

HORS-SÉRIE

19^E ÉDITION

DES ÉTATS GÉNÉRAUX

DU DROIT DE LA FAMILLE

ET DU PATRIMOINE

LES OUTILS AU SERVICE DU DROIT DE LA FAMILLE

ORGANISÉS PAR LE CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

26 et 27 JANVIER 2023 - Maison de la Chimie (Paris)





Vient de
paraître

“ Nouvelle édition :
Le droit de la famille par excellence ”

Disponible
sur



www.lgdj.fr

Gazette du Palais

Édité par Lextenso

1, Parvis de La Défense
92044 Paris – La Défense (CEDEX)

P-DG, Directeur de la publication : Bruno Vergé
Directrice générale déléguée : Emmanuelle Filiberti
Présidente du Conseil scientifique :
Marie Burguburu Charvet

Rédactrice en chef : Laurence Garnerie
Coordinatrice de la Gazette spécialisée : Marie Rajchenbach
Rédacteurs : Catherine Berlaud, Nathalie Finck
et Samuel Seroc
Responsable scientifique : Pauline Le Monnier de Gouville
Secrétaire de rédaction : Elsa Boulinguez

Rédaction :

Tél. : 01 40 93 40 00
Courriel : redactiongp@lextenso.fr

Abonnements :

Tél. : 01 40 93 40 40
Courriel : abonnements@lextenso.fr

Publicité : benoit.favre@lextenso.fr

Tél. : 01 40 93 40 68

Tarifs 2023

* Prix TTC au n° : 20 €
+ frais de port
* Abonnement France (un an) :
Journal seul : 570,74 € TTC
Recueils + table seuls : 556,45 € TTC
Journal, recueil + table : 764,73 €
Abonnement feuilletable numérique : 244,02 € TTC
* Abonnement étranger (un an) :
Journal seul : 645 €
Journal, recueil + table : 859 €
Abonnement feuilletable numérique : 239 €

Internet : gazette-du-palais.fr

Twitter : @LextensoAvocat

Commission paritaire n° 0523 T 83097

ISSN 0242-6331

Dépôt légal à parution

Imprimé par Duplprint Mayenne, 733, rue Saint Léonard,
53101 Mayenne CEDEX

sur des papiers produits en Italie (couverture, 0% de fibres
recyclées) et en Allemagne (intérieur, 100% de fibres recyclées),
issus de forêts gérées durablement ;

impact gaz à effet de serre

pour un exemplaire : 713 g éq. CO₂



Illustration de la Gazette spécialisée sur la couverture :
Fanny Dallé-Asté / Da-fanny

Toute reproduction, même partielle, est interdite,
sauf exceptions prévues par la loi.

Projets d'articles : les manuscrits doivent être adressés par
courriel en format word à redactiongp@lextenso.fr
et comporter 15 000 caractères maximum (notes de bas
de page et espaces compris).
La rédaction n'est pas responsable des manuscrits
communiqués.

La Gazette du Palais peut désormais être citée de la façon
suivante : GPL 7 déc. 2023, n° GPL430b0.
Le numéro de type GPL430b0 est un numéro d'identifiant
unique permettant de retrouver directement l'article
via un moteur de recherche ou sur www.labase-lextenso.fr

19^E ÉDITION DES ÉTATS GÉNÉRAUX DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

Les outils au service du droit de la famille

Interventions

- GPL447l6 ■ Discours d'ouverture
par Jérôme GAVAUDAN 5
- Ateliers de formation du jeudi
- GPL447r5 Divorce par consentement mutuel sans juge :
état des lieux/regards croisés
par Marielle TRINQUET, Christelle DEWAILLY-HOUVET et Julie BARRON 7
- GPL447n6 Liquidation du régime matrimonial : la participation
aux acquêts
par Nathalie BEURGAUD, Stéphane DAVID et Alexandra FOUCART 9
- GPL447p2 Analyse des documents juridiques et financiers
dans le cadre de la séparation du couple
par Alice MUNCK-BARRAUD, Olga PÉNY-PELTIER et Thierry BORDEZ 13
- GPL447n0 Les outils au service du droit de la famille : e-DCM
et autres outils numériques du CNB
par Brigitte BOGUCKI, Philippe BARON et Clémence BERTIN-AYNÈS 16
- GPL447p3 La fiscalité du droit de la famille et du patrimoine
par Anne VAUCHER, Binisti SABINE et Jérôme CHIGARD 18
- GPL447p4 Violences conjugales et ordonnance de protection
par Florence NÉPLE, My-Kim YANG-PAYA, Yaël MELLUL et Liliane DALIGAND 22
- GPL447d9 L'avocat dans la procédure devant le juge des tutelles des majeurs
par Gilles RAOUL-CORMEIL 24
- GPL447r4 Assurance-vie : comprendre, conseiller, et (re)traiter
dans la succession
par Nicolas GRAFTIEAUX, Marie DAMOURETTE et Séverine TAMBURINI 28
- GPL447i0 Procédure d'appel et droit de la famille : tentative
de conciliation !
par Muriel CADIOU et Stéphane FERTIER 30
- GPL447p5 La procédure participative
par Hélène MOUTARDIER, Renaud LE BRETON DE VANNOISE et Natalie FRICERO 34
- GPL447p6 Les soins psychiatriques sans consentement
par Letizia MONNET-PLACIDI, Corinne VAILLANT et Nathalie de SEGUIN 38

- Ateliers de formation du vendredi

GPL447q9	Les 10 commandements en DIP : principes fondamentaux par Maxime EPLER, William HEALING et Jean-Michel CAMUSW	42
GPL447r0	« Bruxelles II ter » (« Bruxelles II bis » refonte) : ce qui change dans les règles européennes en matière de divorce et de responsabilité parentale par Isabelle REIN-LESCASTÉREYRES, Katell DRWOUEY-BASSOU, Marina BLITZ, Tim AMOS et Sophie RODRIGUES	46
GPL447r1	Actualité de l'homoparentalité par Caroline MECARY et Sabine CARRÉ	48
GPL447s0	Singularités et pièges de la procédure de liquidation par Élodie MULON, Vincent ÉGÉA, Alexandra COUSIN et Sarah SALIMI	53
GPL447r2	Urgence patrimoniale par Julia CAPRARO, Thibaut LÉPINE et Stéphane VALORY	55
GPL447l7	Ouverture d'une succession, ce qu'il faut savoir par Patricia SIMO, Anne-Laure CASADO, Frédéric FIRHOLTZ et Sylvie MOMBELLET	59

LES OUTILS AU SERVICE DU DROIT DE LA FAMILLE

Discours d'ouverture GPL44716

L'essentiel

La 19^e édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine organisés par le Conseil national des barreaux les 26 et 27 janvier 2023 était consacrée au thème « les outils au service du droit de la famille ».



Monsieur le directeur des affaires civiles et du Sceau,

Mesdames et Messieurs les hauts magistrats,

Mesdames et Messieurs les bâtonniers,

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil national des barreaux,

Mesdames et Messieurs les professeurs d'université,

Chers confrères et amis du barreau de la famille,

C'est déjà mon dernier discours d'introduction des États généraux du droit de la famille et du patrimoine.

2023 correspond à la fin de notre mandature et je tiens à souligner le plaisir qui a été le mien, qui est le mien aujourd'hui, de retrouver le barreau de la famille, de vous retrouver.

De retrouver un barreau solidaire, structuré, organisé, compétent, vivant !

L'année prochaine nous fêterons les 20 ans de ces États généraux.

En 20 ans, ce barreau que certains dédaignaient à tort est devenu un barreau incontournable.

Un barreau dans lequel des cabinets se structurent et innovent.

Un barreau qui sert l'intérêt général et donc sert l'intérêt de toute la profession d'avocat.

Un barreau qui dispose de tout ce que la profession aimerait en général : à savoir un acte d'avocat comprenant la force exécutoire.

La réussite de ces États généraux en est la parfaite illustration.

1 800 participants aujourd'hui, représentant quasiment tous les barreaux de l'hexagone et des Outre-mer !

Si mes informations sont correctes, vous êtes 12 à venir des Outre-mer :

- vous êtes quatre de la Martinique ;
- trois de La Réunion ;
- trois de la Guadeloupe ;
- un de Mayotte ;
- un de la Guyane.

Le confinement vous a éloigné trop longtemps de nous et nous sommes heureux de vous retrouver.

Vous êtes, nous sommes une profession ressource qui permet d'alimenter les pouvoirs publics de ses réflexions, de ses observations de terrain.

Nous sommes les premiers témoins, les premiers réceptacles des besoins de justice et des évolutions de la société.

La profession est donc un interlocuteur régulier du ministère de la Justice qui nous associe aux réflexions des réformes qui permettent de mieux coller à la réalité sociale des familles.

Mais c'est également tout naturellement aussi que nous exprimons nos craintes ou nos réserves sur certains projets.

Monsieur le directeur des affaires civiles et du Sceau, vous savez écouter la profession et travailler avec ses représentants.

Vous savez rencontrer nos élus quand il le faut, dans une démarche de dialogue, ouvert et franc.

Et pour cela, nous souhaiterions vous remercier.

Nous le savons, il reste encore beaucoup à faire pour la justice civile qui a peut-être été trop longtemps la justice oubliée en termes de moyens comme en termes d'attention.

C'est une justice du quotidien peu médiatisée qui n'attire pas suffisamment l'attention.

Mais c'est une justice qui a été au cœur de nos discussions lors des États généraux de la Justice.

Et il y a désormais un consensus pour réparer prioritairement cette justice civile si utile pour nos concitoyens.

Je ne reviendrai pas sur les délais d'audience qui sont ahurissants.

La justice familiale représente aujourd'hui 70 % du contentieux d'un tribunal judiciaire.

Et face à ce chiffre, nous observons un large déficit de magistrats civilistes.

En cela, les annonces du garde des Sceaux vont dans le bon sens.

Outre un effort budgétaire à saluer, l'effort de recrutement de nouveaux magistrats sur le quinquennat est en phase avec les besoins exprimés.

Le garde des Sceaux a également fait part de sa volonté de placer l'amiable au cœur de la procédure civile.

C'est un domaine dans lequel la profession joue déjà un rôle central.

Les avocats savent faire.

Le Conseil national des barreaux a récemment obtenu la vice-présidence du tout nouveau Conseil national de la médiation.

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

Grâce à la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, la force exécutoire a été attribuée aux actes issus d'un MARD contresignés par les avocats.

Quels que soient la mission et le moment d'intervention de l'avocat dans le processus de l'amiable, ce dernier en est un acteur naturel : prescripteur, accompagnateur, médiateur ou encore rédacteur de l'acte.

Mais nous serons vigilants.

Il ne s'agit pas d'imaginer une alternative à l'office du juge.

Il ne s'agit pas de penser un mode alternatif de règlement des litiges qui viendrait pallier la pénurie et l'indigence des moyens de l'institution judiciaire.

Le processus amiable ne doit pas être pensé à la place du juge, mais avec le juge, à côté du juge, et toujours comme étant un acte volontaire.

L'amiable n'est pas réservé à quelques experts.

L'amiable est pour tous les avocats, y compris et peut-être surtout en droit de la famille, car il permet de faire renaître les modalités d'un dialogue entre les parties.

Vigilants, nous le sommes tout autant sur l'entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023 de l'intégralité de la réforme de l'IFPA – l'intermédiation financière des pensions alimentaires.

Nous avons échangé l'année dernière, ici même Monsieur le directeur, sur ce sujet et vos services ont été très réactifs pour faire corriger les bugs, les dysfonctionnements que nous constatons, notamment au niveau de l'ARIPA – l'agence de recouvrement des impayés de pensions alimentaires.

Nous attendons les résultats d'une enquête prise en charge par les services de la direction des services judiciaires sur une dizaine de juridictions afin d'évaluer cette réforme.

Je l'avais exprimé il y a un an, nous pensons, Monsieur le directeur des affaires civiles et du Sceau, que la meilleure option aurait été la constitution d'un fond de garantie.

Nous avons aujourd'hui l'impression que cette réforme n'est pas allée au bout de sa logique.

Nous nous interrogeons aujourd'hui sur la capacité des greffes à absorber le surplus de travail et les demandes d'ajustement sur la notification des jugements ordonnant l'IFPA.

Mais comme nous sommes constructifs, le Conseil national des barreaux a mis à jour, sur son site internet, le modèle de convention de divorce par consentement mutuel afin de faciliter la pratique quotidienne.

Et nous ne manquerons pas de vous faire part de nos retours pour perfectionner cette réforme.

Je le disais en introduction, le barreau de la famille est un barreau structuré, organisé, formé et compétent.

Il me faut également souligner le dynamisme de la matière qui évolue au rythme des évolutions sociales.

Permettez-moi de lister quelques-uns des principaux sujets, sans être exhaustif bien entendu.

L'instauration du e-DCM – le divorce des avocats !

En sept mois, ce nouvel outil numérique est à la disposition de tout le barreau de la famille, de tous les avocats.

N'hésitez pas à vous en saisir. C'est un outil sûr, fiable et garanti par la déontologie du Conseil national des barreaux.

C'est une réelle avancée pour la profession, pour nos clients.

S'agissant du divorce par consentement mutuel à l'échelle européenne maintenant.

Hier a été publié le décret d'application du règlement européen dit *Bruxelles II ter*, que nous attendions, qui favorisera la circulation des DCM sans juge dans l'Union européenne.

C'est là la seule pierre qui nous manquait à l'édifice et nous nous réjouissons de sa parution que nous allons étudier de très près.

Il est un autre sujet majeur qui nous concerne toutes et tous et contre lequel la profession est engagée, c'est celui des violences intrafamiliales.

Le Conseil national des barreaux, membre du Comité national de pilotage de l'ordonnance de protection, a publié un guide, le 25 novembre dernier, sur l'ordonnance de protection afin de faire valoir la place de l'avocat.

C'est un sujet qui sera abordé lors de la première table ronde avec les parlementaires.

Depuis 19 ans, ces États généraux du droit de la famille et du patrimoine demeurent le plus grand succès du Conseil national des barreaux.

Et je vous remercie de votre fidélité.

Merci à nos élues qui, lors de chaque nouvelle mandature, prennent à bras-le-corps la responsabilité de cet événement.

Merci à Valérie Grimaud, Pascale Lalère, Caroline Mecary et Charlotte Robbe.

Et je vous donne d'ores et déjà rendez-vous l'année prochaine, qui marquera les 20 ans des États généraux du droit de la famille et du patrimoine.

Je vous remercie.

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

Divorce par consentement mutuel sans juge : état des lieux/ regards croisés GPL447r5

L'essentiel

L'objectif de cet atelier était de comprendre les principales problématiques inhérentes à la réalisation d'un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et les rôles respectifs de l'avocat et du notaire dans la réalisation de ce divorce. Pour l'avocat rédacteur, il est essentiel de maîtriser les réflexes à adopter avec le concours du notaire.

Par
Marielle TRINQUET
Avocate au barreau de
Paris
Christelle DEWAILLY-
HOUYVET
Notaire à Paris
et Julie BARRON
Avocate au barreau de
Lyon

Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire institué par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a offert aux époux la faculté de divorcer sans juge dans le cadre d'un processus exclusivement contractuel.

L'objectif du législateur était d'offrir aux époux une forme

de désunion apaisée et négociée et de désengorger les juridictions.

Ce nouveau divorce a généré, à ses débuts, de nombreuses critiques et craintes.

Aujourd'hui, grâce à une bonne collaboration entre les notaires et les avocats et la mise en place de bonnes pratiques, bon nombre de difficultés ont été résolues.

I. CONDITIONS DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL EXTRAJUDICIAIRE

A. Les empêchements

Ce divorce n'est pas ouvert aux majeurs protégés (C. civ., art. 249-4) et lorsque l'enfant mineur doté du discernement souhaite être entendu par le juge.

Il doit être utilisé avec prudence, dès lors qu'il existe un élément d'extranéité en raison des difficultés liées à la reconnaissance du divorce et à la reconnaissance de ses effets, outre celles liées à l'exécution.

Depuis l'entrée en vigueur du règlement *Bruxelles II ter* (1^{er} août 2022), le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire peut circuler librement au sein de l'Europe, dès lors qu'il constitue un « accord » au sens de l'article 2.2, 3°, du règlement *Bruxelles II ter*.

Le notaire devra enregistrer la convention et, en vertu du décret n° 2023-25 du 23 janvier 2023, le président du tribunal judiciaire délivrera les deux certificats visés à l'article 66 du règlement (annexes VIII et IX).

Ce nouveau règlement permet d'assurer la circulation du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire au sein de l'Union européenne, mais il ne concerne que le prononcé du divorce, puisque ne relève pas du règlement

Bruxelles II ter, la prestation compensatoire, la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants et la liquidation du régime matrimonial (renvoi à l'atelier « *Bruxelles II ter* » (« *Bruxelles II bis* » refonte) : ce qui change dans les règles européennes en matière de divorce et de responsabilité parentale », GPL 11 avr. 2023, n° GPL447r0).

En dehors de l'Europe, les difficultés étant importantes, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire est à déconseiller, surtout si la convention doit faire l'objet d'un acte d'exécution forcée à l'étranger.

Dans ces conditions, il convient de recourir à la procédure judiciaire du divorce accepté (requête conjointe et demande d'homologation).

B. Accord sur la rupture du mariage et ses effets

Le divorce par consentement mutuel est ouvert aux époux qui doivent être d'accord tant sur le principe de la rupture du mariage ainsi que sur ses conséquences (C. civ., art. 230).

L'accord sur l'ensemble des conséquences du divorce doit être le résultat d'une plus ou moins longue phase de négociations préalables pilotées par les avocats avec l'intervention, si nécessaire, d'un notaire.

Compte tenu de sa nature contractuelle, le divorce extrajudiciaire sera soumis au droit commun des contrats, qu'il s'agisse de sa formation (C. civ., art. 1112 et s.) ou de ses conditions de validité (C. civ., art. 1128 et s.).

C. Assistance de chaque époux par un avocat

Chaque époux doit avoir son propre conseil (C. civ., art. 229-1).

La charte commune notaires/avocats sur le divorce par consentement mutuel du 23 décembre 2020 prévoit qu'il est interdit à deux avocats d'assister les époux pour la rédaction de la convention de divorce lorsqu'ils exercent au sein d'une même structure, associés ou collaborateurs, ou dans les mêmes locaux.

L'avocat doit procéder à l'analyse des différentes options et veiller au consentement libre et éclairé des époux.

La charte précitée ainsi que l'article 7.2 du RIN rappellent que la convention de divorce doit être signée en présence physique et simultanément par les parties et les avocats rédacteurs.

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

II. DÉROULEMENT DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL EXTRAJUDICIAIRE

A. Le projet de convention de divorce

La convention prend nécessairement la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats (C. civ., art. 229-1).

Cette convention comprend six mentions obligatoires visées à l'article 229-3 du Code civil requises à peine de nullité.

Afin d'éviter un rejet de l'enregistrement, il est conseillé d'adresser préalablement le projet de convention au notaire, procédé dit de « pré-validation ».

Il relève de la responsabilité des avocats d'informer les parties sur les conséquences juridiques et fiscales et de procéder aux formalités légales et réglementaires de l'acte dont ils sont rédacteurs.

Ainsi, il a été rappelé notamment :

- la fiscalité de la prestation compensatoire ;
- les droits d'enregistrement ;
- les exigences liées à la liquidation, à savoir :
 - les conditions et limites de la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation,
 - la nature notariée de la convention d'indivision,
 - les risques du partage inégal.

B. Signature et dépôt au rang des minutes du notaire

– Envoi du projet de convention par lettre recommandée avec avis de réception à peine de nullité avant l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de 15 jours (C. civ., art. 229-4).

– Signature de la convention de divorce par les époux et contresignature des avocats rédacteurs, simultanément et en présentiel.

– Formalités de publicité et d'enregistrement de la convention dans le délai d'un mois à compter du jour de son dépôt au rang des minutes du notaire, formalités d'enregistrement réalisées par ce dernier si la liquidation est notariée.

III. LES PROBLÉMATIQUES POSTÉRIEURES AU DÉPÔT DE LA CONVENTION DE DIVORCE AU RANG DES MINUTES DU NOTAIRE

A. Exécution forcée de la convention

– Prévenir le risque de non-paiement par le débiteur des sommes mises à sa charge (information, constitution de garanties).

– La convention constitue un titre exécutoire dès lors qu'elle est déposée au rang des minutes du notaire (CPC exéc., art. L. 111-3, al. 4 bis).

– Procédures spécifiques pour recouvrer les créances d'aliments :

- procédure de paiement direct,
- procédure de recouvrement public,
- intermédiation des pensions alimentaires obligatoire depuis le 1^{er} janvier 2023, excepté si les époux souhaitent y déroger.

B. Modification de la convention

Les ex-époux ne peuvent pas revenir sur le principe du divorce.

En revanche, les modalités relatives aux enfants peuvent toujours être modifiées en cas de survenance d'un élément nouveau (C. civ., art. 373-2-13), de même que la prestation compensatoire peut être révisée en application des dispositions de droit spécial (C. civ., art. 275, 276-3 et 276-4).

C. Contestation de la convention

– Exception d'inexécution.

– Action en résolution de la convention.

– Action en nullité : cette sanction est encourue en cas d'absence des mentions prévues à peine de nullité dans la convention (C. civ., art. 229-3), de non-respect du délai de réflexion ou de vice du consentement.

Jurisprudence : CA Nîmes, 1^{re} civ., 14 avr. 2020, n° 19/00887.

– Partage complémentaire (C. civ., art. 892). Cette action est imprescriptible.

– Action en complément de part (C. civ., art. 889).

EN CONCLUSION

Grande satisfaction des justiciables qui n'ont plus à subir les délais d'audience.

Rapport du CSN de juillet 2022 (quatre préconisations) : « Généraliser le circuit court, faire homologuer la convention par le juge aux affaires familiales en présence d'un enfant mineur à défaut de circuit court, éviter les dépôts secs et soumettre le projet de convention en amont au notaire avant enregistrement, clarifier la fiscalité applicable. »

Réactions des avocats à la suite de ce rapport.

Pourquoi n'ont-ils pas été consultés ?

Pourquoi cette défiance à l'égard des avocats en voulant imposer l'homologation de la convention en présence d'un enfant mineur ?

En revanche, consensus sur l'opportunité du circuit court et la pré-validation par le notaire du projet de convention de divorce.

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

Liquidation du régime matrimonial : la participation aux acquêts

GPL447n6

L'essentiel

La particularité de la liquidation du régime de la participation aux acquêts est liée à la spécificité de ce régime. Né séparatiste puis ayant évolué vers une aspiration communautaire, l'objectif de ce régime est, au moment de sa dissolution, d'associer les époux à leurs gains mutuels durant le mariage, par le biais d'une créance de participation.

C'est un régime hybride qui est souvent redouté des professionnels en raison de la particularité de son fonctionnement pendant le mariage et des règles applicables lors de sa dissolution.

Par

Nathalie BEURGAUD
Avocate au barreau
de Nice, membre des
commissions *ad hoc*
MARD et formation
du CNB

Stéphane DAVID
Notaire à Meudon,
maître de conférences
à l'université Paris-Est
Créteil, directeur de
session de formation à
l'ENM, membre de l'IEJ
au CSN

et Alexandra FOUCART
Juriste notariale à
Meudon

Fonctionnement pendant le mariage (C. civ., art. 1569, al. 1^{er}) : selon les règles de la séparation de biens. On applique donc les articles 1539 et suivants du Code civil, ainsi que la jurisprudence relative à la contribution aux charges du mariage.

Fonctionnement à la dissolution (C. civ., art. 1569, al. 2) : ce régime, au travers le calcul de la créance de participation, se liquide comme une communauté en valeur. L'article 1578,

alinéa 2, du Code civil renvoie d'ailleurs aux « règles prescrites pour arriver au partage judiciaire des successions et communautés. »

Attention, en l'absence de masse commune, le recel est exclu dans le régime de la participation aux acquêts (Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n° 10-15787).

Liberté contractuelle : « En stipulant la participation aux acquêts, les époux peuvent adopter toutes clauses non contraires aux articles 1387, 1388 et 1389 (...) » (C. civ., art. 1581, al. 1^{er}).

En réalité, cette *liberté contractuelle est aujourd'hui largement bridée* dans la mesure où la plupart des aménagements envisagés en pratique concernent la créance de participation, de sorte qu'ils ne prennent donc effet qu'à la dissolution du régime. Or, selon l'article 265, alinéa 2, du Code civil, les avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution sont révoqués de plein droit, sauf volonté contraire des époux exprimée au moment du divorce. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation s'agissant de la clause d'exclusion des biens professionnels, laquelle constitue, selon les Hauts magistrats, un avantage matrimonial qui est révoqué de plein

droit en cas de divorce (Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-26337 – Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2021, n° 19-25903 – Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2021, n° 20-15623). Il en résulte concrètement que ces aménagements se trouvent dépourvus d'effets en cas de divorce, c'est à dire précisément dans l'hypothèse où ils revêtent tout leur intérêt !

Si cette jurisprudence est irréprochable juridiquement, elle s'avère surprenante si l'on a trait à l'essence même de la participation aux acquêts, l'expression de la volonté se trouvant ainsi bridée dans un régime pourtant conventionnel, et aux incidences concrètes désastreuses, en ce qu'elle contribue à détourner davantage encore de ce régime des époux qui, faute de pouvoir protéger leurs biens professionnels, font désormais souvent le choix, plus radical, d'adopter le régime de la séparation de biens.

Alors certes, en vertu du texte, les époux peuvent faire le choix de maintenir l'application de telles clauses. Reste à savoir si ce maintien peut être exprimé *ab initio* dans le contrat de mariage ? La Cour de cassation écarte cette possibilité. C'est dire que ces clauses d'exclusion ne pourront jouer qu'en cas de volonté expresse des époux de les maintenir exprimée au moment du divorce, c'est-à-dire, dans les faits, quasiment jamais !

Date de dissolution : le régime matrimonial de la participation aux acquêts est réputé dissous « jour de la demande » (C. civ., art. 1572, al. 1^{er}). Cette disposition spécifique a créé une difficulté sous l'empire des anciens textes de procédure : fallait-il retenir la date de l'ordonnance de non-conciliation, conformément aux dispositions de l'article 262-1 du Code civil, ou celle de la requête en divorce ? En pratique, on appliquait la règle générale en retenant la date de l'ordonnance de non-conciliation.

Cette difficulté a disparu avec la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, qui a supprimé l'ONC à compter du 1^{er} janvier 2021. La date de dissolution est à présent, sans le moindre doute, celle de l'assignation en divorce.

Il reste possible de reporter la date des effets du divorce pour limiter le patrimoine final des époux.

I. LE PATRIMOINE ORIGINAIRE

Détermination de l'actif originaire (C. civ., art. 1570) : comprend les biens détenus au jour du mariage, ceux recueillis par succession, donation et legs en cours d'union, les biens propres par nature en régime de communauté (renvoi à C. civ., art. 1404, al. 1^{er}) et les biens subrogés aux biens originaires, sans qu'il soit besoin de déclaration d'emploi et de remploi (C. civ., art. 1571).

Sont exclus les fruits et revenus de ces biens et les biens donnés par l'époux au cours du mariage.

Attention : si un époux détient une quote-part indivise d'un bien puis rachète, pendant le mariage, les autres quotes-parts du bien, les quotités acquises sont des acquêts et non du patrimoine originaire (Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 14-24556), alors qu'elles constituent des biens propres sous le régime de la communauté.

La charge de la preuve pèse sur l'époux qui soutient que le bien doit être inscrit au patrimoine originaire. L'état descriptif initial = inventaire signé par les deux époux, inséré la plupart du temps dans le contrat de mariage, ne vaut que jusqu'à preuve du contraire (CA Paris, 16 sept. 2009, n° 08/14426) + renvoi à l'article 1402 du Code civil.

Évaluation de l'actif originaire (C. civ., art. 1571) : valeur du bien au jour de la liquidation du régime matrimonial ou de l'aliénation dans son état au jour du mariage ou de l'acquisition. Attention aux plus et moins-values.

Exemple 1 : un époux est propriétaire d'une maison, d'une valeur de 200 000 €. À la dissolution, la maison est évaluée à 400 000 €.

1. *Plus-value économique* : si la plus-value est fortuite, donc due uniquement à l'évolution du marché, le bien est inscrit pour le même montant actualisé (400 000 €), dans le patrimoine originaire et le patrimoine final = absence totale d'incidence sur le montant des acquêts réalisés par l'époux.

2. *Plus-value due à l'époux* : si la plus-value est due à la réalisation de travaux financés pendant le mariage au moyen d'acquêts (et non de deniers originaires), le bien sera porté dans le patrimoine originaire pour sa valeur initiale hors travaux (200 000 €) et dans le patrimoine final pour sa valeur actuelle (400 000 €) = fait apparaître l'enrichissement de l'époux propriétaire.

Exemple 2 : un époux est propriétaire d'une maison, d'une valeur de 400 000 €. À la dissolution, la maison est évaluée à 200 000 €.

1. *Moins-value économique* : si la moins-value est fortuite, le bien est inscrit dans le patrimoine originaire pour sa valeur initiale (400 000 €) et dans le patrimoine final pour sa valeur actuelle (200 000 €) : diminution des acquêts de l'époux, corrélativement à la perte qu'il a subie, en même temps que la créance de participation du conjoint !

2. *Moins-value due à l'époux* : si la moins-value est due à des détériorations en raison de la négligence de l'époux propriétaire, le bien sera inscrit pour le même montant actualisé (200 000 €), tant dans le patrimoine originaire que dans le patrimoine final : cela fait peser sur ce seul époux les conséquences de sa négligence.

Plus-value sur des biens incorporels : exemple des clientèles et patientèles. Aucune réponse de principe. On peut se référer à l'existence ou pas d'investissements significatifs pendant le mariage ayant généré une plus-value.

Plus-value due au changement juridique d'état du bien : pas de réponse de principe. Si le changement d'état est intervenu en dehors de tout investissement, la même valeur sera portée au patrimoine originaire et au patrimoine final. En revanche, si rachat de servitude = changement volontaire donc prise en compte de l'enrichissement.

En cas de subrogation partielle avec financement au moyen d'acquêts : on prend en compte seulement la quote-part de la valeur du nouveau bien correspondant à l'investissement du patrimoine originaire, revalorisée selon la valeur actuelle du bien.

Exemple : au jour du mariage j'ai 100 000 €. J'achète un studio avec ces 100 000 € au prix de 200 000 €. Au jour de la liquidation le studio vaut 500 000 €. J'inscris donc au patrimoine originaire $100\,000 / 200\,000 \times 500\,000 = 250\,000$ €.

Le passif originaire comprend toutes les dettes existant au jour du mariage, à l'exception des dettes fiscales.

L'article 1571 du Code civil renvoie aux dispositions de l'article 1469, alinéa 3, du Code civil : revalorisation au profit subsistant.

Exemple : un époux recueille dans une succession un appartement d'une valeur de 100 000 €. Les droits de mutation (= dépense d'acquisition) s'élèvent à 20 000 €. Au jour de la liquidation, l'appartement est évalué à 200 000 €. La dette devra être portée au passif originaire pour son montant réévalué, soit $(20\,000 \text{ €} / 100\,000 \text{ €}) \times 200\,000 \text{ €} = 40\,000 \text{ €}$.

Pour les autres dettes, on retient le nominalisme monétaire.

Attention : si le passif originaire excède l'actif originaire, on considère le patrimoine originaire comme étant égal à 0 et non déficitaire.

Exemple : l'actif originaire de l'un des époux est de 100 000 € et son passif originaire de 120 000 €. Son patrimoine originaire net est donc négatif à hauteur de 20 000 € (100 000 € - 120 000 €), mais sera inscrit pour 0.

II. LE PATRIMOINE FINAL

La détermination de l'actif final (C. civ., art. 1572, al. 1^{er}) : tous les biens existant au jour de la dissolution, en ce compris les biens originaires et ceux subrogés, leurs fruits et revenus, les créances entre époux et contre l'indivision à condition qu'elles soient nées avant la date de dissolution, ainsi que :

– l'excédent de passif originaire.

Exemple : l'actif originaire de l'un des époux était de 100 000 € et son passif originaire de 120 000 €. Son patrimoine originaire net était donc négatif à hauteur de 20 000 € (100 000 € - 120 000 €) et cette somme sera inscrite dans son patrimoine final, selon l'adage qui paie ses dettes s'enrichit ;

– et les biens réunis fictivement = stricte opération comptable : on réintègre au patrimoine final les acquêts donnés sans l'accord du conjoint et les biens aliénés frauduleusement (à vil prix) (C. civ., art. 1573).

Mêmes modes de preuve que pour le patrimoine originaire, mais l'inventaire descriptif doit être établi dans les neuf mois de la dissolution (pas de sanction). En revanche, les époux peuvent demander l'apposition de scellés et inventaire en référé.

Évaluation de l'actif final (C. civ., art. 1574) : dans l'état au jour de la dissolution à la valeur au jour de la liquidation. Attention aux plus et moins-values comme évoqué précédemment.

Exclusion des biens acquis ou des améliorations effectuées après date de dissolution (et donc intérêt éventuel du report de la date de dissolution !).

Pour les biens réunis fictivement, on retient la valeur qu'ils auraient eue au jour de la liquidation (C. civ., art. 1574, al. 2) : pas de prise en compte des améliorations postérieures à l'aliénation.

Attention : lorsque des améliorations ont été réalisées sur un bien originaire au moyen d'acquêts, avant son aliénation sans le consentement du conjoint, la valeur de l'amélioration est ajoutée à l'actif final.

Exemple : donation, au cours de l'union, sans le consentement de son conjoint, d'un immeuble détenu au jour du mariage. Des travaux d'amélioration avaient été réalisés avant la donation. Au jour de la donation, le bien était estimé à 200 000 €, mais sans les travaux, il n'aurait valu que 130 000 €. Dans ce cas, seule la valeur des améliorations, soit 70 000 €, devra être inscrite à l'actif final.

Le passif final comporte « toutes les dettes non réglées par l'époux sans distinction de la nature de la dette » (C. civ., art. 1574, al. 2). Parallélisme avec le passif originaire : dettes personnelles, quote-part de dettes indivises...

Attention aux comptes d'indivision et créances entre époux : seules apparaissent les dettes nées avant la dissolution du régime matrimonial. Pour les comptes d'indivision, il faut donc tenir deux comptes d'indivision pour chaque époux, l'un avant dissolution qui sera inclus dans le calcul de la créance de participation, et l'autre après la dissolution qui en sera exclu.

Le passif final est évalué à la date de la liquidation : Contrairement au passif originaire pas de règle de réévaluation prévue donc valeur nominale.

Selon nous, il faudrait figer la valeur du patrimoine final à la date de dissolution et non à celle de la liquidation, sauf à tenir compte d'un éventuel enrichissement fictif postérieur à la dissolution.

Exemple : plus-value fortuite d'un acquêt entre dissolution et liquidation, ou encore diminution du capital restant dû au titre d'un prêt en raison du paiement des échéances sur la même période.

III. CALCUL DE LA CRÉANCE DE PARTICIPATION

Exemple :

1/ Acquêts de Monsieur	
Actif net final	500 000,00 €
Actif net originaire	- 350 000,00 €
Acquêts	150 000,00 €
2/ Acquêts de Madame	
Actif net final	450 000,00 €
Actif net originaire	- 0,00 €
Acquêts	450 000,00 €
3/ Détermination de la créance de participation	
Acquêts Madame	450 000,00 €
Acquêts Monsieur	- 150 000,00 €
Différence	300 000,00 €
Montant de la créance de participation due à Monsieur (1/2)	150 000,00 €

Compensation avec les créances entre époux : celles nées avant dissolution sont prises en compte dans le calcul de la créance de participation mais elles doivent également être réglées par l'époux débiteur.

IV. LE RÈGLEMENT DE LA CRÉANCE DE PARTICIPATION

Principe : en numéraire (C. civ., art. 1576). La créance est exigible immédiatement, mais le juge peut accorder des délais de paiement : cinq ans maximum avec intérêts.

Exception (C. civ., art. 1576 et 1581), si accord des parties ou décision du juge, règlement en nature possible (dation en paiement ou partage de biens indivis). Dans ce cas, attention à la fiscalité applicable.

Quid de la clause de prélèvement en nature insérée dans le contrat de mariage ? Elle pourrait être considérée comme un avantage matrimonial, donc révoquée de plein saut accord de l'époux créancier.

– Si le patrimoine de l'époux débiteur est insuffisant, l'époux créancier peut suivre les biens donnés sans son consentement ou aliénés frauduleusement (C. civ., art. 1577) : action paulienne.

V. RÈGLEMENT D'UNE INDIVISION

Préalablement à la liquidation du régime de la participation aux acquêts, il faut liquider une éventuelle indivision pouvant exister entre les époux, afin de déterminer leurs droits respectifs conformément aux règles applicables à la séparation de bien (selon les quotes-parts d'acquisition et de prise en charge du passif, comptes d'indivision).

VI. LIQUIDATION DES CRÉANCES ENTRE ÉPOUX

Intérêts des créances entre époux dans le régime participatif. Par principe, il est inutile de calculer des créances entre époux dans le régime participatif dans la mesure où les créances sont portées au patrimoine final de l'époux créancier et de l'époux débiteur, de sorte que ce que l'époux débiteur perd en créance entre époux, il le récupère nécessairement au titre de la créance de participation (car enrichissement corrélatif de son conjoint).

Attention ce calcul recouvre son utilité dans deux hypothèses :

– si la créance provient de deniers originaires, car la créance de l'époux doit alors être portée non seulement à l'actif de son patrimoine final, mais également à son actif originaire (principe de subrogation) ;

– si le patrimoine final est déficitaire ce déficit n'est pas pris en compte pour le calcul de la créance de participation (C. civ., art. 1575, al. 1^{er}) car le patrimoine final est inscrit pour 0.

Montant des créances entre époux dans le régime participatif. La question se pose de savoir si les créances entre époux doivent être intégrées à l'actif du patrimoine final pour leur valeur nominale ou pour leur valeur réévaluée ? Dans le silence de l'article 1572 du Code civil, la doctrine demeure divisée. À défaut de texte prévoyant la revalorisation, c'est toutefois le principe du nominalisme monétaire qu'il convient manifestement d'appliquer.

VII. LA PROCÉDURE LIQUIDATIVE ET LES PARTICULARITÉS DU RÉGIME

Principe (C. civ., art. 1578) : liquidation amiable, dans le cadre d'un consentement mutuel ou sous forme d'accord lors du divorce sur le fondement de l'article 265-2 du Code civil.

Les époux peuvent déroger aux règles de calcul de la créance de participation, mais attention, si abandon de la créance de participation, risque de requalification en libéralité.

Exception : liquidation judiciaire.

Possibilité de demander judiciairement la *liquidation anticipée* de la créance de participation, au cours du mariage (C. civ., art. 1580), en cas de mauvaise gestion de l'un des époux.

La procédure est celle de la séparation de biens judiciaire des articles 1292 et suivants du Code civil : mention au répertoire civil et en marge des actes de naissance, puis jugement publié dans un journal d'annonces légales transmis à l'officier d'état civil pour mention sur l'acte de mariage et de naissance ; renvoie aux dispositions de l'article 1136-1 du Code civil (JAF, procédure écrite).

Si la demande est admise, les époux sont placés sous le régime de la séparation de biens (C. civ., art. 1536 à 1541).

Pouvoir modérateur du juge quant au montant de la créance de participation au nom de l'équité : peut être demandée par l'un des époux (C. civ., art. 1579).

– Une fois le divorce prononcé, les règles prescrites pour arriver au partage judiciaire des successions et des communautés (C. civ., art. 1578, al. 2) sont applicables (tentatives amiables, règles d'évaluation de biens...).

– *Prescription de l'action* en liquidation de la créance de participation : trois ans à compter du prononcé définitif du divorce (C. civ., art. 1578).

Ce délai peut être interrompu selon le droit commun (Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, n° 03-19464).

Exemple : une lettre de l'ex-époux relative à la liquidation et à la créance de participation peut être interruptive (Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2007, n° 06-21349).

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

Analyse des documents juridiques et financiers dans le cadre de la séparation du couple

GPL447p2

L'essentiel

La compréhension des documents financiers et leur exploitation est fondamentale dans le cadre d'une séparation aux enjeux patrimoniaux importants. Ils permettent : d'identifier les revenus générés directement ou indirectement par la société ou le groupe de sociétés détenus par l'une des parties ; d'appréhender l'organisation patrimoniale pour conduire une valorisation au plus proche de la réalité économique.

Par

Alice MUNCK-BARRAUD
Avocate au barreau
de Paris, associée,
Res Familiae Avocats
Olga PÉNY-PELTIER
Avocate au barreau de
Paris, associée, Res
Familiae Avocats
et Thierry BORDEZ
Expert financier en
évaluation de sociétés,
Legoux Associés

L'objectif de l'atelier « Analyse des documents juridiques et financiers dans le cadre de la séparation du couple » était de permettre aux participants d'identifier les documents juridiques, comptables et financiers dont ils ont besoin lorsqu'ils sont confrontés à une séparation, un divorce, une succession où le patrimoine est constitué en tout ou partie

de parts de sociétés commerciales, sociétés holding ou de sociétés civiles (souvent immobilières). L'écueil à éviter étant de se limiter à une analyse sommaire non seulement de l'avis d'imposition qui ne révèle pas toujours la totalité des revenus perçus mais aussi du bilan de la société qui est insuffisant à lui seul pour valoriser la société. Ainsi, une étude approfondie des différents documents évoqués lors de cet atelier est indispensable pour : appréhender les enjeux financiers de ces dossiers ; évaluer à sa juste valeur de marché le patrimoine des époux constitué de parts de sociétés et identifier les revenus générés par ces parts de sociétés entre les mains du ou des époux associés, notamment les dividendes. L'ensemble des points évoqués lors de l'atelier ne pourra être repris dans la présente contribution ; raison pour laquelle les auteurs ont sélectionné quelques points d'attention.

Au préalable, l'analyse des documents juridiques, comptables et financiers, dans le contexte d'un dossier de séparation, nécessite, avant toute chose, une approche méthodique consistant à réaliser un organigramme des sociétés, mentionnant, d'une part, la composition du capital (Cerfa 2059 F liasse fiscale et la déclaration des bénéficiaires effectifs formulaire DBE-S-1), d'autre part, la liste des filiales et participations (Cerfa 2059 G liasse fiscale). Il convient également d'obtenir les statuts de toutes les sociétés pour comprendre leur objet social (activité), identifier le siège social, la durée, la date de clôture des exercices sociaux, la compétence du gérant/président et plus largement les règles de fonctionnement : assemblées, les règles relatives aux droits de vote, etc., ainsi que leurs principaux documents comptables et financiers pour

identifier leur réalité économique et les éléments financiers relatifs aux associés tels que :

- le bilan (actif/passif) – comptes sociaux ;
- le compte de résultat – comptes sociaux ;
- liasse fiscale : les tableaux 2059 F et G relatif à la composition du capital et la liste des filiales et participation, le tableau 2067 SD relatif au relevé des frais généraux mentionnant les personnes les mieux rémunérées ;
- les comptes consolidés ;
- le rapport de gestion ;
- l'annexe des comptes ;
- le rapport des commissaires aux comptes ;
- le registre des procès-verbaux des organes de délibération, notamment le procès-verbal de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes et d'affectation du résultat ;
- le registre des mouvements de titres.

L'analyse du bilan. Le bilan est une photographie du patrimoine détenu par la société à la date de clôture de l'exercice (date qu'il est indispensable d'identifier) et qui ne présente que les *valeurs historiques* des actifs (valeur d'acquisition) et non leur *valeur vénale* (valeur réelle économique).

Le bilan se compose d'une partie double : l'actif représente ce que possède la société et le passif représente ce que la société doit à des tiers (dont ses associés). Si le bilan permet d'avoir un premier aperçu de ce que possède la société, il n'est pas suffisant à lui seul pour appréhender la portée et la valeur du patrimoine détenu par l'entreprise.

L'actif se compose de trois rubriques : l'actif immobilisé, l'actif circulant et les comptes de régulation :

– l'actif immobilisé : ce sont les éléments de patrimoine qui ont vocation à demeurer durablement dans le patrimoine de la société :

- les immobilisations corporelles : il s'agit notamment des immeubles, des terrains, du matériel industriel. L'avocat en droit de la famille doit être vigilant car les valeurs inscrites en face de ces actifs ne reflètent pas la valeur de marché c'est-à-dire la valeur à laquelle ils seraient cédés aujourd'hui. La valeur inscrite au bilan est la valeur historique dite valeur d'acquisition. Dans le cadre d'un dossier de divorce, la réévaluation de ces actifs peut s'avérer nécessaire dans deux hypothèses. *Première hypothèse*, lorsqu'il s'agit d'évaluer la valeur

des parts sociales, bien commun des époux. Si l'avocat en droit de la famille se limite à prendre en compte uniquement la valeur d'acquisition inscrite au bilan, une partie de la valeur échappe à son analyse, ce qui aura un impact *de facto* sur la valeur des parts sociales inscrite à l'actif commun à partager. *Deuxième hypothèse*, lorsqu'il s'agit d'évaluer le patrimoine des époux dans le cadre de la détermination de la prestation compensatoire. La situation des époux est appréciée au jour où le juge statue et à tout le moins le jour où le principe du divorce acquiert force de chose jugée. Dès lors, valoriser le patrimoine de l'époux chef d'entreprise en ne retenant que les valeurs d'acquisition est une erreur et revient à se placer à une époque antérieure à celle pourtant prescrite par la jurisprudence de la Cour de cassation,

- les immobilisations incorporelles : il s'agit notamment de la marque, des brevets, du fonds de commerce, des logiciels, etc. Là encore, il s'agit des valeurs d'acquisition. L'avocat en droit de la famille doit être attentif car sont inscrites uniquement les immobilisations incorporelles acquises par la société. Celles qui ont été créées par la société elle-même n'y figurent pas. À titre d'exemple, une marque créée par la société ne figurera pas au bilan de la société alors qu'il s'agit d'un actif essentiel de la société/élément du fonds de commerce,

- les immobilisations financières : il s'agit des participations, des prêts accordés par la société à des tiers, des dépôts de garanties. L'avocat en droit de la famille doit être vigilant et ne pas s'arrêter à la valeur indiquée pour les participations qui ne reflète pas la valeur réelle des participations détenues par la société au capital sociale d'autres sociétés ;

– l'actif circulant : il s'agit des actifs qui ont vocation à rester à court terme dans le patrimoine de la société tels que : les stocks (marchandises, matières premières, etc.), les créances clients, les disponibilités (trésorerie et valeurs mobilières de placement). Une réévaluation des stocks peut s'avérer opportune. À titre d'exemple : un caviste qui a en stock des caisses de vin, acquises il y a vingt ans, d'un prestigieux château bourguignon. La valeur du stock inscrite au bilan est celle de la valeur d'acquisition des caisses de vin et non leur valeur actuelle qui peut être dix fois supérieure à la valeur d'acquisition, voire davantage ;

– le compte de régularisation/charges constatées d'avance : il permet de rattacher une charge ou un produit à l'exercice comptable de l'utilisation du bien ou du service concerné et non pas à l'exercice comptable de la facturation ou de l'encaissement.

Le passif permet de savoir ce que doit la société à des tiers dont notamment à ses associés :

– les capitaux propres : il s'agit des *dettes de la société à ses associés* qui n'ont pas vocation à être remboursées à une date d'ores et déjà définie. Particulièrement :

- le capital : primes d'émission, de fusion, d'apports : il s'agit des financements mis à la disposition de la société par ses associés,

- le résultat, les réserves, le report à nouveau : il s'agit des financements générés par l'activité même de la société. Le résultat a vocation à être distribué aux associés sous forme de dividendes ;

– les dettes : il s'agit des emprunts et autres dettes dont notamment le compte courant d'associé. Le détail du passif permet entre autres d'identifier quels sont les associés qui ont un compte courant d'associé ainsi que leur solde à la date de clôture de l'exercice.

Focus sur le compte courant d'associé : pour rappel, il s'agit d'une créance de l'associé ou de l'actionnaire à l'égard de la société.

À titre d'exemple : à la clôture de l'exercice comptable au 31 décembre, le solde du compte courant d'associé est de 90 000 €. Il est intéressant de se faire communiquer le détail du compte courant d'associé pour connaître les flux de ce compte : par exemple, un dividende distribué en compte courant d'associé parce que la trésorerie de la société est insuffisante pour régler directement le dividende à l'associé.

Le détail du compte courant d'associé permettra aussi d'identifier les éléments du train de vie financés par la société mais réglés par l'époux associé/actionnaire, par imputation. Pour illustration, un associé détient un compte courant de plus de 45 000 € au 31 décembre 2021. À l'exercice comptable suivant, au 31 décembre 2022, le compte courant d'associé est de 39 000 €. Il ressort du compte courant d'associé que la société a avancé les frais d'avions de 6 000 € pour un voyage personnel de l'associé. Ce dernier a remboursé la société non pas directement mais par compensation avec la créance en compte courant d'associé qu'il détient à l'égard de la société à hauteur de 45 000 € : $45\,000 - 6\,000 = + 39\,000$ €.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier, pour les époux communs en biens, que le compte courant d'associé est un *élément du patrimoine* qu'il convient d'inscrire à l'actif commun à partager. Dans ces conditions, il est nécessaire de solliciter le détail du compte courant d'associé. À titre d'exemple, le compte courant d'associé était de 100 000 € au jour de la date des effets du divorce, le 1^{er} février 2021, mais il n'est plus que de 50 000 € au jour du partage, le 1^{er} mars 2023. Cela signifie que la société a remboursé à l'époux associé une partie de sa dette à hauteur de 50 000 €. L'époux qui a encaissé à son seul profit la somme de 50 000 € durant cette période a une dette à l'égard de l'indivision postcommunautaire qui sera inscrite à son compte d'administration.

On retiendra que le bilan est une pièce clé mais qui n'est que la base d'investigations de nature à affiner l'analyse du patrimoine réel du conjoint.

Le compte de résultat : mesurer la rentabilité de l'entreprise. Tout comme le bilan, le compte de résultat est un état financier essentiel qui va permettre de mesurer la rentabilité de l'entreprise.

Le compte de résultat permet d'identifier les enrichissements de la société (les produits) mais aussi les appauvrissements de celle-ci (les charges). Il permet ainsi de déterminer le *résultat net de l'entreprise* qui peut s'avérer être une perte ou un produit en fonction des éléments qui le déterminent (produits et charges).

Le compte de résultat présente le chiffre d'affaires de l'entreprise.

On distingue trois grandes lignes dans un compte de résultat :

- *le résultat d'exploitation* : vente de produits/services en lien direct avec l'activité économique de l'entreprise ;
- *le résultat financier* : intérêts provenant de placement, la remontée des résultats des filiales détenues par la société mère (les sociétés holding notamment) ;
- *le résultat exceptionnel* : qui fait ressortir la vente d'une immobilisation, d'un actif de l'entreprise, qui n'est pas liée à son activité opérationnelle courante/normale (ex. : vente d'un immeuble, d'une filiale, etc.).

L'affectation du résultat. La compréhension de l'affectation du résultat est aussi indispensable pour appréhender l'activité économique de la société pour en déterminer sa valeur. L'affectation du résultat ne sera pas appréhendée de la même manière selon que l'époux associé/actionnaire est majoritaire ou minoritaire. Chaque année, l'assemblée générale des associés approuve les comptes et affecte le résultat. Celui-ci est soit positif, la société réalise alors un bénéfice, soit négatif, la société réalise des pertes. Trois possibilités s'offrent alors aux associés : affecter tout ou partie du résultat en dividendes et/ou réserves et/ou en report à nouveau :

- les réserves : il y a les réserves obligatoires et les réserves facultatives qui permettent de constituer des économies pour des distributions futures de dividendes et/ou des investissements ;
- le report à nouveau : il correspond à une partie du résultat mis en réserve dont l'assemblée générale diffère l'affectation à l'année suivante. Il peut être positif.
- les dividendes : pour qu'un dividende soit distribué, il est impératif que la société ait la trésorerie nécessaire (v. actif du bilan « disponibilités »). Il y a une alternative :
 - première hypothèse, la société a la trésorerie nécessaire. Elle peut mettre en paiement le dividende au bénéfice de ses associés/actionnaires au plus tard dans les neuf mois suivant la clôture de l'exercice,
 - seconde hypothèse, la société ne dispose pas de la trésorerie nécessaire : le dividende est affecté au compte courant de l'associé.

En tout état de cause, dès lors que l'assemblée générale a voté une distribution de dividendes, l'associé sera imposé pour la quote-part du dividende reçue. Pour illustration, un dividende dont la distribution est décidée lors de l'assemblée générale des associés en juin 2022 au titre de l'exercice comptable clos au 31 décembre 2021 :

- il sera mis en paiement au plus tard le 30 septembre 2022 (sous réserve d'une trésorerie suffisante) ;

- le dividende effectivement perçu en juillet 2022 n'apparaîtra pas sur l'avis d'imposition 2022, au titre des revenus perçus en 2021, mais sur l'avis d'imposition 2023, au titre des revenus perçus en 2022.

L'avocat en droit de la famille doit aussi être vigilant à la distribution exceptionnelle de dividendes qui peut avoir lieu au cours de l'exercice comptable. Pour ce faire, il est indispensable de demander la copie du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire et la copie du registre des procès-verbaux de la société qui regroupe l'ensemble des décisions prises par l'assemblée des associés/actionnaires.

L'époux associé majoritaire a la main mise, contrairement à un associé minoritaire, sur la décision de distribution ou non de dividendes. C'est la raison pour laquelle la lecture des statuts est nécessaire et indispensable.

L'évaluation des parts sociales/actions. L'évaluation de sociétés est un savoir-faire spécifique qu'il est indispensable de confier à des professionnels évaluateurs qualifiés. Seuls les experts financiers, évaluateurs de sociétés peuvent se livrer à cet exercice très technique qui nécessite la maîtrise des différentes méthodes d'évaluation et leur opportunité d'utilisation en fonction du contexte économique de la société en question.

À titre d'exemple :

- la DCF – *discounted cash flow* : il s'agit de la méthode d'actualisation des flux de trésorerie futurs qui va prendre en compte l'augmentation de valeur générée par l'entreprise, en fonction d'un business plan sur plusieurs années (BP) ;
- la méthode des transactions comparables qui vise à mettre en perspective l'entreprise évaluée avec d'autres entreprises similaires, dont la valeur de transaction, est connue.

Il existe d'autres méthodes qui peuvent s'avérer plus pertinentes en fonction du contexte économique de l'entreprise à évaluer.

L'administration fiscale a également publié un guide « d'évaluation des entreprises et des titres de sociétés » qui reprend des « barèmes » en fonction du secteur d'activité.

Nous avons également attiré la vigilance des participants sur les évaluations sommaires qui ressortent de logiciens d'évaluation (tendance du moment) qui se limitent à prendre en compte certaines données sans analyser les caractéristiques du marché sur lequel la société est active, son organisation, son positionnement, ou encore son business plan.

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

Les outils au service du droit de la famille : e-DCM et autres outils numériques du CNB GPL447n0

L'essentiel

L'atelier relatif au e-DCM et autres outils numériques du Conseil national des barreaux (CNB) avait pour objectif de présenter et de faire une démonstration en direct des principaux outils numériques mis à la disposition des avocats par le CNB.

L'atelier s'est plus particulièrement focalisé sur le « e-partage », la « e-convention », le « e-DCM » et la sécurité informatique. Ont également été abordées les règles élémentaires relatives à la sécurité informatique, agrémentées de conseils sur les pratiques numériques à privilégier et celles à éviter.

Durant l'atelier, nous avons pu partager notre écran connecté avec l'ensemble des participants.

Par

Brigitte BOUCSKI
Avocate au barreau de Paris, en selart Interbarreaux Paris-Lille, spécialiste en droit de la famille, des personnes et de leur patrimoine

Philippe BARON
Avocat au barreau de Tours, spécialiste en droit du travail, président de la commission Numérique du CNB

et **Clémence BERTIN-AYNÈS**
Avocate au barreau de Paris

I. LES PRINCIPAUX OUTILS NUMÉRIQUES DU CNB

Comme évoqué préalablement, trois outils numériques mis à la disposition des avocats par le Conseil national des barreaux (CNB) ont fait l'objet d'une attention particulière, à savoir le « e-partage » (A), la « e-convention d'honoraires » (B) et le « e-DCM » (C).

A. Le e-partage

Le e-partage est un outil mis gratuitement à la disposition des avocats par le CNB permettant de transmettre des fichiers par un lien sécurisé. Cet outil garantit la confidentialité des échanges et le respect des obligations déontologiques de l'avocat.

Il permet d'éviter d'avoir à envoyer des fichiers par des moyens non sécurisés, tels que les e-mails ou le site WeTransfer.

L'utilisation de cet outil comprend de nombreux avantages. Pour garantir la sécurité de la transmission, l'ensemble des fichiers est crypté et le lien sécurisé est envoyé directement depuis la plateforme.

Par ailleurs, l'outil est très flexible puisque l'utilisateur peut paramétrer comme il le souhaite les règles d'accès et de disponibilité des fichiers (durée de validité du lien, mot de passe, etc.), il peut lister et supprimer les fichiers qu'il souhaite envoyer.

Enfin, l'utilisateur est informé quand le destinataire du lien a téléchargé les dossiers.

B. La e-convention d'honoraires

La e-convention d'honoraires est une solution moderne, gratuite, rapide et sécurisée pour faire signer les conventions d'honoraires.

Dans un premier temps, l'avocat télécharge sa propre convention d'honoraires sur la plateforme sur laquelle il a préalablement créé le dossier en indiquant les coordonnées de son client. C'est donc bien le texte de la convention d'honoraires de l'avocat qui est téléchargé et non un texte type imposé par le CNB. L'avocat reste maître des accords passés avec son client.

Dans un second temps, l'avocat signe la e-convention avec sa clé RPVA (réseau privé virtuel des avocats) et l'outil transmet ensuite ladite convention par e-mail au client, via un lien sécurisé, afin qu'il la signe électroniquement à son tour.

Cette signature dématérialisée permet une traçabilité de la convention d'honoraires, puisque l'avocat est en mesure de connaître les différentes étapes de signature de la convention par le client. À la fin du processus de signature, la convention d'honoraires signée est conservée sur la plateforme, ce qui permet à l'avocat de la retrouver à tout moment.

Elle représente également un gain de temps important pour le client qui n'a plus à imprimer, signer, et scanner la convention d'honoraires.

C. Le e-DCM

Tout d'abord les intervenants ont fait un bref rappel de l'historique du e-DCM, après les premiers mois de mise en œuvre de ce tout nouvel outil. En effet, le e-DCM a été déployé le 10 mars 2022 pour une phase de test uniquement auprès d'avocats et de notaires pilotes. Dans un second temps, à savoir en juin 2022, le module e-DCM a été lancé officiellement et ouvert à tous les avocats.

Il a été expliqué aux participants que le module e-DCM, contrairement à ceux présentés auparavant, n'était pas gratuit et faisait l'objet d'une facturation à hauteur de 30 euros par acte.

Cette facturation a été justifiée par la nécessité d'avoir les fonds nécessaires au développement de l'outil, en constante amélioration, et par le coût du stockage et d'archivage de la plateforme.

Cette nouvelle fonctionnalité, dont les avocats ont été invités à s'emparer, présente de nombreux avantages.

Elle respecte les obligations prévues par le Code civil et propose de contresigner la convention dans des conditions

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

permettant de garantir l'identité de chacune des parties et des avocats contresignataires ainsi que l'intégrité de l'acte.

Comme pour la signature d'un divorce par acte d'avocat traditionnel, les parties et leurs avocats sont toujours tenus d'être présents dans un même lieu et au même moment pour procéder à la signature.

La signature électronique ne doit pas être assimilée à une signature à distance et elle doit bien être régularisée en présence physique et simultanément par les parties et les avocats.

L'outil du CNB garantit ainsi que les parties et les avocats ont respecté l'obligation de signature en présentiel par le biais d'un dispositif de contrôle basé sur l'adresse IP.

Si l'adresse IP de tous les signataires est identique, alors la signature électronique est possible. *A contrario*, si une adresse IP diffère, alors le processus de signature de l'acte est bloqué.

Le e-DCM a été conçu pour pouvoir être régularisé par tous les avocats, sans qu'il soit nécessaire d'investir dans un matériel particulier autre qu'un ordinateur.

Il présente le grand avantage d'harmoniser les pratiques de signature en ce qui concerne le nombre d'exemplaires, le paraphage des annexes, etc.

Il représente un gain de temps et de papier important d'autant plus que les avocats peuvent préparer l'ensemble du dossier en amont sur la plateforme du CNB.

Enfin, il permet de simplifier les problématiques de conservation et d'archivage des documents originaux car l'acte d'avocat signé par voie électronique est conservé sur la plateforme du CNB.

Au cours de l'atelier, une démonstration en ligne a pu être faite. Nous avons pu attirer l'attention des avocats participants sur la seule contrainte liée à cet outil qui est l'impérieuse nécessité de limiter le poids des documents dans la mesure où les logiciels utilisés par les notaires ne permettent pas le dépôt au rang de leurs minutes de manière électronique d'actes ayant un poids supérieur à 20 Mo.

II. LES RÈGLES DE SÉCURITÉ DE BASE DE LA SÉCURITÉ INFORMATIQUE

La troisième partie de l'atelier constituait un rappel fondamental des règles de sécurité informatique et des points de vigilance à l'heure où le nombre de piratages ne cesse d'augmenter.

Les conseils ont été nombreux et divers :

- avoir un système d'exploitation à jour, ainsi qu'un anti-virus à jour ;
- éviter en général les outils gratuits ;
- l'utilisation d'un VPN (Virtual private network) pour se connecter sur un réseau non sécurisé ;
- ne pas ouvrir de fichiers dont on ne connaît pas la provenance ;
- ne pas accepter de clés USB extérieures ;
- nécessité de faire des sauvegardes sur plusieurs lieux et sur différents supports ;
- ne pas utiliser les adresses e-mail gratuites qui ne respectent pas pour la plupart nos obligations de confidentialité ;
- ne pas transmettre de RIB ou ne pas procéder à des virements sur des RIB transmis par mails sans vérification préalable ;
- recourir à des mots de passe sur l'ensemble des outils informatiques utilisés par les avocats (ordinateurs, tablettes, smartphones) ;
- avoir des mots de passe robustes qui ne doivent pas correspondre à des données facilement retrouvables (adresse, date de naissance...), ne pas utiliser plusieurs fois le même mot de passe.

Il existe plusieurs logiciels de gestion des mots de passe, tels que Dashlane, KeePass, LastPass, qui permettent de n'avoir à retenir qu'un seul et unique mot de passe d'accès et qui mémorisent l'ensemble des mots de passe pour l'utilisateur.

Ainsi, l'avocat doit être vigilant et respecter les règles de base de la sécurité informatique. La responsabilité de l'avocat pourrait sinon être engagée s'il n'a pas respecté les principes de base de cette sécurité.

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

La fiscalité du droit de la famille et du patrimoine GPL447p3

L'essentiel

Certains outils relevant du droit civil entraînent des conséquences sur la fiscalité de la famille qu'il convient d'anticiper. Parallèlement, certains outils fiscaux visent à guider les investissements des familles et influent sur la structure de leur patrimoine. Lors de notre atelier, nous les avons abordés en les rangeant dans trois boîtes à outils distinctes : la constitution du ou des foyers, la constitution du patrimoine et la transmission de ce patrimoine. Pour cette publication, nous vous avons sélectionné certains outils provenant de deux des trois boîtes précitées : la constitution du ou des foyers et la constitution du patrimoine de la famille.

Par

Anne VAUCHER

Avocate au barreau des Hauts-de-Seine, ancien membre du CNB, ancien membre du conseil de l'ordre des Hauts-de-Seine

Binisti SABINE

Avocate au barreau des Hauts-de-Seine

et Jérôme CHIGARD

Directeur ingénierie patrimoniale de la banque Oddo BHF

I. LA CONSTITUTION DU FOYER

Nous aborderons ici la constitution d'un foyer et la dissolution de ce foyer.

Lors de la constitution du foyer, le *choix du régime matrimonial* retenu par les époux a-t-il un impact sur la fiscalité applicable au couple ?

S'agissant de l'impôt sur le revenu, en principe non.

L'imposition est *commune*

pour les époux quel que soit le régime matrimonial choisi. Il en est de même pour les partenaires de pacs.

Cependant, dans certaines situations, le régime matrimonial choisi par les époux aura un impact sur leur fiscalité.

C'est le cas, par exemple, dans la situation internationale des « couples mixtes ». Le « couple mixte » vise ici les époux habitant dans deux États différents. Jusqu'en 1983, l'instruction du 26 juillet 1977 indiquait que la notion de résidence s'appréciait de manière générale, au niveau du chef de famille. Or, depuis la suppression de cette notion, la résidence fiscale des conjoints doit s'apprécier en fonction des caractéristiques de la situation de chacun des conjoints. Il en résulte que les critères de domicile fiscal de l'article 4 B du Code général des impôts (CGI) doivent s'appliquer à chaque conjoint pris isolément et que, par la suite, l'un peut être résident fiscal et l'autre non-résident fiscal de France (BOI-IR-CHAMP-10-20130131, § 90).

Ce régime n'est possible qu'à condition que le contribuable ne tombe pas dans un des cas d'imposition séparée des époux prévus par l'article 6, 4, du CGI (*v. infra*). Il exclut donc *a priori* les époux mariés sous un régime de séparation de bien.

Dans le cas très spécifique du « couple mixte », l'époux résident de France sera imposé sur ses revenus mondiaux ; tandis que l'époux non-résident sera imposé sur ses revenus de source française uniquement. Néanmoins, l'époux non-résident est pris en compte pour la détermination du quotient familial applicable (BOI-IR-CHAMP-10-20130131, § 90).

Il existe aussi des *cas obligatoires d'imposition séparée des époux*. Lorsque l'imposition des époux est distincte, elle l'est pour toute l'année fiscale au cours de laquelle l'évènement conduisant à cette imposition séparée est intervenu.

L'article 6, 4, du CGI prévoit que les époux font l'objet d'une imposition distincte s'ils se trouvent dans l'une des trois situations suivantes :

– ils sont mariés sous le régime de séparation de bien et ils ne vivent pas sous le même toit.

L'imposition distincte des époux, imposée par la loi, implique une séparation qui n'est ni temporaire ni justifiée par une raison professionnelle ;

– ils sont en instance de séparation de corps ou de divorce et ont été autorisés à résider séparément.

La date à compter de laquelle les époux sont considérés comme ayant été autorisés à avoir des résidences séparées dépend de la nature de leur divorce. Dans un divorce par consentement mutuel sans juge, l'imposition séparée sera l'année au cours de laquelle la convention de divorce est inscrite au rang des minutes d'un notaire. Dans un divorce par consentement mutuel devant le juge (requête conjointe), l'imposition séparée sera celle de l'année au cours de laquelle le jugement d'homologation est intervenu. Dans les divorces autres que par consentement mutuel, les époux seront considérés comme ayant été autorisés à avoir des résidences séparées et comme devant déclarer séparément leurs revenus au titre de l'année de l'audience d'orientation ;

– en cas d'abandon du domicile conjugal des époux, si chacun dispose de revenus distincts.

Ainsi le régime matrimonial n'a, dans la plus grande majorité des cas, pas d'impact sur l'étendue de l'imposition d'un couple marié. Mais l'impôt sur le revenu n'est pas le seul impôt qui peut être acquitté par les familles.

S'agissant de l'impôt sur la fortune immobilière (IFI), le régime matrimonial n'aura, là encore, pas d'impact sur l'assujettissement à l'IFI du foyer lorsque les deux époux sont résidents fiscaux de France. Le régime matrimonial aura, en revanche, un impact sur l'assiette de l'IFI en cas de « couples mixtes » (un époux résident fiscal et un époux non-résident fiscal de France).

Les biens immobiliers détenus par l'époux résident sont imposables à l'IFI quel que soit leur lieu *de situ*, tandis que seuls les biens immobiliers situés en France de l'époux non-résident devront être déclarés : le régime

matrimonial peut donc avoir un impact sur l'étendue de l'imposition, par exemple en cas de communauté universelle. Cette situation reste néanmoins assez rare.

Rappelons que le foyer fiscal au sens de l'IFI est différent du foyer fiscal au sens de l'impôt sur le revenu. Ainsi, les enfants majeurs ne font pas partie du foyer imposable à l'IFI même s'ils sont par ailleurs rattachés au foyer de leurs parents à l'impôt sur le revenu.

De même, les concubins notoires (tels que définis par C. civ., art. 515-8) forment un foyer fiscal assujéti à l'IFI.

Si le foyer vient à se briser, il faut analyser l'impact fiscal du divorce. La première conséquence est la fin de l'imposition commune à l'impôt sur le revenu.

L'année au titre de laquelle l'imposition commune des époux cesse, chacun doit souscrire sa propre déclaration des revenus.

– L'imposition de chaque époux est établie sur la base d'une part de quotient familial. Les contribuables étant considérés comme imposés séparément pour l'ensemble de l'année (outre les éventuelles parts de quotient familial attribuées pour charges).

– Cette déclaration portera sur les revenus personnels dont chaque époux a disposé pendant l'année entière ainsi que sur la quote-part des revenus communs lui revenant au titre de cette même année. Les revenus communs sont en principe partagés par moitié entre les époux, sauf justification par l'un des époux de la quote-part lui revenant.

Les revenus personnels sont les revenus rattachés particulièrement à un des déclarants dans le cadre de la déclaration des revenus : traitements et salaires, pensions et rentes viagères, rémunération des gérants et associés de certaines sociétés, bénéfiques industriels et commerciaux, bénéfiques non commerciaux et bénéfiques agricoles.

La fin de l'imposition commune ne signifie pas de manière automatique la fin de la solidarité fiscale des époux.

La solidarité fiscale des époux/pacsés. Quel que soit leur régime matrimonial, les époux *soumis à imposition commune* sont solidairement responsables du paiement des impôts du foyer. À défaut de paiement spontané des cotisations, le Trésor peut donc poursuivre chacun des conjoints pour la totalité de l'impôt sans être tenu de répartir entre eux la dette fiscale du foyer. Chacun des époux ou des partenaires liés par un pacs peut être recherché pour le paiement du montant total de l'imposition, sans qu'il y ait lieu de procéder entre eux à une répartition préalable de la dette fiscale du foyer, et sans que les conventions particulières résultant du divorce quant à la répartition de la charge de ces impôts puissent être opposées à l'administration fiscale.

Les impôts concernés par la solidarité fiscale sont l'impôt sur le revenu (CGI, art. 1691 *bis*, I, 1°) et l'IFI (CGI, art. 1723 *ter*-00 B).

Les prélèvements sociaux (PS) font l'objet d'un traitement particulier. Bien que « non visés par la loi » l'administration fiscale considère que les PS recouverts comme l'impôt sur le revenu relèvent de la solidarité (BOI-CTX-DRS-10, 14 oct. 2015, § 30). Cette position de l'administration a été confirmée par un récent arrêt du 9 juin 2022 (CE, 9^e et 10^e ch., 9 juin 2022, n° 456544).

Les prélèvements sociaux recouverts comme l'impôt sur le revenu sont ceux dus sur les revenus du patrimoine visés à l'article L. 136-6 du Code de la sécurité sociale : les revenus fonciers, rentes viagères, revenus de capitaux mobiliers, plus-values mobilières, BIC, BNC et BA non professionnels.

Décharge de solidarité fiscale des époux/pacsés. Pour bénéficier de la décharge de solidarité, il faut en faire la demande expresse et remplir les conditions suivantes :

- une rupture effective de vie commune des époux ;
- le demandeur doit avoir respecté ses obligations déclaratives en matière d'impôt sur le revenu et, le cas échéant, d'IFI depuis la fin de la période d'imposition commune ;
- absence de manœuvres frauduleuses menées conjointement par les deux époux dans le but d'éluider l'impôt afférent à l'imposition commune ;

– existence d'une disproportion marquée entre le montant de la dette fiscale du couple – prélèvements sociaux inclus – et la situation financière et patrimoniale nette de charges du demandeur.

Cette décharge est partielle quel qu'ait été le régime matrimonial des époux.

En cas de divorce, le partage des biens de la communauté donne lieu, sous certaines conditions, à l'application du droit de partage au taux de 1,10 %. Sur le plan fiscal, le droit de partage est un droit d'acte (CGI, art. 635, 1, 7°). Il n'est donc pas dû si le partage est purement verbal, mais sera en fin de compte exigé si le partage est ultérieurement repris dans un acte.

L'exigibilité du droit de partage implique la réunion de quatre conditions : un acte de partage doit être établi. Une indivision doit exister entre les parties à l'acte. L'existence de l'indivision et les droits de chaque copartageant dans la masse indivise doivent être justifiés. L'acte doit emporter attribution à chaque copartageant d'un droit exclusif sur les biens mis dans son lot.

À la suite du divorce, les relations entre les ex-époux peuvent perdurer entraînant là aussi des conséquences fiscales.

Pensions alimentaires. Elles sont en principe déductibles des revenus du foyer fiscal sauf si l'enfant mineur est en résidence alternée. Le parent qui bénéficie de la pension est imposé dans la catégorie des salaires, pensions et rentes viagères. Elles ne sont pas imposables en cas de résidence alternée.

Prestations compensatoires. Elles peuvent ouvrir droit à une réduction d'impôt ou à déduction selon leurs formes.

Le versement en capital, en numéraire ou l'attribution de biens en propriété délivrés sur une période au plus égale à 12 mois à compter de la date à laquelle le jugement de divorce est passé en force de chose jugée, ouvre droit à réduction fiscale.

Le versement sous forme de rente sera déductible du revenu du débiteur et imposable dans les mains du bénéficiaire.

Les versements mixtes ouvrent droit à déduction pour la partie versée sous forme de rente et, depuis 2021, la réduction d'impôt pour la partie versée en capital est ouverte si les conditions sont remplies.

II. LA CONSTITUTION DU PATRIMOINE

En ce qui concerne le patrimoine financier, certains outils bien connus, tels que *le plan d'épargne en actions (PEA)* et l'assurance-vie, permettent de bénéficier d'une exonération d'impôt sur le revenu pour le contribuable.

Le PEA est un véhicule permettant de gérer un portefeuille d'actions d'entreprises européennes. Il se décline en deux options, le PEA et le PEA-PME. Les gains réalisés dans le cadre de ces plans sont, sous certaines conditions, exonérés d'impôt sur le revenu, mais restent soumis aux prélèvements sociaux (taux de 17,2 %).

Le PEA a aujourd'hui une dimension familiale grâce au PEA Jeune mis en place par la loi *PACTE*, il s'agit d'un PEA classique destiné aux jeunes de 18 à 25 ans et plafonné à 20 000 €. Il a pour but de les familiariser avec la bourse et de leur permettre de gérer un portefeuille d'actions.

Qu'il soit financier ou immobilier, le patrimoine peut être détenu par le biais d'une *société civile*. Cette dernière peut être constituée pour détenir notamment des titres et valeurs mobilières, il s'agit dans ce cas d'une société civile de portefeuille, ou un ou plusieurs immeubles (donnés ou non en location), il s'agit alors d'une société civile immobilière.

Les principaux avantages de l'utilisation d'une société civile résident notamment dans sa facilité de gestion par rapport à une indivision pour détenir des biens, ou dans la possibilité d'organiser une transmission d'un ensemble de biens à des valeurs disparates à ses héritiers, sans souci de compensation entre les héritiers. Cet outil civil de la gestion du patrimoine et de sa transmission a un régime fiscal qu'il est nécessaire d'anticiper.

Par principe, les sociétés civiles sont translucides et leurs revenus sont assujettis à l'impôt sur le revenu entre les mains des associés. Le résultat imposable est déterminé au niveau de la société, selon les règles propres à la catégorie de bénéfices dont relève l'activité de la société : en cas d'activité immobilière, il y aura application des règles des revenus fonciers. Chaque associé est ensuite imposé à raison de la quote-part de résultat qui lui revient (déterminée en fonction du droit détenu via ses parts et/ou d'une répartition statutaire ou conventionnelle des résultats). Le bénéfice fiscal réalisé est immédiatement imposable au nom des associés, même s'il n'est pas mis en distribution mais affecté à un compte de réserves. Symétriquement, les associés peuvent imputer directement sur leur revenu la quote-part de déficit qui leur revient.

Les sociétés civiles peuvent être transparentes. C'est le cas lorsqu'elles ne détiennent que des capitaux mobiliers (portefeuilles de titres, contrat de capitalisation...). Dans ce cas, il n'y a pas de déclaration de résultats au niveau de la société et ce sont les associés présents au moment de la perception du revenu par la société qui sont imposables.

La société civile peut aussi opter pour une imposition à l'impôt sur les sociétés (IS). Le taux de l'impôt sur les sociétés est de 15 % dans la limite de 42 500 € (pour 2022) de bénéfice imposable et de 25 % au-delà. Dans ce cas, la société n'est plus un sujet fiscal translucide mais ressemble, dans l'imposition de ses revenus, à une société commerciale. Cette option a notamment pour intérêt de permettre une comptabilité d'engagement, d'amortir le coût des immeubles et, bien sûr, de contrôler le moment d'imposition entre les mains des associés (pas d'imposition des

bénéfices non distribués, permettant donc un réinvestissement des bénéfices avant l'impôt sur le revenu).

L'option a aussi des inconvénients et peut conduire à une fiscalité plus importante des plus-values de cession de biens immobiliers. L'option pour l'IS doit donc être étudiée globalement et tenir compte des objectifs de cession et d'investissement de la famille. D'autant que cette option devient irrévocable après le cinquième exercice suivant celui au titre duquel l'option a été faite.

Si l'on revient au régime fiscal normal des sociétés civiles (translucidité fiscale), il est important d'anticiper les règles d'imposition des plus-values réalisées lors de la cession des parts des sociétés civiles de patrimoine. Ces règles dépendent de la nature de l'activité exercée par la société et de son régime fiscal.

De manière synthétique, la cession de droits détenus dans une *société à prépondérance immobilière* relèvera du régime des plus-values immobilières (CGI, art. 150 UB, I).

Ainsi, lorsque les parts sont détenues depuis plus de cinq ans, les plus-values réalisées bénéficient de l'abattement pour durée de détention prévu à l'article 150 VC, I, du CGI, de sorte que la plus-value est exonérée d'impôt sur le revenu au-delà d'un délai de 22 ans (l'exonération de prélèvements sociaux n'est, elle, acquise qu'au-delà d'un délai de 30 ans). Le délai de détention est calculé à compter de la date d'acquisition des parts par l'associé (et non celle d'acquisition de l'immeuble par la société).

La plus-value imposable sera assujettie à une imposition forfaitaire au taux de 19 %, majorée des prélèvements sociaux, soit un taux global de 36,2 %. La taxe sur les plus-values immobilières, dont le montant, après application de l'abattement pour durée de détention, est supérieur à 50 000 €, s'ajoute le cas échéant (barème progressif avec un taux marginal de 6 %).

La plus-value réalisée lors de la cession de ses parts par l'associé, qui occupe à titre de résidence principale le logement que la société met gratuitement à sa disposition, est exonérée à proportion de la valeur de ce logement par rapport à la valeur globale de l'actif social de la société.

Tandis que la cession de droits d'une société de gestion de portefeuille suivra le régime des plus-values sur valeurs mobilières prévu aux articles 150-0 A et suivants du CGI. La plus-value imposable est en principe soumise au prélèvement forfaitaire unique (PFU) au taux global de 30 % (prélèvements sociaux au taux de 17,2 % inclus). Une option reste possible pour l'application du barème progressif. L'imposition selon le barème progressif permet l'application des abattements pour durée de détention sur les plus-values de cession de titres acquis ou souscrits avant le 1^{er} janvier 2018. Une fraction de la CSG est par ailleurs déductible des revenus imposables du contribuable.

Les sociétés civiles qui détiennent des immeubles entrent également dans le champ d'application de l'IFI. L'associé de société civile dont l'actif comprend des immeubles taxables doit déclarer la valeur vénale de ses parts au 1^{er} janvier de l'année d'imposition. Afin de valoriser les parts des sociétés civiles, on retient le plus souvent la valeur mathématique, qui s'obtient en corrigeant la valeur comptable pour tenir compte de la valeur réelle des postes du bilan au 1^{er} janvier de chaque année (notion d'actif net réévalué).

La valeur vénale des parts de SCI dépend donc de la valeur intrinsèque des immeubles figurant à l'actif et des dettes déductibles. Parmi ces dettes, les emprunts contractés pour le financement de l'acquisition des immeubles ou pour l'acquisition des parts de la SCI, mais uniquement dans la limite de la valeur imposable de celles-ci, ou pour le financement de travaux et les taxes foncières de la SCI.

La loi prévoit des restrictions afin d'empêcher l'associé de réduire anormalement son assiette taxable à l'IFI. Ces restrictions visent les dettes contractées par l'associé ou l'un des membres de son foyer fiscal, directement ou indirectement, auprès de lui-même, des membres de son cercle familial ou d'une société qu'il contrôle.

Pour une société civile mixte, seule la fraction correspondant aux immeubles détenus par la société est imposable. Une fois déterminée la valeur vénale des parts de la société civile, l'associé doit donc calculer la fraction imposable de ses parts. Pour cela, il y a lieu de définir le

coefficient immobilier de la société, soit le rapport entre la valeur vénale réelle de l'immobilier imposable détenu directement ou indirectement par la société et la valeur vénale réelle de l'ensemble des actifs de la société.

Enfin, une décote est souvent appliquée sur la valeur des parts, par exemple pour tenir compte du statut d'associé minoritaire du redevable (Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-17295, ayant admis une décote de 20 %), ou pour tenir compte de la plus grande complexité de cession pour des biens détenus par la SCI (décote de 10 % généralement admise).

S'agissant de la résidence principale, rappelons qu'elle bénéficie, lorsqu'elle est détenue directement pas le contribuable d'un abattement de 30 %. L'acquisition de sa résidence principale par une société civile, qui ne serait pas une société civile d'attribution (société civile de CGI, art. 1655 *ter*), conduirait à perdre le bénéfice de cet abattement.

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

Violences conjugales et ordonnance de protection GPL447p4

L'essentiel

Il s'agissait dans le cadre de cet atelier de présenter le guide de l'ordonnance de protection établi récemment par la commission Égalité du Conseil national des barreaux à destination des avocats et de présenter un focus sur la problématique des violences psychologiques.

Par

Florence NÈPLE

Avocate au barreau de Lyon, présidente de la commission Égalité du CNB

My-Kim YANG-PAYA

Avocate au barreau de Paris, présidente de l'association Avocats femmes violences, ancienne membre du CNB

Yaël MELLUL

Ancienne avocate, spécialiste des violences conjugales

et Liliane DALIGAND

Psychiatre, professeur émérite de médecine légale, expert de justice

Après avoir fait état des chiffres desquels il ressort que les plaintes pour violences conjugales sont en constante augmentation, même si cela est sans doute dû pour partie à la libération de la parole, que le nombre des féminicides ne parvient pas à passer en dessous de la barre de 100 femmes tuées par leur compagnon chaque année en dépit de toutes les mesures mises en place ces dernières années et que la population la plus concernée est celle des 25-39 ans, nous avons débuté cet atelier par

l'énonciation et la définition des différents types de violences existantes avec notre consœur My-King Yang-Paya.

Au regard de la convention d'Istanbul, les violences faites aux femmes sont des violences de genre qui en tant que telles sont constitutives d'une discrimination. Ces violences ne sont pas uniquement physiques ou sexuelles, elles peuvent être économiques avec le fait, par exemple, d'empêcher une femme de travailler ou de la priver d'accès aux revenus du couple ou aux moyens de paiement associés à ses comptes bancaires, administratives avec la rétention de ses pièces d'identité ou de celles des enfants. Elles peuvent être enfin psychologiques. Hormis pour les violences économiques et administratives toutes sont répréhensibles en France sur le plan pénal.

A été présenté ensuite le « Guide pratique de l'ordonnance de protection » établi par la commission égalité du Conseil national des barreaux qui est mis à la disposition de tous les avocats dans l'encyclopédie en ligne (<https://text.so/Ny6ZSn>). Outre un modèle de requête, ce guide contient des schémas afférant à la procédure et à ses délais ainsi que des différentes mesures qui peuvent être prises dans ce cadre outre toute la jurisprudence utile, notamment concernant la question des enregistrements effectués à l'insu de l'auteur des violences (deux décisions de cours d'appel inédites, CA Aix-en-Provence, 22 févr. 2022, n° 21/01409 et CA Paris, 23 mars 2021, n° 21/12145). À ce propos, il convient de citer un article coécrit par deux commissaires de justice qui se sont penchés sur cette question (S. Dorol et X. Louise-Alexandrine, « La preuve par ruse », La lettre juridique n° 928, 15 déc. 2022). Ils considèrent qu'il ne leur est possible d'établir un constat

de ces enregistrements que dans les cas où les faits qui en ressortent sont pénalement répréhensibles et n'ont pas été précédés d'une provocation de la victime ou de l'un de ses proches. On peut trouver également dans le guide une note sur l'aide juridictionnelle et surtout une note sur les droits sociaux qui a pour but de permettre aux avocats d'orienter les femmes vers les interlocuteurs sociaux ou associatifs qui pourront les accompagner, mais aussi de les informer sur leurs droits qui font l'objet de textes épars. Cela est le cas, par exemple, en matière de logement avec la possibilité de donner sa dédite avec un délai plus court d'un mois ou de bénéficier de la désolidarisation des dettes locatives après information du bailleur de l'existence d'une ordonnance de protection (OP). Ce guide traite aussi des droits des femmes de nationalité étrangère au regard de leur situation administrative en France, la préfecture ayant ainsi l'obligation de leur délivrer un titre de séjour vie privée et familiale, et ce même en cas de séjour irrégulier ou de procéder à son renouvellement en cas d'OP, alors que cela est simplement une faculté en cas de condamnation pénale.

La deuxième partie de l'atelier a été consacrée aux violences psychologiques avec la présentation de leur clinique et de leurs conséquences pour la femme à travers l'exemple d'une expertise réalisée par la professeure Daligand. Il n'existe pas de profil de victime type. Toutes les femmes quelles que soient leur force, leur stabilité psychologique peuvent un jour en faire l'objet. A été évoqué le début de la relation qui va se nouer avec le nouveau partenaire vu, le plus souvent, comme le prince charmant que la femme attendait, la mise en place de la situation d'emprise au sein du couple, le cycle des violences, le vécu de celles-là et leurs conséquences sur le psychisme de la victime, la difficile séparation, moment le plus dangereux pour les femmes puisqu'en général les féminicides se produisent à ce moment-là, voire même l'impossible séparation dans laquelle la femme, alors totalement isolée ne voit plus comme seule issue que le suicide. Il a également été traité des séquelles des traumatismes subis avec notamment la perte de confiance en soi, la peur, l'angoisse qui peuvent durablement affecter la femme victime de violences.

Puis l'intervention de Yaël Mellul a traité du suicide forcé, question sur laquelle elle avait œuvré dans le cadre du groupe de travail qu'elle animait à l'occasion du Grenelle des violences conjugales. Il n'existe pas de statistiques précises en la matière, mais au regard du nombre de suicides enregistrés chaque année on estime que ces suicides représenteraient un nombre supérieur de plus du double que celui des féminicides. L'on sait par ailleurs que sur les 207 000 plaintes déposées en 2021, les deux

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

tiers concernaient des violences physiques et un tiers seulement des violences psychologiques. Or, s'il peut y avoir des violences psychologiques seules, en revanche, il est rare qu'une femme soit victime uniquement de violences physiques, celles-là étant le plus généralement précédées par des violences psychologiques. Il est donc extrêmement important que l'avocat, lorsqu'il reçoit sa cliente, l'interroge sur ce point et relate dans sa requête en demande d'ordonnance de protection ces éléments pour donner au juge une vision complète de la situation. Les autres intervenants de la chaîne (travailleurs sociaux, policiers, médecins) doivent prendre le risque de suicide en considération, l'évaluer et prendre les mesures nécessaires en amont pour éviter sa réalisation.

Le suicide forcé qui est constitutif d'une infraction pénale est prévu à l'article 222-33-2-1 du Code pénal dernier alinéa. Il résulte de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 et vient compléter cet article consacré au harcèlement exercé par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié par un pacs ou les anciens conjoints, concubins ou

partenaires. Il est puni des peines de dix années d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende. Il condamne ainsi des agissements répétés qui viennent dégrader l'état physique et psychique de santé de la femme qui va se trouver contrainte au suicide.

Actuellement, en Europe, seule la France a pris des dispositions de ce type. Compte tenu du caractère récent de ce texte, il n'existe pas encore de condamnations sur ce fondement, mais des affaires se trouvent à l'instruction. La preuve peut être difficile à rapporter car les victimes sont souvent peu à peu isolées par leurs compagnons. Par ailleurs, en cas de suicide l'enquête de police ou de gendarmerie est brève et succincte car il s'agit uniquement d'éliminer l'hypothèse d'un homicide ou d'un assassinat. Une autopsie psychologique doit donc être demandée. Tout reste, par conséquent, encore à construire pour les avocats dans ce domaine (v. collectif, « Guide européen sur les suicides forcés : dispositifs d'orientation pour les professionnels de première ligne », 2022).

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

L'avocat dans la procédure devant le juge des tutelles des majeurs

GPL447d9

L'essentiel

Dans le contexte d'augmentation du nombre de mesures de protection juridique et de déjudiciarisation, la présence et la vigilance de l'avocat sont précieuses à toutes les étapes de la procédure devant le juge des contentieux de la protection exerçant la fonction de juge des tutelles des majeurs. Devant le juge exerçant un office gracieux, l'avocat doit concourir utilement à la préservation des intérêts du majeur protégé dans la protection de sa personne et de ses biens.

Par
Gilles RAOUL-CORMEIL
Professeur de droit civil
à l'université de Caen
Normandie, directeur
du Master 2 droit
civil, protection des
personnes vulnérables,
membre de l'Institut
caennais de recherche
juridique (ICReJ)

1. Pluralité de mesures de protection juridique.

Maintes fois modifiée au cours de ces quinze dernières années, la lettre du titre onze du livre premier du Code civil est le siège de treize mesures de protection juridique :

– sauvegarde de justice judiciaire (C. civ., art. 433) ou médicale (C. civ., art. 434 ; CSP, art. L. 3211-6), prononcée sans ou avec mandat spécial (C. civ., art. 437, al. 2) ;

– curatelle simple (C. civ., art. 467 à C. civ., art. 469), aménagée (C. civ., art. 471) ou renforcée (C. civ., art. 472) ;

– tutelle complète ou aménagée (C. civ., art. 473, al. 2), parfois limitée à la protection des biens ou de la personne (C. civ., art. 425, al. 2) ;

– mandat de protection future, rédigé (pour soi ou pour autrui) en la forme notariée (C. civ., art. 489 à C. civ., art. 491) ou (pour soi) sous signature privée (C. civ., art. 492 à C. civ., art. 494) ;

– habilitation familiale simple ou générale, par assistance ou par représentation (C. civ., art. 494-1).

Un tel choix de mesures est propice à individualiser la mesure de protection juridique en adaptant son contenu à l'état et à la situation du majeur à protéger. Telle est la vertu première du pluralisme législatif instituée par la loi

Carbonnier⁽¹⁾, maintenue par la loi Hauser⁽²⁾, et accentuée par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 et la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

À grande échelle, la pratique judiciaire est plus simple, récurrente et moins dispersée. En 2021, les juges des contentieux de la protection, exerçant la fonction de juge des tutelles des majeurs (COJ, art. L. 413-2-4), ont prononcé 36 396 curatelles, 32 551 tutelles, et 38 031 habilitations familiales⁽³⁾. Sur les 107 734 mesures prononcées en cette année 2021, 53,95 % sont familiales. Si le principe de préférence familiale est effectif depuis 2020, l'individualisation de la mesure de protection juridique, élevée en directive par l'article 428 du Code civil, reste difficile à mettre en œuvre. C'est à cet égard que l'intervention de l'avocat est un atout précieux.

2. De qui l'avocat est-il le défenseur ?

Si elle n'est pas obligatoire (C. civ., art. 432), la présence de l'avocat dans le cabinet du juge, valablement saisi par une requête tendant à prononcer une mesure de protection juridique, est souhaitable pour concourir à la définition de l'intérêt du majeur à protéger ou déjà protégé.

Toute la difficulté pour l'avocat est de n'être que le défenseur du majeur à protéger (ou déjà protégé). Si l'avocat a été porteur des intérêts de plusieurs membres de la famille, il ne peut pas, lorsque l'un d'eux devient le sujet principal d'une procédure devant le juge des tutelles des majeurs, accepter d'être le défenseur de ses seuls intérêts, car il manquerait à son devoir d'indépendance⁽⁴⁾. Le risque de superposition

NDA : Cette étude reprend le fil de l'analyse développée dans « l'atelier 10 » des États généraux du droit de la famille et du patrimoine, co-animé avec M. David Cleuziou, magistrat, juge des contentieux de la protection au tribunal judiciaire de Lille, et codirecteur de sessions de formation consacrées à la protection juridique des majeurs à l'ENM, et M^e Diego Pollet, avocat au barreau de Paris, spécialiste en droit des majeurs vulnérables. Chacun des avocats présents à la Maison de la Chimie, le 26 janvier 2023, a pu apprécier la qualité de leurs analyses. Qu'ils en soient chaleureusement remerciés.

(1) Sur la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968, v. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, 1995, Defrénois, p. 63 à 78, spéc. p. 66, EAN : 9782856230251 ; Adde, J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, 2009, Defrénois, n° 6, p. 7, EAN : 9782856231364.

(2) Sur la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, « profondément novatrice » et « soucieuse du compromis », v. J.-J. Lemouland, « Faut-il à nouveau réformer le droit des majeurs protégés ? », in G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg et I. Maria (dir.), *Majeurs protégés : bilan et perspectives ?*, 2019, LexisNexis, p. 69 à 78, spéc. p. 75.

(3) Ministère de la Justice, *Les chiffres clés de la justice*, 2022, p. 15. Ces données mériteraient d'être enrichies en indiquant le nombre de requêtes tendant à l'ouverture de la mesure, le stock des mesures en cours, le nombre d'entre elles qui prennent fin chaque année, le nombre de mandats de protection future prenant effet au greffe du tribunal judiciaire (C. civ., art. 479). Il faudrait également classer les habilitations familiales selon leur nature.

(4) T. Revet et a., *Déontologie de la profession d'avocat*, 6^e éd., 2022, LGDJ, *passim*, EAN : 9782275029689 ; Rapp. D. Pollet, « Le rôle de l'avocat dans les procédures de protection judiciaire d'un majeur », in T. Verheyde (dir.), *Dossier : majeurs protégés*, AJ fam. 2014, p. 165.

d'intérêts entre ses clients impose à l'avocat de s'abstenir de continuer son mandat avec l'un d'eux.

Sous cette réserve, l'avocat peut être choisi par son client bien avant que ne s'ouvre la mesure de protection juridique. Un tel choix peut ne pas avoir été anticipé. Le majeur à protéger peut choisir un avocat au cours de la procédure ; ce droit est personnel (C. civ., art. 459, al. 1^{er}), sans être strictement personnel ⁽⁵⁾ (C. civ., art. 458). En cas de besoin, l'avocat du majeur à protéger ou protégé peut être désigné par une autorité.

En principe, l'avocat n'a pas à se prévaloir d'un mandat écrit et signé de son client (CPC, art. 416) ; mais en pratique, certains avocats rencontrent la difficulté de devoir se justifier sur l'aptitude d'un majeur en grand déficit cognitif à choisir un avocat ⁽⁶⁾. Aussi le Code de procédure civile lui permet-il de « demander à la juridiction saisie que le bâtonnier lui en désigne un d'office » (CPC, art. 1214).

Le prononcé d'une tutelle – mesure qui reste la plus protectrice – n'emporte pas révocation du mandat de l'avocat. L'article 2003 du Code civil n'est pas ici applicable, car la loi cesse là où cessent ses motifs. La caducité des procurations données par une personne avant le prononcé d'une tutelle se justifie par la prévention de pouvoirs concurrents. Or, l'avocat et le tuteur ont des prérogatives distinctes, si bien que la désignation judiciaire du second n'emporte pas révocation du premier.

Tout bon mandataire judiciaire à la protection des majeurs doit continuer à travailler avec les professionnels que le majeur protégé a lui-même choisis avant le prononcé de la mesure (rapp. C. civ., art. 427). Cependant, s'il peut s'en justifier devant le juge des tutelles dans l'intérêt du majeur protégé, le tuteur peut choisir un autre avocat pour le majeur protégé, après l'ouverture de la tutelle (rapp. C. civ., art. 500, al. 3).

Seule la conclusion d'un honoraire de résultat est un acte de disposition ⁽⁷⁾ qui, en tutelle, est subordonnée à l'autorisation du juge et à la représentation du tuteur. En curatelle, l'autonomie du majeur protégé est plus grande ; le changement d'un avocat ne peut être décidé par le curateur, même si son assistance est requise pour la conclusion d'un honoraire de résultat.

3. Du fondement de la protection juridique à sa mise en place.

Quelles que soient les circonstances de son choix, l'avocat doit être vigilant, entendre son client, et collaborer avec le juge des tutelles à la recherche de son meilleur intérêt (C. civ., art. 415, al. 3), aussi bien à chaque étape de la procédure que dans la mise en œuvre du mandat de protection juridique. L'avocat du majeur à protéger bénéficie de prérogatives précises tout au long de la procédure. La saisine du juge et la recevabilité de la requête (I), son éventuel bien-fondé et, le cas échéant, la préparation d'une mesure individualisée exigent sa plus grande vigilance (II).

(5) Sur cette distinction, v. D. Noguéro, « L'humanisme juridique et les actes simplement et strictement personnels des majeurs protégés. Incursion dans la protection de la personne et autonomie », in *Regards humanistes sur le droit, Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, 2021, LGDJ, p. 421 à 450, EAN : 9782275091631.

(6) Sur cette difficulté, v. D. Pollet, « Le choix de son avocat par un majeur en déficit cognitif », GPL 13 sept. 2022, n° GPL439y0.

(7) Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2021, n° 19-22141 : AJ fam. 2021, p. 564, obs. V. Montourcy ; D. 2021, p. 1257, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; JCP 2021, 766, note N. Peterka ; Dr. famille 2021, comm. 135, note I. Maria.

I. LA SAISINE DU JUGE ET LES PRÉROGATIVES DE L'AVOCAT

4. Qualité du requérant et nature de la demande.

Depuis le 1^{er} janvier 2009, le juge des tutelles ne peut plus se saisir d'office. Aussi le législateur a-t-il allongé considérablement la liste des personnes pouvant le saisir valablement. En premier lieu, la personne à protéger a dorénavant qualité pour saisir le juge des tutelles d'une demande tendant à prononcer sa propre mesure. En pratique, des assistants de services sociaux, préposés d'un centre hospitalier, préparent des requêtes et les font signer par les intéressés sans préciser qu'ils assument ici la fonction d'écrivain public. D'emblée, le juge des tutelles peut se méprendre sur l'habileté de l'expéditeur du courrier, son aisance à engager une procédure, à exercer ses droits, à maîtriser le français. Il conviendrait de distinguer l'auteur intellectuel et l'auteur matériel. Rien n'empêche de prêter sa plume mais il faut l'indiquer au destinataire, surtout s'il doit apprécier le besoin de protection juridique. Se pose également la question de la réelle adhésion de la personne à protéger à la demande avec, par conséquent, un risque de désistement devant le juge des tutelles ⁽⁸⁾.

En deuxième lieu, l'article 430 du Code civil vise les membres de la famille de la personne à protéger, et ce de la manière la plus large qui soit. Sont ainsi visés la personne qui partage une vie de couple, quelle qu'en soit la nature juridique (mariage, pacte civil de solidarité ou concubinage), puis ses parents ou alliés, en ligne directe ou collatérale.

En dernier lieu, le ministère public a qualité pour saisir le juge des tutelles, lorsqu'un signalement lui a été fait par un service social hospitalier ou du département, un centre local d'information et de coordination gérontologique (CLIC) ou, notamment, par un banquier ou un élu de la commune dans laquelle réside l'intéressé.

Si la requête a pour but de prononcer une habilitation familiale, quelle qu'elle soit, le cercle des personnes ayant qualité à saisir le juge des tutelles se resserre. L'intéressé conserve le droit de saisir le juge, comme la personne qui partage une vie de couple avec lui, ses frères et sœurs, ascendants et descendants (C. civ., art. 494-1). En revanche, les neveux, nièces, oncles et tantes, ainsi que ses alliés n'ont pas qualité. Quant au ministère public, il ne peut se faire le relais que de la demande d'un membre de la famille ayant qualité à saisir le juge (C. civ., art. 494-3, al. 2). Selon la qualité du requérant, le juge découvre un pivot ou discerne un obstacle pour emprunter la passerelle qui le conduirait à envisager une habilitation familiale ⁽⁹⁾ plutôt qu'une mesure de curatelle ou de tutelle (C. civ., art. 494-3, al. 3). L'avocat du majeur protégé doit donc vérifier si la qualité du requérant correspond à la nature de la demande.

(8) Les juges l'observent ainsi assez souvent pour les personnes hospitalisées en psychiatrie : si elles acceptent de signer la requête lors de l'hospitalisation, elles refusent la mesure quelques mois plus tard, devant eux, après leur sortie de l'hôpital.

(9) V. not. G. Raoul-Cormeil, « Ouverture de l'habilitation familiale », Dr. famille 2022, dossier 24.

5. Contenu de la requête.

La requête aux fins de prononcé d'une mesure de protection juridique comporte, à peine d'irrecevabilité, un document établissant l'identité de la personne à protéger. Une copie intégrale de l'acte de naissance ou un extrait est attendue. Une copie de la carte nationale d'identité ou du passeport peut être ajoutée. Le requérant doit énoncer les faits qui appellent cette protection (CPC, art. 1218, 2°). En clair, le requérant doit expliquer que les procurations ou l'aide que lui apportent des amis ou des membres de la famille ne suffisent pas (C. civ., art. 428) à sauvegarder ses intérêts (C. civ., art. 425) et que l'intéressé aurait besoin d'être assisté dans les actes importants de sa vie civile, ou représenté de manière continue dans tous les actes patrimoniaux de sa vie civile.

C'est également à peine d'irrecevabilité que le requérant doit accompagner sa demande d'un certificat médical circonstancié, rédigé par un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République. Ce médecin inscrit ou habilité, et non pas expert, doit décrire l'altération des facultés personnelles, donner au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération (est-elle ponctuelle ? liée à un accident ? ou liée au diagnostic d'une maladie neurodégénérative : Alzheimer, Parkinson, PSP, SLA, etc. ?). Le médecin inscrit ne doit pas préconiser la curatelle ou la tutelle ; en aucun cas, il n'a compétence pour prendre parti sur l'habilitation familiale. Il doit éclairer le juge sur les conséquences de cette altération dans le quotidien de l'intéressé, tant en ce qui concerne sa personne que la gestion de son patrimoine.

La pratique épistolaire des médecins inscrits est variable et dépend de leur formation universitaire (psychiatrie, neurologie, médecine générale avec ou sans une expérience de gériatrie). Le Code de procédure civile leur demande de respecter le secret professionnel : pratiquer l'examen en l'absence du requérant, lui remettre le certificat médical sous pli cacheté, à l'intention exclusive du procureur de la République ou du juge des tutelles (CPC, art. 1219). Le coût de cet examen suivi du certificat est de 160 €, TTC (CPC, art. 217-1). Seuls les frais de transport peuvent s'y ajouter. L'avocat du majeur protégé ne doit pas hésiter à demander au juge, si le certificat est insuffisant⁽¹⁰⁾ à caractériser l'altération des facultés personnelles, ou s'il en conteste le contenu, qu'un autre médecin inscrit procède à un examen médical complémentaire.

L'avocat du majeur protégé doit également être vigilant sur les éléments d'ordre personnel, familial, patrimonial ou social que le requérant a indiqués pour éclairer le juge. Tous ces éléments attendus du requérant ne sont pas exigés à peine d'irrecevabilité (CPC, art. 1218-1) ; mais leur indication et les silences en disent long sur la sincérité du requérant. Parfois, ce sont des biens du majeur protégé ou des membres de sa proche famille (tel un enfant adultérin, un frère ou une sœur qui s'est éloigné de la famille) qui sont dissimulés au juge.

6. Audition du majeur à protéger.

L'audition du majeur à protéger est capitale. Mais le principe de l'audition est sitôt posé que la loi organise les conditions d'une dérogation. Sur avis médical de non-audition, le juge peut rendre, par décision spécialement motivée, une ordonnance de non-audition. Le cas échéant, celle-ci est notifiée à l'avocat du majeur protégé (CPC, art. 1214). Le médecin inscrit doit distinguer l'hypothèse où la personne à protéger est hors d'état d'exprimer sa volonté de celle où l'audition serait de nature à porter atteinte à sa santé (C. civ., art. 432, al. 2). Dans l'hypothèse où le majeur à protéger n'est pas auditionné, il devrait être représenté par un avocat⁽¹¹⁾. Et même en ce cas, il lui est recommandé de convaincre le juge de prendre le temps de rencontrer le principal intéressé par la procédure en cours. Bien des médecins inscrits concluent un peu vite que l'audition ne sera pas contributive ou qu'elle est un sujet d'angoisse pour l'intéressé. L'agressivité du majeur à protéger est évidemment possible et un bon argument pour éviter le déclenchement d'une crise⁽¹²⁾. Des juges sont ici plus attentifs que d'autres et prennent le temps de se transporter à intervalle régulier pour rencontrer, au lieu où elles résident, les personnes à protéger (CPC, art. 1220). N'est-ce pas au sein du cadre de vie de l'intéressé que la situation de vulnérabilité est la plus nettement perceptible ? Les visites sont aussi le moyen de justifier d'une ordonnance de non-lieu. De même, l'audition du majeur protégé doit être réalisée, autant que faire se peut, pour éclairer le juge sur le bien-fondé de toute décision relative à la protection de sa personne (C. civ., art. 1220-3), tel le choix de sa résidence qui présente une difficulté (C. civ., art. 459-2, al. 3).

II. LA DÉCISION DU JUGE ET LA VIGILANCE DE L'AVOCAT

7. Consultation du dossier et délivrance de copies.

À leur égard, le Code de procédure civile distingue deux phases. Au cours de la première, qui s'étend de la saisine jusqu'au prononcé de la décision d'ouverture ou d'habilitation (CPC, art. 1222), l'avocat du majeur à protéger est celui qui a le mieux accès au dossier de celui-ci. Il peut consulter le dossier au greffe sur demande écrite et sans autre restriction que les nécessités du service (CPC, art. 1222-1, al. 1^{er}). Il peut ainsi, contrairement au majeur à protéger, connaître de l'intégralité du dossier, sans que le juge, par ordonnance motivée notifiée à l'intéressé, n'exclue tout ou partie des pièces de la consultation. L'avocat du majeur à protéger jouit même du « privilège »⁽¹³⁾ de se faire délivrer copie de tout ou partie du dossier mais il ne peut communiquer à son client les copies ainsi obtenues (CPC, art. 1223). Le requérant ou son avocat peut aussi avoir accès au dossier mais il n'est pas prévu, à ce stade, qu'il puisse se faire délivrer de copies. Quant aux membres de la famille (C. civ., art. 430 ou C. civ., art. 494-1), susceptibles de devenir partie à l'instance, la simple consultation du dossier est subordonnée à une

(10) Sur ce constat, v. déjà : A. Caron-Dégli, rapport de mission interministérielle, « L'évolution de la protection juridique des personnes », 2018, p. 31, propositions n° 37 et 38.

(11) A. Caron-Dégli, rapport de mission interministérielle, « L'évolution de la protection juridique des personnes », 2018, p. 61, et la proposition n° 15.

(12) Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2020, n° 19-12912 : D. 2020, p. 1485, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro.

(13) V. Montourcy, « L'accès au dossier et le droit à la copie des pièces le constituant », in T. Verheyde (dir.), Dossier : majeurs protégés, AJ fam. 2014, p. 167.

autorisation du juge, délivrée si elle justifie d'un intérêt légitime (CPC, art. 1222 *in fine*). Le refus du juge, insusceptible de recours s'agissant d'une mesure d'administration judiciaire (CPC, art. 1224), est vécu comme une entrave. La seconde phase débute après le prononcé du jugement d'ouverture ou d'habilitation (CPC, art. 1223-1). Le majeur protégé et son avocat, comme la personne en charge de sa protection, peuvent demander au juge l'autorisation de se faire délivrer une copie ou plusieurs pièces du dossier, sur justification d'intérêt légitime (CPC, art. 1223-1). En tutelle (C. civ., art. 510) et en curatelle renforcée (C. civ., art. 472), le compte rendu annuel de gestion n'est communiqué aux membres de la famille qu'avec l'accord du majeur protégé⁽¹⁴⁾.

8. Choix de la mesure et des organes de protection.

En ce qui concerne la protection des biens, le juge peut choisir une mesure provisoire⁽¹⁵⁾ ou pérenne, pour cinq⁽¹⁶⁾ à dix ans⁽¹⁷⁾. C'est à la lumière des critères légaux de la curatelle simple⁽¹⁸⁾, de la curatelle renforcée⁽¹⁹⁾ et de la tutelle⁽²⁰⁾ que le juge doit justifier le choix de la mesure. Quant à l'habilitation familiale, son prononcé est subordonné à l'adhésion de la famille au choix de la mesure et à la désignation de l'habilité. L'avocat du majeur protégé peut fédérer la famille du majeur à protéger et ainsi préparer les conditions d'une adhésion ; il peut aussi, à l'inverse, expliquer au juge en quoi il existe une « opposition légitime » au prononcé d'une habilitation familiale ou à l'attribution de la mesure à tel membre de la famille. La jurisprudence des juges des tutelles ne fait pas encore l'objet d'une recension sur ce point mais elle existe parmi les juges du fond. Le doute du juge est opportun : le prononcé de l'habilitation familiale n'oblige pas l'habilité à faire dresser un inventaire, ni à rendre compte de sa gestion devant le juge des tutelles, ce qui peut l'exposer à devoir rendre des comptes aux héritiers du majeur protégé, le décès survenu, soit à une date où il a perdu les

justificatifs de sa gestion. En dehors de l'habilitation familiale, l'avocat du majeur protégé peut être de bon conseil pour inviter le juge à désigner un subrogé dans le corps des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, même si cette forme de réassurance présente un coût pour le majeur protégé. La division de la mesure entre la protection de la personne et des biens est, comme la pluralité de protecteurs (C. civ., art. 447), une possibilité qu'il ne faut pas négliger. L'avocat du majeur protégé doit aussi être vigilant sur la protection de la personne et solliciter le juge, en cas de besoin, certificat médical circonstancié à l'appui, pour l'ouverture d'une « mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne »⁽²¹⁾. Seules la tutelle et l'habilitation familiale générale par représentation sont concernées (C. civ., art. 459, al. 2). Le choix de telles mesures a également pour conséquence de limiter les actes patrimoniaux, car elles connaissent des actes interdits au tuteur et à la personne habilitée⁽²²⁾, même avec une autorisation du juge (C. civ., art. 509).

9. Notification du jugement.

Le jugement qui statue sur une demande d'ouverture d'une mesure de protection est notifié à la personne protégée, à moins que cette information soit de nature à porter préjudice à sa santé. Le cas échéant, le jugement est notifié à son avocat (CPC, art. 1230-1). Le jugement est également notifié, à la diligence du greffe, au requérant, ainsi que, si le juge l'estime utile, à toute personne qu'il désigne parmi celles que la loi habilite à exercer un recours (C. civ., art. 1239, al. 2). Pour ceux-ci, le délai pour interjeter appel du jugement est de quinze jours courant le lendemain de la notification. Les personnes ayant qualité à saisir le juge (C. civ., art. 430 et C. civ., art. 494-1) peuvent interjeter appel mais si le jugement ne leur a pas été notifié, le même délai court à compter du jugement, ce qui peut surprendre l'avocat. Lorsque le jugement devient définitif, un extrait de la décision est transmis au greffe dans le ressort duquel est née la personne protégée aux fins de conservation au répertoire civil (CPC, art. 1059 et CPC, art. 1233) et de publicité par émargement de son acte de naissance (C. civ., art. 444 et C. civ., art. 494-6 *in fine*).

(14) Pour un exemple de refus, v. Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, n° 20-22155 : D. 2022, p. 1183, obs. J.-J. Lemouland.

(15) Telle la sauvegarde de justice ou l'habilitation familiale spéciale.

(16) Telle la curatelle ou la tutelle (C. civ., art. 441, al. 1^{er}).

(17) Telle la tutelle (C. civ., art. 441, al. 2) ou l'habilitation familiale générale, par assistance ou par représentation (C. civ., art. 494-6, al. 7).

(18) C. civ., art. 440, al. 1^{er} ; *Adde*, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 2015, n° 13-28344 : D. 2022, p. 1572, obs. D. Noguéro.

(19) C. civ., art. 472 ; *Adde*, Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2017, n° 16-13186 ; Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 2022, n° 20-17278 : D. 2022, p. 1178, obs. D. Noguéro – Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2022, n° 20-22876 : Dr. famille 2022, comm. 157, note I. Maria – Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2022, n° 21-11090 : Dr. famille 2022, comm. 181, note L. Mauger-Vielpeau.

(20) C. civ., art. 440, al. 3 ; *Adde*, Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2022, n° 21-11268.

(21) C. civ., art. 440, al. 3 ; *Adde*, Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2022, n° 21-11268.

(22) CSP, art. L. 1111-4, al. 7 ; *Adde*, sur l'hypothèse de la vaccination d'une personne en tutelle résidant en EHPAD : CA Versailles, 10 déc. 2021, n° 21/01249 : Dr. famille 2022, comm. 59, note G. Raoul-Cormeil.

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

Assurance-vie : comprendre, conseiller, et (re)traiter dans la succession GPL447r4

L'essentiel

Le contrat d'assurance-vie est un outil essentiel de gestion et de transmission du patrimoine. Dans une approche transversale de leurs pratiques, deux avocats et une ingénieure patrimoniale en banque privée évoquent son optimisation civile et fiscale du vivant du souscripteur et la manière de le (re)traiter dans la succession.

Par

Nicolas GRAFTIEAUX
Avocat au barreau de
Paris, fondateur de
Canopy Avocats
Marie DAMOURETTE
Ingénieur patrimonial,
Banque Neufilze OBC
et Séverine TAMBURINI
Avocate au barreau d'Aix-
en-Provence

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

Le contrat d'assurance-vie est un placement financier qui permet à son souscripteur d'épargner de l'argent dans le double objectif de le récupérer en cas de besoin et de le transmettre à un bénéficiaire lorsque survient un événement lié à l'assuré :

son décès ou sa survie.

A. Les acteurs : le souscripteur, l'assuré et le bénéficiaire

Le souscripteur est la personne qui signe le contrat, désigne les bénéficiaires, effectue les versements.

L'assuré, c'est-à-dire la personne sur laquelle repose le risque assuré (celle dont la survie ou le décès déclenchent la garantie) est souvent le souscripteur lui-même. Un tiers peut cependant être désigné s'il a donné son consentement.

Le bénéficiaire est celui qui reçoit les fonds de l'assureur en cas d'intervention de l'évènement prévu : vie ou décès de l'assuré.

L'acceptation du bénéficiaire ne prend effet qu'avec l'accord du souscripteur. Il lui confère un caractère irrévocable faisant obstacle à tout changement de bénéficiaire et à tout rachat même partiel sans accord du bénéficiaire acceptant.

B. Le contrat d'assurance-vie et les contrats voisins : le contrat de capitalisation

Bien que commercialisé par les compagnies d'assurance, le contrat de capitalisation ne repose pas sur la couverture d'un risque et ne dépend pas de la durée de la vie humaine. Il s'agit d'une opération de pure capitalisation qui ne désigne ni assuré ni bénéficiaire en cas de décès. Il peut même être donné. C'est le contrat lui-même qui est transmis sans être dénoué.

II. PISTES D'OPTIMISATION

La faculté du saut de génération : le principe de la représentation en matière successorale (C. civ., art. 751 et 752) permet aux représentants de l'héritier prédécédé ou renonçant de recueillir sa part successorale. Ce mécanisme doit être prévu expressément et préciser les cas visés : prédécès et/ou renonciation ? La simple mention « vivant ou représenté » ne permet pas de présumer de l'application de la représentation en cas de renonciation du bénéficiaire.

Il faut donc préciser : « vivant ou représenté, en cas de décès et de renonciation ».

La clause bénéficiaire à option(s) : elle offre au bénéficiaire de premier rang un choix à effectuer entre différentes quotités. Ce choix s'exercera au dénouement du contrat, et donc permet à ce bénéficiaire de moduler à la hausse ou à la baisse ses droits ainsi que ceux des bénéficiaires de second rang.

La clause bénéficiaire démembrée : plus classique, le démembrement de la clause bénéficiaire du contrat d'assurance-vie consiste à désigner des bénéficiaires distincts sur le capital décès, qui leur sera attribué respectivement en usufruit et en nue-propriété. Il prendra effet lors du dénouement du contrat d'assurance-vie, au décès de l'assuré.

Notons deux modalités distinctes de démembrement de la clause bénéficiaire :

– *la clause de emploi démembré ou de report du démembrement* : dans cette hypothèse, lors du décès de l'assuré, l'usufruitier et le nu-propriétaire doivent réinvestir les sommes perçues en reportant le démembrement de propriété sur les nouveaux biens acquis ;

– *la clause de quasi-usufruit* : le souscripteur peut conférer au bénéficiaire un droit de quasi-usufruit portant sur les sommes versées au dénouement du contrat. Au décès de l'assuré, les capitaux décès sont remis à l'usufruitier uniquement, qui peut en disposer librement, à charge de restituer en fin d'usufruit et en franchise de droits un capital équivalent aux nus-propriétaires (créance de quasi-usufruit).

Elle permet de conférer des droits étendus à l'usufruitier, pour maintenir son train de vie personnel tout en assurant la transmission à terme d'une somme aux nus-propriétaires.

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

III. LES RAISONS DE L'EXCLUSION DE LA SUCCESSION

Le traitement hors succession du contrat d'assurance-vie et même son caractère insaisissable reposent sur la double existence d'un aléa et d'une stipulation pour autrui.

Lors de la souscription du contrat, le souscripteur doit ignorer qui de lui-même ou des bénéficiaires recevra le capital.

En outre, le stipulant (souscripteur) engage le promettant (la compagnie) à accomplir une prestation au profit d'un tiers bénéficiaire (C. civ., art. 1205).

L'argent investi par le souscripteur ne figure donc plus dans son patrimoine et le bénéficiaire du contrat est investi d'une créance contre le promettant, il acquiert un droit immédiat sur les primes versées.

IV. LES GARDE-FOUS DU CONTRAT D'ASSURANCE-VIE

A. La requalification en donation subordonnée à la recherche de l'absence d'aléa

Il est possible de faire requalifier l'entier contrat en une donation indirecte, pour défaut d'aléa.

Le juge recherche un élément matériel : la certitude de la transmission des fonds, c'est-à-dire le dessaisissement irrévocable du donateur au profit du bénéficiaire et un élément intentionnel : la caractérisation d'une intention libérale. Sur le premier critère, les juges attachent une importance parfois exagérée à l'existence d'une faculté

de rachat, en vérifiant tout de même qu'elle soit possible voire effective. Sur le second, la jurisprudence admet des éléments extérieurs : état de santé du souscripteur, intérêt patrimonial de l'opération pour le souscripteur, etc.

Lorsque le contrat d'assurance-vie est requalifié en donation, le bénéficiaire doit rapporter à la succession les sommes qu'il a perçues sauf évidemment s'il n'est pas un héritier du souscripteur. Il risque alors la réduction en présence d'héritiers réservataires.

B. La réintégration en cas de primes manifestement excessives

Ni les héritiers ni les créanciers ne peuvent reprocher au souscripteur les investissements réalisés au cours de sa vie, ni d'ailleurs sa manière de gérer son patrimoine.

La solution est différente lorsque les primes versées au contrat d'assurance-vie sont telles qu'elles contournent – par leur niveau – les règles de la réserve successorale ou même qu'elles lèsent la communauté.

Il ne s'agit alors plus d'une opération de prévoyance mais d'un transfert patrimonial justifiant, d'une part, la réintégration de ces sommes à l'actif successoral et, d'autre part, une récompense à la communauté tenant compte de l'appauvrissement qui en est résulté pour elle, et qui a abouti à un enrichissement des propres.

Lorsqu'elle accueille la demande, la jurisprudence majoritaire considère que l'intégralité de la prime doit être retenue et non simplement sa part exagérée.

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

Procédure d'appel et droit de la famille : tentative de conciliation ! GPL44710

L'essentiel

En droit de la famille, deux écueils principaux appellent à la vigilance des praticiens : d'une part, l'étendue de l'effet dévolutif attaché au contenu de la déclaration d'appel et, d'autre part, les enjeux inhérents au maintien de l'obligation alimentaire au titre du devoir de secours dans le cadre de la poursuite de la procédure de divorce en cause d'appel.

Les États généraux du droit de la famille et du patrimoine ont été l'occasion d'évoquer la jurisprudence de la Cour de cassation sur ces points, qui balance entre charges et allègements procéduraux, et dont il est pertinent de faire état dans cette édition spécialisée consacrée au droit de la famille.

Par

Muriel CADIOU

Avocat au barreau de Paris, ancienne présidente de l'association Droit & Procédure

et Stéphane FERTIER

Avocat au barreau de Paris, spécialiste de la procédure d'appel, ancien membre du conseil de l'ordre

La procédure d'appel s'est complexifiée ces dernières années. Les décrets se succèdent et la Cour de cassation est régulièrement sollicitée pour interpréter les dispositions réglementaires et en préciser les conditions de mise en œuvre.

Deux points essentiels méritent une attention particulière pour les avocats en

droit de la famille : La déclaration d'appel définit le périmètre de l'appel. Elle circonscrit l'effet dévolutif qui attribue à la cour d'appel son champ d'action concernant le litige jugé en première instance conformément à l'adage *tantum devolutum quantum judicatum*. Plus qu'un messenger, la déclaration d'appel est le gardien de l'effet dévolutif. Elle doit préciser l'objet de l'appel (CPC, art. 54), à savoir l'annulation ou l'infirmité du jugement, pour éviter tout débat sur le défaut de saisine régulière de la cour d'appel, même si l'article 901 ne prévoit cette formalité que sous peine de nullité de forme.

Depuis 2017, la déclaration d'appel doit également contenir, à peine de nullité, l'indication des chefs du jugement expressément critiqués auxquels l'appel est limité (CPC, art. 901). Par exception, cette indication n'est pas nécessaire lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement, ou lorsque l'objet du litige est indivisible.

Cette nouvelle exigence doit être lue en lien avec l'effet dévolutif de l'appel. Plus précisément, la cour d'appel sera uniquement saisie des chefs du jugement qui ont été expressément critiqués par l'appelant dans sa déclaration d'appel.

Trois avis de la Cour de cassation (Cass. 2^e civ., avis, 20 déc. 2017, n^o 17-70034 – Cass. 2^e civ., avis, 20 déc. 2017, n^o 17-70036 – Cass. 2^e civ., avis, 20 déc. 2017, n^o 17-70035) précisent la nature et le régime de la sanction envisageable lorsque la déclaration d'appel mentionne « appel total », ou « appel général », en omettant de critiquer même un unique chef de jugement.

L'absence de chefs de jugement critiqués dans la déclaration d'appel constitue une irrégularité de forme, de sorte que la déclaration d'appel tout entière encourt la nullité de l'article 114 du Code de procédure civile, qui exige la caractérisation d'un grief pour être prononcée.

Dans la procédure de droit commun, le conseiller de la mise en état est seul compétent pour statuer sur les exceptions de procédure en cause d'appel (CPC, art. 907 et 780). La nullité pour vice de forme affectant la déclaration d'appel en l'absence de mention expresse des chefs de jugement critiqués doit donc être soulevée devant lui dans des conclusions qui lui sont spécialement adressées (CPC, art. 914 – Cass. 2^e civ., 12 mai 2016, n^o 14-25054 – Cass. 2^e civ., 10 déc. 2020, n^o 19-22609). Dans la procédure à bref délai, c'est la cour d'appel qui est compétente pour statuer sur la nullité pour vice de forme, qui doit être soulevée devant elle *in limine litis*.

droit de la famille :

– le formalisme de la déclaration d'appel, gardienne de l'effet dévolutif ;

– la date à laquelle le prononcé du divorce acquiert force de chose jugée, qui est aussi celle de la fin du devoir de secours entre époux et, le cas échéant, de l'appréciation et du versement en tout ou partie de la prestation compensatoire.

I. L'EFFET DÉVOLUTIF DE LA DÉCLARATION D'APPEL

L'effet dévolutif est fondamentalement attaché à la notion des voies de recours. En effet, l'appel remet la chose jugée, c'est-à-dire tout ou partie du jugement au fond rendu en première instance, en question devant une autre juridiction (CPC, art. 561 et 561), la cour d'appel. Elle statue à nouveau en fait et en droit dans l'affaire en cause, dans la limite de l'emprise de l'appel, avec les mêmes pouvoirs que le premier juge (Cass. 2^e civ., 24 sept. 1997, n^o 95-13386). C'est grâce à l'effet dévolutif que la cour d'appel est saisie du litige.



NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

Néanmoins, en pratique, le conseiller de la mise en état ou la cour d'appel ne prononceront que très rarement la nullité de la déclaration d'appel sur ce fondement. En effet, à la lecture des conclusions de l'appelant, l'intimé comprend la critique effectivement portée, de sorte que cette absence ne lui cause aucun grief : soulever la nullité pour vice de forme de la déclaration d'appel dépourvue de la critique de chefs de jugement spécifiques est en général voué à l'échec. Mais surtout, d'un avis unanime des professionnels, magistrats comme avocats, la nullité de la déclaration d'appel présente d'autant moins d'intérêt que, même si par impossible elle est prononcée, le caractère interruptif de forclusion persiste (C. civ., art. 2241). L'appelant pourrait ainsi former un nouvel appel en respectant cette fois-ci le formalisme exigé par les textes.

En outre, Cour de cassation a assoupli le régime de la sanction applicable à l'appel « total » ou « général » en proposant une faculté singulière de régularisation de la nullité pour vice de forme (CPC, art. 115) encourue dans cette hypothèse. La nullité affectant la déclaration d'appel qui ne critique aucun chef de jugement peut, en effet, être couverte par l'appelant au moyen d'une nouvelle déclaration d'appel, déposée dans le délai qui lui est laissé pour conclure, soit trois mois en procédure de droit commun (CPC, art. 908), et un mois dans la procédure à bref délai (CPC, art. 905-2).

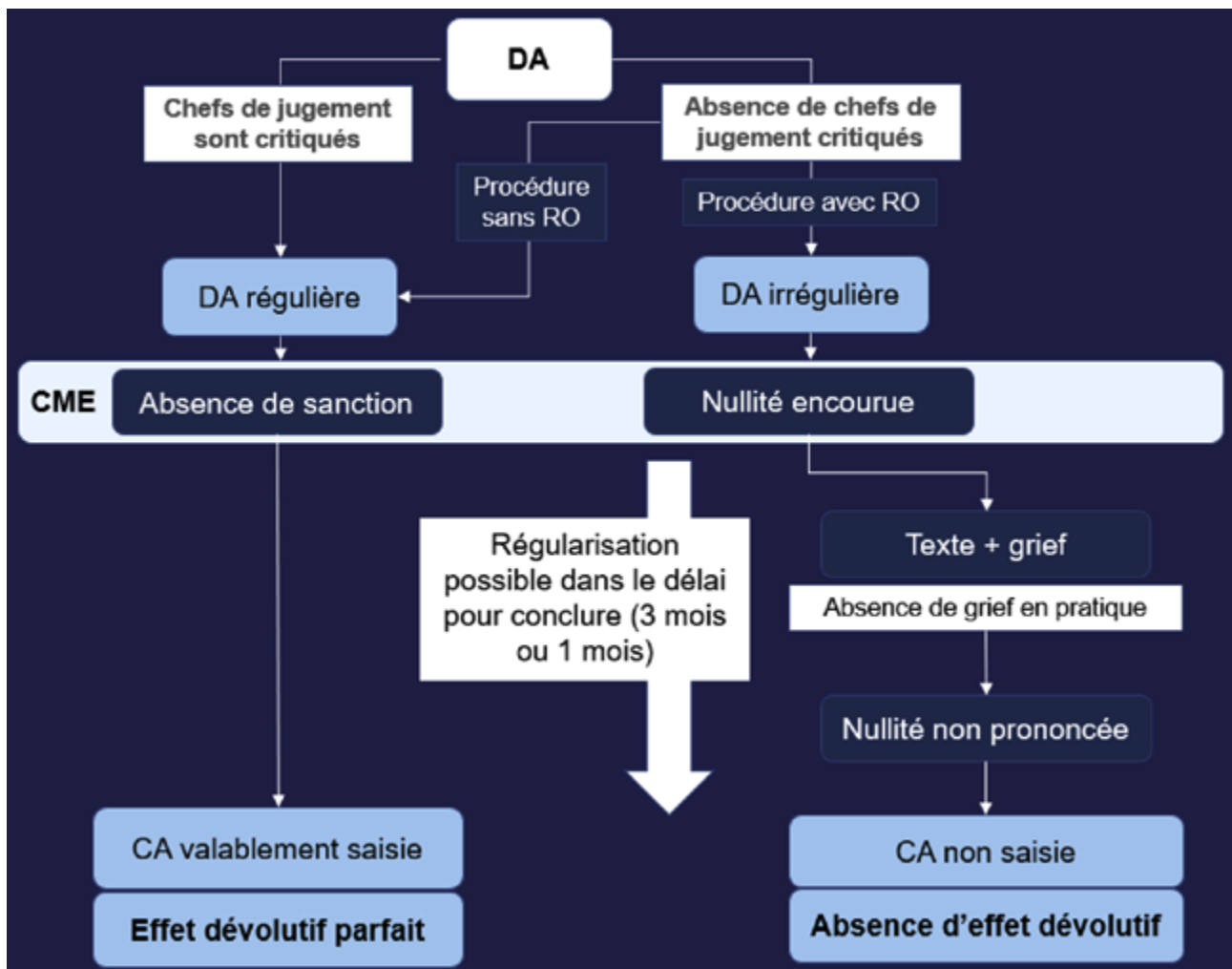
Même si la déclaration d'appel régularisatrice est enregistrée sous un nouveau numéro de rôle, elle s'incorpore

à la première déclaration d'appel de telle sorte qu'il faut conclure sous les deux numéros de rôle dans le délai de celle-ci en l'absence de jonction (Cass. 2^e civ., 19 nov. 2020, n° 19-13642). Il est vivement recommandé d'indiquer expressément dans l'objet de cette nouvelle déclaration d'appel qu'elle tend précisément à rectifier et/ou compléter la précédente pour éviter d'être jugée irrecevable faute d'intérêt pour agir.

En l'absence de régularisation, l'effet dévolutif ne peut pas jouer, et la cour d'appel ne peut que constater qu'elle n'est saisie d'aucun litige (Cass. 2^e civ., 30 janv. 2020, n° 18-55528 – Cass. 2^e civ., 2 juill. 2020, n° 19-16954). Sur cette question de l'effet dévolutif de la déclaration d'appel, la cour d'appel demeure seule compétente.

L'absence d'effet dévolutif est indépendante de toute notion de grief, qui est attachée à l'irrégularité de forme de la déclaration d'appel. Ainsi, il importe peu que l'intimé ait parfaitement compris, à la lecture des conclusions de l'appelant, les chefs de jugement critiqués : leur absence dans l'acte d'appel qui fonde, seul, l'effet dévolutif, prive la cour d'appel de la possibilité de statuer.

Cette solution est valable même dans l'hypothèse dans laquelle le conseiller de la mise en état aurait préalablement statué sur la demande d'annulation fondée sur l'absence de mention des chefs de jugement critiqués, et l'aurait rejetée faute de grief causé aux intimés (Cass. 2^e civ., 19 mai 2022, n° 21-10685).



Il est ici utile de rappeler que la nullité de la déclaration d'appel formant un appel « total » ou « général » n'est pas prévue dans le cadre de la procédure sans représentation obligatoire (Cass. 2^e civ., 9 sept. 2021, n° 20-13662), puisqu'elle aurait pour effet de sanctionner de manière excessive l'appelant qui n'est pas nécessairement adepte de la procédure d'appel. Cette solution est valable même si les parties ont choisi d'être assistées ou représentées par un avocat (Cass. 2^e civ., 29 sept. 2022, n° 21-23456).

II. FORCE DE CHOSE JUGÉE DU DIVORCE

Le prononcé du divorce met fin au devoir de secours qui existe entre les époux pendant la procédure de divorce (C. civ., art. 270) et qui a pu donner lieu au versement d'une pension alimentaire.

Depuis le 1^{er} septembre 2017, l'appelant ne peut plus interjeter un appel « total » ou « général ». L'époux appelant doit préciser, parmi les chefs du jugement de divorce, qu'ils soient relatifs à son prononcé ou à ses différentes conséquences, ceux qu'il entend critiquer devant la cour d'appel.

Lorsque l'époux appelant ne vise pas le prononcé du divorce dans sa déclaration d'appel, le divorce acquiert force de chose jugée (C. civ., art. 260) à la date du dépôt des premières conclusions de l'intimé, sous réserve que les conclusions de l'intimé ne forment pas appel incident sur le prononcé du divorce. Le mariage est alors dissous à la date de ce dépôt, qui marque la fin du devoir de secours pour l'époux qui en serait débiteur (Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2022, n° 20-22793).

Lorsque l'époux appelant mentionne le prononcé du divorce dans sa déclaration d'appel, ou lorsque l'époux intimé interjette appel incident sur le prononcé du divorce, la situation est différente pour le débiteur du devoir de secours. Sauf acquiescement ou désistement, le prononcé du divorce ne peut acquérir force de chose jugée avant le prononcé de l'arrêt. L'effet suspensif de l'appel jouant pleinement (CPC, art. 539), les versements de la pension alimentaire due au titre du devoir de secours doivent se

poursuivre. Interjeter appel du prononcé du divorce a donc pour conséquence le maintien du devoir de secours, que l'appelant discute ou non le prononcé du divorce.

La question de l'intérêt à faire appel du prononcé du divorce rendu conformément aux prétentions de l'appelant a été renouvelée par la fin de l'appel général même si, sous l'empire des textes en vigueur avant le 1^{er} septembre 2017, l'intérêt à interjeter appel qui avait pour mesure la succumbance résidant dans le fait de ne pas avoir obtenu satisfaction sur un ou plusieurs chefs de demande présentés en première instance, s'appréciait déjà chef par chef (Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2021, n° 19-10550).

Saisie d'une demande d'avis portant spécifiquement sur cette question de l'intérêt à faire appel du prononcé du divorce, la Cour de cassation a très récemment confirmé (Cass. 1^{re} civ., avis, 20 avr. 2022, n° 22-70001) que l'appréciation de l'intérêt à faire appel s'apprécie chef par chef, et ce, même si tous les chefs d'un jugement de divorce sont attaqués. Il s'ensuit que lorsque le divorce a été prononcé conformément à ses prétentions de première instance, l'intérêt d'un époux à former appel de ce chef ne peut s'entendre de l'intérêt à ce que, en vertu de l'effet suspensif de l'appel, le divorce n'acquiert force de chose jugée qu'à la date à laquelle les conséquences du divorce acquièrent elles-mêmes force de chose jugée.

Seul l'époux qui n'a pas obtenu satisfaction sur la cause du divorce devant le premier juge dispose donc d'un intérêt à faire appel du prononcé du divorce. Il s'agira de l'époux à l'encontre de qui le divorce a été prononcé sur le fondement de la faute à ses torts exclusifs, alors qu'il faisait valoir des torts partagés ou des torts exclusifs à l'autre époux, ou bien de l'époux à l'encontre de qui le divorce a été prononcé sur le fondement de la faute aux torts partagés, alors qu'il faisait valoir des torts exclusifs à l'autre époux, ou encore de l'époux à l'encontre de qui le divorce a été prononcé sur le fondement de l'altération définitive du lien conjugal, alors qu'il sollicitait un autre fondement de divorce.

Type de divorce	Succumbance	Intérêt à agir	Fondement
Divorce accepté	Acceptation	NON	Article 233 du Code civil
Divorce pour altération définitive du lien conjugal	Époux appelant a succombé (ne voulait pas ce fondement de divorce)	OUI	Cour de cassation, 1 ^{re} chambre civile, avis, 20 avril 2022, n° 22-70001
	Époux appelant a obtenu gain de cause (voulait ce fondement de divorce)	NON	
Divorce pour faute aux torts exclusifs	Époux appelant a succombé (divorce prononcé à ses torts)	OUI	
	Époux appelant a obtenu gain de cause (divorce prononcé aux torts exclusifs de l'autre époux)	NON	
Divorce pour faute aux torts partagés	Époux appelant a succombé (voulait un divorce aux torts exclusifs)	OUI	
	Époux appelant a obtenu gain de cause (l'autre époux voulait un divorce aux torts exclusifs)	NON	

En pratique, lorsque le juge de première instance a prononcé le divorce conformément au souhait d'un époux, et que celui-ci interjette néanmoins appel du principe du divorce, l'irrecevabilité de son appel pourra être soulevée par l'autre époux en tout état de cause, sans qu'il n'ait à justifier d'un quelconque grief (CPC, art. 123 et 124).

Le conseiller de la mise en état est exclusivement compétent pour connaître de cette fin de non-recevoir (CPC, art. 907, 914 et 789) en lien avec la procédure d'appel (Cass. 2^e civ., avis, 3 juin 2021, n^o 21-70006), jusqu'à son dessaisissement. La déclaration d'appel émanant de l'époux qui n'aurait pas succombé en première instance encourt donc, au moins pour partie, l'irrecevabilité. Sa décision peut être déférée à la cour d'appel (CPC, art. 916).

Dans l'attente de la décision statuant sur l'irrecevabilité, l'époux débiteur du devoir de secours devra en poursuivre les versements, l'effet suspensif de l'appel continuant de jouer tant qu'il n'a pas été déclaré irrecevable. Si l'époux débiteur du devoir de secours s'abstient de payer, c'est au risque d'une procédure pour abandon de famille et de saisie, puisqu'il n'existe ni texte justifiant son absence de paiement, ni décision de justice le dispensant de cette obligation.

La Cour de cassation n'a pas encore été appelée à se prononcer sur la date à laquelle le divorce acquerrait force de chose jugée, dans une hypothèse où l'appel sur le prononcé du divorce serait déclaré irrecevable pendant l'instance d'appel. Il est prudent de considérer que, sauf acquiescement ou désistement, le prononcé du divorce ne pourra acquérir force de chose jugée avant qu'il soit définitivement statué sur l'irrecevabilité de l'appel sur le prononcé du divorce.

Si la pension alimentaire versée à ce titre l'a été au-delà de cette date, certains auteurs (J. Casey, « Maintien du devoir de secours et appel : un avis logique, un droit très injuste », AJ fam. 2022, p. 281) préconisent à l'époux

débiteur d'en solliciter le remboursement par une mise en demeure de l'époux créancier, et de saisir le juge de l'exécution à défaut de paiement de sa part.

La date à laquelle le prononcé du divorce acquiert force de chose jugée est également une date qui intéresse la prestation compensatoire et qui, dès lors, doit être anticipée.

C'est d'abord à cette date que le juge doit apprécier le droit à prestation compensatoire. Si le divorce n'a pas acquis force de chose jugée, c'est à la date de la décision à intervenir que le juge et les parties se placent. Ces dates sont donc celles pour les parties et leurs avocats, sur la base desquelles ils doivent, dans leurs écritures et leurs dossiers, justifier ou contester l'existence d'une disparité dans les conditions de vie des parties résultant de la rupture du mariage.

La date à laquelle le prononcé du divorce acquiert force de chose jugée est ensuite la date à laquelle la prestation compensatoire peut être assortie de l'exécution provisoire, bien qu'elle ne puisse en principe pas faire l'objet d'une exécution provisoire (CPC, art. 1079, al. 1). Il en va différemment lorsque le prononcé du divorce, ayant acquis force de chose jugée, est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives pour le créancier (CPC, art. 1079, al. 2). Cette disposition permet donc d'anticiper la situation financière délicate dans laquelle l'époux créancier pourrait se trouver si l'époux débiteur limitait son appel à la prestation compensatoire.

Dans le cas où l'exécution provisoire de la prestation compensatoire aurait été refusée par le premier juge (CPC, art. 517-2), il existe une session de rattrapage en cause d'appel, envisageable en cas d'urgence, devant le conseiller de la mise en état, ou devant le premier président de la cour d'appel. Si l'époux créancier de la prestation compensatoire a simplement oublié d'en solliciter l'exécution provisoire par anticipation en première instance, il pourra également passer par cette voie (CPC, art. 514-3).

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

La procédure participative GPL447p5

L'essentiel

Il a été rappelé que la procédure participative s'est créée par une stratification légale et réglementaire et est codifiée aux articles 2062 à 2068 du Code civil et aux articles 1542 à 1567 du Code de procédure civile.

Il s'agit d'un contrat spécial, d'abord destiné à permettre aux parties de rechercher un accord amiable et à défaut d'accord, de saisir le juge pour qu'il statue, sans subir les délais de la juridiction. Il a ensuite été étendu à la mise en état du litige.

En atelier, la procédure participative a été présentée en schémas, qui ont permis de rappeler sa genèse, et ses règles.

Par

Hélène MOUTARDIER
Avocat au barreau de
l'Essonne, spécialiste
en droit de la famille,
des personnes et de
leur patrimoine, ancien
bâtonnier, médiateur

Renaud LE BRETON DE
VANNOISE
Premier président de la
cour d'appel d'Aix-en-
Provence

et Natalie FRICERO
Professeur à l'université
Côte d'Azur, ancien
membre du Conseil
supérieur de la
magistrature

I. LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE DE RECHERCHE D'UN ACCORD AMIABLE ET LA FORCE EXÉCUTOIRE

A. La procédure participative : les règles principales

Un monopole des avocats. D'entrée de jeu, il convient de souligner le monopole des avocats en la matière, posé par les articles 2064 du Code civil et 4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 : « Nul ne peut s'il n'est avo-

cat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le Code civil. »

Les honoraires de l'avocat. Avec le client, envisager les honoraires prévisibles sera plus aisé, si l'avocat travaille au temps passé, mais il est aussi possible de travailler au forfait, et il est rappelé qu'à l'aide juridictionnelle, l'avocat perçoit la même indemnité qu'en procédure judiciaire, sous réserve d'achever les diligences.

Un rôle prépondérant de l'avocat. L'acte de procédure contresigné par avocats (APA) est l'outil majeur entre les mains exclusives des avocats. Les avocats deviennent ensemble les pilotes de la procédure, de l'administration de la preuve, voire de la résolution du litige, le juge demeurant potentiellement présent, mais en retrait.

La bonne foi. Le client doit être de bonne foi, ce qui correspond à la loyauté dans les échanges judiciaires.

B. La conclusion de la convention de procédure participative

Selon l'article 1546 du Code de procédure civile (CPC), la convention doit à peine de nullité préciser son terme, l'objet du différend, les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange, le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. Outre les autres mentions devant figurer dans la convention, visées à l'article 1545 du CPC, les avocats doivent organiser les modalités de recherche de l'accord amiable et envisager d'insérer une clause de confidentialité des échanges dans le cadre des négociations.

En matière familiale, l'article 388-1 du Code civil devra être visé, prévoyant l'éventuelle audition de l'enfant par le juge, s'il en fait la demande, préalablement à toute audience de jugement, ainsi que l'éventuelle vérification de la loi applicable, ou l'insertion d'un accord sur ce point dans l'objet du litige s'il fait débat.

C. Les effets de la convention

1. La suspension des délais. L'article 2238 du Code civil dispose que « la prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative (...) ».

(...) En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois ».

2. L'irrecevabilité de la demande pour statuer sur le fond du litige (C. civ., art. 2065 modifié par la l. n° 2016-1547, 18 nov. 2016).

Il s'agit donc d'une fin de non-recevoir, et non d'une exception de procédure.

Elle comprend deux dérogations :

– l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre partie à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige ;

– en cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties.

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

D. L'issue de la procédure participative : articulation de la phase conventionnelle initiale avec la phase judiciaire éventuelle (CPC, art. 1556)

Trois cas de figure sont ainsi envisagés :

1. Un échec de l'amiable et le jugement de l'entier différend ou du différend résiduel. Deux innovations importantes doivent être soulignées :

– une saisine simplifiée du juge par voie de *requête (conjointe ou unilatérale)* ;

– un *accès direct* au juge dispensant de la procédure de mise en état, lorsqu'il est saisi par requête conjointe. L'article 1560 du CPC rappelle ce que doit contenir cette requête conjointe, et notamment les prétentions respectives des parties relativement aux points sur lesquels elles restent en litige, accompagnées des moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées. Elle doit être rédigée à quatre mains.

C'est bien dans ces deux aspects que *l'échec sur la recherche d'un accord au fond* peut être véritablement transformé en un succès procédural susceptible de faire gagner un précieux temps aux parties.

Le principe : le litige est fixé par la requête conjointe (CPC, art. 1561) : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties telles que formulées dans la requête prévue à l'article 1560 (...) ». Ne peuvent donc être modifiés :

– les prétentions exposées initialement dans la requête conjointe (sauf réactualisation de la créance à exécution successive, opposer un paiement ou une compensation ultérieure ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait postérieur à l'établissement de l'accord) ;

– les moyens de droit, exposés initialement dans la requête (sauf réponses aux questions du juge).

À partir de la requête conjointe jusqu'au jugement de l'affaire, on applique un principe d'immutabilité du litige.

À défaut de pouvoir signer une requête conjointe, il sera possible de déposer une requête unilatérale dans les trois mois du terme de la phase conventionnelle. La partie demanderesse sera dispensée de toute conciliation ou médiation préalable obligatoire, et elle pourra solliciter une clôture dès l'audience d'orientation.

Il reste bien entendu possible de saisir la juridiction par la voie de droit commun, comme s'il n'y avait pas eu de procédure participative ; les parties subiront alors les délais de la juridiction.

2. Un accord total. Les parties ont désormais le choix entre la procédure d'homologation de l'accord, lequel doit être formalisé par acte sous signatures privées contresigné par avocats, ou l'apposition de la formule exécutoire par le greffier du tribunal.

On connaît les modalités de l'homologation de l'accord total sur le fond du litige, par le juge. Il est impératif de solliciter l'homologation de l'accord auprès du juge qui aurait été compétent pour connaître du litige, et non auprès du président du tribunal (CPC, art. 1565).

Nouveauté : l'apposition de la formule exécutoire par le greffe.

– **Article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution (art. 44, L. n° 2021-1729, 22 déc. 2021, entrée en vigueur le 24 déc. 2021)** : constitue désormais des titres exécutoires les transactions et les actes constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente.

– **Article 1568 à 1571 du CPC (D. n° 2022-245, 25 févr. 2022)** :

- demande, forme et compétence (CPC, art. 1568).

Lorsque l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative prend la forme d'un acte contresigné par les avocats de chacune des parties, cet acte peut être revêtu, à la *demande d'une partie*, de la formule exécutoire.

La demande est formée par écrit, en double exemplaire, auprès du greffe de la juridiction du domicile du demandeur matériellement compétente pour connaître du contentieux de la matière dont relève l'accord.

Le greffier n'appose la formule exécutoire qu'après avoir vérifié sa compétence et la nature de l'acte, et, lorsque l'accord porte sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, s'il est fait mention dans l'acte de ce que le mineur capable de discernement a été avisé de son droit d'être entendu et, le cas échéant, qu'il n'a pas souhaité faire usage de cette faculté (CPC, art. 1568-1 ; D. n° 2023-25, 23 janv. 2023),

- apposition de la formule exécutoire et communication (CPC, art. 1569).

L'acte contresigné par les avocats et revêtu de la formule exécutoire (ou la décision de refus du greffier) est remis ou adressé au demandeur par *lettre simple*.

Le double de la demande ainsi que la copie de l'acte et, le cas échéant, la décision de refus du greffier sont conservés au greffe,

- demande de suppression de la formule exécutoire (CPC, art. 1570).

Toute personne intéressée peut former une demande aux fins de suppression de la formule exécutoire devant la juridiction dont le greffe a apposé cette formule.

La demande est formée, instruite et jugée selon les règles de la *procédure accélérée au fond*.

Particularité procédurale relative au divorce.

– **Article 2067 du Code civil** : « Une convention de procédure participative peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution consensuelle en matière de divorce ou de séparation de corps.

L'article 2066 n'est pas applicable en la matière. La demande en divorce ou en séparation de corps présentée à la suite d'une convention de procédure participative est formée et jugée suivant les règles prévues au titre VI du livre I^{er} relatif au divorce. »

3. Inexécution de la convention de procédure participative. L'une des parties mettra un terme prématuré à la procédure participative et saisira la juridiction, après tentative de conciliation ou médiation éventuellement préalable, si elle est obligatoire.

II. LA MISE EN ÉTAT (MEE) PARTICIPATIVE

Les mêmes textes sont applicables sur le fond : bonne foi ; des droits disponibles ; une convention écrite ; visant le terme ; l'objet du différend ; les informations et pièces nécessaires ; les modalités de leur communication ; les actes de procédures d'avocats envisagés ; outre les éléments tels que les noms des parties et des avocats ; la répartition des frais...

La convention peut être conclue à tout moment de la procédure judiciaire.

A. L'articulation de la MEE conventionnelle avec la MEE judiciaire (les effets sur le judiciaire)

L'article 1546-1 du CPC : la signature d'une convention de procédure participative de mise en état ne vaut plus renonciation de chaque partie à se prévaloir d'une fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des effets de l'article 47 du CPC.

Les effets spécifiques à l'appel. L'article 1546-2 du CPC dispose : « Devant la cour d'appel, l'information donnée au juge de la conclusion d'une convention de procédure participative entre toutes les parties à l'instance d'appel interrompt les délais impartis pour conclure et former appel incident mentionnés aux articles 905-2 et 908 à 910. L'interruption de ces délais produit ses effets jusqu'à l'information donnée au juge de l'extinction de la procédure participative ».

Les effets devant toute juridiction : interruption de l'instance et de la péremption d'instance. L'article 369 du CPC a été modifié par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 et est ainsi rédigé : « L'instance est interrompue par : (...) - la conclusion d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état y compris en cas de retrait du rôle ».

L'article 392 du CPC précise que « l'interruption de l'instance emporte celle du délai de péremption ».

Un nouveau délai court à compter de l'extinction de la convention de procédure participative aux fins de mise en état. »

B. L'issue de la mise en état participative (MEP) conventionnelle

L'extinction de la convention de MEP. L'article 1555 du CPC dispose : « La procédure participative s'éteint par :

- l'arrivée du terme de la convention de procédure participative ;
- la résiliation anticipée et par écrit de cette convention par les parties assistées de leurs avocats ;
- la conclusion d'un accord mettant fin en totalité au différend ou au litige ou l'établissement d'un acte constatant la persistance de tout ou partie de celui-ci ;
- l'inexécution par l'une des parties, de la convention ;
- la saisine du juge, dans le cadre d'une procédure participative aux fins de mise en état, aux fins de statuer sur un incident, sauf si la saisine émane de l'ensemble des parties ».

Deux observations doivent être ici formulées :

Tous ces modes d'extinction s'appliquent à la convention de procédure participative de mise en état.

- la résolution de la convention, 4° Mode d'extinction, doit être constatée par le juge de la mise en état (ou le conseiller). La procédure de mise en état reprend alors, si la résolution est prononcée, dans sa forme traditionnelle ;
- les effets des actes accomplis sous l'empire de la convention, sauf clause contraire dans la convention ou dans chacun des actes, ne sont pas éteints avec la résolution de celle-ci.

Si le juge est saisi conjointement par les parties d'un incident, la convention n'est pas éteinte (CPC, art. 1555, 5°). Le juge de la mise en état joue ici le rôle de juge d'appui, afin de permettre aux parties de passer outre la difficulté, et de poursuivre l'exécution de la convention de MEP.

L'audience de jugement au fond. Selon l'article 1564-6 du CPC : « Lorsque le juge est saisi sur le fondement des dispositions des articles 1564-3 et 1564-4, l'affaire est fixée à bref délai ».

Ces dispositions très importantes, car de nature à motiver à emprunter la voie contractuelle de la mise en état, sont applicables quelle que soit la voie procédurale retenue, avec ou sans retrait du rôle.

D'autres dispositions sont en revanche propres à chacune des voies procédurales de MEP.

- La voie procédurale d'exception (pas de retrait du rôle ; CPC, art. 1546-1).

À la demande des parties, le juge fixe la date de l'audience de clôture et plaidoirie, immédiatement postérieure au terme de la convention de procédure participative.

- Le terme de la procédure.

En application de l'article 1564-7 du CPC, les parties devront déposer avant l'audience de clôture un acte de procédure d'avocats formalisant les éventuels points faisant l'objet d'un accord entre les parties, ainsi que les prétentions respectives des parties relativement aux points sur lesquels elles restent en litige, accompagnées des moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées, ainsi que les bordereaux des pièces communiquées durant la phase conventionnelle.

- La voie procédurale de principe : le retrait du rôle [CPC, art. 1546-1].

Les parties choisiront cette voie lorsqu'elles entendent disposer de temps pour tenter de trouver un accord sur le fond, ou lorsqu'elles envisagent de désigner un technicien.

- Règles propres au rétablissement.

Aux termes des articles 1564-2 à 1564-4 du CPC :

- en cas d'accord sur le fond.

Les parties concluent au rétablissement de l'affaire et l'homologation de l'accord, par le juge de la mise en état.

Lorsque l'accord concerne un mineur capable de discernement, notamment lorsqu'il porte sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la demande mentionne les conditions dans lesquelles le mineur a été informé de son droit à être entendu par le juge ou la personne désignée par lui et à être assisté par un avocat.

Nota bene : en matière de divorce, les parties pourront conclure une convention de divorce par consentement mutuel,

- en cas d'accord partiel, ou sans accord sur le fond, dès lors que la mise en état a été menée à son terme.

La demande de rétablissement est accompagnée d'un acte de procédure d'avocats, formalisant les éventuels points faisant l'objet d'un accord entre les parties, ainsi que les prétentions respectives des parties relativement aux points sur lesquels elles restent en litige, accompagnées des moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées.

– La remise au rôle en cas d'échec de la MEP.

L'affaire sera rétablie et renvoyée en mise en état judiciaire.

III. L'ACTE DE PROCÉDURE CONTRESIGNÉ PAR AVOCATS (APA)

Innovations :

- L'APA est détaché de la procédure participative ;
- le rapport du technicien désigne sur le fondement des articles 1547 et suivants du CPC a valeur d'expertise judiciaire (CPC, art. 1554).

Les avocats peuvent désormais établir des actes de procédure contresignés par avocats hors procédure participative, hors toute procédure (en lieu et place du référé, CPC, art. 145, par ex.), ou en cours de mise en état judiciaire ou participative.

Ils peuvent ainsi désigner un technicien dont le rapport aura valeur de rapport d'expertise judiciaire (CPC, art. 1554).

Exemple d'APA : pour faciliter la conclusion de la convention de MEP. Deux actes préalables à la convention vont pouvoir jouer ce rôle préparatoire :

- l'acte d'audition des parties ;
- l'acte de constatation sur les lieux : il peut être préparatoire ou s'inscrire au cœur de la convention de procédure participative.

Exemple d'APA : la désignation d'un technicien.

– L'APA, un outil novateur d'administration amiable de la preuve : il est prévu par le nouvel article 1546-3 du CPC la désignation par APA d'un technicien, d'un conciliateur ou d'un médiateur.

– La désignation d'un technicien peut se faire de deux manières :

- selon la procédure des articles 1547 et suivants du CPC définissant les modalités de désignation d'un technicien, son rapport aura alors valeur d'expertise judiciaire,

- indépendamment de l'article 1547 du CPC (consultation et constatations, ou rédigé par les avocats).

Exemple d'APA : l'acte de procédure contresigné par avocat d'audition de tiers. L'APA d'audition de témoin offre une crédibilité supérieure à l'attestation.

Focus sur l'audition de tiers : témoins, experts, « *amicus curiae* ».

Exemple d'APA : APA de définition du champ de l'office du juge. Les actes de procédure contresignés par avocats de constatation des pièces et des actes. L'accord sur l'interprétation de pièces dont l'examen est fastidieux pour le juge. On imagine aisément, en matière de contentieux familial, le temps gagné pour le juge, et donc le temps de délibéré gagné pour les parties si, plutôt que de charger le juge d'un lot abondant de pièces justificatives, les parties peuvent les synthétiser, par acte de procédure d'avocats, et préciser le sens qu'elles s'accordent à leur donner.

Le juge est lié par l'interprétation donnée ensemble par les parties, celles-ci n'ayant pas à produire les pièces en cause.

L'accord sur l'interprétation des faits ou actes juridiques.

L'acte de procédure contresigné par avocats de qualification fixe, celle que les parties s'accordent à donner à un fait ou à un acte juridique. Cette qualification lie, dans la limite des droits dont elles ont la libre disposition, les parties dans le règlement de leur litige et le juge, appelé, le cas échéant, à le trancher, conformément au troisième alinéa de l'article 12 du CPC.

Exemple d'APA : APA de recueil en commun des preuves détenues chez un tiers. Problématique : lorsque la preuve est détenue par un tiers.

Avec l'APA : les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats instrumentant ensemble, peuvent prendre l'attache du tiers et sans que celui-ci n'ait à se départir de sa pièce probante, restituer le sens à lui donner pour les besoins du litige au sein d'un APA.

Les parties gagneront un temps précieux. Le tiers ne s'exposera pas aux injonctions désagréables, parfois prononcées sous astreinte, pour produire une pièce dans un litige qui ne le concerne pas.

ATELIERS DE FORMATION DU JEUDI

Les soins psychiatriques sans consentement GPL447p6

L'essentiel

Tous les avocats peuvent rencontrer dans l'exercice de leur activité un client qui fait l'objet d'une hospitalisation psychiatrique sans consentement que ce soit en cas de burn-out, d'un deuil ou d'un divorce particulièrement douloureux, voire dans le cadre de poursuites pénales.

Voilà pourquoi il est important de leur présenter cette matière particulière aux confins de la médecine et du droit.

Par

Letizia MONNET-PLACIDI

Avocate au barreau de Paris, référente hospitalisations sans consentement de l'Antenne des majeurs vulnérables du barreau de Paris, trésorière de l'association Avocats, droits et psychiatrie

Corinne VAILLANT

Avocate au barreau de Paris, présidente de l'association Avocats, droits et psychiatrie

et Nathalie de SEGUIN

Avocate au barreau de Toulouse, vice-présidente de la commission Hospitalisation sous contrainte du barreau de Toulouse, membre de l'association Avocats, droits et psychiatrie

Pourquoi proposer aux avocats un atelier sur les soins sans consentement ?

L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique (CSP) consacre la liberté de soins et la nécessité de recueillir préalablement le consentement aux soins. C'est le principe en toute matière y compris en psychiatrie.

En France, une personne sur cinq est touchée par un trouble psychiatrique soit 13 millions de personnes. Cela signifie que tout un chacun va croiser le chemin d'un proche, d'une relation, d'un client concerné par ces troubles. Parmi ces personnes, certaines font l'objet d'hospitalisation en clinique ou à l'hôpital, à 95 %

librement.

L'exception, ce sont les soins sous la contrainte. En 2021, 95 500 personnes ont fait l'objet de soins psychiatriques sous contrainte, soit plus de 5 % de personnes suivies dans un établissement de santé et parmi elles, 78 400 ont été hospitalisées à temps plein et sans leur consentement. Pour comparaison, il y avait, au 1^{er} octobre 2022, 73 350 détenus en prison.

Tout le monde est concerné par le trouble psychique mais les soins sans consentement sont l'exception. Connaître ce que recouvre cette notion peut permettre d'accompagner utilement un client qui, au décours d'un divorce, d'un deuil, d'un burn-out ou d'un licenciement fait l'objet d'une mesure de soins sans consentement. Il est alors important de distinguer les notions et les définitions propres à la matière.

Pour aborder les notions actuelles, un rappel historique s'impose.

I. RAPPEL HISTORIQUE

Pendant 150 ans, les hospitalisations sans consentement ont été régies par la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. Celle loi, d'une longévité exceptionnelle, distinguait déjà deux types d'hospitalisations de nature administrative, les « placements volontaires » (qui n'avaient rien de volontaire) étaient décidés par le directeur de l'hôpital sur la volonté d'un tiers et les « placements d'office » ordonnés par le préfet dans le cadre de ses pouvoirs de police administrative en cas de trouble à l'ordre public. Il n'existait aucune procédure de contrôle de ces mesures.

Pour sortir d'une hospitalisation contrainte, une seule issue alors : saisir le président du tribunal par une simple requête lequel pouvait, après les vérifications nécessaires (souvent une expertise médicale), ordonner ou non la sortie de l'établissement hospitalier. Ce recours facultatif ouvert à l'intéressé, à sa famille ou à ses amis n'était encadré par aucune procédure et aucun délai ; aucune information du justiciable n'était prévue. Cette procédure mal connue était donc fort peu utilisée.

Une réforme est intervenue avec la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 mais elle n'a pas modifié fondamentalement cette voie de recours. Ce texte a consacré le principe de l'hospitalisation libre en matière psychiatrique, la privation de liberté devenant l'exception. Pour la première fois la notion de droit des personnes hospitalisées a été codifiée mais la loi n'a pas remis en cause de caractère administratif des décisions d'internement prises par le directeur de l'hôpital (appelées dorénavant hospitalisations à la demande d'un tiers, HDT) ou le préfet (hospitalisations d'office, HO). Si le tribunal administratif était seul compétent pour annuler une décision irrégulière il ne pouvait en tirer les conséquences en ordonnant la sortie de la personne internée de l'hôpital. Seul le juge judiciaire pouvait le faire sans compétence pour annuler une décision illégale.

Entre 2000 et 2010, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a condamné la France à plusieurs reprises pour violation de l'article 5, § 4, de la Convention européenne des droits de l'Homme après avoir jugé que les intéressés ne disposaient pas d'un recours effectif et que le bref délai dans lequel le juge devait statuer sur la légalité de leur détention n'était pas respecté (CEDH, 8 nov. 2010, n° 35935/03, Baudouin c/ France).

Le 26 novembre 2010, le Conseil constitutionnel, saisi d'une première QPC relative à l'HDT, a déclaré contraires à la constitution les dispositions de la loi relative au maintien de ces mesures en jugeant que « la liberté individuelle

ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que, toutefois, les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai ; qu'en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L. 337 méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution ; qu'en outre, ni l'obligation faite à certains magistrats de l'autorité judiciaire de visiter périodiquement les établissements accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux, ni les recours juridictionnels dont disposent ces personnes pour faire annuler la mesure d'hospitalisation ou y mettre fin ne suffisent à satisfaire à ces exigences » (Cons. const., QPC, 26 nov. 2010, n° 2010-71).

Le 9 juin 2011, le Conseil a suivi le même raisonnement s'agissant des décisions prises par le préfet (Cons. const., QPC, 9 juin 2011, n° 2011-135/140).

La loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 a donc institué cette nouvelle procédure de contrôle à 15 jours (ramenée à 12 jours par la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013) et est entrée en vigueur le 1er août suivant, date de report des effets de l'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel. Elle est codifiée aux articles L. 3211-1 et suivants du CSP. Quant à la procédure, elle est aussi détaillée aux articles R. 3211-7 et suivants.

II. LES NOTIONS À CONNAÎTRE EN LA MATIÈRE

A. Le principe

Un postulat à ne jamais perdre de vue face à ces troubles toujours déstabilisants : *La liberté est la règle, la privation de celle-ci l'exception.*

Le premier réflexe face à un client délirant pourra être de se dire que malade, il nécessite de soins et qu'après tout il est enfermé pour son bien.

L'article 5, § 1, e, de la CEDH nous oblige à aller plus loin vers l'essentiel : « Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : e) s'il s'agit de la détention régulière d'un aliéné. » La jurisprudence de la Cour européenne est d'ailleurs constante en la matière : « La Cour rappelle que l'article 5, § 1 de la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en respecter les normes de fond comme de procédure, mais il exige, de surcroît, que la privation de liberté intervenue ne soit pas contraire au but de cet article, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire » (CEDH, 3^e sect., 19 mai 2004, n° 44568/98, RL et M-JD c/ France, cons. 112).

« La privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie que lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention. Il doit être établi que la privation de liberté de l'intéressé était indispensable au vu des circonstances (Witold Litwa c. Pologne, [CEDH, 4 avr. 2000, n° 26629/95], § 7) » (CEDH, 3^e sect., 19 mai 2004, n° 44568/98, cons. 116). Sinon il ne doit pas être privé de sa liberté et soigné dans des structures libres.

B. Les notions essentielles

La première question qui se pose consiste à déterminer sous quel régime est enfermé le client. Il ne le sait pas forcément lui-même donc il faut au préalable savoir de quoi on parle.

1. Les deux catégories de mesures de soins sans consentement.

– Les soins sans consentement sur demande d'un tiers (CSP, art. L. 3212-1, II, 1^o) (SPDT).

Une personne atteinte de troubles mentaux ne peut faire l'objet de soins psychiatriques sur la décision du directeur d'un établissement psychiatrique que si ses troubles mentaux rendent impossible son consentement et que son état mental impose des soins immédiats assortis d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète, soit d'une surveillance médicale régulière justifiant une prise en charge sous forme d'un programme de soins (CSP, art. L. 3212-1, 1^o).

Le directeur prend sa décision dès lors qu'il est saisi par la demande d'un tiers et que lui sont présentés deux certificats médicaux, établis depuis moins de 15 jours, l'un par un médecin n'exerçant pas dans l'établissement d'accueil et l'autre pouvant exercer dans ce même établissement d'accueil. La demande du tiers doit comporter un certain nombre de mentions manuscrites, être datée et signée (CSP, art. R. 3212-1). Le tiers peut être toute personne susceptible d'agir dans l'intérêt du patient c'est-à-dire soit un membre de sa famille ou de son entourage, soit une autre personne pouvant justifier de l'existence de relations antérieures à la demande à l'exclusion des personnels soignants dès lors qu'ils exercent dans l'établissement d'accueil. Le tiers doit être en mesure de justifier de l'existence de relations antérieures à la demande lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt du patient, ces relations pouvant être de nature personnelle ou professionnelle. Ainsi un mari peut être le tiers et demander à ce titre l'hospitalisation sous contrainte de son épouse, par contre, s'il est en instance de divorce ou bien si le couple ne vit plus ensemble depuis des années, il ne pourra être considéré comme un tiers régulier et cela invalidera la mesure.

Il existe deux cas dérogatoires à ce régime général :

- l'hospitalisation en cas de péril imminent (SPPI) (CSP, art. L. 3212-1, II, 2^o),
- les soins psychiatriques ordonnés à la demande d'un tiers en urgence (SPDTU) (CSP, art. L. 3212-3).

S'agissant de l'admission en péril imminent, celle-ci ne peut intervenir que si deux conditions cumulatives sont réunies : il s'avère impossible d'obtenir la demande d'un tiers et il existe, à la date d'admission, un péril imminent pour la santé de la personne dûment constaté par un certificat médical établi par un médecin n'exerçant pas dans l'établissement d'accueil. Le directeur de l'établissement doit rechercher un tiers et en justifier. Il existe une abondante jurisprudence de la Cour de cassation qui exige que le péril imminent soit caractérisé (Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2021, n° 19-23581 et Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2021, n° 19-24064) dans la mesure où le justiciable hospitalisé dans ces conditions est privé du second certificat médical prévu dans le cas général.

L'hospitalisation à la demande d'un tiers en urgence ne peut quant à elle, intervenir *qu'à titre exceptionnel* en raison de l'urgence et s'il existe un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade. Dans ce cas la demande d'un tiers peut n'être accompagnée que d'un certificat médical qui peut émaner d'un médecin exerçant dans l'établissement. Malheureusement ces deux cas dérogatoires au régime général sont ceux que l'on rencontre le plus fréquemment.

– Les soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État (SPDRE) (CSP, art. L. 3213 et s.).

Le représentant de l'état dans le département et, à Paris, le préfet de police prononcent l'admission en soins psychiatriques sur la base de deux critères cumulatifs :

- les troubles mentaux dont souffre la personne nécessitent des soins,
- et ces troubles compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte de façon grave à l'ordre public.

La Cour de cassation veille attentivement à ce que soit qualifié le danger pour l'ordre public ou la sûreté des personnes dans ce type de mesure de police.

En cas de danger imminent pour la sûreté des personnes attesté par un avis médical, le maire dans les communes et le commissaire de police à Paris peuvent prendre toutes les mesures provisoires à l'égard de personnes présentant des troubles mentaux manifestes à charge d'en référer au préfet dans les 24 heures afin que celui-ci statue sans délai.

Le représentant de l'État peut également ordonner des soins psychiatriques sous la contrainte après une décision judiciaire fondée sur l'irresponsabilité pénale, classement sans suite, ordonnance de non-lieu, etc.

Les détenus sont également hospitalisés sous ce régime lorsqu'ils nécessitent des soins en milieu psychiatrique.

Une fois déterminé le régime de l'hospitalisation libre ou non, sur décision du directeur de l'établissement ou du préfet, il faut alors comprendre comment se déroule celle-ci pour pouvoir, une fois contacté par le client, lui poser les questions adéquates.

En effet, la réponse à apporter sera différente si l'on est au cours de la période d'observation, avant ou après la saisine du juge, avant ou après le renouvellement de la mesure, avant ou après un programme de soins ou une réintégration.

2. Le déroulement de la mesure d'hospitalisation complète sans consentement.

– La période d'observation.

Lorsqu'une personne est admise en soins psychiatriques sans consentement, elle fait l'objet d'une période d'observation et de soins initiale sous la forme d'une hospitalisation complète pendant 72 heures.

Dans les 24 heures suivant l'admission, un médecin réalise un examen somatique complet de la personne et un psychiatre établit un certificat médical constatant son état mental et confirmant ou non la nécessité de maintenir des soins psychiatriques sans consentement ; ce psychiatre ne peut être l'auteur du certificat médical ou d'un des deux certificats médicaux sur la base desquels la décision d'admission a été prononcée. Dans les 72 heures suivant l'admission, un nouveau certificat médical est établi dans les mêmes conditions. Ces certificats doivent être

horodatés car les délais se calculent en heure ainsi que l'a rappelé récemment la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 26 oct. 2022, n° 20-22827).

À l'issue de cette période d'observation, si l'un des deux certificats conclut que l'état de la personne ne justifie plus une telle mesure de soins, le directeur de l'établissement prononce immédiatement la levée de cette mesure. En revanche, si les deux certificats concluent à la nécessité de maintenir les soins psychiatriques contraints, le psychiatre propose alors dans le certificat de 72 heures sous quelle forme ceux-ci doivent se poursuivre soit en hospitalisation complète, soit sous forme d'un programme de soins. C'est également à l'issue de ces 72 heures que le directeur de l'établissement dans ce cas de figure prononce le maintien de la mesure pour une durée d'un mois (CSP, art. L. 3212-4).

En matière de soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État, la procédure est similaire : le directeur de l'établissement transmet les certificats de 24 et 72 heures au préfet qui, dans un délai de trois jours francs suivant la réception du dernier certificat, décide de la forme de la prise en charge, soit hospitalisation complète, soit programme de soins en fonction des préconisations du psychiatre et des exigences liées à la sûreté des personnes et à l'ordre public ; dans l'attente de la décision du préfet, la personne malade reste prise en charge sous forme d'une hospitalisation complète (CSP, art. L. 3213-1).

Ainsi à la fin de la période d'observation, il existe à chaque fois deux options, soit la main levée de la mesure de soins contraints (qui n'empêche pas de demeurer à l'hôpital sous forme d'hospitalisation libre), soit la confirmation de la mesure de soins sans consentement en hospitalisation complète ou en programme de soins. En matière de SPPI et SPDTU (régimes dérogatoires au régime général des soins psychiatriques à la demande d'un tiers, sur décision du directeur de l'hôpital), les certificats médicaux des 24 et 72 heures doivent être établis par des médecins distincts.

Donc si le client vient juste d'être hospitalisé, il conviendra d'attendre la fin de la période d'observation, qui constitue le premier cap pour savoir si les médecins décident de son maintien à l'hôpital. Si tel est le cas, la décision du directeur est prise pour une durée d'un mois à compter de la fin de la période d'essai.

Attention en matière de SDRE, c'est l'arrêté initial du préfet qui fixe sa durée à un mois.

Dans tous les cas de figure, il est important de définir quel est le point de départ des délais, qu'ils soient en jour ou en heure.

La Cour de cassation, aux termes de plusieurs arrêts (Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 2014, n° 11-28564), a jugé que les délais courent à compter de la décision d'admission soit du directeur soit du préfet.

En l'état actuel de cette jurisprudence, il n'est donc pas tenu compte de la période que peut passer l'intéressé au service des urgences avant d'être admis à l'hôpital (en contravention avec la circulaire du ministère de la Santé, circ., 29 juill. 2011, NOR : ETS1121499C, p. 3) ni des mesures provisoires qui peuvent être ordonnées par le maire ou le commissaire de police et qui peuvent entraîner une privation de liberté d'au moins 24 heures avant que le préfet ne signe un arrêté (en violation des dispositions de

l'article L. 3213-2 qui précise expressément que la période d'observation prend effet dès l'entrée en vigueur des mesures provisoires].

– La distinction entre l'hospitalisation complète et le programme de soins.

L'hospitalisation complète, comme son nom l'indique, entraîne une privation de liberté totale et l'intéressé reste à l'hôpital 24 heures sur 24 même si des sorties de courte durée, n'excédant pas 48 heures, peuvent être aménagées.

Le programme de soins, nouveauté de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, est un ensemble de modalités particulières de soins, alternatives à l'hospitalisation complète et pouvant prendre plusieurs formes, telles que rendez-vous réguliers au centre médico-psychologique (CMP), visites à domiciles, et traitement, mais exclusives d'une privation de liberté. C'est le soin sous contrainte à l'extérieur de l'hôpital.

Seule l'hospitalisation complète ininterrompue pendant 12 jours donne lieu à un contrôle systématique par le juge des libertés et de la détention (JLD).

Le programme de soins, lui, ne peut être contesté que par la voix d'une saisine facultative, c'est-à-dire une saisine initiée par l'intéressé ou sa famille. Compte tenu de cette différence de taille, la Cour de cassation a jugé qu'il incombait au juge de vérifier si l'hospitalisation mise en place constituait une hospitalisation à temps partiel et non une hospitalisation complète (Cass. 1^{re} civ., 4 mars 2015, n° 14-17287).

Le passage de l'hospitalisation complète en programme de soins se fait sur préconisation du médecin que le directeur de l'établissement ou le préfet entérine par une décision modifiant la prise en charge. Lorsqu'un programme de soins est établi, il ne peut être modifié que dans les mêmes conditions où il a été ordonné, c'est-à-dire par une décision émanant de l'autorité administrative ayant pris la première mesure. Le psychiatre peut à tout moment proposer la mise en place d'un programme de soins, il peut de la même manière à tout moment demander que la personne soit à nouveau hospitalisée à temps complet.

C'est la réintégration (CSP, art. L. 3211-11) en hospitalisation complète qui ne fait pas courir une nouvelle période d'observation mais un nouveau délai de 12 jours au-delà duquel aucun maintien en hospitalisation complète ne peut intervenir sans l'intervention du JLD.

Ainsi, il faudra se demander si le client est hospitalisé pour la première fois ou s'il fait l'objet d'un programme de soins et a été réintégré.

– Le renouvellement des décisions administratives de soins sous contrainte.

Les décisions du directeur de l'hôpital se renouvellent tous les mois selon une procédure définie à l'article L. 3212-4

du CSP. Dans les trois derniers jours de chacune des périodes mensuelles, un psychiatre doit établir un certificat circonstancié indiquant si les soins sont toujours nécessaires et le directeur en entérine les conclusions. S'agissant des arrêtés préfectoraux, la situation est différente, le premier arrêté d'une durée d'un mois se renouvelle pour une durée de trois mois puis les renouvellements interviennent tous les six mois. Des certificats circonstanciés doivent être établis tous les mois (CSP, art. L. 3213-3).

Ainsi, les mesures de contrainte prennent fin soit par leur non-renouvellement, soit par une décision du JLD, soit enfin par une main levée ordonnée par leur auteur, notamment dans le cas des soins psychiatriques à la demande d'un tiers. Il est en effet possible pour le tiers de demander la levée de la mesure. Cependant, le directeur de l'établissement peut la refuser si un certificat médical datant de moins de 24 heures atteste que l'arrêt des soins entraînerait un péril imminent pour la santé du patient. De même, si un certificat médical atteste que l'état mental du patient nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, le directeur transmet l'information au préfet qui peut alors substituer un arrêté de soins psychiatriques à la demande du représentant de l'état à la décision précédente du directeur.

Il est important de réfléchir lorsqu'un tiers souhaite faire sortir de l'hôpital l'un de ses proches avant d'exprimer formellement cette demande au directeur pour éviter que la situation du justiciable n'empire plus encore.

L'article L. 3211-3 du CSP prévoit une notification des décisions administratives et des raisons qui les motivent ainsi qu'une information sur les droits régulières à l'intéressé, mais ces textes ne sont pas toujours respectés et surtout les décisions administratives sont rarement remises aux intéressés. Quant aux certificats médicaux qui les fondent, ils ne sont qu'exceptionnellement communiqués. C'est la raison pour laquelle l'avocat doit reconstituer tout le parcours chronologique de son client avant de pouvoir le conseiller.

Les mesures d'isolement, voire de contention dont le client peut faire l'objet, sont régies par une procédure distincte définie à l'article L. 3222-5-1 du CSP auquel il est renvoyé.

Enfin, si le client est mineur, la Cour de cassation a clairement exclu tout recours aux soins psychiatriques sans consentement à la demande d'un tiers (Cass. 1^{re} civ., avis, 18 mai 2022, n° 22-70003).

En conclusion, pour répondre à la question posée en introduction, l'intérêt d'un atelier sur les hospitalisations psychiatriques sans consentement est de permettre aux avocats qui rencontrent cette matière d'en connaître les notions principales afin qu'ils puissent l'aborder sans appréhension.

ATELIERS DE FORMATION DU VENDREDI

Les 10 commandements en DIP : principes fondamentaux GPL447q9

L'essentiel

Et si les principaux réflexes à avoir pouvaient être regroupés en dix règles à suivre, que l'on pourrait appeler « les 10 commandements du DIP » ?

Par

Maxime EPLER

Avocat au barreau de Paris, DBO Avocats, ancien membre du conseil de l'ordre

William HEALING

Solicitor à Londres, Alexiou Fisher Philipps

et Jean-Michel CAMUS

Avocat au barreau de la Charente, Legalcy, spécialiste en droit de la famille, des personnes et de leur patrimoine, ancien bâtonnier

Le droit de la famille tend à s'internationaliser : aujourd'hui, près de 40 % des dossiers présentés devant les juges aux affaires familiales d'Île-de-France présentent des éléments d'extranéité (nationalité, résidence...). Face à une situation présentant de tels éléments, il n'est plus permis de faire l'économie d'un certain nombre de réflexions. Quel sera le juge compétent ? Si le juge français accepte sa compétence,

quelle loi appliquera-t-il ? Une fois la décision obtenue ou l'accord enregistré, comment assurer son efficacité à l'étranger ?

En l'état actuel du droit positif, ces réflexions sont indispensables à l'ensemble des professionnels : les magistrats sont désormais tenus de les faire appliquer. Les avocats sont donc tenus de résoudre conflits de lois et de juridictions dans le cadre des contentieux, mais ils doivent également pouvoir conseiller au mieux leurs clients dans le cadre de situations familiales internationales.

Nous avons choisi de regrouper les conseils à donner aux professionnels sous forme de commandements à respecter en toutes circonstances.

I. LE FORUM LE PLUS « CONVENIENS » TU SAISIRAS

Dans les pays de droit civil, et plus précisément au sein de l'Union européenne, les règles de compétence internationale, une fois appliquées, ne peuvent plus être remises en cause par la suite. L'application de certaines de ces règles n'est toutefois pas exempte de critiques quant au caractère approprié du for choisi : ainsi, l'article 3, b), du règlement (UE) n° 2019/1111 du 25 juin 2019, dit « *Bruxelles II ter* », permet de faire prononcer le divorce par le juge de la nationalité commune des époux, voire d'y attirer les obligations alimentaires (art. 3, c), Règl. (CE) n° 4/2009, 18 déc. 2008) et la liquidation du régime matrimonial (art. 5, Règl. (UE) n° 2016/1103, 24 juin 2016), alors que l'ensemble de la famille réside habituellement dans un autre pays.

Dans les pays de *Common Law*, à l'inverse, les juges saisis, s'ils sont a priori compétents au regard de leurs règles de compétence internationale, peuvent cependant admettre le transfert du litige devant les juridictions d'un autre État en vertu de la théorie du *forum conveniens*. Expressément

prévue par certains textes (« *Domestic and matrimonial proceedings Act 1973* », in *The Modern Law Review*, 1974, Wiley, sch. 1, s. 9, au Royaume-Uni ; *Civil Practice Law and Rules*, section 327, 1(a), dans l'État de New York), cette théorie permet au défendeur, s'il démontre que le litige présente des liens plus étroits avec un autre État (nationalité ou dernière résidence des époux, résidence de l'un d'eux, localisation du patrimoine, etc.), d'obtenir le désaisissement du juge saisi au profit de celui qui constitue le for le plus approprié. Cette clause générale d'exception met à mal la prévisibilité du litige, car le juge nouvellement saisi n'appliquera pas forcément les mêmes règles. Il est donc primordial pour les juristes de *Common Law* de conseiller au mieux leurs clients, voire de réaliser un audit international, afin de déterminer le plus rapidement possible le *forum conveniens*.

II. SUR LES INTÉRÊTS DU CLIENT, TOUJOURS TU T'INTERROGERAS

En l'état actuel des règles de droit international privé, un même divorce peut être jugé par les juridictions de deux États différents pourtant également compétents, ce qui pose la question de l'intérêt à saisir tel ou tel juge.

L'intérêt du client à saisir telle ou telle juridiction dépend de la problématique dont il est question ; ainsi, sur un même cas pratique, en situation de pluralité de juges compétents, le juge saisi par le client ne sera pas le même selon si l'intérêt est financier, par exemple payer une prestation compensatoire moindre, ou selon si l'intérêt est autre, par exemple obtenir une décision de justice rapidement.

Au regard des chefs de compétence posés par le règlement *Bruxelles II ter*, il est possible de saisir tant le juge de la résidence habituelle des époux que celui de leur nationalité commune : il importe donc de pouvoir anticiper la solution qui pourrait être donnée par le juge de la nationalité et par celui de la résidence. Ainsi, si les deux époux sont de nationalité irlandaise et résident habituellement en France, l'épouse désireuse d'obtenir une prestation compensatoire importante pourra avoir plutôt intérêt à saisir les juridictions irlandaises (également compétentes pour les obligations alimentaires en vertu de l'article 3, c), du Règl. (CE) n° 4/2009, 18 déc. 2008).

Dans le cadre de son devoir de conseil, l'avocat devra avoir un certain nombre de réflexes : réaliser un audit international de la situation pour savoir quelles règles appliquera tel juge, contacter un confrère local pour avoir l'idée la plus précise possible du droit positif, mais aussi de la pratique ou encore des délais d'obtention d'une décision de divorce définitive. En fonction des réponses apportées, l'avocat sera le cas échéant amené à coordonner des procédures dans deux États différents.

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

III. LES PROCÉDURES ENTRE LES PAYS TU COORDONNERAS

En l'état actuel du droit international privé français et européen, un morcellement des actions devant des fors différents est tout à fait possible. On peut ainsi rencontrer trois types de situations : un morcellement strict et concomitant des différents aspects d'un divorce devant les juridictions de deux États différents ; un morcellement successif des différents volets d'un divorce devant les juridictions de deux États différents ; un morcellement due à la survenance d'un litige autre que le divorce et soumis aux juridictions d'un autre État.

Le cas d'un morcellement strict regroupe tous les cas dans lesquels le juge français peut être compétent sur le fondement de l'article 3 du règlement *Bruxelles II ter* (prononcé du divorce), mais pas sur le fondement de l'article 7 du même règlement (responsabilité parentale). Dans ce cas de figure, l'avocat va devenir le chef d'orchestre d'une procédure de divorce qui sera menée dans deux États différents et va devoir, en concertation avec les autres intervenants du dossier (confrère local), déterminer quand chaque juridiction sera saisie pour obtenir le plus rapidement possible des décisions pouvant circuler dans l'autre État.

Le morcellement successif existe notamment lorsqu'il s'agit de liquider en France un régime matrimonial à la suite d'un divorce prononcé dans un autre État, ou de modifier les mesures d'autorité parentale à la suite d'une décision autorisant la « relocation » en France. L'avocat français devra pour mener sa mission à bien obtenir toutes les informations de son prédécesseur à l'étranger, ainsi que les pièces essentielles (décisions définitives). À l'instar du second commandement, un audit international (mais aussi patrimonial) sera nécessaire.

Le morcellement dû à l'existence d'un autre litige peut survenir lorsqu'un déplacement illicite d'un enfant a lieu et est la raison de la séparation. Il est alors essentiel de régler dans un premier temps la question du déplacement illicite à l'étranger, en recourant aux services d'un avocat local, avant d'envisager le divorce et ses conséquences, notamment en matière de responsabilité parentale, après le retour de l'enfant en France.

IV. L'APPLICATION UNIVERSELLE TU RESPECTERAS

Initialement permise par certaines conventions internationales (convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux), l'application universelle s'est aujourd'hui développée dans certains textes européens, et permet d'appliquer la loi d'un État non-contractant ou d'un État non-membre de l'Union européenne. Ainsi, l'article 4 du règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010, dit « *Rome III* », permet l'application choisie ou imposée de la loi d'un État tiers au prononcé du divorce. L'article 20 du règlement (CE) n° 2016/1103 du 24 juin 2016 permet la même chose pour la loi applicable au régime matrimonial.

Parallèlement, il est permis de faire indirectement une telle application universelle pour les règles de compétence internationale : ainsi, en France, il est communément admis que le règlement *Bruxelles II bis*, puis *Bruxelles II ter*, constitue le droit commun des règles de

conflits de juridictions, et a vocation à s'appliquer même lorsque le litige présente des éléments d'extranéité avec un État tiers (Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2011, n° 09-71540). Une solution similaire existe dans d'autres États membres, tels que l'Allemagne ou la Belgique.

Une telle solution n'est toutefois pas exempte de critiques aujourd'hui, en particulier outre-Manche : en effet, alors qu'elle appliquait autrefois les règles posées par le règlement *Bruxelles II bis*, le Royaume-Uni semble trouver aujourd'hui moins logique que, côté français, on continue d'appliquer ces règles aux contentieux franco-britanniques, en particulier lorsqu'il existe d'autres instruments (convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la protection des enfants, en matière de responsabilité parentale). La question, pas encore tranchée, devra-t-elle faire l'objet d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui a notamment pour mission l'interprétation autonome des notions de droit européen ?

V. LE DROIT INTERNATIONAL DE FAÇON AUTONOME TU INTERPRÉTERAS

La méthode d'interprétation autonome a été développée par la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (CJCE, 14 oct. 1976, n° C-29/76, Eurocontrol). Cette méthode a connu un essor considérable à travers le développement par le juge européen de nombreuses « notions autonomes », telles que la notion de régime matrimonial, ou encore la notion de résidence habituelle. L'interprétation autonome permet au juge européen de donner une définition « unique » à une notion contenue dans un texte juridique ratifié par plusieurs États.

Le but poursuivi de cette méthode est de permettre l'uniformité dans l'application du droit européen et international ; et, par conséquent, d'éviter le développement des manœuvres de *forum shopping*. Dans un sens plus politique, l'objectif est également de renforcer l'espace juridique européen via l'application de règles communes en matière de conflit de juridictions et de conflit de lois.

Les « notions autonomes » dégagées par le juge européen doivent être reprises par les tribunaux et cours internes de chaque État membre (exemple de renvoi à l'interprétation autonome : Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 2022, n° 21-15988). En ce sens, il incombe aux juridictions nationales de faire application de ces notions autonomes et, en cas de doute sur ladite interprétation, de poser une question préjudicielle à la CJUE.

Néanmoins, dans la pratique, les juridictions internes ont parfois recours à la *lex fori* pour l'interprétation de ces notions. Ainsi, l'existence d'une juridiction supranationale ne permet pas forcément de parvenir à une application uniforme des textes ; pour cela ladite juridiction doit pouvoir se fonder sur un véritable système de droit matériel.

VI. INSTITUTION ET DROITS ÉTRANGERS TU ADAPTERAS

Si le droit international doit être interprété de manière autonome, il faut évidemment tenir compte des particularités inhérentes à chaque système de droit pour assurer la circulation des droits à l'étranger, ou encore l'accueil des droits étrangers en France. Nous dépasserons ici la

sphère du divorce pour évoquer d'autres pans du droit de la famille, plus diversifiés selon les États.

S'agissant de l'accueil en France de droits valablement acquis à l'étranger, l'exemple le plus topique est celui du droit de la filiation, biologique comme adoptive, qui n'est régi par aucun règlement européen ni aucune convention internationale (la convention de La Haye de 1993 visant plus une coopération en matière d'adoption qu'une unification des droits). Il peut être compliqué de reconnaître en France une adoption régulièrement prononcée à l'étranger : ainsi, si le droit allemand connaît un mode d'adoption plénière révocable, ses effets en France seront ceux d'une adoption simple, sauf à réaliser par la suite une conversion si les consentements à l'adoption ont été réguliers et donnés en toute connaissance de cause.

Il existe également des systèmes juridiques qui ne connaissent pas l'adoption, mais la kafala, qui consiste en la prise en charge d'un enfant mineur par une personne n'ayant pas avec lui de lien de filiation biologique. La kafala ne connaissant ni la transmission successorale et celle du nom, ni l'extinction du lien de filiation biologique, il est de jurisprudence constante qu'on ne peut que lui reconnaître les effets d'une délégation volontaire d'autorité parentale. S'agissant de « l'exportation » à l'étranger des droits français, la question va se poser concernant le droit des successions : comment admettre les droits en usufruit du conjoint survivant lorsque les autorités étrangères chargées d'appliquer le droit français ne connaissent que les droits en pleine propriété ? L'article 31 du règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 apporte un début de réponse en permettant d'adapter les droits étrangers, mais cette seule règle peut paraître insuffisante. Il en est de même concernant la réserve héréditaire, notion complètement inconnue dans les systèmes anglo-saxons.

VII. DE TA LIBERTÉ DE CHOIX TU USERAS

Si en droit français, le droit de la famille est considéré pour l'essentiel comme un droit indisponible, le droit international privé européen permet aujourd'hui de régler par convention de nombreux conflits de lois et de juridictions. Ainsi, le règlement *Rome III* permet de choisir la loi applicable à son divorce ; les obligations alimentaires concernant les majeurs peuvent faire l'objet de clauses d'élection de for (règl. (CE) n° 4/2009, 18 déc. 2008) comme de clauses d'*electio juris*, et l'accord procédural est permis pour toutes les obligations alimentaires (Protocole de La Haye du 23 nov. 2007) ; régimes matrimoniaux (règl. (CE) n° 2016/1103, 24 juin 2016), partenariats enregistrés (règl. (UE) n° 2016/1104, 24 juin 2016) et successions (règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012) connaissent également le choix de loi et le choix des autorités compétentes.

Il faut toutefois se montrer particulièrement vigilant dans le cadre de son obligation de conseil en matière de droit patrimonial de la famille. Ainsi, un *prenuptial agreement* de droit américain peut ne pas être reconnu en France s'il n'y fait pas l'objet d'un contrat notarié « en miroir » ; de la même manière, un contrat de mariage français pourrait ne pas être reconnu aux États-Unis sans *financial disclosure* et sans l'intervention, pour chacun des futurs époux, d'un avocat indépendant.

Enfin, il faut souligner la possibilité reconnue aujourd'hui de recourir à l'arbitrage dans certains aspects du droit

patrimonial de la famille (montant de la prestation compensatoire, liquidation de régimes matrimoniaux ou de successions).

VIII. CIRCULER JUGEMENTS ET CONTRATS TU FERAS

Une fois la décision rendue ou l'accord obtenu, il faudra se préoccuper de sa circulation à l'étranger et, inversement, se poser la question de l'exequatur en France d'une décision obtenue par le client à l'étranger.

Les règlements européens permettent une reconnaissance de plein droit des décisions dans l'espace européen dans de nombreux domaines : divorce et responsabilité parentale (règl. *Bruxelles II ter*), obligations alimentaires (règl. (CE) n° 4/2009, 18 déc. 2008), régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés (règl. (CE) n° 2016/1103, 24 juin 2016 et règl. (UE) n° 2016/1104, 24 juin 2016), successions (règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012). La circulation est facilitée grâce à un système de certification prévu par chaque règlement (notamment le certificat successoral européen, supposé faciliter le règlement des successions transfrontières) et les cas de refus d'exécution sont rares (attention toutefois à la possibilité pour l'enfant doué de discernement d'être entendu).

Sans connaître le système de certification, les conventions de La Haye permettent une circulation facilitée des décisions au sein des États contractants : Convention de 1996 sur la protection des enfants, de 2000 sur la protection des adultes, de 2007 sur les obligations alimentaires.

La France a, par ailleurs, conclu un certain nombre de conventions bilatérales qui se substituent au droit commun pour obtenir plus facilement l'exequatur. Ces conventions sont toutefois datées et prévoient des conditions similaires aux solutions jurisprudentielles françaises. Ces dernières sont inchangées depuis l'arrêt *Cornelissen* de février 2007 (Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, n° 05-14082) : il s'agit de la compétence indirecte du juge étranger, du respect de l'ordre public (de fond et procédural) et de l'absence de fraude.

Enfin, le régime des articles 64 et suivants du règlement *Bruxelles II ter* semble enfin permettre une circulation à l'étranger de nos divorces par consentement mutuel déjudicialisés. La solution est toutefois à nuancer pour les obligations alimentaires non visées par le règlement, mais également la possibilité de ne pas reconnaître l'accord si l'enfant doué de discernement n'a pas eu la possibilité d'être entendu.

IX. L'ACTUALITÉ DU BREXIT TU MAÎTRISERAS

La sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne (Brexit) pose la question, pour les actions introduites depuis le 1^{er} janvier 2021, de la compétence et de la loi applicable dans le cadre des contentieux franco-britanniques.

S'agissant du divorce, côté français, rien ne change : les conflits de juridictions sont réglés par le règlement *Bruxelles II ter* (avec la question en suspens de l'application universelle) et les conflits de lois par le règlement *Rome III*. Côté britannique, la compétence sera réglée par la doctrine du *forum conveniens* qui, si elle conduit à la compétence du juge britannique, impliquera l'application de la *lex fori*.

S'agissant de la responsabilité parentale, côté français, on reste sur l'application du règlement *Bruxelles II ter* (compétence) et de la convention de La Haye de 1996 (loi applicable) tandis que, côté anglais, c'est désormais ce dernier instrument qui a vocation à régir les conflits de juridiction et de lois.

S'agissant des obligations alimentaires et de la liquidation du régime matrimonial, rien ne change côté français avec l'application des règlements (CE) n° 4/2009 et (CE) n° 2016/1103 et des conventions internationales (convention de 1978 et protocole de 2007). Côté britannique, le droit interne va régir les règles de compétence internationale du juge saisi, qui appliquera la *lex fori* s'il s'agit du juge anglais.

X. APPLIQUER LE DROIT DU FOR OU ÉTRANGER TU FERAS

En droit international privé français, l'application de la règle de conflit de lois et, le cas échéant, du droit étranger désigné aurait pu rester un débat stérile. Ainsi, en 1959, la jurisprudence *Bisbal* considérait que le juge n'avait pas à se saisir d'office de cette question, en toutes matières, même lorsque la règle de conflit entraînait l'application d'un droit étranger. Près de trente années plus tard, avec les arrêts *Rebouh* (Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1988, n° 87-11198)

et *Schule* (Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1988, n° 86-16631), c'est la position inverse qui est adoptée avec l'obligation de soulever d'office la règle de conflit de lois et d'appliquer le droit étranger, que les droits en cause soient disponibles ou non.

Depuis 1999, il est admis que cette obligation ne concerne que les droits indisponibles, au nombre desquels on retrouve le droit de la famille. L'obligation de soulever d'office la règle de conflit de lois et d'appliquer le droit étranger désigné est donc pérennisée pour le juge français.

Se pose alors la question de la preuve du droit étranger, qui incombe au juge à titre principal (Cass. com., 28 juin 2005, n° 02-14686, Itraco), même s'il peut requérir le concours des parties dans cette quête. Les modes de preuve sont multiples : textes de droit étranger, certificat de coutume, recours au réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale.

Au Royaume-Uni, la généralisation de l'application de la *lex fori* rend ce débat bien moins important. La position est toutefois à nuancer à la suite de l'arrêt *Radmacher* (Cour suprême Angleterre, 20 oct. 2010, UKSC 2009/0031), qui impose au juge britannique d'appliquer le droit étranger aux contrats de mariage valablement conclus à l'étranger.

ATELIERS DE FORMATION DU VENDREDI

« Bruxelles II ter » (« Bruxelles II bis » refonte) : ce qui change dans les règles européennes en matière de divorce et de responsabilité parentale

GPL447r0

L'essentiel

Pas de révolution en matière de divorce, sauf pour la reconnaissance et la circulation de nos divorces par consentement mutuel déjudiciarisés, mais de nombreuses avancées en matière d'autorité parentale.

Par

Isabelle REIN-

LESCASTÉREYRES

Avocate au barreau
de Paris, associée,
BWG Associés

Katell DROUET-BASSOU

Avocat au barreau de
Paris

Marina BLITZ

Avocate au barreau de
Bruxelles

Tim AMOS

Avocat/barrister KC à
Londres

et Sophie RODRIGUES

Conseillère à la cour
d'appel de Paris, pôle 3
(famille) – chambre 3-1

Le règlement *Bruxelles II ter*, entré en vigueur le 22 juillet 2019, s'applique aux actions judiciaires intentées, aux actes authentiques enregistrés et aux accords conclus depuis le 1^{er} août 2022.

En matière matrimoniale, peu voire pas de changements, faute d'espérer obtenir l'unanimité dans une matière politiquement très sensible, avec de fortes oppositions entre États membres sur des sujets tels que le mariage entre couples de même sexe.

On peut surtout souligner les occasions manquées, à commencer par celle de définir la notion même de mariage. Ainsi, dans les États membres où le mariage a été ouvert aux couples homosexuels, ces unions sont incluses dans le champ d'application matériel du règlement. Dans les autres, l'accès au divorce n'est pas garanti. Les critères de compétences n'ont pas été modifiés, même si subsiste un manque d'harmonie entre les règlements, avec certains qui distinguent des critères « forts » et des critères « faibles » de compétences (règlement régimes matrimoniaux) et d'autres (comme *Bruxelles II ter*) qui maintiennent l'absence de hiérarchie. Tout au plus les anciens articles 6 et 7 du règlement *Bruxelles II bis* ont-ils été retouchés et synthétisés en un article unique, dans une volonté de clarification. Si l'on peut se réjouir de ce que les compétences subsidiaires – qui rendent bien service en pratique pour lutter contre des législations discriminatoires ou pour favoriser l'accès au divorce des expatriés – aient été maintenues, on peut regretter que n'ait pas été introduite une compétence subsidiaire européenne, pour unifier les solutions entre les différents États membres. Enfin, on ne peut que regretter l'absence de possibilité de choisir, à l'avance, le juge compétent pour le divorce, une telle possibilité étant la clé de voûte de toute anticipation matrimoniale solide s'agissant des conséquences financières du divorce.

En matière matrimoniale, le changement oh combien essentiel pour nous est finalement la circulation des accords, parmi lesquels notre consentement mutuel déjudiciarisé, pour lequel les termes du règlement refondu semblent taillés sur mesure. Attention toutefois aux conditions de circulation : qu'il s'agisse d'un accord exécutoire enregistré par une autorité publique (espérons que le notaire qui dépose l'acte au rang de ses minutes sera bien considéré comme tel), et que les juridictions de l'État membre dans lequel cet accord est conclu aient bien été compétentes. En matière d'autorité parentale, s'ajoute la condition que l'enfant ait eu la possibilité effective d'être entendu et le contrôle de l'intérêt de l'enfant, préalable à la délivrance du certificat européen. Ce contrôle sera effectué par le juge aux affaires familiales. On rejudiciarise donc en partie...

C'est **en matière d'autorité parentale** que la refonte a la plus grande plus-value. Certes, le texte est touffu et parfois difficile à la lecture, mais il s'inscrit dans une volonté louable de clarification et de corriger les points qui posaient le plus de difficultés, avec au centre de ses préoccupations, l'intérêt de l'enfant et la protection de ses droits. Il faut le lire comme un vade-mecum.

En matière de déplacement illicite, la principale modification, outre une clarification des délais, consiste en une retouche de la procédure dite « de la deuxième chance » ou « nonobstant ». Pour éviter qu'elle ne constitue une procédure supplémentaire à une procédure au fond dans l'état de la résidence habituelle de l'enfant, voire qu'elle paralyse cette dernière, cette procédure de la deuxième chance ne pourra désormais exister que dans le cadre d'une procédure au fond. Autre limitation : elle ne restera applicable que si le refus est fondé sur un risque grave pour l'enfant ou sur l'opposition de l'enfant à son retour. La médiation est quant à elle largement encouragée sauf exceptions (non appropriée en l'espèce, par exemple dans le cadre de violences, contraire à l'intérêt de l'enfant, ou parce qu'elle retarderait indûment la procédure). Le juge du pays dans lequel l'enfant a été déplacé peut prendre des mesures provisoires et conservatoires, soit au stade du déplacement pour faciliter le maintien du lien avec le parent délaissé ; soit au stade du retour pour protéger l'enfant, et ces mesures peuvent être reconnues dans les autres États membres. Le texte incorpore certaines précisions, comme le fait que c'est au demandeur au retour de prouver que des mesures de protection suffisantes ont été prises dans le pays d'origine.

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

Plus généralement en matière d'autorité parentale, le règlement reformule un certain nombre de droits de l'enfant dans le langage de la convention relative aux droits de l'enfant, notamment le droit d'être entendu, désormais consacré comme un principe fondamental de l'Union.

La refonte maintient en revanche la différence entre le règlement et une autre convention, celle de La Haye de 1996, en ne prévoyant pas un changement de tribunal compétent en cas de changement de résidence habituelle de l'enfant en cours de procédure. Il en résulte que la loi appliquée ne change pas non plus du fait de la règle de conflit de lois prévu dans la convention de 1996.

L'autonomie de la volonté est encouragée, avec la possibilité de choisir, à l'avance, le tribunal compétent. Attention : cette compétence ne sera toutefois exclusive que si elle est choisie en cours de procédure.

Le règlement ajoute aussi la possibilité pour un juge non compétent de trancher une question relevant de l'autorité parentale pour les besoins d'une autre procédure, mais avec un effet limité à cette procédure (par exemple dans le cadre d'un partage successoral impliquant un mineur pour le faire représenter).

Le principal changement est sans doute la suppression générale de l'exequatur en matière d'autorité parentale, alignant ainsi la situation des décisions ordinaires sur celle des décisions privilégiées (droit de visite et retour « nonobstant » un refus) dans le règlement *Bruxelles II bis*. La distinction entre décision ordinaire et décision privilégiée subsiste, mais uniquement s'agissant des conditions de refus d'exécution. Pour les décisions privilégiées, l'État requis ne peut refuser l'exécution qu'en cas d'inconciliabilité de décisions, alors que pour les décisions ordinaires, sont préservés les motifs classiques et notamment le contrôle de l'ordre public.

Le règlement refondu introduit enfin un nouveau motif de suspension, voire de refus d'exécution : celui que l'exécution expose l'enfant à un grave danger physique ou psychique, du fait d'empêchement temporaire apparu après l'adoption de la décision ou de tout autre changement de circonstances significatif, et ce pas seulement en matière d'enlèvement mais de manière plus générale pour toutes les décisions relatives à l'autorité parentale. L'on voit bien que nous allons encore pouvoir plaider...

Ne nous laissons donc pas rebuter par l'ampleur du règlement refondu. Nous devrions au final gagner en clarté.

ATELIERS DE FORMATION DU VENDREDI

Actualité de l'homoparentalité GPL447r1

L'essentiel

L'atelier sur l'actualité de l'homoparentalité a traité essentiellement de la question de la parenté, c'est-à-dire tous les outils juridiques qui permettent l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe et ceux concernant la reconnaissance du lien de filiation qui a été établi à l'étranger entre un enfant et deux personnes de même sexe (pour la question de la transcription qui est une mesure de publicité et non pas d'établissement de la filiation ou de reconnaissance de la filiation, v. C. Mecary, *La GPA, données et plaidoyers*, 2019, Dalloz).

Par

Caroline MECARY
Avocate aux barreaux
de Paris et du Québec,
membre des commissions
Textes et Règles et
usages du CNB
et Sabine CARRÉ
Vice-présidente du
tribunal judiciaire de
Paris, pôle famille

I. L'ÉTABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION

Il faut distinguer pour les familles homoparentales trois modes d'établissement de la filiation : l'adoption, la possession d'État et la reconnaissance conjointe.

A. Adoption

La jurisprudence a évolué différemment selon que les juridictions étaient saisies par des couples de femmes (1) ou par des couples d'hommes (2).

1. Adoption et procréation médicalement assistée (PMA)

– Adoption plénière de l'enfant du conjoint.

C'est la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 qui a ouvert le mariage civil à tous les couples ainsi que l'adoption qui a permis la mise en place d'une procédure d'adoption plénière de l'enfant du conjoint (plénière parce que sur l'acte de naissance il n'y a qu'une mère).

Entre mai 2013 et avril 2014, les juridictions ont été saisies d'environ 900 demandes d'adoption qui, dans l'ensemble, n'ont pas posé de difficulté. C'est le tribunal de grande instance (TGI) de Versailles qui le premier va, le 29 avril 2014, refuser le prononcé d'une adoption plénière pour un couple de femmes considérant que ces dernières, ayant eu recours à la PMA à l'étranger, laquelle étant impossible en France, elles ne pouvaient pas obtenir la régularisation de leur situation (TGI Versailles, 29 avr. 2014, n° 13/08094).

Le 19 juin 2014, le TGI d'Avignon a effectué une demande d'avis à la Cour de cassation afin de savoir s'il serait possible de prononcer une adoption plénière de l'enfant du conjoint en présence d'une PMA pratiquée à l'étranger (TGI Avignon, 19 juin 2014, n° 14/00666).

La Cour de cassation, le 22 septembre 2014, a rendu deux avis favorables à l'adoption de l'enfant du conjoint, même en présence d'une PMA, en ces termes : « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »

(Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70007 – Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70006).

Depuis, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint pour les couples de femmes est prononcée, même s'il a fallu rappeler à l'ordre certaines juridictions de première instance.

– Aucune condition tenant à la durée du mariage.

Le tribunal de grande instance de Versailles dans un jugement du 5 mai 2015 a refusé de prononcer l'adoption au motif que le mariage n'aurait pas duré assez longtemps. Appel a été interjeté et la cour d'appel de Versailles a, le 16 février 2016, rappelé que la loi n'exige aucune durée du mariage pour prononcer l'adoption plénière de l'enfant du conjoint (CA Versailles, 18 févr. 2016, n° 15/04038 et CA Versailles, 18 févr. 2016, n° 15/04040).

– Motifs hypothétiques : un géniteur pourrait reconnaître l'enfant.

Le tribunal de grande instance de Versailles dans deux jugements du 29 juin 2017 a refusé l'adoption au motif que le géniteur pourrait éventuellement un jour reconnaître l'enfant.

La cour d'appel de Versailles, le 15 février 2018, a infirmé les jugements et prononcé l'adoption demandée en rappelant qu'une juridiction ne pouvait pas se fonder sur des motifs hypothétiques (CA Versailles, 15 févr. 2018, n° 17/05286 et CA Versailles, 15 févr. 2018, n° 17/05285 : Dalloz actualité, 23 févr. 2018, obs. T. Coustet).

– Adoption possible même si la mère légale revient sur son consentement à l'adoption.

Lorsque la mère légale a consenti à l'adoption, même si les deux épouses se séparent sans être divorcées et même si la mère légale revient sur son consentement, le tribunal peut prononcer l'adoption plénière de l'enfant, lorsque c'est son intérêt (TGI Bobigny, 26 juin 2015, n° 14/06756, chambre du conseil, inédit – TGI Meaux, 26 janv. 2018, n° 17/01333, chambre du conseil, inédit – TGI Lille, 12 nov. 2018, n° 18/03879, chambre du conseil, inédit – TGI Pontoise 24 nov. 2020, n° 19/011979, chambre du conseil, inédit).

La Cour de cassation, le 3 novembre 2021, a validé cette possibilité en rejetant le pourvoi de la mère légale qui contestait l'arrêt de la cour d'appel pour avoir prononcé l'adoption plénière en dépit de son opposition (Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2021, n° 20-16745).

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

– Adoption en l'absence de tout consentement de la mère légitime.

Il a été jugé qu'il était possible d'adopter l'enfant alors même que la mère légitime n'a jamais donné son consentement à l'adoption (TGI Lille, 14 oct. 2019, n° 19/01037).

Cette solution vient d'être consacrée, pour partie par l'article 9 de la loi n° 2022-2019 du 21 février 2022 qui dispose que : « À titre exceptionnel, pour une durée de trois ans à compter de la promulgation de la présente loi, lorsque, sans motif légitime, la mère inscrite dans l'acte de naissance de l'enfant refuse la reconnaissance conjointe prévue au IV de l'article 6 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, la femme qui n'a pas accouché peut demander à adopter l'enfant, sous réserve de rapporter la preuve du projet parental commun et de l'assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger avant la publication de la même loi, dans les conditions prévues par la loi étrangère, sans que puisse lui être opposée l'absence de lien conjugal ni la condition de durée d'accueil prévue au premier alinéa de l'article 345 du Code civil. Le tribunal prononce l'adoption s'il estime que le refus de la reconnaissance conjointe est contraire à l'intérêt de l'enfant et si la protection de ce dernier l'exige. Il statue par une décision spécialement motivée. L'adoption entraîne les mêmes effets, droits et obligations qu'en matière d'adoption de l'enfant du conjoint, du partenaire d'un pacte civil de solidarité ou du concubin ».

Ce dispositif transitoire concerne uniquement les enfants nés dans le cadre d'un projet parental, concrétisé grâce à une PMA réalisée à l'étranger, avant la publication de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021.

Procéduralement c'est la procédure gracieuse initiée par voie de requête qui s'applique, la loi n° 2022-2019 du 21 février 2022 n'ayant pas modifié les règles du Code de procédure civile (CPC, art. 1166 et s.).

L'article 9 est un dispositif transitoire prévu pour une durée de trois ans qui s'achèvera le 22 février 2025.

– Adoption simple de l'enfant du parent non marié.

Seul le TGI de Paris, dans une décision définitive du 27 juin 2001, a admis l'adoption simple des trois enfants de la concubine (TGI Paris, 27 juin 2001, n° 01/03298, B. Grosjean, « La justice accouche de l'homofamille », Libération, 15 sept. 2001).

Ensuite, les juridictions du fond ont refusé de prononcer d'autres adoptions de cette nature et la question est remontée à la Cour de cassation. Le 20 février 2007, la Cour de cassation a jugé que : « Mais attendu qu'ayant retenu à juste titre que M^{me} Y, mère des enfants, perdrait son autorité parentale sur eux en cas d'adoption par M^{me} X, alors qu'il y avait communauté de vie, puis relevé que la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et qu'en l'espèce, une telle délégation ou son partage étaient, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision » (Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, n° 04-15676 – Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, n° 06-15647).

La Cour européenne a été saisie à son tour de cette question. Dans un arrêt du 15 mars 2012, elle a refusé de condamner la France en estimant que le refus de prononcer l'adoption simple ne constituerait pas une discrimination indirecte vis-à-vis de l'enfant ayant pour parents deux personnes de même sexe (CEDH, 15 mars 2012, n° 25951/07, Gas et Dubois c/ France).

La question de l'adoption simple hors mariage ne se pose plus avec la réforme de la loi du 21 février 2022, intégrée dans le Code civil par l'ordonnance n° 2022-1292 du 5 octobre 2022.

Depuis le 1^{er} janvier 2023, l'article 370-1-3 du Code civil dispose : « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin est permise :

1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ;

2° Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin et n'a de filiation établie qu'à son égard ;

3° Lorsque l'autre parent que le conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;

4° Lorsque l'autre parent que le conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. »

– Adoption plénière par des parents non mariés.

La Cour de cassation dans un arrêt du 28 février 2018 a refusé de prononcer une adoption plénière en ces termes : « Attendu qu'après avoir relevé que, M^{me} X et M^{me} Y n'étant pas mariées, l'adoption plénière de Z par M^{me} X mettrait fin au lien de filiation de celle-ci avec sa mère, qui n'y avait pas renoncé, ce qui serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel résidait dans le maintien des liens avec sa mère biologique, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante, a légalement justifié sa décision » (Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2018, n° 17-11069).

La question ne se pose plus avec la réforme de la loi du 21 février 2022 intégrée dans le Code civil par l'ordonnance du 5 octobre 2022 comme on l'a indiqué précédemment.

2. Adoption et gestation pour autrui (GPA).

Il faut distinguer l'adoption simple, de l'adoption plénière.

– L'adoption simple et GPA.

Pour mettre en place une adoption simple de l'enfant du conjoint, la situation juridique de l'enfant doit être la suivante : l'acte de naissance de l'enfant comprend la mention de la femme porteuse et d'un des deux membres du couple d'hommes (lorsque les deux pères sont sur l'acte de naissance étranger, il n'est pas nécessaire de faire une procédure d'adoption de l'enfant du conjoint puisque l'acte de naissance de l'enfant établit la filiation, comme le rappelle l'article 310-3 du Code civil : « La filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état »).

C'est un arrêt de la cour d'appel de Dijon du 24 mars 2016 (CA Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057) qui a refusé de prononcer l'adoption simple qui lui était demandé qui va permettre à la Cour de cassation de répondre à la question.

Le 5 juillet 2017, dans un arrêt de principe, la Cour de cassation a validé la possibilité de prononcer une adoption simple, en présence d'une GPA, dès lors que la femme porteuse qui figure dans l'acte de naissance, a donné son consentement, comme le père figurant sur l'acte de naissance de l'enfant (Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16455).

Pour le reste, les conditions sont identiques à n'importe quelle adoption simple de l'enfant du conjoint : consentement des deux, etc.

– Adoption plénière et GPA.

Pour mettre en place une adoption plénière de l'enfant du conjoint, la situation juridique de l'enfant doit être la suivante : l'acte de naissance de l'enfant comporte uniquement la mention de l'un des deux membres du couple d'hommes. La femme porteuse n'apparaît pas sur l'acte de naissance.

La jurisprudence a été hésitante.

C'est la cour d'appel de Paris qui, dans deux arrêts du 18 septembre 2018, a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'avoir le contrat de GPA, pas plus que le consentement de la femme porteuse, qui n'apparaît pas sur l'acte de naissance de l'enfant (CA Paris, 18 sept. 2018, n° 16/23402 et CA Paris, 18 sept. 2018, n° 16/23399 : AJ fam. 2018, p. 616).

La cour d'appel de Paris, le 27 novembre 2018, a réitéré sa position et ordonné l'adoption plénière de l'enfant du conjoint (CA Paris, 27 nov. 2018, n° 17/19539, inédit).

La cour d'appel de Douai, le 14 novembre 2019, a refusé l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, en raison de la non-communication du contrat de GPA, car cette non-production ne permettait pas, selon elle, d'appréhender les modalités selon lesquelles la femme ayant accouché de l'enfant aurait renoncé de manière définitive à l'établissement de la filiation maternelle et qu'il en était de même du consentement de cette femme à l'adoption de l'enfant, par le mari du père. Elle ajoutait que, dans ces conditions, il ne pouvait être conclu que l'adoption sollicitée, exclusivement en la forme plénière et avec les effets définitifs qui s'attachent à cette dernière, soit conforme à l'intérêt de l'enfant, qui ne peut s'apprécier qu'au vu d'éléments biographiques suffisants (CA Douai, 14 nov. 2019, n° 19/03285, inédit).

La Cour de cassation s'est prononcée une première fois, par deux décisions de principe, du 4 novembre 2020, en ces termes : « 11. Pour rejeter la demande d'adoption plénière, l'arrêt retient que rien ne permet d'appréhender les modalités selon lesquelles la femme ayant accouché de B. aurait renoncé de manière définitive à l'établissement de la filiation maternelle et qu'il en est de même du consentement de cette femme à l'adoption de l'enfant, par le mari du père. Il estime que, dans ces conditions, il ne peut être conclu que l'adoption sollicitée, exclusivement en la forme plénière et avec les effets définitifs qui s'attachent à cette dernière, soit conforme à l'intérêt de l'enfant, qui ne peut s'apprécier qu'au vu d'éléments biographiques suffisants.

12. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les documents produits, et

notamment l'autorisation donnée le 10 décembre 2015, par la direction générale du registre civil, à l'officier de l'état civil de la commune de Centro (État de Tabasco) afin qu'il établisse l'acte de naissance de l'enfant, ne démontraient pas que cet acte de naissance, comportant le seul nom du père, était conforme à la loi de l'État de Tabasco, de sorte qu'en l'absence de lien de filiation établi avec la femme ayant donné naissance à l'enfant, l'adoption plénière était juridiquement possible, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés » (Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2020, n° 19-15739 – Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2020, n° 19-50042).

La Cour de cassation a confirmé son analyse en l'affinant dans deux arrêts du 7 juillet 2021.

« Il résulte de ces textes que le droit français n'interdit pas le prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né à l'étranger de cette procréation lorsque le droit étranger autorise la convention de gestation pour autrui et que l'acte de naissance de l'enfant, qui ne fait mention que d'un parent, a été dressé conformément à la législation étrangère, en l'absence de tout élément de fraude » (Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 2021, n° 20-10721 – Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 2021, n° 20-10722. La cour d'appel d'Amiens, cour de renvoi, a, le 16 décembre 2021, prononcé les deux adoptions plénières demandées, CA Amiens, 16 déc. 2021, n° 21/03961 – CA Amiens, 16 déc. 2021, n° 21/03960).

Les adoptions simple et plénière de l'enfant, né par GPA, par le conjoint sont deux voies qui ont été validées par la Cour de cassation sans qu'il y ait besoin de communiquer le contrat de GPA, comme il n'y a pas à communiquer le contrat de PMA pour les couples de femmes, l'a rappelé la cour d'appel de Versailles 15 février 2018 (CA Versailles, 15 févr. 2018, n° 17/05286 et CA Versailles, 15 févr. 2018, n° 17/05285).

B. Possession d'état

L'article 310-1 du Code civil dispose que « la filiation est légalement établie dans les conditions prévues au chapitre 2 du présent titre par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété ainsi que dans les conditions prévues au chapitre 5 du présent titre par la reconnaissance conjointe. Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au chapitre 3 du présent titre ».

Et l'article 310-3 du même code, sur la preuve, précise que « la filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état ».

La possession d'état est régulièrement prononcée au sein des couples de personnes de sexes différents (Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2010, n° 09-12892).

En revanche en présence de deux femmes, les juridictions n'ont pour le moment pas accepté de reconnaître qu'il puisse être établi un acte de notoriété constatant la possession d'état (TI Rennes, 20 déc. 2018, n° 04/2018 et TI Rennes, 20 déc. 2018, n° 05/2018 – CA Montpellier, 30 sept. 2020, n° 18/04635) et l'avis de la Cour de cassation du 7 mars 2018 ne clarifie pas la situation, puisqu'il indique que « l'article 320 du Code civil dispose que tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait.

Ces dispositions s'opposent à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant.

Il en résulte qu'un lien de filiation ne peut être établi par possession d'état à l'égard du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie. »

Cependant la Cour de cassation précise que « le contrôle de conventionnalité au regard de l'article 3, paragraphe 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis » [Cass., avis, 7 mars 2018, n° 17-70039].

La Cour européenne des droits de l'Homme a été saisie de la question. Elle a rejeté la demande par un arrêt du 24 mars 2022 en refusant de considérer qu'il y aurait une discrimination à l'égard des enfants en fonction de l'orientation sexuelle du demandeur à l'acte de notoriété (CEDH, 24 mars 2022, n° 29693/19).

Une évolution est peut-être possible : la Cour de cassation vient de rappeler, dans un avis du 23 novembre 2022, que l'établissement de la possession d'état est indifférente à la vérité biologique, une seule nécessité : la réalité sociologique. Il ne devrait plus y avoir à distinguer selon le sexe et l'orientation sexuelle du demandeur à l'acte de notoriété [Cass., avis, 23 nov. 2022, n° 22-70013].

C. Reconnaissance conjointe

L'article 342-11 du Code civil, issu de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021, dispose que « lors du recueil du consentement prévu à l'article 342-10 (consentement au don), le couple de femmes reconnaît conjointement l'enfant.

La filiation est établie, à l'égard de la femme qui accouche, conformément à l'article 311-25 du Code civil. Elle est établie, à l'égard de l'autre femme, par la reconnaissance conjointe prévue au premier alinéa du présent article. Celle-ci est remise par l'une des deux femmes ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil, qui l'indique dans l'acte de naissance.

Tant que la filiation ainsi établie n'a pas été contestée en justice dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 342-10 du Code civil, elle fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation dans les conditions prévues au présent titre ».

Importante disposition transitoire résultant de l'article 6 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 : « IV.- Lorsqu'un couple de femmes a eu recours à une assistance médicale à la procréation à l'étranger avant la publication de la présente loi, il peut faire, devant le notaire, une reconnaissance conjointe de l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard de la femme qui a accouché. Cette reconnaissance établit la filiation à l'égard de l'autre femme.

La reconnaissance conjointe est inscrite en marge de l'acte de naissance de l'enfant sur instruction du procureur de la République, qui s'assure que les conditions prévues au premier alinéa du présent IV sont réunies.

Le présent IV est applicable pour une durée de trois ans à compter de la publication de la présente loi. »

En pratique cette possibilité de régulariser s'applique lorsque la technique médicale de PMA a été effectuée avant le 3 août 2021 et cela même si l'enfant est né après cette date [Circ., 21 sept. 2021, NOR : JUSC2127286C – CE, 29 janv. 1954, n° 07134 – v. aussi Rép. min. n° 42897 : JO, 15 févr. 2022, p. 1019 – D. n° 2022-1187, 25 août 2022].

En revanche les couples qui ont entamé un parcours de PMA avant le 3 août 2021 et pour qui la PMA proprement dite (IA ou transfert d'embryon) a été effectuée après le 3 août 2021 ne peuvent pas invoquer cette disposition.

Au-delà du 4 août 2025, les couples qui n'auront pas fait de consentement à la PMA et de reconnaissance conjointe devront passer par l'adoption intrafamiliale.

La reconnaissance conjointe effectuée *a posteriori* est mentionnée sur l'acte de naissance sur instruction du procureur. Il est nécessaire de produire :

- la copie intégrale de l'acte de naissance de l'enfant ;
- la reconnaissance conjointe ;
- la preuve du projet parental : contrat de PMA.

En principe lorsque le parquet estime que la preuve du projet parental est établie, il ordonne à l'officier d'État civil d'apposer la mention de la reconnaissance conjointe en marge de la copie intégrale de l'acte de naissance, cette mention suffit à établir la filiation à l'égard de la femme qui n'a pas accouché.

Pour mémoire sur l'autorité parentale, application de l'article 372, alinéas 2 et 3, du Code civil : si la reconnaissance conjointe se fait au-delà d'un an il faut effectuer une déclaration conjointe adressée au directeur des services du greffe du tribunal judiciaire ou sur décision du tribunal judiciaire (C. civ., art. 365 et 372, et CPC, art. 1180-1).

La circulaire du 21 septembre 2021 précise que les deux mères peuvent aussi procéder à une déclaration conjointe afin de faire modifier le nom de l'enfant (C. civ., art. 311-23).

II. LA RECONNAISSANCE DU LIEN DE FILIATION QUI A ÉTÉ ÉTABLI À L'ÉTRANGER PAR JUGEMENT : L'EXEQUATUR

L'exequatur ou déclaration du caractère exécutoire sur le territoire français d'une décision judiciaire étrangère est une procédure facultative pour les jugements d'adoption et assimilés.

À quoi cela sert-il ? Essentiellement à se prémunir par avance d'une éventuelle contestation de la décision étrangère (notamment pas l'administration fiscale) ; par ailleurs cela permet de voir établir un acte de naissance français pour l'enfant lorsque certaines conditions sont réunies.

Le premier dossier sur lequel la Cour de cassation s'est penchée concernait un couple de femmes non mariées : deux femmes, l'une américaine M^{me} A., l'autre française M^{me} B., ont souhaité fonder une famille ; M^{me} A. de nationalité américaine a bénéficié d'une PMA aux USA ; c'est ainsi que naît C. Postérieurement à la naissance de C., M^{me} B., obtient du tribunal américain, un jugement d'adoption de l'enfant de M^{me} A. C'est ce jugement dont il a été demandé l'exequatur, exequatur qui a été acceptée par la Cour de cassation, bien que les deux femmes ne soient pas mariées [Cass. 1^{re} civ., 8 juill 2010, n° 08-21740].

Puis la Cour de cassation s'est prononcée le 7 juin 2012 en refusant l'exequatur au motif que si l'exequatur était prononcé, elle aboutirait à ce que les enfants aient un nouvel acte de naissance français avec la mention de deux pères (CA Paris, 17 janv. 2023, n° 21/17455 – CA Paris, 31 janv. 2023, n° 21/15747 : Dr. famille 2023, comm. à paraître), ce qui à l'époque n'était pas possible (cela est devenu possible avec le vote de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013).

Dans ces deux arrêts, il s'agissait de deux couples d'hommes qui résidaient à l'étranger (Royaume-Uni et Canada) qui ont demandé l'exequatur de jugements d'adoption (chacun des couples avait adopté un enfant dans leur pays de résidence).

Même si c'est deux arrêts de la Cour de cassation refusent l'exequatur, ils sont intéressants car la Cour dit clairement que l'article 356 du Code civil, qui réservait l'adoption conjointe à des couples unis par le mariage, *ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le droit français*.

Sur renvoi et après ouverture du mariage pour tous par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, la cour d'appel de Versailles a, le 20 mars 2014, accepté d'exequaturer le jugement d'adoption étranger en dépit de l'absence de mariage (CA Versailles, 20 mars 2014, n° 13/03655), puis elle a fait de même dans un arrêt du 11 juin 2015 (CA Versailles, 11 juin 2015, n° 14/04113).

Un pas supplémentaire a été franchi par le tribunal de grande instance de Paris le 21 décembre 2017 (TGI Paris, 21 déc. 2017, n° 17/03897), qui a accepté d'exequaturer

un jugement de parenté rendu à l'étranger *avant même la naissance de l'enfant*, avec effet d'adoption plénière, ce qui permet l'établissement d'un acte de naissance français pour l'enfant français avec la mention de ses deux parents.

La cour d'appel de Paris dans deux arrêts rendus en janvier 2023 est venue rappeler que l'exequatur d'un jugement de parenté, fut-il rendu avant même la naissance de l'enfant, devait produire les effets d'une adoption plénière, dès lors que le jugement étranger a rompu tous les liens entre la femme qui a accouché et l'enfant, sans qu'il n'y ait besoin de fournir le contrat de GPA ou de dire qui serait le « père biologique », car « père biologique » n'est pas un concept juridique (CA Paris, 17 janv. 2023, n° 21/17455 – CA Paris, 31 janv. 2023, n° 21/15747 : Dr. famille 2023, comm. à paraître).

L'exequatur est la voie la plus conforme à la situation pour obtenir *in fine* un acte de naissance français pour l'enfant né par GPA.

Conclusions : si les couples qui fondent une famille grâce à la GPA souhaitent avoir un acte de naissance français (ce qui n'est pas obligatoire, l'acte de naissance étranger étant valable en France), ils n'ont que deux solutions, soit ils disposent d'un jugement étranger et alors il est possible de le faire exequaturer sur le territoire français, ce qui aboutira à l'établissement d'un acte de naissance français, soit il faut mettre en place une adoption plénière de l'enfant du conjoint, ce qui paraît pour le moins curieux puisque la filiation est déjà établie...

ATELIERS DE FORMATION DU VENDREDI

Singularités et pièges de la procédure de liquidation GPL447s0

L'essentiel

Cet atelier a pour but d'expliquer les divers pièges à éviter lors de la procédure de liquidation et d'attirer l'attention sur les particularités liées à la liquidation du régime de séparation de biens et du régime de participation aux acquêts.

Par

Élodie MULON
Avocate au barreau de
Paris, présidente du
CALIF, ancienne membre
du CNB

Vincent ÉGÉA
Professeur
à Aix-Marseille université,
directeur du laboratoire
de Droit privé et de
sciences criminelles
(UR 4690)

Alexandra COUSIN
Notaire à Paris
et Sarah SALIMI
Vice-présidente au
pôle famille du tribunal
judiciaire de Paris

I. PRÉSENTATION DES DISTINCTIONS FONDAMENTALES

- Liquidation/partage.
- Partage amiable/partage judiciaire.
- Juge commis/juge de la mise en état.
- Notaire commis/notaire expert.

II. PARTICULARITÉS DE L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE ET PRÉSENTATION DES DEMANDES

Assignation (CPC, art. 1360). L'assignation doit contenir, sous peine d'irrecevabilité : un descriptif sommaire du patrimoine ; les intentions du demandeur quant à la répartition des biens et les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable.

Avantage (C. civ., art. 267). Le juge du divorce devient également le juge de la liquidation partage ; condition de recevabilité : la preuve des désaccords subsistants.

III. PIÈGES ET PROCÉDURE DE LIQUIDATION PARTAGE

Principe de concentration et irrecevabilité des prétentions tardives. Aucune nouvelle demande ne peut être faite une fois le rapport du juge commis transmis au tribunal, sauf lorsque le fondement des prétentions n'était né ou révélé que postérieurement au rapport (CPC, art. 1374).

PV de notaire et rapport du juge commis : quels impacts sur les pouvoirs des parties ?

Différence entre le notaire expert et le notaire commis :

- le notaire expert transmet au juge son rapport d'expertise et la totalité des dires des parties ;
- le notaire commis transmet au juge commis un procès-verbal de dires, auxquels sont annexés les dires récapitulatifs des parties. Il faut donc rédiger un dire récapitulatif pointant de manière exhaustive tous les points de désaccord de votre client sur l'état liquidatif définitif.

Dès que le procès-verbal de dires contenant le projet d'état liquidatif est déposé au greffe, le juge commis dresse un rapport des points de désaccord restant à trancher.

Difficultés liées au partage judiciaire :

- *indivisaire défaillant.* Le notaire peut solliciter la désignation d'un représentant (CPC, art. 1367) ;
- *comment contourner le problème de l'indivisaire qui refuse de laisser accéder au bien indivis qu'il occupe de sorte que son évaluation est impossible ?* Le juge commis dispose des pouvoirs du président du tribunal judiciaire prévus aux articles 815-6 et 815-11 du Code civil, il peut donc prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun (Cass., avis, 18 déc. 2020, n° 20-70004) ;
- *comment éviter les allers-retours entre le notaire et le magistrat ?*

- en anticipant le tirage au sort : demander la vente aux enchères dans l'assignation,
- en fixant la date de la jouissance divise.

IV. SINGULARITÉS DE CERTAINES LIQUIDATIONS

Régime séparatiste.

Preuve de la surcontribution : l'époux créancier doit rapporter la preuve qu'il a surcontribué (Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 11-22986 – Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 11-26933 – Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 11-24322).

Le financement d'un bien indivis ou personnel au moyen d'apports :

- possible de solliciter une créance ;
- pas de risque de neutralisation par la contribution aux charges du mariage (Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, n° 18-20828) ;
- créance à l'égard de son époux (Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2021, n° 19-21302).

Le financement d'un bien indivis ou personnel au moyen d'un emprunt :

- dépense de conservation au sens de l'article 815-13 du Code civil ;
- créance à l'égard de l'indivision (Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-22929) ;
- risque de neutralisation de la créance par l'obligation de contribution aux charges du mariage :
 - bien à usage familial : remboursement de l'emprunt relève de la contribution aux charges du mariage (pour les résidences secondaires : Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2018, n° 17-25858) ; risque de neutralisation,
 - investissement locatif : ne relève pas de la contribution aux charges du mariage (Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 2016, n° 15-25944) ; il y a donc créance.

Clause de contribution au jour le jour : présomption irréfragable ou simple ?

Clause-type insérée dans les contrats de séparation de biens : « Chacun des époux sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, en sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature ».

Le caractère réfragable ou irréfragable de la clause est soumis à l'appréciation souveraine du juge du fond (v. not. Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 2020, n° 19-15353).

Le régime de participation aux acquêts. La liquidation de ce régime nécessite de :

– procéder à la liquidation des droits indivis : il faut donc veiller à solliciter l'ouverture des opérations de partage des indivisions ;

– calculer la créance de participation.

Attention à l'évaluation du patrimoine originaire (C. civ., art. 1571) :

– les biens en nature (titres, actions de société, immeubles, fonds de commerce) : valorisation au jour de la liquidation ;

– le placement financier (comptes bancaires courants) : montant au jour du mariage ;

– le bien du patrimoine originaire a permis de financer un nouveau bien : il faut indexer les fonds employés sur la valeur du bien acquis au jour de la liquidation.

ATELIERS DE FORMATION DU VENDREDI

Urgence patrimoniale GPL447r2

L'essentiel

Le droit positif met à la disposition des praticiens de nombreux outils procéduraux susceptibles d'être utilisés dans les situations d'urgence patrimoniale. Parfois méconnus, ils méritent pourtant l'attention en ce qu'ils peuvent contribuer au dénouement de situations contentieuses bien plus rapidement qu'en faisant ou en laissant prospérer une action soumise à la procédure écrite ordinaire devant le tribunal judiciaire.

Par

Julia CAPRARO
Avocate au barreau de Paris
Thibaut LÉPINE
Juge aux affaires familiales, TJ de Nantes
et Stéphane VALORY
Avocat au barreau de Paris, docteur en droit, chargé d'enseignement à Aix-Marseille université

Entendue dans un sens large, la notion d'urgence recouvre l'ensemble des procédures permettant d'aller vite, plus vite qu'une action en divorce, en partage ou en réduction. Seront ainsi présentées, sans prétendre à l'exhaustivité, des procédures de référé, des ordonnances sur requête, des hypothèses d'assignation à jour fixe et des

procédures accélérées au fond, en distinguant l'urgence patrimoniale pendant le mariage (I), pendant le divorce (II) et en présence d'une indivision (III).

I. L'URGENCE PATRIMONIALE PENDANT LE MARIAGE

A. Les procédures prévues par le régime primaire

1. L'autorisation judiciaire prévue par l'article 217 du Code civil. L'autorisation judiciaire prévue par l'article 217 du Code civil s'applique dans deux cas.

Soit l'époux est hors d'état de manifester sa volonté en raison d'un éloignement géographique volontaire ou non ou en raison d'une altération de ses facultés intellectuelles : le juge des tutelles, saisi sur requête, est compétent. Le législateur a prévu la primauté de l'article 217 sur le dispositif d'absence ou les mesures de protection ou d'habilitation familiale (C. civ., art. 121, 428 et 494-2).

Soit l'époux refuse de passer l'acte sans que cela soit justifié par l'intérêt de la famille, lequel relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 1999, n° 97-21466 – Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, n° 03-13621) : le juge aux affaires familiales, saisi sur assignation à jour fixe, est compétent (CPC, art. 840 à 844, 1286 à 1289-1).

Les actes concernés sont des actes de disposition ou d'administration exigeant le concours ou le consentement des deux époux. L'acte sera opposable à l'époux défaillant, sans qu'il ne puisse en demander l'annulation. Aucune obligation personnelle ne pourra être mise à sa charge. Seul l'époux autorisé se trouve obligé et seuls les biens communs et ses biens propres pourront être engagés.

2. La représentation judiciaire prévue par l'article 219 du Code civil. Cet article ne vise que l'incapacité d'un époux de manifester sa volonté et son application prime également sur les mesures de protection ou l'habilitation familiale.

La représentation doit intervenir dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial. Elle peut cependant s'appliquer quel que soit le régime matrimonial (Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1981, n° 80-10403), à l'ensemble des biens des époux, et vise tous les pouvoirs d'ordre patrimonial (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 1985, n° 84-12476).

Le juge doit fixer la nature (en cas de mandat général, celui-ci ne pourra porter que sur des actes d'administration ; C. civ., art. 1988), les conditions et la durée de la représentation.

L'acte accompli par l'époux habilité produira les mêmes effets que s'il avait été accompli par le représenté et celui-ci sera personnellement obligé. Le représentant ne se trouve, quant à lui, pas obligé à titre personnel mais doit rendre compte de l'exécution de son mandat.

Le juge des tutelles, saisi sur requête, est compétent (CPC, art. 1286, 1289 à 1289-2).

3. Les mesures urgentes prévues par les articles 220-1 et 220-2 du Code civil. Il convient de justifier d'un manquement grave de l'un des époux à ses devoirs, lesquels sont principalement patrimoniaux (Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996, n° 94-14160) et parfois extrapatrimoniaux (TGI Saint-Brieuc, 1^{er} juin 1967 : D. 1967, Somm., p. 89 ; Gaz. Pal. Rec. 1967, 2, p. 13). Ce manquement doit conduire à la mise en péril proche des intérêts de la famille, laquelle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Deux mesures sont expressément prévues : l'interdiction de faire sans le consentement de l'autre des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles (pour les biens dont l'aliénation est sujette à publicité, elle doit être publiée) et l'interdiction de déplacer des meubles, sauf pour le juge à spécifier les meubles dont il attribue l'usage personnel à l'un ou l'autre. La jurisprudence a cependant également pu ordonner d'autres mesures positives, d'ordre patrimonial comme extrapatrimonial (Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1970, n° 69-12107 – TGI Nevers, 9 nov. 1973 : JCP G 1974, IV 6420, note J. A. – TGI Créteil, réf., 2 déc. 1980 : Gaz. Pal. Rec. 1981, 1, som., p. 205).

Ces mesures ont un caractère temporaire (3 ans, prolongation comprise), provisoire (Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 1972, n° 71-13073) et conservatoire.

NDA : La forme orale de l'intervention a été conservée.

Tous les actes accomplis en violation de l'ordonnance, s'ils ont été passés avec un tiers de mauvaise foi, sont exposés à la nullité relative (C. civ., art. 220-3), et la mauvaise foi est acquise lorsque l'ordonnance a été signifiée au tiers (C. civ., art. 220-2, dernier al.). L'époux requérant dispose de deux ans à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte pour agir. Pour les biens dont l'aliénation est sujette à publicité, les actes sont annulables s'ils sont simplement postérieurs à la publication dans un délai maximum de deux ans après celle-ci.

Le juge aux affaires familiales statuant en référé est compétent, bien qu'en cas de circonstances particulières, une ordonnance sur requête puisse être obtenue (CPC, art. 1290).

B. Les procédures prévues par le droit des régimes matrimoniaux

1. La liquidation anticipée de la communauté sur le fondement de l'article 1443 du Code civil. La liquidation anticipée de la communauté maintient les époux dans les liens du mariage. Un de ses attraits est de voir ses effets fixés au jour de la demande, mais avec pour contrepartie la nécessité de s'astreindre à des mesures de publicité et une célérité imposée dans la liquidation et le partage du régime.

Son prononcé est soumis à la condition que le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite mettent en péril les intérêts de l'autre conjoint. Ce péril peut être déjà réalisé, ou être imminent (révélation d'un enfant adultérin laissant craindre un détournement des biens communs au détriment de la famille légitime : Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, n° 95-16591), mais c'est bien la continuation du régime matrimonial qui doit mettre en péril les intérêts de l'époux demandeur.

La procédure est contentieuse et l'article 1443 du Code civil exclut précisément la possibilité d'entériner un accord des époux : « Toute séparation volontaire est nulle ».

Par renvoi de l'article 1292 du Code de procédure civile, l'article 1136-1 du même code prescrit l'application des règles de la procédure écrite ordinaire, auxquelles s'ajoutent quelques règles particulières.

Le juge vérifiera que les publicités requises ont été faites, à savoir l'envoi par l'avocat d'un extrait de la demande aux greffes des tribunaux judiciaires des lieux de naissance des parties pour voir porter une mention au répertoire civil et une autre en marge des actes de naissance des parties. Un extrait de la demande peut être publié dans un journal du ressort de cette demande.

S'agissant du jugement faisant droit, il sera à l'initiative de l'avocat en demande, publié dans un journal diffusé dans le ressort de la juridiction, notifié à l'officier d'état civil du lieu de mariage pour mention et adressé par lettre recommandée avec accusé de réception au notaire ayant instrumenté un éventuel contrat de mariage, l'officier public devant en faire mention sur la minute du contrat. Le jugement qui déboute sera seulement mentionné au répertoire civil et en marge des actes de naissance des parties.

L'obligation la plus redoutable est celle qui contraint les parties à liquider leur ancien régime en débutant les poursuites à fin de liquidation avant trois mois, et en achevant

la liquidation avant un an. La sanction du manquement d'un seul délai est la nullité de la séparation de biens (Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 1978, n° 76-13512), ce dont la preuve de leur bonne foi ne pourrait les sauver (Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1989, n° 88-14445).

La dissolution prendra effet au jour de la demande en justice (C. civ., art. 1445, al. 2) et aura pour effet de placer les époux sous le régime des articles 1536 et suivants du Code civil.

Notons toutefois un effet pervers du dispositif, en ce qu'il est susceptible d'exposer les biens propres de l'époux demandeur aux créanciers de son conjoint. Exclu de leur gage pendant le régime, le jeu de l'article 1483 du Code civil leur permettra, une fois la dissolution de la communauté acquise, de poursuivre le règlement de la moitié de leur créance... sur le patrimoine de l'époux ayant initié cette procédure, y compris ce qui était propre.

2. La liquidation anticipée de la créance de participation. Les conditions de la liquidation anticipée de la créance de participation sont proches, et parfois similaires, de la demande de dissolution anticipée de la communauté. L'article 1580 du Code civil est toutefois plus souple que son cousin qui exige une « mise en péril » des intérêts, l'article 1580 se satisfaisant de la démonstration de « craintes ». La procédure applicable est, quant à elle, identique.

3. Le transfert judiciaire de pouvoir sur les biens communs. L'article 1426 du Code civil prive un époux de ses pouvoirs sur les biens communs sans limitation de durée.

Il faudra démontrer un empêchement durable d'un époux de manifester sa volonté, matériel ou intellectuel. Cette disposition peut aussi être invoquée dans l'hypothèse d'une inaptitude ou d'une fraude dans la gestion de la communauté. On recherchera un comportement néfaste, mais non nécessairement fautif, de l'un des époux dans la gestion des biens communs.

Le juge compétent sera en toute hypothèse le juge aux affaires familiales, y compris en présence d'un époux présentant un empêchement durable de manifester sa volonté. La procédure est identique à celle de la séparation de biens judiciaire, l'article 1426 du Code civil opérant un renvoi vers l'article 1445 du même code.

Les actes les plus graves, soumis à cogestion, doivent être passés avec l'autorisation du juge. La procédure est allégée pour ces demandes qui s'opèrent par requête devant le juge aux affaires familiales (CPC, art. 1286).

4. Le dessaisissement judiciaire des pouvoirs d'un époux sur ses biens propres. L'article 1429 du Code civil instaure un dispositif habilitant le conjoint à gérer les biens propres d'un époux qui se trouve ensuite dessaisi de ses pouvoirs.

Le demandeur devra justifier :

– de l'impossibilité durable dans laquelle se trouve l'époux propriétaire de manifester sa volonté. Si l'empêchement est passager, il faudra avoir recours à l'article 219 du Code civil ;

– de la mise en péril de l'intérêt de la famille en laissant dépérir ses biens propres ou en dissipant ou détournant les revenus que ces biens sont susceptibles de produire.

Concernant la procédure, il s'agit d'un renvoi pur et simple aux dispositions des articles 1445 à 1447 du Code civil, soit la procédure de séparation de biens judiciaire.

L'époux propriétaire pourra par la suite « demander en justice à rentrer dans ses droits, s'il établit que les causes qui avaient justifié le dessaisissement n'existent plus » (C. civ., art. 1429, al. 4).

L'époux investi judiciairement des prérogatives de son conjoint sur ses propres se voit confier des pouvoirs doublement limités : il ne peut pas accomplir d'acte de disposition sur les biens et a l'obligation d'affecter à la communauté les revenus des biens propres du conjoint ; les fruits des biens propres de l'époux dessaisi « devront être appliqués (...) aux charges du mariage et l'excédent employé au profit de la communauté » (C. civ., art. 1429, al. 2).

C. L'hypothèque légale des époux

L'hypothèque légale des époux a été en grande partie supprimée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Elle ne subsiste que dans le régime de la participation aux acquêts, afin de garantir le paiement de la créance de participation au profit de l'époux qui en bénéficie (C. civ., art. 2394 à 2397). Elle présente l'avantage de pouvoir être inscrite au service de la publicité foncière sans autorisation judiciaire préalable. Les époux mariés sous un autre régime matrimonial devront recourir à l'inscription d'une hypothèque judiciaire conservatoire dans les conditions du droit commun (C. civ., art. 2408 ; CPC exéc., art. L. 511-1 et s.).

II. L'URGENCE PATRIMONIALE PENDANT LE DIVORCE

L'article 1109 du Code de procédure civile renvoie à la procédure d'assignation à jour fixe prévue par les articles 840 et 841 du même code pour permettre aux parties d'obtenir une date d'audience d'orientation et sur mesures provisoires en urgence et ainsi faire fixer des mesures financières et patrimoniales rapidement sur le fondement de l'article 255 du Code civil.

Il est également possible de solliciter du juge aux affaires familiales, exerçant les fonctions de juge de la mise en état (CPC, art. 1108), la réalisation de mesures conservatoires sur le fondement de l'article 789 du Code de procédure civile lors de l'audience d'orientation et sur mesures provisoires ou lors d'un incident.

III. L'URGENCE PATRIMONIALE EN PRÉSENCE D'UNE INDIVISION

A. L'urgence patrimoniale avant partage judiciaire

1. Les mesures conservatoires. Plusieurs mesures conservatoires peuvent être prises en urgence. En particulier, il est possible de saisir le président du tribunal judiciaire compétent par voie de requête pour demander l'apposition des scellés ou la réalisation d'un inventaire par un commissaire de justice (CPC, art. 1304 à 1333).

Sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, un référé expertise pourra être sollicité, par exemple pour faire évaluer des biens immobiliers ou des parts sociales. La jurisprudence admet également la saisine par référé aux fins de communication de pièces (Cass. com., 11 avr. 1995, n° 92-20985). Le président du tribunal

judiciaire est alors saisi par voie d'assignation (la saisine par requête est cependant possible si la mise à l'écart du principe du contradictoire est justifiée : Cass. 2^e civ., 7 juin 2012, n° 11-20934).

2. Les procédures prévues par le droit de l'indivision.

Les procédures prévues par le droit de l'indivision sont des procédures accélérées au fond, soumises à la compétence du président du tribunal judiciaire en application de l'article 1380 du Code de procédure civile (a), ou relèvent de la procédure écrite ordinaire, à défaut de disposition contraire (b).

a. Les procédures accélérées au fond.

L'article 815-6 du Code civil permet au président du tribunal judiciaire de « prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun ». Si le texte envisage plusieurs cas particuliers – demande de provision, de désignation d'un administrateur ou de nomination d'un séquestre –, la jurisprudence lui a conféré une portée très large, admettant que soit autorisée la vente de biens indivis (Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1988, n° 86-16489 – Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-20158 – Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-18944 – Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2015, n° 15-10978). La mesure est subordonnée à l'établissement de son urgence et de la poursuite d'un intérêt commun à l'indivision.

Sur le fondement de l'article 815-7 du Code civil, il est possible de solliciter l'interdiction du déplacement de meubles corporels. Si cette faculté ne semble guère utilisée, sans doute parce qu'elle aboutit à un résultat proche de celui des scellés, elle est cependant de nature à sécuriser la jouissance de meubles de valeur (voitures de course, tableaux, mobilier ancien...) et à assurer la protection de biens meubles à usage professionnel.

Aux termes de l'article 815-9, alinéa 1^{er}, du Code civil, le droit de chaque indivisaire à user et jouir des biens indivis est « à défaut d'accord entre les intéressés, (...) réglé, à titre provisoire, par le président du tribunal ». Ce dernier peut ordonner la cessation des actes en cas d'usage irrégulier du bien par un indivisaire (Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 1980, n° 78-15245 – Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2018, n° 17-22280) et même ordonner l'expulsion de l'un d'entre eux (Cass. 1^{re} civ., 26 oct. 2011, n° 10-21802 – Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2019, n° 18-12403). Surtout, en vertu de l'alinéa 2 du texte, il peut fixer le montant de l'indemnité d'occupation due à l'indivision par l'indivisaire jouissant d'un bien indivis de manière privative et exclusive. Son règlement interviendra lors du partage ou chaque année si les conditions de l'article 815-11 du Code civil sont satisfaites (Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 1991, n° 89-11136 – Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1993, n° 91-15476).

L'article 815-11, alinéa 1^{er}, du Code civil pose comme principe que « tout indivisaire peut demander sa part annuelle dans les bénéfices ». Mais il ne peut obtenir le versement immédiat de sa quote-part que si le président du tribunal judiciaire ordonne une répartition provisionnelle des bénéfices, ce qui suppose l'établissement non seulement d'un compte lors de la liquidation définitive (C. civ., art. 815-11, al. 3) mais également d'un compte annuel de gestion portant sur l'ensemble des biens dépendant de l'indivision (Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1993, n° 91-15476 – Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005, n° 03-12579). Tout indivisaire peut, en outre, solliciter une avance en capital, sous réserve

de l'existence de fonds disponibles, notion que la jurisprudence semble apprécier de façon large (Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006, n° 05-14281 – Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2018, n° 17-17846).

b. Les procédures écrites ordinaires.

Des procédures prévues par le droit de l'indivision obéissent à la procédure écrite ordinaire à défaut de disposition contraire. Elles peuvent donner lieu à une assignation à jour fixe ou une action en référé (v. Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 2012, n° 10-21457, à propos de l'article 815-5 du Code civil) conformément au droit commun. Ainsi, lorsqu'un indivisaire se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un autre indivisaire peut se faire habiliter en justice afin de représenter l'indivisaire empêché (C. civ., art. 815-4). Également, un ou plusieurs indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent demander l'autorisation d'aliéner un bien indivis (C. civ., art. 815-5-1).

Enfin, la vente d'un bien indivis peut être ordonnée en cas de mise en péril de l'intérêt commun, selon l'article 815-5 du Code civil. L'utilité de ce texte paraît cependant limitée dès lors que la vente d'un bien indivis peut être sollicitée dans le cadre d'une procédure accélérée au fond en application de l'article 815-6 du même code et que la condition exigée par ce dernier texte est plus facile à satisfaire (mise en cause de l'intérêt commun versus mise en péril de l'intérêt commun).

B. L'urgence patrimoniale pendant la procédure de partage

1. L'urgence patrimoniale avant la désignation du juge commis. S'agissant de l'article 815-11 du Code civil, il peut exister un conflit entre le juge de la mise en état et le président du tribunal judiciaire pour l'allocation d'une provision sur les droits : ce texte prévoit que le second peut ordonner une avance en capital dans le partage à intervenir et l'article 789 du Code de procédure civile affirme que le premier est seul compétent pour allouer une provision au créancier dont l'obligation n'est pas sérieusement contestable. La question de ce conflit de compétence n'est pas tranchée.

La cour d'appel de Paris a retenu la compétence du président du tribunal judiciaire, écartant celle du juge de la mise en état dès lors que l'action fondée sur l'article 815-11 est « distincte et indépendante de la compétence générale donnée au juge de la mise en état par l'article 771, 3 » (CA Paris, 27 juin 2007, n° 06/15625). La cour d'appel de Rennes a, au contraire, approuvé un juge de la mise en état ayant retenu sa compétence pour statuer sur le double fondement des articles 815-11 du Code civil et 771 (ancien) du Code de procédure civile (CA Rennes, 25 avr. 2017, n° 15/09686).

La Cour de cassation a pu confirmer un arrêt ayant retenu que la provision allouée par un juge de la mise en état « n'excédait pas la faculté offerte par l'article 815-11 du Code civil » (Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, n° 97-22341). Cet arrêt ne peut toutefois être considéré comme décisif sur la question de la compétence qui n'était pas soulevée.

Pour limiter le risque procédural, il apparaît prudent de fonder sa demande sur le seul texte applicable à chacun des juges : sur l'article 789 du Code de procédure civile devant le juge de la mise en état et sur l'article 815-11 du Code civil devant le président.

S'agissant de l'article 815-6 du Code civil, les hypothèses de conflits avec l'article 789 du Code de procédure civile concernent surtout la désignation d'un administrateur et les actes à visée conservatoire... mais provisoires. Certaines cours ont pu être amenées à trancher cette question : un arrêt de la cour d'appel de Montpellier retient que le juge de la mise en état peut autoriser des actes conservatoires mais que la demande doit respecter le critère de l'intérêt commun de l'article 815-6 du Code civil (CA Montpellier, 12 avr. 2006, n° 05/4366) ; la cour d'appel de Paris a rendu une décision excluant la compétence du juge de la mise en état pour autoriser une vente, car ce n'est pas une mesure provisoire (CA Paris, 19 mars 2013, n° 12/16155).

2. L'urgence patrimoniale après la désignation du juge commis. S'agissant du conflit entre le juge commis et le président du tribunal judiciaire, l'article 1371 du Code de procédure civile prévoit que le juge commis statue sur les demandes relatives à la succession pour laquelle il a été désigné (CPC, art. 1371, al. 3). Il disposera des pouvoirs reconnus au président du tribunal judiciaire pour statuer sur les questions relatives à la succession (ou l'indivision). Cela recouvre donc les demandes fondées sur les articles 815-6, 815-7, 815-9 et 815-11 du Code civil.

Dans un avis du 18 décembre 2020 (Cass., avis, 18 déc. 2020, n° 20-70004), la Cour de cassation précise que, pendant l'instance en partage, le juge commis dispose des mêmes pouvoirs que le président du tribunal judiciaire pour statuer sur les demandes relatives à l'indivision. Bien que l'avis ne porte que sur les pouvoirs des articles 815-6 et 815-11 du Code civil, sa motivation, fondée sur les dispositions générales de l'article 1371 précitées, laisse penser que les pouvoirs « confiés » au juge commis sont tous ceux initialement reconnus au président du tribunal relatifs à l'indivision.

En pareille situation, le juge commis devra appliquer les règles procédurales fixées par les articles 1379 ou 1380 du Code de procédure civile.

Le juge commis est, « le cas échéant, juge de la mise en état » (CPC, art. 1379, al. 3). S'il est d'usage dans certaines juridictions de ne plus appeler le dossier à la mise en état le temps de l'établissement du projet d'état liquidatif, les parties peuvent toujours adresser au juge commis, ès qualités de juge de la mise en état, des demandes fondées sur l'article 789 du Code de procédure civile. Dans cette hypothèse, le juge commis statuant comme juge de la mise en état devra être procéduralement traité comme tel et donc saisi par des conclusions qui lui sont spécialement adressées.

ATELIERS DE FORMATION DU VENDREDI

Ouverture d'une succession, ce qu'il faut savoir GPL447L7

L'essentiel

L'ouverture d'une succession suppose d'emblée de déterminer les héritiers, leurs droits au regard des règles de la dévolution légale mais également des libéralités consenties et le périmètre de la succession, sans omettre de s'interroger préalablement sur la liquidation du régime matrimonial lorsque le défunt était marié. Elle suppose de recueillir toutes les pièces nécessaires à l'élaboration d'une projection liquidative qui permettra, le cas échéant, de définir les éventuelles demandes ou actions à envisager.

Par
Patricia SIMO
 Avocate au barreau de Paris
Anne-Laure CASADO
 Avocate au barreau de Paris
Frédéric FIRHOLTZ
 Notaire
 et **Sylvie MOMBELLET**
 Avocate au barreau de Rouen

I. L'OUVERTURE D'UNE SUCCESSION : PREMIÈRES ÉTAPES CIVILES ET FISCALES

A. La détermination des héritiers

– La dévolution légale.

Préalablement pour hériter, il faut :

- exister (l'enfant doit avoir été conçu entre le 300^e et le

180^e jour précédant sa naissance, l'article 311 du Code civil déterminant une période légale de conception de 121 jours),

- ne pas être déclaré indigne : les héritiers déclarés indignes ne viennent pas en principe à la succession sauf pour les cas d'indignités facultatives qui n'auraient pas été prononcées par le juge (C. civ., art. 727).

La dévolution légale sans conjoint survivant (C. civ., art. 734 et s.).

En premier lieu, les héritiers sont classés par ordre (C. civ., art. 734 et s.) et chaque ordre d'héritier exclut les suivants :

- premier ordre : les descendants (enfants, petits-enfants en cas de prédécès de leur auteur),
- deuxième ordre : les ascendants privilégiés (père, mère) et les collatéraux privilégiés (frères et sœurs ou leurs enfants en cas de prédécès de leurs auteurs),
- troisième ordre : les ascendants ordinaires (grands-parents, arrière-grands-parents),
- quatrième ordre : les collatéraux ordinaires (oncles, tantes, cousins).

En second lieu les héritiers sont classés en fonction des degrés de parenté (C. civ., art. 741 et s.).

Dans chaque ordre, vient en premier celui qui a un degré de parenté le plus proche du défunt (C. civ., art. 744). À égalité de degré : les héritiers succèdent par égale portion et par tête.

Chaque génération s'appelle un degré. Les parents collatéraux relevant du quatrième ordre ne succèdent pas au-delà du sixième degré.

Exceptions :

La représentation (C. civ., art. 751 et s.) : c'est une fiction juridique qui a pour effet d'appeler à la succession les représentants aux droits du représenté.

Elle ne joue que pour :

- les descendants (premier ordre ; C. civ., art. 752),
- les collatéraux privilégiés (deuxième ordre ; C. civ., art. 752-2).

Il faut une pluralité de souches (il n'y aura pas de représentation si, par exemple, le défunt laisse un enfant unique prédécédé, ce dernier ayant lui-même des enfants : les petits enfants du défunt viendront par tête).

Elle intervient en cas de prédécès, d'indignité ou de renonciation du représenté.

La division par branche (C. civ., art. 746 et s.).

Elle impose une division de la succession en deux lignes : la moitié de la succession revient à la branche maternelle, l'autre moitié à la branche paternelle.

Elle ne joue que pour les ascendants ordinaires (sauf en cas de présence d'un ascendant privilégié) et les collatéraux ordinaires.

La dévolution légale avec un conjoint survivant (C. civ., art. 756 et s.).

- Premier ordre : les descendants (enfants, petits-enfants en cas de prédécès de leur auteur).

Si le défunt laisse des enfants issus uniquement de l'union avec le conjoint survivant, ce dernier a le choix entre l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens. En cas de présence d'enfant non issu des deux époux, le conjoint recueille la propriété du quart.

- Second ordre : les ascendants privilégiés (père, mère) : le conjoint survivant recueille la moitié des biens. L'autre moitié est dévolue pour un quart au père et pour un quart à la mère.

Quand le père ou la mère est prédécédé, la part qui lui serait revenue échoit au conjoint survivant.

En l'absence de descendants et d'ascendants privilégiés, le conjoint survivant est seul héritier.

L'acte de notoriété est l'acte notarié constatant la dévolution. Il ne vaut pas acceptation de la succession et est un préalable obligatoire à toute liquidation successorale.

– La dévolution volontaire.

Par testament. L'interrogation du Fichier central des dispositions de dernières volontés (FCDDV) par le notaire au moment de l'ouverture d'une succession est systématique. Encore faut-il que le testament y ait été inscrit. En cas de révélation d'un testament olographe non inscrit, le notaire en dresse un procès-verbal descriptif.

La saisine se définit comme le pouvoir reconnu à l'héritier de se mettre en possession de la succession. Elle est reconnue aux héritiers *ab intestat* dès le décès, ainsi qu'au légataire universel institué par testament authentique, sans avoir à effectuer de formalités.

S'agissant d'un légataire universel, institué par voie testamentaire, il ne dispose pas *ab initio* de la saisine : il faut pour en disposer qu'il suive la procédure d'envoi en possession.

Cette procédure consiste à vérifier la qualité de la personne à appréhender une succession. Celle-ci a été déjudiciarisée. Le notaire dépositaire du testament se charge désormais des formalités d'envoi en possession. Il doit insérer un avis dans un journal d'annonces légales, et un avis au *BODACC*, informant les tiers de l'existence d'un testament instaurant un ou plusieurs légataires universels.

Toute personne estimant devoir s'opposer au testament devra alors se manifester auprès du notaire dans le délai d'un mois courant à compter de la date d'accusé de réception par le tribunal judiciaire du dépôt de testament. À défaut d'opposition, le légataire universel est investi de la saisine.

Par donation entre époux. Il existe deux types de donation entre époux : celle de biens présents et celle de biens à venir.

S'agissant de la donation de biens présents, elle peut intervenir entre les futurs époux par contrat de mariage ou par acte de donation pendant le mariage, soit par une donation directe soit par une donation indirecte (par ex. : financement d'un bien acquis au nom du conjoint séparé de biens). Si la donation est intervenue avant le 1^{er} janvier 2005, elle est librement révocable. Si la donation a eu lieu après le 1^{er} janvier 2005, elle est irrévocable.

S'agissant de la donation de biens à venir, elle prend effet au décès du donateur et doit respecter les limites de la quotité disponible entre époux.

B. La détermination des actifs et des passifs de succession

Le notaire ne dispose pas de moyen d'établir de manière exhaustive et certaine le patrimoine du défunt. En dehors des moyens d'accès qui lui sont ouverts, il ne peut agir que sur les indications que lui communiqueront les héritiers.

Biens immobiliers : à défaut d'information des héritiers, le notaire peut, sur indication de la commune du lieu de situation d'un immeuble présumé, effectuer une recherche auprès du cadastre pour vérifier quel immeuble est inscrit au nom du défunt.

Il est toutefois à noter qu'aucun fichier unique national n'existe pour rechercher la trace d'un bien immobilier : l'interrogation se fait commune par commune.

Actifs bancaires et assurances-vie : les héritiers doivent remettre au notaire tout document émanant d'une banque

donnée (même un simple courrier). Le notaire interrogera alors la banque concernée, qui lui communiquera la liste de tous les actifs détenus par le défunt au jour du décès. Le notaire a également accès aux fichiers FICOPA et FICOVIE. Il est cependant important de ne pas se reposer que sur l'interrogation de ces fichiers qui sont inopérants dans certaines configurations pourtant courantes.

Passif : le notaire interrogera d'office les principaux services dispensant de l'aide sociale et le service des impôts dont dépendait le défunt. Les éventuels crédits souscrits auprès des établissements concernés seront signalés par les banques concernées. Pas de moyen universel pour le notaire de connaître le passif du défunt.

L'inventaire. Tout héritier a le droit de demander qu'un inventaire soit réalisé.

L'enjeu le plus fréquent de l'inventaire est fiscal. En effet, à défaut d'inventaire, les meubles meublants du défunt sont évalués à 5 % de tout l'actif successoral, ce qui revient dans la plupart des cas à surévaluer le mobilier et à augmenter la fiscalité successorale.

L'attestation de propriété immobilière. L'attestation de propriété immobilière est un acte notarié constatant la transmission des biens immobiliers que détenait le défunt à ses héritiers ou légataires, en vue de sa publication auprès du service de la publicité foncière. Cet acte tirera les conséquences des actes signés au préalable (acte de notoriété, option du conjoint survivant, délivrance de legs...) sur la propriété du ou des biens immobiliers.

C. L'option

– L'option successorale.

L'acceptation pure et simple (C. civ., art. 782) : elle entraîne l'obligation indéfinie aux dettes et charges de la succession et peut être expresse ou tacite (paiement des dettes successorales).

L'acceptation à concurrence de l'actif net (C. civ., art. 787) : l'héritier n'est tenu au paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens et évite ainsi la confusion de ses biens personnels avec ceux de la succession. Une procédure est nécessaire (inventaire, déclaration au greffe...).

La renonciation (C. civ., art. 804) : elle doit être expresse (déclaration au greffe) sauf si l'héritier n'a jamais opté pendant dix ans (il est présumé avoir renoncé à la succession : C. civ., art. 780, al. 2).

– L'option du conjoint survivant.

Le conjoint survivant peut bénéficier de deux options, l'option légale prévue à l'article 757 du Code civil en présence d'enfants communs et l'option prévue à l'article 1094-1 du Code civil en présence d'une donation entre époux, cette dernière ayant pour effet de restaurer sa vocation en usufruit en présence d'enfant non commun.

L'exercice de l'option légale suppose de s'assurer qu'elle est ouverte et, par conséquent, d'établir les masses de calcul et d'exercice définies à l'article 758 du Code civil.

L'option légale est personnelle, incessible et non transmissible aux héritiers pour le cas où le conjoint survivant décéderait avant d'avoir opté. Dans cette hypothèse, il est réputé avoir opté pour l'usufruit (C. civ., art. 758-4).

En cas de donation entre époux, l'option de l'article 1094-1 du Code civil a, à l'inverse, une nature patrimoniale et est

transmissible aux héritiers en cas de décès du conjoint survivant avant d'avoir opté. À l'inverse également de l'option légale, l'option de l'article 1094-1 du Code civil appartient au disposant qui peut la déléguer au conjoint survivant.

D. Aspect fiscal : la déclaration de succession (CGI, art. 641 et s.)

La déclaration de succession est un document fiscal, ayant pour but de reconstituer l'intégralité du patrimoine du défunt et de calculer les droits fiscaux de succession dus par les héritiers ou légataires. Il s'agit d'un imprimé fiscal et non d'un acte notarié.

La déclaration de succession doit reprendre de manière exhaustive le patrimoine du défunt, dans sa consistance et sa valeur au jour du décès. S'il existe des biens difficiles à estimer (parts de société, entreprise...), il est recommandé de faire appel à un expert spécialisé dans le domaine concerné afin d'évaluer le bien concerné.

Délai de paiement des droits (six mois à compter du décès si le défunt est décédé en France).

Les héritiers (hormis le partenaire pacsé ou le conjoint survivant) sont solidaires pour le paiement des droits, l'administration fiscale peut donc demander le règlement de l'intégralité des droits à un seul héritier, charge à ce dernier de se retourner contre ses cohéritiers afin de se faire rembourser ensuite par eux.

Les pénalités de retard pour paiement tardif sont de 0,20 % par mois de retard. Au-delà du 13^e mois, les droits sont en plus soumis à une majoration de 10 % (plus en cas de mise en demeure). Il est toujours possible de demander une remise de pénalités à l'administration fiscale, mais cette remise restera soumise à l'appréciation de cette dernière. La dissension entre héritiers n'est pas un motif valable de retard.

Les acomptes versés sont déduits de la base de calcul de l'intérêt de retard. Dans un contexte de succession contentieuse, il est donc opportun de déposer des acomptes dans le délai légal, et de déposer ultérieurement la déclaration de succession. Il convient également d'utiliser les possibilités de paiement fractionné ou différé des droits de succession, qui permettent d'étaler le paiement des droits de succession sur trois ans, ou de différer le paiement à l'extinction de l'usufruit.

II. LES OPÉRATIONS DE LIQUIDATION DE PARTAGE

La liquidation successorale s'établit par étapes figurant dans les différentes parties de l'acte de partage.

A. La dévolution successorale

Il faut demander systématiquement l'acte de notoriété comportant l'identité des héritiers qui y sont mentionnés.

B. Le rapport des libéralités

Il s'agit du mécanisme qui oblige tout héritier *ab intestat* qui a reçu à titre gratuit un bien du défunt à en restituer la valeur pour qu'elle soit comprise dans la masse à partager. Cette opération préalable au partage a pour objet d'assurer l'égalité entre les copartageants (C. civ., art. 843). Il est possible pour le donateur d'expressément dispenser l'héritier du rapport.

L'héritier tenu au rapport doit avoir été personnellement gratifié par le disposant (le père venant à la succession du donateur n'est pas tenu de rapporter le don fait à son fils, C. civ., art. 847). Le rapport n'est dû qu'à ceux des héritiers qui viennent effectivement à la succession (C. civ., art. 857). Le rapport porte sur toutes les donations (C. civ., art. 843), quelles que soient leurs formes (don manuel, donation notariée, donation déguisée, donation indirecte). Deux catégories de donations échappent au rapport : la donation-partage et les donations consenties hors parts successorales. De plus, sont dispensés du rapport par effet de la loi : les présents d'usage, le capital ou la rente d'assurance-vie payable au décès de l'assurée à un bénéficiaire déterminé.

L'héritier qui est gratifié par un legs n'est pas tenu au rapport, sauf si le donateur l'a expressément indiqué.

Le rapport s'exécute au moment du partage de la succession. En principe, il s'effectue en nature, ainsi l'héritier gratifié conserve le bien qui lui a été donné et en impute la valeur sur ses droits dans la succession. Une indemnité représente la valeur du bien, elle est attribuée à l'héritier qui effectue le rapport, ainsi ce dernier prendra moins dans le partage, raison pour laquelle on parle de « rapport en moins prenant ». Le montant de l'indemnité de rapport est déterminé en fonction de la valeur du bien donné au jour du partage selon son état au jour de la donation (C. civ., art. 860).

C. La réduction

La réduction est le mécanisme par lequel on réduit une donation qui dépasserait la quotité disponible. Afin de le déterminer, il convient, dans un premier temps, de rechercher le taux de la réserve et celui de la quotité disponible, de les chiffrer et d'y imputer les libéralités. Le taux de la réserve et celui de la quotité disponible varient en fonction de la qualité et du nombre d'héritiers réservataires. Dans un second temps, il est nécessaire de déterminer la masse de calcul pour y appliquer les taux mentionnés. La masse de calcul comprend les biens existants, en ce compris les biens légués par testament et donation au dernier vivant, desquels sont déduites les dettes du défunt et les charges de la succession. À cet actif net, seront réunis fictivement les biens donnés (à savoir tous les biens dont le défunt a disposé par donation entre vifs). L'évaluation des biens pour la masse de calcul est effectuée en fonction de la valeur et de l'état du bien au jour du décès pour les biens existants, et de la valeur du bien au jour du décès en fonction de son état au jour de la donation pour les biens réunis fictivement. Toutefois, concernant la donation-partage, ce sera la valeur et l'état du bien au jour de la donation. L'ordre de réduction des donations est déterminé par la date des donations, la plus récente est réduite en premier (C. civ., art. 923). En cas de concours entre un legs et une donation, le legs est réduit en premier. S'il y a plusieurs legs qui empiètent sur la réserve, ils sont réduits en même temps proportionnellement à leur montant (C. civ., art. 926). La réduction s'effectue en valeur, selon le même mécanisme que le rapport. L'action en réduction se prescrit en cinq ans à compter de l'ouverture de la succession ou en deux ans à compter du jour où les héritiers ont eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve, sans que ce délai ne puisse jamais excéder dix ans à compter du décès.

D. Les avantages matrimoniaux et le retranchement (C. civ., art. 1527)

L'avantage matrimonial résulte des clauses du contrat de mariage et correspond au profit ou l'enrichissement que le fonctionnement du régime procure à l'un des époux comparé à la situation qui aurait été la sienne sous le régime légal.

Les avantages matrimoniaux supposent un régime conventionnel la plupart du temps de communauté (clause d'apport, de partage inégal...) mais aussi de la participation aux acquêts (clause d'exclusion de biens professionnels).

En présence d'enfants communs, l'avantage n'est pas regardé comme une libéralité (C. civ., art. 1527, al. 1). À l'inverse, il est considéré comme tel en présence d'enfants non communs et est susceptible de retranchement s'il excède la quotité disponible spéciale entre époux (C. civ., art. 1527, al. 2).

L'action en retranchement n'est ouverte qu'aux enfants non issus de l'union. Elle emprunte le régime de l'action en réduction et se prescrit par cinq ans à compter du décès (C. civ., art. 921, al. 2).

L'avantage s'apprécie en fonction de la valeur des biens au jour du décès et est liquidé par comparaison entre les droits du conjoint survivant issus du régime conventionnel et ceux qui auraient été les siens s'il avait été marié sous le régime légal. Cela suppose une double liquidation pour opérer comparaison et ainsi identifier un éventuel avantage. Par suite, l'avantage matrimonial est imputé à la date du contrat de mariage sur la quotité disponible spéciale entre époux telle que prévue à l'article 1094-1 du Code civil, l'option appartenant au conjoint survivant. L'excédent donne lieu à retranchement.

À noter que les héritiers peuvent renoncer par anticipation de façon définitive ou temporaire à l'action en retranchement (C. civ., art. 1527, al. 3).

E. L'imputation des libéralités et la combinaison des quotités

L'imputation intervient après établissement de la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve héréditaire définie à l'article 922 du Code civil, pour mesurer l'excès éventuellement réductible des libéralités consenties et préserver la réserve héréditaire d'ordre public. L'imputation s'effectue selon un ordre régi par les articles 923 et 926 du Code civil en respectant les secteurs d'imputation prévus aux articles 919-1 et 919-2 du Code civil.

Les libéralités consenties au conjoint survivant n'ayant qu'une vocation légale ne se cumulent pas avec sa vocation légale mais s'imputent sur ses droits légaux en application de l'article 758-6 du Code civil, cette règle d'imputation ayant été récemment qualifiée de « rapport spécial en moins prenant » (Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2022, n° 20-12232).

Les libéralités consenties aux héritiers, à des tiers et au conjoint survivant s'imputent concurremment avec cette difficulté que ce dernier peut être bénéficiaire de la quotité disponible spéciale entre époux prévue à l'article 1094-1 du Code civil. Il convient alors de combiner les quotités disponibles ordinaire et spéciale pour déterminer les libéralités éventuellement réductibles.

La combinaison des quotités est régie par les trois règles dégagées par l'arrêt Dreuil (Cass. 1^{re} civ., 26 avr. 1984, n° 83-11839).

F. Les comptes d'administration

Les comptes d'administration concernent l'indivision successorale, elle comprend les dépenses faites par les héritiers en raison des biens indivis ou les fruits perçus. Le régime est prévu aux articles 815 et suivants du Code civil. Deux focus particuliers :

– l'indemnité du gestionnaire de l'indivision (C. civ., art. 815-12) : si l'un des indivisaires gère l'indivision, il peut solliciter de bénéficier d'une indemnité. L'indivisaire qui a géré les biens indivis a droit à la rémunération de son activité. Sa rémunération est fixée soit d'un commun accord entre les parties, soit par décision du juge lequel dispose d'un pouvoir souverain ;

– l'indemnité d'occupation du bien indivis (C. civ., art. 815-9) : l'indivisaire qui jouit privativement du bien indivis est redevable d'une indemnité d'occupation. La jouissance privative du bien indivis est appréciée au regard de l'impossibilité pour les autres indivisaires d'occuper le bien du fait de cette jouissance, et ce même en l'absence d'occupation effective des lieux par l'indivisaire. La demande en paiement de l'indemnité d'occupation peut être effectuée annuellement et sans attendre les opérations de liquidation partage. Cette demande se prescrit par cinq ans.

G. La masse à partager (C. civ., art. 825 et s.)

La masse à partager est constituée par la totalité des biens existants au jour du décès dont le défunt n'a pas disposé par testament ou par donation entre époux sauf ceux qui ont disparu entre la date du décès et celle du partage évalués dans l'état dans lequel ils se trouvent à la date de la jouissance divise. Elle comprend en outre les biens subrogés aux biens existants et à ce titre les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis (ex. : l'indemnité d'assurance versée en cas de destruction d'un bien ou le prix de vente d'un immeuble vendu par les indivisaires conjointement) ainsi que les fruits et revenus des biens existants ou des biens subrogés.

La masse passive est constituée des dettes du défunt nées de son chef à l'égard de tiers ou de ses héritiers.

H. Les droits des parties (C. civ., art. 826, al. 2)

Les droits des parties sont déterminés lors de la dévolution de la succession indiquée dans l'acte de notoriété.

Les attributions (C. civ., art. 826, al. 2) : chaque copartageant reçoit des biens pour une valeur égale à celle de ses droits dans l'indivision.

Si la consistance de la masse ne permet pas de former des lots d'égale valeur, leur inégalité se compense par une soulte. La soulte n'est due qu'au moment du partage, elle ne peut être réclamée avant. Le juge ne peut ordonner une provision sur soulte (Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-18140).

I. Les conditions générales du partage et fiscalité de l'article 746 du CGI

Lors d'un partage, chacun des indivisaires prend le ou les biens qui lui sont attribués dans l'état dans lequel ils se trouvent au jour du partage, sans recours possible à l'encontre de ses cohéritiers, même en présence d'un vice caché affectant le bien.

L'action en rescision pour lésion est admise, mais uniquement lorsqu'un héritier a été lésé de plus du quart.

Le partage de succession est soumis à un droit fiscal de 2,50 % portant sur l'actif net partagé qui est déduit du passif de succession.

Adjudications immobilières – Avis simplifiés

669710 - Gazette du Palais

VENTE aux enchères publiques au Tribunal Judiciaire de BOBIGNY (93),
173 av. Paul Vaillant Couturier, le **mardi 16 mai 2023** à 13h30 - **EN UN LOT**

APPARTEMENT de 73,90 M² à LE BOURGET (93) **18 rue du Commandant Baroche (Bât. A)**

Au 3^{ème} étage, esc. A, porte gauche en sortant de l'ascenseur : entrée, salon
avec **BALCON**, cuisine, arrière-cuisine, SdB, 2 chambres, penderie, WC –
Bât. B, au ss : **CAVE** n° 11 – Au ss : **PARKING** n° 3

Mise à Prix : 40.000 €
Consignations en 2 chèques de banque : 4.000 €
(Bâtonnier) à valoir sur le prix & 15.000 € (CARPA)
à valoir sur les frais & droits

S'adresser : - À Me **Alain CIEOL**, Avocat, 2 rue de Lorraine (93) BOBIGNY,
Tél. 01.48.30.11.11, dépositaire d'une copie du CCV - Au Greffe du Juge de
l'Exécution du TJ de BOBIGNY où le CCV est déposé (N° RG 19/03545) –
Visite le **vendredi 28 avril 2023 à 14h** - INTERNET www.vench.fr



Lextenso

**Vous cherchez
1 bonne raison
de vous abonner
à La Base
Lextenso ?
On en a 3000.**

Avec La Base Lextenso, vous profitez de l'expertise de nos 3000 auteurs en accédant à l'ensemble de leurs publications en fonction de vos recherches juridiques.

La Base**Lextenso**

Essai gratuit sans engagement
sur labase-lextenso.fr