

les personnes et la famille

Bulletin du CERFAP

Centre européen d'études et de recherches
en droit de la famille et des personnes



UNIVERSITÉ MONTESQUIEU
BORDEAUX IV

Numéro 10 / avril 2009

PATRIMOINE ET NOUVELLE(S) FAMILLE(S)

DROIT FRANÇAIS

FAUT-IL CHANGER DE REGIME MATRIMONIAL APRES 60 ANS ?

Le changement de régime matrimonial est possible, par convention notariée, depuis 1965. L'immense majorité des changements se fait vers un régime communautaire et notamment, pour les époux mariés sous le régime légal de la communauté réduite aux acquêts (plus de 95% des Français) ou un régime de séparation de biens, vers un régime de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale. On a dit qu'il s'agissait alors de « faire son testament à deux » (ce qui n'est pas possible si l'on s'en tient au droit des testaments), et le changement concerne en général des époux d'un certain âge. L'avantage bien connu est de supprimer toute succession au décès du premier époux, l'autre étant alors propriétaire de la totalité de la communauté qui comprend, en principe, tous les biens. L'avantage fiscal n'est pas négligeable encore qu'il soit maintenant beaucoup moins intéressant puisque la loi TEPA a prévu la suppression des droits fiscaux pour les successions entre époux. Il conserve l'avantage de supprimer toute difficulté quant à la mutation ou au partage. Son inconvénient est connu. Les enfants, soit communs au couple, soit non issus des deux époux (enfants d'un précédent mariage, enfants nés avant le mariage, enfants nés pendant mais issus d'un seul époux), se trouvent alors privés de leurs droits de succession dans l'héritage de l'époux prédécédé. Pour les enfants communs, on souligne souvent que l'inconvénient n'est que provisoire puisque, par hypothèse, ils récupéreront la totalité de la succession au décès du second époux dont ils hériteront. Si l'argument n'est pas sans valeur, il n'est pas toujours convaincant dans la mesure où il peut y avoir une différence d'âge importante entre les parents, et le survivant reste libre de dilapider éventuellement le contenu de la communauté qu'il a reçue. Pour les enfants non communs, le risque est encore plus grand et la loi leur fournit une action spécifique, l'action en retranchement, qui leur permet de faire réduire l'avantage résultant de la clause d'attribution au montant permis des donations entre époux.

Jusqu'à la loi du 23 juin 2006, ce changement était contrôlé par le juge qui devait apprécier l'intérêt de la famille. Toutefois, en vertu d'une convention internationale ratifiée par la France, les époux qui pouvaient invoquer un élément d'extranéité (par exemple un domicile à l'étranger) avaient la possibilité de changer librement sans contrôle judiciaire. Depuis le 1^{er} janvier 2007 le changement fait l'objet d'une simple convention notariée et le juge n'intervient que facultativement si l'un des enfants est mineur ou encore si l'un ou les enfants, communs ou non, font opposition. La même faculté est offerte aux créanciers.

Sur opposition *a posteriori*, on va donc retrouver l'ancienne jurisprudence qui appréciait *a priori* l'intérêt de la famille. Ce

contrôle était fort léger et les refus étaient très rares. Spécialement, quand des enfants non communs étaient en cause, la jurisprudence dominante acceptait tout de même le changement en invoquant le fait qu'ils disposaient de l'action en retranchement et qu'ils pourraient donc, au décès de leur auteur, faire valoir leurs droits. Elle retenait aussi le fait qu'ils avaient déjà reçu, du vivant de leur auteur, des libéralités non négligeables et, par exemple, une donation-partage. On mesure bien que se heurtent ici deux conceptions du patrimoine familial. L'individualisme moderne conduit à considérer que les époux sont libres de disposer de leurs biens, quelle que soit leur origine (mais *quid* de ceux qu'ils ont reçus de leurs propres parents ?), et d'en dépouiller largement leurs héritiers présomptifs. La tradition du droit français était plus nuancée en retenant l'idée que chacun est aussi comptable des biens dont il dispose devant ses héritiers. La tendance de ces dernières années en droit français est en faveur de la première thèse, plusieurs pays européens y adhèrent depuis longtemps. Il serait pour autant hasardeux de prétendre que l'évolution est définitive.

On remarquera enfin que toutes ces discussions se situent dans le strict cadre du couple marié. Il n'y a pas de régime matrimonial, pas de droit de succession légal entre partenaires pacés ou concubins. La discussion ne pourrait-elle pas s'éteindre un jour, faute de combattants avec une déréglementation complète du patrimoine familial ? Il est vrai que, depuis quelques semaines, la déréglementation ne serait plus à la mode... Le juriste contemple... et attend que le législateur français sache ce qu'il veut.

Jean HAUSER ✍

LA DONATION-PARTAGE TRANS-GENERATIONNELLE

La technique de la donation-partage a été enrichie par la dernière réforme du droit des successions et des libéralités du 23 juin 2006 par la consécration de la donation-partage trans-générationnelle qui se trouve plus adaptée aux nouveaux besoins de la société, générés par l'allongement de la durée de vie. Cette innovation s'inscrit alors dans la tendance générale des pouvoirs publics à promouvoir, par la voie entre autres de dispositions fiscales favorables, les libéralités entre les ascendants et leurs petits-enfants, témoignages de la solidarité pécuniaire entre les générations.

Présentant un intérêt pratique indéniable, ce pacte de famille qui autorise le saut de génération fait l'objet de dispositions spécifiques prévues aux articles 1078-4 et suivants du Code civil et d'un traitement fiscal propre.

Du point de vue du droit civil, cette nouvelle technique est soumise, tout d'abord, à des conditions de mise œuvre propres. En effet, les enfants doivent consentir à ce que leurs descendants soient allotés à leur place. Ainsi, les biens reçus par les descendants de degré subséquent sont considérés comme provenant de leur auteur direct. Ensuite, la particularité s'accroît quant au dénouement de l'opération qui s'opère en deux temps. Dans un premier temps, il s'agit

de mettre en œuvre le mécanisme à l'égard de la succession de l'ascendant donateur. Il convient, dès lors, d'appliquer les règles classiques relatives aux donations-partages, telles que les mesures assurant leur stabilité, comme l'absence de sanction de la lésion ou d'exigence de rapport. Cependant, le législateur a mis en place des règles dérogatoires destinées à prendre en compte la spécificité des opérations portant sur plusieurs générations. Ainsi, lorsque des descendants de degrés différents concourent à la même donation-partage, le partage s'opère par souche. De même, des mesures particulières relatives à l'imputation des biens reçus par les descendants sont prévues dans le cadre de la réduction des libéralités. Lorsque les donations-partages font intervenir des descendants de générations différentes, ces biens doivent s'imputer en priorité sur la part de réserve revenant à la souche et subsidiairement, sur la quotité disponible.

Dans un second temps, il convient de considérer l'opération au regard de la succession de leur auteur direct. Dans ce cas, le dénouement se réalise comme s'il avait consenti directement une donation à ses enfants. Il s'agit alors d'appliquer les règles des donations ordinaires, comme le rapport ou la réduction. Ce mécanisme particulier constitue un correctif afin d'éviter les inégalités parmi les petits-enfants entre ceux qui auraient été allotis par leur aïeul et ceux qui ne l'auraient pas été.

Du point de vue du droit fiscal, la mise en œuvre des donations-partages trans-générationnelles s'est heurtée à des incertitudes. En effet, il existe une discordance entre les solutions qui devraient logiquement s'appliquer et l'utilité pratique de recourir à ce type de pacte de famille. Le cœur du débat repose sur la complexité du mécanisme d'anticipation qui suppose une double mutation. La transmission des biens provenant du constituant est, en effet, doublée d'une transmission issue du descendant direct renonçant puisqu'il est considéré que les petits-enfants reçoivent leurs biens de son patrimoine. Or, cette double mutation devrait théoriquement se traduire par une double taxation en matière de droits d'enregistrement ce qui remettrait en cause l'utilité pratique de ce montage.

Cependant, la loi de finances rectificative pour 2006 a clarifié la question en posant un principe à l'article 784 B du Code général des impôts, selon lequel « *en cas de donation-partage faite à des descendants de degrés différents, les droits sont liquidés en fonction du lien de parenté entre l'ascendant et les descendants allotis* ». En outre, les petits-enfants pourront se prévaloir de l'abattement de 30 000 euros prévu à l'article 790 B du même code.

Frédérique JULIENNE ✍

LA RENONCIATION AU CONTRAT D'ASSURANCE-VIE (OU L'OUVERTURE D'UNE SESSION DE RATTRAPAGE POUR LES DÉÇUS DE LA BOURSE...)

Le législateur tenant compte de l'évolution de la structure familiale offre désormais à cette dernière les moyens d'adapter la gestion de son patrimoine et de réaliser du sur-mesure contractuel là où le prêt-à-porter législatif peut sembler bien étroit.

L'assurance-vie est et reste un instrument de gestion du patrimoine irremplaçable mais encore faut-il en mesurer pleinement l'utilité et les limites lors de la souscription du contrat.

Conscient du risque que peuvent présenter ces contrats pour des assurés profanes, le législateur a mis en place une obligation d'information de l'assureur figurant aux articles L. 132-5-1 et L. 132-5-2 du Code des assurances. Selon ces textes, il appartient à l'assureur de remettre contre récépissé au souscripteur avant la conclusion d'un contrat d'assurance sur la vie une note d'information sur les éléments essentiels du contrat. Cette note d'information doit également contenir les conditions de la faculté de renonciation au contrat en cas d'acceptation. Le signataire dispose en effet d'un délai de 30 jours à compter du moment où il était informé de la conclusion du contrat pour renoncer à celui-ci. Il doit alors le faire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Une telle renonciation entraîne la disparition rétroactive du contrat, ce qui impose à l'assureur l'obligation de restituer les sommes perçues dans un délai maximum de 30 jours.

Si cette notice informative n'est pas remise, un nouveau délai de renonciation de 30 jours court à compter de la remise

effective dans un délai maximum de 8 ans à compter du jour où le signataire a été informé de la conclusion du contrat.

Cette notice informative ne doit pas être confondue avec la remise des conditions générales imposée par l'article L. 112-2 du Code des assurances. Il s'agit d'une notice supplémentaire à laquelle les conditions générales du contrat ne peuvent suppléer. Or, les assureurs, soucieux de limiter le coût de l'information, ont très rapidement essayé d'utiliser un document unique mêlant les conditions générales et la notice d'information. La jurisprudence a fermement condamné cette pratique (Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2006). Ces décisions permirent aux clients, ayant vu leurs économies fondre comme neige au soleil à mesure que le cours de la bourse baissait, de trouver là un moyen inespéré de recouvrer la totalité de leur épargne en exerçant leur faculté de renonciation. La petite économie initiale des assureurs devait donc finir par leur coûter cher.

Les assureurs, ayant comme souvent l'oreille du législateur, vont obtenir une modification de l'article L. 135-5-2 du Code des assurances. Désormais la proposition d'assurance peut valoir note d'information, lorsqu'un encadré, inséré en début de proposition d'assurance, indique en caractères très apparents la nature du contrat ainsi que les conditions financières et les modalités de désignation des bénéficiaires.

Fin de l'histoire serait-on tenté de dire et les souscripteurs opportunistes qui pensaient renoncer à des contrats, qui se révélaient être de très mauvaises affaires, au prétexte qu'ils n'avaient pas reçu la note d'information particulière en sont pour leur frais.

Mais l'histoire n'est pas complètement finie. L'article L. 135-5-2 a été modifié par une loi du 15 décembre 2005. Elle ne s'applique donc qu'aux contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur.

Pour les contrats conclus antérieurement au 16 décembre 2005, les assurés, qui n'ont pas reçu la fameuse note d'information, peuvent donc renoncer au contrat dans un délai de 30 jours suivant la remise de cette note. Voilà donc un moyen très simple d'éviter pour un souscripteur averti de reconstituer une épargne dégradée par la chute actuelle des valeurs mobilières.

Un tel comportement pourrait toutefois faire douter de la bonne foi de l'assuré ainsi que de sa qualité de profane. La note d'information vise en effet à protéger le signataire contre tout engagement hâtif ou non éclairé. Lorsque celui-ci va exercer son droit de rétractation des années après la souscription du contrat, en ayant montré entre temps une parfaite maîtrise de cet instrument de gestion (par exemple en exerçant opportunément une faculté de rachat), il peut sembler mal fondé à se prévaloir de l'absence d'une notice d'information dont il a démontré la parfaite inutilité.

La question est alors simple. L'assureur qui n'a pas communiqué la note d'information (ou qui ne peut pas prouver l'avoir fait, ce qui ici revient au même) peut-il démontrer que le signataire n'a subi aucun préjudice puisque son attitude démontre qu'il connaît parfaitement les tenants et les aboutissants du contrat ?

La Cour de cassation a jugé que la remise de la note d'information par l'assureur était impérative. Dès lors, peu importe que l'assuré soit averti ou profane et peu importe également qu'il se prévale rétrospectivement en toute mauvaise foi d'un manquement qui jusqu'alors ne l'avait pas inquiété (Cass. 2^{ème} civ., 10 juill. 2008). Cet excès de formalisme peut sembler critiquable en ce qu'il protège finalement les contractants les plus avertis, autrement dit ceux qui sont sans doute les moins concernés par le contenu de la note d'information. Pourtant tout ceci peut paraître de bonne guerre, les assureurs n'hésitant pas parfois à utiliser des mêmes armes du même type contre des assurés devenus encombrants. Qui se plaindra alors que, parfois, l'assureur rassuré devienne l'arroseur arrosé ?

Laurent BLOCH ✍

PRISE EN CHARGE FISCALE DES ENFANTS DU CONCUBIN

En ces temps où il a bien fallu se faire à l'idée de payer le premier tiers provisionnel, d'aucuns songent déjà à la prochaine déclaration pour les revenus de l'année 2008 ! En ces temps où les familles se recomposent fréquemment, certains verront cependant quelque leur d'espoir (si tant est

qu'il y en ait en la matière !), à la lecture d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes en date du 26 juin 2007. Cette juridiction devait se prononcer sur l'interprétation de l'article 196 du Code général des impôts ; celui-ci précise, en substance, que sont considérés à la charge du contribuable ses enfants âgés de moins de dix-huit ans ou infirmes et ceux (sous les mêmes conditions) qu'il a recueillis à son propre foyer.

En l'espèce, M. V... vivait en concubinage avec Mme C... et hébergea à son domicile, durant les années 1996 à 1998, et sans en être le père biologique, l'enfant mineur de celle-ci. Or, la mère ne pouvait s'acquitter pleinement de son obligation d'entretien (article 371-2 du Code civil) en raison de la modicité des ses revenus salariaux personnels. M. V... réclamait donc le bénéfice d'un quotient familial adapté à sa situation puisqu'il avait concrètement subvenu aux besoins matériels de l'enfant. Le quotient familial permet, en effet, d'ajuster le montant de l'impôt sur le revenu de chaque foyer fiscal en fonction des charges familiales que ce foyer supporte. Déjà, le Conseil d'Etat avait décidé le 7 janvier 2000 qu'une personne assurant effectivement et exclusivement les besoins matériels de l'enfant de sa concubine pouvait être regardée comme ayant recueilli cet enfant à son foyer, et majorer en conséquence son quotient familial. Seulement, la haute juridiction administrative semble ainsi faire du caractère exclusif de l'entretien une condition impérative. Il est vrai que, dans cette affaire, la mère ne disposait absolument d'aucun revenu. En pratique, cette situation est plutôt rare puisque, même en l'absence de revenus professionnels, la personne perçoit généralement des allocations familiales. Reste alors à savoir si cette circonstance s'oppose à ce que son concubin prenne fiscalement en charge ses enfants. Dès lors, la majoration du quotient familial n'a plus lieu d'être si cette prise en charge par le concubin ne s'accompagne pas d'une diminution de ses facultés contributives ; en d'autres termes, la mère doit se trouver dans l'impossibilité d'assumer ses propres besoins et, par ricochet, l'entretien de ses enfants, l'ensemble étant alors reporté sur la tête du concubin.

A cet égard, la décision nantaise confirme une tendance jurisprudentielle à considérer comme « modiques » des ressources annuelles inférieures à 7500 – 8000 euros, seuil en-deçà duquel les enfants peuvent être fiscalement considérés comme recueillis au foyer du concubin (sur quoi, cf. spécialement F. Douet, *Précis de droits fiscal de la famille*, Paris, éd. Litec, 2008, n°701 s.).

Nul ne peut donc prétendre que l'Administration fiscale reste sourde à l'évolution des mœurs, même si quelque esprit chagrin pourrait bien arguer l'hypocrisie de la loi : ce n'est effectivement pas le concubinage que prend en compte la cour nantaise mais le fait de recueillir un enfant. Ce n'est là qu'un pis-aller à une situation de plus en plus courante, certes, mais que le droit ne peut que difficilement appréhender en raison de l'absence d'officialisation (souvent délibérée) de l'union. Où l'on retrouve encore une moindre vertu à la solennité du mariage ! En somme, la liberté a son prix... fiscal !

Marc BODIN ✍

LES DROITS AU LOGEMENT DU PARTENAIRE PACSE SURVIVANT

La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a rapproché le PACS du mariage en étendant au partenaire survivant certains droits sur le logement réservés jusqu'alors au conjoint survivant. Cette extension n'était pourtant pas préconisée par le groupe de travail présidé par le professeur Bernard Beignier. La mission d'information de l'Assemblée nationale sur la famille et les droits de l'enfant avait, quant à elle, accordé une place prépondérante à la volonté du partenaire décédé en matière de logement. Finalement, le législateur a choisi une voie intermédiaire. Il reconnaît au survivant un droit de jouissance temporaire (I), ainsi qu'un droit à l'attribution préférentielle du logement (II).

I – Le droit à la jouissance temporaire du logement

La loi du 23 juin 2006 a modifié les textes relatifs au PACS dans un sens favorable au partenaire survivant. Le nouvel article 515-6 du Code civil précise en effet que, « lorsque le pacte civil de solidarité prend fin par le décès d'un des

partenaires, le survivant peut se prévaloir des dispositions des deux premiers alinéas de l'article 763 ». Ces dispositions, applicables à compter du 1^{er} janvier 2007, étendent au partenaire pacsé le bénéfice du droit créé au profit du conjoint survivant par la loi du 3 décembre 2001, à savoir le droit à la jouissance gratuite du logement occupé à titre d'habitation principale ainsi que le mobilier le garnissant. Ce droit de jouissance temporaire – dans la mesure où il est octroyé pour une durée d'un an à compter de l'ouverture de la succession – joue, que le logement soit indivis entre les partenaires, qu'il appartienne exclusivement au défunt ou bien qu'il soit indivis entre lui et un tiers. Il est justifié par le souci de maintenir les conditions de vie du partenaire survivant. Ce dernier doit disposer de temps pour s'organiser, afin qu'à la douleur du deuil ne s'ajoute celle de devoir quitter rapidement la résidence du couple. Il faut dire qu'en cas de décès, l'occupant sans droit ni titre peut être expulsé par les héritiers de son partenaire.

En raison de son caractère temporaire, le droit de jouissance fournit une protection bien fragile au partenaire survivant. D'ailleurs, il a été souligné que le décès du partenaire propriétaire était moins protecteur que le décès du partenaire locataire puisque, dans cette hypothèse, le partenaire survivant bénéficiait du transfert du droit au bail. A la vérité, il convient de distinguer deux situations. En cas de colocation, le bail se poursuit sans changement pour le partenaire survivant car il est co-titulaire du bail. Dans le cas contraire, le contrat de location continue de produire des effets malgré le décès du locataire uniquement s'il s'agit d'un logement soumis à la loi du 6 juillet 1989 ou d'un logement HLM. Mais le partenaire doit disposer de ressources inférieures aux plafonds qui ouvrent droit à un logement HLM. En outre, si des ascendants, descendants ou personnes à charge du locataire, vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès, le bail peut aussi leur être transféré. En présence d'un litige, il appartiendra alors au tribunal d'instance de trancher en attribuant le logement à l'un des bénéficiaires.

Enfin, en vertu de l'article 763, alinéa 2 du Code civil, si l'habitation du partenaire survivant était assurée au moyen d'un bail à loyer ou d'un logement appartenant pour partie indivise au défunt, les loyers ou l'indemnité d'occupation lui en seront remboursés par la succession pendant l'année, au fur et à mesure de leur acquittement. Toutefois, la taxe d'habitation et les charges personnelles de jouissance (eau, électricité, chauffage...) restent dues par l'occupant.

II – Le droit à l'attribution préférentielle du logement

Par application du nouvel article 831-2 du Code civil, auquel renvoie l'article 515-6, alinéa 1^{er}, le partenaire survivant peut demander l'attribution préférentielle de la propriété ou du droit au local qui lui sert effectivement d'habitation à l'époque du décès. Il peut également demander l'attribution préférentielle du mobilier le garnissant.

Néanmoins, l'attribution préférentielle du logement est doublement limitée. D'une part, elle ne concerne que les biens indivis et non les biens propres puisque ces derniers dépendent totalement de la succession. Cette restriction s'explique par le fait que le partenaire survivant ne bénéficie d'aucun droit *ab intestat* dans la succession du partenaire prédécédé. Il doit seulement être appelé à l'inventaire (Code de procédure civile, article 1329). D'autre part, l'attribution préférentielle n'est pas de droit, l'article 831-3 du Code civil bénéficiant seulement au conjoint survivant. Elle présente un caractère supplétif et ne profite au partenaire survivant que si le défunt l'a expressément prévue dans un testament. Cependant, aucune formalité particulière n'est exigée, de sorte qu'un testament olographe suffit.

Dans ces conditions, il semble plus judicieux, en l'absence d'enfants, de prévoir par testament la transmission en pleine propriété du logement en instituant son partenaire légataire universel ou particulier. En effet, la loi du 23 juin 2006 a supprimé la réserve héréditaire des ascendants et celle du 21 août 2007 a exonéré les partenaires d'un PACS de droits de mutation pour les biens qu'ils recueillent par testament. Surtout, le partenaire gratifiant évite ainsi au partenaire bénéficiaire de se trouver, le moment venu, en conflit avec ses propres parents sur le sort du logement.

Cédric TAHRI ✍

GESTION DU PATRIMOINE DES PERSONNES VULNERABLES

L'essentiel avait été réalisé par la loi du 3 janvier 1968 et l'on ne sera pas surpris de constater que la loi du 5 mars 2007 et ses décrets d'application n'interviennent que ponctuellement pour adapter les principes de la gestion du patrimoine aux nécessités du temps. L'artisan de la loi de 1968, le Doyen Carbonnier, avait organisé la gestion du patrimoine en recourant à des principes généraux de gestion et en utilisant des règles spéciales pour certains actes de gestion précisément envisagés.

On ne sera pas surpris de retrouver dans la loi nouvelle les principes traditionnels de gestion tels que la distinction des actes selon leur gravité économique, l'opposition d'intérêts, le contrôle des comptes ... Toutefois - signe des temps - la loi nouvelle et les décrets - tant attendus - rompent avec le vocabulaire ancien et tentent de clarifier certaines notions. La loi de 2007 fait ainsi disparaître le bon père de famille du droit des incapacités. Désormais - clarification oblige - l'article 496 dispose que le tuteur doit apporter à sa gestion des biens du titulaire des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée.

La nouvelle législation, comme l'ancienne, n'a pas donné de définition des actes d'administration, de disposition ou conservatoires. Il est revenu au décret du 22 décembre 2008 de tenter de donner une définition. L'acte d'administration est ainsi défini comme un acte d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal. L'acte de disposition est considéré comme un acte qui engage le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire. On ne peut toutefois manquer de souligner, malgré cet effort de définition, combien le décret du 22 décembre 2008 illustre le piètre talent rédactionnel du pouvoir exécutif. Comme par le passé, il est rappelé que le majeur sous curatelle peut faire seul les actes d'administration et doit se pourvoir d'une autorisation de son curateur pour les actes de disposition. Quant au tuteur, il peut agir seul pour les actes d'administration mais doit requérir une autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille pour les actes de disposition.

L'opposition d'intérêts, toujours dépourvue de définition, est présumée dans un certain nombre de situations (Code civil, articles 461, 462, 470, 508 ; Code des assurances, article L. 132-9 ; Code de la mutualité, article L. 223-5-1), cette liste n'étant aucunement exhaustive.

Enfin, pour assurer un contrôle efficace de la gestion du patrimoine et éviter toute dérive, le législateur renforce l'obligation d'inventaire (article 1253 du Code de procédure pénale) et diversifie le contrôle des comptes qui n'est plus réservé au seul greffier en chef : le contrôle sera susceptible d'être assuré par un technicien (Code civil, article 513) ; le juge pourra autoriser les proches à se faire communiquer, à leur charge, une copie du compte et des pièces justificatives ou une partie de ces documents (article 510). Enfin les héritiers de la personne protégée pourront recevoir les comptes de gestion des cinq dernières années.

La loi complète ces principes généraux de gestion des biens par des dispositions spéciales pour certains actes. Par exemple, pour la vente ou la location d'un immeuble appartenant à un majeur sous tutelle (articles 505 et 508), la donation ou le testament (articles 470 et 476), l'assurance-vie (articles L. 132-3 et suivants du Code des assurances ; articles L. 223-5 et suivants du Code de la mutualité). On notera, pour ce dernier exemple, que la loi du 5 mars 2007 a été modifiée, sous la pression des assureurs, avant même son entrée en vigueur, par une loi du 17 décembre 2007, applicable à compter du 18 décembre 2007. La loi de 2007, dans un souci de protection des intérêts des majeurs protégés, avait prévu que le juge des tutelles devait donner son autorisation pour toutes les opérations relatives au contrat d'assurance-vie. Désormais, l'intervention systématique du juge des tutelles est réservée au seul cas du majeur sous tutelle. Pour le majeur sous curatelle, l'intervention du curateur est suffisante pour la souscription, le rachat du contrat, la désignation ou la modification du bénéficiaire. On reviendrait ainsi au principe selon lequel le curateur doit donner son autorisation pour tous les actes de disposition. Pourtant, force est de constater que le législateur - sans doute par maladresse rédactionnelle - n'est pas allé jusqu'au terme de la réforme puisqu'il a maintenu une autorisation du juge des tutelles aux hypothèses de révocation

de la stipulation d'assurance avant l'acceptation du bénéficiaire.

Jean-Marie PLAZY ✍

DROIT COMPARE

LA DONATION EN DROIT SERBE

« Ainsi, le motif du contractant consiste à assurer un train de vie à son conjoint. La perturbation des relations des parties au contrat ayant entraîné le divorce, la juridiction de premier degré en déduit à bon droit la cessation des motifs, c'est-à-dire du mobile de Z décédé depuis. Le contrat de donation représente un contrat à titre gratuit où la cause de l'engagement du donateur se compose de ses mobiles, c'est-à-dire de ses motifs, dont l'inexistence ou la cessation d'existence rendent le contrat nul conformément aux articles 52 et 51 alinéa 1 de la Loi des obligations. (dans le reste du texte : ZOO).

Par conséquent, est exacte la conclusion de la juridiction de premier degré que la cause du contrat en question a cessé d'exister car les relations des contractants avaient été perturbées ce qui a entraîné le divorce. S'agissant d'un contrat à titre gratuit dont le motif du donateur est une composante celui-ci est nul conformément à l'article 52 de la ZOO... » (Cour municipale de Cacak, Gz. 1342/2006, 1 nov. 2006)

La cause est incontestablement une des notions-clés du droit des contrats serbe, celui-ci s'étant fortement inspiré du droit des contrats français. L'article 52 de la Loi des obligations serbe édicte la nullité du contrat dont la cause fait défaut ou est illicite. La ressemblance de cet article avec l'article 1131 du Code civil français est facilement décelable...

La décision de la cour municipale de Cacak du 1 novembre 2006 concerne sans doute la cause, mais touche également au droit de la famille, la donation ayant été passée entre les membres d'un couple marié et sa validité ayant été remise en question après le divorce.

La question posée aux juges serbes de second degré n'était pas des plus faciles. Il est évident que la persistance du lien matrimonial peut représenter un des nombreux motifs personnels du donateur. Il n'est pas standardisé, naturel, c'est-à-dire commun à tous les contrats de donation, à la différence de l'*animus donandi* consistant dans l'intention de gratification du donataire. Comme la réalisation du motif personnel mentionné ci-dessus concerne la période postérieure à la formation du contrat et reste incertaine et aléatoire, la question se pose de savoir s'il faut tenir compte, c'est-à-dire accorder une certaine importance juridique à un motif personnel et licite du donateur ne faisant pas l'objet d'une clause contractuelle en raison de l'absence de sa réalisation. Les juges serbes ont indubitablement opté pour une réponse positive. Le motif personnel du donateur consistant dans la persistance du lien matrimonial fait partie de la cause de l'engagement de celui-ci. L'inexistence ou la cessation des motifs personnels du donateur affecte irrémédiablement le contrat dont la nullité doit être prononcée. Par conséquent, le contrat de donation a dû être annulé car sa cause avait cessé d'exister en raison de la perturbation des relations des époux contractants ayant entraîné le divorce.

Cet arrêt des juges serbes appelle deux types de remarques. D'une part, il est aisé d'apercevoir dans la décision analysée, et cet exemple n'est pas isolé, une subjectivation de la cause, connue depuis un moment déjà en droit positif français. En l'occurrence, les juges serbes ont dépassé l'analyse des motifs naturels, standardisés, intégrés par nature des choses dans la structure contractuelle prédéterminée nommée donation. Ils ont pris en compte un motif personnel du donateur, cette prise en considération ayant entraîné la nullité du contrat. En d'autres termes, ils ont dirigé la cause, cette notion-clé du droit des contrats serbe, vers une subjectivation. Observons que la doctrine serbe ne fait qu'ébaucher ce mouvement mentionné ci-dessus, déjà connu en France. Alors qu'une partie de la doctrine se montre réfractaire à la prise en considération des

motifs personnels licites et moraux n'ayant pas été intégrés dans le contrat par le biais d'une clause spéciale, un auteur se prononce dans le même sens que les juges de la cour municipale de Cacak. En d'autres termes, il considère que même les motifs mentionnés ci-dessus, privés d'un degré d'objectivité naturelle, doivent être pris en compte dans les donations. Il est d'avis que, dans les contrats à titre gratuit, les motifs personnels tels la persistance de sentiment d'amour ou l'accomplissement d'actes de générosité par le donataire font partie de la cause. Il est aisé de constater qu'une objectivité naturelle manque à ces motifs du donateur et que leur réalisation reste incertaine. Toutefois, l'auteur éminent prône leur prise en considération. De cette manière, la doctrine serbe se rend compte, d'une manière certainement moins élaborée que la doctrine française (F.Terré, Ph.Simler, Y.Lequette, *Les obligations*, Dalloz 2005, p. 351 s. ; S. Baraké, *Le champ contractuel : étude de l'adéquation des moyens au but contractuel*, thèse Bordeaux, 2007, p. 119.), que les motifs personnels licites et moraux peuvent pénétrer dans le contrat et conditionner son maintien en vigueur en dépit du fait qu'ils ne font pas l'objet d'une clause spéciale.

D'autre part, il convient de se pencher aussitôt sur la raison pour laquelle les juges serbes dérogent à la règle de l'article 53 alinéa 1 de la Loi des obligations selon laquelle le droit positif ne garantit pas la réalisation d'un motif personnel du contractant. La solution retenue dans l'arrêt analysé est justifiée dans la mesure où c'est l'importance sociale de la réalisation des motifs personnels du donateur qui explique la prise en considération de l'absence de leur réalisation. L'appréciation de cette importance relève du pouvoir souverain des juges du fond mais aussi des juges du droit. De plus, le critère mentionné ci-dessus nous semble être à même d'expliquer l'absence de prise en compte en droit français du motif personnel du donateur consistant dans la persistance du lien matrimonial en ce qui concerne les biens présents (Voir l'article 265 du Code civil français). Il paraît incontestable que l'absence de réalisation du motif personnel du donateur consistant dans la persistance du lien matrimonial altère au-delà de la limite du raisonnable l'*animus donandi* et que le droit positif serbe a choisi d'en tenir compte. La prise en compte de ce motif, c'est-à-dire de l'absence de sa réalisation, repose sur le fait que le droit positif serbe le juge suffisamment important surtout en raison de la place qu'occupe l'institution du mariage au sein de la société serbe.

Cependant, il n'est pas possible de considérer comme d'une importance sociale exceptionnelle tous les motifs personnels du donateur. Il paraît *prima facie* évident que la non-réalisation d'un motif personnel du donateur, tel la poursuite réussie des études supérieures par le donataire grâce au bien reçu, ne remettra pas en question la validité de la donation. La solution contraire mettrait en péril la sécurité juridique du donataire sur lequel reposerait désormais le risque de l'absence de réalisation des mobiles du donateur, ceux-ci étant infiniment variés et instables. Au demeurant, la plupart des motifs personnels du donateur, à la différence de celui analysé, restent extérieurs au champ contractuel et ne font pas partie de la cause de l'engagement du donateur.

Goran GEORGIJEVIC ✍

INSTITUT DES MINEURS

LA RATIFICATION DE L'ORDONNANCE RELATIVE A LA FILIATION : UNE REFORME DE LA REFORME...

Ceux qui doutaient de la valeur des articles du Code civil issus de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sont désormais rassurés : la loi du 16 janvier 2008 a enfin ratifié l'ordonnance lui conférant ainsi valeur législative, qui plus est de manière rétroactive. Toutefois, le parlement ne s'est pas contenté (ce qui, au

demeurant, n'est déjà pas négligeable) d'approuver le travail effectué par le Gouvernement en matière de filiation, il a lui aussi apporté une contribution relativement conséquente à la réforme, les nouvelles dispositions n'étant pas dotées d'une portée rétroactive. Outre la possibilité pour les enfants nés avant le 1^{er} janvier 2005 de voir modifier leur nom du fait de l'établissement du second lien de filiation en vertu de l'article 311-23 du Code civil, qui était auparavant réservé aux enfants nés après cette date (Cette faculté permet de traduire en termes de nom le rattachement, même tardif, de l'enfant à son autre parent ; il traduit en outre la volonté des deux parents de faire produire un effet concret à ce rattachement), et un certain nombre de corrections formelles, la loi du 16 janvier 2009 modifie, de manière ponctuelle, le régime de l'établissement de la filiation (I) et celui de sa contestation (II).

I - Les nouvelles dispositions relatives à l'établissement de la filiation

La loi modifie ou précise plusieurs dispositions relatives tant à la filiation paternelle qu'à la filiation maternelle.

A - La filiation paternelle

Présomption de paternité - La loi harmonise le régime des hypothèses dans lesquelles la présomption de paternité est écartée. Alors que les articles 313 et 314 du Code civil prévoyaient deux régimes différents selon l'hypothèse dans laquelle la présomption de paternité est écartée (enfant né plus de trois cent jours après une séparation judiciaire ou absence du nom du mari en qualité de père dans l'acte de naissance), le nouvel article 313 prévoit les deux cas dans lesquels la présomption est écartée, tandis que l'article 314 prévoit dans les deux cas que la présomption de paternité serait rétablie de plein droit si l'enfant a une possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle établie à l'égard d'un tiers. Autrement dit, dans l'une ou l'autre des hypothèses visées, la présomption de paternité est écartée dans un premier temps et rétablie dans un second temps par la preuve de l'existence - forcément constatée dans un acte de notoriété ou un jugement - de la possession d'état.

Reconnaissance par le mari - En tout état de cause, l'article 315 permet désormais au mari de reconnaître l'enfant lorsque la présomption de paternité est écartée en vertu des articles 313 et 314. Le mari, qui n'a pas de possession d'état à l'égard de l'enfant, pourrait donc contrarier la volonté de la mère de ne pas le rattacher à l'enfant, en ne mentionnant pas son nom dans l'acte de naissance ou même en accouchant sous x. La formulation du texte est cependant ambiguë : il semble en effet conditionner la reconnaissance au fait que la présomption est écartée, et donc imposer d'attendre la naissance pour le savoir. Elle fermerait alors au mari la voie de la reconnaissance prénatale qui prend effet au jour de la naissance et qui, d'une part, empêcherait que l'enfant soit reconnu par un autre homme et, d'autre part, éviterait que l'enfant porte le nom de sa mère.

Conflits de filiation - L'ordonnance du 4 juillet 2005 semblait avoir exclu tout conflit de filiations en posant le principe chronologique qui implique que la filiation établie en premier lieu prime toute autre filiation (article 320 du Code civil). Cette règle ne semble toutefois pas supprimer toutes les hypothèses de conflit de filiation et notamment pas celle dans laquelle un enfant, dont l'acte de naissance mentionne le nom de sa mère et celui du mari de celle-ci, fait également l'objet d'une reconnaissance prénatale par un autre homme. La présomption de paternité jouant à partir de la naissance, et la reconnaissance prenant effet à cette même date, les deux filiations sont établies à la même date, ce qui devrait provoquer un conflit de filiations, conformément au principe de l'égalité des filiations. La circulaire n° CIV/13/06 portant présentation de l'ordonnance proposait une solution favorable à la présomption de paternité en considérant que, si le lien de filiation indiqué dans la déclaration de naissance contredit une filiation antérieurement établie, notamment par une reconnaissance prénatale, l'officier d'état civil devait en référer au Parquet qui devait avertir son auteur de la nécessité de contester la filiation inscrite dans l'acte de naissance. La loi ratifiant l'ordonnance de 2005 propose une autre solution, sans doute plus opportune. Un nouvel article 336-1 du Code civil prévoit ainsi que « lorsqu'il détient une reconnaissance paternelle prénatale dont les énonciations relatives à son

auteur sont contredites par les informations concernant le père que lui communique le déclarant, l'officier de l'état civil [...] établit l'acte de naissance en vue des informations communiquées par le déclarant. Il en avise sans délai le procureur de la République qui élève le conflit de paternité sur le fondement de l'article 336 ».

Possession d'état - Reprenant l'analyse de certains auteurs selon laquelle la possession d'état peut continuer à exister après la mort du « parent », à travers les dispositions testamentaires de ce dernier, et les hommages rendus à la mémoire du défunt par l'enfant, la loi de 2009 ajoute dans les textes visant la cessation de la possession d'état comme point de départ du délai, le décès du parent prétendu. Cette précision permet de rendre plus certain le point de départ du délai. Ainsi, alors que l'ordonnance du 4 juillet 2005 prévoyait que la délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée dans un délai supérieur à cinq ans à compter du jour où la possession d'état alléguée a cessé, la loi ratifiant l'ordonnance dispose que le délai court également à partir du décès du parent prétendu (article 317 du Code civil). Dans le même sens, le texte précise l'article 330 qui prévoit désormais que la possession d'état peut être constatée judiciairement pendant dix ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu.

B - La filiation maternelle

Accouchement sous x - La loi du 16 janvier 2009 modifie l'article 325 du Code civil qui érigeait en fin de non-recevoir de l'action en recherche de maternité, la demande de secret de la mère sur son identité lors de son accouchement, prévue par l'article 326 du même code. Cette fin de non-recevoir avait été introduite dans le Code civil par la loi du 8 janvier 1993 dans l'objectif de fournir à la mère une protection supplémentaire contre une tentative de l'enfant d'établir sa filiation alors qu'elle avait souhaité faire disparaître tout lien entre eux. Cette fin de non-recevoir constituait sans doute un argument supplémentaire pour convaincre la mère de rendre réversible le secret sur son identité en vertu de la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines personnelles et au CNAOP, assurée qu'elle était de ne pas voir l'enfant établir sa filiation à son égard si elle décidait de lever le secret. En supprimant la fin de non-recevoir relative à l'accouchement sous x, le nouveau texte permet à l'enfant qui retrouverait sa mère, et qui n'aurait pas été adopté, d'intenter une action en recherche de maternité jusqu'à ce qu'il ait vingt-huit ans puisque la prescription décennale ne lui est pas opposable pendant sa minorité. Cette suppression fondée sur le droit de l'enfant de voir sa filiation établie et sur la volonté de faire disparaître une inégalité entre le père – qui ne peut échapper à une recherche de paternité – et la mère, soit disant susceptible de conduire à une condamnation de la France devant la Cour européenne des droits de l'homme, est de nature à remettre en cause la réversibilité de l'accouchement sous X organisée par la loi du 22 janvier 2002. Quelle femme en effet, qui décide d'abandonner son enfant, prendrait le risque de laisser son identité en sachant qu'elle risque de faire l'objet pendant plus de trente ans d'une action en recherche de maternité ? Quant au spectre d'une condamnation européenne en raison de la discrimination que cette fin de non-recevoir crée entre les mères et les pères, il semble qu'il se heurte à la différence de situation dans laquelle sont placés les uns et les autres. La Cour européenne, qui a admis en 2008 la compatibilité avec l'article 8 de la Convention des conditions de l'accouchement sous x, notamment quant à l'information de la mère et au délai de rétractation dont elle dispose, pourrait à l'inverse considérer que la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, participe de l'équilibre de l'accouchement sous x.

Action à fins de subsides - La loi ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 allonge le délai pendant lequel les parents, pendant la minorité de l'enfant, et celui-ci après sa majorité, peuvent réclamer des subsides à celui qui a entretenu des relations intimes avec sa mère pendant la période légale de conception de deux à dix ans (article 342 du Code civil). En alignant le délai de prescription de l'action aux fins de subsides sur celui des actions relatives à la filiation, cette modification renforce la volonté des auteurs de l'ordonnance de maintenir une action dont on a pu dire qu'elle paraissait obsolète au regard des certitudes que les progrès scientifiques ont permis d'obtenir en matière de filiation. L'action aux fins de subsides reste cependant utile dans les hypothèses, certes

rare mais qu'on ne peut ignorer, dans lesquelles l'enfant ne peut établir sa filiation paternelle. Il en va ainsi de l'enfant incestueux ou de l'enfant étranger dont la loi nationale interdit l'établissement de sa filiation paternelle. L'action à fins de subsides peut également être utilisée lorsque les circonstances de la conception de l'enfant ont été dramatiques.

II - Les nouvelles dispositions relatives à la contestation de la filiation

Délais - Comme dans le cadre de l'établissement de la filiation, les dispositions relatives aux délais prenant pour point de départ la cessation de la possession d'état ont été complétées pour faire figurer le décès du parent dont la filiation est contestée, comme autre point de départ. Par ailleurs, la spécificité du régime de l'action en contestation de la possession d'état constatée par un acte de notoriété de l'article 335 est supprimée. Le texte écartait en effet le délai de droit commun au profit d'un délai plus court, de cinq ans, qui, de surcroît, a pour point de départ la date de la délivrance de l'acte. Ce délai était d'autant plus sévère à l'égard notamment de celui à l'égard de qui la filiation a été établie, ou de ses héritiers, qu'il n'est pas prévu qu'ils soient informés de la mention de l'acte de notoriété en marge de l'acte de naissance. Il aboutissait en outre à la mise en place de deux régimes de prescription différents selon que la filiation fondée sur la possession d'état a été constatée par un acte de notoriété ou par un jugement. Pour répondre à ces critiques, la loi ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 remplace le délai de cinq ans de l'article 335 du Code civil par un délai de dix ans.

Ministère public - La principale innovation de la loi du 16 janvier 2009 réside cependant dans la possibilité pour le ministère public d'agir en contestation de la filiation, dans le cadre de l'article 336 du Code civil, alors même que la filiation est fondée sur un titre et une possession d'état de cinq ans. En insérant les mots « à l'exception du ministère public » dans le second alinéa de l'article 333, la loi permet en effet au ministère public de contester la filiation de l'enfant en cas de fraude ou d'indices contenus dans l'acte rendant la filiation invraisemblable même si la filiation est confortée par une possession d'état supérieure à cinq ans. Ce faisant, la loi ouvre au ministère public la voie de la contestation dans des hypothèses où personne d'autre, même pas l'enfant, ne peut agir, ce qui paraît particulièrement contestable. Cette action permettrait la remise en cause de la filiation d'un enfant, par exemple issu d'une mère porteuse, pendant dix ans alors même que cet enfant a tissé avec ceux qui l'élèvent des relations particulièrement fortes.

Adeline GOUTTENOIRE ✍

CERFAP
Centre européen d'études et de recherches
en droit de la famille et des personnes
Université Montesquieu - Bordeaux IV
Avenue Léon Duguit - 33608 Pessac Cedex
Salle D114
Tél. / Fax : 05 56 84 54 90
Courriel : cerfap@u-bordeaux4.fr
Directeur : Jean Hauser
Directrice adjointe : Marie Lamarche
Directeur de la publication : Jean Hauser
Conception et réalisation : Marc Bodin
ISSN 1622-1141
Conception et réalisation maquette : Service communication
de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV
Crédit photographique : Régine Briant, Stéphan Ferry