

2 - Bon nombre de situations justifient le recours au testament. Cet instrument multi-fonctions permet de clarifier le passé mais aussi d'organiser le futur. D'une manière générale il facilitera les opérations de règlement successoral.

SECTION I Clarifier le passé

3 - Qu'elles soient d'ordre patrimoniale ou extra-patrimoniale, les dispositions testamentaires sont susceptibles de révéler des évènements d'importance affectant le règlement successoral.

A – Révéler l'existence d'enfants

4 - L'utilisation d'un testament afin de révéler l'existence d'un enfant jusqu'alors « inconnu » n'est pas seulement le fruit d'un fantasme de romancier ou de cinéaste. Il s'agit là d'une pratique devenue banale. La mobilité géographique, la multiplication du nombre de divorces, la libéralisation des mœurs en sont les causes principales.

Bon nombre de notaires ont dû s'initier à ce délicat exercice consistant à annoncer aux enfants du défunt voire à son conjoint un aveu de paternité, ou de maternité (chose plus rare) post-mortem.

5 - La révélation d'un enfant doit être dissociée de la « reconnaissance ».

La reconnaissance de paternité dans un testament authentique et d'une prise de qualité d'hériter emporte établissement de la filiation (article 316 CC). Tel n'est pas le cas pour un testament olographe : la jurisprudence est inflexible sur le sujet¹.

1. Cass 1^{re} Civ, 2 février 1977, *Bull. civ.* I n° 63, p. 49.

Ainsi un testament autre que notarié mentionnant l'existence d'un enfant « caché » ne contient qu'une « révélation » ; il appartiendra à l'enfant révélé d'établir sa filiation à l'égard du défunt dans les conditions prévues par la loi. (art. 311-25 et suivants du code civil).

En pratique, il conviendra d'invoquer la notion de « possession d'état » telle qu'elle est définie aux termes de l'article 317 du Code Civil.

B – Dévoiler une donation antérieure

6 - Dans le cadre du partage de la succession, dans un souci d'égalité, l'article 843 du Code Civil impose aux héritiers le rapport des donations ou avantages indirects :

Article 843 du Code Civil : « (Mod., L. n° 2006-728, 23 juin 2006). - Tout héritier, même ayant accepté à concurrence de l'actif, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément hors part successorale.

Les legs faits à un héritier sont réputés faits par préciput et hors part, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire, auquel cas le légataire ne peut réclamer son legs qu'en moins prenant. »

Ces dispositions sont fondamentales et constituent la pierre angulaire du partage successoral. Il s'avère judicieux d'indiquer dans un testament l'existence de libéralités antérieures. Le rapport en sera dû dans le cadre du partage. En présence de dons manuels, le testament s'inscrira alors comme « révélateur » du rapport.

Dans l'esprit du testateur il est fréquent que les dispositions de dernières volontés soient motivées par le souhait de « compenser » des largesses précédentes.

Exemple : *M. MARCEL DE GUÉRANDE à deux enfants. Il a, à de multiples reprises, effectué des dons manuels à sa fille aînée.*

Sa fille cadette n'a jamais rien reçu et à ce titre-là il entend lui faire bénéficier d'un legs de la quotité disponible.

Il est, à notre sens, plus judicieux d'établir un testament afin de révéler l'existence de ces dons manuels ou d'autres donations indirectes et d'imposer le rapport au donataire.

L'effet pourra être accru en cumulant le rapport du par l'aîné et le legs de la quotité disponible au bénéfice de la cadette.

À l'inverse, le testament peut aussi révéler des dons précédemment consentis et les déclarer « rémunératoires » de services rendus. À ce titre la libéralité ne produira aucune conséquence sur le partage successoral.

C – Modifier les conditions d'une précédente libéralité

7 - Outre révéler l'existence de précédentes libéralités, occultes ou apparentes, le testateur peut modifier les conditions de celles-ci. Il pourra rendre « précipitaire » une donation stipulée ou présumée rapportable. À l'inverse, l'adage « *donner et retenir ne vaut* » fait échec à transformer une libéralité « hors part successorale » en donation rapportable.

D – Révoquer des dispositions à cause de mort antérieures

8 - Contrairement aux donations entre vifs, le testament est révocable (article 835 du Code Civil). Cette révocation peut s'opérer de manière expresse ou tacite. Il pourra révoquer un précédent testament, une clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance ou une donation entre époux.

La révocation tacite n'est pas sans poser de difficultés d'interprétation. Il convient de se livrer à une analyse de la volonté du défunt. En d'autres termes entendait-il cumuler le présent legs avec celui précédemment consenti ou à l'inverse anéantir ce dernier ? La jurisprudence est abondante et traduit la nécessité de se livrer à une analyse rétrospective. Au-delà du verbe, c'est le fonds de la pensée du testateur qui commande la solution.

9 - En revanche, une donation entre époux ne peut révoquer des dispositions testamentaires. Pour autant la plupart des institutions contractuelles contiennent une clause allant en ce sens. **Une telle mention doit être proscrite : une donation entre époux ne peut révoquer expressément qu'une précédente donation entre époux et jamais un testament.**

SECTION II Organiser le futur

A – Préparer sa succession

a – Liberté encadrée par la quotité disponible

10 - Plus fréquemment, des dispositions testamentaires sont établies afin d'organiser « l'avenir ». Leur efficacité dépend étroitement de la situation familiale. En présence d'héritiers réservataires, on ne peut disposer que dans les limites de la quotité disponible.

La Loi du 23 juin 2006 a supprimé la réserve héréditaire des ascendants. Désormais seuls sont réservataires les descendants ainsi qu'en leur absence, le conjoint survivant.

Article 913 du Code Civil : *(L. N° 72-3, 3 janv. 1972 ; mod. L. n° 2001-1135, 3 déc. 2001 ; Ord. n° 2005-759, 4 juil. 2005 ; L. n° 2006-728, 23 juin 2006).* - « Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. »

Article 914-1 du Code Civil : *(L. n° 2001-1135, 3 déc. 2001 ; mod., L. n° 2006-728, 23 juin 2006).* - « Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder les trois quarts des biens si, à défaut de descendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé. »

11 - Hors ces deux hypothèses, d'application fréquente (surtout la première), le testateur désignera au lieu et place de la loi, son ou ses héritiers nommés légataires. Le règlement de la succession s'en trouvera grandement facilité écartant notamment le mécanisme complexe de la fente successorale (Article 749 du Code Civil).

Article 749 du Code Civil : *(L. N° 2001 (1135, 3 déc. 2001).* - Lorsque la succession est dévolue à des collatéraux autres que les frères et sœurs ou leurs descendants, elle se divise par moitié entre ceux de la branche paternelle et ceux de la branche maternelle.

Article 750 du Code Civil : *(L. N° 2001-1135, 3 déc. 2001).* - Dans chaque branche succède, à l'exclusion de tout autre, le collatéral qui se trouve au degré le plus proche.

Les collatéraux au même degré succèdent par tête.

À défaut de collatéral dans une branche, les collatéraux de l'autre branche recueillent toute la succession.

La personne choisie par le disposant sera désignée légataire tandis que les héritiers « ab intesta » seront écartés.

Outre la réserve héréditaire, le Code Civil a posé d'autres limites en instituant des « incapacités à recevoir ».

b – « capacités de disposer » / « capacités de recevoir »

• Une large capacité de disposer

12 - Les règles légales concernant la capacité en matière de testament sont relativement permissives. Ainsi peuvent tester les majeurs quand bien même ils seraient l'objet d'un régime de protection.

Le majeur sous tutelle peut établir un testament avec l'accord du Juge des tutelles ou du conseil de famille (Art. 476 du Code Civil), tandis que le protégé sous curatelle peut tester sans l'assistance de son curateur. Le mineur émancipé dispose de la même capacité qu'un majeur (Article 907 alinéa 2 du Code Civil), tandis que le mineur non émancipé de plus de 16 ans ne peut disposer que jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la Loi permet au majeur de disposer (Art 904 alinéa 2 du Code Civil).

13 - Une capacité à recevoir plus restreinte

Article 909 du Code Civil : *(Mod, l. n° 2007-308, 5 mars 2007). - Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci.*

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faite en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité.

14 - Les personnels soignants au sens médical (médecins, pharmaciens, infirmiers) ou spirituels (ministre du culte), sont ainsi frappés d'une incapacité spéciale à recevoir des legs de personnes auxquelles ils ont prodigué des soins pendant la maladie dont ils sont décédés. Cette dernière condition n'est pas sans susciter certaines difficultés. La vieillesse n'est pas une maladie ! Pareillement la notion de « traitement » n'apparaît plus dans la rédaction nouvelle de l'article 909 du Code Civil issue de la Loi du 5 MARS 2007 et est remplacée par les

termes « soins ». La récurrence des soins aboutissant au « traitement » n'est donc plus une exigence. Des soins occasionnels voire prodigués en une seule séance frapperaient de nullité le legs.

Au même titre que les conseillers financiers, assureurs, avocats, notaires (CA PARIS, 3 MAI 1872, S. 1873-2-51), les auxiliaires de vie ne sont pas concernés par les dispositions légales. Pour autant, il est fréquent que le disposant manifeste le souhait de « remercier » la personne qui lui a apporté du réconfort ou du confort jusqu'à ses derniers instants. Dans l'état actuel de la jurisprudence, malgré l'extension opérée par la Loi de 2007 au personnel « soignant » (en pratique infirmier, aide-soignant), l'auxiliaire de vie n'est pas expressément visé par la prohibition de l'article 909 du Code civil ; néanmoins la doctrine (voir Clémence LACOUR, *Droit de la Famille*, décembre 2010) relève que cette catégorie de « personnel » s'expose considérablement. La présomption de captation qui ressort en filigrane de l'article 909 du Code Civil connaît des exceptions :

Ainsi sont exceptées :

1° - Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ;

2° - Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte.

Il appartient au légataire particulier d'apporter la preuve du caractère rémunérateur de la libéralité (CA PARIS 24 FÉVRIER 2010. Juris.data n° 2010-001067). Doivent être appréciés les services rendus et le « train de vie » du disposant. Ainsi la Cour d'Appel de BORDEAUX (CA BORDEAUX 21/1112005 JCP 2006 IV 1572) a validé le legs d'un véhicule automobile au profit du médecin ayant prodigué ses soins gracieusement.

Malgré ce libéralisme apparent, il est nécessaire de s'assurer de la clairvoyance, de la lucidité, de la conscience du testateur. L'article 414.1 du Code Civil insiste sur le principe que nous revisiterons en deuxième partie.

B – Prévoir ses funérailles

15 - Le souhait d'organiser ses propres funérailles conduit fréquemment à l'établissement d'un testament. Force est de constater l'inutilité de telles dispo-

sitions, la sépulture ayant lieu bien avant la mise en exécution des dispositions de dernière volonté.

Les intéressés seront mieux inspirés de conclure préalablement un contrat spécifique avec une société funéraire. Une telle convention dénommée « testament obsèques » conduit à déterminer de manière précise l'organisation de sa propre sépulture. Le cas échéant le coût sera réglé à l'avance lors de la signature du contrat.

C – Choisir un tuteur testamentaire

16 - La rancune entre ex-époux conduit parfois l'un d'eux chez le notaire afin de désigner, par voie testamentaire, un tuteur de l'enfant commun autre que le survivant. Les dispositions de l'article 403 du Code Civil y font échec.

Article 403 du Code Civil : L. n° 2007-308, 5 mars 2007). - « Le droit individuel de choisir un tuteur, qu'il soit ou non parent du mineur, n'appartient qu'au dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale.

Cette désignation ne peut être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire.

Elle s'impose au conseil de famille à moins que l'intérêt du mineur commande de l'écarter.

Le tuteur désigné par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle. »

Toutefois, l'exposition des parents à un risque de décès simultané rend judicieux le recours au testament.

Exemple : Monsieur et Madame PITHIVIERS partent pour un long voyage en mer laissant leur unique fille encore mineure chez son parrain. Ils n'ont aucune affinité particulière avec les membres de la famille qu'ils ne côtoient jamais.

Chacun des parents établira un testament désignant en cas de décès des deux, le parrain tuteur de leur fille unique.

D – Envisager l'improbable

17 - Régulièrement le notaire est sollicité afin de mettre en place des mesures déjà prévues et organisées par la loi. Il peut alors constater l'inutilité **actuelle** à établir un testament. Néanmoins la situation qui se présente à lui est susceptible d'évoluer et d'être radicalement différente lors du règlement successoral.

Exemple : *Monsieur Didier TRAVOLTA est célibataire et a un fils unique mineur. Ses parents étant décédés, il ne lui reste qu'un frère qu'il déteste plus que tout. Apparemment rien ne justifie des dispositions testamentaires. Néanmoins le pré-décès ou décès simultané de son fils aurait pour conséquence de rendre son frère unique héritier. Un testament écarte cet effet.*

18 - Il est toutefois nécessaire de garder à l'esprit que le testament peut être établi à tout moment rendant inutiles les supputations les plus improbables et ainsi les dispositions testamentaires insolites. Le notaire doit être capable de freiner les élans des plus imaginatifs et des plus pessimistes.

E – Prévoir l'impossible

19 - L'établissement d'un testament est parfois motivé par le souhait d'intervenir dans le schéma de vie du légataire. L'article 900 du Code Civil dispose :

« Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites ».

La jurisprudence foisonne d'anecdotes « croustillantes » et illustre l'évolution de notre société. Il y a encore quelques décennies les legs au profit de la « concubine » adultère étaient invalidés. Ce qui était immoral il y a quelques temps est aujourd'hui normal et banal.

La jurisprudence contemporaine est désormais très permissive. Ce n'est pas en soi la libéralité et ses circonstances qui doivent être examinées, mais davantage la licéité du mobile l'ayant inspirée.

La clause de non-divorce est validée par la Cour de Cassation (au sujet d'une donation entre époux - Cass Civ. 1^o - 13 décembre 2005 - Rep. Notariat DEFRESNOIS Article 38396) ; pareillement est considérée comme valide la clause de « non-mariage » (CA POITIERS 17 février 1998. Juris. data N^o 46715). Est désormais révolue l'époque durant laquelle était considéré comme contraire aux bonnes mœurs le legs établi au profit de la maîtresse adultérine. (Cass Civ., 3 février 1998 ; Cass Civ., 16 mai 2000 ; Cass Civ., 25 Janvier 2000).

Dans les faits, le disposant exprimera des souhaits de viduité. Il imposera le « non-divorce » ou à l'inverse le « célibat » au légataire. De telles dispositions doivent être évitées même si le « libéralisme » jurisprudentiel les rend actuellement admissibles.