFUS OU EMPÊCHEMENT

480. Seul un magistrat peut révoquer un notaire choisi d'un commun accord par les héritiers ou désigné par lui.

Le notaire commis ne peut refuser d'exécuter la mission confiée par le tribunal, sauf à justifier de motifs graves. La mission du notaire commis étant personnelle, aucun confrère ne peut se substituer à lui.

Section II – La mission du notaire

481. Le notaire peut intervenir à plusieurs titres : pour l'estimation des biens, la composition des lots, le partage ou encore l'état liquidatif.

Sous-section I – *Estimer les biens indivis*

482. Le notaire peut être nommé pour procéder à l'estimation des biens indivis. Il intervient alors à titre d'expert.

L'estimation peut porter tant sur des meubles que des immeubles.

Sous-section II – *Composer et tirer au sort les lots*

483. Depuis le 1^{er} janvier 2007, l'article 826 du Code civil précise que chaque copartageant reçoit des biens pour une valeur égale à celle de ses droits dans l'indivision. Si la consistance ne permet pas de former des lots d'égales valeurs, l'inégalité est compensée par une soulte (article 826 alinéa 4 du Code civil). L'égalité est une égalité en valeur et non plus en nature.

Le notaire peut être désigné en qualité d'expert pour proposer la composition des lots à répartir (article 1362 du Code de procédure civile) et procéder aux opérations de tirage au sort.

Le notaire-expert, ayant composé les lots, établit le rapport des opérations. Le poursuivant peut alors soit demander au magistrat d'entériner ce rapport, soit élever des contestations qui seront examinées par le tribunal. Dans ce dernier cas, le magistrat peut soit entériner le rapport, soit modifier la composition des lots, soit demander une expertise complémentaire.

Le tirage au sort est effectué suivant les formes énoncées par l'article 1363 du Code de procédure civile. C'est le tribunal qui décide si le tirage au sort est effectué devant le tribunal de Grande Instance ou devant le notaire commis.

Sous-section III – *Établir l'acte de partage*

484. Au vu de l'article 1361 alinéa 2 du Code de procédure civile, un notaire peut être désigné aux fins d'établir l'acte constatant le partage. Sa mission ne consiste pas

à liquider les intérêts patrimoniaux mais à recevoir l'acte qui sera établi conformément aux prescriptions du jugement. Si l'une des parties refuse de signer l'acte, le juge aux affaires familiales pourra alors être saisi par la partie la plus diligente aux fins d'homologation du partage.

Sous-section IV – *Confectionner l'état liquidatif*

485. Le tribunal, si la complexité des opérations le justifie, désigne un notaire pour procéder aux opérations de partage et commet un magistrat pour surveiller les opérations (article 1364 du Code de procédure civile).

§ I – *LE NOTAIRE AUXILIAIRE DE JUSTICE*

486. Le notaire commis agit comme auxiliaire de justice. Il intervient comme technicien au sens de l'article 232 du Code de procédure civile et non plus dans son « rôle ordinaire » de notaire, qui est de constater la volonté des parties dans le cadre de la signature d'acte dont il assure l'authenticité.

Il doit prendre en considération les dires et les observations des parties.

Mais, la présence et le consentement des parties ne lui sont pas nécessaires pour accomplir cette mission.

§ II – *DES DÉLAIS À RESPECTER*

487. Dans un délai d'un an suivant sa désignation, le notaire doit dresser un état liquidatif qui établit les comptes entre copartageants, la masse partageable, les droits des parties et la composition des lots à répartir (article 1368 du Code de procédure civile). Ce délai est suspendu dans les situations visées à l'article 1369 du Code de procédure civile.

En raison de la complexité des opérations, une prorogation du délai, ne pouvant excéder un an, peut être accordée par le juge commis saisi sur demande du notaire ou sur requête d'un copartageant (article 1370 du Code de procédure civile). Le délai d'un an peut être suspendu dans les cas prévus à l'article 1369 du Code de procédure civile, au nombre de quatre, à savoir :

- En cas de désignation d'un expert. La suspension s'étend jusqu'à la date de remise du rapport.

- En cas d'adjudication ordonnée en application de l'article 1377 du Code de procédure civile. La suspension dans ce cas s'étend jusqu'à la réalisation définitive de l'adjudication.

- En cas de demande de désignation d'une personne qualifiée suivant l'article 841-1 du Code civil. La suspension s'étend jusqu'au jour de la désignation de celle-ci.

- Ou en cas de renvoi devant le juge commis suivant l'article 1366 du Code de procédure civile. La suspension s'étend alors jusqu'à l'accomplissement de l'opération en cause.

§ III – UNE PROCÉDURE ENCADRÉE

488. Il est d'usage que le notaire convoque les parties et leurs avocats à un rendez-vous d'ouverture des opérations en leur demandant, d'ores et déjà, de lui communiquer les pièces et éléments dont il a besoin et dont il établit la liste.

L'intérêt d'un procès-verbal d'ouverture des opérations de liquidation :

Il oblige les parties à remettre au notaire les pièces du dossier nécessaires à l'établissement de l'état liquidatif. Il peut aussi permettre de faire le point sur leurs prétentions, les points d'accord.

Il permet de fixer un calendrier.

Ainsi le copartageant qui « jouerait la montre » pour retarder sciemment les opérations pourrait se voir condamné sous astreinte à fournir les documents demandés.

Le notaire peut alors avoir un intérêt à consigner les manœuvres dilatoires ou d'obstruction résultant de l'attitude des parties.

Aux termes de l'article 1365 du Code de procédure civile, le notaire qui rencontre une difficulté en rend compte au juge, et peut aussi solliciter de celui-ci toute mesure utile (demande de communication de pièces sous astreinte...).

Il peut également faire appel à un expert choisi d'un commun accord par les parties ou désigné par le juge commis.

Agissant dans le cadre de la procédure de partage judiciaire, le notaire peut mettre en œuvre, conformément à l'article 1367 du Code de procédure civile, les dispositions de l'article 841-1 du Code civil aux fins de vaincre la défaillance d'un copartageant. Faute pour celui-ci de désigner un mandataire dans les trois mois d'une mise en demeure, le notaire dresse un procès-verbal et le transmet au juge pour que celui-ci désigne une personne qualifiée comme représentant du défaillant jusqu'à la réalisation du partage. Ce représentant peut signer l'acte liquidatif sans autorisation préalable. La désignation de ce représentant suspend le délai d'un an imparti au notaire pour établir l'état liquidatif.

L'état liquidatif est établi à partir des éléments fournis par les parties dans les délais fixés. Le notaire convoque les parties pour la lecture de l'état liquidatif. En cas de contestation, il établit un procès-verbal reprenant les dires des parties.

En cas d'inertie des parties, le notaire doit les convoquer par acte d'huissier et établir le cas échéant un procès-verbal de difficultés ou de carence.

La tentation est grande pour le notaire d'essayer de concilier les parties.

Mais cette conciliation n'est pas prévue par les textes.

Si le notaire tente de concilier les parties dans le cadre de sa mission judiciaire d'établissement de l'état liquidatif, cette conciliation doit être cadrée et doit obtenir l'accord des parties. Le notaire sera toujours tenu de respecter les délais contraints qui lui sont impartis pour réaliser sa mission.⁽⁴³²⁾

Section III – Le respect du principe du contradictoire

489. Le principe du contradictoire prévu par l'article 16 du nouveau Code de procédure civile s'applique tout au long de la mission du notaire expert ou commis par la justice.

Sous-section I – *Le respect de la lettre du Code*

490. Comme le rappelle Monsieur Tony Moussa, conseiller à la Cour de cassation⁽⁴³³⁾, la Cour de cassation contrôle strictement le respect du contradictoire au cours des opérations d'expertise judiciaire et n'est pas aussi exigeante pour les expertises amiables.

La Cour Européenne des droits de l'homme s'est d'ailleurs prononcée sur le sujet⁽⁴³⁴⁾ : « *La Cour rappelle que l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 Paragraphe 1 est le caractère contradictoire de celle-ci : chaque partie doit en principe avoir la faculté de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision.* »

Sous-section II – *Une application stricte de ce principe*

491. Les parties doivent être convoquées et leurs conseils avisés des opérations et réunions et doivent être mis en mesure en temps utile de faire leurs observations. Si certaines opérations peuvent avoir été menées sans convoquer les parties (comme par exemple des investigations purement matérielles), le résultat des investigations menées en dehors de la présence des parties doit leur être soumis afin de pouvoir en débattre contradictoirement avant le dépôt de l'état liquidatif.

À défaut de respecter le principe du contradictoire, le rapport pourrait être annulé.

Sous-section III – *Informé le juge*

492. Un autre devoir important est de tenir informé le magistrat en charge du dossier du bon déroulement des opérations. Par exemple, le notaire doit prévenir le

(432) La mission du notaire commis judiciairement – Guy Rivière conseiller à la Cour de cassation – la semaine juridique édition notariale et immobilière n° 48, 28 novembre 2008.

(433) L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction.

(434) CEDH, 18 mars 1997, X c/ France requête 21497/93.

juge en cas de carence des parties et solliciter de sa part les mesures nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Section IV – L'achèvement de sa mission

493. La mission du notaire prend fin de diverses manières en fonction de ce pourquoi il a été commis.

Sous-section I – *La remise du rapport*

494. Le rapport doit être clair et précis, la situation doit être analysée et des solutions proposées et argumentées.

Si suivant l'article 238 du nouveau Code de procédure civile, l'expert ne doit pas normalement porter d'appréciation juridique, il n'est pas interdit de faire preuve de connaissances juridiques dans l'exposé des faits et le raisonnement.

Par exemple, quelle valeur aurait une expertise immobilière effectuée par le notaire, s'il n'appréciait pas le volet juridique à savoir l'origine du bien, l'étendue du droit de propriété, la chaîne des baux ...

Sous-section II – *État liquidatif et partage*

495. Si un acte de partage amiable est signé, le notaire informe le juge, lequel constatera la clôture de la procédure (art. 1372 du Code de procédure civile).

Pour le cas où il subsiste des désaccords entre les parties sur l'état liquidatif, il établit un procès-verbal de difficultés, le plus complet possible qui reprend les dires des parties mentionnant les désaccords subsistants et le projet d'état liquidatif qui doit composer les lots à répartir.

Il sera transmis aux parties et au juge aux fins que celui-ci tente une conciliation ou statue sur les points de désaccord, conformément aux articles 1373 et 1375 du Code de procédure civile.

Après avoir ainsi statué, le juge homologue l'état liquidatif établi par le notaire et ordonne si nécessaire le tirage au sort des lots ou renvoie les parties devant celui-ci pour établir l'acte constatant le partage en conformité avec la décision rendue.

La partie la plus diligente fait alors sommation aux autres copartageants de venir signer l'acte de partage avec les modifications ordonnées par le juge.

Section V – La rémunération du notaire

496. Le notaire est rémunéré par l'application du tarif fixé par le Code de commerce et ce depuis la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité

des chances économiques, le décret n° 2016-230 du 26 février 2016 relatif au tarif de certains professionnels du droit et au fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice ainsi que l'arrêté du 26 février 2016 fixant les tarifs réglementés des notaires.

Sous-section I – Pour le cas où il est nommé en qualité d'expert⁽⁴³⁵⁾

§ I – LE DROIT À UNE RÉMUNÉRATION

497. Le notaire a droit à une rémunération. Celle-ci est basée le plus souvent au temps passé. Son coût horaire est quant à lui fonction de sa compétence, de sa notoriété.

Il lui appartient en fin de mission de faire taxer son état de frais auprès du juge-taxateur de la juridiction concernée.

La liberté du juge-taxateur en matière de contrôle des honoraires des experts est entière.

Dans les années 1970, il existait un barème édité par la fédération nationale des experts. La commission de la concurrence (ancêtre de l'Autorité de la concurrence) créée par la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante (abrogée depuis le 9 décembre 1986) a prohibé l'utilisation de ces barèmes au titre d'ententes illicites.

Le notaire a le droit également au remboursement de ses débours.

§ II – LA PROVISION SUR HONORAIRES

498. Lors de la nomination de l'expert, le juge fixe le montant de sa rémunération. Celle-ci doit être consignée auprès de la régie du tribunal pour que le notaire-expert puisse commencer sa mission (sauf instruction contraire du magistrat).

Il peut arriver que la provision versée soit inférieure au montant définitif dû par les parties. Il est alors judicieux que le notaire demande le versement au magistrat d'une provision complémentaire pour éviter un effet de surprise des parties.

§ III – LA TAXE ET LE RECOUVREMENT

499. Lorsque le notaire remet son rapport au magistrat, il joint sa demande de taxe pour que sa rémunération définitive soit fixée.

Une fois l'ordonnance de taxe rendue, la désignation des fonds auprès de la régie est possible.

Pour le cas où la taxe est d'un montant supérieur aux sommes consignées, l'ordonnance de taxe constitue un titre exécutoire. Le notaire peut alors demander aux parties le règlement du complément de rémunération.

(435) Le notaire expert Jean-Claude Brault édition Defrénois n° 18/02.

Sous-section II – *Pour le cas où il est commis*

500. La rémunération prévue par le tarif fixé aux articles A. 444-1 et suivants du Code de commerce s'applique.

Il appartiendra au notaire de faire taxer son état de frais par le juge.

Il peut également solliciter une provision sur frais du magistrat.

TITRE II

LA RÉOLUTION DU CONFLIT ACCEPTÉE PAR LES PARTIES

501. Le règlement d'une succession peut être l'illustration d'une mauvaise communication au sein de la famille. Les rancœurs, parfois insidieuses et non formulées, peuvent ainsi aboutir à des situations de blocage et de conflits d'autant plus exacerbés qu'elles mettent en scène des personnes qui ont partagé, à un moment de leur existence une vie commune ou, à tout le moins, un auteur commun.⁽⁴³⁶⁾

La famille est le lieu et le vecteur de la transmission d'un patrimoine non seulement pécuniaire mais aussi culturel et social où chacun de ses membres endosse un rôle, assigné ou volontaire. La socialisation initiale de l'individu s'effectue tout d'abord par sa famille et celui-ci va se développer en considération de la place qu'il y occupe.

Lorsque cette place est remise en cause ou n'est plus acceptée, les liens familiaux se distendent. Le décès de leur auteur commun va contraindre les successeurs à s'asseoir autour d'une table pour dialoguer. Ces réunions vont parfois être le théâtre de conflits familiaux d'autant plus véhéments que les protagonistes auront pu ignorer les évolutions et conditions d'existence de leurs co-héritiers.

À la différence du conflit du couple, ce conflit familial peut avoir des origines lointaines et remonter à l'enfance. Il met en présence des personnes qui peuvent s'être perdues de vue depuis de nombreuses années, voire ne s'être jamais rencontrées alors que le couple, s'il n'est plus lié par le lien conjugal, peut avoir en commun l'intérêt et le sort de ses enfants. Cette absence d'intérêts communs ou d'histoire commune est encore plus apparente en cas de recomposition familiale de l'auteur commun.

Dans ce domaine, les modes alternatifs de règlement des différends (dits MARD) peuvent apparaître particulièrement adaptés car le tribunal n'est pas le lieu où les passions ont vocation à être analysées. Le rôle de la justice est de trancher le conflit en vertu de la règle de droit, non de rétablir le dialogue entre les plaignants. Ces techniques de résolution du conflit ont avant tout pour objectif le rétablissement du dialogue et la mise en place d'échanges constructifs.

(436) La littérature regorge d'exemples de conflits familiaux. On peut citer François Mauriac qui dresse le portrait de sa famille, intéressée et cupide. «...et lorsque j'ai revu au complet, cette meute familiale assise en rond devant la porte et m'épiait, je suis obsédé par la vision des partages, de ces partages qui vous jeteront les uns contre les autres car vous vous battez comme des chiens autour de mes terres, autour de mes titres.» (Le nœud de Vipères, Chap. 6).

CHAPITRE I

LES DIFFÉRENTS MARD ET LEURS DÉFINITIONS

502. La médiation et la conciliation constituent toutes deux des modes alternatifs de règlement des différends. Elles sont parfois confondues l'une et l'autre car leurs champs d'application peuvent se recouper. Dans ces deux processus, un tiers neutre et indépendant tentera de rétablir le dialogue entre les plaignants. Il s'agit avant tout de modes amiables de résolution du conflit. Le droit collaboratif, quant à lui, consiste à négocier entre les parties et leurs conseils avocats une solution globale. L'arbitrage consiste, lui, dans une justice privée, délivrée par un tiers ou un collège de personnes indépendantes, choisies par les protagonistes. Il s'agira ainsi plutôt d'un mode alternatif de règlement du conflit, par opposition à la justice, institution étatique. Quant à la transaction, plus qu'un processus, elle est avant tout l'accord auquel ont abouti les parties en conflit.

Ces modes alternatifs de règlement des différends répondent à la volonté d'autodétermination de l'individu qui souhaite participer activement à la mise en place de solutions le concernant. Il s'agit ainsi d'une logique de processus participatif ou l'individu souhaite être acteur, sujet et non objet.

Le processus de déjudiciarisation qui irrigue notre droit de la famille depuis ces dernières années, répond et accompagne cette volonté participative du citoyen, que ce soit en matière de succession, d'incapacité, ou encore de divorce. Depuis le 1^{er} janvier 2017⁽⁴³⁷⁾, deux personnes mariées et capables peuvent ainsi rompre leur mariage et organiser les conditions de leur séparation hors de l'intervention judiciaire, par un processus de rupture contractuelle.

Section I – La médiation et la conciliation : comment les distinguer ?

503. Les Directives Européennes ne les distinguent pas et dans les textes, elles sont parfois confondues, en dépit de leurs différences.

La médiation se définit comme un processus qui vise à rétablir une communication défailante entre des personnes, sous l'égide d'un tiers neutre, afin de les aider à régler leur différend.

Le but est avant tout de permettre aux personnes en conflits « les médiés » de trouver la solution par elles-mêmes, et non décidée par un juge, sous l'impulsion d'un tiers appelé le médiateur, désigné par elles ou, avec leur accord, par le juge en charge du litige.

La conciliation tend à atteindre un résultat similaire mais avec un rôle plus actif du conciliateur dans la réalisation de l'accord.

La médiation et la conciliation conventionnelles existent aux cotés de la médiation et la conciliation judiciaires.

(437) Loi du 18 novembre 2018, dite J21, art. 50 ; art. 229-1 C. civ.

L'article 1530 du Code de procédure civile donne une définition de la médiation conventionnelle, assimilée par ailleurs à la conciliation conventionnelle.

Il semble qu'il faille considérer que la conciliation peut se différencier de la médiation, tout d'abord dans la place assignée au tiers qu'est le médiateur ou le conciliateur ainsi qu'à leurs statuts respectifs.

Sous-section I – *Les rôles distincts du médiateur et du conciliateur*

504. Le rôle du médiateur consiste à œuvrer, à l'aide notamment de techniques de reformulation, dans le but de rétablir le dialogue entre les parties. Le conciliateur semble avoir un rôle, non pas plus important, mais légèrement différent car il apparaît dans les textes comme ayant une part plus active pour suggérer une solution et donner son avis. En fait, le médiateur peut apparaître comme un « accoucheur » de la solution que les médiés portent en eux mais ne parviennent pas à dégager ; le conciliateur, quant à lui, peut proposer des solutions, ce qu'en théorie le médiateur ne peut pas faire.

De par cet effacement relatif du médiateur au profit des médiés, la médiation doit être proscrite dans des situations de violence. Expressément exclue par les textes en matière de violence familiale au sein du couple⁽⁴³⁸⁾, on peut s'interroger sur son opportunité dans des cas de règlement de successions contentieuses lorsque des violences familiales, physiques ou morales ont été commises et, ce, même si elles ont cessé. La partie victime pourra difficilement faire abstraction de ces sévices et le lien pourra ainsi difficilement être renoué. La conciliation paraît alors plus indiquée, de par le rôle interventionniste du conciliateur. Néanmoins, ces techniques, dans ces cas, doivent être utilisées avec précaution.

Sous-section II – *Leurs statuts respectifs*

505. Médiateur et conciliateur sont soumis tous deux à une déontologie identique : la confidentialité et l'impartialité doivent régir leur intervention. Il existe plusieurs formations de médiateurs, mêlant les matières juridiques et psychologiques. Le conciliateur, quant à lui, doit suivre impérativement une formation délivrée par l'École Nationale de la Magistrature. Il est sous l'autorité du juge.

Tout à la fois soucieux d'organiser des solutions négociées entre les parties et mù par un souci nécessaire d'économie judiciaire, le législateur promeut depuis ces dernières années le développement des MARD, dans le sillage du législateur européen⁽⁴³⁹⁾. La loi J21⁽⁴⁴⁰⁾ consacre son titre II aux modes alternatifs de règlement

(438) Le recours à la médiation familiale est prohibé si des violences ont été commises au sein de la famille (V. art. 373-2-10, al. 2 C. civ.). La loi se met ici en conformité avec la Convention d'Istanbul du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences domestiques, ratifiée par la France.

(439) L'Union Européenne envisage la médiation comme un mode efficace de résolution des différends. V. Directive (CE) n° 2008/52 du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

(440) Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite J21.

des différends. Les articles 56⁽⁴⁴¹⁾ et 58⁽⁴⁴²⁾ du Code de procédure civile⁽⁴⁴³⁾ requièrent des parties que soit envisagée une solution amiable avant toute saisine du juge. Cependant, la seule sanction de cette absence de diligences consiste pour le juge à proposer une médiation ou une conciliation⁽⁴⁴⁴⁾, selon la nature du litige⁽⁴⁴⁵⁾. Cependant, en matière de règlement des successions, la loi est beaucoup plus dirigiste puisqu'elle exige impérativement, dans l'assignation judiciaire en partage « les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable ». Il s'agit d'une fin de non-recevoir, non susceptible d'être régularisée postérieurement à l'assignation, par une sommation interpellation adressée aux coindivisaires⁽⁴⁴⁶⁾. Ces diligences peuvent ainsi consister en une tentative de médiation.

Dès lors qu'un processus amiable de règlement du litige est en cours, la prescription de la demande est suspendue⁽⁴⁴⁷⁾. Cette suspension permet de promouvoir ces procédés alternatifs en assurant les parties qu'il ne pourra pas leur être opposé, à la fin des pourparlers, la prescription de leur demande.

Le médiateur, comme le conciliateur, est assujéti à une obligation de moyens et non de résultat. Les parties ont pu trouver un accord à leur litige, fût-ce partiellement ou n'être pas parvenues à se concilier.

Il est alors possible pour les parties de régulariser un protocole d'accord qui peut être un acte de transaction. Le protocole mettant fin à la contestation ne constituera pas toujours une transaction car ce contrat suppose qu'il soit constaté, outre l'existence d'un différend, la présence de concessions réciproques intervenues entre les parties.

Section II – La transaction

506. Lors de la rédaction du Code Napoléon de 1804, la transaction, bien que constituant une institution extrêmement ancienne connue du Code Justinien et de l'Ancien droit, n'a été ajoutée qu'à la veille de la promulgation du Code, par le seul Bigot de Préameneu, dans une certaine improvisation, de sorte qu'elle a été très peu débattue par les rédacteurs.

Bigot de Préameneu, rédacteur des articles sur la transaction, s'était inspiré de Domat, selon lequel on pouvait transiger « sans rien donner et sans rien promettre ».

(441) Art. 56, C.P. Civ., in fine : « sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ».

(442) Art. 58, C.P. Civ., in fine : « sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige... »

(443) Tels qu'issus du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015.

(444) En revanche, la saisine du tribunal d'instance, pour les litiges inférieurs à 4 000 euros, effectuée par déclaration au greffe, doit impérativement contenir, à peine de nullité, les diligences entreprises pour aboutir à un règlement amiable du conflit, art. 843, C.P. Civ.

(445) Art. 127, C. pr. civ.

(446) Cass. 1^{re}, 21 nov. 2016, n° 15-23.250 : Dr. fam. 2016, n° 235, note Nicod.

(447) Art. 2238, C. civ.

La loi Justice 21 rappelle la nécessité de concessions réciproques, qu'il avait ainsi écartée, au rebours de l'ancien droit, mais que la jurisprudence avait fréquemment rappelée.

L'article 2044 du Code civil est désormais ainsi rédigé :

« La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit. »

La transaction requiert ainsi deux éléments : une contestation entre des parties et des concessions réciproques des intervenants, mettant fin au litige.

La transaction n'est pas un mode amiable de résolution des conflits. Toutefois, une fois qu'elle est intervenue, elle fait obstacle à la poursuite d'une instance judiciaire entre les parties, ayant le même objet. Elle revêt ainsi un double caractère, à la fois conventionnel et juridictionnel.

Si un accord intervient, transactionnel ou pas, le conciliateur doit le signer alors que ce n'est pas une obligation pour le médiateur. On peut même s'interroger quant à l'opportunité pour le médiateur de concourir à la rédaction de l'accord. En effet, le médiateur doit aborder la responsabilité de la rédaction du protocole d'accord avec prudence car il peut ne pas être couvert par son assurance responsabilité professionnelle. La réglementation de la rédaction d'actes sous seing privé est régie par la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971⁽⁴⁴⁸⁾. Certes, l'article 60 de la même loi permet aux personnes exerçant une activité professionnelle non réglementée, justifiant d'une qualification professionnelle reconnue par l'État, de « rédiger des actes sous seing privé, qui constituent l'accessoire nécessaire de cette activité ». Il est cependant recommandé de conseiller aux parties de faire rédiger leur accord par leurs avocats ou leur notaire.⁽⁴⁴⁹⁾

L'accord ne doit pas porter atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition.

Si l'accord est rédigé par un notaire, il est alors revêtu de la force exécutoire. À défaut, les parties pourront solliciter du juge l'homologation de l'accord, ce qui lui conférera la force exécutoire.

Section III – L'arbitrage

507. L'arbitrage est un mécanisme par lequel plusieurs parties à un différend conviennent de désigner un tiers chargé de les départager. C'est un processus de justice non institutionnelle, fondée sur l'accord de volontés des parties.

Depuis quelques années, le législateur est tenté de déjudiciariser nombre de procédures qui relevaient de l'impérium du juge. Si l'on peut y voir une volonté

(448) Art. 54 et suivants.

(449) V. Le Guide des modes amiables de Résolution des différends, N. Fricéro, Ch. Butruille-Cardew, L. Benrais, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, n° 221.132.

d'économies de moyens judiciaires, cette impulsion traduit aussi le souhait de laisser une certaine initiative et souplesse aux individus.

La Révolution française qui se voulait le chantre des libertés personnelles et individuelles prônait l'arbitrage. De nos jours, on évoque les modes alternatifs de règlement des conflits ou des différends (MARC ou MARD). L'arbitrage ne doit pas être confondu avec des notions, certes voisines, mais qui diffèrent sensiblement dans leurs moyens, leur résultat et la place qu'elles confèrent aux différents protagonistes.

L'arbitre tranche et rend une décision (une sentence) opposable aux parties.

À la différence de la conciliation ou de la médiation, les parties ne vont pas trouver la solution par elles-mêmes. Dans l'arbitrage, les parties vont trouver un accord, non pas sur le litige, mais sur la désignation d'un tiers neutre, digne de confiance et reconnu en la matière, qui rendra une décision, tel un juge.

Il faut maintenant aborder un autre mode alternatif et raisonné du litige qu'est la procédure participative.

Section IV – La procédure participative et le droit collaboratif

508. Le droit collaboratif, très répandu outre-Atlantique, est un processus encadré de négociations ouvert aux parties qui souhaitent aboutir à une solution globale de leur litige. La procédure participative en est une variante.

La procédure participative, intégrée dans notre Code civil en 2011⁽⁴⁵⁰⁾ à la suite du Rapport du doyen Guinchard⁽⁴⁵¹⁾, connaît un développement important en matière familiale et est directement inspirée du droit collaboratif québécois, même s'il a du faire l'objet d'une nécessaire adaptation, afin qu'il puisse prospérer dans notre droit⁽⁴⁵²⁾. Les avocats en ont le monopole, à la différence des autres modes amiables ou alternatifs de règlement des conflits.

L'article 2064 du Code civil dispose en effet, que « toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition ... ».

La convention de procédure participative est explicitée à l'article 2062 du Code civil :

« La Convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige ».

Sa mise en œuvre et ses effets sont régis par les articles 2063 à 2068 du Code civil tout en renvoyant, quant à ses modalités, aux articles 1542 et suivants du Code de procédure civile.

(450) Loi n° 2010-1609, 22 déc. 2010, relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, dite loi Bételle, JO 23 déc. 2010, p. 22552.

(451) Serge Guinchard, l'ambition raisonnée d'une justice apaisée – Rapport du Garde des Sceaux, Doc. fr. 2008, coll. des rapports officiels.

(452) Maryline Bruggeman, La Convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux, D. fam. n° 3, mars 2015, dossier 8.

La convention précise, à peine de nullité, l'objet du litige et les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige ainsi que les modalités de leur échange, comme le préconise l'article 2063 du Code civil. Cet article met ainsi en œuvre une obligation d'échange de documents entre les parties, nécessaires soit à la résolution du différend soit à sa mise en état devant le juge auprès duquel sera porté le litige. La convention de procédure participative peut ainsi œuvrer soit à la résolution du différend soit, plus modestement, à la mise en état de celui-ci.

Il est prévu par ailleurs que cette convention de procédure participative énumère, le cas échéant, les actes contresignés par avocat que les parties entendent établir⁽⁴⁵³⁾, contribuant ainsi à la promotion de l'acte d'avocat.

Le but poursuivi est toujours la recherche de l'accord. La loi Justice 21 élargit encore le périmètre de la procédure participative puisque le recours à cette procédure est permis même si le juge est déjà saisi du litige.

Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige, sans préjudice, en cas d'urgence, que des mesures provisoires ou conservatoires soient requises du juge.⁽⁴⁵⁴⁾

Si les parties, à l'issue de la procédure participative, parviennent à trouver une solution amiable, elle sera mise en forme aux termes d'un protocole rédigé par les avocats, à titre transactionnel, le cas échéant. Les avocats pourront soumettre cet accord à l'homologation du juge⁽⁴⁵⁵⁾, ce qui permettra de lui conférer la force exécutoire. À défaut d'accord dans le délai prévu, les parties soumettront leur différend au juge. Afin de fluidifier ce processus, il est prévu que les parties qui ont régularisé une convention de procédure participative, avant toute saisine du juge, sont dispensées de l'obligation de tentative de conciliation ou de médiation préalable.⁽⁴⁵⁶⁾

Les avocats privilégient la procédure participative au détriment du droit collaboratif car dans ce dernier cas, si le processus échoue, ils devront se déporter du dossier.

(453) Article 2063, 4° : le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État.

(454) Art. 2065 Code civil.

(455) Art. 2066, al. 1 C. civ.

(456) Art. 2066, al. 2 C. civ.

CHAPITRE II

**LE NOTAIRE AUDACIEUX ET ENTREPRENANT
À L'INITIATIVE DE LA RÉOLUTION DU CONFLIT**

509. Pas question pour un notaire de demander à ses clients de revenir le voir lorsqu'ils se seront enfin mis d'accord ! Il lui appartient de leur proposer diverses solutions tout en faisant preuve de bienveillance, d'audace et de créativité.

Section I – Les qualités humaines et relationnelles du notaire, facteurs déterminants de la résolution du conflit à l'amiable

510. Le notaire est le principal interlocuteur entre les héritiers. Il a un rôle d'intermédiaire, de pacificateur des familles. Les relations qu'il développe tant vis-à-vis des clients (sous-section I) que vis-à-vis des intervenants du dossier (sous-section II) influent fortement le règlement du dossier.

Sous-section I – *La relation avec le client*

511. La neutralité et l'impartialité du notaire sont des gages de confiance pour les clients. Les héritiers doivent avoir confiance en leur notaire. Ainsi, lorsque les clients nous interrogent sur le règlement de la succession, nous devons faire preuve d'une grande réactivité et de clarté dans les réponses que nous leur apportons. Leurs demandes ne doivent jamais rester lettre morte. Un simple retard dans la réponse peut générer pour l'héritier une source de stress et de méfiance à l'égard du notaire, l'impression que la succession se règle sans lui... Par notre dynamisme et notre disponibilité nous pouvons éviter de rajouter de la tension aux dossiers difficiles.

Le notaire doit mettre en place une stratégie bienveillante : laisser son intuition le guider dans ce qu'il convient ou non de dévoiler aux clients. Il est parfois judicieux de faire preuve de discrétion et de pas dévoiler systématiquement aux héritiers les demandes formulées par ses cohéritiers. Prenons l'exemple fréquent de la demande de relevé de comptes sur plusieurs années pour contrôler la gestion du frère qui s'est immiscé dans les finances du parent : il est inutile de faire état de cette demande à l'héritier soupçonné : cette information ne ferait qu'aggraver les tensions. Il est préférable de faire la demande auprès des banques et ce n'est qu'après analyse des pièces, si des éléments laissent supposer des virements ou chèques suspects, qu'il y aura lieu d'en faire part à l'héritier.

Le notaire doit être actif dans l'avancement du dossier, proposer voire imposer les rendez-vous si cela s'avère utile. Préalablement aux réunions, il ne faut pas hésiter à établir, et à transmettre aux clients, l'ordre du jour des points qui seront abordés. Cet ordre du jour permettra d'apaiser les clients : ils pourront réfléchir en amont aux questions soumises, préparer leurs argumentaires. Cela peut permettre d'avoir une

ligne directrice dans la tenue du rendez-vous et de ne pas s'éparpiller, ramener les clients à l'essentiel, organiser les idées.

À la fin du rendez-vous : le notaire fixe des délais de réflexion (si certaines questions restent en suspens) et propose de nouvelles dates de réunions afin de rester dans une dynamique active. Il ne doit surtout pas faire preuve d'immobilisme ; il faut donner l'impulsion et surtout ne pas attendre que celle-ci vienne des clients. Il peut établir un compte-rendu de la réunion voire un protocole d'accord (cf. : *supra*), afin d'acter les points d'accord ou de désaccord en indiquant les délais de réflexion imposés aux parties, la prochaine date de réunion et le prochain ordre du jour. Il peut reprendre les expressions employées par les clients mais sans les interpréter ni les déformer.

De même, la tenue des rendez-vous doit être abordée de façon stratégique : il nous semble préférable de commencer par les questions simples, pour finir par les questions épineuses ; nous retiendrons cette même stratégie au moment de la signature des actes. La tenue matérielle de la réunion doit être également réfléchie : recevoir le rendez-vous en deux dates différentes ? Le même jour mais dans deux salles différentes ? Le même jour mais dans le bureau du notaire ou dans une salle de signature ? Les clients sont parfois plus réservés lorsqu'ils sont dans le bureau du notaire qui leur fait face, que lorsqu'ils sont dans une vaste salle de signature.

Lors du règlement d'une succession, les héritiers sont soucieux du respect des délais fiscaux et l'approche de cette échéance peut être un moment propice à la signature d'un accord. Il ne faut jamais négliger cette possibilité.

Le traitement des dossiers conflictuels s'il se révèle éprouvant pour les clients, peut également s'avérer usant pour le notaire. Les délais qui s'allongent, l'empathie ou l'agressivité de certains héritiers peuvent affecter notre impartialité et notre motivation. Se faire assister de son associé ou d'autres professionnels peut être bénéfique au règlement de la succession. Le notaire doit également savoir faire preuve d'humilité et ne pas hésiter à accepter voire encourager l'intervention d'autres professionnels.

Sous-section II – Favoriser la collaboration avec d'autres professionnels

512. Le notaire doit encourager et faciliter la collaboration avec les professionnels tels que les experts (§ 1) et les conseils du client (§ 2).

§ I – LE RECOURS AUX EXPERTS

513. S'entourer de professionnels indépendants et spécialisés permet d'assurer la neutralité du notaire. Il ne faut pas hésiter à recourir aux services d'experts tels que l'expert-immobiliers (pour l'évaluation des biens immobiliers, la détermination de l'indemnité d'occupation etc.), l'expert-comptable (pour les évaluations de parts de société, fonds de commerce), le commissaire-priseur (établir l'inventaire civil des biens mobiliers en vue d'un partage entre les héritiers), les conseillers patrimoniaux (afin de déterminer par exemple le moment opportun pour procéder à la cession de valeurs mobilières) et ou tout autre expert permettant d'avoir un avis objectif et neutre.

§ II – LE CLIENT ASSISTE DE SON CONSEIL

514. Certains clients peuvent souhaiter se faire assister de leur conseil. L'intervention d'un notaire (A) ou d'un avocat (B) ne doit pas être perçue comme un échec mais peut redonner un nouvel élan au règlement de la succession, permettant de conforter le client et donc d'assurer sa coopération pour parvenir à la régularisation de la succession.

A/ Le notaire intervenant en participation

515. Lorsque plusieurs notaires sont chargés du règlement d'une succession, l'article 61 du règlement intercourts prévoit que la préférence est dévolue dans l'ordre suivant :

1. *Au notaire choisi par le conjoint survivant qui n'a pas été privé de tous droits successoraux, ou celui choisi par le partenaire pacsé venant à la succession en l'absence d'héritier réservataire.*
2. *Au notaire choisi par les héritiers réservataires.*
3. *Au notaire choisi par les légataires universels.*
4. *Au notaire choisi par les héritiers non réservataires.*

Le confrère en participation a un rôle important à jouer dans le dénouement des successions difficiles. Intervenant bien souvent à un moment où les différents interlocuteurs du dossier s'épuisent, celui-ci se doit, de par son recul, de proposer une collaboration active à son confrère, en tentant de renouer le dialogue avec son client et ses cohéritiers, en faisant part de ses réflexions juridiques, de ses propositions ; mais ce peut être également en suggérant une répartition des tâches à son confrère (Par exemple : appuyer les demandes du confrère auprès d'interlocuteurs trainants, se charger de débloquer les fonds détenus à l'étranger etc.).

Il se doit d'être une force de proposition.

B/ Les avocats

516. L'intervention d'un avocat doit être vue comme un véritable atout en ce sens qu'il assiste et veille au respect de l'intérêt de son client, permettant ainsi au notaire de conserver son impartialité. Nos professions sont donc complémentaires : si le notaire a un rôle de conseil et d'assistance envers chacune des parties tout au long du dossier, pour autant, il ne doit pas prendre partie pour l'un des héritiers. L'avocat quant à lui, agissant pour les intérêts de son client, pourra le rassurer et le conforter dans la préservation de ses intérêts, permettant ainsi de créer un climat de confiance favorable à la reprise des négociations.

Le caractère absolu du devoir de conseil du notaire ne l'exonère pas de toute responsabilité, quand bien même le client est assisté de son conseil. Le notaire rédacteur doit se ménager des preuves de reconnaissances de conseils donnés ou acter l'information dans les actes signés afin de prouver l'information faite au client.

Outre ses qualités personnelles le notaire doit avoir une parfaite connaissance et maîtrise des outils juridiques mis à sa disposition pour parvenir au règlement de la succession.

Section II – Les outils juridiques au service du notaire

517. Le notaire peut envisager des solutions ponctuelles au règlement de la succession, en proposant d'aménager les règles de la transmission ou de la dévolution successorale (sous-section I) ou prévoir un accord global au moyen du protocole d'accord et du partage transactionnel (sous-section II).

Sous-section I – *Aménager les règles de la transmission et de la dévolution successorale*

518. Lorsque le conflit tient à la personne ou à l'étendue du legs, le notaire doit avoir comme réflexe de penser au fait qu'il est possible de modifier la dévolution, en proposant la renonciation à succession (§ 1), ou d'aménager l'étendue du legs, en proposant à l'héritier de cantonner son émolument. (§ 2)

§ I – *UNE DÉVOLUTION RÉFLÉCHIE : LA RENONCIATION À LA SUCCESSION*

519. Certains blocages peuvent parfois être dénués de tout fondement juridique, et résulter uniquement des relations entre les héritiers. Lorsque le conflit provient d'une mésentente ou d'une rancœur familiale, le notaire peut conseiller à l'un des héritiers de renoncer à la succession : permuter un héritier afin d'apaiser le contexte familial peut se révéler parfois judicieux.⁽⁴⁵⁷⁾

Le délai d'option de l'héritier est de dix ans à compter du décès. La renonciation doit intervenir avant que l'héritier n'ait accepté de façon expresse ou tacite la succession (attention à ne pas effectuer d'opération pouvant valoir acceptation tacite de la succession, ex : déblocage des comptes).

Si un acte de notoriété a été signé, il faudra établir un acte rectificatif et procéder également à la mention de l'acte de notoriété rectifié en marge de l'extrait d'acte de décès. C'est une des raisons pour lesquelles, il est déconseillé de faire opter les héritiers dès la signature de cet acte.

Pour être opposable aux tiers, la renonciation se fait soit par déclaration faite auprès du tribunal de Grande Instance du lieu d'ouverture de la succession soit, à compter du 1^{er} novembre 2017, par devant notaire (article 804 du Code civil).

(457) Elle offre également à l'héritier renonçant un montage patrimonial intéressant puisqu'elle lui permet de transmettre de façon anticipée son patrimoine à ses descendants, tout en bénéficiant d'une fiscalité intéressante.

La renonciation doit être pure et simple, sans bénéficiaire désigné, à défaut, en cas de renonciation « *in favorem* », l'administration fiscale considère qu'il y a eu acceptation par l'héritier renonçant et par conséquent soumet l'opération à une double taxation fiscale.⁽⁴⁵⁸⁾

§ II – UNE TRANSMISSION SUR-MESURE : LE CANTONNEMENT

520. Les largesses du testateur, tel qu'un legs universel au profit du conjoint de la seconde union ou du concubin, sont souvent mal accueillies par les héritiers, qui se sentent spoliés. Le cantonnement doit être un réflexe lorsque le défunt a consenti des legs dépassant la quotité disponible : il faut proposer l'aménagement du legs, essayer de trouver un accord entre le légataire et les héritiers.

Le cantonnement est la faculté pour le bénéficiaire d'une libéralité à cause de mort de limiter ses droits à une partie seulement de la libéralité.

Le cantonnement est possible lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- il existe une donation entre époux (art. 1094-1 al. 2) ou un legs (art. 1002-1),
- le testateur n'a pas écarté la faculté pour le gratifié de cantonner,
- l'un des héritiers doit avoir accepté la succession (afin d'éviter que l'objet du cantonnement ne tombe en déshérence).

Lorsqu'un légataire bénéficie de plusieurs legs, il peut cantonner chaque legs. De même qu'un héritier, institué également légataire, peut renoncer à la succession et n'accepter que le legs qui pourra faire l'objet d'un cantonnement.

Le cantonnement n'est pas applicable à l'assurance-vie, au testament-partage, aux avantages matrimoniaux, aux libéralités entre époux de biens présents même prenant effet au décès (ex : usufruit successif). Le cantonnement ne peut pas servir à refuser la charge grevant le legs.

Il convient d'être vigilant quant à la signature de certains actes, notamment l'option par le conjoint, qui pourrait entraver l'exercice du cantonnement. En effet, dès que l'option du conjoint est portée à la connaissance des héritiers ou d'un tiers, l'option est irrévocable.

La rédaction du testament ou de la donation entre époux offrira un panel plus ou moins large au gratifié pour exercer et cantonner sa libéralité.

Il y a lieu d'envisager deux hypothèses :

A/ La libéralité porte sur une universalité

521. C'est par exemple le cas en présence d'une donation entre époux avec réduction facultative en présence de descendants : « *Je lègue à mon conjoint l'universalité de ma succession, si la réduction est demandée...* ».

(458) Cass. Com., 26 juin 2012 n° de pourvoi 11-21160 – Il convient d'être vigilant sur la renonciation au legs compris dans un partage transactionnel : « *La renonciation à une succession, incluse dans une transaction et assortie de contreparties qui en constituent le prix, faite au profit de tous les cohéritiers indistinctement par un héritier qui en a perçu le prix, emporte de sa part acceptation de la succession, en application de l'article 780 du Code civil.* »

Le gratifié peut cantonner son émolument de deux façons :

La première, en prélevant un bien successoral : dans ce cas, il n'y a pas d'indivision, le bien est prélevé avant tout partage successoral et n'engendre aucun droit de partage.

- Ce type de cantonnement est particulièrement intéressant en cas de mésentente familiale : le gratifié évite ainsi l'indivision successorale et les négociations pour parvenir à un partage incertain et onéreux.

La seconde, en cantonnant son legs à une quotité de la succession : le gratifié se retrouve alors en indivision avec les héritiers et dans ce cas, seul un partage permet d'allotir le gratifié et les héritiers des biens successoraux.

2°/ La libéralité porte sur une quotité de la succession

C'est par exemple le cas en présence de la donation entre époux avec réduction automatique en présence de descendants : « *Je lègue à mon conjoint les quotités permises entre époux* ». Le conjoint se retrouve automatiquement en indivision avec les héritiers. Dans ce cas, il y a dès le décès indivision entre le gratifié et les héritiers. Le cantonnement à un bien successoral ne pourra être envisagé qu'après partage de la succession, rendant ainsi exigible le droit de partage de 2,50 % sur l'actif net partagé.

- Ce type de clause doit être écarté si l'on souhaite favoriser le conjoint.
- La libéralité universelle doit donc être privilégiée afin que le cantonnement soit pleinement efficace.

Exemple :

Aux termes de son testament olographe, Monsieur C. avait laissé pour recueillir sa succession ses neveux et avait consenti à divers amis des legs particuliers nets de tous frais et droits. Le cumul de la valeur des legs particuliers et de l'ensemble des droits de succession à la seule charge des neveux, rendait la succession déficitaire. Après des mois de négociation et la menace d'une procédure judiciaire, c'est par cette technique du cantonnement des legs particuliers au marc le franc, selon les dispositions de l'article 1002-1 du Code civil, que les parties ont pu aboutir à un accord et au règlement de la succession

D'un point de vue civil et fiscal, les biens reçus par les héritiers suite à l'exercice du cantonnement ne constituent pas des libéralités faites par le gratifié aux héritiers.

L'article 788 bis du Code général des impôts prévoit expressément que les biens recueillis suite à l'exercice du cantonnement sont réputés transmis à titre gratuit par le défunt (et non par le gratifié qui cantonne).

Sous-section II – Une transmission orchestrée par l'intermédiaire du notaire : le protocole d'accord et la transaction

522. « *Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* », cette citation de Balzac est souvent reprise lors des argumentaires faits au client pour tenter de les raisonner et de parvenir à un règlement amiable.

Ces arrangements pourront être formalisés aux termes d'un protocole d'accord (§ 1) ou/et d'un partage transactionnel (§ 2).

§ 1 – LE PROTOCOLE D'ACCORD

523. Le protocole d'accord est l'acte authentique ou sous seing privé, qui va sceller les différents accords intervenus entre les héritiers. Dans le cadre de sa préparation, les échanges entre les héritiers et leurs conseils doivent prévaloir, d'où la nécessité de multiplier les rencontres, si possible en présence de toutes les parties.

Le protocole d'accord peut être global et dans ce cas, tout point de mésentente doit être minutieusement analysé et la liquidation opérée. Aucun point ne doit être omis car c'est sur cet équilibre fragile et global que repose la bonne exécution du protocole d'accord. Le protocole global doit donc être exhaustif.

S'il contient la liquidation de la succession et les attributions définitives au regard du droit des parties, il vaudra partage.

Parfois, l'enlisement dans le conflit est tel, qu'il est impossible de proposer aux héritiers une solution globale. Le notaire avancera par petites étapes en suggérant un ou plusieurs protocoles limités à une ou plusieurs opérations ponctuelles afin de traiter, au coup par coup, les différents points de blocage (déterminer les conditions de mise en vente d'un bien immobilier, les modalités de licitation, la cession de parts de société etc...). Le partage définitif n'interviendra alors qu'à l'issue de ces différents accords.

Nous vous proposons ci-après une liste non exhaustive des points pouvant être tranchés dans un protocole d'accord ou/et un partage, ainsi que quelques pistes de réflexion :

A/ L'interprétation du testament

524. Parfois, les litiges résultent de l'ambiguïté des dispositions testamentaires. Le contentieux en ce domaine est diversifié et abondant, et se trouve alimenté essentiellement par les testaments olographes. Les enjeux varient suivant qu'il s'agit de l'efficacité, de la validité ou de l'étendue des dispositions contenues dans le testament.

L'interprétation des testaments est une question de fait qui relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond⁽⁴⁵⁹⁾, qui ne peut toutefois dénaturer les clauses qu'ils contiennent⁽⁴⁶⁰⁾. Il convient de rechercher l'intention réelle du testateur et non pas de retenir la dénomination employée par lui. Le notaire ne saurait, en aucun cas, se substituer au juge.

Dès lors, soit l'une des parties conteste le testament et il lui appartiendra de saisir le juge du fond aux fins de faire annuler ou interpréter les dispositions confuses, soit les parties se mettent unanimement d'accord pour opérer amiablement une interprétation de la volonté du défunt.

(459) Cass. civ. 1^{re}, 14 février 1984 Defrénois 1985, article 33501, 3^e espèce.

(460) Civ. 1^{re}, 9 juillet 1958 « Vu l'article 1134 du Code civil ; si l'interprétation de la volonté du défunt, exprimée dans son testament, appartient exclusivement au juge du fond, ceux-ci ne peuvent néanmoins refaire le testament en méconnaissant le sens des dispositions dépourvues d'ambiguïté en se référant à des éléments d'appréciation extérieurs à ce document ».

B/ La qualification des opérations juridiques antérieures au décès

525. De son vivant, le défunt a pu réaliser des opérations (remise d'une somme d'argent, aide financière, mise à disposition d'un logement à titre gratuit ou contre loyer modéré à un enfant...) dont la qualification juridique est incertaine : ces opérations doivent-elle être analysées en don ? Prêt ? Obligation alimentaire ou devoir d'établissement ?

Le protocole d'accord tranchera sur chacune de ces situations et les parties s'interdiront, à compter de sa signature, d'invoquer l'existence de quelque libéralité que ce soit, réelle ou supposée, que le défunt aurait pu consentir de son vivant, à telle ou telle partie, sous une forme ou sous une autre, autre que celles qui figureront dans le protocole.

C/ Difficulté quant à la liquidation du régime matrimonial des époux

526. Comme cela a déjà été vu en première partie, peuvent soulever également des difficultés, la nature de certains biens propres ou communs, l'établissement des comptes de récompenses et de créances entre époux ou plus généralement la détermination du régime matrimonial notamment dans un contexte international.

Il n'est pas rare de rencontrer des situations dans lesquelles le défunt et son conjoint, en application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 susvisée en première partie, se trouvent soumis à la loi d'un État ne connaissant pas la notion de régime matrimonial lors du règlement d'une succession⁽⁴⁶¹⁾ ou encore se retrouvent soumis à plusieurs régimes matrimoniaux successifs au cours de leur vie maritale du fait de la mutabilité automatique prévue à l'article 7. Les héritiers parfaitement informés de l'application de la règle de droit international privé à leur situation peuvent alors convenir de ne pas l'appliquer et déroger conventionnellement à la loi normalement désignée par la règle de droit international privé (accord procédural).

D/ Les contrats d'assurance-vie

527. La désignation de la clause bénéficiaire peut être ambiguë et peut nécessiter une clarification, ou encore les héritiers peuvent s'entendre pour intégrer les capitaux décès à la liquidation, afin d'éviter un contentieux judiciaire portant sur les primes manifestement exagérées.

À noter, que tout comme un testament, l'interprétation d'une clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie est une question de fait qui appartient au pouvoir souverain du juge du fond qui va rechercher la volonté du souscripteur.

(461) Des époux mariés sans contrat de mariage à New York et y ayant fixé leur première résidence habituelle après le mariage, sont soumis au régime matrimonial de l'État de New York. Or, suivant cette loi, la liquidation du régime matrimonial dans le cadre d'une procédure de divorce, est effectuée par le juge selon la règle de la « répartition équitable des biens ». C'est un régime matrimonial qui fonctionne comme une séparation de biens pendant le mariage mais qui se rapproche d'un régime « communautaire » lors de sa dissolution en effectuant une « division équitable » des biens matrimoniaux. Cette « répartition équitable des biens » peut entraîner l'attribution à l'époux dont les droits sont les moins importants, d'une compensation financière de façon à rétablir l'équité, en considération de critères tels que les revenus, le patrimoine de chaque époux, la durée du mariage, l'âge des époux et leur état de santé, la situation financière future et probable du conjoint. Toutefois, la notion de régime matrimonial n'existe pas dans cet État à l'occasion du règlement de la succession. Comment le notaire français va-t-il procéder à cette liquidation ?

E/ Le rapport des donations et l'évaluation des biens

528. Les questions classiques portant tant sur le mécanisme du rapport en lui-même que sur le montant et les modalités des rapports peuvent y être tranchées. Quelles évaluations ou modalités d'évaluation retenir pour le partage des biens successoraux ? Le notaire soumettra aux parties le choix du recours à un expert judiciaire, au service expertise de la Chambre des notaires ou à une agence immobilière.

F/ La valorisation fiscale ou économique de l'usufruit

529. En matière civile, aucune méthode n'est prescrite par les textes aux fins de déterminer la valeur d'un usufruit. En principe, celle-ci tient compte de sa valeur économique⁽⁴⁶²⁾.

Le barème fiscal, édicté à l'article 669 du Code général des impôts, ne s'impose qu'en matière de liquidation des droits de mutation⁽⁴⁶³⁾.

Les parties peuvent librement décider des modalités d'évaluation de l'usufruit mais à défaut d'accord entre les parties, il semble qu'il convienne de retenir une valeur économique de l'usufruit pour les biens immobiliers devant encore faire l'objet du partage.

Ainsi, afin d'aboutir à un accord avec les enfants d'une première union, le conjoint survivant pourra consentir à accepter de convertir son usufruit en pleine propriété suivant les modalités de l'article 669 du Code général des impôts alors que l'usufruit économique lui serait bien plus favorable.

G/ Les modalités de mise en vente des biens non partagés

530. Bien souvent, le différend porte sur les modalités de la mise en vente des biens restant indivis entre les héritiers. Le protocole d'accord contiendra impérativement : la date de la mise en vente, le prix net vendeur, le prix de présentation, la désignation des professionnels mandatés, leur rémunération, la durée de leurs mandats. Les parties donneront tous pouvoirs au notaire de constituer le dossier de vente et de choisir tout professionnel de son choix pour établir les diagnostics techniques des immeubles et régler les frais y afférent.

Si l'on s'en tient à ces seules décisions, à défaut d'offre au prix fixé dans le protocole, la vente pourra durer des années. Dans ce cas, il nous paraît indispensable de prévoir une diminution du prix automatique au bout d'un certain délai.

(462) Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, Bull., I, n° 76 « ...que l'évaluation de l'usufruit devait se faire en tenant compte de l'âge de l'usufruitière et du revenu net qu'elle pouvait espérer obtenir des actions vendues... ».

(463) CA Dijon, 22 octobre 2009, n° 08/01468 « En droit, il est constant que l'article 669 du Code général des impôts ne s'impose qu'en matière fiscale et que l'évaluation de la part d'usufruit doit se faire compte tenu de l'âge de l'usufruitière et du revenu qu'elle pouvait espérer du bien vendu ».

CA Douai, 12 décembre 2011, Juris-data n° 2011-033295 « Il existe, à l'article 762 du Code général des impôts, un barème fiscal qui, aux fins de taxation des mutations par décès, fixe la valeur respective de l'usufruit et de la nue-propriété en fonction de l'âge de l'usufruitier. Cependant, l'application de ce barème fiscal n'est pas obligatoire en dehors de la liquidation des droits de mutation, l'évaluation de l'usufruit devant se faire en tenant compte de l'âge de l'usufruitier et du revenu net qu'il peut espérer des fonds sur lesquels porte son usufruit ».

➡ Proposition de clause

Si aucune offre n'est intervenue dans un délai de six mois, les parties conviennent de diminuer le prix net vendeur exigé dans les mandats de 3 %, sauf meilleur accord entre elles, et d'accepter toute offre d'achat correspondant à ces conditions.

Il en ira ainsi tous les six mois en cas d'absence d'offre.

Les parties décideront à l'unanimité de changer ou non d'agence.

Toutes les parties s'engagent à signer les offres remplissant les conditions ci-dessus visées dans les sept (7) jours de l'envoi par courriel par le notaire soussigné desdites offres.

Toute offre d'achat inférieure au montant ci-dessus indiqué devra être présentée aux coindivisaires. L'offre ainsi faite pourra être acceptée à l'unanimité des coindivisaires.

Les coindivisaires partageront le produit net de la vente, après déduction des frais à la charge des vendeurs (factures du diagnostiqueur, contrôle assainissement etc.), des plus-values immobilières, des honoraires du syndic, des charges de copropriété et des comptes de proratas), à proportion de leurs droits respectifs tels que déterminés ci-après. Ils donnent d'ores et déjà pouvoir au notaire soussigné de répartir le solde net du prix de vente dans les proportions suivantes...

H/ Les clauses pénales permettant de garantir l'exécution du protocole

531. Il peut être important de prévoir des indemnités journalières si l'une des parties retarde l'exécution du protocole notamment lorsque celui-ci est global et que le partage devra intervenir seulement quelques semaines plus tard pour des raisons liées à la publicité foncière.

➡ Proposition de clause :

Les parties s'obligent à réitérer le présent accord valant partage par acte notarié à recevoir par Maître I dans les deux mois qui suivront l'envoi du projet par Maître I à leurs conseils.

La partie défaillante devra aux autres une indemnité de mille euros par jour de retard à titre d'astreinte forfaitaire.

I/ Le montant et la prise en charge des frais d'acte

532. Nous constatons régulièrement que lorsque le montant des frais (coût de l'acte et de la fiscalité) et la répartition de leur prise en charge entre les parties, ne sont pas fixés dans le protocole, sa mise en œuvre échoue très régulièrement.

Il faut sensibiliser les avocats sur ce point : le protocole d'accord doit impérativement mentionner les frais occasionnés et leur prise en charge.

J/ Les droits des parties et les attributions

533. En principe, le montant des attributions doit correspondre aux droits de chacune des parties définis suivant les règles légales de liquidation matrimoniale ou successorale. Conformément à l'article 826 du Code civil, chaque copartageant doit recevoir un lot correspondant en valeur à ses droits dans l'indivision.

À l'issue de longs pourparlers entre héritiers en conflit, il n'est pas rare d'aboutir à un partage inégal, quand bien même il est préférable d'éviter cette technique, pouvant être source de lésion ou de requalification.

En effet, au plan fiscal, le partage inégal, présente le risque que l'héritier qui est insuffisamment alloti, eu égard à ses droits dans la masse indivise, soit réputé avoir consenti une donation déguisée.

Toutefois, la stipulation d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil (l'existence d'un litige né ou à naître et l'abandon des prétentions moyennant des concessions réciproques) peut permettre d'écarter le risque de requalification.

C'est seulement en l'absence de concessions réciproques (l'une des parties renonce seule au rapport successoral), qu'il n'y a pas transaction mais donation⁽⁴⁶⁴⁾. Le déséquilibre des concessions réciproques n'est pas, à lui seul, constitutif d'une donation.

Il appartient à l'Administration fiscale d'apporter la preuve de cette intention libérale et ceci dans le cadre de la procédure de répression des abus de droit, prévue à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales.

§ II – LA TRANSACTION

534. Le protocole d'accord et/ou le partage successoral peuvent contenir une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil (*Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 art. 10*).

Pour qu'il y ait transaction il faut donc :

- l'existence d'un litige présent ou à venir, judiciaire ou extrajudiciaire,
- et que la transaction y mette fin au moyen de concessions réciproques effectuées par les parties.⁽⁴⁶⁵⁾

Les concessions doivent être réciproques mais il n'est pas nécessaire qu'elles soient d'ampleurs équivalentes.⁽⁴⁶⁶⁾ Les conventions dérisoires pourront être requalifiées ou jugées nulles.⁽⁴⁶⁷⁾

A/ Forme

535. La transaction peut être constatée par acte judiciaire, acte sous seing privé ou acte authentique. Les transactions portant sur les biens immobiliers doivent

(464) BOI-ENR-DG-20-20-50, § 240 ; 12 sept. 2012 ; Dict. enr., *Transactions*, n° 4325, p. 1036.

(465) L'absence de concessions réciproques entraîne la nullité de l'acte – Cass. 1^{re} Civ. 9 juillet 2003, n° 01-11.963 Jurisdata n° 2003-019815.

(466) Cass. soc., 17 mars 1982, n° 80-40.455 : JurisData n° 1982-700635 ; Bull. civ. 1982, V, n° 180.

(467) Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-43.635 : JurisData n° 2000-007130 ; Bull. civ. 2000, V, n° 399 ; JCP G 2001, IV, 1178.

obligatoirement être dressées en la forme authentique pour pouvoir être publiées au service de publicité foncière. Si la transaction est établie sous seing privé, l'acte devra être établi en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, à moins que les parties conviennent de remettre à un tiers l'unique exemplaire (Art. 1325 du Code civil).

B/ Objet et clauses

536. Seuls sont concernés par la transaction les droits patrimoniaux dont les parties ont la libre disposition.

C/ Capacité des parties

537. « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction » (art. 2045), il faut donc être majeur et avoir la capacité civile.

- le majeur sous curatelle peut transiger avec l'accord de son curateur (art. 467 al. 1) ou à défaut, avec l'accord du juge des tutelles (art. 469 al. 3).

- le majeur sous tutelle : le tuteur devra obtenir l'accord du conseil de famille ou du juge des tutelles (art. 506),

- le mineur sous l'administration de ses deux parents ou de l'un seulement de ses parents : il faudra obtenir au préalable l'accord du juge des tutelles (art. 387-1-4°),

- le mineur émancipé quant à lui peut transiger puisqu'il a la pleine capacité civile (art. 413-6 al. 1).

D/ Effets et exécution

538. La transaction a force obligatoire (art. 1103 du Code civil « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ») mais la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a supprimé l'autorité de la chose jugée reconnue, entre les parties, à la transaction.

La transaction est sans effet à l'égard des tiers, elle ne peut créer des droits à leur profit ni mettre à leur charge des obligations.

S'agissant d'un contrat synallagmatique, si l'une des parties ne respecte pas ses engagements, l'autre dispose de deux recours pour le faire exécuter : l'exécution forcée ou la résolution.

Si la transaction est établie par acte sous seing privé : il faudra demander l'homologation par le juge, la partie diligente peut recourir au juge afin de contraindre l'autre partie à respecter ses engagements.

Si la transaction est établie par acte authentique, elle bénéficie de la force exécutoire.

E/ L'action en complément de part

539. Il convient ici de souligner que le caractère transactionnel et forfaitaire d'un partage n'est pas un obstacle à l'action en complément de part⁽⁴⁶⁸⁾ pour lésion⁽⁴⁶⁹⁾, dont les règles protectrices sont d'ordre public. Ainsi, les copartageants ne peuvent valablement renoncer à s'en prévaloir aux termes de l'acte de partage qui met fin à l'indivision.

Dès lors que la transaction a pour objet de faire cesser l'indivision, elle est assujettie à cette action en complément de part.

En revanche, l'action en complément de part n'est pas recevable à l'encontre d'une simple transaction consécutive au partage et qui aurait pour objet la résolution des difficultés résultant de celui-ci.

Il est classiquement admis qu'un partage transactionnel est susceptible de donner prise à une action fondée sur la lésion, et la solution s'impose d'autant plus aujourd'hui que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a supprimé les dispositions de l'ancien article 2052 du Code civil qui excluait expressément la rescision pour lésion de la transaction (de droit commun)⁽⁴⁷⁰⁾.

➡ En pratique

Il faut déterminer de façon précise, dans l'acte de partage, les litiges opposant les parties, reprendre de façon exhaustive les concessions faites par chacune des parties, et constater les déclarations des parties aux termes desquelles elles indiquent souhaiter mettre fin définitivement au litige existant entre elle ; il faudra donc prévoir le désistement à toute action judiciaire.

Le partage résulte généralement des efforts de conciliation mis en œuvre par le notaire et les conseils des parties. Rappelons qu'à ce titre, le notaire a droit à des honoraires de transaction.⁽⁴⁷¹⁾

Lorsque le partage contient une transaction, celle-ci « fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet » (Article 2052 du Code civil).

(468) Article 889 du Code civil : « Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage ».

(469) S. Mazeaud-Leveneux, J.-Cl. Civil Code, art. 889 à 892, fasc. unique, n° 1, la lésion « est le préjudice subi par un copartageant qui n'obtient pas, par le partage, l'équivalent en propriété divise de sa part indivise. Elle est une perte subie personnellement par le copartageant lésé par rapport à ce qu'il aurait dû recevoir ».

(470) CRIDON Sud-Ouest question numéro 4869 du 8 novembre 2017.

(471) Pour les dossiers ouverts avant parution du nouveau tarif (1^{er} mai 2016) : ces dossiers restent soumis à l'ancien tarif, les émoluments de partage sont doublés mais peuvent faire l'objet d'une remise totale ou partielle.

Pour les dossiers ouverts après parution du nouveau tarif : les émoluments sont fixés conventionnellement avec le client.

Comme le retient la Cour Suprême du Canada, « il y a une nécessité sociale de premier ordre à ce que les litiges ne recommencent pas indéfiniment sur le même sujet »⁽⁴⁷²⁾...

Toutefois, lorsque le notaire ne parvient pas à concilier les parties malgré ses efforts renouvelés, et que celles-ci seront amenées à entretenir des relations entre elles à l'avenir, il faut l'encourager vivement à recourir aux modes alternatifs de résolution des conflits.

Si la conciliation s'avère pertinente dans bien des cas, la médiation peut être une solution lorsque les parties doivent recréer, entre elles, un lien rompu. Le fait de trouver elles-mêmes la solution à leur conflit permet généralement une issue bien plus pérenne.

CHAPITRE III

LE RÔLE DU NOTAIRE DANS LE DÉVELOPPEMENT DE LA MÉDIATION

540. La médiation se définit comme un processus par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur différend, avec un tiers, le médiateur choisi par elles ou désigné par le magistrat saisi du litige.

Le tiers a pour mission d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose⁽⁴⁷³⁾.

La médiation offre la possibilité de :

- Pacifier le conflit en permettant à chacun :
 - d'exprimer ses ressentis,
 - de s'expliquer,
 - de participer à la restauration du dialogue,
 - de préserver les relations futures ;
- Responsabiliser les parties en leur permettant de trouver elles-mêmes une solution à leur litige ;
 - Trouver un accord :
 - rapidement,
 - au plus près des intérêts de chacune des parties, dans le respect de leurs droits et obligations respectifs,
 - durable,
 - exécutable sans difficultés parce qu'accepté.

(472) Cour Suprême du Canada, 4 oct. 1991, Roberge c/ Bolduc : RCS 1, p. 402.

Nous verrons que si la démarche est nouvelle pour le notariat, la profession s'est mise en ordre de marche et s'est organisée pour proposer la médiation et/ou devenir médiateur⁽⁴⁷³⁾.

Section I – Un processus récent

541. On distingue médiation judiciaire et médiation conventionnelle. La médiation judiciaire est à l'initiative du juge et la médiation conventionnelle à l'initiative des parties et/ou de leurs conseils.

Sous-section I – *Un peu d'histoire et de procédure*

§ 1 – *LES TEXTES QUI RÉGISSENT LA MÉDIATION*

542. La médiation judiciaire est régie par la loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative complétée par un décret du 22 juillet 1996. Les articles 131-1 à 131-15 étaient créés et insérés dans le Code de procédure civile.

Cette loi a été modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, qui a transposé la directive européenne n° 2008/52 du Parlement européen⁽⁴⁷⁴⁾ et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ratifie l'ordonnance du 16 novembre 2011 précitée et étend la médiation notamment aux tribunaux administratifs.

Un décret n° 2016-514 du 26 avril 2016 est venu compléter cette loi.

Un décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 précise que toute assignation, requête ou déclaration au greffe doit mentionner les diligences préalables à la saisine du juge entreprises en vue de résoudre à l'amiable le différend.

Depuis le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, toute décision d'ordonner une médiation interrompt les délais pour conclure et former un appel incident et ce jusqu'à expiration de la mission du médiateur⁽⁴⁷⁵⁾.

Concernant la médiation conventionnelle, le décret 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends a instauré un régime de médiation conventionnelle. L'article 1528 du Code de procédure civile précise que les parties

(473) La semaine juridique notariale et immobilière n° 51-52 23, décembre 2016. Médiation et arbitrage : enjeux pour la pratique notariale européenne, CSN, 12 septembre 2016. « **Quelles perspectives pour le notariat ? Synthèse et propositions** », Christian Lefebvre, notaire.

(474) La semaine juridique notariale et immobilière n° 51-52 23, décembre 2016. Médiation et arbitrage : enjeux pour la pratique notariale européenne, CSN, 12 septembre 2016. « **L'apport du droit européen à la médiation** » Yves Behets Wydemans, notaire à Bruxelles.

(475) Art. 908 et 911 Code de procédure civile.

à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le livre V du Code de procédure civile, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur.

La médiation conventionnelle repose sur une initiative personnelle.

La médiation ne doit pas aller à l'encontre de l'article 6 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, adoptée par le Conseil de l'Europe en 1950, qui prévoit que toute personne a droit à être entendue par un tribunal et ce dans un délai raisonnable.

La commission européenne a publié le 4 juillet 2004, un Code de bonne conduite du médiateur.

Le Centre de médiation des notaires de Paris a calqué ses processus de médiation conventionnelle sur les règles de la médiation judiciaire.

§ II – *LE MAGISTRAT : UN DES PREMIERS ACTEURS DE LA MÉDIATION EN FRANCE*

543. La pratique de la médiation judiciaire est une affaire de conviction et de magistrats convaincus par ce mode de règlement des différends : la médiation est très présente dans les juridictions où le juge, ne se contentant pas de la simple information, décide de la proposer avec toute l'autorité que lui confèrent ses fonctions.

Il appartient au juge d'opérer une sélection des dossiers pouvant relever de la médiation avant d'inciter les parties à y recourir.

§ III – *QUAND PROPOSER LA MÉDIATION JUDICIAIRE ?*

544. La médiation peut être proposée notamment lors de la mise en état, dans les procédures avec représentation obligatoire. Le juge de la mise en état peut entendre d'office les parties (articles 767 et 910 du nouveau Code de procédure civile) et examiner, avec elles et leurs conseils, ce qui dans leur affaire inciterait à recourir à la médiation.

Devant le tribunal de commerce, le juge rapporteur pourra, de même, convoquer les parties (articles 862 et 863 du nouveau Code de procédure civile) :

- lors d'audiences spécifiques « de proposition de médiation » dans certains contentieux où les cas de médiation peuvent être nombreux, comme en matière prud'homale,

- soit lors de l'audience de jugement, en renvoyant l'affaire et en ordonnant la comparution personnelle des parties si elles sont absentes afin de recueillir leur accord,

- soit après l'audience de plaidoiries, par jugement en rouvrant les débats pour recueillir l'accord des parties par l'intermédiaire des avocats, ou avoués en appel, ou en ordonnant leur comparution personnelle.

§ IV – *COMMENT SE DÉROULE UNE MÉDIATION JUDICIAIRE ?*

545. Quand le magistrat a rendu une ordonnance de médiation, celle-ci ne le dessaisit pas.

En effet, le juge peut ordonner la médiation acceptée par les parties à tout moment de la procédure, y compris en référé (article 131-1 du nouveau Code de procédure civile), et :

- désigne le médiateur (articles 131-1 et 131-4 du nouveau Code de procédure civile),
- donne la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience (article 131-6 du nouveau Code de procédure civile),
- fixe la rémunération du médiateur (article 131-13 du nouveau Code de procédure civile),
- est tenu informé des difficultés rencontrées par le médiateur dans l'accomplissement de sa mission (article 131-9 du nouveau Code de procédure civile),
- peut mettre fin à la médiation à tout moment (article 131-10 du nouveau Code de procédure civile),
- juge l'affaire en cas de non-accord,
- homologue le cas échéant l'accord (article 131-12 du nouveau Code de procédure civile).

L'article 131-6 du nouveau Code de procédure civile prévoit que la décision rendue par le juge désigne le médiateur. Il le fait avec le concours des parties en nommant une personne morale ou physique qui leur a été proposée et qui a été agréée par elles ou que celles-ci ont pris l'initiative de proposer. Puis, le juge rédige la décision qui ordonne la médiation.

Article 131-6 du nouveau Code de procédure civile :

« La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur, et la durée initiale de sa mission, et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience.

Elle fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti ; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner.

La décision, à défaut de consignation, est caduque et l'instance se poursuit. »

Deux pratiques cohabitent suivant le tribunal ayant ordonné la médiation : soit la consignation par les parties a lieu auprès de la régie de la juridiction soit les parties verseront la consignation directement entre les mains du centre de médiation ou du médiateur.

Les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'État. Dans ce cas, aucune consignation à valoir sur la rémunération du médiateur ne sera prévue dans l'ordonnance de médiation.

Si un accord n'est pas conclu aux termes des trois mois mais que le médiateur et les parties pensent sérieusement qu'une solution est bien susceptible d'être trouvée, le médiateur peut solliciter la prolongation de sa mission (article 131-3 du nouveau Code de procédure civile). Le juge peut proroger pour une période de trois mois au maximum la durée de la médiation.

L'accord de médiation n'a, en lui-même, aucune force exécutoire.

Pour recevoir une exécution forcée, il doit être homologué par le juge ou rédigé dans le cadre d'un acte authentique notarié.

Les parties peuvent vouloir également que leur accord reste confidentiel et mettent fin à la procédure en demandant le désistement de l'instance.

Le juge doit juger l'affaire en cas de non-accord. Souvent, même si la médiation n'a pas débouché sur un accord, elle a eu des effets bénéfiques car les parties arrivent à se parler à nouveau.

Le juge doit également veiller à ce que les avocats, en plaçant, ne dévoilent pas ce qui s'est dit en médiation et qui est confidentiel : « *Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance.* ».

Sous-section II – *Le notaire dans la médiation*

§ I – QU'EST-CE QU'UN MÉDIATEUR ?

A/ Ce n'est pas une profession

546. Sauf à être médiateur familial et donc être titulaire du seul diplôme d'État existant à ce jour en médiation, il n'existe pas de profession de médiateur.

L'article 8 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 prévoit l'établissement d'une liste de médiateurs.

Art. 22-1 A « *Il est établi, pour l'information des juges, une liste des médiateurs dressée par chaque cour d'appel, dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'État pris dans un délai de six mois à compter de la date de promulgation de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de la modernisation de la justice du ^{xxi}^e siècle* ».

Il n'existe pas de monopole de la médiation judiciaire octroyé aux médiateurs inscrits car cette liste est prévue pour l'information des magistrats.

Le développement des modes amiables de règlement des différends pose la question de la « professionnalisation » de l'activité de médiateur.

La situation actuelle en France avec la parution du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 et la circulaire du ministère de la justice concernant l'inscription des médiateurs sur les listes des Cours d'appel, montre qu'aucun choix n'a été effectué ; les différentes approches cohabitent donc.

Monsieur Fathi Ben Mrad dans sa thèse sur la sociologie de la médiation relate 4 conceptions de la médiation :

- une approche pragmatique : la médiation doit rester en dehors d'une profession car elle repose sur la capacité de personnes à mobiliser et à créer du lien social,
- une conception attributive : la médiation est une fonction qui fait partie intégrante des attributions de certains professionnels, notamment des travailleurs sociaux,

- une conception spécialisée : il faut être formé aux techniques de la médiation pour être médiateur,
- une conception professionnelle : la médiation doit être organisée comme les autres professions et avoir un code de déontologie, un contrôle des connaissances et des formations reconnues.

Un groupement de médiateurs et de centres de médiation venant de tous horizons « MEDIATION 21 » milite pour faire connaître et reconnaître la médiation, bien que tous viennent d'horizons différents : « Accepter la différence et parler d'une seule voix ».

B/ Sa mission

547. Il doit rétablir la communication entre les parties grâce aux techniques d'écoute et de compréhension réciproques.

Le médiateur n'impose, ni ne propose de solutions.

Les personnes élaborent elles-mêmes leur accord. Le médiateur doit cependant s'assurer que l'accord est envisagé de bonne foi, qu'il reflète la volonté des parties en pleine connaissance de leurs droits et qu'il ne heurte pas manifestement l'ordre public.

Il ne peut divulguer les propos tenus tout au long du processus de médiation. Il ne peut rapporter les attitudes des parties qui feraient découvrir leurs positions. En cas de non-accord, le médiateur informe le juge de ce que les parties ne sont pas arrivées à s'entendre. Il ne fait aucun commentaire.

L'accord issu de la médiation est généralement rédigé par les parties ou leurs avocats. Le médiateur peut toujours préconiser d'y inclure des clauses utiles à sa bonne exécution.

§ II – QU'EST-CE QU'UN NOTAIRE ?

548. « Le notaire est l'officier public établi pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des copies exécutoires et copies authentiques. (cf. l'Ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945, art. 1^{er}). Il est le conseil des personnes physiques ou morales de droit privé et de droit public, le rédacteur impartial de leur volonté. Il leur fait connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédige leurs engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique assorti, le cas échéant, de la force exécutoire. Il assure la moralité et la sécurité de la vie contractuelle. Il assume ce service public dans le cadre d'une activité libérale. »⁽⁴⁷⁶⁾

Le notaire recueille donc le consentement des parties et a le pouvoir de conférer le caractère authentique aux actes qu'il reçoit.

À la différence de l'avocat ou de l'huissier, homme du contrat, il cherche à mettre d'accord durablement les parties et non à défendre les intérêts d'un seul de ses clients.

(476) Règlement national des notaires - JO 1^{er} août 2014.

Revêtue de la formule exécutoire, la copie authentique permet de faire exécuter la convention en France mais aussi, depuis la création du titre exécutoire européen, dans la majeure partie de l'Union Européenne.

§ III – LE MÉDIATEUR ET LE NOTAIRE : UNE DÉONTOLOGIE QUASI-IDENTIQUE

549. Selon l'article 131-5 du Code de procédure civile, le médiateur doit satisfaire à de nombreuses conditions :

- ne pas avoir fait l'objet de condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnée sur le bulletin numéro 2 du casier judiciaire ;
- ne pas avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur, la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ;
- posséder par l'exercice présent ou passé, la qualification requise eu égard à la nature du litige ;
- justifier selon les cas d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;
- présenter les garanties d'indépendance nécessaires.

Le médiateur doit donc être compétent, avoir une bonne moralité, être indépendant et impartial.

A/ Moralité

550. Compétence, intégrité, neutralité, responsabilité et discipline : telles sont les qualités requises du notaire officier public et ministériel.

Le notaire est soumis à des obligations à l'égard de ses clients, de ses confrères, des instances représentatives de la profession et de l'État.

Le règlement national dans son article 2 précise également « tous actes contraires à la loi lui sont interdits ».

B/ L'indépendance

551. Elle se définit comme un statut qui permet à la personne de résister aux pressions provenant « de l'extérieur ». Cela sous-entend que le médiateur est libre. Libre d'accepter ou de refuser la médiation, libre de l'arrêter à tout moment, sans pression ni contrainte.

Bien que le notaire participe à l'exercice de l'autorité publique, le Conseil constitutionnel rappelle que « *les notaires titulaires d'un office exercent une profession libérale et n'occupent pas des dignités, places et emplois publics au sens de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*⁽⁴⁷⁷⁾ ».

Le notaire est donc un professionnel libéral indépendant.

(477) Conseil constitutionnel, arrêt du 21 novembre 2014.

C/ L'impartialité

552. C'est une qualité du médiateur qui ne doit pas prendre parti, s'abstenir de tout favoritisme et traiter les médiés de manière égalitaire et neutre. L'impartialité du médiateur suppose son indépendance bien que les deux notions soient distinctes.

Par exemple, le médiateur s'interdit de prendre part à une médiation quand il a des liens d'ordre professionnel ou privé avec un des médiés.

D'ailleurs la directive n° 2013/11/UE fixe des conditions précises même si la transposition ne concerne que les litiges de la consommation.

Elle prévoit notamment que le médiateur communique sans tarder à l'entité de règlement toute circonstance susceptible d'affecter ou d'être considérée comme affectant son indépendance et son impartialité ou de donner lieu à un conflit d'intérêts avec l'une ou l'autre partie au litige qu'elle est chargée de résoudre. L'obligation de communiquer ces circonstances est une obligation permanente tout au long de la procédure de règlement extra-judiciaire des litiges.

Le médiateur est tenu de prévenir tout conflit d'intérêts. Le médiateur ne doit pas avoir d'intérêt personnel à la résolution du différend. Dans le cadre d'une médiation judiciaire, il doit en informer le juge ou refuser sa mission et doit être transparent à l'égard des parties et les informer d'un lien éventuel avec une des parties.

« Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux, cette espèce de juges volontaires qui obligent irrévocablement les parties contractantes, sont les notaires : cette institution est le notariat. » C'est ainsi que le conseiller REAL définissait le notaire dans l'exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an XI.

Cette obligation d'impartialité apparaît également dans l'article 2 du règlement national du notariat⁽⁴⁷⁸⁾ : « [il] doit ses services et conseils à toute personne le requérant avec une égale conscience et un constant souci d'impartialité ».

Le notaire-médiateur peut-il recevoir l'acte constatant l'accord en médiation pour le compte des médiés ?

Si en théorie c'est possible, en pratique cela n'est pas conseillé : le notaire médiateur doit renvoyer vers un confrère pour la signature d'un tel acte pour préserver sa neutralité.

De même, il n'est pas possible que le notaire soit le médiateur désigné dans le cadre d'un de ses dossiers : il y aurait conflit d'intérêts.

(478) Règlement national du notariat, approuvé par le garde des Sceaux le 22 juillet 2014 JO du 1^{er} août 2014.

D/ La confidentialité

553. La médiation est soumise au principe de confidentialité : les déclarations recueillies ne peuvent être divulguées à des tiers ni produites dans le cadre d'un procès⁽⁴⁷⁹⁾.

Il existe une première exception à cette confidentialité⁽⁴⁸⁰⁾ : des raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne font que le médiateur peut être délié de son obligation de confidentialité.

Une seconde exception est liée à la mise en œuvre ou à l'exécution de la médiation.

La confidentialité s'étend-elle à tous les documents de la médiation ?

Concernant les pièces et documents qui ont pu être échangés au cours de l'instance la question ne se pose pas. Mais pour les documents et pièces échangés lors de la médiation qu'en est-il ?

L'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 pose un principe général de confidentialité concernant la médiation mais la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, affirmé un droit à la preuve sur le fondement de l'article 6 paragraphe 1 de la Constitution européenne des droits de l'homme.

En attendant que la jurisprudence ne fixe plus précisément les choses, il est conseillé de voir avec les parties quelles sont les pièces nouvelles qui pourraient être ou ne pas être soumises à la confidentialité avant qu'elles ne soient produites en médiation. Un coup de tampon « confidentiel » ou « non confidentiel » pourra être apposé sur le document ne laissant aucun doute quant à sa nature.

Le notaire quant à lui est soumis au secret professionnel. La violation du secret professionnel est sanctionnée pénalement. Seul un texte de loi peut lever le secret professionnel qui est général et absolu (par exemple, l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier relatif aux obligations Tracfin).

Si la déontologie du notaire paraît être un atout indéniable à la pratique de la médiation, cet atout seul ne suffit pas. Encore faut-il parfaitement connaître les règles applicables à la médiation et son processus pour pouvoir expliquer à son client les intérêts de la médiation.

(479) CA de Paris 20 mars 2002 le médiateur ne peut sans l'accord exprès des parties, reproduire dans son rapport des déclarations faites par ces dernières tout au long des opérations de médiation qui ont échoué.

(480) Cf. ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 qui a modifié la loi du 8 février 1995 dans son article 21-3.

Section II – Une démarche maîtrisée

Sous-section I – *Pourquoi recourir à la médiation*

§ 1 – *QUELS DOSSIERS ?*

A/ Le rôle de conciliateur du notaire ne suffit pas toujours à résoudre un conflit⁽⁴⁸¹⁾

554. Les notaires ont toujours eu un rôle de conciliateur, de pacificateur des familles, de magistrat de l'amiable et, avec le temps, acquièrent au quotidien des techniques de résolution des conflits (réception séparée des parties afin d'écouter leurs points de vue et de comprendre leurs demandes, multiplication de réunions familiales durant lesquelles ils sont des acteurs actifs, rédaction de protocole d'accord, prise en charge d'un dossier complexe par deux notaires dans un même office, échanges réguliers et dynamiques avec les conseils, propositions et simulations de liquidation de succession, de régimes matrimoniaux ...).

Mais, quand le notaire a mis en œuvre toutes les techniques qu'il connaît pour tenter de rapprocher les parties et que cela ne fonctionne pas, il doit conseiller aux parties de se diriger vers un règlement autre de la succession.

Quels sont les choix possibles ? Le règlement judiciaire était jusqu'il y a quelques années le choix logique. Mais avec le développement des modes de règlement amiables des différends, le notaire ne doit-il pas conseiller à son client d'essayer de trouver un accord amiable avec l'aide d'un tiers facilitateur spécialement formé ?

Car si la conciliation s'avère pertinente dans bien des cas, notamment si les parties n'ont pas à entretenir de relations entre elles à l'avenir, et ne garderont pas de lien une fois la régularisation de l'acte authentique intervenue, la médiation est préférable lorsqu'il faut recréer le lien rompu. Le fait de trouver elles-mêmes la solution à leur différend facilite son application et rend la solution choisie pérenne.

Accepter de passer la main dans un dossier est parfois une décision difficile pour un professionnel : cela ne doit pas être vécu comme un échec personnel mais comme une nouvelle chance pour ce dossier de trouver une issue favorable à l'amiable.

B/ Le recours à un notaire-médiateur

555. Le notaire, en charge du dossier, va conseiller aux parties de délocaliser le conflit, pendant un temps donné, chez un notaire médiateur.

Il peut parfois être reproché au notaire, simplement en rappelant les règles de droit applicables, d'avoir pris fait et cause pour l'une des parties.

L'impartialité du notaire est alors mise en doute par l'une des parties. En confiant pour un temps donné le dossier à un médiateur qui va s'attacher aux besoins,

(481) Médiation et arbitrage : enjeux pour la pratique notariale européenne, CSN, 12 septembre 2016. « Le notaire prescripteur de médiation en matière familiale » M^e Isabelle Arseguel-Meunier, notaire à Paris. « Le notaire médiateur » M^e Jacques Beghain, notaire et président du Centre de Médiation des notaires de Paris (CMNP).

préoccupations et valeurs des clients, une nouvelle possibilité d'accord amiable va pouvoir être recherchée.

Le notaire-médiateur a été spécialement formé aux techniques de la médiation.

Les parties viennent alors en médiation en remplissant toutes les conditions préalables : leur notaire les a informées de leurs droits respectifs (ce à quoi elles peuvent prétendre et ce à quoi elles peuvent renoncer). Les personnes engagées dans la médiation acceptent librement d'y participer et peuvent y mettre fin à tout moment.

Le notaire prescripteur fournira au Centre de Médiation du Notariat un résumé succinct du litige et des montants en jeu s'ils sont connus et les positions respectives des parties. Il peut également recueillir l'accord des parties pour entrer en médiation.

C/ Le notaire prescripteur reste le notaire rédacteur

556. Lorsqu'un accord est trouvé, le médiateur peut éventuellement en cas de besoin établir un écrit succinct qui sera une aide, un support à la rédaction de l'accord. Mais l'accord sera finalisé chez le notaire prescripteur en charge du dossier.

Le notaire prescripteur reprend donc la main et doit s'atteler à la rédaction des actes. Cette rédaction doit alors impérativement s'effectuer dans des délais rapides afin d'éviter une source nouvelle de différend.

§ II – QUAND ET COMMENT PROPOSER LA MÉDIATION

A/ Quand ?

557. La médiation conventionnelle peut représenter une solution lorsque les pratiques courantes de résolution des conflits ne fonctionnent pas.

Elle ne pourra être conseillée que si l'on est convaincu qu'elle est parfaitement adaptée à la situation familiale et aux personnes concernées. Il ne faut pas mettre en œuvre une médiation pour des personnes de mauvaise foi, qui cherchent à gagner du temps ou encore qui ne souhaitent faire aucune concession, de même lorsque le litige appelle uniquement une solution tranchée en droit.

B/ Comment ?

558. Le notaire reçoit les parties séparément ou ensemble pour leur expliquer ce processus.

Il peut également paraître opportun de proposer une clause d'information sur la médiation notariale aux termes de nos actes.

Le texte, proposé par le Conseil supérieur du Notariat suite à la réunion d'un groupe de travail mené par Maîtres Paillard et Jacob (notaire à Amboise), qui pourrait être inséré à la fin des actes de notoriété par exemple, est le suivant :

« *Médiation :*

Les parties sont informées qu'en cas de litige entre elles ou avec un tiers, elles pourront préalablement à toute instance judiciaire, le soumettre à un médiateur qui sera désigné et missionné par le Centre de Médiation. »

Ainsi, à l'occasion du premier acte ouvrant une succession, le notaire pourrait commenter cette clause. Pour être capable de formuler cette proposition, le notaire doit impérativement connaître cette technique de communication.

C/ Dans quel domaine et pour quel dossier ?

559. La médiation intéresse tous les différends privés, commerciaux, patrimoniaux.

Le recours à la médiation doit être privilégié quand :

- le conflit est surtout relationnel ou émotionnel,
- le conflit est surtout lié à des faits et non à un problème de droit,
- on sait que la solution juridique ne serait pas adaptée à la situation ou inéquitable pour l'une des parties,
- le différend s'il était connu sur la place publique pourrait être préjudiciable aux parties,
- il faut trouver une solution rapide,
- il faut recréer et préserver la relation présente et future.

La médiation ne peut intervenir :

- en cas de violation de l'ordre public,
- si les parties font de la solution judiciaire une question de principe,
- si le litige est purement juridique,
- si une des parties est en état de faiblesse.

Sous-section II – *Comment se former ?*

§ 1 – À LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE DE MÉDIATION

560. « On ne prescrit que ce que l'on connaît ».

C'est un processus de résolution des conflits qui laisse place à la **créativité**.

Il repose essentiellement sur le médiateur, qui doit avoir des compétences tant humaines (des qualités d'écoute, du pragmatisme, de la diplomatie, de la créativité et de la disponibilité) que professionnelles.

Les notaires remplissent généralement une grande partie de ces qualités mais doivent apprendre ce processus structuré ; il se déroule en cinq étapes : l'introduction du processus, la détermination des problèmes, l'identification des intérêts en jeu et la reconnaissance réciproque, la recherche de solutions et l'accord.

C'est une méthode qui représente un gain de temps important en comparaison avec les délais imposés par les procédures judiciaires et de plus, avec des coûts maîtrisés et bien inférieurs à un procès. Le notaire prescripteur reprend alors son rôle dans un dossier qu'il connaît parfaitement et sur lequel il a bien souvent fourni un travail très important, tant en terme de suivi et de formalités diverses qu'en terme

d'implication personnelle, et non rémunéré. En effet, le notaire-médiateur n'interviendra pas une fois la médiation réalisée et le notaire prescripteur reprendra la main.

§ II – VOIRE À LA MÉDIATION

561. La formation à la médiation des notaires est dispensée par les Centres de Médiation des Chambres Régionales auxquels renvoie la clause-type d'information à la médiation à insérer dans les actes notariés.

Ainsi, pour le Centre de Médiation des notaires de Paris (CMNP), les notaires-médiateurs doivent suivre une formation de 8 jours soit 56 heures. Des réflexions sont en cours pour voir s'il faut ou non augmenter les heures de formation ou coupler la formation initiale avec un diplôme universitaire.

Même s'il est un professionnel de l'amiable, même si le rôle de médiateur est dans son « ADN » comme l'a dit Jean Carbonnier, un apprentissage des techniques de dialogue, d'écoute et d'analyse est nécessaire.

Il y a lieu pour le médiateur de maîtriser la conduite du dialogue entre les médiés, qui peuvent être accompagnés de leurs conseils avocats.

Le médiateur doit respecter les techniques pour lesquelles il aura été formé. Les médiateurs constatent que lorsque les parties ont reconnu « leur accord sur le désaccord », elles sont proches des solutions.

À l'issue de cette formation, les notaires qui souhaitent poursuivre passent une certification (sur la théorie et la pratique de la médiation avec une mise en situation). S'ils la réussissent, ils sont agréés médiateur par la Commission d'Agrément, composée du Bureau du Centre et d'une personnalité qualifiée, qui en l'occurrence est aujourd'hui un magistrat.

L'agrément est dans un premier temps accordé sous la condition suspensive d'assister en qualité d'observateur muet à au moins deux médiations puis être co-médiateur dans un dossier.

Lorsque leur agrément sera devenu définitif, les notaires-médiateurs pourront être désignés par le Centre pour intervenir dans un litige.

Toutefois, préalablement à chacune de leur intervention, ils devront attester, par écrit auprès du Centre, de leur indépendance.

C'est aussi au nom de son indépendance qu'un notaire-médiateur s'interdira à l'issue de sa médiation d'accepter l'une ou l'autre des parties comme client.

Ils ne pourront, bien sûr, pas être désignés pour la résolution d'un litige dans lequel la responsabilité civile professionnelle d'un notaire pourrait être recherchée.

La désignation est dévolue aux membres du Bureau du CMNP. Elle est assujettie au secret professionnel.

Le Bureau désigne le médiateur compte tenu de sa disponibilité, de la nature du litige et éventuellement de souhaits exprimés par les parties elles-mêmes ou le juge.

Le médiateur est rémunéré sur la base d'un tarif horaire de 250 € HT (le Centre sur la base d'un forfait de 150 euros HT)

Les médiateurs du CMNP s'engagent à respecter les règlements du CMNP ainsi que sa Charte de Déontologie.

En cas de violation de la Charte ou des règlements, le médiateur perdrait son agrément sur décision prise par les mêmes instances qui l'avaient agréé.

Lorsque la médiation est judiciaire, après avoir rencontré les parties, le médiateur informe, par l'intermédiaire du CMNP, le juge du calendrier prévisionnel de la médiation. Toute modification du calendrier est transmise au juge.

Le médiateur informe par l'intermédiaire du CMNP, le juge de l'avancement de la médiation.

L'information délivrée au juge porte sur le déroulement du processus de médiation et sur les difficultés rencontrées. Le médiateur ne peut divulguer les propos tenus tout au long du processus de médiation ni les pièces qui ont été portées à sa connaissance. Il ne peut rapporter les attitudes des parties.

Si aux termes de trois mois aucun accord n'a été conclu mais que le médiateur estime qu'une solution peut être trouvée, il informe le juge par l'intermédiaire du CMNP, après avoir recueilli l'accord des parties, de son souhait de prolonger sa mission. Il informe également le juge du complément de rémunération y afférent. Il appartient au juge de refuser ou d'accorder une prolongation d'une durée maximale de trois mois. Il lui appartient également de moduler la proposition de rémunération supplémentaire demandée par le médiateur. À défaut de réponse du juge dans un délai de deux semaines à compter de la réception de la demande de prolongation, son accord est réputé acquis.

Si la technicité du dossier l'exige et avec l'accord des parties, le médiateur informe le juge, toujours par l'intermédiaire du CMNP, de son souhait de faire intervenir un spécialiste dans le processus de médiation.

La médiation prend fin :

- Si un accord est trouvé dans le délai de médiation,
- Au terme du délai de médiation si aucun accord n'a été trouvé,
- Si l'une ou plusieurs des parties décide(nt) de mettre fin à la médiation, avant le terme de la mission du médiateur, sans qu'aucun accord n'ait été trouvé,
- Si le médiateur décide, avant le terme de sa mission, de mettre un terme à la médiation.

Quel que soit le motif du terme de la médiation, le médiateur informe sans délai le juge de la fin de sa mission. Il lui indique si un accord a été trouvé.

S'il a décidé de mettre un terme à la médiation, il informe le juge des motifs qui l'ont conduit à prendre cette décision dans le respect de l'obligation de confidentialité à laquelle il est tenu.

Quelques techniques utilisées en médiation

– La communication non violente

Développée aux États-Unis dans les années 60, par le docteur Marshall Rosenberg, la communication non violente s'inspire fortement des travaux de Carl Rogers (1902-1987), dont ce premier a été l'élève.

La communication non violente propose d'apprendre l'alphabet d'une communication débarrassée de toute violence, à commencer envers soi-même. La technique repose sur l'application de quatre principes fondamentaux :

- 1) Toute situation doit pouvoir être observée sans juger les autres ;
- 2) Chacun doit apprendre à exprimer son propre ressenti ;
- 3) à exprimer ses besoins ;
- 4) à formuler ce qu'il attend de l'autre.

– L'écoute active

Carl Rogers, professeur et clinicien américain, dans les années 1950, a décrit la méthode de « l'entretien non directif centré sur le client ».

Il s'agit d'apprendre à savoir écouter l'autre, en le laissant s'exprimer librement et complètement pour comprendre la signification intellectuelle et affective des faits relatés. Le médiateur doit être totalement disponible à l'autre sans juger ni manifester d'opinion.

– Le questionnement

Le questionnement permet d'ouvrir l'entretien. Ça n'est pas un interrogatoire, ni une enquête ni un soutien... Le questionnement doit être exempt d'interprétation subjective.

Il sert à faire préciser des faits imprécis, faire réfléchir sur un jugement énoncé, faire passer le médié d'un discours subjectif à un discours plus objectif...

– La reformulation

Cela consiste à redire ce qui a été exprimé en utilisant ses propres mots, pour être certain que ce qui a été dit a été compris. Le médiateur reformule en commençant ses phrases par :

- si j'ai bien compris,
- à votre avis,
- selon vous.

Il existe différentes formes de reformulation : la reformulation miroir, la reformulation écho ou reflet, la reformulation dite positive, la synthèse...

Sous-section III – *Les intérêts de la médiation*

§ I – *GAIN DE TEMPS, D'ARGENT POUR TOUS*

562. Les avantages de la médiation sont multiples.

A/ Pour les médiés

563. La médiation permet aux parties de se réapproprier le litige et d'être acteur de sa résolution. Plus les parties sont impliquées, plus elles se sentent libres de parvenir à un accord et mieux il sera exécuté.

La médiation permet la confidentialité des échanges et de l'accord qui en résulte. Dans les relations commerciales, cela peut-être un atout non négligeable.

Et surtout la médiation est un processus rapide contrairement au procès.

Une médiation peut durer jusqu'à six mois dans le cadre judiciaire, parfois un peu plus dans le cadre conventionnel. Mais elle n'est jamais aussi longue que le temps judiciaire.

Elle permet également de mesurer le coût du conflit. Dans le cadre judiciaire, le magistrat ayant fixé la rémunération du médiateur, les parties savent à quoi elles s'engagent. Dans le cadre de la médiation conventionnelle, le coût est annoncé et approuvé par les parties préalablement à la médiation. Elles peuvent également mettre fin à tout moment à la médiation et conserver ainsi la maîtrise du coût final de celle-ci.

B/ Pour le notaire

564. Le notaire conseil des médiés

Les parties viennent en médiation le plus souvent avec leur conseil. Cela peut-être un avocat mais cela pourrait aussi être leur notaire, pour leur apporter toute leur expertise et conseil au fur et à mesure de l'avancée de la médiation.

Si le notaire est sensibilisé voire formé à la médiation, il saura quand il faut laisser faire le médiateur notamment dans le cadre du questionnement et aura toute sa place pour conseiller son client sur les conséquences juridiques et fiscales des différentes solutions vers lesquelles tendent les parties.

– Le notaire prescripteur

Le notaire a conseillé à ses clients enlisés dans un conflit où l'émotion l'emporte sur la raison d'entrer en médiation. Un accord est trouvé. Le notaire récupère son dossier pour conclure l'accord de médiation par acte authentique.

Les parties seront alors ravies des conseils du notaire qui lui sera également ravi que le contrat soit signé en son office et dans des délais raisonnables.

§ II – *INTÉRÊT RELATIONNEL AVEC LE CLIENT : GAIN DE CONFIANCE*

565. Le notaire a un rôle important à jouer. C'est un professionnel de l'amiable, acteur naturel de la résolution pacifiée des litiges en raison de la place qu'il occupe en matière familiale, immobilière, patrimoniale, commerciale.

Pourquoi laisser aux seuls autres professionnels une activité pour laquelle le notaire est tout à fait légitime ?

Le notaire peut parfois avoir le sentiment de subir le conflit de ses clients, d'en être le spectateur, parfois impuissant. Il est parfois facile de prendre acte de la situation et de penser que le temps fera son affaire, que les clients reviendront un jour signer l'acte.

Cela ne convient plus à cette époque connectée où la réponse aux questions que l'on se pose est quasi-immédiate en interrogeant un moteur de recherche sur internet. Le notaire peut apparaître passif voire même absent pour ses clients, ce qui risque d'engendrer un ressenti négatif : mon notaire ne me répond pas, il ne fait rien, il ne propose rien, le dossier est bloqué...

Combien de réclamations sont ainsi formulées auprès des Chambres de notaires alors que seul le désaccord des parties entre elles bloque la signature de l'acte chez leur notaire !

Le notaire a un rôle fort d'accompagnement de son client dans le choix de la solution la plus adaptée au litige qui l'oppose avec l'autre partie signataire de l'acte.

Il garde ainsi un rôle actif de conseil ; son image de professionnel de l'amiable est donc restaurée aux yeux de son client.

Il peut parfois même conseiller d'insérer une clause d'information à la médiation dans certains actes.

On évitera effectivement ce genre de clause dans les actes à exécution successive.

La clause préconisée par la profession est la suivante :

« Médiation :

Les parties sont informées qu'en cas de litige entre elles ou avec un tiers, elles pourront préalablement à toute instance judiciaire, le soumettre à un médiateur qui sera désigné et missionné par le Centre de médiation notariale dont elles trouveront les coordonnées et les renseignements utiles sur le site : mediation.notaires.fr ».

Ce qui va clairement dans le sens du décret du 11 mars 2015 sur la simplification de la procédure civile, la communication électronique et la résolution amiable des différends, qui dispose⁽⁴⁸²⁾ que « *sauf justification tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.* »

Le notaire en donnant lecture de l'acte expliquera le principe de la médiation à ses clients.

Le notaire accompagne son client tout au long de sa vie.

Conseiller la médiation, accompagner son client en médiation, voire être médiateur, est dans la continuité de la mission du notaire, juriste spécialiste de l'accord amiable.

Il existe une autre institution d'avenir pour le règlement des conflits dont l'origine est le contrat et la finalité un acte juridictionnel : il s'agit de l'arbitrage.

(482) Nouvelle rédaction de l'article 56 du Code de procédure civile.

TITRE III

L'ARBITRAGE UNE SOLUTION D'AVENIR

566. L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des différends, par lequel les parties à un litige né ou à naître vont convenir de recourir à un juge choisi par elles, selon des modalités qu'elles auront préalablement définies. L'arbitrage n'est pas un mode amiable mais un mode contentieux de règlement des conflits, alternatif à celui consistant à saisir les juridictions étatiques.

C'est une institution de nature hybride : c'est un mode de règlement des litiges par des personnes privées, désignées par les parties en conflits, et investies d'un pouvoir juridictionnel. Sa première source est donc la volonté.

Il se différencie de la médiation car le juge arbitre va rendre une décision qui va s'imposer aux parties, là où le rôle du médiateur consiste à renouer le dialogue entre les parties, afin de les aider à trouver la solution à leur litige. Il doit aussi être distingué de l'expertise qui consiste à se déterminer sur une question de fait, comme l'estimation d'un bien ou une question de capacité. L'arbitre, lui, va trancher le litige juridique opposant les parties.

Aujourd'hui, ces procédures sont essentiellement utilisées dans le cadre d'affaires commerciales d'importance, comportant le plus souvent des éléments d'extranéité, entre professionnels. Les parties y sont assistées de cabinets d'avocats d'affaires, aguerris à ces mécanismes.

Il n'en a pas toujours été ainsi. La conception des 18^e et 19^e siècles est l'évitement du procès⁽⁴⁸³⁾, considéré comme l'échec des modes amiables de résolution des différends. Le droit révolutionnaire proclame que « *le droit des citoyens de terminer définitivement leur contestation par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif.* »⁽⁴⁸⁴⁾

L'arbitrage est connu depuis fort longtemps et alimente nombre de textes, du jugement du pâtre Pâris aux plaideurs de la Fontaine se disputant une huître. Dans ces deux textes, l'arbitrage n'en sort pas grandi ; le premier provoque la Guerre de Troie, le second tourne au désavantage des parties ; cependant, la formule

(483) L'arbitrage sera même élevé aux rangs de principe constitutionnel, sous la Convention et la Constituante, tant était grande la méfiance envers les juridictions judiciaires de l'Ancien Régime.

(484) Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chap. V, art. 5.

qu'Honoré de Balzac utilise dans les *Illusions Perdues* est entrée dans la sagesse populaire : « *Tenez, un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* ». ⁽⁴⁸⁵⁾

Cependant, l'arbitrage est interdit en matière civile en 1972⁽⁴⁸⁶⁾ ; s'il est rétabli en 2001, la loi le cantonne aux contrats conclus à raison d'une activité professionnelle⁽⁴⁸⁷⁾ alors qu'auparavant, la clause compromissoire était réservée aux litiges entre commerçants.

En 2014, sous l'impulsion de Maître Axel Depondt, notaire à Paris, une commission avait été mise en place qui réunissait des spécialistes de droit de la famille, avocats et notaires, sous la houlette du professeur Thierry REVET. Il avait alors été perçu l'intérêt de l'arbitrage en matière de droit patrimonial de la famille, alors exclu de l'arbitrage.

La loi du 18 novembre 2016 dite J21 a depuis élargi considérablement le champ d'application de l'arbitrage qui peut désormais intervenir entre des non-professionnels⁽⁴⁸⁸⁾. La matière de l'arbitrage est régie par le Code civil (articles 2059, 2060 et 2061), le Code de procédure civile (articles 1442 à 1503) et le Code de commerce. Le Code civil pose désormais la validité de principe de la clause compromissoire⁽⁴⁸⁹⁾. Cependant, la partie qui n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, ne peut être contrainte à s'y soumettre. Ainsi, elle pourra valablement se prévaloir de la clause d'arbitrage mais pourra aussi la décliner, si bon lui semble⁽⁴⁹⁰⁾. Le domaine est très étendu puisque l'arbitrage est seul exclu pour des questions d'état et de capacité des personnes, de divorce ou de séparation de corps et, plus généralement, dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public⁽⁴⁹¹⁾.

L'extension du domaine de l'arbitrage répond à une conjonction de deux idées émergentes :

- Le souhait du législateur de désengorger les tribunaux étatiques des contentieux familiaux dits « de masse » pour recentrer leurs activités selon des critères différents.

- L'émergence du souhait de l'individu de participer aux décisions le concernant, d'être acteur de la procédure et non spectateur, contraint de participer à un processus juridique qu'il ne maîtrise pas.

(485) « *Vous pourriez gagner le procès qu'ils vous intentent, en acceptant la guerre. Voulez-vous être encore au bout de dix ans à plaider ? On multipliera les expertises et les arbitrages et vous serez soumis aux chances des avis les plus contradictoires Tenez, un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* ».

(486) Ancien article 2061 C. civ. (Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972) : la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi.

(487) Ancien article 2061 C. civ. (Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, dite loi NRE, nouvelles régulations économiques) : sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.

(488) T. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi Justice du XXI^e siècle » JCP G, n° 48, 28 nov. 2016, doctr. 1295.

(489) C. civ., art. 2061, al. 1 : la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.

(490) C. civ., art. 2061, al. 2 : lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée.

(491) C. civ., art. 2060, al. 1 : on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Fondé sur la contractualisation du mode de règlement du litige, l'arbitrage peut être choisi avec profit par les parties à un conflit successoral, en raison de la confidentialité et de la rapidité qui s'y attachent.

De même, un tribunal arbitral pourra-t-il juger en droit et en équité, selon la configuration familiale et apporter ainsi à une solution établie sur-mesure, ce qui est exclu pour un juge étatique. S'il semble que le donateur puisse l'imposer aux donataires sous certaines conditions, peut-on imaginer que le testateur pourra l'imposer à ses successeurs, en prévoyant les modalités de cet arbitrage ?

Il sera étudié les caractéristiques de l'arbitrage pour mieux en percevoir l'intérêt avant d'explicitier les conditions et la mise en œuvre d'un processus d'arbitrage, notamment dans le cadre d'une succession internationale. Il sera aussi évoqué le rôle et la place que peut tenir le notaire dans ces nouvelles procédures.

CHAPITRE I

LES PRINCIPES DE L'ARBITRAGE

567. En droit français, l'arbitrage est licite au regard du droit étatique à certaines conditions énoncées aux articles 2059, 2060 et 2061 du Code civil.

Article 2059 « *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ».

Article 2060 « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre* ».

Article 2061 modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 11 « *La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ».

La procédure est codifiée aux articles 1442 à 1503 du Code de procédure civile.

Les principes de l'arbitrage sont au nombre de quatre.

Section I – La conventionnalité

568. L'arbitrage découle en premier lieu d'un contrat par lequel les parties décident de faire trancher leur différend par un ou une collégialité de juges choisis par elles. Cette convention d'arbitrage est appelée clause compromissoire ou compromis, selon qu'elle intervient avant ou après la naissance du litige.⁽⁴⁹²⁾

Les parties peuvent décider, à l'occasion de la rédaction d'un contrat, de recourir à l'arbitrage pour trancher un différend qui surviendrait à l'occasion de son exécution. Il s'agit alors d'une clause compromissoire.

Une fois le différend né, les parties peuvent convenir qu'il sera tranché juridiquement, non pas par les juridictions étatiques, mais par une juridiction privée, choisie par elles : il s'agit alors d'un compromis. Les deux termes qui recouvrent l'arbitrage sont ainsi utilisés selon que le litige est né compromis⁽⁴⁹³⁾ – ou éventuel, clause compromissoire⁽⁴⁹⁴⁾.

Dans les deux cas, l'arbitrage doit avoir été prévu expressément.

Il s'agit d'une condition de forme, prévue à peine de nullité, pour la clause compromissoire.⁽⁴⁹⁵⁾

Il convient de préciser que le terme de justice privée est relativement impropre car, en cas de dissensions sur la composition du tribunal arbitral ou son fonctionnement, le juge étatique peut être saisi. Il est appelé le juge d'appui.

Section II – La confidentialité

569. L'article 1464 alinéa 4 du Code de procédure civile rattache la procédure d'arbitrage au principe de confidentialité.⁽⁴⁹⁶⁾

Cette caractéristique est l'une des raisons de recours à l'arbitrage dans son secteur d'activité traditionnel : le droit commercial et les relations professionnelles. Le différend peut en effet avoir des répercussions sur l'image de l'entreprise ou des professionnels et il est ainsi préférable que le différend ne soit pas connu du grand public. C'est un principe qui distingue cette justice privée de la justice étatique, régie, à l'inverse, par le principe de la publicité des débats. Dans le cadre de la justice étatique, la justice est rendue « au nom du peuple français », ce qui explique que les audiences sont par principe publiques. Les audiences arbitrales ne sont pas publiques

(492) C.P. civ., art. 1442, al. 1 : la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

(493) C.P. civ., art. 1442, al. 3 : le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

(494) C.P. civ., art. 1442, al. 2 : la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

(495) C.P. civ., art. 1443 : « À peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. »

(496) « Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure d'arbitrage est soumise au principe de confidentialité ».

et le principe de confidentialité lie tous les intervenants à la procédure d'arbitrage, non seulement les arbitres, mais aussi les parties et les conseils ainsi que les témoins et experts éventuellement requis.

Cependant, il ne s'agit pas d'un principe absolu, et ce pour deux raisons :

Tout d'abord, si l'appel a été admis dans la clause d'arbitrage ou le compromis, le litige sera porté devant les juridictions étatiques où préside la publicité des débats.

Il en ira de même en cas de recours en révision ou de demande d'annulation de la clause d'arbitrage. Il a été jugé qu'un recours en annulation sans cause réelle et sérieuse pouvait donner lieu, à la demande de l'une des parties, à des dommages-intérêts pour atteinte à la confidentialité de l'arbitrage⁽⁴⁹⁷⁾.

Cependant, dans une affaire, l'une des parties avait sollicité devant le tribunal judiciaire une indemnisation au titre de la violation du principe de confidentialité qui doit présider à l'arbitrage. La Cour d'appel a jugé que la partie demanderesse se devait de s'expliquer tout d'abord sur l'existence et les raisons d'un principe de confidentialité.⁽⁴⁹⁸⁾

Enfin, les lois sur la transparence de la vie économique requièrent que soient révélées les dissimulations et fraudes fiscales apparues lors de la procédure arbitrale.

Par ailleurs, ce principe de confidentialité ne permet pas à l'une des parties de justifier son refus de produire une information demandée par le juge arbitre.

Section III – L'adaptabilité

570. Article 1464 du CPC « À moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ».

L'adaptabilité est l'une des qualités de l'arbitrage ; sous réserve du respect des principes fondamentaux de l'instance (détermination de l'objet du litige, respect du principe du contradictoire).

Les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21 du Code de procédure civile sont, en dépit de la liberté procédurale de principe de l'arbitrage, impératifs. Ils semblent cependant évidents car leur mise en œuvre relèvent des règles du procès équitable (objet du litige nécessairement déterminé, obligation pour le juge de ne pas statuer au-delà de ce qui lui est demandé et sur des faits qui ont été obligatoirement dans le débat, nécessité pour les parties de fournir des éléments de preuve à l'appui de leurs prétentions ...)⁽⁴⁹⁹⁾.

Sous réserve du respect de ces principes fondamentaux, le déroulement de la procédure arbitrale est déterminé librement par les arbitres ou les parties dans leur convention d'arbitrage. Ainsi, les règles de procédure civile ne s'imposent pas aux

(497) CA Paris, 1^{re} Ch. suppl., 18 févr. 1986 : Rev. arb. 1986, p. 583 note G. Flécheux.

(498) CA Paris, 1^{re} Ch. C, 22 janvier 2004 : Rev. arb. 2004, p. 647, note E. Loquin.

(499) Voir. O. Pomiès, Dictionnaire de l'arbitrage, éd. Didact. Droit.

arbitres. À titre d'exemple, il peut être prévu que la procédure d'arbitrage sera plus courte ou plus longue que le délai de 6 mois prescrit même si le court délai est l'un des avantages de l'arbitrage sur la justice étatique.

C'est un domaine de liberté contractuelle.

Section IV – L'onérosité

571. À la différence de la conciliation, mais de même que dans le cadre d'une médiation, l'arbitrage est payant. Il s'agit d'une justice privée et les honoraires des arbitres, en ce compris les frais de fonctionnement du centre d'arbitrage, auquel les arbitres peuvent être rattachés, seront supportés par les parties.

Lorsqu'il s'agit d'une collégialité d'arbitres, il peut être prévu, si le travail de l'un des arbitres risque d'être plus conséquent que celui des autres, une répartition inégalitaire entre eux des honoraires.

Les auteurs insistent sur le nécessaire équilibre des forces, en matière d'arbitrage car une partie financièrement plus forte pourra, pour essouffler pécuniairement la parte adverse, multiplier les expertises onéreuses.

Selon Henry Motulsky, « *l'arbitrage suppose un équilibre des forces ; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie*⁽⁵⁰⁰⁾. »

Lorsque l'arbitrage est institutionnel, c'est-à-dire confié à un centre d'arbitrage, des barèmes sont mis en place.

CHAPITRE II

LA MISE EN PLACE DE L'ARBITRAGE

572. Constituant une dérogation au système de la juridiction étatique, cet arbitrage doit être mis en place en pleine connaissance de cause par les parties en litige.

L'arbitrage doit répondre ainsi à des conditions de forme et de fond.

Section I – La convention d'arbitrage

Sous-section I – Sa forme

573. Article 1442 du Code de procédure civile « *La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est*

(500) Écrits, II, p. 113.

la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage ».

Ainsi qu'il l'a été évoqué, clause compromise et compromis constituent tous deux une convention d'arbitrage. La différence essentielle est chronologique puisque le compromis intervient alors que le litige est né, la clause compromissoire, quant à elle, prévoyant le recours à l'arbitrage en cas de constatation sur un contrat principal en cours de négociation.

Le compromis est ainsi plus rarement utilisé que la clause compromissoire car il est plus difficile de trouver un terrain d'entente sur le mode de règlement du litige alors que les parties sont déjà en désaccord que lorsque le contrat principal se forme et que les parties négocient ses conditions.

Dans le cas de la clause compromissoire, il peut apparaître que les parties, se concentrant principalement sur l'objet du contrat, ne se préoccupent guère de la façon dont un conflit éventuel quant à la mise en œuvre de ce contrat, pourra être tranché, car il n'est qu'hypothétique. L'effet de la clause compromissoire (la soustraction à la compétence des juridictions étatiques) pourra avoir été mal appréhendé. La clause compromissoire est ainsi parfois regardée avec suspicion.⁽⁵⁰¹⁾

C'est la raison pour laquelle, alors que la clause compromissoire est nulle dans un contrat de travail⁽⁵⁰²⁾, il a pu être jugé qu'une fois le litige né, le salarié pouvait valablement renoncer à la compétence exclusive du Conseil des Prud'hommes et choisir de se présenter devant un tribunal arbitral, à la suite de la signature d'un compromis⁽⁵⁰³⁾.

Cette conséquence doit être d'autant bien comprise que la clause compromissoire est autonome du contrat principal, bien que tous deux soient souvent inclus dans le même acte, un même negotium.

Il s'agit en effet de deux conventions différentes, le contrat principal prévoyant la création de droits subjectifs, et la clause compromissoire stipulant sur le droit d'action attaché à ces droits.

De la sorte, le contrat d'arbitrage survit à la nullité du contrat principal.⁽⁵⁰⁴⁾ Cette autonomie de principe des clauses prévoyant le règlement alternatif des différends se retrouve aussi en matière de médiation, de conciliation ou de procédure participative.⁽⁵⁰⁵⁾

La clause de compromis ou d'arbitrage doit être écrite, à peine de nullité.⁽⁵⁰⁶⁾ Le support peut être un acte authentique, un acte sous seing privé voire encore un simple échange d'écrits, s'accordant sur le mode de règlement du litige. La clause

(501) JCP. Procédure civile, arbitrage en droit interne : notions, conventions d'arbitrage, compétence. E. Loquin.

(502) C. tra., art. L. 1221-5.

(503) CA Paris, 10 janvier 2017 : Rev. arb. 2017, p. 331.

(504) C.P. civ., art. 1447.

(505) C. civ., art. 1230 : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends... ».

(506) C.P. civ., art. 1443.

compromissaire peut être incluse dans le contrat principal ou un autre cadre contractuel qui y fera référence (comme un document relatif aux conditions générales d'achat ou de vente). On dit qu'il s'agit alors d'une clause par référence⁽⁵⁰⁷⁾.

Les parties peuvent compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction (article 1446 du Code de procédure civile).

Cette clause doit contenir des mentions impératives ; d'autres sont simplement facultatives.

Sous-section II – *Son contenu*

§ I – *SON CONTENU IMPÉRATIF*

574. Il faut que la décision d'avoir recours à l'arbitrage soit non équivoque.

Deux mentions sont impératives :

- La détermination de l'objet du litige, ce qui est rappelé expressément à l'article 1445 du Code de procédure civile⁽⁵⁰⁸⁾, et qui constitue l'un des principes directeurs du procès, auquel les parties ne peuvent déroger.

- La configuration du tribunal arbitral : le nombre d'arbitres et les modalités de leur désignation.

Bien que les arbitres ne constituent pas une juridiction étatique ni même une juridiction au sens des règlements européens, le Code de procédure civile a recours aux termes de tribunal arbitral comme encore de juges arbitres.

§ II – *SON CONTENU FACULTATIF*

575. On trouve souvent les mentions suivantes :

- Le système de référencement du règlement du litige ; en clair, le ou les arbitres vont-ils statuer en droit ou en équité ?

- Le lieu de l'arbitrage. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une mention requise à peine de nullité, elle est indispensable car le lieu détermine le juge d'appui territorialement compétent,

- La forme de la notification de la sentence⁽⁵⁰⁹⁾.

Sous-section III – *Ses effets*

576. Véritable justice privée, la mission d'arbitrage, dès lors qu'elle a été acceptée par les arbitres, rend incompétente la juridiction étatique sauf si la convention d'arbitrage est nulle ou inapplicable.

(507) C.P. civ., art. 1443.

(508) C. pro. civ., art. 1445 : « à peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige ».

(509) Article 1484 al. 3 du Code de procédure civile « ... signification à moins que les parties en conviennent autrement ».

Il faut pour cela que le ou les arbitres aient accepté, de manière non équivoque, leur mission dans cette convention ; à défaut le tribunal arbitral n'est pas saisi. La loi ne formalise pas l'acceptation de l'arbitre mais il vaut mieux faire un écrit. Cette acceptation fait partir le délai de six mois pour rendre la sentence.

L'arbitre se voit alors reconnaître par la loi, et pas seulement du fait du contrat des parties, un véritable pouvoir juridictionnel, celui de rendre une décision appelée sentence qui sera revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Il y a cependant trois différences notables avec le juge étatique :

L'arbitre ne peut statuer que sur des matières arbitrables (et non, par exemple, en matière d'état des personnes, de droits indisponibles ou d'ordre public).

La décision de l'arbitre n'est pas revêtue de la force exécutoire.

Enfin, le pouvoir de l'arbitre est limité au litige de sorte que sa mission est éphémère.⁽⁵¹⁰⁾

Section II – Le tribunal arbitral

Sous-section I – *Sa composition*

577. Le tribunal arbitral ne peut être constitué que de personnes physiques⁽⁵¹¹⁾. La clause compromissoire ou le compromis doit ainsi désigner l'identité des arbitres ou bien prévoir les modalités de leur nomination. Il peut arriver que la clause compromissoire ou le compromis désigne une personne morale : la clause n'est pas nulle pour autant ; simplement, le centre d'arbitrage désigné ne peut qu'organiser l'arbitrage et désigner les arbitres, personnes physiques.⁽⁵¹²⁾

Le ou les arbitres doivent toujours être en nombre impair ; l'imparité en matière d'arbitrage est un principe d'ordre public.

Si la convention n'a prévu que deux arbitres, elle n'est pas nulle pour autant mais il convient alors de compléter le tribunal arbitral, dès sa constitution, par la procédure dite de complètement. Si la sentence était rendue par un tribunal arbitral composé en nombre pair, elle serait nulle, sur le fondement de la contrariété à l'ordre public.

Si les parties ne s'accordent pas sur le nom de l'arbitre complémentaire, il sera désigné, dans le délai d'un mois de l'acceptation de leur nomination, par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui.⁽⁵¹³⁾

(510) Voir O. Pomiès, Dictionnaire de l'arbitrage, éd. Didact. Droit.

(511) C.P. civ., art. 1450 « la mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits ».

(512) C.P. civ., art. 1450, al. 1.

(513) C.P. civ., art. 1451, al. 3.

En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation d'un arbitre unique, il est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou à défaut, par le juge d'appui.⁽⁵¹⁴⁾

Lorsqu'il est prévu que l'arbitrage s'effectuera par trois arbitres, chacune des parties en choisit un et les deux arbitres désignés indiquent le nom du troisième arbitre⁽⁵¹⁵⁾.

Les délais sont prévus expressément ; une partie doit désigner son arbitre dans le délai d'un mois à compter de la demande de l'autre partie. De même, l'arbitre complémentaire doit être nommé par les deux arbitres dans le délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation.

À défaut d'entente ou de désignation par l'une des parties d'un arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, défaut, par le juge d'appui.⁽⁵¹⁶⁾

Lorsque plusieurs parties s'opposent et qu'aucun accord ne se dégage quant aux modalités de constitution du tribunal arbitral, les arbitres sont désignés par la personne chargée d'organiser l'arbitrage, ou, à défaut, par le juge d'appui.⁽⁵¹⁷⁾

Sous-section II – *Sa compétence*

578. La compétence du tribunal arbitral trouve son origine dans le contrat.

L'acceptation de leur mission par le ou les arbitres doit être non équivoque. À la différence du juge étatique, la compétence du tribunal arbitral trouve son origine dans le contrat, clause compromissoire ou compromis.

Cette compétence étant dérogatoire à celle du juge étatique, il est indispensable que le périmètre du litige soit défini avec précision. Si la clause est source de litiges, on dit qu'il s'agit d'une clause pathologique, par exemple, si elle est insuffisante ou contradictoire.

Dès la mise en œuvre de l'arbitrage, surtout lorsque celui-ci découle d'une clause compromissoire, c'est-à-dire à un moment où le litige n'était pas encore né, il est indispensable de purger toutes les difficultés que pourrait entraîner la clause compromissoire, afin que la sentence ne puisse être annulée ultérieurement, sur demande de l'une ou l'autre des parties, mécontente de la décision.

La procédure d'arbitrage connaît le principe de « compétence-compétence », ce qui signifie que l'arbitre a compétence pour statuer sur sa propre compétence.⁽⁵¹⁸⁾ Ce principe de « compétence-compétence » interdit au juge étatique qui serait directement saisi de se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral, sauf en cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage⁽⁵¹⁹⁾.

La compétence du tribunal arbitral soustrait le litige à la juridiction étatique laquelle doit ainsi se dessaisir ou se déclarer incompétente.

(514) C.P. civ., art. 1452 1^o.

(515) C.P. civ., art. 1452 2^o.

(516) C.P. civ., art. 1452 2^o.

(517) C.P. civ., art. 1454.

(518) C.P. civ., art. 1465 : le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel.

(519) Civ. 2^e, 20 déc. 2001, Dr. et patr. juin 2002, p. 120, obs. Mestre.

§ I – LES QUALITÉS SUBSTANTIELLES DES ARBITRES

579. L'arbitrage ne peut valablement prospérer que si les qualités d'impartialité et d'indépendance des arbitres désignés ne peuvent être remises en cause. L'arbitre doit, avant le commencement de la mission, révéler toutes circonstances susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité : les liens d'amitié, d'affection, de parenté ou les relations d'affaires avec l'une partie des parties ou un arbitre.

Il en irait de même de toute circonstance de même nature, née après l'acceptation de sa mission.⁽⁵²⁰⁾ Dans ce cas, il doit renoncer à sa mission et un autre arbitre sera désigné.

S'il semble que l'arbitre ait omis de révéler des faits ou circonstances de nature à jeter le doute sur ses qualités d'indépendance ou d'impartialité, sa révocation doit intervenir du consentement unanime des parties.⁽⁵²¹⁾ En cas de différend, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui.⁽⁵²²⁾

Si l'arbitre commet des erreurs ou des fautes susceptibles d'engager sa responsabilité, la responsabilité de l'État ne peut être engagée, car ils ne sont investis d'aucune fonction publique.

Ainsi, l'action en dommages et intérêts engagée à leur rencontre ne peut l'être qu'en vertu des règles de droit commun.⁽⁵²³⁾

§ II – LE RÔLE DU JUGE D'APPUI

580. Le rôle du juge d'appui, issu de la juridiction étatique, consiste à statuer sur les différends nés à l'occasion de la mise en place de la procédure d'arbitrage ou de son fonctionnement.

Le juge d'appui peut être saisi par les parties ou par le ou les arbitres ; ce peut être par exemple à l'occasion d'une difficulté dans la composition du tribunal arbitral⁽⁵²⁴⁾, ou à la récusation d'un arbitre voire encore en cas d'impossibilité de réunir de nouveau la juridiction arbitrale après que la sentence a été rendue, aux fins de l'interpréter ou de réparer des erreurs matérielles.⁽⁵²⁵⁾

Ce n'est qu'en cas de difficulté qu'il sera saisi de sorte qu'un arbitrage peut se dérouler sans le juge d'appui.

Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de Grande Instance désigné par la convention ou, en cas de silence de la convention arbitrale, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé⁽⁵²⁶⁾. La demande est instruite comme en matière de référé.

(520) C.P. civ., art. 1456, al. 2.

(521) C.P. civ., art. 1458.

(522) C.P. civ., art. 1456, al. 3.

(523) Pour une illustration, Civ. 2^e, 29 janvier 1960 : Bull. civ. II, n° 80.

(524) C.P. civ., art. 1444.

(525) C.P. civ., art. 1485.

(526) C.P. civ., art. 1459.

CHAPITRE III

LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARBITRAGE

Section I – La procédure d'arbitrage

Sous-section I – *L'organisation de la procédure*

581. Le principe de la liberté.

Soucieux de promouvoir les modes alternatifs comme amiables des différends, le législateur permet qu'un arbitrage soit mis en œuvre quand bien même une instance est déjà engagée devant une autre juridiction.⁽⁵²⁷⁾ Il pourrait en être ainsi lorsqu'il apparaît que le conflit judiciaire, de par la publicité qui va y être attachée, risque de nuire aux parties, notamment dans des affaires de conflits successoraux intéressant des personnalités connues du grand public.

Le tribunal arbitral peut fixer librement le déroulement de la procédure. Ces règles seront déterminées dans l'ordre de mission, contrat signé par les parties et qui détermine les conditions et modalités de la procédure d'arbitrage.

Ainsi, il peut être imaginé la mise en place, par nos instances professionnelles, d'un acte de mission signé par les parties et qui fixerait les conditions de cet arbitrage.

Cet acte de mission prévoirait :

- Le rappel du périmètre de l'arbitrage,
- Les pouvoirs du tribunal arbitral ; il sera précisé ainsi si le tribunal statuera en droit et/ou en équité,
- Le délai de l'arbitrage,
- Le lieu de l'arbitrage ainsi que la désignation du juge d'appui,
- Le coût de l'arbitrage.

Au sein de cet ordre de mission, chacune des parties prendrait par ailleurs l'engagement de respecter le règlement d'arbitrage établi par nos soins. Les parties recevraient une attestation d'indépendance de l'arbitre.

Lorsque l'acte de mission n'a pas prévu les modalités de règlement de certains incidents, il convient de se référer aux règles du Code de procédure civile.

(527) C.P. civ., art. 1446 : « les parties peuvent compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction ».

Sous-section II – *Le déroulement de la procédure d'arbitrage*

§ I – *L'ACCEPTATION DES ARBITRES*

582. Il est indispensable que l'arbitre choisi accepte sa mission.

Le tribunal arbitral n'est constitué que lorsque le ou les arbitres ont accepté leur mission⁽⁵²⁸⁾.

Même si, juridiquement, cette acceptation peut être tacite et résulter notamment de la participation de l'arbitre aux opérations d'arbitrage, il est fréquent que cette acceptation soit formalisée de manière expresse par une mention lors du premier acte d'arbitrage rédigé, par exemple, lors de la rédaction du procès-verbal de réunion d'arbitrage, compromis d'arbitrage, acte de mission.⁽⁵²⁹⁾

Il est à noter que si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la date d'acceptation de la mission par l'arbitre est le point de départ de computation du délai de principe de l'arbitrage, qui est de six mois.

§ II – *LES MESURES D'INSTRUCTION*

583. Le tribunal arbitral va pouvoir procéder aux mesures d'instruction nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Il peut entendre toute personne. Cette audition intervient sans prestation de serment.⁽⁵³⁰⁾

Le tribunal arbitral peut enjoindre l'une des parties à fournir un élément de preuve et, à défaut peut même l'y contraindre sous astreinte.⁽⁵³¹⁾

Si l'une des parties à l'arbitrage souhaite faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie voire encore d'une pièce détenue par un tiers, le tribunal arbitral ne pourra en aucun cas contraindre le tiers à la production de ce document. Il appartiendra alors à la partie qui sollicite la production de cette pièce, sur invitation du tribunal arbitral, d'assigner le tiers devant le président du tribunal de Grande Instance, aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou de la pièce. Si le tribunal étatique estime la demande fondée, il ordonnera la délivrance de la pièce, éventuellement sous astreinte.

La décision ordonnant la production des pièces n'est pas exécutoire de plein droit et est susceptible d'appel dans un délai de 15 jours suivant la signification de la décision.⁽⁵³²⁾

(528) C.P. civ., art. 1456, al. 1 : « le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres qui ont accepté la mission qui leur est confiée. À cette date, il est saisi du litige ».

(529) Voir Dictionnaire de l'arbitrage, O. Pomiès, acceptation de la mission.

(530) C.P. civ., art. 1467.

(531) C.P. civ., art. 1467, al. 3.

(532) C.P. civ., art. 1469.

Par ailleurs, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, c'est-à-dire tant que le ou les arbitres n'ont pas accepté leur mission, les parties ont toujours la possibilité de saisir les juridictions étatiques aux fins d'obtenir une mesure d'instruction, une mesure conservatoire ou provisoire.⁽⁵³³⁾

§ III – *LES INCIDENTS PROCÉDURAUX*

584. Le tribunal arbitral dispose, sauf convention contraire dans la convention d'arbitrage, du pouvoir de trancher un incident de vérification d'écriture ou de faux. Cette vérification s'exécute selon les règles édictées par le Code de procédure civile. (Art. 287 à 294 et 299 CPC). Cette règle permet d'assurer l'unité de l'instance.

Section II – La sentence arbitrale et les recours

Sous-section I – *La sentence arbitrale*

§ I – *LES DÉLAIS*

585. Le délai est en effet un élément essentiel des opérations d'arbitrage car la sentence rendue hors délai est nulle, le tribunal arbitral étant dessaisi de sa mission.⁽⁵³⁴⁾

En principe, il est de six mois. Mais ce délai légal ne s'applique qu'en l'absence de délai convenu entre les parties.⁽⁵³⁵⁾

Les arbitres, quant à eux, ne peuvent se voir déléguer le pouvoir de fixer le délai, pas plus que de le proroger.⁽⁵³⁶⁾ Ils peuvent, en revanche, solliciter la prorogation des parties ou du juge d'appui.

La prorogation peut avoir été tacitement acceptée par les parties, par leur participation aux opérations d'arbitrage au-delà du délai. La durée de la prorogation conventionnelle est fixée librement par les parties. À défaut de précision, la prorogation est de six mois.

En pratique, il peut paraître judicieux de fixer un délai maximum à l'arbitrage en conférant au tribunal arbitral le pouvoir de procéder à des aménagements de la procédure à l'intérieur du délai maximum.

§ II – *POSSIBILITÉ DE JUGER EN DROIT OU EN ÉQUITÉ*

586. Cette possibilité est l'une des caractéristiques de l'arbitrage car les parties peuvent confier au tribunal arbitral la mission de statuer, non pas seulement selon

(533) C.P. civ., art. 1449.

(534) C.P. civ., art. 1477 : « l'expiration du délai d'arbitrage entraîne la fin de l'Instance arbitrale ».

(535) C.P. civ., art. 1463 : « si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine.

Le délai légal peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui. »

(536) Civ. 2^e, 13 janvier 1993, Bull. civ. II, n° 11.

les règles de droit, mais selon l'équité, en amiable composition. Le juge étatique, en principe, statue en droit quand bien même les parties, une fois le litige né, peuvent conférer au juge la mission de statuer en équité⁽⁵³⁷⁾. Cette disposition n'est cependant quasiment jamais utilisée devant les tribunaux étatiques.

Cette mission du tribunal arbitral de statuer en équité ou en amiable composition, conférée par les parties, est appelée aussi arbitrage *ex equo et bono*.

Il ne s'agit pas d'une faculté laissée au tribunal arbitral mais d'une obligation. Le tribunal arbitral doit ainsi expliciter clairement dans la sentence les motifs tirés de l'équité sur lesquels elle est fondée. À défaut, une annulation de la sentence pourra être encourue de ce chef. Les arbitres peuvent statuer néanmoins selon les règles de droit mais sous réserve que le droit soit conforme à l'équité et que les arbitres l'indiquent dans leur sentence. De plus, les arbitres ne peuvent réviser le contrat ni écarter les règles d'ordre public qui auraient vocation à s'appliquer. De même que dans un jugement en équité, les principes directeurs du procès restent applicables, notamment le principe du contradictoire.

Sous-section II – *Le délibéré*

587. Les délibérations sont secrètes.⁽⁵³⁸⁾ La sentence est rendue à la majorité des voix et est signée par tous les arbitres. Lorsqu'une minorité des arbitres refuse de signer la sentence, il en sera fait mention dans la sentence. Elle produit alors le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres.

Ces prescriptions sont requises à peine de nullité.⁽⁵³⁹⁾

§ 1 – *LE CONTENU*

588. Le Code de procédure civile détaille précisément les mentions de la sentence arbitrale qui doit comporter⁽⁵⁴⁰⁾ les mentions suivantes :

L'identité des parties ainsi, le cas échéant que celle des avocats les ayant assistées ainsi que le nom des arbitres. Elle comporte mention de la date et du lieu où elle a été rendue. Elle doit par ailleurs être motivée après avoir exposé succinctement les prétentions des parties et leurs moyens.⁽⁵⁴¹⁾ Ces mentions sont requises à peine de nullité de la sentence ; cependant, les règles du Code de procédure civile rappellent la possibilité d'écarter cette nullité s'il apparaît que les prescriptions légales ont été, en fait, respectées.⁽⁵⁴²⁾

(537) C.P. civ., art. 12, al. 5 : « le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas expressément renoncé. »

(538) C.P. civ., art. 1479 : « les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes ».

(539) C.P. civ., art. 1483.

(540) C.P. civ., art. 1481.

(541) C.P. civ., art. 1482.

(542) C.P. civ., art. 1483, al. 2 : « toutefois, l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité de la sentence ne peut entraîner la nullité de celle-ci s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait, observées. »

§ II – LA NOTIFICATION ET SES EFFETS

589. La sentence arbitrale dessaisit le tribunal arbitral de la contestation portée devant lui.⁽⁵⁴³⁾ Cependant, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter sa décision, réparer les erreurs ou omissions matérielles ou encore la compléter s'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci dûment appelées.⁽⁵⁴⁴⁾ Ces demandes en interprétation doivent intervenir dans les trois mois de la notification de la sentence arbitrale.⁽⁵⁴⁵⁾ Sauf convention contraire, les sentences interprétatives ou rectificatives doivent elles-mêmes être rendues dans le délai de trois mois de la saisine du tribunal arbitral.⁽⁵⁴⁶⁾

S'il ne peut plus être réuni, et à défaut d'accord des parties pour le reconstituer, le juge étatique qui eût été compétent pour ce litige, peut être valablement saisi.⁽⁵⁴⁷⁾

La sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation tranchée. Elle peut être assortie de l'exécution provisoire. La sentence est notifiée par voie de signification, sauf si les parties en ont décidé différemment.⁽⁵⁴⁸⁾

§ III – LA RÉCEPTION DE LA SENTENCE PAR LE SYSTÈME JURIDIQUE ÉTATIQUE : LA POSSIBILITÉ DE L'EXEQUATUR

590. À la différence des décisions des juridictions étatiques, la sentence arbitrale n'est pas revêtue de la force exécutoire. La loi ne confère pas aux arbitres, juges privés, l'imperium de mettre en œuvre la force publique.

Il appartient ainsi à la partie qui souhaite obtenir l'exécution forcée de la décision, voire aussi à la diligence de l'un des arbitres, de solliciter l'exequatur. Cet exequatur n'est pas toujours requis dès lors qu'il n'est pas besoin de recourir à des mesures d'exécution forcée.

L'ordonnance d'exequatur est rendue par le tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence arbitrale a été rendue. Cette procédure n'est pas contradictoire et la requête est sollicitée à la demande de la partie la plus diligente.⁽⁵⁴⁹⁾

Le juge apposera la formule exécutoire sauf s'il lui apparaît que la sentence est manifestement contraire à l'ordre public. L'ordonnance qui refuse l'exequatur doit être motivée⁽⁵⁵⁰⁾.

L'ordonnance qui octroie l'exequatur à la décision arbitrale n'est susceptible d'aucun recours.⁽⁵⁵¹⁾

(543) C.P. civ., art. 1485, al. 1.

(544) C.P. civ., art. 1485, al. 2.

(545) C.P. civ., art. 1486, al. 1.

(546) C.P. civ., art. 1486, al. 2.

(547) C.P. civ., art. 1485, al. 3.

(548) C.P. civ., art. 1484.

(549) C.P. civ., art. 1487.

(550) C.P. civ., art. 1488 : « l'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public.

L'ordonnance qui refuse l'exequatur est motivée ».

(551) C.P. civ., art. 1499, al. 1.

Cependant, l'appel ou le recours diligenté contre la sentence arbitrale emporte de plein droit recours contre l'ordonnance d'exequatur.⁽⁵⁵²⁾

Si le juge refuse l'exequatur à la sentence arbitrale, un appel est possible dans le délai d'un mois de la signification de l'ordonnance de refus.⁽⁵⁵³⁾

Par ailleurs, lorsqu'un appel ou un recours en annulation contre la sentence est diligenté, son rejet confère l'exequatur à la sentence arbitrale.⁽⁵⁵⁴⁾

Sous-section III – *Les recours contre la sentence arbitrale*

§ I – *L'APPEL*

591. En principe, la sentence arbitrale ne peut être frappée d'appel, sauf si ce recours a été expressément prévu dans la convention d'arbitrage.⁽⁵⁵⁵⁾

L'appel est porté devant les juridictions étatiques, plus précisément devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue.⁽⁵⁵⁶⁾

§ II – *L'ACTION EN NULLITÉ*

592. La sentence peut faire l'objet d'un recours en annulation, dans le mois qui suit sa date de notification, lorsque les parties n'ont pas prévu qu'elle pouvait faire l'objet d'un appel (article 1491 du Code procédure civile).

Cette action peut être intentée pour non-respect du périmètre de l'arbitrage, violation de l'ordre public, défaut de motivation, défaut de signature d'un arbitre, défaut de date...

§ III – *LA TIERCE OPPOSITION*

593. La tierce-opposition est refusée à l'arbitre d'une sentence arbitrale rétractée par la Cour d'appel.

Un recours en révision avait été obtenu par l'une des parties contre une sentence arbitrale devant la Cour d'appel de Paris. L'un des arbitres avait formé tierce opposition à cette rétractation de la sentence, notamment car cette rétractation pouvait fonder à son encontre une action en responsabilité civile.

Ce recours a été déclaré irrecevable⁽⁵⁵⁷⁾.

(552) C.P. civ., art. 1499, al. 2.

(553) C.P. civ., art. 1500, al. 1 : « l'ordonnance qui refuse l'exequatur peut être frappée d'appel dans le délai d'un mois à compter de sa signification ».

(554) C.P. civ., art. 1498, al. 2 : « le rejet de l'appel ou du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale ou à celles de ses dispositions qui ne sont pas atteintes par la censure de la cour ».

(555) C.P. civ., art. 1489 : « la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ».

(556) C.P. civ., art. 1494 : « l'appel et le recours en annulation sont porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. »

(557) Voir Civ. 2^e, 11 janvier 2018, n° 16-24.740.

CHAPITRE IV

LA PLACE DU NOTAIRE DANS LE PROCESSUS D'ARBITRAGE

594. L'arbitrage suppose des qualités d'impartialité, d'équité et une bonne connaissance juridique.

Ces attributs sont fréquemment reconnus chez le notaire ; pourtant, il est peu présent dans la matière de l'arbitrage, à la différence des avocats ou des magistrats honoraires. Aucune incompatibilité ne l'exclut cependant de l'arbitrage.

N'est-il pas temps que le notaire s'empare de cette matière et puisse apporter aux justiciables qui le souhaiteraient son expertise à la faveur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 dite Justice 21 ? On a vu que cette loi donne une impulsion considérable à l'arbitrage en étendant son champ d'application puisque désormais la clause compromissoire peut être insérée au sein de contrats conclus hors l'activité professionnelle des parties⁽⁵⁵⁸⁾. Elle pourra ainsi valablement figurer dans des contrats familiaux, dès lors que les parties n'ont pas stipulé sur des droits indisponibles, ainsi que dans des conventions d'indivision, des partages de régimes matrimoniaux, voire des contrats de mariage mais aussi dans d'autres matières familiales au notaire comme des statuts de sociétés civiles, des règlements de copropriété...

595. La clause d'arbitrage et le compromis pourront être recommandés en matière successorale, pour des raisons de confidentialité, de rapidité et d'efficacité liées à la qualité des arbitres, experts en la matière arbitrée.

S'il est toujours possible aux héritiers de s'entendre sur un compromis d'arbitrage, une clause compromissoire, pourrait-elle être valablement insérée au sein d'une donation, d'une donation-partage, voire figurer au sein d'un testament ?

Section I – La clause d'arbitrage dans le cadre d'une donation-partage, d'un testament ou d'un partage

596. L'arbitrage en matière patrimoniale est peu utilisé en droit français mais il est très répandu chez nos voisins allemands et autrichiens.⁽⁵⁵⁹⁾

En France, la récente promotion de l'arbitrage au sein du Code civil avec la réécriture de l'article 2061 permettrait de l'utiliser dans le traitement des conflits successoraux.

Quels pourraient être les obstacles à l'insertion d'une clause pénale requérant des parties le règlement d'un litige successoral à un tribunal arbitral ?

Il ne fait pas de doute que le droit des successions est une matière arbitrale car il s'agit avant tout de droits patrimoniaux sur lesquels s'opposent les parties. En revanche, il en

(558) Article 2061 C. civ.

(559) P. Wautelet, *Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale*, Réflexions à partir du règlement 650/2012, JCP N, n° 51-52, p. 42.

va différemment lorsque l'une des questions concerne un droit indisponible. Il en ira ainsi, par exemple, lorsque le traitement du litige nécessitera qu'il soit statué sur une question relative à la filiation de l'un des comparants ; il conviendra de traiter cette difficulté comme une question préalable, que les juridictions étatiques devront trancher. Le tribunal arbitral interviendra une fois cette question résolue.

S'il ne fait aucun doute que les héritiers peuvent, une fois la succession ouverte, soumettre le règlement de leurs conflits patrimoniaux à une juridiction arbitrale, par la signature d'un compromis (dès lors que le droit applicable au règlement de la succession prévoit le recours à l'arbitrage), pourrait-on insérer l'obligation de recourir à l'arbitrage dans le cadre d'une donation-partage, voire d'un testament ?

Il peut être envisagé qu'une clause de recours à l'arbitrage soit insérée au sein d'une donation-partage. La donation-partage étant un contrat, rien ne s'oppose à l'insertion d'une clause compromissoire par laquelle les donataires-copartagés accepteraient de soumettre tout différend relatif à la mise en œuvre de la libéralité, comme ses conditions d'exécution, à un tribunal arbitral. Les conditions de la formation arbitrale et même la désignation d'un centre d'arbitrage pourraient aussi être prévues.

À l'occasion d'une renonciation anticipée à l'action en réduction, on pourrait ainsi insérer une clause compromissoire soumettant les futurs éventuels litiges successoraux à un tribunal arbitral. On pourrait s'interroger sur la validité d'une telle stipulation au regard de la prohibition des pactes sur succession future. Dans la mesure où une telle clause peut être remise en question par l'un des ses signataires, il semble que cette prohibition soit écartée.

En effet, une clause compromissoire peut toujours être répudiée par l'un de ses signataires, dès lors que celui-ci n'a pas agi dans le cadre de son activité professionnelle.

La mise en œuvre de ces clauses compromissoires paraît ainsi fragile et aléatoire, conditionnée au bon vouloir des parties.

L'arbitrage étant par nature consensuel, pourrait-on imaginer que le testateur insère, au sein de ses dispositions de dernières volontés, une clause de recours à l'arbitrage en prévoyant ses conditions de mise en œuvre ?

Le testament étant un acte unilatéral, ce ne peut être qu'un vœu du de cujus, auquel les héritiers pourront refuser de se soumettre.

Que ce soit dans le cadre d'une clause compromissoire insérée dans une donation-partage ou dans un testament, il faudra ainsi attendre l'ouverture de la succession pour savoir si l'arbitrage peut être mis en œuvre.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la possibilité pour le futur défunt de soumettre les litiges nés du règlement de sa succession à l'arbitrage dès lors que le droit applicable accorde des droits impératifs à certains héritiers, ainsi le droit à une réserve héréditaire en droit français. Certains auteurs, se fondant sur le fait que la soumission à l'arbitrage est une charge et que la réserve doit être reçue libre de toute charge, en concluent qu'un testateur ne peut contraindre ses héritiers à y recourir⁽⁵⁶⁰⁾.

Devant le caractère incertain de la mise en œuvre de cet arbitrage, il est loisible au disposant de prévoir une clause d'exhérédation de l'une des parties qui refuserait

(560) J. Perrin, De l'arbitrabilité des litiges successoraux : Bulletin ASA, 2006, (417), 426.

de s'y soumettre. Jusqu'à très récemment, les tribunaux validaient les clauses pénales insérées dans le cadre de libéralités pour autant que de telles clauses ne portaient pas atteinte aux droits des parties d'invoquer des dispositions d'ordre public ou si elles contrevenaient aux bonnes mœurs. Dernièrement, la Cour de cassation a introduit la nécessité de vérifier que la clause pénale n'avait pas pour effet de porter une atteinte excessive aux droits dont elle entendait priver leurs destinataires et, ce même s'il ne s'agissait pas de droits d'ordre public.⁽⁵⁶¹⁾

Dès lors que le tribunal arbitral présente toutes les garanties d'impartialité d'un tribunal étatique, seul le sur-coût d'une procédure arbitrale sur celle d'une procédure étatique pourrait être invoqué. Il pourrait ainsi être organisé par le futur défunt les conditions de nomination du tribunal étatique ainsi que celles de sa rémunération, par exemple en nommant un exécuteur testamentaire chargé de la mise en œuvre de cet arbitrage.

Il pourrait être prévu qu'une somme lui soit immédiatement allouée, dès le décès, pour financer ce tribunal, par exemple par le recours à une assurance-vie, dont cet exécuteur testamentaire serait le bénéficiaire, à charge pour celui-ci de constituer le tribunal arbitral.

Il pourrait par ailleurs être prévu que le capital sera définitivement perdu pour les héritiers légaux si ceux-ci refusaient de se soumettre à l'arbitrage, en désignant un tiers bénéficiaire alternatif, en l'absence de médiation.

Cette dernière précision vise à dissuader les héritiers de refuser l'arbitrage dans le but de percevoir le capital-décès.

Enfin, nous pourrions nous interroger sur la question de savoir si la sentence arbitrale pourrait réaliser le partage ? Ainsi, les parties pourraient-elles déléguer à un tiers, choisi par elles, la constitution des lots, le choix des attributions et prévoir l'établissement des soultes.

Le partage est selon nous un droit disponible. L'arbitrage constituerait ainsi, en plus du tirage au sort, un nouveau moyen de parvenir à l'allotissement.

Section II – Le notaire prescripteur d'arbitrage en matière familiale

597. Si les clauses compromissaires peuvent être remises en cause, il n'en va pas de même du compromis.

Une fois la succession ouverte, le notaire en charge de la succession, pourra être le prescripteur non seulement d'une médiation⁽⁵⁶²⁾ mais aussi d'un arbitrage. Les parties seront amenées à régulariser un compromis.

(561) Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, n° 14-29.285 : JurisData n° 2015-028389 ; Dr. famille 2016, comm. 33, M. Nicod ; JCP N 2016, n° 19, 1159, Ch. Goldie-Genicon ; D. 2016, p. 578, Th. Le Bars ; AJ fam. 2016, p. 105, obs. J. Casey ; RJPF févr. 2016, p. 40, obs. F. Sauvage ; RTD civ. 2016, p. 424, obs. M. Grimaldi ; Cass. 1^{re} civ., 13 avril 2016, n° 15-13.312 : JurisData n° 2016-006949 ; Dr. famille 2016, comm. 152, M. Nicod ; RTD civ. 2016, p. 424, M. Grimaldi.

(562) I. Arseguel-Meunier, Le notaire, prescripteur de médiation en matière familiale, JCP N 2016, n°s 51-52, p. 34.

Là où la médiation vise avant tout à rétablir le dialogue, l'arbitrage permettra de le dénouer juridiquement. Les deux processus ne sont pas exclusifs l'un de l'autre.

Il ne sera pas conseillé que le notaire en charge de la succession fasse partie du tribunal arbitral même si aucune disposition ne l'interdit.

En effet, s'il a concouru à l'élaboration des actes successoraux contestés, son impartialité pourra être contestée, à tort ou à raison, par certains des héritiers ; la sérénité des débats en sera alors entachée.

Malheureusement une affaire célèbre (l'affaire Vasarely⁽⁵⁶³⁾) a jeté le discrédit sur l'arbitrage en matière successorale, le notaire de famille ayant été choisi pour arbitrer le différend. Pourtant ce cas d'espèce ne doit en rien décourager les notaires d'y recourir. Rien ne s'oppose à ce qu'un notaire extérieur à l'affaire en question puisse arbitrer des litiges inhérents à des techniques successorales, tels le rapport ou la réduction⁽⁵⁶⁴⁾.

Dans nos études, nous avons fréquemment recours au CRIDON⁽⁵⁶⁵⁾ où des professeurs reconnus répondent à des interrogations juridiques.

Répartis sur tout le territoire, ces CRIDON assurent en outre un maillage territorial efficace. Il pourrait ainsi être imaginé que les chambres des notaires, en collaboration avec les CRIDON auxquels elles sont rattachées, mettent sur pied des centres d'arbitrage.

Il pourrait ainsi être imaginé des tribunaux arbitraux, constitués de professeur(s) de droit et de notaire(s), en nombre impair, ou encore, pourrait-on imaginer des structures composées d'avocats et de notaires « réunis pour rendre un service unique et nouveau au justiciable », comme l'avait imaginé dès 2014 notre Confrère⁽⁵⁶⁶⁾.

La sentence rendue, les parties seraient redirigées vers le notaire en charge de la succession qui rédigerait l'acte notarié. Celui-ci signé, bénéficierait de la formule exécutoire, permettant l'exécution forcée des obligations contractées. Le notaire n'étant pas une juridiction au regard des règlements européens, il sera nécessaire d'obtenir l'exequatur de la sentence si la circulation de l'acte est envisagée à l'étranger.

Le notaire doit se saisir de cette opportunité initiée par la loi J21 pour développer de nouvelles compétences et répondre au souhait du législateur de déjudiciarisation étatique des litiges.⁽⁵⁶⁷⁾

En raison de son expertise du droit patrimonial et de sa déontologie professionnelle, le notaire a un rôle majeur à jouer en matière d'arbitrage aujourd'hui et demain.

(563) D. 2014, p. 2555 observations T. Clay, Gazette du Palais 21-22 novembre 2014, p. 21 observations D. Bensaude. Cass. Civ. 1^{re}, 4 novembre 2015 n° 14-22630.

(564) Droit et patrimoine n° 275 décembre 2017, Par Richard Vessaud, Questions Notariales.

(565) Centres de Recherches, d'informations et de Documentations Notariales ; ce sont des organismes de droit français constitués sous forme de GIE ou d'associations. Novembre.

(566) Maître Axel Depondt, création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille : JCP G 2015, act. 429. - V. également A. Depondt, De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation : JCP N 2015, n° 17, 1141 ; La mise en œuvre des procédures d'arbitrage et de conciliation : JCP N 2015, n° 19-20, 1151.

(567) C. Nourissat, Médiation et arbitrage : enjeux pour la pratique notariale européenne, JCP N 2016, n°s 51-52, p. 23.

PARTIE III

ESQUISSE DE DIFFICULTÉS ET DE PISTES DE SOLUTIONS DANS LE RÈGLEMENT D'UNE SUCCESSION AU QUÉBEC

598. Par M^e Christine Morin, notaire émérite, professeure titulaire et titulaire de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés de l'Université Laval⁽⁵⁶⁸⁾.

Au Québec, le notaire a un rôle tripartite. Il est à la fois un officier public, un conseiller juridique et un auxiliaire de justice⁽⁵⁶⁹⁾. Comme son confrère de la France, le notaire québécois est « au cœur des familles » auprès desquelles il est appelé à intervenir à différentes étapes charnières de la vie de ses membres⁽⁵⁷⁰⁾. Bénéficiant de la confiance de 86 % de la population québécoise⁽⁵⁷¹⁾, le notaire jouit certes d'une position privilégiée à titre de conseiller des familles. On le présente comme le « juriste de proximité », comme la personne de confiance compétente⁽⁵⁷²⁾.

Les notaires sont des acteurs déterminants auprès des familles qu'ils accompagnent et conseillent, notamment pour toutes les questions qui intéressent le droit des biens, de la famille et des successions. Dans ce dernier cas, leurs fonctions se déploient dès l'étape de la planification successorale jusqu'à celle du règlement de la succession. En collaboration avec les familles, les notaires chercheront tantôt à prévenir les différends successoraux, tantôt à les résoudre.

Afin de mieux comprendre l'apport du notaire québécois lorsqu'il s'agit de successions, nous dresserons d'abord un tableau sommaire de quelques normes importantes en la matière (partie I) pour ensuite traiter du rôle du notaire dans la planification et le règlement des successions (partie II) et, plus particulièrement, de sa contribution potentielle en matière de règlement des différends grâce à la médiation (partie III).

(568) L'auteure remercie M^e Katherine Champagne, notaire et coordonnatrice de la Chaire Antoine-Turmel de l'Université Laval, pour sa collaboration à la recherche.

(569) *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 10.

(570) Voir le préambule de M^e Isabelle Arseguel-Meunier.

(571) Selon le baromètre des professions 2016 de la firme Léger. La confiance envers les notaires est en constante progression depuis 2013. Voir Jacques Deforges, « Baromètre des professions 2016 – les Québécois se disent encore plus confiants envers les notaires », (2016) 25 n° 4 *Entracte* 6.

(572) Jean-François Roberge, Axel-Luc Hountohotegbè et Catherine Dion-Lafont, « Les outils de la négociation intégrative au service du "juriste de l'entente" », (2013) 2 *Cours de perfectionnement du notariat* 63, 86.

CHAPITRE I

QUELQUES PARTICULARITÉS DU DROIT
SUCCESSORAL QUÉBÉCOIS

599. Un des éléments notables et distinctifs du droit successoral québécois par rapport au droit français – et à celui de la plupart des pays de tradition civiliste – est assurément le principe de la liberté de tester. Le testateur québécois est libre de disposer de ses biens à son décès comme il le souhaite, en faveur des personnes de son choix. Le *Code civil du Québec* ne prévoit aucune réserve héréditaire⁽⁵⁷³⁾. Il ne l'a jamais fait.

La liberté de tester sans restriction ni réserve a été introduite formellement en 1774 par l'Acte de Québec⁽⁵⁷⁴⁾. Avant cette date, le droit successoral qui s'appliquait en Nouvelle-France était celui de la Coutume de Paris qui réservait une part de la succession à certaines personnes déterminées⁽⁵⁷⁵⁾. Cette liberté testamentaire est arrivée avec le droit anglais, alors que le reste du droit familial et du droit successoral québécois provenait du droit français⁽⁵⁷⁶⁾. Il faut garder à l'esprit cette particularité du droit successoral québécois pour être en mesure de bien comprendre ses principales normes en matière de planification et de règlement de la succession. Comme le

(573) Sur le sujet : Christine Morin, « L'autonomie de la volonté : au cœur du droit successoral québécois », dans *Les successions – Journées roumaines*, tome LX/2010, coll. « Travaux de l'Association Henri Capitant », Paris, Bruylant/LB2V, 2012, p. 389.

(574) Le principe de la liberté de tester a été reconnu en 1774 à l'intérieur de *Act for making more effectual provision for the government of the province of Quebec in North America (Acte de Québec)*, 14 Geo. III, c. 83. En 1801, une autre loi faisait disparaître les dernières restrictions coutumières possibles, *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les testaments et ordonnances de dernière volonté*, 41 Geo. III, c. 4. Selon certains, l'Acte de Québec n'avait pas aboli la part légitime des enfants puisque cette restriction existait en matière de donations. Mireille D. Castelli, « L'évolution du droit successoral en France et au Québec », (1973) 14 C. de D. 411, 441. Cette interprétation a été avancée, en 1861, dans un arrêt du Banc de la Reine : *Blanchet c. Blanchet*, (1861) 11 L.C.R. 216 (B.R.). Par contre, d'autres affirment que la liberté de tester est apparue dès 1774 et que la loi de 1801 n'a fait que lever certains doutes qui existaient quant à l'interprétation de la loi de 1774. François Langelier, *Cours de droit civil*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1906, p. 344.

(575) Sur la Coutume de Paris, voir Jacques Boucher et André Morel, *De la coutume au Code civil. Textes et documents d'histoire du droit québécois*, Montréal, P.U.M., 1970, 62 p. ; Claude de Ferrière, *Nouveau commentaire sur la Coutume de Prévôté et Vicomté de Paris*, t. 1, nouvelle édition revue corrigée et augmentée par Sauvan d'Aramon, Paris, Libraires associés, 1770, 432 p. ; Claude de Ferrière, *Nouveau commentaire sur la Coutume de Prévôté et Vicomté de Paris*, t. 2, nouvelle édition revue corrigée et augmentée par Sauvan d'Aramon, Paris, Libraires associés, 1770, 516 p. ; François Olivier-Martin, *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, t. II, fasc. I et II, Paris, Éditions Ernest Leroux, 1926 et 1930, 655 p. ; Thomas Kennedy Ramsay, *Notes sur la Coutume de Paris : indiquant les articles encore en force avec tout le texte de la Coutume, à l'exception des articles relatifs aux fiefs et censives, les titres du retrait lignager et de la garde noble et bourgeoise*, Montréal, Imprimerie de la Minerve, 1863 ; Yves F. Zoltvany, « Esquisse de la Coutume de Paris », (1971) 25 R.H.A.F. 365.

(576) Avec l'arrivée des Anglais, le droit en vigueur en Nouvelle-France a été modifié et on décida officiellement, en 1774, de maintenir le droit français en ce qui concerne la propriété et le droit civil, sauf pour la liberté de tester où on introduisit le principe du droit anglais. André Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960, n° 18-20, p. 20-22. Un auteur a qualifié la situation ainsi : « the anomaly of a civil code without a légitime ». Joseph DAINOW, « Unrestricted Testation in Quebec », (1935-36) 10 Tul. L. Rev. 401.

testateur est libre, il a intérêt à rédiger un testament puisqu'il sait que ses dernières volontés seront respectées dans la mesure où elles ne contreviennent pas à la loi.

Après le décès, le conjoint marié ou uni civilement peut cependant faire valoir ses droits matrimoniaux, et ce, quel que soit le contenu du testament de son défunt conjoint⁽⁵⁷⁷⁾. Ces droits matrimoniaux sont des effets du mariage et sont d'ordre public⁽⁵⁷⁸⁾. Par contre, pour ce qui est des membres de la famille qui sont exhérés, ils n'ont aucun recours contre la succession, sauf dans un cas précis : s'ils sont dans le besoin. En effet, depuis 1989, le *Code civil du Québec* prévoit certaines règles relatives à la survie de l'obligation alimentaire après le décès⁽⁵⁷⁹⁾. Ces normes sont les seules dispositions législatives du livre « Des successions » qui ont pour objectif de « circonscrire » la liberté des testateurs, au bénéfice de la famille.

La survie de l'obligation alimentaire impose une obligation de solidarité au testateur, à l'égard de certains membres de sa famille⁽⁵⁸⁰⁾. Cette obligation est cependant limitée. D'une part, la personne qui souhaite réclamer une contribution doit faire partie des créanciers alimentaires reconnus par le Code civil et elle ne doit pas être indigne de succéder⁽⁵⁸¹⁾. D'autre part, elle doit arriver à faire la preuve de ses besoins et la succession doit être financièrement en mesure de payer la contribution. Tous les membres de la famille du testateur n'ont donc pas droit à une contribution alimentaire et cette dernière obéit à des règles précises qui limitent les montants qui peuvent être octroyés aux membres qui sont dans le besoin⁽⁵⁸²⁾. La créance alimentaire doit d'ailleurs être réclamée dans les six mois qui suivent le décès⁽⁵⁸³⁾.

Le titre cinquième du Code civil traite de la liquidation de la succession⁽⁵⁸⁴⁾. L'article 776 énumère les principales opérations requises par cette liquidation, soit : l'identification et l'appel des successibles, la détermination du contenu de la succession (inventaire), le recouvrement des créances, le paiement des dettes et des legs à titre particulier, la reddition de compte et la délivrance des biens. Ces grandes étapes sont normalement respectées pour liquider une succession au Québec puisque, lorsqu'elles le sont, elles font en sorte que les héritiers et légataires ne sont pas tenus des obligations du défunt au-delà de la valeur des biens qu'ils recueillent⁽⁵⁸⁵⁾. Ils conservent de plus le droit de réclamer le paiement de leurs créances de la succession.

(577) Il s'agit des mêmes droits qu'il aurait obtenus si la relation avait pris fin à la suite d'un divorce, au lieu d'un décès, soit le partage du patrimoine familial et la possibilité de réclamer une prestation compensatoire. Voir les articles 414 à 430 du *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991 (ci-après « *Code civil du Québec* »).

(578) *Code civil du Québec*, art. 391.

(579) *Code civil du Québec*, art. 684 à 695.

(580) Soulignons qu'aux fins de ce texte, l'expression « solidarité » est utilisée dans son sens commun.

(581) Les créanciers alimentaires au décès sont l'époux ou le conjoint uni civilement, les parents en ligne directe au premier degré et l'ex-conjoint du défunt qui percevait effectivement une pension alimentaire au moment du décès. *Code civil du Québec*, art. 585 et 685.

(582) Christine Morin, « Solidarités familiales - volontaires ou imposées - en droit successoral québécois », dans Hugues Fulchiron (dir.), *Les solidarités entre générations / Solidarity between Generations*, Paris, Bruylant, 2013, p. 599.

(583) *Code civil du Québec*, art. 684.

(584) *Code civil du Québec*, art. 776 à 835.

(585) *Code civil du Québec*, art. 625. Voir également les articles 779, 782, 799 et 800.

Une fois la liquidation achevée, le partage de la succession vient conclure le règlement de la succession⁽⁵⁸⁶⁾.

CHAPITRE II

LE RÔLE DU NOTAIRE DE LA PRÉVENTION A LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS

600. Nous avons mentionné que le notaire est appelé à jouer différents rôles auprès des familles, notamment lorsqu'il s'agit de planifier, de conseiller et de rédiger certains documents juridiques importants. Qu'il nous suffise de nommer quelques exemples, comme le contrat de mariage, le contrat de vie commune, le mandat de protection ou les directives médicales anticipées (DMA). Le testament fait partie de ces documents significatifs qu'un notaire est appelé à rédiger.

Le testament, particulièrement celui fait sous forme notariée, est très populaire au Québec. Les notaires y consacrent d'ailleurs une large part de leur temps et y puisent un pourcentage significatif de leurs revenus. Questionnés par leur ordre professionnel, 78 % des notaires affirment consacrer une partie de leur pratique au droit successoral qui représenterait 25 % de leurs revenus⁽⁵⁸⁷⁾. La rédaction de testaments fait partie des activités les plus pratiquées par les notaires (93 %) à ce chapitre.

Le notaire est le juriste par excellence pour rédiger un testament et il est le seul à pouvoir lui conférer le caractère authentique⁽⁵⁸⁸⁾. Il doit s'assurer de la capacité du testateur, de son aptitude à donner un consentement libre et éclairé qui soit exempt de vices, notamment en raison de captation. Il doit conseiller adéquatement son client et s'assurer qu'il comprend tous les effets de ses dispositions testamentaires. Il doit veiller à ce que les intentions du testateur soient clairement exprimées, afin d'éviter d'avoir à recourir aux tribunaux pour les interpréter. Son intervention revêt un aspect préventif non négligeable.

Le notaire peut également intervenir à l'une ou plusieurs des étapes du règlement de la succession où il est susceptible de jouer un rôle actif à plus d'un titre. Il est tantôt officier public et rédacteur d'actes, tantôt conseiller juridique du liquidateur, des héritiers ou des légataires. Il peut même agir à titre de liquidateur de la succession

(586) *Code civil du Québec*, art. 836 à 898.

(587) Chambre des notaires du Québec, *Enquête sur la profession - 2017*, Projet n° 11150-010, Léger, décembre 2017, p. 52-56 et 100.

(588) *Code civil du Québec*, art. 2814 (6°). Christine Morin, *La rédaction des testaments notariés*, 2^e éd., édition révisée de l'ouvrage de Jacques Beaulne, coll. R.D./N.S., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

si telle était la volonté du testateur ou, en l'absence d'indication émanant de ce dernier, si telle est la volonté des héritiers⁽⁵⁸⁹⁾.

Tout au long de la liquidation de la succession, puis de son partage, différentes difficultés sont susceptibles de se présenter et les motifs de désaccords et de conflits potentiels sont nombreux. Outre les sources de nature plus psychologiques associées au deuil, les héritiers, légataires et membres de la famille du *de cuius* peuvent se disputer, entre autres, à propos de l'actif ou du passif successoral, de l'interprétation du testament, des droits matrimoniaux du conjoint survivant, de l'inégalité entre les héritiers, du travail du liquidateur, etc.

Le notaire peut alors être appelé à jouer un rôle pour tenter de dénouer certaines impasses. Lorsqu'il est question de recourir aux modes de prévention et de règlement des différends (PRD), le notaire apparaît comme un acteur tout indiqué.

CHAPITRE III

LA MÉDIATION SUCCESSORALE

601. Le nouveau *Code de procédure civile* du Québec, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016, encourage les modes amiables de règlement des conflits, comme la médiation, l'arbitrage ou la conciliation. La disposition préliminaire du Code de procédure civile l'énonce clairement :

« Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice. »⁽⁵⁹⁰⁾

Les différents modes de prévention et règlement des différends (PRD), jusqu'à récemment désignés comme modes alternatifs de règlement des différends ou des conflits (MARD ou MARC), sont valorisés par le législateur québécois. Ces solutions dites « de remplacement » s'inscrivent dans la philosophie de la « justice partici-

(589) *Code civil du Québec*, art. 724 et 785. Le notaire ne doit cependant pas être désigné à titre de liquidateur dans le testament qu'il instrumente. « Le notaire qui reçoit un testament peut y être désigné comme liquidateur, à la condition de remplir gratuitement cette charge. »

(590) *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, disposition préliminaire (ci-après « *Code de procédure civile* »).

pative ». Le *Code de procédure civile* ajoute que « les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux »⁽⁵⁹¹⁾.

Les modes privés de règlement des différends doivent cependant être choisis d'un commun accord par les parties qui souhaitent résoudre un différend⁽⁵⁹²⁾. Ils ne peuvent leur être imposés et les parties doivent s'y engager volontairement. Si rien ne s'oppose à ce que des héritiers en désaccord recourent volontairement à l'arbitrage⁽⁵⁹³⁾ – qu'une clause d'arbitrage facultatif soit inscrite au testament ou non –, le testateur ne peut l'imposer⁽⁵⁹⁴⁾.

La clause d'arbitrage testamentaire qu'imposerait un testateur à ses héritiers afin de les empêcher de recourir aux tribunaux en cas de différend est sans effet. Dès 1987, le professeur Brierley avait critiqué les stipulations de clauses d'arbitrage dans les testaments, au motif qu'il s'agissait d'une méthode de résolution du conflit « forcée » :

« [...] est sans effet, nous semble-t-il, la stipulation testamentaire selon laquelle les légataires ou les exécuteurs testamentaires devraient avoir recours à l'arbitrage pour régler les différends éventuels entre eux au sujet des dispositions testamentaires d'un testateur. Reconnaître l'effet obligatoire d'une telle stipulation d'arbitrage serait admettre un cas d'arbitrage forcé, et non conventionnel, ce qui n'est pas prévu par la loi. »⁽⁵⁹⁵⁾

La Cour supérieure a confirmé cette interprétation :

« La clause d'arbitrage prévue au testament est donc contraire à la loi et est réputée non écrite non seulement parce qu'elle prévoit une exhérédation du légataire qui la conteste, mais essentiellement parce qu'elle est contraire à la nature même de la notion d'arbitrage qui exige le consensualisme des parties qui acceptent ainsi de renoncer à soumettre leur litige au tribunal du droit commun. »⁽⁵⁹⁶⁾

Ajoutons que le *Code civil* dispose que « ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public »⁽⁵⁹⁷⁾. Il prévoit également que la clause pénale qui a pour but d'empêcher un héritier ou un légataire particulier de contester la validité de tout ou partie du testament est réputée non écrite ; comme l'est également l'exhérédation qui prend la forme d'une clause pénale visant le même but⁽⁵⁹⁸⁾. La médiation sera donc privilégiée lorsqu'il s'agit du règlement de la succession.

(591) *Code de procédure civile*, art. 1, al. 3.

(592) *Code de procédure civile*, art. 1.

(593) « La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux. » *Code civil du Québec*, art. 2638.

(594) *Sansfaçon (Succession de)* c. *Sansfaçon*, [2003] R.J.Q. 1484 (C.S.), par. 21.

(595) John E.C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », (1987) 2 *Cours de perfectionnement du notariat* 521, 563, n° 123.

(596) *Sansfaçon (Succession de)* c. *Sansfaçon*, [2003] R.J.Q. 1484 (C.S.), par. 28.

(597) *Code civil du Québec*, art. 2639.

(598) *Code civil du Québec*, art. 758.

La médiation successorale doit, elle aussi, être choisie par les héritiers, les légataires ou encore le liquidateur de la succession⁽⁵⁹⁹⁾. Elle peut être proposée par le testateur, sans plus⁽⁶⁰⁰⁾. Les successeurs et le liquidateur sont cependant susceptibles de voir plusieurs avantages à la médiation successorale. Outre le fait qu'elle est choisie par les parties, la médiation successorale est une démarche souple⁽⁶⁰¹⁾ qui permet d'arriver à une solution trouvée et négociée par les parties intéressées, plutôt qu'imposée par le juge. Elle permet également d'assurer une certaine confidentialité, souvent recherchée lorsqu'il est question de conflits familiaux⁽⁶⁰²⁾. Suivant l'expression populaire, on préfère généralement « laver son linge sale en famille ». Alors que le recours aux tribunaux implique une certaine publicité des débats, les mécanismes privés permettent le secret⁽⁶⁰³⁾.

La médiation successorale fait l'objet de règles prescrites au Livre VII du *Code de procédure civile*, en plus d'être régie par les principes de procédure applicables aux modes de PRD prévus aux articles 1 à 7 du Code. Elle est généralement plus rapide et moins coûteuse que la judiciarisation. Elle est présentée comme une solution au problème d'accès à la justice. Quand il s'agit de régler un différend successoral qui implique des membres de la famille, la médiation peut être moins difficile sur le plan émotif. Elle permet souvent de préserver les liens entre les parties, de ne pas détruire les relations familiales pour le futur. Lors d'un conflit successoral, les parties impliquées peuvent vouloir rechercher un « terrain d'entente ». Il s'agit alors surtout de régler une difficulté, plutôt que strictement appliquer le droit⁽⁶⁰⁴⁾. Comme le souligne la professeure Guillemard, la médiation n'entend pas dire le droit, mais régler le problème⁽⁶⁰⁵⁾. Bien que les résultats d'une médiation soient « parfois conformes aux règles du droit, elles dépassent généralement ce cadre strict dans la mesure où elles tentent de répondre au plus grand nombre possible de besoins des protagonistes. Ainsi, les solutions peuvent être d'ordre économique, relationnel, émotif, politique,

(599) *Code de procédure civile*, art. 1 et 3. « Les parties qui font appel à un tiers pour les assister dans leur démarche ou pour trancher leur différend le choisissent de concert. Ce tiers doit être en mesure d'agir avec impartialité et diligence et de le faire selon les exigences de la bonne foi. »

(600) Judith Desmarais, « Les clauses de médiation dans les actes juridiques », *Repères*, novembre 1996, EYB1996REP140 (La référence).

(601) « Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir un différend ou régler celui qui les oppose déterminent, avec le tiers, le cas échéant, la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi. Si les parties procèdent par voie de médiation ou d'arbitrage ou s'inspirent de ces modes et qu'il est nécessaire de compléter leur procédure, les règles du livre VII du présent code s'appliquent. » *Code de procédure civile*, art. 6.

(602) « Les parties qui choisissent de prévenir un différend ou de régler celui qui les oppose par un mode privé et le tiers qui les assiste s'engagent à préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus, sous réserve de leur entente sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi. » *Code de procédure civile*, art. 4.

(603) Sylvette Guillemard et Séverine Menétray, « Les règlements non judiciaires des différends », *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2^e éd., coll. « CÉDÉ », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, n° 43.

(604) En ce sens, l'honorable Louise Otis écrivait que : « [1]e système de justice contradictoire [est] investi de la mission de dire le droit, et celui de justice médiatoire [est] chargé de régler le problème ». Citée dans : Sylvette Guillemard, « Médiation, justice et droit : Un mélange hétéroclite », (2012) 53 C. de D. 189, 201.

(605) Sylvette Guillemard, « Médiation, justice et droit : Un mélange hétéroclite », (2012) 53 C. de D. 189, 201.

psychologique et social »⁽⁶⁰⁶⁾. Si la médiation échoue, les héritiers peuvent alors recourir aux tribunaux⁽⁶⁰⁷⁾.

Le notaire peut être choisi par les héritiers et légataires pour agir à titre de médiateur. Des auteurs soulignent que comme juristes de l'entente, la propension naturelle à la conciliation des notaires les destine naturellement à l'exercice de la médiation⁽⁶⁰⁸⁾.

La *Loi sur le notariat* traite expressément de cette possibilité. Elle dispose qu'un notaire qui agit à titre de médiateur – ou d'arbitre – demeure assujéti aux dispositions du *Code des professions* ainsi qu'aux règles qui régissent plus particulièrement la profession notariale⁽⁶⁰⁹⁾. Le *Code de déontologie des notaires* prévoit quant à lui que le notaire doit favoriser « l'accessibilité des services professionnels dans les domaines où il exerce sa profession »⁽⁶¹⁰⁾ et qu'il doit également, en matière de règlements des conflits, « favoriser toute mesure susceptible d'encourager les règlements amiables et ainsi informer le public des mécanismes offerts »⁽⁶¹¹⁾. Le notaire-médiateur est ainsi tenu de respecter ses obligations déontologiques, en plus de devoir respecter la *Loi sur le notariat* et les règles éthiques prévues au *Code de déontologie des notaires* et au *Code d'éthique des médiateurs* préparé par l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) dans la mesure où il en est membre⁽⁶¹²⁾.

Enfin, la pratique de la médiation ne représente pas une nouveauté pour les notaires du Québec, au contraire. Le rôle des notaires dans les différents modes privés de règlement des différends remonte à l'époque de la Nouvelle-France⁽⁶¹³⁾.

(606) Marie-Claire Belleau, « Les modes de prévention et de règlement des différends pour les PME », dans Charlaïne Bouchard (dir.), *Droit des PME*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 543, à la page 547. Citée par Sylvette Guillemard, « Médiation, justice et droit: Un mélange hétéroclite », (2012) 53 C. de D. 189, 198.

(607) « La participation à un mode privé de prévention et de règlement des différends autre que l'arbitrage n'emporte pas la renonciation au droit d'agir en justice. » *Code de procédure civile*, art. 7.

(608) Pierre-Claude Lafond, « 20 solutions pour un meilleur accès à la justice », dans *L'accès à la justice au Québec. Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 305 ; Jean-François Roberge, Axel-Luc Hountohotegbè et Catherine Dion-Lafont, « Les outils de la négociation intégrative au service du "juriste de l'entente" », (2013) 2 *Cours de perfectionnement du notariat* 63, 68 ; Jean Morin, *Les modes privés de prévention et de règlement des différends*, édition révisée par Martine Lachance, coll. Répertoire de droit/Nouvelle série, Montréal, Chambre des notaires du Québec/Wilson & Lafleur, 2016, n^{os} 244, 245, 255 et 256 ; Gilles Simart, « Médiation successorale », dans *Manuel du notaire-médiateur*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 154 et suiv.

(609) *Code des professions*, RLRQ, c. C-26 ; *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 18 a). Gilles Simart, « Médiation successorale », dans *Manuel du notaire-médiateur*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 156.

(610) *Code de déontologie des notaires*, N-3, r. 2, art. 2.

(611) *Code de déontologie des notaires*, N-3, r. 2, 3.

(612) Gilles Simart, « Déontologie et éthique (notions) », dans *Manuel du notaire-médiateur*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 109 et suiv.

(613) Pour une présentation historique du sujet, voir : David Gilles, « Le notaire, arbitre naturel des différends ? : Une longue tradition québécoise », (2010-2011) 1-2 *revue d'arbitrage et de médiation* 107 ; David Gilles, « L'arbitrage notarié, instrument idoine de conciliation des traditions juridiques après la conquête britannique ? (1760-1784) », (2011) 57-1 *RD McGill* 135.

En somme, l'apport du notaire québécois à la planification successorale, au règlement de la succession et à la résolution amiable des différends est considérable. Étant donné le vieillissement démographique en cours, la croissance prévisible des transferts patrimoniaux à la suite de décès et la complexité des relations économiques et familiales, on comprend que la Chambre des notaires du Québec identifie la médiation parmi les « champs de pratique à haut potentiel » pour le notariat⁽⁶¹⁴⁾.

(614) Voir la bibliothèque notariale de la Chambre des notaires du Québec.

CONCLUSION et PROPOSITION :

Depuis quelques années, le législateur fait la part belle à l'arbitrage et aux différents MARD, notamment avec la loi de modernisation de la justice du 21^e siècle et le projet de loi en cours d'examen au Sénat sur la programmation 2018-2022 de la réforme de la justice.

Le notariat doit saisir cette opportunité et s'ouvrir à de nouveaux marchés.

Dans ce contexte, il nous paraît naturel d'achever cette étude sur les conflits successoraux par une proposition portant sur la création d'un institut d'arbitrage composé dans un premier temps uniquement de notaires; mais très vite il faudra s'interroger sur la possibilité d'y associer des avocats et des professeurs de droit.

La première action consistera à rédiger les conventions indispensables à la mise en place de l'arbitrage dans le cadre de cet institut. Il conviendra d'élaborer et de mettre en œuvre les documents suivants :

1. Le « **règlement d'arbitrage** » de l'institut afin d'organiser la procédure d'arbitrage qui devra être respectée tant par les parties qui l'auront saisi que par les arbitres qui le composeront,

2. Un modèle de **compromis d'arbitrage** et des modèles de **clauses compromissoires**,

3. Un modèle d'**acte de mission**,

4. Un modèle d'**attestation d'impartialité** du ou des arbitres,

5. L'établissement d'un **tarif** et le montant de la provision à verser pour couvrir les frais de fonctionnement de cet institut.

. Le **règlement d'arbitrage** édictera toutes les règles générales relatives à la procédure d'arbitrage applicables au sein de l'institut, une fois celui-ci constitué. Il faudra établir un règlement contenant : les conditions de la saisine de l'institut, des modèles de compromis et de clauses compromissoires, les règles s'imposant au tribunal arbitral (impartialité et indépendance), sa constitution (nombre d'arbitres), les modalités de récusation et de remplacement des arbitres, la fixation du lieu de l'arbitrage, les règles de droit applicables au fond (droit français, en droit ou en équité), le délai d'arbitrage en général, les mesures conservatoires et provisoires, l'élaboration de la sentence (sa motivation, sa signature, sa forme, si elle est susceptible d'appel ou non) et enfin les modalités de sa notification, l'exequatur, la correction des erreurs matérielles, son interprétation et pour terminer des frais d'arbitrage et leur prise en charge par chacune des parties.

. Ce règlement contiendra en annexe des modèles de **compromis** restant à compléter à l'occasion de chaque arbitrage et portant sur : l'objet du litige, la composition du tribunal arbitral, le délai d'arbitrage et les pouvoirs du tribunal pour statuer en droit ou en équité, la procédure d'appel de la sentence ou son exclusion.

Il serait judicieux de prévoir dans ces compromis l'utilisation possible de la médiation préalablement à l'arbitrage ou encore la suspension, pendant un temps déterminé, de l'arbitrage au profit d'une médiation. Si les parties s'entendaient sur une solution élaborée par elles, l'arbitrage prendrait fin immédiatement. A défaut, en cas d'échec, l'arbitrage reprendrait et se poursuivrait conformément à la durée initialement convenue et une sentence arbitrale serait rendue.

► *Rappel : Arbitrage et conciliation-médiation : quelle différence ?*

L'élément de différenciation entre l'arbitrage et la médiation ou la conciliation est la recherche d'un accord : la décision de l'arbitre s'impose aux parties qui n'ont pas participé à l'élaboration de cette décision autrement qu'en présentant leurs prétentions respectives.

La conciliation et la médiation visent à conduire les parties vers un accord, en les rendant acteurs.

Enfin, la convention d'arbitrage devra mentionner expressément les honoraires des arbitres.

. *L'acte de mission* contiendra les règles particulières applicables à un arbitrage déterminé : le lieu et le délai d'arbitrage, l'engagement par les parties et le ou les arbitres de respecter le règlement général, les faits ou actes que les arbitres devront porter à la connaissance des parties avant d'être choisis (attestation d'impartialité), l'acceptation par le ou les arbitres de leur mission et enfin, si le litige sera tranché en droit ou en équité.

. *L'attestation d'impartialité* contiendra les éventuels liens d'amitié, de parenté ou d'affaires de l'arbitre avec l'une ou l'autre des parties ou encore avec l'un des autres arbitres. L'arbitre devra déclarer soit ne pas connaître les parties et/ou les autres arbitres soit les avoir déjà rencontrés. Dans un tel cas, il devra relater les circonstances de ces rencontres. C'est un document essentiel qui devra être rédigé avec une grande précision puisqu'à défaut d'être mentionnés dans ce document, des liens qui viendraient à être découverts pendant la procédure (même si elle est prévue sans appel) permettraient de faire annuler l'arbitrage.

. Enfin, l'institut devra fixer les *frais de mise en œuvre de l'arbitrage et les honoraires* des arbitres. Pour ces derniers, ils pourraient être fonction de l'enjeu du litige et de sa complexité mais également du nombre d'arbitres. On peut imaginer que si le litige porte sur la liquidation d'un régime matrimonial, d'une succession ou d'une indivision, l'assiette des honoraires sera fixée en fonction de l'actif brut et répartie entre les arbitres. Pour les autres cas, les honoraires pourraient être fixés en accord avec l'institut, les parties et les arbitres selon un forfait.

Le rôle du notaire dans le développement des modes alternatifs de règlement des différends ou conflits est multiple.

Il est tout d'abord dans le conseil au client sur les meilleures solutions qui s'offrent à lui. Le notaire doit être parfaitement informé des techniques existantes tant sur les MARD que sur l'arbitrage pour pouvoir conseiller ses clients et prescrire le mode le plus adapté.

Il est également dans l'accompagnement de son client. Tant en médiation qu'en arbitrage, les parties peuvent être accompagnées de leur conseil tout au long des deux processus.

Enfin, le notaire peut aussi souhaiter être acteur et devenir médiateur ou arbitre.

Si « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue*⁽⁶¹⁶⁾ », l'Etat n'oblige pas le citoyen à saisir la justice qu'il organise. Les parties peuvent convenir de confier le jugement de leurs intérêts à un arbitre ou un médiateur.

Si la codification de ces techniques est récente, leur existence est ancienne. Pour rappel l'arbitrage a été présenté comme « *le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyens* » dans la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

Dans son article 2, cette même loi précisait que l'arbitrage pouvait être utilisé « *dans tous les cas et en toutes matières sans exception* ». Les notaires désignés arbitres dans les matières qui nous préoccupent devront être bien sûr des spécialistes reconnus des régimes matrimoniaux, des liquidations successorales et du droit international privé.

De par leurs compétences et leur déontologie les notaires sont totalement légitimes à s'emparer de ce mode de règlement des conflits.

Place à l'action !

(616) CEDH, art.6, §1

Table de la législation pour les successions québécoises (PARTIE III)

Act for making more effectual provision for the government of the province of Quebec in North America (Acte de Québec), 14 Geo. III, c. 83

Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les testaments et ordonnances de dernière volonté, 41 Geo. III, c. 4

Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01

Code des professions, RLRQ, c. C-26

Loi sur le notariat, RLRQ, c. N-3

Code de déontologie des notaires, N-3, r. 2

Table de la jurisprudence

Blanchet c. Blanchet, (1861) 11 L.C.R. 216 (B.R.)

Sansfaçon (Succession de) c. Sansfaçon, [2003] R.J.Q. 1484 (C.S.)

Bibliographie sélective

Monographies

BEAULNE, J., *Droit des successions*, 5^e éd., mise à jour par Christine MORIN, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016

LANGELIER, F., *Cours de droit civil*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1906

MOREL, A., *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960

MORIN, C., *La rédaction des testaments notariés*, 2^e éd., édition révisée de l'ouvrage de Jacques Beaulne, coll. R.D./N.S., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015

MORIN, J., *Les modes privés de prévention et de règlement des différends*, édition révisée par Martine LACHANCE, coll. Répertoire de droit/Nouvelle série, Montréal, Chambre des notaires du Québec/Wilson & Lafleur, 2016

SIMART, G., *Manuel du notaire-médiateur*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

ATKINS, E., « Estate mediation helps to prevent family warfare », (2000) 20 *The Lawyers Weekly* 15

BRIERLEY, J.E.C., « La convention d'arbitrage en droit québécois interne », (1987) 2 *Cours de perfectionnement du notariat* 521

CASTELLI, M.D., « L'évolution du droit successoral en France et au Québec », (1973) 14 *C. de D.* 411

DAINOW, J., « Unrestricted Testation in Quebec », (1935-36) 10 *Tul. L. Rev.* 401

DEFORGES, J., « Baromètre des professions 2016 – les Québécois se disent encore plus confiants envers les notaires », (2016) 25 n° 4 *Entracte* 6

DESMARAIS, J., « Les clauses de médiation dans les actes juridiques », *Repères*, novembre 1996, EYB1996REP140 (La référence)

GILLES, D., « L'arbitrage notarié, instrument idoine de conciliation des traditions juridiques après la conquête britannique ? (1760-1784) », (2011) 57-1 *RD McGill* 135

GILLES, D., « Le notaire, arbitre naturel des différends ? : Une longue tradition québécoise », (2010-2011) 1-2 *Revue d'arbitrage et de médiation* 107

GRIL, E., « Médiation successorale – se parler avant de dérapier », (2017) 26 n° 4 *Entracte* 16

GRIL, E., « Successions – Une foule d'enjeux et de défis », (2017) 26 n° 4 *Entracte* 8

GUILLEMARD, S. et S. MENÉTREY, « Les règlements non judiciaires des différends », *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2^e éd., coll. « CÉDÉ », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017

GUILLEMARD, S., « Médiation, justice et droit: Un mélange hétéroclite », (2012) 53 *C. de D.* 189

LAFOND, P.-C., « 20 solutions pour un meilleur accès à la justice », dans *L'accès à la justice au Québec. Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012

MIMNAGH, L. M., « Beyond the Five Stages of Grief: Best Practices for Estate Mediation and Advising the Bereaved Client », (2014) 4 *Western Journal of Legal Studies* 1

MORIN, C., « L'autonomie de la volonté : au cœur du droit successoral québécois », dans *Les successions - Journées roumaines*, tome LX/2010, coll. « Travaux de l'Association Henri Capitant », Paris, Bruylant/LB2V, 2012

MORIN, C., « Le droit civil québécois : un droit successoral d'origine française ignorant la réserve », dans (2005) 5 *Droit de la famille* (JurisClasseur France, LexisNexis), étude numéro 12

MORIN, C., « Solidarités familiales – volontaires ou imposées – en droit successoral québécois », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Les solidarités entre générations / Solidarity between Generations*, Paris, Bruylant, 2013, p. 599

PICCINI ROY, M., « Mediation's place in elder law A neutral advisor can both prevent and defuse explosive family situations », (2014) 34 *The Lawyers Weekly* 11

ROBERGE, J.-F., A.-L. HOUNTOHOTEGBE et C. DION-LAFONT, « Les outils de la négociation intégrative au service du "juriste de l'entente" », (2013) 2 *Cours de perfectionnement du notariat* 63

SODEN, A.M., « Family Matters : Ethical Issues and Avoidance of Disputes in Estate and Incapacity Planning », dans S.F.C.B.Q., vol. 305, *Développements récents en successions et fiducies* (2009), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 9

Autre document

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Enquête sur la profession – 2017*, Projet n° 11150-010, Léger, Décembre 2017

Remerciements

Madame Nathalie SALVA, collaboratrice de Maître ARSEGUEL-MEUNIER, pour ses recherches. Monsieur Ludovic DUBREUIL, stagiaire de Maître ARSEGUEL-MEUNIER, pour son aide à la relecture. Maître Aliénor GUILLAUME, notaire à THAON LES VOSGES et Maître Marie-Thérèse PRUNIER, membres du Comité Directeur et présidentes des 42^{ème} et 46^{ème} Congrès du Mouvement Jeune Notariat, pour leur aide et leurs précieux conseils.

Remerciements

Nous remercions chaleureusement nos fidèles partenaires qui nous accordent, sans faille, leur confiance et leur soutien depuis de nombreuses années et, sans qui, notre congrès n'aurait pas pu voir le jour.

- ELAN/ LA CAISSE DES DÉPÔTS,
- LE CRÉDIT AGRICOLE SA,
- LE GROUPE UNOFI - Union Notariale Financière,
- LE GROUPE LA SÉCURITE NOUVELLE,
- Archives Généalogiques ANDRIVEAU,
- Cabinet Généalogique PIERSON,
- Editions FRANCIS LEFEBVRE,
- Étude Généalogique ADD & ASSOCIÉS,
- Étude Généalogique COUTOT-ROEHRIG,
- Étude Généalogique TRANCHANT,
- ECO'NOT imprimeur,
- FICHORGA SII,
- FIDUCIAL SII et expertise comptable,
- GENAPI- SII,
- LEXIS NEXIS SA,
- NOTA-RISQUES, Gestion des Etats des Risques Naturels, Miniers, et Technologiques,
- SARF Société Accréditée de Représentation Fiscale,

Ainsi que :

- LE CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT.
- LES CHAMBRES des NOTAIRES, et notamment la Chambre des Notaires de PARIS, la Chambre des Notaires de Franche-Comté, et la Chambre des Notaires d'Ile et Vilaine,

Qui soutiennent fidèlement notre action.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE PRÉLIMINAIRE - Préambule et propos introductifs sur les causes psychologiques des conflits	3
TITRE I - Préambule	4
TITRE II - Un éclairage sur les causes psychologiques des conflits successoraux	10
Chapitre I - La mise en résonance des héritages psychiques et juridiques	12
Section I - L'enfant, ce futur héritier	12
Sous-section I - La relation mère/nourrisson en héritage : l'infans clivé et morcelé	13
Sous-section II - L'unité du corps-psyché en héritage dans l'ordre de la parenté	14
Sous-section III - L'épreuve de castration : le père tiers séparateur	15
Section II - Le décès, catalyseur d'effets juridiques et psychologiques : la place vacante	16
Sous-section I - Les qualités et places des héritiers aux carrefours de l'amour et de la haine	16
Sous-section II - La personnalité psychique et la place du défunt ..	18
Chapitre II - L'enclenchement de phénomènes de groupe face au tiers notaire	20
Section I - L'arène successorale précipite reviviscences et télescopes	20
Sous-section I - Les personnalités psychiques des héritiers	20
Sous-section II - La place vacante	23
Section II - Mise en position favorable du notaire et autres tiers face aux héritiers	26
Sous-section I - Le notaire porte-parole bienveillant	26
Sous-section II - Quelques suggestions pour gérer des situations conflictuelles	27

PARTIE I - La prévention du conflit : les outils juridiques	29
TITRE I - Le droit international prive : un réflexe	30
Chapitre I - Le bilan DIP : détecter les conflits de lois pour éviter les conflits successoraux et la mise en cause de la responsabilité du notaire	31
Section I - La loi applicable au régime matrimonial ou partenarial du défunt	33
Sous-section I - Le défunt marié sans contrat n'est pas toujours marié sous le régime légal français	34
Sous-section II - Le défunt marié avec un contrat de mariage ou ayant opté pour un régime matrimonial lors de la célébration du mariage	54
Sous-section III - Les partenariats enregistrés	73
Section II - La loi applicable à la succession	76
Sous-section I - La loi applicable en l'absence de choix fait par le défunt	78
Sous-section II - La détection anticipée des choix involontaires	93
Section III - La vérification de la qualité des héritiers	102
Sous-section I - Le conjoint survivant	102
Sous-section II - La qualité de descendant	110
Chapitre II - L'utilisation des règles de droit international privé pour prévenir la naissance des conflits entre héritiers	118
Section I - Connaître d'avance et fixer dans le temps la loi applicable	119
Sous-section I - Choisir et fixer la loi applicable au régime matrimonial	119
Sous-section II - Choisir la loi applicable aux donations pactes successoraux et testaments	125
Sous-section III - Fixer et choisir la loi applicable à la succession, la <i>professio juris</i>	135
Section II - Faire coïncider les lois applicables pour une meilleure sécurité juridique	149
Sous-section I - L'articulation de la loi applicable au régime matrimonial et de la loi applicable à la succession	149

Sous-section II - Faire coïncider ou non la loi applicable à la donation et la loi applicable à la succession	152
Sous-section III - Faire coïncider ou non la loi applicable au pacte successoral et à la succession	156
Sous-section IV - Faire cohabiter la loi applicable au trust et la loi applicable à la succession	158
TITRE II - Le droit français : des solutions	164
Chapitre I - Les outils de transmission	164
Section I - Les outils de transmission à destination du conjoint	164
Sous-section I - Contrat de mariage et changement de régime matrimonial	165
Sous-section II - Les libéralités entre époux	177
Section II - Les outils de transmission à destination des héritiers ..	189
Sous-section I - La réserve, un instrument de conflit ou de protection ?	189
Sous-section II - L'adoption simple de l'enfant du conjoint	212
Sous-section III - Donation et donation-partage	214
Section III - Les outils de transmission généraux : les testaments .	235
Sous-section I - L'importance de la rédaction et le choix de la forme du testament	236
Sous-section II - Les clauses permettant d'éviter ou de trancher un conflit	252
Chapitre II - Les outils de gestion	264
Section I - Les Mandats	264
Sous-section I - Le mandat de protection future	265
Sous-section II - Le mandat à effet posthume : définition et perspectives au regard de la prévention des conflits	272
Section II - Les modes de gestion	280
Sous-section I - La convention d'indivision	280
Sous-section II - La prévention du conflit par le recours au droit des sociétés	284

PARTIE II - La résolution du conflit	297
TITRE I - La résolution du conflit imposée aux parties	298
Chapitre I - Le traditionnel recours au juge : la dimension procédurale	298
Section I - Le recours au juge dans un contexte international	298
Sous-section I - Le contentieux international des successions des personnes décédées avant le 17 août 2015	299
Sous-section II - Le contentieux international des successions des personnes décédées après le 17 août 2015	303
Section II - La procédure judiciaire successorale en droit français ..	310
Sous-section I - Les préalables à l'introduction de la procédure	310
Sous-section II - Le déroulé de la procédure de droit commun devant le Tribunal de grande instance	311
Sous-section III - Le déroulé de la procédure en matière de partage judiciaire	314
Chapitre II - La désignation des notaires « experts » ou « commis » dans le cadre du partage judiciaire	320
Section I - La désignation du notaire	320
Sous-section I - Sur le nombre de notaires désignés	320
Sous-section II - Sur le choix du notaire	321
Section II - La mission du notaire	321
Sous-section I - Estimer les biens indivis	321
Sous-section II - Composer et tirer au sort les lots	321
Sous-section III - Établir l'acte de partage	322
Sous-section IV - Confectionner l'état liquidatif	322
Section III - Le respect du principe du contradictoire	324
Sous-section I - Le respect de la lettre du Code	324
Sous-section II - Une application stricte de ce principe	325
Sous-section III - Informer le juge	325
Section IV - L'achèvement de sa mission	325
Sous-section I - La remise du rapport	325
Sous-section II - État liquidatif et partage	325
Section V - La rémunération du notaire	326
Sous-section I - Pour le cas où il est nommé en qualité d'expert ..	326
Sous-section II - Pour le cas où il est commis	327
TITRE II - La résolution du conflit acceptée par les parties	328
Chapitre I - Les différents MARD et leurs définitions	329
Section I - La médiation et la conciliation : comment les distinguer ?	329

Sous-section I - Les rôles distincts du médiateur et du conciliateur	330
Sous-section II - Leurs statuts respectifs	330
Section II - La transaction	331
Section III - L'arbitrage	332
Section IV - La procédure participative et le droit collaboratif	333
Chapitre II - Le notaire audacieux et entreprenant à l'initiative de la résolution du conflit	335
Section I - Les qualités humaines et relationnelles du notaire, facteurs déterminants de la résolution du conflit à l'amiable	335
Sous-section I - La relation avec le client	335
Sous-section II - Favoriser la collaboration avec d'autres professionnels	336
Section II - Les outils juridiques au service du notaire	338
Sous-section I - Aménager les règles de la transmission et de la dévolution successorale	338
Sous-section II - Une transmission orchestrée par l'intermédiaire du notaire : le protocole d'accord et la transaction	340
Chapitre III - Le rôle du notaire dans le développement de la médiation	348
Section I - Un processus récent	349
Sous-section I - Un peu d'histoire et de procédure	349
Sous-section II - Le notaire dans la médiation	352
Section II - Une démarche maîtrisée	357
Sous-section I - Pourquoi recourir à la médiation	357
Sous-section II - Comment se former ?	359
Sous-section III - Les intérêts de la médiation	363
TITRE III - L'arbitrage une solution d'avenir	365
Chapitre I - Les principes de l'arbitrage	367
Section I - La conventionnalité	368
Section II - La confidentialité	368
Section III - L'adaptabilité	369
Section IV - L'onérosité	370
Chapitre II - La mise en place de l'arbitrage	370
Section I - La convention d'arbitrage	370
Sous-section I - Sa forme	370
Sous-section II - Son contenu	372
Sous-section III - Ses effets	372
Section II - Le tribunal arbitral	373
Sous-section I - Sa composition	373
Sous-section II - Sa compétence	374

Chapitre III - La mise en œuvre de l'arbitrage	376
Section I - La procédure d'arbitrage	376
Sous-section I - L'organisation de la procédure	376
Sous-section II - Le déroulement de la procédure d'arbitrage	377
Section II - La sentence arbitrale et les recours	378
Sous-section I - La sentence arbitrale	378
Sous-section II - Le délibéré	379
Sous-section III - Les recours contre la sentence arbitrale	381
Chapitre IV - La place du notaire dans le processus d'arbitrage ...	382
Section I - La clause d'arbitrage dans le cadre d'une donation-partage, d'un testament ou d'un partage	382
Section II - Le notaire prescripteur d'arbitrage en matière familiale	384
PARTIE III - Esquisse de difficultés et de pistes de solutions dans le règlement d'une succession au Québec	387
Chapitre I - Quelques particularités du droit successoral Québécois	388
Chapitre II - Le rôle du notaire de la prévention à la résolution des différends	390
Chapitre III - La médiation successorale	391
Conclusion/Proposition	397
Table de la législation pour les successions québécoises (PARTIE III)	400

NOTES

CHAQUE PATRIMOINE EST UNIQUE



© Illustration : Steve Scott, colagene.com

VOTRE CLIENT N'EST PAS UN NUMÉRO DE CADASTRE !

Les spécialistes de l'Union notariale financière vous accompagnent pour analyser la situation de vos clients et répondre à leurs objectifs par des solutions juridiques et financières sur-mesure. Les collaborateurs des 16 directions régionales assurent ce service de proximité à vos côtés. N'hésitez pas à les contacter.

UNOFI.FR

UNOFI