

LEGS ET DONATIONS

17^e ÉDITION

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS



© AdobeStock - Cienpies Design

Si vous désirez recevoir gratuitement d'autres exemplaires de ce guide,
merci d'adresser votre demande par email à : relation.client@lexisnexis.fr



AVEC
**LA SEMAINE
JURIDIQUE**
NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE

FAITES UN DON, UN LEGS, UN CONTRAT D'ASSURANCE VIE...



...au Centre François Baclesse

Le Centre François Baclesse est un établissement de santé, de recherche et d'enseignement privé, d'intérêt collectif (article L. 6161-5 du Code de la santé publique).

Pour financer son action, il est habilité à recevoir des dons et legs et peut être bénéficiaire du capital d'un contrat d'assurance-vie.

75% DE VOTRE DON SONT DÉDUCTIBLES
DE L'IMPÔT SUR LA FORTUNE IMMOBILIÈRE,
DANS LA LIMITE DE 50 000 €,
ET **66%** DE L'IMPÔT SUR LE REVENU.



unicancer NORMANDIE - CAEN

Centre François Baclesse

Direction générale
3 avenue général Harris
14076 CAEN CEDEX 5
Tél. 02 31 45 50 00 www.baclesse.fr

DONS EN LIGNE

dons.baclesse.fr



dons@baclesse.unicancer.fr

LEGS ET DONATIONS
Les Guides de la Semaine Juridique
n°2/2021

**Président-Directeur-Général
et Directeur de la publication :**
Philippe Carillon

Directrice éditoriale :
Clémentine Kleitz
clementine.kleitz@lexisnexis.fr

Directrice de rédaction :
Véronique Marie
veronique.marie@lexisnexis.fr

Responsable de rédaction :
Anaïs Schoufflikir-Gabriel
anaïs.schoufflikir-gabriel@lexisnexis.fr

Rédactrice en chef :
Catherine Larée
catherine.laree@lexisnexis.fr

Ont collaboré à ce numéro :
Alexis Alvarez Elorza, Laurianne Carrel,
Chloé Cosnefroy

Publicité :
Responsable de Clientèle : Caroline Spire
Tel : 01 45 58 94 69
Port. : 06 13 44 03 40
caroline.spire@lexisnexis.fr

Correspondance :
LexisNexis SA
La Semaine Juridique
(édition notariale et immobilière)
141, rue de Javel
75747 Paris Cedex 15

Relation clients :
01.71.72.47.70
relation.client@lexisnexis.fr

LexisNexis SA
Legs et donations - La Semaine Juridique
(Édition Notariale et Immobilière)
SA au capital de 1.584.800 euros
552 029 431 RCS Paris

Principal associé :
Reed Elsevier France SA

Siège social :
141, rue de Javel
75747 Paris Cedex 15

Mise en page : Vif-Argent
N° imprimeur : 5011
N° éditeur : 4777
Dépôt légal : à parution
ISSN : 2116-6153

Origine du papier : Allemagne
Taux de fibres recyclées : 6 %
Certification : 100 %
Impact sur l'eau : Ptot = 0,01Kg/tonne

Sommaire

ÉTUDES

Les dernières volontés p.9

- Avant-propos, *par Vivien Zalewski-Sicard* p.10
- Une dernière volonté : anticiper pour préserver l'expression de sa volonté,
par Sylvie Moisdon-Chataigner p.11
- Les dernières volontés du malade relatives aux soins, *par Paul Véron* p.16
- Les dernières volontés et les funérailles, *par Ariane Gailliard* p.21
- Les dernières volontés. Le don du corps et des organes, *par Bérengère Gleize* p.28
- Dernières volontés et données à caractère personnel, *par Vivien Zalewski-Sicard* p.33
- Les dernières volontés en matière de droit d'auteur, *par Audrey Lebois* p.38
- Les dernières volontés en droit international privé, *par Hélène Péroz* p.44
- Le testament, *par Charles Bahurel* p.49
- Le contrôle du respect des dernières volontés du défunt,
par Vivien Zalewski-Sicard p.53

Les associations et fondations

- Présentation des associations et fondations ayant répondu à notre questionnaire p. 59

Index

- Index par domaines d'action des associations et fondations p. 208-209
- Index par ordre alphabétique p. 210

France générosités

Le syndicat des associations et fondations qui font appel à la générosité du public

Créé en 1998, France générosités a pour vocation de défendre, développer et promouvoir les générosités en France.

PRINCIPALES MISSIONS

PLAIDOYER

Défendre les intérêts de ses membres auprès des pouvoirs publics et favoriser un contexte favorable à la générosité en France

ACCOMPAGNEMENT

Accompagner ses membres, individuellement ou collectivement, dans leurs problématiques juridiques, fiscales et marketing de la collecte de fonds

ETUDES & INFORMATIONS

Piloter des études, produire des analyses et décryptages permettant d'identifier les nouveaux potentiels de générosité

SENSIBILISATION

Promouvoir la générosité sous toutes ses formes auprès du grand public, via une campagne annuelle de sensibilisation et le site d'information infodon.fr

PAROLES DE MEMBRE

Ann AVRIL,
Directrice générale adjointe
de l'UNICEF



« La générosité privée est plus que jamais indispensable à la survie des associations et des fondations. Parallèlement, les motivations, les profils et les comportements des donateurs évoluent. Le syndicat France générosités se présente comme une réponse aux enjeux que rencontre le secteur à but non lucratif.

Il encourage en effet l'échange et le partage d'expertises permettant de proposer des pistes de réflexion pour la collecte de demain. Son rôle est primordial pour défendre et promouvoir la générosité et les intérêts de ses membres notamment auprès des pouvoirs publics, dont il est devenu un interlocuteur privilégié. »

**REJOIGNEZ
LE RÉSEAU !**

**Pour rejoindre le réseau des 119
organisations membres de
France générosités**

VOTRE CONTACT

Claire Bourdon
Chargée d'animation du réseau
cbourdon@francegenerosites.org

www.francegenerosites.org

LISTE DE NOS ANNONCEURS

(par ordre alphabétique)

- À CHACUN SON EVEREST !
- ACAT FRANCE
- ACTION CONTRE LA FAIM
- ACTION ENFANCE- FONDATION MOUVEMENT POUR LES VILLAGES D'ENFANTS
- AFM - TÉLÉTHON
- AMNESTY INTERNATIONAL FRANCE
- APF FRANCE HANDICAP
- APPRENTIS D'AUTEUIL (FONDATION)
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES POLYARTHRIQUES ET DES RHUMATISMES INFLAMMATOIRES CHRONIQUES – AFP RIC
- ASSOCIATION FRANCE ALZHEIMER ET MALADIES APPARENTÉES
- ASSOCIATION LES PETITS FRÈRES DES PAUVRES
- ASSOCIATION RÊVES
- ASSOCIATION SŒUR EMMANUELLE-ASMAE
- AVIATION SANS FRONTIERES
- BANQUES ALIMENTAIRES
- BUREAU INTERNATIONAL CATHOLIQUE DE L'ENFANCE – BICE
- CCFD-TERRE SOLIDAIRE
- CENTRE FRANÇOIS BACLESSE
- CENTRE LÉON BÉRARD
- CHAÎNE DE L'ESPOIR (LA)
- CHIENS GUIDES D'AVEUGLES CENTRE PAUL CORTEVILLE
- CHIENS GUIDES D'AVEUGLES D'ÎLE-DE-FRANCE
- CHIENS GUIDES D'AVEUGLES DE L'OUEST (LES)
- CHIENS GUIDES D'AVEUGLES DE LYON ET DU CENTRE-EST
- CHIENS GUIDES D'AVEUGLES DE PROVENCE CÔTE D'AZUR CORSE (LES)
- CHIENS GUIDES D'AVEUGLES DU CENTRE-OUEST
- CHIENS GUIDES D'AVEUGLES ET MALVOYANTS DE PARIS
- CHIENS GUIDES D'AVEUGLES GRAND SUD OUEST
- CHIENS GUIDES D'AVEUGLES GRAND SUD OUEST ALIEONOR BORDEAUX
- CHIENS GUIDES DE L'EST
- CONFÉDÉRATION NATIONALE - DÉFENSE DE L'ANIMAL
- COUP DE POUCE
- CROIX ROUGE FRANCAISE
- EMMAÛS INTERNATIONAL
- EMMAÛS SOLIDARITÉ (ANCIENNEMENT ASSOCIATION EMMAÛS)
- ENFANTS DU MEKONG
- FÉDÉRATION FRANÇAISE DES ASSOCIATIONS DE CHIENS GUIDES D'AVEUGLES
- FÉDÉRATION HABITAT ET HUMANISME
- FÉDÉRATION POUR LA RECHERCHE SUR LE CERVEAU - FRC
- FONDATION 30 MILLIONS D'AMIS
- FONDATION ABBÉ PIERRE
- FONDATION ARC POUR LA RECHERCHE SUR LE CANCER
- FONDATION ARMÉE DU SALUT
- FONDATION ARSEP
- FONDATION ASSISTANCE AUX ANIMAUX
- FONDATION ARTHRITIS
- FONDATION CASIP- COJASOR
- FONDATION CLAUDE POMPIDOU
- FONDATION DE L'ACADÉMIE DE MÉDECINE
- FONDATION DE FRANCE
- FONDATION DE LA 2^{ÈME} CHANCE
- FONDATION DES AMIS DE L'ATELIER
- FONDATION DES HÔPITAUX
- FONDATION DES MONASTÈRES
- FONDATION DES PETITS FRÈRES DES PAUVRES
- FONDATION DU SOUFFLE
- FONDATION FRANÇAISE DE L'ORDRE DE MALTE
- FONDATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE SUR L'ÉPILEPSIE – FFRE
- FONDATION FREDERIC GAILLANNE
- FONDATION JÉRÔME LEJEUNE
- FONDATION KTO TÉLÉVISION CATHOLIQUE
- FONDATION LES AMIS DE L'ARCHE
- FONDATION MÉMORIAL DE LA SHOAH
- FONDATION MÉRIEUX
- FONDATION POUR L'ÉCOLE
- FONDATION POUR LA RECHERCHE MÉDICALE
- FONDATION POUR LA RECHERCHE SUR LES AVC
- FONDATION RAOUL FOLLEREAU
- FONDATION RECHERCHE ALZHEIMER
- FONDATION SOS VILLAGES D'ENFANTS
- FONDATION TERRE DE LIENS
- FONDATION TERRE SOLIDAIRE
- FONDATION VISIO
- FONDS SOCIAL JUIF UNIFIE
- FRANCE GÉNÉROSITÉS
- FRANCE PARKINSON
- GREENPEACE
- GUSTAVE ROUSSY
- INSTITUT CURIE
- INSTITUT DU CERVEAU ET DE LA MOELLE ÉPINIÈRE – ICM
- INSTITUT PASTEUR
- LA CIMADE
- LA LIGUE CONTRE LE CANCER
- LA SPA – LA SOCIETE PROTECTRICE DES ANIMAUX
- LABEL IDEAS
- LES RESTAURANTS DU CŒUR – LES RELAIS DU COEUR
- LIGUE POUR LA PROTECTION DES OISEAUX - LPO
- MÉDECINS DU MONDE
- MÉDECINS SANS FRONTIÈRES
- ŒUVRE D'ASSISTANCE AUX BÊTES D'ABATTOIRS - OABA
- ŒUVRE DES PUPILLES ORPHELINS ET FONDS D'ENTRAIDE DES SAPEURS POMPIERS DE FRANCE - ODP
- ORDRE DE MALTE FRANCE
- ORPHEOPOLIS
- PERCE NEIGE
- PLAN INTERNATIONAL FRANCE
- SECOURS CATHOLIQUE – CARITAS FRANCE
- SECOURS ISLAMIQUE FRANCE
- SECOURS POPULAIRE FRANÇAIS
- SIDACTION
- SOCIÉTÉ DES AMIS DE VERSAILLES
- SOCIETE FRANCAISE D'IMMUNOLOGIE
- SOCIÉTÉ POUR LA DÉFENSE DES ANIMAUX DE BOURGOGNE ET DE FRANCHE-COMTÉ
- SOS VILLAGES D'ENFANTS
- SPA DE SAVOIE
- UNICEF (COMITÉ FRANÇAIS POUR L')
- VAINCRE LA MUCOVISCIDOSE
- WWF



ENTREZ DANS L'HISTOIRE MÉDECINS DU MONDE ET LÉGUEZ VOTRE HUMANITÉ.

Transmettre son patrimoine à Médecins du Monde, c'est prendre part à l'Histoire d'une association qui a libéré des millions de personnes de la souffrance et du manque de soins.

Depuis 1980, les militants de Médecins du Monde soignent les personnes exclues et vulnérables, dénoncent les injustices dont elles sont victimes et se battent pour un accès universel à la santé, en France et dans le monde.

Ces missions reposent, pour beaucoup, sur le soutien de professionnels tels que vous, qui accompagnez nos bienfaiteurs. Merci de compter parmi nos partenaires.

Marie-Anne RENAUDOT, Responsable du service Legs, Donations et Assurances-vie,

se tient à votre disposition pour répondre à toutes vos questions. Contactez-la au 01 44 92 14 42 ou par mail : legs@medecinsdumonde.net

Notre site dédié : legs.medecinsdumonde.org



© Médecins du Monde



LEGS ET DONATIONS

17^e ÉDITION

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS



© AdobeStock - Cienpies Design

LES DERNIÈRES VOLONTÉS

ÉTUDE **FAMILLE**
SUCCESSION-PARTAGE

AVANT-PROPOS
Les dernières volontés



© Droits réservés

Vivien Zalewski-Sicard
Enseignant-chercheur,
université Toulouse Capitole,
membre du GREDAUC et de l'IRD



Les dernières volontés peuvent correspondre à celles exprimées pour le jour où la personne ne sera plus ou pour le jour où sa volonté lui fera défaut. Elles peuvent concerner tant le patrimoine que la personne elle-même. La prise en compte de ces dernières volontés par le droit a un caractère rassurant, puisque permettant d'anticiper sur l'extinction ou la défaillance de cette volonté. Ainsi que l'écrit le professeur Grimaldi, « *il n'est guère aujourd'hui de législation qui n'accorde à chacun la faculté d'exprimer ses dernières volontés... Sans doute parce que, mortel, l'homme y trouve une illusion d'immortalité dont il serait inhumain de lui retirer le secours* » (*Les dernières volontés, in Écrits en hommage à Gérard Cornu : Paris, PUF, 1994, p. 177*).

Aussi, ces dernières volontés ont-elles un large domaine. Elles peuvent être relatives tant au régime de protection applicable à la personne qui les exprime ou à l'un de ses proches vulnérables, qu'aux derniers soins qui lui seront administrés, qu'à ses obsèques, qu'au sort de son corps et de ses organes, mais également à ses données à caractère personnel. Au-delà de ce qui est

relatif à sa personne et de manière plus classique, les dernières volontés intéresseront le sort des biens et des droits du *de cuius*, dont les droits d'auteur.

Pour autant, les dernières volontés n'échappent pas à toutes limites. Une de ces limites est relative à l'interprétation des dernières volontés du *de cuius* qui ne se sera pas toujours exprimé avec clarté, ce qui nécessitera alors de faire parler les morts, avec nécessairement une certaine part de subjectivité. Une autre va porter sur les dispositions d'ordre public ou impératives, comme par exemple celles relatives à la forme des testaments, sur lesquelles se briseront parfois les dernières volontés du défunt. Enfin, le régime applicable à ces dernières volontés manque parfois de clarté, notamment en droit international privé, ce qui est susceptible de constituer une nouvelle limite à leur prise en considération. Les propos conclusifs du présent dossier seront diffusés après la tenue du colloque consacré au thème des dernières volontés, à la faculté de droit de Nantes, le 22 octobre 2021 (<https://dervolontes.sciencesconf.org/>).

ÉTUDE FAMILLE

DROIT DES PERSONNES

Assurer l'expression de la volonté d'une personne tout au long de la vie, y compris au moment des dernières volontés, est essentiel dans tous les domaines tant personnels que patrimoniaux. Ceci peut être envisagé de manière anticipée ; le législateur l'encourage et développe plusieurs outils en ce sens. Par le mécanisme d'anticipation, l'individu doit avoir confiance dans la personne et dans la lecture, l'interprétation ou la mise en œuvre de l'acte portant sa parole. Cette ambition suppose un cadre juridique sécurisé.

Une dernière volonté : anticiper pour préserver l'expression de sa volonté

© Droits réservés



Étude rédigée par
Sylvie Moisdon-Chataigner

Sylvie Moisdon-Chataigner
Maître de conférences HDR en droit privé, faculté de droit et de science politique de Rennes, laboratoire IODE UMR CNRS 6262

1 - Lorsqu'on envisage les dernières volontés, ce sont vraiment les toutes dernières auxquelles l'imaginaire collectif pense, comme la question des funérailles, ou encore les transmissions patrimoniales à cause de mort. L'anticipation est donc plutôt une projection *post-mortem*. Pourtant la fin de la vie est encore une période empreinte selon les circonstances d'une grande intensité¹, marquée par la réalisation d'actes importants supposant l'expression de la volonté du vivant de la personne. En effet, la volonté de la personne est encore recherchée pour le soin, la prise en charge dans un établissement ou à domicile, et pour la gestion de son patrimoine. Cette expression de la volonté sera toujours protégée², s'inscrivant dans la protection due au titre des droits fondamentaux³ au croisement du Code civil, du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles.

1 F. Balard, C. Schrecker et P. Moulin (coord.), *Finir sa vie, hâter la mort au grand âge* : Rev. *Gérontologie et société*, n° 163, vol. 42, 2020 ; *Dé(s)mesure(s) de la fin de vie* : Rev. *Gérontologie et société*, n° 164, vol. 43, 2021.

2 Avis 136 du Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, avr. 2021. – F. Gzil (coord.), *Pendant la pandémie et après. Quelle éthique dans les établissements accueillant des citoyens âgés ?*, Un document repère pour soutenir l'engagement et la réflexion des professionnels : Espace de Réflexion éthique d'Île de France, janv. 2021.

3 C. Abadie, A. Pradié, *Rapport d'information. Les droits fondamentaux des majeurs protégés*, enregistré à l'Assemblée nationale le 26 juin 2019. – A. Caron-Dégli, *Avocate générale à la Cour de cassation (dir.), Rapp. de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes, Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, 2018. – F. Gzil (coord.), *Maladie d'Alzheimer et droits de l'Homme* : Rev. *Gérontologie et société*, n° 154, vol. 39, 2017.

2 - Mais cette période peut être marquée par un affaiblissement de la personne au point de rendre difficile ou impossible l'expression de volonté. Il n'en demeure pas moins que la personne garde par principe une capacité juridique, peut et doit encore exprimer cette volonté et donner son consentement⁴. Il peut donc être compliqué de faire les derniers actes dont la finalité sera éventuellement d'organiser ces dernières volontés personnelles et patrimoniales. La personne peut avoir conscience de cette nouvelle fragilité qui peut conduire jusqu'à une altération de ses facultés et savoir qu'à un moment donné elle ne pourra plus elle-même s'exprimer. Ainsi anticiper pour, voire pendant, cette période de la fin de la vie⁵ peut s'avérer utile et nécessaire, permettant que sa propre volonté soit portée jusqu'au seuil de la mort.

3 - Quels sont alors les meilleurs outils juridiques pour préserver cette expression de volonté ? Certes, au moment de la rédaction ou la réalisation de tout acte, il convient de s'adresser à la personne elle-même. Mais en postulant une future impossibilité de s'exprimer, l'anticipation sera un atout car ce sera une possibilité pour la personne de s'exprimer, même de manière décalée dans le temps ou portée par un tiers. Agir de manière précoce sera ainsi essentiel, car lorsque l'altération s'installe, l'anticipation n'est pas impossible⁶ mais devient pratiquement plus difficile à réaliser et déstabilisante pour la personne concernée et ses proches.

4 - Plusieurs mécanismes permettent ainsi d'anticiper l'expression de volonté, les directives anticipées, la désignation d'une personne de confiance ou encore l'organisation de sa protection juridique. Ce sont divers atouts (dont il ne faut pas non plus ignorer les faiblesses) pour préserver l'expression de volonté le plus longtemps et de la manière la plus sécurisée possible. Il faut que le cadre juridique assure force et confiance pour ces mécanismes d'anticipation. Nous pouvons constater combien l'anticipation de l'expression de la volonté est encouragée. Mais confier cette volonté engage. Lorsque cette anticipation est effectuée, elle doit pouvoir être suivie, respectée, toujours dans l'intérêt de la personne.

1. Exprimer sa volonté : une anticipation encouragée

5 - Le législateur a prévu qu'une personne pense ce moment où la conscience lui échappera et qu'elle ne pourra plus exprimer ses choix et souhaits ou pourvoir à ses intérêts. Il est alors des mécanismes juridiques qui permettent cette expression de la volonté au-delà de la conscience. Chaque mécanisme a sa propre finalité plus ou moins ciblée jusqu'à être

plus globale. La diversité des mécanismes est séduisante pour promouvoir l'expression de cette volonté. Une telle promotion suppose un encadrement juridique précis et sécurisant.

A. - La diversité des anticipations

6 - Les **directives anticipées** (*CSP, art. L. 1111-11*) interviennent dans le contexte spécifique du soin. Elles ont été déterminées pour permettre l'expression de la volonté de la personne qui est la pierre angulaire de l'acte médical. Elles répondent à un cadre spécifique pour faire connaître les choix de la personne alors même qu'elle ne pourra plus les exprimer⁷. Il se peut aussi qu'une personne souhaite envisager une continuité dans le soutien dont elle a besoin : la personne de confiance sera alors un accompagnant⁸ le temps d'une hospitalisation, d'un rendez-vous administratif ou sur un plus long terme. La désignation d'une **personne de confiance** concerne autant le soin (*CSP, art. L. 1111-6*) que les dispositifs sociaux (*CASF, art. L. 311-5-1*)⁹. L'entrée dans une institution, le choix d'un nouveau lieu de vie supposent souvent des démarches compliquées. Ce sera donc l'occasion de préparer cette nouvelle étape grâce à cette anticipation en parlant de ses choix et de ses volontés à une personne que l'on suppose proche. La personne de confiance est ainsi considérée comme le témoin privilégié de la personne.

7 - L'anticipation de l'expression de volonté peut prendre un tour plus général et global lorsque la personne anticipe l'altération de ses facultés. Le **mandat de protection future** est ainsi l'outil idéal pour anticiper cette expression de volonté car le mandant peut notifier tout ce qu'il souhaite (*C. civ., art. 477*). Le mandant peut ainsi prévoir le périmètre et les modalités d'intervention du mandataire. Le mandat de protection future mis en œuvre peut s'articuler avec d'autres mécanismes. Ainsi, il faut s'interroger sur le maintien ou l'éventuelle révocation des autres mandats, y compris notariés. L'envergure du mandat de protection future concerne aussi la protection de la personne et permet de réfléchir à la désignation au maintien ou pas de la personne de confiance.

8 - Il faut préciser la logique particulière dans laquelle s'inscrit le mandat de protection future. Quand bien même il est la mesure préférée et plébiscitée par le législateur parmi toutes les mesures de protection¹⁰, il doit répondre aux mêmes principes directeurs que les autres, car le pouvoir conféré au mandataire est d'importance. Notamment, le mandat de protection future ne sera mis en œuvre que pour une altération franche des facultés de la personne l'empêchant de pourvoir à ses intérêts. Lorsque cette altération

4 V. les capacités présentes et réelles des personnes même à des degrés divers, B. Eyraud, *Les répercussions de la maladie sur les conditions capacitaires : quand le désir de liberté s'impose aux proches*, in C. Le Galès, M. Bungener et le groupe *Capabilités* (dir.), *Alzheimer : préserver ce qui importe – Les « capabilités » dans l'accompagnement à domicile* : PUR, coll. *Le sens social*, 2015, p. 279-298. – A. Sen, *The idea of justice*, Londres Allen Lane, 2009 et traduction française : *L'idée de justice* : Paris, Flammarion, 2010. – B. Eyraud, J. Minoc, C. Hanon, *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées* : Doin, coll. *Polémiques*, 2018. – E. Pecqueur, A. Caron-Dégliise, Th. Verheyde, *Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées* : D. 2016, *chron.*, p. 958 et s.

5 Les démarches proposées pourront aussi concerner une période bien différente dans le cadre, par exemple, de la survéance d'un handicap. Compte tenu de la thématique retenue autour des dernières volontés, nous aborderons cette perception de l'anticipation pour préparer à la fois la période de fin de la vie et de la mort.

6 V. la possibilité d'un mandat de protection future pour les personnes bénéficiant d'une mesure de protection (sauvegarde, curatelle, habilitation familiale spéciale ou habilitation familiale assistance).

7 G. Raoul-Cormeil, *Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée* : *Dr. famille* 2016, dossier 35.

8 H. Fulchiron (dir.), *L'accompagnement des personnes majeures vulnérables, entre nécessité juridique et exigence éthique* : *Dr. famille* 2017, dossier 17.

9 V. l'introduction de la personne de confiance au cœur du Code de l'action sociale et des familles pour accompagner les personnes dans la mise en œuvre des dispositifs sociaux par la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement et le décret n° 2016-1395 du 18 octobre 2016 déterminant l'information sur le droit de désigner la personne de confiance mentionnée à l'article L. 311-5-1 du Code de l'action sociale et des familles, V. B. Bévière-Boyer, *Éthique et droit du vivant* : *RGDM*, 2017, n° 62, p. 167-198.

10 Préférence reconfirmée par la loi du 23 mars 2019 ; V. N. Péterka, *La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019, progrès ou recul de la protection ?* : *JCP G* 2019, *doctr.* 437.

des facultés n'est pas là, il faut prévoir d'autres mécanismes d'anticipation conférant un pouvoir plus ponctuel à un tiers.

CONSEIL PRATIQUE

→ **Lorsque l'altération s'opère, il est certain que le mandat de protection future permet de représenter précisément la personne vulnérable, car l'acte a pu ciseler le rôle du mandataire au plus près des souhaits du mandant.**

9 - Dans cette hypothèse, c'est bien le mandat notarié qui permet la meilleure efficacité. En effet, la représentation d'une personne emporte souvent la réalisation d'actes de disposition, tous ceux ayant une incidence importante sur le patrimoine ou, selon les circonstances d'espèce, pour reprendre les termes employés par le décret du 22 décembre 2008, ayant des effets sur les prérogatives et modes de vie de la personne¹¹. Seul le mandat de protection future notarié permet cette représentation élargie. Il pourra aussi concerner la protection de la personne conformément aux

Il est primordial que ce mandat soit le plus précis possible pour être non seulement le réceptacle de la confiance donnée au mandataire, mais aussi le recueil des souhaits de la personne

règles générales posées par les articles 457-1 et suivants du Code civil. Il est primordial que ce mandat soit le plus précis possible pour être non seulement le réceptacle de la confiance donnée au mandataire, mais aussi le recueil des souhaits de la personne.

10 - À différents moments et divers contextes, ces mécanismes juridiques permettent à une personne de faire connaître sa volonté. Le cadre juridique posé pour ces mesures d'anticipation permet de sécuriser cette démarche pour gagner la confiance des citoyens.



© STILLIFY/Stack / Getty Images Plus

¹¹ De nombreux actes sont concernés, ceux visés autant dans l'annexe 1 que dans l'annexe 2 du décret, V. D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, art. 2, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil : JO 31 déc. 2008, texte n° 94 : « les actes qui engagent le patrimoine de la personne protégée, pour le présent ou l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire ». Les circonstances d'espèce sont aussi à prendre en compte pour un éventuel changement de qualification, à savoir « les conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie ».

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

B. - Une anticipation de l'expression de volonté juridiquement sécurisée

11 - La personne exprime donc par anticipation une volonté pour une situation qu'elle n'a pas encore vécue, mais pour laquelle elle subodore une difficulté ou l'impossibilité d'exprimer ses choix. D'ailleurs, il n'est pas inconcevable que la personne fasse une analyse nouvelle au moment où la situation prend réalité. Elle pourra ainsi se retrouver dans un moment assez éloigné par rapport à l'acte d'anticipation ou par rapport à la personne choisie pour porter sa volonté. Le cadre juridique posé permet de sécuriser l'expression de volonté de la personne.

12 - D'une part, le but premier est de protéger le plus longtemps possible l'expression de volonté d'une personne. Qu'il y ait directives anticipées, personne de confiance ou mesure de protection de quelque nature que ce soit, l'interlocuteur de la personne recherchera toujours l'expression de sa volonté permettant de voir ainsi la concordance entre ce qui a pu être écrit dans un acte ou dit encore à une personne de confiance. Ainsi, au moment de l'acte de soin ou encore la formation d'un engagement patrimonial, l'expression de volonté sera toujours recherchée, parce que la personne pourra évaluer sa situation à l'instant T, ce qui n'aura pas été nécessairement le cas au moment de la rédaction des directives anticipées ou de la détermination de ses souhaits précisés dans le mandat de protection future. La personne pourra ainsi analyser sa situation en fonction de ce nouveau contexte. Elle le fera avec ses capacités restantes et uniquement en cas d'impossibilité, le porteur de sa volonté (l'acte écrit ou la personne désignée) interviendra.

13 - Dans cette logique, l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020¹² souhaitant articuler le mieux possible les décisions relevant de plusieurs corps de textes insiste sur cette recherche constante de volonté. Elle a ainsi réécrit certains textes du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles, soulignant bien cette progression : d'abord, l'expression de volonté de la personne, puis éventuellement l'intervention du tiers. Ce tiers peut être celui qui a recueilli la parole confiée en tant que témoin, ou encore qui assiste la personne protégée même pour des mesures de représentation ; l'organe de protection, mandataire, tuteur ou personne habilitée intervenant exceptionnellement seul.

14 - D'autre part, permettant d'accroître cette sécurité, la personne reste maître de cette anticipation. La protection de la volonté et, donc, de la confiance donnée à un tiers pour la porter est éminemment personnelle. Sur ce mécanisme utilisé pour anticiper cette expression de volonté laquelle sera donc lue, analysée, transmise par un acte et/ou par un tiers, la personne concernée garde tout pouvoir. Juridiquement, tout acte anticipé peut être révoqué.

Cette structuration des dernières volontés pour que la personne puisse s'exprimer est ainsi sécurisée par la recherche de l'expression contemporaine de l'événement, quand bien même la personne a prévu cet outil d'anticipation et par cette révocation à tout moment.

REMARQUE

→ Lorsque cette anticipation s'extériorise, la protection de la volonté est toujours dans l'intérêt de la personne.

2. Confier sa volonté : une anticipation respectée dans l'intérêt de la personne

15 - Alors même que l'acte en lui-même connaît un cadre sécurisé, il convient aussi d'assurer et de s'assurer de la confiance donnée à celui qui va lire, analyser, interpréter les dernières volontés. Cela a d'autant plus d'importance à ce moment de la fin de la vie alors que l'expression de volonté directe sera devenue parcellaire ou impossible. Il est nécessaire que cette anticipation, et ce qu'elle dit de la personne, soient connus.

Si le cadre juridique posé permet à l'auteur de l'anticipation de moduler à tout moment ses souhaits, il faut donc déterminer quelles sont vraiment ces dernières volontés, les plus récentes, cohérentes et conformes à ce qu'il est et souhaite. Ceci soulève la question de la traçabilité des actes rédigés ou paroles confiées. Au-delà, la protection de la personne doit aussi être assurée. Le rôle du juge devient ici essentiel pour protéger cette expression de la volonté dans l'intérêt de la personne vulnérable.

A. - La traçabilité de l'anticipation de la volonté

16 - Lorsqu'il s'agit de directives anticipées, la traçabilité est assurée et le Code de la santé publique prévoit la conservation et les modalités de consultation des directives anticipées. Cette procédure rodée du droit de la santé permet de protéger les droits de la personne par les obligations professionnelles et déontologiques des soignants. Il sera même possible de s'écarter des directives par le pouvoir d'interprétation des professionnels de santé¹³.

17 - Pour la personne de confiance, la nomination est souple, ce qui est un atout pour la favoriser. Pour autant, il y a souvent peu d'éléments pour connaître la véracité des propos retranscrits par la personne de confiance si elle intervient tardivement.

CONSEIL PRATIQUE

→ Il est conseillé une désignation la plus précoce possible pour que la personne de confiance accompagne la personne vulnérable afin de se faire connaître des professionnels médico-sociaux, d'avoir l'historique des échanges pour pouvoir s'entretenir avec la personne concernée ou relayer au mieux sa parole.

Tout repose ici sur ce crédit donné à la personne de confiance même si cela ne lui confère pas un pouvoir juridique, car elle n'assiste ni ne représente la personne. Pourtant, dans les faits, son témoignage a une place importante. Là encore, si un mandat de protection future est envisageable, les précisions inscrites dans le mandat pourront être des moyens probatoires efficaces.

¹² Ord. n° 2020-232, 11 mars 2020, relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique : JO 12 mars 2020, texte n° 3. – V. S. Moïsdon-Chataigner, Quelles avancées juridiques pour les décisions médicales et sociales des personnes vulnérables ? Analyse de l'Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 : RJP 2020 5/2, p. 11-15.

¹³ R. Aubry, La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie : Journal de médecine légale, droit médical, 2017, n° 60, p. 15-18.

18 - Enfin, nous ne pouvons que regretter l'absence de publicité du mandat de protection future alors même que l'obligation est inscrite dans la loi depuis 2015¹⁴. Le risque est immense, tant pour la personne que pour les praticiens, d'ignorer que le mandat appliqué est bien le plus récent et conforme à la dernière expression de la volonté de la personne. L'absence de fichier est un facteur de grande fragilité du mandat de protection future. Dans l'espoir que cette difficulté sera bientôt dépassée, l'anticipation prend encore plus de force en raison du rôle protecteur du juge.

B - La protection de l'intérêt de la personne par l'intervention du juge

19 - L'éventuelle intervention du juge n'est pas un obstacle, mais un atout. Il peut intervenir alors même que plusieurs mécanismes portant la volonté du vulnérable s'entrechoquent, ce qui peut être le cas dans les rapports entre un organe de protection et une personne de confiance. En cas de difficultés, le juge pourra les dénouer. En effet, ce n'est pas l'anticipation elle-même qui est protégée mais la personne, sa volonté et son intérêt¹⁵. Ceci justifie que le juge puisse agir.

20 - Le juge pourra contrôler l'action de chacun par son pouvoir général de surveillance (*C. civ., art. 416*). Il pourra aussi intervenir pour protéger la personne lorsque, finalement, elle court un risque par l'anticipation prévue : révoquer la personne de confiance (*CSP, art. L. 1111-6*), mettre aussi un terme au mandat de protection future (*C. civ., art. 485*). D'ailleurs, l'anticipation pourra encore œuvrer même dans cette hypothèse. En effet, il peut

La protection ultime sera donc judiciaire, soit par le contrôle du juge, soit par les changements qu'il peut opérer

être intéressant d'avoir aussi anticipé ce problème par la désignation préalable de la ou les personnes chargées des fonctions de curateur ou tuteur (*C. civ., art. 448*). Il sera prudent de

prévoir d'autres personnes que le mandataire. Dans le respect de l'intérêt de la personne, une telle décision s'impose au juge sauf refus, impossibilité de la personne désignée ou nomination contraire à l'intérêt de la personne.

REMARQUE

→ **Écarter ainsi cette désignation anticipée devra donc être motivé et ne sera engagé que pour protéger la personne.**

21 - La protection ultime sera donc judiciaire, soit par le contrôle du juge, soit par les changements qu'il peut opérer. En effet, la confiance donnée par une personne à une autre peut être tout à fait légitime, car le porteur de volonté sera souvent sincère, mais nous ne pouvons écarter une insuffisance, une emprise ou un abus subis par la personne vulnérable¹⁶. L'anticipation pourra finalement se révéler contre-productive car portant atteinte à l'intérêt de la personne et, finalement, défigurant l'expression de volonté. Le juge remplit son rôle en la protégeant jusqu'au bout en écartant, dans ces situations extrêmes, l'anticipation prévue et en donnant pouvoir à une autre personne plus respectueuse de la volonté du vulnérable. Sachant cette possible intervention judiciaire que l'on espère exceptionnelle, tous les gages de confiance peuvent être donnés à l'anticipation de sa dernière volonté pour que son expression soit la plus fidèle possible même lorsqu'elle sera portée par autrui.

14 J. Combret et N. Baillon-Wirtz, *La réforme de la protection juridique du 5 mars 2007 a dix ans : quel bilan ?* : JCP N 2017, n° 9, 1119.

15 V. K. Lefevre et S. Moisdon-Chataigner, *Protéger les majeurs vulnérables, l'intérêt de la personne protégée*, préf. J. Toubon : Presses de l'EHESP, 2017.

16 V. le contentieux quant à la révocation du mandat de protection future, Cass. 1^{re} civ., 17 avr. 2019, n° 18-14.250 : JurisData n° 2019-006152 ; JCP N 2019, n° 27, 1237, note N. Péterka ; JCP G 2019, 593, note G. Raoul-Cormeil ; Dr. famille 2019, comm. 134, note I. Maria. – Ou encore CA Paris, pôle 3, ch. 7, 2 mars 2021, n° 19/18583 : JurisData n° 2021-004220, in N. Péterka, L. Fabre, S. Moisdon-Chataigner, P.-A. Soreau, A. Tani, *Chronique Personnes vulnérables, de la jurisprudence à la pratique notariale* : JCP N 2021, n° 26, études 1243 à 1250.

ÉTUDE FAMILLE

TESTAMENT DE VIE

Alors que les dernières volontés évoquent des volontés devant prendre effet au décès de la personne, celles relatives aux soins concernent la personne vivante. Elles ne visent pas tant le mort que le mourant. Une distinction s'impose entre celles qui sont actuelles et celles qui sont anticipées selon que la personne est ou non en état de les exprimer au moment où elles sont envisagées.

Les dernières volontés du malade relatives aux soins

© Droits réservés



Étude rédigée par
Paul Véron

D

Paul Véron
Maître de conférences en droit privé à l'université de Nantes, laboratoire Droit et changement social (UMR 6297)

1 - De la volonté des morts à la volonté des mourants. – L'expression « dernières volontés » évoque au premier abord, pour le juriste, le droit des successions et plus particulièrement l'acte juridique qu'est le testament, c'est-à-dire le champ du droit patrimonial de la famille. S'intéresser aux dernières volontés du malade relatives aux soins, c'est se situer plus volontiers sur le terrain du droit médical, et plus particulièrement de la fin de vie, qui relève davantage du droit des personnes que du droit des biens. Ainsi, les volontés dont nous parlons sont celles qui concernent les soins dispensés dans les derniers instants de vie de la personne : celle-ci peut, par exemple, souhaiter interrompre ses traitements et bénéficier d'une sédation. Contrairement au testament (*C. civ., art. 895*), conçu pour prendre effet au décès de la personne, les dernières volontés relatives aux soins concernent la personne vivante. Elles ne visent pas tant le mort que le mourant, d'où l'expression de « testament de vie »¹ parfois utilisée pour désigner le mécanisme des directives anticipées. Si l'on excepte les soins mortuaires réalisés sur le cadavre, les soins curatifs, palliatifs, d'hygiène ou de confort, s'appliquent par hypothèse à des vivants. L'expression « dernières volontés », en droit médical, ne vise donc pas, contrairement au droit des successions, « la volonté des morts »².

¹ A. Sériaux, *Le testament de vie à la française : une institution à parachever* : D. 2012, *Chron.* p. 1195.

² C. Bahurel, *La volonté des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, préf. M. Grimaldi : LGDJ, 2014.

Contrairement à certains droits étrangers, le droit français permet au médecin de laisser mourir le patient en l'accompagnant dignement vers une mort naturelle, non de le faire mourir

2 - Volonté actuelle et volonté anticipée du malade.

– En outre, ces « dernières volontés » ne visent pas nécessairement et exclusivement une volonté exprimée de manière anticipée et par écrit pour le temps où la personne serait inconsciente. Certes, en droit de la santé, l'expression évoque en premier lieu le mécanisme des « directives anticipées », qui permettent au malade « d'expliquer ses souhaits concernant sa fin de vie, pour le cas où elle ne pourrait plus le faire elle-même »³. Toutefois, il faut également envisager l'hypothèse d'un patient conscient, qui demande l'interruption de ses traitements. Pensons au malade atteint d'un cancer en phase avancée, épuisé, qui refuse de poursuivre les séances de chimiothérapie engagées en accord avec le médecin. Les dernières volontés du malade peuvent donc être tantôt actuelles, tantôt anticipées selon que la personne est ou non en état de les exprimer au moment où les dernières décisions de soins sont envisagées.

3 - Volontés portant sur des soins curatifs ou palliatifs.

– Le mot « soin » peut recouvrir plusieurs significations. Si, au sens strict, il vise les traitements médicaux (*cure*) ayant pour visée la guérison d'une maladie, dans un sens plus large, il signifie « prendre soin » de la personne (*care*). Le droit médical distingue en particulier les soins curatifs des soins palliatifs. Ainsi, lorsque les traitements curatifs sont interrompus, l'équipe médicale est tenue d'accompagner le malade dans ses derniers instants et de soulager ses souffrances en mettant en œuvre les soins palliatifs (*CSP, art. L. 1110-5-1, al. 3*). L'objectif des soignants est alors d'assurer au malade, autant que possible, une fin de vie digne. Précisément, les dernières volontés exprimées par le patient peuvent viser tant les traitements curatifs que les modalités de soins palliatifs. Ce dernier peut refuser la poursuite des traitements (comme par exemple un refus de dialyse par une personne atteinte d'une insuffisance rénale sévère), demander une sédation, l'augmentation des doses d'antidouleur ou refuser d'être réanimé dans l'hypothèse où son état se dégraderait⁴. Au-delà des soins eux-mêmes, le patient peut demander, pour ses derniers instants, à être pris en charge à son domicile, à bénéficier de la présence de ses proches à l'hôpital, à écouter de la musique, à goûter un aliment ou porter un vêtement particulier.

4 - Dernières volontés au bénéfice du soignant.

– Il convient d'exclure de notre champ d'étude la question toute particulière de l'incapacité de recevoir de certains professionnels de santé dans un contexte de « dernière maladie ». L'article 909 du Code civil empêche les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé ou les pharmaciens, « qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, de profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires », y compris de manière interposée, que la personne malade « aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie ». La sanction de l'acte passé en violation de cette règle est la

nullité. Les dernières volontés ne visent pas, dans ce cas, les soins eux-mêmes, mais bien à consentir une libéralité, portant sur tout ou partie du patrimoine de la personne malade, au bénéfice du soignant. L'une des conditions pour que cette interdiction s'applique est, il est vrai, que le professionnel

ait dispensé des traitements médicaux, notion dont la Cour de cassation retient parfois une interprétation stricte⁵. De même, les professionnels du soin qui ne sont pas habilités à dispenser des traitements ne sont pas concernés. Ainsi d'une auxiliaire de vie, dont la capacité à recevoir au cours de la dernière maladie du testateur a été reconnue⁶.

5 - Portée des dernières volontés.

– Si les évolutions législatives de ces vingt dernières années vont incontestablement dans le sens d'une promotion de l'autonomie des patients, y compris dans le champ de la fin de vie, des limites à la fois juridiques et pratiques doivent être relevées. Ainsi, le malade ne pourra pas être transporté à son domicile si son état ne le permet pas. Il ne peut demander à bénéficier d'une sédation profonde et continue que dans les cas prévus par la loi (*CSP, art. L. 1110-5-2*). Il ne peut obtenir la mise en œuvre de soins qui ne seraient pas conformes aux connaissances médicales avérées (*CSP, art. L. 1110-5*). Surtout, la loi française n'autorise pas l'aide active à mourir. Le médecin ne peut donc répondre favorablement à la demande d'un patient souffrant qui souhaiterait recevoir une injection létale, quand bien même ce dernier serait condamné à bref délai par une maladie incurable. Il y aurait là un homicide volontaire au sens du droit pénal. Contrairement à certains droits étrangers, le droit français permet au médecin de laisser mourir le patient en l'accompagnant dignement vers une mort naturelle, non de le faire mourir.

6 - Connaissance et interprétation des dernières volontés.

– Dans de nombreux cas, connaître la volonté du patient est une entreprise délicate, et ce, pour au moins deux raisons. D'une part, la majorité des patients hors d'état de s'exprimer et pour lesquels la question d'un arrêt des traitements se pose, n'ont pas rédigé de directives anticipées. Lorsqu'elles existent, ces directives peuvent en outre être rédigées en des termes flous ou très généraux, sans que les professionnels puissent aisément identifier les situations précises que le patient a voulu envisager. D'autre part, la communication avec le patient peut être rendue difficile par la maladie ou le handicap, soit parce que ces derniers entraînent une altération du discernement, sans l'abolir totalement (troubles cognitifs type Alzheimer), soit parce qu'ils limitent sa capacité à s'exprimer (maladie de Charcot, *locked-in syndrome*, cancer de la sphère ORL).

7 - **Plan.** – Parce qu'il s'agit là d'une distinction structurante des dispositions légales relatives à la fin de vie, nous distinguerons les dernières volontés actuelles des dernières volontés anticipées.

³ M.-F. Callu, M. Girer, G. Rousset, *Dictionnaire de droit de la santé* : LexisNexis, 2017.

⁴ Pour une illustration : CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 28 nov. 2018, n° 424135 : *JurisData* n° 2018-021322 ; *Procédures* 2019, comm. 103, note S. Deygas.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2014, n° 12-22.950 : *JurisData* n° 2014-000236 ; jugeant que « l'assistance apportée [par le médecin] au défunt, en raison tant des liens affectifs anciens et profonds qui l'unissaient au malade que de sa compétence professionnelle, n'avait pas constitué un traitement médical » ; JCP N 2014, n° 43, 1313, note J. Massip ; *Dr. famille* 2014, comm. 44, note S. Torricelli-Chrifi.

⁶ CA Paris, pôle 3, ch. 1, 14 mai 2014, n° 13/11667 : *JurisData* n° 2014-010159.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

1. L'expression actuelle des dernières volontés

8 - Le malade peut demander l'arrêt des traitements curatifs et, ainsi, se laisser mourir. Ses demandes peuvent porter sur les soins palliatifs et la prise en charge de ses souffrances.

A. - Se laisser mourir

9 - **Respect du refus de traitement.** – Rappelons au préalable que, dans le Code de la santé publique, l'arrêt des traitements peut intervenir dans deux cas, soit à la demande du malade, soit, uniquement lorsque ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'initiative du médecin à la suite d'une procédure collégiale (CSP, art. L. 1110-5-1, al. 1^{er}). Il s'agit là, pour le médecin, d'une permission légale de laisser mourir le malade. Lorsque la demande émane de ce dernier, le refus des traitements doit être respecté y compris lorsque ce choix doit conduire au décès. Il en va ainsi, que les traitements présentent encore une utilité ou non. Si les traitements sont devenus inutiles, parce que la maladie est incurable (cancer en phase terminale, maladie dégénérative d'origine génétique), le médecin est, dans tous les cas, tenu de ne pas les entreprendre, sans quoi il risquerait de tomber dans l'obstination déraisonnable, ce qui serait une faute. S'ils peuvent encore présenter une utilité, parce que des chances de guérison demeurent, le médecin doit tout de même respecter le refus du patient.

La loi Kouchner a en effet prévu que « Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable ». Dans ce cas, « Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs » (CSP, art. L. 1111-4, al. 3).

L'exigence d'une décision réitérée vise à éviter un refus de soins irréfléchi ou exprimé dans l'urgence.

10 - **Cas particulier du mineur.** – La question de la portée de la volonté exprimée par un mineur souhaitant interrompre les traitements est particulièrement délicate. Le Code de la santé publique n'apporte sur ce point presque aucune précision, si ce n'est le fait que lorsqu'un arrêt des traitements est envisagé, le médecin recueille seulement « l'avis »⁷ (et non l'autorisation) des titulaires de l'autorité parentale. Le médecin est-il pour autant tenu de respecter la demande d'arrêt des traitements du mineur, comme il doit le faire pour un majeur ? Cette obligation devrait être fonction du degré de maturité de l'intéressé, par référence aux textes généraux à la fois du Code civil et du Code de la santé publique (C. civ., art. 371-1, al. 4. – CSP, art. L. 1111-2). Certains mineurs atteints de cancers résistants manifestent un épuisement qui les conduit à refuser une énième chimiothérapie, alors même que les parents veulent au contraire tout tenter pour sauver leur enfant. D'un point de vue éthique, il peut sembler délicat d'imposer la poursuite des traitements au mineur dans un tel contexte. La fatigue et les souffrances liées aux effets indésirables du traitement peuvent, par ailleurs, conduire le médecin à considérer qu'il est déraisonnable de s'obstiner.

B. - Éviter de souffrir

11 - **La prise en charge des souffrances.** – « *Le laisser mourir, ce n'est pas le laisser crever* ». La formule de Jean Léonetti permet d'observer que l'arrêt des soins n'est pas synonyme d'un abandon du malade. La qualité de la fin de vie de la personne dépend en grande partie de la manière dont est prise en charge la douleur du patient. La loi du 9 juin 1999⁸ avait déjà consacré le « droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement ». La loi du 4 mars 2002 a expressément introduit dans le Code de la santé publique l'obligation de prendre en charge la douleur (CSP, art. L. 1110-5, al. 2), tout en donnant une définition légale des soins palliatifs. Ce sont « des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage » (CSP, art. L. 1110-10).

12 - Or, le malade qui souhaite l'arrêt des traitements curatifs peut, dans le même temps, formuler certaines demandes de soins palliatifs. Il peut demander que les doses de morphine soient augmentées, au risque de précipiter le décès, ce que l'on désigne habituellement sous le terme de « double effet ». Surtout, le malade peut demander à bénéficier d'une sédation profonde et continue (SPC), demandes auxquelles sont régulièrement confrontés les professionnels des services de soins palliatifs. L'introduction d'un cadre légal de la SPC est l'une des évolutions majeures de la loi du 2 février 2016. Le CCNE rappelle que « le terme de sédation désigne l'utilisation d'un traitement visant à atténuer la perception d'un symptôme ou d'une souffrance réfractaire ou encore à provoquer une altération de la vigilance ou de la conscience jusqu'au décès chez une personne atteinte d'une affection grave et incurable. Les doses utilisées sont titrées et adaptées à l'intention. Si la sédation est continue, la mort survient effectivement, mais dans une temporalité qui ne peut pas être prévue et dans un contexte de relatif apaisement qui peut favoriser l'accompagnement par les proches [...] »⁹. L'utilisation d'hypnotiques sédatifs n'était certes pas inconnue de la pratique hospitalière, mais elle n'était régie que par des recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de santé ou de la Société française d'accompagnement en soins palliatifs. Cette technique ne vise pas à provoquer la mort du patient, mais à le plonger dans un sommeil profond altérant sa conscience jusqu'à son décès, lorsque les traitements s'avèrent inefficaces pour soulager les souffrances. Elle n'est donc pas assimilable à une forme d'euthanasie, même si des dérives sont possibles, comme l'a illustré le cas Bonnemaison¹⁰.

13 - **La demande de sédation.** – Le cadre général de la SPC est fixé à l'article L. 1110-5-2 du Code de la santé publique, qui permet d'y recourir dans trois cas. Les deux premiers nous intéressent, car ils concernent la demande de la personne, souhaitant « éviter toute souffrance » et « ne pas subir d'obstination déraisonnable ». Dans ce cas, « une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie et à l'arrêt de l'ensemble des traitements

⁷ CSP, art. R. 4127-37-2. – CE, ord. réf., 5 janv. 2018, n° 416689 ; JurisData n° 2018-000023 ; Dr. famille 2018, comm. 142, note I. Maria ; JCP G 2018, 217, note Fr. Vialla ; JCP A 2018, 2051, note C. Castaing.

⁸ L. n° 99-477, 9 juin 1999, visant à garantir le droit d'accès aux soins palliatifs ; JO 10 juin 1999.

⁹ CCNE, avis n° 121, Fin de vie, autonomie de la personne, volonté de mourir, juin 2013, p. 37-38.

¹⁰ G. Mémeteau, Le cas Bonnemaison : Médecine & Droit, 2015, n° 131, p. 30.

Jadis conçues comme un outil d'aide à la décision du médecin, les directives tendent à devenir l'instrument d'une décision anticipée du patient !

de maintien en vie, peut être mise en œuvre », soit lorsque « le patient atteint d'une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements », soit « lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable ».

On le voit, cette seconde hypothèse a plutôt une vocation préventive, puisqu'il s'agit d'éviter au patient des souffrances à la fois très importantes et probables, compte tenu de l'évolution de son état. C'est celle qui fut la plus âprement débattue au parlement, dès lors qu'elle confère *de facto* au patient le soin de décider de son sort palliatif. Dans cette hypothèse, en effet, le pronostic vital n'est pas engagé à court terme par une affection grave et incurable, mais par la décision du patient de refuser le traitement. Dans sa recommandation de février 2018, la Haute Autorité de santé a précisé que le court terme visait un pronostic vital engagé dans les heures ou les jours à venir¹¹. Le respect de cette exigence est toutefois délicat en pratique dès lors que la détermination de l'espérance de vie du malade n'est, dans bien des cas, pas une science exacte.

2. L'expression anticipée des dernières volontés

14 - Deux situations doivent être ici nettement distinguées. Lorsque le patient hors d'état d'exprimer sa volonté a rédigé des directives anticipées, celles-ci doivent, sauf exception, être suivies. En l'absence de directives, le médecin doit cependant faire son possible pour rechercher ce qu'aurait été la volonté du malade.

A. - L'écrit du patient

15 - **Caractère impératif des directives.** – Les directives anticipées sont sans doute la manifestation la plus emblématique des dernières volontés du malade. La loi du 2 février 2016 a franchi un pas important en conférant à ces directives un caractère impératif, là où elles n'avaient qu'une portée consultative dans la loi antérieure¹². La nouvelle version de l'article L. 1111-11 du Code de la santé publique dispose sobrement, dans son troisième alinéa, que « les directives anticipées s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement ». Le changement de paradigme est profond. Jadis conçues comme un outil d'aide à la décision du médecin, les directives tendent à devenir l'instrument d'une décision anticipée du patient ! En présence de telles directives, le médecin ne serait alors plus l'auteur de la décision d'arrêt de traitement, mais un simple exécutant d'une décision prise en amont. Le propos doit immédiatement être nuancé, car le texte mentionne trois exceptions dans lesquelles le praticien est légitime à s'affranchir du contenu des directives : premièrement, le cas de l'« urgence vitale pendant le temps nécessaire à

une évaluation complète de la situation » ; deuxièmement, « lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées » ; troisièmement, lorsqu'elles apparaissent « non conformes à la situation médicale ». Explicitant ces différentes exceptions, un auteur relève : « l'urgence vitale est destinée entre autres à faire échec à l'expression d'une volonté de suicide. Le caractère manifestement

*inapproprié renvoie à une motivation non médicale ne correspondant pas au besoin du patient. La situation médicale hors champ du cas traité peut faire référence par exemple à une rédaction désormais caduque, parce que le traitement en cause n'est pas celui visé dans les directives ou parce que leur auteur n'avait pas anticipé des circonstances qui auraient affecté sa décision »*¹³.

Autant dire que les réserves posées par le texte laissent une importante marge d'appréciation au médecin, car nombreuses seront les situations où toutes les circonstances n'auront pas été envisagées par la personne impliquée. C'est pourquoi la loi prévoit que le refus d'application des directives par le professionnel ne peut intervenir qu'à l'issue d'une procédure collégiale (CSP, art. L. 1111-11, al. 4). Si les directives renforcent incontestablement la place conférée à la volonté du patient, il n'est pas certain que la prise de décision médicale s'en trouve facilitée.

En présence d'un conflit familial, notamment, le contentieux pourrait se déplacer sur les caractères « manifestement inappropriés » ou « non conformes à la situation médicale » des directives¹⁴. Pour autant, l'autonomie du patient s'en trouve accrue, si l'on ajoute au caractère contraignant des directives anticipées, la suppression de leur durée de validité, jusqu'alors de 3 ans, et l'élargissement de leur objet, puisque le texte dispose qu'elles « expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'actes médicaux » (CSP, art. L. 1111-11, al. 1^{er}).

16 - **Modalités de rédaction des directives.** – Le Code de la santé publique laisse à la personne la faculté de les rédiger « conformément à un modèle dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'État pris après avis de la Haute Autorité de santé », ce modèle prévoyant « la situation de la personne selon qu'elle se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle les rédige ». Est également créé un registre national de conservation des directives anticipées faisant l'objet d'un traitement automatisé, censé faciliter l'accès des soignants aux directives, notamment en présence d'une urgence. Toujours dans le sens de l'autonomie, le texte prévoit enfin que la personne sous tutelle « peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion ». La rédaction de directives semble ainsi rejoindre la catégorie des actes « strictement personnels » au sens du Code civil (C. civ., art. 458, al. 1^{er}).

11 HAS, Comment mettre en œuvre une sédation profonde et continue maintenue jusqu'au décès ? : Guide du parcours de soins, févr. 2018, p. 13.

12 F. Dreifuss-Netter, Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne : Gaz. Pal. 2006, p. 1693.

13 Y.-M. Doublet, La loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie : LPA 18 mars 2016, n° 56.

14 P. Mistretta, De l'art de légiférer avec tact et mesure : JCP G 2016, doct. 240.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

B. - Le témoignage des proches

17 - **Obligation de consultation des proches.** – L'absence de directives anticipées ne conduit pas à faire fi de la volonté du patient actuellement hors d'état de l'exprimer. Il appartient au médecin de rechercher ce qu'aurait été cette volonté, notamment par le biais des témoignages de la famille de l'intéressé¹⁵, entreprise qui peut s'avérer délicate. Le Conseil d'État avait déjà affirmé, dans l'affaire Lambert¹⁶, qu'« *il peut être tenu compte des souhaits d'un patient sous une autre forme que celle des directives anticipées* », et relevé qu'il ressort des avis recueillis auprès de certains membres de la famille du patient que ce dernier « *avait clairement et à plusieurs reprises exprimé le souhait de ne pas être maintenu artificiellement en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans un état de grande dépendance* ». Ainsi, « *Le Conseil d'État fait prévaloir les souhaits exprimés de manière explicite et sans ambiguïté par le patient de ne pas être maintenu artificiellement en vie sur l'avis contraire d'une partie de sa famille. [...] Même s'ils ne peuvent être considérés comme l'expression de la volonté du patient, au sens où cette dernière s'entend de la faculté d'exercer un choix, ils doivent être respectés comme s'approchant au plus près des vœux qu'il aurait précédemment exprimés en vue d'éviter un maintien en vie qu'il considérerait comme déraisonnable* »¹⁷. Ce rôle de témoin des tiers non médicaux consultés par le médecin est confirmé à l'article L. 1111-12

du Code de la santé publique, qui prévoit que « *le médecin a l'obligation de s'enquérir de l'expression de la volonté exprimée par le patient. En l'absence de directives anticipées [...], il recueille le témoignage de la personne de confiance ou, à défaut, tout autre témoignage de la famille ou des proches* ». Ces témoignages doivent être inscrits dans le dossier du patient (CSP, art. R. 4127-37-2, IV). Ils figureront dans la motivation de la décision prise par le médecin¹⁸.

18 - **Primauté de la personne de confiance.** – L'article L. 1111-6 du Code de la santé publique précise encore, à propos de la personne de confiance, que « *son témoignage prévaut sur tout autre témoignage* », et notamment sur ceux délivrés par la famille. Le législateur confirme ici la faveur pour le volontarisme, la légitimité de la personne de confiance formellement et librement désignée par le patient prévalant sur les liens du sang unissant ce dernier à sa famille¹⁹. Cette désignation s'inscrit bien, en effet, dans une démarche consensuelle, dès lors qu'elle est, affirme le nouveau texte, « *co-signée par la personne désignée* » et « *révisable à tout moment* ». Les personnes placées sous régime de protection, en particulier les majeurs sous tutelle, peuvent également désigner une personne de confiance « *avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué* », confirmant la faveur pour l'autonomie médicale du majeur protégé, nombreux malades en fin de vie bénéficiant d'un régime de protection.

15 J.-R. Binet, *Affaire Lambert : rôles respectifs de la famille, du corps médical et du juge dans la décision de fin de vie* : Dr. famille 2019, comm. 138.

16 CE, ass., 24 juin 2014, n° 375081 : JurisData n° 2014-014262 ; JCP A 2014, 2284, note H. Pauliat, D. Bordessoule, S. Trarieux-Signol, S. Moreau ; Dr. famille 2014, comm. 141, note J.-R. Binet ; JCP G 2014, 825, note Fr. Violla.

17 D. Thouvenin, *L'arrêt « Lambert », miroir des limites de la loi du 22 avril 2005, dite loi Leonetti* : RDSS 2014, p. 1101.

18 V. CE, ord. réf., 24 avr. 2019, n° 428117 : JurisData n° 2019-006513, cons. 37 : « *le Dr M. en indiquant dans sa décision motivée avoir recueilli "des témoignages concordants retraçant [l]a probable volonté [de M. L.] de ne pas être [artificiellement] maintenu en vie" dans une "situation de grande dépendance physique", [...] n'a ni commis d'erreur de droit au regard des dispositions du code de la santé publique en cause, ni inexactement interprété la volonté manifestée par M. L. avant son accident* » ; Dr. famille 2019, comm. 186, note I. Maria ; Dr. famille 2019, comm. 138, note J.-R. Binet ; JCP G 2019, 544, note Fr. Violla et J. Dugne.

19 P. Lokiec, *La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical* : RDSS 2006, p. 865.

ÉTUDE FAMILLE

FUNÉRAILLES

Les dernières volontés relatives à l'organisation des funérailles portent sur la cérémonie accomplie à la mémoire du défunt et sur l'ensemble des actes qui se déroulent entre le décès et la destination définitive du corps. Deux types de schémas peuvent concerner la prévision des funérailles : lorsque le défunt a prévu ses dernières volontés avant de mourir ou lorsqu'il n'a rien prévu.

Les dernières volontés et les funérailles

© Droits réservés



Étude rédigée par
Ariane Gailliard

Ariane Gailliard

Maître de conférences en droit privé, université Paris Nanterre

1 - Le droit croirait-il encore à la survie des morts ? Jadis, le droit romain expliquait l'idée de succession par la continuation de la personne du défunt¹. Le droit extrapatrimonial de la famille va plus loin encore : il permet à une personne vivante d'anticiper les conséquences de sa mort. En rédigeant ses dernières volontés, le futur défunt confronte les vivants à l'organisation de ses propres funérailles ; en sanctionnant le fait de donner aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt, le Code pénal (*C. pén.*, art. 433-21-1) opère une sorte de survie de la personnalité juridique après la mort, *via* une impression (trompeuse, nous le verrons) de droit subjectif *post-mortem* au respect de sa volonté. Quant au juge saisi d'un désaccord entre les membres de la famille sur les modalités des funérailles, il a le pouvoir de faire parler le mort en interprétant sa volonté.

2 - Les dernières volontés, dont il est ici question, sont relatives à l'organisation des funérailles. Ces dernières peuvent être définies comme « *les cérémonies solennelles accomplies à la mémoire des défunts* » et « *l'ensemble des actes qui se déroulent entre le décès et la destination définitive du corps* », c'est-à-dire l'inhumation ou la crémation².

Elles concernent le choix du mode de sépulture (inhumation ou crémation), la destination des cendres et le sort de l'urne en cas de crémation, le lieu de sépulture, le lieu de la cérémonie (cimetière, chambre funéraire, lieux

¹ Y. Lequette, F. Terré, S. Gaudemet, *Droit civil. Les successions, les libéralités* : Précis Dalloz, 4^e éd., 2013, p. 808, n° 904.

² E. Aubin et I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations funéraires* : Berger Levrault, 8^e éd., 2015, p. 213, n° 421.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

de cultes dédiés) et les divers actes liés à cette cérémonie. Ces dernières volontés sont souvent qualifiées d'extrapatrimoniales³, parce qu'elles sont le prolongement de la volonté individuelle d'une personne. Dès lors, elle ne concerne pas le sort de la concession funéraire, qu'elle soit acquise par le vivant ou par sa famille. En effet, cet acte est créateur d'une situation patrimoniale, puisqu'il donne aux ayants droit du défunt une série de prérogatives, du droit à l'inhumation à la possibilité de faire inhumer leurs propres descendants.

3 - La loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles est le texte de référence concernant les dernières volontés. Cette liberté a pour corollaire une souplesse dans sa mise en œuvre, aucun formalisme n'étant imposé à qui souhaite appréhender sa mort. En outre, cette liberté est assortie d'un principe de respect de la volonté du défunt qui s'adresse tant aux familles qu'à la commune et aux opérateurs funéraires. C'est alors l'empreinte de la personnalité juridique du défunt qui ressurgit. Mais cette liberté n'est pas absolue, puisque le défunt est aussi considéré par le droit objectif comme un cadavre, c'est-à-dire l'objet d'un respect et non un sujet de droit. Or, l'article 16-1-1 du Code civil entend le protéger par le principe de dignité et de respect dû aux morts.

4 - Ce rappel plane sur le futur défunt lui-même, qui n'aura pas la possibilité de choisir pour ses funérailles des modes de sépultures non reconnus par la loi⁴, mais également sur sa famille, vue par le droit funéraire avec confiance et défiance : garante du respect de la volonté du défunt, elle est aussi susceptible de porter atteinte au respect dû au cadavre, comme en attestent les actions en exhumation intentées par certains membres de la famille.

5 - En établissant des principes aux intitulés baroques, tels que « *la tranquillité du défunt* »⁵ ou « *le repos des morts* »⁶, la jurisprudence accueille ces conflits avec la plus grande prudence. En effet, entre le défunt et la famille, coexistent une série d'intermédiaires qui sont susceptibles d'interférer dans l'organisation des funérailles telle que voulue par le défunt. La police des funérailles et des cimetières veille au respect de la volonté du défunt, mais également de l'ordre public. Plusieurs interventions en attestent : ainsi, la mairie refusant l'inhumation dans le cimetière communal au nom des conditions légales (CGCT, art. L. 2223-3) ; le préfet en cas d'inhumation sur un terrain privé pour encadrer ce mode réglementé (CGCT, art. L. 2223-9) ; le médecin lors d'une crémation, pour l'autoriser au niveau médico-légal (CGCT, art. L. R. 2213-34) ; l'agent communal, qui peut être présent lors de la dispersion des cendres qui est interdite sur la voie publique (CGCT, art. L. 2223-18-1)... Acte de volonté du vivant de son auteur, l'organisation des funérailles ressemble après sa mort à une danse macabre qui met en scène plusieurs acteurs des droits administratif, civil et pénal.

6 - Deux types de schémas peuvent concerner les funérailles. Lorsque le défunt a prévu ses dernières volontés avant de mourir, les funérailles seront organisées conformément à sa volonté. Lorsqu'il décède sans avoir rien prévu, ou lorsqu'un conflit naît quant à l'interprétation exacte à donner à sa volonté, inconnue ou présumée, le juge saisi d'un litige devra remonter le temps pour se situer du vivant du défunt. Les funérailles sont donc ou bien appréhendées par les dernières volontés, ou bien organisées en l'absence de dernières volontés.

1. Les funérailles appréhendées par les dernières volontés

7 - La prévision des funérailles par le futur défunt est encouragée par la loi, qui tend à assurer le respect de ses dernières volontés. La liberté dont il dispose lui offre plusieurs supports pour fixer ses dernières volontés, ce qui pose parfois certains problèmes.

A. - Le respect des dernières volontés

8 - À celui appréhendant sa mort pour organiser les modalités de ses futures funérailles, la loi du 15 novembre 1887 offre une liberté qui se veut absolue pourvu qu'il soit « *majeur ou mineur émancipé* » et « *en état de tester* »⁷. Qu'il s'agisse donc d'un testament, olographe ou non, d'un contrat, ou de tout acte juridique, l'article 414-1 du Code civil trouve à s'appliquer.

9 - La situation de l'auteur majeur sous protection est plus épineuse, notamment en raison de l'évolution du droit des majeurs protégés vers plus d'autonomie personnelle.

Pour le majeur sous tutelle souhaitant déterminer ses dernières volontés dans un testament, l'article 476, alinéa 2, du Code civil s'applique : le majeur doit être en état de tester, et l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille sera nécessaire à peine de nullité du testament. Mais qu'en est-il du majeur sous tutelle qui utilise un autre support pour ses dernières volontés ? De façon générale, les dernières volontés ne devraient-elles pas relever de la catégorie d'acte strictement personnel, pour laquelle aucune assistance ou représentation n'est possible selon l'article 458 du Code civil ? Cet article en propose une liste indicative⁸, mais il paraît possible d'y intégrer l'organisation de ses propres funérailles. L'organisation des funérailles concerne assurément le devenir de la personne elle-même. La loi de 1887 est l'expression d'un pouvoir de volonté du futur défunt ; non pas un pouvoir de disposition qui concernerait le propriétaire de ses biens, mais plutôt un pouvoir de volonté individuelle ; en déterminant ses dernières volontés, la personne se détermine elle-même et se réalise comme individu par-delà la mort.

3 M. Dieng, *Les dernières volontés d'ordre extrapatrimonial* : RLDC 1er mars 2007, n° 36.

4 V. ainsi, pour l'interdiction de la cryogénéisation : CE, 5^e et 4^e ss-sect., 6 janv. 2006, n° 260307, Martinot : *JurisData* n° 2006-069429 ; JCP G 2006, II, 10059, note L. Erstein ; *Dr. adm.* 2006, comm. 64, note L. Erstein ; *D.* 2006, p. 1875, note I. Copart.

5 CA Lyon, 1^{er} ch. civ., sect. B, 3 févr. 2015, n° 13/08724.

6 CA Amiens, 1^{er} ch., 1^{er} sect., 21 sept. 2006, n° 05/03969.

7 L. 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles, art. 3.

8 C. civ., art. 458, al. 2 : « sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ».

10 - Le principe du respect de la volonté du défunt trouve deux fondements légaux : un fondement civil, qui découle de la loi de 1887, et un fondement pénal, avec l'infraction punissant le fait pour toute personne de donner aux funérailles un caractère contraire à la volonté du défunt (*C. pén., art. 433-21-1*). Le lexique employé, volontariste et subjectiviste, interroge : faire respecter les dernières volontés, est-ce protéger la volonté d'une ancienne personne ou le cadavre ?

REMARQUE

→ **L'ordre public est la limite ultime à la volonté, qu'il peut tempérer voire limiter lorsque cette dernière ne respecte pas le principe de dignité consacré à l'article 16-1-1 du Code civil. Le Code pénal va dans le même sens, puisqu'il classe l'infraction dans les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique (Livre IV) et non dans les crimes et délits contre les personnes (Livre II).**

11 - Dès lors, le respect de la volonté du défunt dépasse le droit des personnes et l'autonomie de la volonté : il s'inscrit en vérité dans le culte des morts, expression que le droit funéraire met en avant en encadrant le rite funéraire : qu'elles soient ou non objet de croyances, les funérailles ne sont que l'expression du culte des morts. Le culte des morts est ainsi à la fois le fondement du respect de la volonté du futur défunt et la fonction principale du droit des sépultures⁹.

Pour appréhender ses dernières volontés, le futur défunt bénéficie de plusieurs supports.

B. - Le support des dernières volontés

12 - Si aucun formalisme ne semble *a priori* exigé, le défunt appréhendant ses dernières volontés utilise souvent des supports écrits, tel le testament ou encore le contrat. Mais d'autres supports divers sont également possibles, et notamment des supports oraux.

13 - **Testament.** – Du fait de sa nature d'acte-cadre, le testament peut, en plus des dispositions patrimoniales, accueillir les dernières volontés aux côtés d'autres dispositions personnelles¹⁰.

Ce support est le plus élémentaire puisqu'il est le seul directement prévu par la loi de 1887. La volonté du testateur peut être « *exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par devant notaire, soit sous signature privée* ». Dès lors, cette volonté aura « *la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens* » et sera « *soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation* »¹¹.

Dès lors, le respect de la volonté du défunt dépasse le droit des personnes et l'autonomie de la volonté : il s'inscrit en vérité dans le culte des morts

Il peut ainsi s'agir d'un testament ou d'une déclaration faite en la forme testamentaire, devant notaire ou sous signature privée.

14 - Cependant, la mention légale du testament est plus incitative qu'imprécatrice. Le législateur a voulu faire primer la volonté du futur mourant

sur tout formalisme. La Cour de cassation admet ainsi clairement que « *les modalités des obsèques d'une personne doivent être déterminées conformément à la volonté du défunt, même si celle-ci n'a pas été exprimée en la forme prévue par l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887* »¹².

Quel sort réserver aux dernières volontés intégrées dans un testament irrégulier ? La Cour de cassation a refusé la validité d'un écrit sous la forme testamentaire, car aucun élément de cet écrit, dans lequel le futur défunt manifestait ses volontés quant à son mode et son lieu de sépulture, ne permettait de délimiter avec certitude la date de rédaction¹³. Cet arrêt marque donc l'invalidité du testament olographe. Mais rend-il pour autant les dernières volontés qui y sont indiquées inopérantes ? Il apparaîtrait étonnant qu'un juge saisi d'un conflit relatif à l'organisation des funérailles ne prenne en considération les propos tenus dans cet écrit, puisqu'il est possible de manifester ses dernières volontés autrement.

CONSEIL PRATIQUE

→ **Le choix du testament peut donc s'avérer peu utile concernant l'organisation des funérailles, ce qui explique qu'il ne soit le plus courant en pratique. Les raisons s'expliquent par la pratique notariale : d'abord, un testament olographe peut être déposé chez le notaire, mais cela ne signifie pas que ce notaire sera informé du décès de son rédacteur. Ensuite, un testament olographe non déposé chez le notaire pourrait très bien ne jamais être retrouvé par la famille. De façon générale, les testaments ne sont ouverts qu'après le décès, bien après les funérailles¹⁴.**

15 - **Contrat d'obsèques.** – Face à ces contraintes, le futur défunt peut faire le choix du contrat. Les contrats d'obsèques (dit aussi « *contrats obsèques* ») peuvent se définir comme « *tous les contrats par lesquels une personne prévoit l'organisation et le financement de ses obsèques de son vivant* »¹⁵. Concernant l'organisation des dernières volontés, l'assuré a plusieurs choix : il peut simplement désigner une personne qui organisera les funérailles en utilisant le capital pour le financement des opérations ; il peut également déterminer dans le contrat toute une série de prestations détaillées qui seront exécutées par un opérateur funéraire. Ces contrats prennent souvent le nom de contrats « *prévoyance obsèques* ».

9 V. notre thèse, *Les fondements du droit des sépultures* : LGDJ-Lextenso éditions, coll. des Thèses, 2017.

10 Ainsi, la reconnaissance d'un enfant ou la désignation d'un tuteur, par exemple ; V. *Droit patrimonial de la famille*, (dir.) M. Grimaldi, 2018/2019 : Dalloz action, 6^e éd., p. 962, n° 323.121 qui recense la diversité des dispositions extrapatrimoniales susceptibles de figurer dans un testament.

11 L. 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles, art. 3, al. 3.

12 Cass. 1^{re} civ., 26 avr. 1984, n° 83-11.117.

13 Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2009, n° 08-12.217.

14 S. Ferré-André et S. Berre, *Successions et libéralités* : Dalloz Hypercours, 7^e éd., 2021, p. 197, n° 368.

15 Définition proposée par J.-M. Plazy, *Les contrats d'assurance sur la vie et le contrat obsèques*, in *Nouveau droit des majeurs protégés*, (dir.) G. Raoul-Cormeil : Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2012, p. 86.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

16 - La liberté de contracter du majeur protégé. – L'autonomie du majeur protégé souhaitant contracter a été renforcée par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Avant, le Code des assurances interdisait au majeur en tutelle de contracter une assurance en cas de décès (*C. assur., art. L. 132-3*). Pendant des années, le doute existait quant à l'applicabilité de cette interdiction légale aux contrats d'obsèques. Si le Gouvernement avait, à l'occasion d'une réponse ministérielle¹⁶ jugée par certains décevante¹⁷, considéré que cet interdit s'appliquait, certains juges du fond trouvèrent un compromis en évinçant de l'interdiction les contrats visant seulement à assurer le paiement des frais d'obsèques car, pour ces derniers, la durée de vie du majeur n'est pas prise en compte comme élément de spéculation. Une telle solution avait été saluée au nom de l'intérêt du majeur protégé¹⁸. La loi du 23 mars 2019 s'est sans nul doute inspirée de cette solution et, dorénavant, l'article L. 132-3 du Code des assurances assortit immédiatement l'interdiction d'une dérogation pour les « *formules de financement d'obsèques* » souscrites par un majeur en tutelle.

17 - Une liberté contractuelle encadrée. – Parce qu'ils sont souscrits par des particuliers auprès d'entreprises, ces contrats sont soumis au contrôle de l'État au nom du droit des assurances¹⁹. Leur encadrement tend à préserver la liberté de choix du contractant et à lui éviter toute captation commerciale. En 2010, la Commission des clauses abusives a recensé une

série de dysfonctionnements dans la pratique des opérateurs funéraires, notamment en raison de multiples clauses abusives²⁰. La Commission a conclu à la recommandation de supprimer seize clauses, en particulier celles par lesquelles le professionnel supprime unilatéralement et discrétionnairement des prestations.

18 - La rédaction de ce contrat est elle aussi encadrée. Le risque est grand d'un contrat aux prestations peu déterminées ; mais le risque est aussi celui d'un contenu trop rigide qui pourrait, à l'heure du décès, ne plus refléter la volonté exacte du contractant. Pour cette raison, la loi oscille entre rigidité et souplesse. D'une part, son contenu doit être aussi bien détaillé que personnalisé ; toute clause en sens contraire sera réputée non écrite (*CGCT, art. L. 22223-34-1, al. 1^{er}*). En ce sens, la loi prévoit un fichier national « *destiné à centraliser les contrats prévoyant des prestations d'obsèques à l'avance* » (*CGCT, art. L. 22223-34-2*). D'autre part, il doit être permis à tout moment à l'assuré d'en modifier le contenu : le contrat doit prévoir une faculté explicite de modification des modalités d'organisation des funérailles (nature des obsèques, mode de sépulture, contenu des prestations et fournitures funéraires) (*CGCT, art. L. 2222-35-1*). Le but est ainsi de préserver, tout au long de sa vie, la liberté de choix de l'assuré souscripteur.



© ragana991 / iStock / Getty Images Plus

¹⁶ Rép. min. n° 88691 : JOAN 23 nov. 2010, p. 12946.

¹⁷ J.-M. Plazy, *Les contrats d'assurance sur la vie et le contrat obsèques*, in *Nouveau droit des majeurs protégés*, (dir.) G. Raoul-Cormeil : Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 2012, p. 87.

¹⁸ V. CA Douai, 16 juin 2011, n° 11/01985 : *RTD civ.* 2011, p. 515, obs. J. Hauser. – J.-M. Plazy, *Les contrats d'assurance sur la vie et le contrat obsèques*, in *Nouveau droit des majeurs protégés*, (dir.) G. Raoul-Cormeil : Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 2012, p. 87.

¹⁹ L'article L. 310-1, alinéa 1^{er}, du Code des assurances soumet ces contrats au contrôle de l'État.

²⁰ *Recomm. n° 10-02 relative aux contrats de prévoyance obsèques*, BOCCRF 25 juin 2010 : www.clauses-abusives.fr/recommandation/prevoyance-obsèques/.

19 - **Supports oraux, supports divers.** – Outre le testament et le contrat, bien d'autres supports écrits existent ; l'imagination n'a aucune limite²¹ ; lettres²², poésies, écrits divers. Plus délicate est la question des dernières volontés recensées à l'oral. Il faut ici distinguer les paroles à caractère public (chansons, enregistrements sonores, allocutions, discours) que l'on retrouve souvent chez les personnes célèbres²³, des paroles prononcées dans un registre privé. En effet, le témoignage des dernières volontés se fait souvent au sein du cercle familial et intime. De tels témoignages peuvent assurément constituer des indices que le juge pourra apprécier, mais il utilisera souvent d'autres éléments pour interpréter la volonté du défunt²⁴.

2. Les funérailles organisées en l'absence de dernières volontés

20 - L'indétermination des dernières volontés apparaît en cas de conflits ; le juge joue alors un rôle essentiel dans leur résolution.

A. - Les conflits relatifs à l'organisation des funérailles

21 - Les familles se trouvent souvent en désaccord lors de l'organisation des funérailles du défunt : le défunt n'a pas exprimé de dernières volontés écrites, ou en a exprimé dans des circonstances qui divisent. Ainsi, le défunt exprimant à plusieurs membres de sa famille des vœux différents, à l'oral et à l'écrit, ou encore le défunt changeant d'avis dans le temps, par exemple. Face à ces conflits intrafamiliaux, le risque est grand d'une instrumentalisation de la volonté du défunt pour nourrir des rancœurs enfouies.

Pire encore, si la volonté du défunt n'a pas été préalablement respectée, les conséquences peuvent être graves : ainsi, une inhumation irrégulière pourrait conduire à l'exhumation prononcée par le juge. En effet, le Code général des collectivités territoriales donne à tout « *proche parent de la personne défunte* » (CGCT, art. R. 2213-40) la possibilité d'agir en demande d'exhumation si les conditions sont réunies. Cependant, l'exhumation à la demande d'un particulier ne peut être admise que pour des raisons de nécessité absolue²⁵, car elle contrevient au principe du respect dû aux morts, que la jurisprudence administrative exprime régulièrement à travers l'impératif selon lequel la paix des morts ne doit être heurtée par les divisions des vivants²⁶.

22 - **Premier conflit récurrent : le mode de sépulture.** – Les Français ont le choix entre l'inhumation ou la crémation²⁷. Cette liberté de choix est

reconnue avec la loi de 1887, une loi au contexte éminemment politique, puisqu'en reconnaissant la liberté de régler les conditions de ses funérailles « *notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sépulture* »²⁸, c'est la liberté de ne pas avoir des funérailles catholiques qui est alors donnée, à une époque où la crémation était interdite par l'Église. Depuis, l'Église catholique affirme sa préférence pour l'inhumation tout en reconnaissant la possibilité de la crémation, à condition que les cendres soient conservées dans un lieu dédié, tel le cimetière²⁹.

Aujourd'hui, la crémation a trouvé toute sa place au sein des modes de sépultures et les Français sont de plus en plus nombreux à en faire le choix. La loi du 19 décembre 2018 relative à la législation funéraire³⁰ est venue consolider ce choix en précisant la destination des cendres après crémation (CGCT, art. L. 2223-18-1 à L. 2223-18-4). Après l'incinération, les cendres sont recueillies dans une urne qui est d'abord conservée au crématorium dans l'attente d'une décision des familles. Puis les cendres pourront suivre deux destinations : la conservation dans l'urne cinéraire ou bien la dispersion en pleine nature, sauf sur les voies publiques. L'urne cinéraire sera soit inhumée dans une sépulture, soit déposée dans une case de columbarium, soit scellée sur un monument funéraire.

Il existe donc deux conflits majeurs liés à la crémation. D'abord, concernant le choix même de la crémation : le défunt a-t-il vraiment souhaité l'incinération ? Le conjoint du défunt peut exprimer une volonté en ce sens alors que les parents s'y opposent, en s'appuyant sur le désir du défunt d'être inhumé dans le caveau familial. Ensuite, concernant la destination des cendres et le sort de l'urne : le défunt a-t-il exprimé son souhait d'une dispersion des cendres et fait part d'un lieu en particulier ? Ou bien souhaitait-il que ses cendres « reposent » au cimetière ou dans un lieu dédié, auprès d'autres défunts de la famille ?

23 - **Second conflit récurrent : le choix du lieu de sépulture pour l'inhumation.** – Ainsi, le conjoint témoigne d'un souhait d'être inhumé dans une concession acquise pour le couple, au lieu du décès par exemple ; mais les enfants d'un premier lit font part d'un souhait de reposer au sein du caveau familial. Ces conflits prennent une ampleur plus grande encore lorsqu'ils ont un caractère transfrontalier : ainsi, ce poète russe inhumé dans le cimetière communal français, et pour lequel les neveux obtinrent de l'Administration une autorisation d'exhumation en vue du transfert du corps dans le village natal, en Russie³¹.

21 V. à ce sujet M. Grimaldi, « Les dernières volontés », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu* : PUF, 1994, p. 177 et s.

22 Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1982, n° 81-15.305 : *JurisData* n° 1982-702377 (lettre du fils à ses parents 3 ans avant sa mort et faisant état de son désir d'être inhumé au sein de son village natal).

23 Ainsi, le vœu de Jacques Brel chantant *Les Marquises*.

24 V. *infra*, 2., B.

25 Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 1986, n° 85-12.725 : *JurisData* n° 1986-002896.

26 CA Amiens, 1^{er} ch., 1^{er} sect., 21 sept. 2006, n° 05/03969 : « le respect dû aux sépultures [...] impose de considérer avec la plus grande circonspection les demandes d'exhumation, les querelles des vivants ne devant pas troubler le repos des morts ». – V. aussi CA Lyon, 1^{er} ch. civ., sect. B, 3 févr. 2015, n° 13/08724 : « la tranquillité du défunt ne pouvait être troublée qu'en cas de nécessité absolue ».

27 Une liberté éminemment politique, sur fond de lutte anticléricale ; V. E. Aubin et I. Savarit-Bourgeois, *Cimetières, sites cinéraires et opérations funéraires* : Berger Levrault, 8^e éd., 2015, p. 25, n° 14.

28 L. 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles, art. 3, al. 1^{er}.

29 L'interdiction de la crémation par l'Église catholique a été levée en 1963 par le Vatican, même si la préférence va à l'inhumation. La Congrégation pour la doctrine de la foi a publié une instruction en ce sens le 25 octobre 2016. V. N. Senèze, *L'Église catholique précise les règles de la crémation* : La Croix, 25 oct. 2016 (www.la-croix.com/Religion/Pape/L'Eglise-catholique-accueille-favorablement-cremation-defunts-2016-10-25-1200798662).

30 Sur cette loi, V. not. I. Corpart, *Pour un nouvel ordre public funéraire : variations autour de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008* : Dr. famille 2009, étude 15, p. 9 ; et notre contribution, « Le sort de l'urne cinéraire : enjeux anthropologiques et politiques. À propos de la loi du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire », in *Éthique & Crémation, réflexions sur une liberté éclairée*, (dir.) B. Py et P. Mayer : PUN, 2014, p. 69 et s.

31 Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 15-20.588 : *JurisData* n° 2016-005992 ; Dr. famille 2016, étude 16, obs. A. Gailliard.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

B. - Les modes judiciaires de résolution des conflits

24 - Face à ces conflits, le rôle du juge judiciaire est essentiel ; ce rôle s'exprime à travers une procédure d'urgence et la saisine du tribunal judiciaire³² du lieu du décès par assignation ou par requête conjointe au greffe. Le tribunal doit alors décider dans les 24 heures et l'appel de sa décision peut être fait dans les 24 heures auprès du premier président de la cour d'appel.

Deux modes de résolution judiciaire des conflits s'offrent au juge.

25 - **Premier cas.** – Le juge a des raisons de penser qu'il existe une volonté exprimée du vivant de son auteur, mais le contenu et les ressorts de cette volonté sont incertains ou sont contestés par d'autres éléments. Le travail auquel se livre le juge est alors un travail d'interprétation de la volonté mal exprimée ou dissimulée. Il y a là une sorte de survie abstraite de la personnalité juridique du défunt afin que le juge puisse l'interroger. S'agissant de faits juridiques, tout élément pourra être utilisé par le juge, qui devra rechercher par tous moyens quelles ont été les intentions du défunt au sujet de ses funérailles³³ ; de la lettre à la parole prononcée, du comportement au mode de vie³⁴, en passant même par l'inaction ou la passivité³⁵.

Ce travail d'interprétation doit toujours être effectué au préalable par le juge. Ce n'est que si ce travail est sans résultat que le juge pourra renoncer à trouver une volonté et passer à la seconde étape.

26 - **Second cas.** – Le juge considère que la volonté du défunt est introuvable et renonce alors à tout travail d'interprétation pour un travail de « désignation », parmi les proches parents ou amis³⁶ du défunt, de la personne la plus qualifiée pour organiser elle-même les funérailles³⁷. Le juge formera son appréciation souveraine au regard de l'intensité et de l'intimité du lien qu'entretenait le défunt avec la personne concernée. Aucune règle légale ne lui imposerait de choisir en priorité un parent désigné. Il pourrait donc s'agir d'un descendant, d'un ascendant, du conjoint ou encore d'un ami étranger à la famille. La « *dévolution sentimentale* »³⁸ est alors le critère principal pour aider le juge dans son choix.

REMARQUE

→ En pratique, le juge accorde souvent une place privilégiée au conjoint qui lui assure assez souvent une primauté sur les ascendants ou les collatéraux du défunt, les litiges étant plus fréquents vis-à-vis des descendants, notamment des enfants d'un premier lit.

27 - **Liens de couple.** – Cependant, en aucun cas le simple statut de conjoint ne liera le juge. Celui-ci doit toujours justifier son choix au regard des éléments de fait et après examen des éléments de preuve : ainsi, un juge désignant la veuve du défunt comme la plus qualifiée pour décider du sort des funérailles « *compte tenu d'une vie commune de plus de trente ans et des liens affectifs, non remis en cause, ayant uni le couple* »³⁹.

Longtemps, le sort du concubin a été plus incertain dans sa faculté à exercer le rôle d'organisateur des funérailles. D'ailleurs, le droit public tend encore à l'exclure de certaines opérations funéraires. En effet, une réponse ministérielle a récemment considéré que le concubin n'était pas un membre de la famille au sens de l'article L. 2213-14 du Code général des collectivités territoriales. Cet article prévoit que « *Lorsque le corps est transporté hors de la commune de décès ou de dépôt, les opérations de fermeture et de scellement du cercueil s'effectuent sous la responsabilité de l'opérateur funéraire, en présence d'un membre de la famille* »⁴⁰. Mais concernant l'organisation des funérailles du défunt, le concubin a toute sa place, pourvu que le juge se convainque de la stabilité et de l'intimité des liens les unissant jadis. La logique est sensiblement la même pour le partenaire lié par un PACS.

28 - **Liens de parenté.** – Les ascendants du défunt seront parfois préférés aux conjoints, et notamment la mère ayant entretenu avec son fils « *une relation affective forte et constante depuis la naissance* »⁴¹.

Concernant le mineur non émancipé décédé, les modalités de ses funérailles relèvent de l'autorité parentale. Le juge devrait, en cas de désaccord entre les parents, déterminer le parent le plus apte à organiser les funérailles conformément à la volonté de l'enfant, en ayant comme boussole l'intérêt de l'enfant, et en se réservant la possibilité de prendre en considération la volonté exprimée d'un mineur alors discernant, à l'aide de tout élément⁴². Mais, bien souvent, le juge devra recueillir le consentement des deux parents, car les actes décidés dans le cadre des funérailles, qu'il s'agisse de l'inhumation, la crémation, ou encore le lieu de la sépulture, ne semblent pas pouvoir être considérés comme des actes usuels pouvant relever de l'article 372-2 du Code civil.

29 - La désignation judiciaire d'un membre de la famille qui organisera les funérailles n'est pas étrangère à la volonté : désigner la personne la plus proche, n'est-ce pas en quelque sorte désigner celle à même de connaître ce qu'aurait souhaité le défunt ? Le désignataire aura alors, en quelque sorte, le rôle de présumer la volonté du défunt. En revanche, il n'est pas exact d'affirmer que le juge interprète une volonté présumée ; c'est juste-

32 Qui a compétence en matière de contestations sur les conditions des funérailles, V. COJ, art. R. 211-3-3.

33 Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2005, n° 05-15.839 : JurisData n° 2005-028933 ; Dr. famille 2005, comm. 193, note B. Beignier.

34 Pour décider l'inhumation en Polynésie française, le juge s'appuie sur l'intention du défunt qu'il déduit de « son mode de vie, de ses habitudes et de ses attaches avec un territoire et un lieu ». Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 2016, n° 15-14.296 : JurisData n° 2016-007132 ; JCP N 2016, n° 19, act. 618.

35 Pour considérer que le souhait du défunt était d'être inhumé dans le respect de la tradition musulmane, le juge estime que s'il « n'était pas un pratiquant régulier, était de tradition musulmane, qu'il avait manifesté le vœu d'être inhumé, et que rien ne permettait d'affirmer qu'il eût entendu rompre tous liens avec cette tradition » ; Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2005, n° 05-15.839 : JurisData n° 2005-028933 ; Dr. famille 2005, comm. 193, note B. Beignier.

36 V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2009, n° 09-66.589 : Dr. famille 2009, comm. 94, note B. Beignier.

37 Travail qui a valeur d'attendu de principe, V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2014, n° 13-18.951 : JurisData n° 2014-008550 ; « Mais, attendu qu'ayant exactement retenu qu'à défaut de toute expression de volonté démontrée du défunt quant à l'organisation de ses obsèques, il convenait de rechercher et désigner la personne la mieux qualifiée pour les organiser [...] » ; JCP N 2014, n° 39, 1289, note D. Dutrieux ; Dr. famille 2014, comm. 117, note B. Beignier.

38 JCl. Notarial Formulaire, V° Sépulture, fasc. 10, par I. Corpart, n° 44.

39 Cass. 1^{re} civ., 2 févr. 2010, n° 10-11.295 : JurisData n° 2010-051487.

40 Rép. min. n° 15566 : JO Sénat 15 sept. 2016, p. 3942 ; Dr. famille 2016, comm. 249, obs. A. Gaillard.

41 Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2014, n° 13-18.951 : JurisData n° 2014-008550 ; JCP N 2014, n° 39, 1289, note D. Dutrieux ; Dr. famille 2014, comm. 117, note B. Beignier.

42 Ainsi, une lettre manuscrite à l'occasion d'une tentative de suicide : CA Paris, pôle 1, ch. 2, 20 juin 2018, n° 18/15155 : RJPF 2018-10/31, note I. Corpart.

ment parce qu'il n'y a pas d'éléments permettant d'attester de sa volonté que le juge se tourne vers un proche parent ou ami.

30 - Techniques conjuguées. – Ces deux modes de résolution des conflits ont vocation à se succéder dans le temps. En effet, le juge doit toujours, dans un premier temps, rechercher une volonté à interpréter ; il doit tenter de déterminer quelles avaient été les intentions du défunt par rapport à ses funérailles. Ce n'est que si cette solution échoue que le juge se tournera, dans un second temps, vers la deuxième technique.

En outre, la jurisprudence tend parfois à une certaine confusion, pour ne pas dire assimilation, de ces deux techniques ; ainsi, un arrêt dans lequel, pour décider du lieu d'inhumation de la défunte, le juge s'appuie sur ses intentions manifestées et changeantes au cours de sa vie – volonté d'être inhumée au Cameroun, puis manifestation d'hostilités à l'égard du régime politique camerounais – pour conclure à la désignation du conjoint comme personne la plus qualifiée pour traduire la volonté de son épouse⁴³.

⁴³ CA Paris, pôle 1, ch. 1, 19 juill. 2019, n° 19/12978 : *JurisData* n° 2019-014637.

ÉTUDE FAMILLE

DERNIÈRES VOLONTÉS

Les dernières volontés sont essentielles en matière de dons de corps et d'organes. Elles doivent être partagées avec les proches afin que ceux-ci puissent, ensuite, veiller à leur respect.

Les dernières volontés

Le don du corps et des organes

© Droits réservés



Étude rédigée par
Bérengère Gleize

D

Bérengère Gleize

Maître de conférences à l'université d'Avignon,
membre du CRJ-CUERPI, université de Grenoble-
Alpes

1 - Don de corps versus don d'organes. – « *Il n'est pas de plus noble destination pour un corps que l'esprit a quitté que de servir à soutenir la vie d'une autre personne humaine* »¹. En première approche, on pourrait penser que les problématiques de don de corps et d'organes sont voisines. Dans les deux cas, on retrouve l'idée d'une mort « *transcendée* » : la mort n'est plus une fin, elle trouve un sens, une utilité sociale. L'altruisme supplante, *in fine*, l'individualisme. Il faut pourtant rapidement dépasser cette première impression de convergence, car l'appréhension juridique de ces deux questions les distingue profondément. En amont, d'ailleurs, la terminologie retenue (celle du don) appelle quelques observations qui démontrent que ces problématiques ne se recoupent pas toujours.

2 - Don, vous avez dit don ? Précisions terminologiques. – Le don du corps à la science est l'acte de volonté par lequel une personne décide qu'à sa mort, son cadavre devra être remis à un établissement hospitalier à des fins d'enseignement et de recherche. Il s'agit donc d'une libéralité, c'est-à-dire d'une disposition à titre gratuit. D'un point de vue technique, la qualification de « don » doit néanmoins être écartée, tant au regard du caractère révocable de l'opération, que de l'inexistence de son objet (la dépouille mortelle) au moment de l'acte. En dépit de la dénomination usuellement retenue, l'opération s'apparente donc à un legs, c'est-à-dire un « acte

¹ J. Savatier, *Et in hora mortis nostrae, Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre* : Dalloz, 1968, 18^e cahier, chron. XV.

unilatéral de disposition à cause de mort et à titre gratuit contenu dans un testament (et essentiellement révocable) par lequel le testateur laisse tout ou partie de ses biens en pleine propriété [...] à un légataire »².

3 - Qu'en est-il alors du don d'organes ? – S'agit-il, cette fois, d'un don au sens technique du terme ? La réponse semble là encore négative, tout du moins pour l'hypothèse qui nous intéresse, c'est-à-dire celle du don *post-mortem*. En effet, si le don implique en principe d'être volontaire, le consentement est ici relégué à une place secondaire par le législateur. Tout au plus, la référence au don permet-elle d'exclure le caractère commercialisable des organes, en postulant le caractère désintéressé de l'opération. Ainsi, en matière *post-mortem*, la loi tend davantage à organiser le prélèvement d'organes sur une personne décédée qu'à mettre en place un système de don, au sens strict³.

4 - Encadrement juridique du don de corps et d'organes. – Les dons d'organes ont été initialement encadrés par la loi Caillavet du 22 décembre 1976⁴, qui est venue fixer les conditions de prélèvement, sur personnes vivantes ou décédées, ainsi que les conditions d'utilisation des organes prélevés. Par la suite, le législateur a construit un cadre général pour le don et l'utilisation des éléments et des produits du corps humain lors des lois bioéthiques en 1994⁵, ces dispositions ayant ensuite été modifiées à plusieurs reprises⁶. Les solutions retenues en la matière portent l'empreinte des intérêts contradictoires qui la sous-tendent. Il s'agit, d'une part, de favoriser les prélèvements *post-mortem*, car ces prélèvements sauvent des vies humaines et, d'autre part, d'assurer le respect de la personne sur laquelle les organes sont prélevés. Pour le dire autrement, il s'agit de concilier l'indisponibilité (du corps humain) et la mise à disposition (de certains de ses produits ou éléments).

5 - En comparaison, le désintéret du législateur pour le don de corps peut surprendre. En effet, cette pratique est, pendant longtemps, restée la grande oubliée des lois bioéthiques. Fondée sur le principe de liberté des funérailles, elle était principalement réglementée par l'article R. 2213-13 du Code général des collectivités territoriales, qui détaille les conditions et les formalités encadrant l'opération. Ancré dans la police des funérailles et des lieux de sépulture, ce texte répond exclusivement à des impératifs d'ordre public et de santé publique. Or, s'il est évident que le législateur se doit d'encadrer le sort du cadavre dans les jours suivants le décès comme dans sa destination finale, l'opération de don du corps ne saurait être lue sous le seul prisme du droit funéraire. Son objet – le cadavre – emporte

également, et nécessairement, l'application des principes protecteurs du corps humain. Le récent scandale du centre du don des corps de l'université Paris-Descartes a permis de mettre en lumière cet encadrement lacunaire. Il a incité le législateur à se saisir de cette question, en fin de travaux parlementaires, lors de l'examen du projet de loi relatif à la bioéthique. Le texte définitif, adopté le 29 juin 2021 par l'Assemblée nationale, intègre dans le Code de la santé publique un nouveau titre relatif au « don de corps à des fins d'enseignement médical et de recherche »⁷. Le corps donné à la science quitte donc enfin les seules rives du droit funéraire pour être envisagé pleinement en tant que reste humain.

6 - Don et volonté. – Ainsi, les problématiques du don d'organes et du don de corps sont appréhendées de manière très différente par le législateur. Le constat est identique lorsque l'on analyse ces dons sous l'angle de la volonté. Quelle est la place de la volonté en matière de don de corps et d'organes ? Comment s'exprime-t-elle ? *Quid*, ensuite, de son respect *post-mortem* ?

1. L'expression de la volonté quant au devenir du corps et des organes

7 - En matière de don de corps, la volonté s'exprime de manière positive, par un consentement du donneur. À l'inverse, pour le don d'organes, le système mis en place par le législateur est celui du consentement présumé : la volonté s'exprime de manière négative, par un refus des prélèvements d'organes *post-mortem*. Ainsi, la volonté de la personne prend la forme soit de l'expression d'un consentement, soit de l'expression d'un refus.

A. – Don de corps : l'expression d'un consentement

8 - Consentement et atteinte à l'intégrité corporelle. – Les lois bioéthiques ont accordé une importance primordiale à la question du consentement, en s'intéressant très largement à toutes les pratiques relatives à la médecine et à la recherche utilisant des parties du corps humain. L'article 16-3 du Code civil subordonne notamment les atteintes à l'intégrité du corps humain à deux conditions cumulatives : d'une part, la nécessité médicale pour la personne ou l'intérêt thérapeutique d'autrui et, d'autre part, le consentement de la personne. L'exigence de consentement se décline, ensuite, dans de nombreux articles du Code civil ou du Code de la santé publique (*C. civ.*, art. 16-10. – *CSP*, art. L. 1111-4, al. 3, L. 1122-1, al. 1, L. 1231-1, al. 3 et L. 1241-1, al. 2). Ces textes précisent les caractères

² Cornu, *Vocabulaire juridique*, V. *Legs*. Notons toutefois que le législateur n'est nullement troublé par ces questions de qualification, puisqu'il qualifie tour à tour l'opération de don, dans l'alinéa 1^{er} de l'article R. 2213-13 du Code général des collectivités territoriales, puis de legs, dans l'alinéa 2 du même texte.

³ À noter d'ailleurs que la loi Caillavet était relative aux « prélèvements d'organes » ; ce texte initial ne faisait aucune référence au don. Il se contentait de préciser que ces prélèvements ne pouvaient donner lieu à aucune contrepartie pécuniaire (L. n° 76-1181, 22 déc. 1976, art. 3, relative aux prélèvements d'organes, dite « Loi Caillavet » : JO 23 déc. 1976).

⁴ L. n° 76-1181, 22 déc. 1976, relative aux prélèvements d'organes, dite « Loi Caillavet » : JO 23 déc. 1976.

⁵ L. n° 94-654, 29 juill. 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal : JO 30 juill. 1994.

⁶ Pour les modifications les plus récentes, V. L. n° 2016-41, 26 janv. 2016, de modernisation de notre système de santé : JO 27 janv. 2016, texte n° 1. – Et D. n° 2016-1118, 11 août 2016, relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès : JO 14 août 2016, texte n° 16.

⁷ Ce titre est constitué d'un unique article rédigé de la manière suivante :

« Article 1261-1. - « Une personne majeure peut consentir à donner son corps après son décès à des fins d'enseignement médical et de recherche. Le consentement du donneur est exprimé par écrit. Le présent alinéa ne s'applique pas aux personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne.

Ce don ne peut être effectué qu'au bénéfice d'un établissement de santé, de formation ou de recherche titulaire d'une autorisation délivrée par les ministres de tutelle de cet établissement.

Les conditions d'ouverture, d'organisation et de fonctionnement de ces structures sont définies par décret en Conseil d'État. Ce décret précise notamment les conditions de prise en charge financière du transport des corps. Il précise également les conditions de restitution des corps ayant fait l'objet d'un tel don en prenant en compte la volonté du donneur ainsi qu'en informant et en associant sa famille aux décisions.

Les établissements de santé, de formation ou de recherche s'engagent à apporter respect et dignité aux corps qui leur sont confiés. »

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

et les conditions d'expression du consentement en exigeant qu'il soit « libre et éclairé », « exprès » ou « recueilli par écrit ». Ils organisent également l'information de celui qui consent des atteintes, et rappellent systématiquement que ce consentement est révocable à tout moment.

9 - Modalités du consentement en matière de don de corps. – Le consentement est également central dans la démarche du don de corps à la science, mais il ne repose pas sur les mêmes ressorts. En effet, il ne s'agit nullement ici de consentir à l'avance à des atteintes à l'intégrité du corps, puisque le corps donné à la science n'est pas appréhendé en tant que reste humain soumis à expérimentation. Bien loin des principes protecteurs du corps humain, le consentement au don de corps repose sur les exigences du droit funéraire ; il exprime un choix sur la destination du corps après la mort. Le principe de liberté des funérailles constitue en effet, aujourd'hui encore, le fondement premier du don de corps à la science. Ce principe de liberté est consacré par l'article 3 de la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles selon lequel « *tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture* ». Le don de corps apparaît alors comme une option funéraire, comme une alternative au choix du mode de sépulture.

Les textes viennent préciser les modalités d'expression de ce consentement. La forme testamentaire doit être respectée. En la matière, l'article R. 2213-13 du Code général des collectivités territoriales vise plus précisément la forme olographe en soulignant que l'intéressé « *en a fait la déclaration écrite en entier, datée et signée de sa main* »⁸. Ces conditions de forme permettent alors d'identifier le testateur et de confirmer sa volonté de tester. Et, là encore, le consentement est toujours révocable. Ainsi, le don de corps ne peut être réalisé qu'en exécution d'une volonté clairement exprimée par le donneur.

B. – Don d'organes : l'expression d'un refus

10 - La présomption de consentement. – En matière de prélèvements d'organes *post-mortem*, la volonté de s'opposer supplante formellement la volonté de donner. En effet, la première doit être exprimée tandis que la seconde est présumée. Dès 1976, le législateur décida, au nom de la solidarité collective, que les prélèvements *post-mortem* devaient être permis chaque fois que le défunt n'avait pas clairement énoncé, avant sa mort, son refus de tels prélèvements. Ce système dit du consentement présumé a ensuite été réaffirmé par les lois bioéthiques. Il a donné lieu à certaines difficultés d'application en raison du rôle accordé aux proches de la personne décédée. Comment, en effet, connaître la volonté du défunt et son éventuelle opposition ? Ou, pour dire les choses plus techniquement, comment administrer la preuve du refus du défunt ?

Jusqu'en 2016, le Code de la santé publique prévoyait que ce refus pouvait être « *exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre automatisé prévu à cet effet* » (CSP, art. L. 1232-1 ancien). Et lorsque le

médecin n'avait pas directement connaissance de la volonté du défunt, il devait « *s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organe éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tous moyens* » (CSP, art. L. 1232-1, al. 3 ancien). Les proches apparaissent en effet comme les mieux placés pour connaître l'opinion de la personne décédée sur la question. Le risque restait néanmoins celui d'un glissement subreptice de la volonté du défunt à la volonté des proches. Et, en pratique, les équipes médicales tendaient souvent à se fonder sur l'avis des familles, en dépit du caractère non contraignant de celui-ci⁹. Cette « *distorsion entre la loi et la pratique* »¹⁰ se comprend facilement eu égard au moment où les proches sont sollicités : frappés par le deuil, ils doivent prendre une décision difficile dans des délais extrêmement courts, ce qui rend délicate l'intervention des équipes médicales.

Face à la pénurie d'organes et au nombre de personnes en attente d'une greffe, le législateur a donc souhaité redonner sa pleine vigueur à la présomption de consentement. En 2016, la loi de modernisation de notre système de santé est ainsi venue préciser les modalités du refus et le rôle des proches, sans pour autant révolutionner le système en vigueur.

11 - Modalités d'expression du refus. – Sur le plan des modalités du refus, l'article 1232-1 du Code de la santé publique dispose désormais qu'il s'effectue « *principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet* »¹¹. Le décret du 11 août 2016 vient néanmoins prévoir des modes subsidiaires d'expression du refus. Une personne peut ainsi exprimer son refus par écrit et confier ce document à un proche. Si elle est dans l'impossibilité d'écrire et de signer ce document par elle-même, elle peut demander à deux témoins d'attester que le document qu'elle n'a pas pu rédiger elle-même est l'expression de sa volonté libre et éclairée. Enfin, un proche de la personne décédée peut faire valoir le refus que cette personne a manifesté expressément de son vivant. Le proche ou l'équipe de coordination hospitalière devra alors transcrire ce refus par écrit, en indiquant précisément le contexte et les circonstances de son expression.

REMARQUE

→ Avec ces nouvelles règles, la présomption de consentement devient donc une présomption mixte : elle ne peut être renversée que par les moyens prévus par la loi.

2. Le respect de la volonté quant au devenir du corps et des organes

12 - Les proches jouent un rôle essentiel pour assurer le respect du principe et des modalités du don. Les finalités du don doivent également être respectées par les médecins et les établissements bénéficiaires. À cet égard, certaines dérives de la pratique ont révélé l'encadrement lacunaire du don de corps et ont justifié l'intervention du législateur.

⁸ Sur ce point, V. aussi le nouvel article L. 1261-1 du Code de la santé publique : « Le consentement du donneur est exprimé par écrit ».

⁹ Sur ce point, V. Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE), Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation, 7 avr. 2011, avis n° 115, p. 4.

¹⁰ Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE), Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation, 7 avr. 2011, avis n° 115, p. 5.

¹¹ En vertu de l'article L. 1232-2 du Code de la santé publique, ce système de consentement présumé est néanmoins écarté pour les mineurs.

A. - Le respect du principe et des modalités du don : le rôle des proches

13 - En matière de don *post-mortem*, seule la volonté du défunt est prise en considération. Les proches ne sont pas pour autant écartés complètement. Pour le don d'organes, ils restent les porte-parole de la volonté du défunt même s'ils ne sont pas, concrètement, assurés de pouvoir la faire valoir. À l'inverse, pour le don de corps, ils sont a priori exclus du processus, mais pourraient peut-être, in fine, faire valoir leur propre volonté.

14 - **Don d'organes.** – En dépit de l'alourdissement du formalisme, les proches conservent la possibilité de faire valoir le refus éventuellement exprimé par le défunt de son vivant. Encore faut-il, en pratique, qu'ils soient en mesure de le faire. En effet, le médecin n'a plus désormais l'obligation de s'efforcer à rechercher auprès des proches une éventuelle opposition au don. Il doit simplement informer les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité (*CSP, art. 1232-1, al. 2*). Cette disposition interroge alors quant aux proches visés par cette information. S'agit-il simplement de ceux présents à l'hôpital ? De la famille proche ?¹² En tout état de cause, rien ne garantit que celui ayant connaissance du refus soit effectivement informé à temps pour le porter à la connaissance de l'équipe médicale.

Sur ce point, l'arrêt *Petrova c/ Lettonie*, rendu par la CEDH le 24 juin 2014¹³, aurait pu conduire le législateur français à préciser davantage les destinataires et les modalités de cette obligation d'information. En effet, dans cet arrêt, la Cour a conclu à une violation de l'article 8 de la CEDH pour un prélèvement réalisé sur une personne majeure décédée, à l'insu et sans information de sa mère. Il est ici reproché au droit letton, qui accordait des droits aux proches, de ne pas préciser suffisamment clairement les obligations des médecins quant à la recherche des proches. Cette solution pourrait donc apparaître en mesure de fragiliser la solution retenue par le législateur français¹⁴.

15 - **Don de corps.** – Le choix de donner son corps à la science est un choix personnel qui peut être ressenti de manière particulièrement douloureuse pour la famille. Si la démarche altruiste du donneur est généralement comprise, acceptée et respectée par la famille, il n'en demeure pas moins qu'elle prive les proches d'un retour des restes du défunt dans l'intimité familiale. En effet, la plupart des établissements bénéficiaires refusent, aujourd'hui encore, de procéder à une restitution des cendres à la famille, quand bien même le défunt aurait exprimé sa volonté en ce sens. Pour la famille, qui doit se contenter de cérémonies du souvenir, ce deuil « *sans corps* »¹⁵ constitue souvent une épreuve supplémentaire. Sur le plan du droit funéraire, aucun obstacle juridique ne s'oppose pourtant, en fin de processus, à une remise des cendres à la famille¹⁶.

Par ailleurs, on peut se demander si la volonté de la famille ne pourrait pas être prise en considération, en tant que telle, sous le prisme de l'article 8

de la CEDH qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour européenne a, par exemple, retenu une violation de l'article 8 en cas de refus systématique de restitution aux familles des corps de terroristes alors qu'une appréciation individuelle des situations aurait dû être opérée¹⁷. La notion de vie familiale pourrait bien, selon nous, fonder de manière pertinente la remise des cendres aux familles en matière de don de corps. La volonté de la famille trouverait alors une place à côté de celle du défunt.

B. - Le respect de la finalité du don : l'encadrement lacunaire du don de corps

16 - **Le scandale du don de corps.** – L'affaire a fait grand bruit et elle a probablement entaché, pour longtemps, l'institution du don de corps à la science. En novembre 2019, le magazine *L'Express* révélait que le centre du don des corps de l'université de Paris-Descartes a accueilli, jusqu'en 2018, des milliers de dépouilles dans des conditions indignes : des corps putréfiés, livrés aux rongeurs et empilés les uns sur les autres dans des locaux vétustes. Des corps vendus à des entreprises privées, entiers ou démembrés... Des corps monnayés aux professeurs de médecine pour leurs dissections... Le récit est glaçant et l'on songe immédiatement à la dignité de la personne humaine, au respect des restes humains, au principe de non-patrimonialité du corps humain ou encore au pénal, au délit d'atteinte à l'intégrité du cadavre. Au-delà des faits, et de l'effroi qu'ils suscitent, cette affaire a mis en lumière les faiblesses de l'encadrement du don de corps à la science.

17 - **Finalité du don de corps.** – Ce don est fait « à la science », pour reprendre l'expression communément admise. Si les textes ne reprennent pas cette terminologie, elle est néanmoins sous-jacente dans la désignation du bénéficiaire, à savoir un établissement de santé, de formation ou de recherche. Désormais, le nouvel article L. 1261-1 du Code de la santé publique, issu du projet de loi relatif à la bioéthique, précise d'ailleurs que le don est effectué « à des fins d'enseignement médical et de recherche ». Ainsi, les finalités de l'opération sont limitées à deux hypothèses : scientifiques et pédagogiques. Ces finalités doivent nécessairement s'articuler avec le principe du respect des restes humains qui, selon l'article 16-1, 1, doivent être traités avec respect, dignité et décence¹⁸. Mais, en l'absence de jurisprudence, il reste difficile de dégager des critères d'appréciation de ces principes dans un cadre scientifique. Quelles sont les limites de la décence et de la dignité ? Un acte poursuivant une finalité purement scientifique pourrait-il se révéler indécent ou attentatoire à la dignité ? Si la réponse est a priori négative, un détournement de ces finalités n'est pas exclu. Il suffit de songer à des jeux morbides ou à de possibles dérives en salle de dissection.

Par ailleurs, le scandale du don de corps a révélé d'autres interrogations. La finalité scientifique peut-elle se concilier avec des intérêts privés ? L'in-

12 Sur cette interrogation, V. J.-R. Binet, *Refus des prélèvements d'organes post mortem : comment l'exprimer ?* : JCP N 2016, n° 43-44, 1307.

13 CEDH, 24 juin 2014, n° 4605/05, *Petrova c/ Lettonie*.

14 J.-R. Binet, *Refus des prélèvements d'organes post mortem : comment l'exprimer ?* : JCP N 2016, n° 43-44, 1307.

15 J. Bernard et C. Le Grand Sébille, *Les morts sans corps, Étude qualitative sur la ritualité funéraire dans le cas des dons de corps à la science*, Rapp. final à la Fondation des services funéraires de la Ville de Paris, 30 janv. 2015.

16 Sur cette démonstration, V. B. Gleize, *Le don de corps à la science. Aspects juridiques*, in *Le don du corps à la science : volontés, usages, commémorations*, (dir.) J. Bernard et C. Le Grand Sébille : Études sur la mort, 2016/1, n° 149, p. 117.

17 CEDH, 6 juin 2013, n° 38450/05, *Sabanchiyeva c/ Russie*.

18 Sur ce point, on peut s'étonner que, dans l'article L. 1261-1 du Code de la santé publique, la reprise des principes de l'article 16-1, 1, se fasse de manière imparfaite avec la disparition du terme de décence.



DES ANNÉES POUR RÉFLÉCHIR À SON LEGS



DES EXPERTS POUR LUI DONNER VIE

CONSTRUISONS ENSEMBLE UN LEGS QUI VOUS RESSEMBLE

En faisant un legs à la Fondation de France, vous êtes sûr de faire avancer efficacement les causes qui vous tiennent à cœur. Avec l'assurance que toutes vos volontés seront durablement respectées.

Pour tout renseignement, contactez Vincent Boulanger au 01 85 53 30 00, ou par courriel à equipelegs@fdf.org

**Fondation
de
France**

La Fondation
de toutes les causes

Recevez une brochure et un guide pratique essentiels pour vous accompagner dans votre projet de générosité

UNE BROCHURE POUR TOUT SAVOIR SUR :

- Le sens d'un legs
- Comment être utile aux causes qui vous sont chères
- Notre accompagnement personnalisé.

Format : 20x25 cm - 22 pages



Un document avec :

- Notre histoire et nos valeurs
- Nos grands domaines d'action
- Nos engagements en matière de legs et de transmission
- Les conseils de nos experts.

Des témoignages de testateurs et nos plus belles histoires de legs.

NOTRE GUIDE PRATIQUE

- Des informations juridiques et fiscales essentielles rédigées par des experts (notaires, gestionnaires de patrimoine).
- Les principaux dispositifs expliqués en détail
- Des exemples et des cas concrets chiffrés
- Des réponses précises à vos questions les plus fréquentes.

Format : 17,5x23,5 cm - 16 pages



Un véritable ouvrage de référence contenant toutes les informations pratiques.

Un lexique juridique et des modèles de testaments.



Commandez dès maintenant la brochure et le guide pratique sur notre site fondationdefrance.org, sur papier libre ou en remplissant le coupon ci-dessous.

DEMANDE DE BROCHURE ET GUIDE PRATIQUE GRATUITS ET SANS ENGAGEMENT

À renvoyer à l'attention de Vincent Boulanger, Fondation de France, 40 avenue Hoche 75008 Paris

Oui, je souhaite recevoir la brochure d'information sur les legs et le guide pratique de la Fondation de France, en toute confidentialité.

M. Mme Mme et M.

Nom : _____ Prénom : _____

Adresse : _____ CP : _____ Ville : _____

La Fondation de France collecte et traite de manière informatisée les informations que vous lui transmettez afin de vous envoyer la brochure d'information que vous avez commandée, ainsi que pour vous communiquer des informations en lien avec ses missions et pour faire appel à votre générosité. Le traitement de vos données relève de l'intérêt légitime poursuivi par la Fondation de France. Les données enregistrées sont réservées à l'usage de la Fondation de France aux seules fins définies ci-avant et sont conservées pour la durée strictement nécessaire à la réalisation des finalités précitées. Les données enregistrées ne peuvent être communiquées, le cas échéant, qu'à ses partenaires ou prestataires soumis au respect des règles de protection des données.

Conformément au Règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des données, et à la loi Informatique et Libertés du 06 janvier 1978 modifiée, vous disposez d'un droit d'opposition. Vous pouvez aussi accéder aux données vous concernant et demander leur rectification et leur effacement. Vous avez enfin la possibilité d'exercer votre droit à la limitation du traitement de vos données et du droit d'organiser le sort de vos données post-mortem.

Pour exercer vos droits, vous devez vous adresser à donateurs@fdf.org ou pour toute question sur le traitement de vos données dans ce cadre, au Délégué à la protection des données de la Fondation de France à dpo@fdf.org.

Vous pouvez adresser une réclamation – en ligne ou par voie postale – auprès de la CNIL si vous estimez – après avoir contacté la Fondation de France – que vos droits ne sont pas respectés ou que le traitement mis en œuvre n'est pas conforme aux règles de protection des données.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

térêt de « la science » s'arrête-t-il aux portes de la recherche publique ? *Quid* également d'un corps donné à la science dont les utilités ne seraient pas exploitées ? Concrètement, les corps abandonnés dans les couloirs de Paris-Descartes ont finalement été donnés « pour rien » et, dans cette hypothèse, force est de reconnaître que la volonté du défunt n'a pas été respectée quant à la finalité du don.

18 - Renforcement de l'encadrement juridique du don des corps. – Jusqu'à présent, les textes relatifs au don de corps se préoccupaient du consentement du défunt et du transport du corps mort, puis de la destination finale de la dépouille. Entre les deux, manquait une étape cruciale : le moment où le corps est entre les mains de la « science ». Il est pourtant essentiel que le corps donné à la science soit pleinement envisagé comme un prolongement d'une personne décédée. Si la médecine a besoin d'une certaine « deshumanisation » pour pouvoir exploiter toutes les utilités du corps mort, le droit ne peut s'abriter derrière l'intérêt de la science pour permettre une réification complète du cadavre dans ce contexte. Les règles

déontologiques et les grands principes civilistes pouvaient certainement suffire à imposer un usage respectueux du corps dans ce contexte. Mais cela n'était pas pour autant l'utilité de règles et de procédures spécifiques afin d'encadrer des pratiques souvent disparates. À cet égard, on ne peut que se féliciter de la récente intervention du législateur. Dans l'attente du décret, qui devra trancher les questions très discutées de la prise en charge des frais de transport et de la restitution des corps aux familles, il faut d'ores et déjà approuver l'entrée du don de corps dans le champ des lois de bioéthique, et l'affirmation claire des principes de respect et de dignité pendant les opérations scientifiques et pédagogiques.

19 - Au terme de ces observations, il apparaît que les dernières volontés sont essentielles en matière de dons de corps et d'organes. Elles doivent être partagées avec les proches afin que ceux-ci puissent, ensuite, veiller à leur respect. Dans le respect de la mémoire du défunt, le corps mort peut alors devenir un bel outil au service des vivants.

ÉTUDE FAMILLE

DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

Les dernières volontés relativement aux données à caractère personnel peuvent prendre la forme de directives générales ou particulières. Les articles 84 à 86 de la loi du 6 janvier 1978 ont instauré un régime pour celles-ci, qui manquent encore de précisions et qui suscitent donc de multiples interrogations, tant quant à leur formulation qu'à leur respect.

Dernières volontés et données à caractère personnel

© Droits réservés



Étude rédigée par
Vivien Zalewski-Sicard

Vivien Zalewski-Sicard

Enseignant-chercheur, université Toulouse Capitole,
membre du GREDIAUC et de l'IRDP

1 - Les données à caractère personnel ne disparaissent pas automatiquement lors du décès de la personne concernée. Lesdites données lui survivent donc, et se pose dès lors la question du devenir de celles-ci. Parmi ces données, figurent notamment celles recueillies par différents sites Internet, mais aussi les différentes contributions sur les réseaux sociaux, quelle qu'en soit la forme : messages, échanges, photos, etc. Rappelons que ces données à caractère personnel correspondent à toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable¹.

2 - Le législateur est intervenu progressivement pour régir le sort des données à caractère personnel après le décès de la personne concernée². Il a ainsi instauré un régime de gestion des données numériques des personnes décédées, les héritiers n'en ayant pas nécessairement connaissance et ne pouvant y avoir accès et permis à toute personne, de son vivant, d'organiser les conditions de conservation et de communication de ses données à

¹ J. Eynard, *Les données personnelles : quelle définition pour un régime de protection efficace ?* : Michalon, 2013.

² Rapp. du 117^e Congrès des notaires, n° 1470 et s. – C. Béguin-Faynel, *La protection des données personnelles et la mort*, in *Regards sur le nouveau droit des données personnelles*, (dir.) E. Netter, Ceprisca, colloques, 2019, p. 35. – C. Bordes, *Prévoir sa mort numérique. Le devenir des données numériques post-mortem* : RDLF 2020, chron. n° 09. – A. Favreau, *L'accès des proches aux données à caractère personnel du défunt : Numérique, nouveaux droits, nouveaux usages*, (dir.) S. Chatry et Th. Gobert : Mare & Martin, 2017, p. 65. – M. Lamarche, *Immortalité numérique versus droit à la mort ou comment mourir sur l'Internet ?* : Dr. famille 2019, focus 45. – C. Pérès, *Observations relatives au projet de loi pour une République numérique* : D. 2016, p. 90. – J. Groffe, *La mort numérique* : D. 2015, p. 1609.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

caractère personnel après son décès, par la transmission de directives en ce sens. Aussi, l'article 84 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés précise que les droits reconnus aux personnes concernées par ladite loi s'éteignent à leur décès, tout en pouvant être maintenus provisoirement dans les conditions fixées à l'article 85.

3 - Cet article 85, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019, permet à toute personne d'exprimer ses dernières volontés quant au sort de ses données à caractère personnel après son décès. Des dispositions supplétives ont également été prévues, donc chaque fois que les dernières volontés n'ont pas été exprimées ou qu'il n'a pas été prévu de mention contraire dans ces directives. Les héritiers de la personne concernée peuvent alors exercer, après son décès, les droits relatifs aux données à caractère personnel, mais uniquement dans un cadre limité.

4 - Relativement à ces dernières volontés, un régime, qui manque parfois de précision, a été mis en place, relatif tant à la formulation des dernières volontés qu'au respect de celles-ci.

1. La formulation des dernières volontés

5 - L'article 85 de la loi du 6 janvier 1978 précise que toute personne peut définir des directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès. Elles définissent la manière dont la personne entend que soient exercés, après son décès, les droits relatifs aux données à caractère personnel. Ces directives sont générales ou particulières. Suivent ensuite la définition des directives générales et des directives particulières.

Pour l'expression de ces dernières volontés, l'article 85 de la loi du 6 janvier 1978 ne prévoit rien, ce qui conduit à s'interroger sur la forme de l'expres-

sion de ces dernières volontés. Sur le fond, ledit article apporte davantage de précisions. Il n'en demeure pas moins un certain nombre de questions.

A. - Le fond

6 - L'article 85 distingue les directives générales et les directives particulières.

7 - **Directives générales.** – Elles portent sur l'ensemble des données à caractère personnel se rapportant à la personne concernée. Ainsi, cette dernière va indiquer pour l'ensemble de ses données personnelles le sort qu'elle entend leur donner. C'est, en quelque sorte, l'équivalent, relativement aux données à caractère personnel, du legs portant sur l'ensemble des biens laissés par le défunt.

8 - **Directives particulières.** – Elles concernent les traitements de données à caractère personnel mentionnées par ces directives. Relativement à ces directives, l'article 85 précise qu'elles font l'objet du consentement spécifique de la personne concernée. Le consentement spécifique de la loi du 6 janvier 1978 signifie que ce consentement doit correspondre à un seul traitement pour une finalité déterminée. Ainsi et par exemple, est un consentement spécifique celui donné par une personne pour l'utilisation de son adresse e-mail par le responsable d'un site Internet pour qu'il lui adresse des mails relatifs à la publicité de certains événements. Il est ensuite précisé que ces directives ne peuvent résulter de la seule approbation par la personne concernée des conditions générales d'utilisation. Il est vrai que, si le contraire avait été admis, il serait difficile de qualifier ces directives particulières de dernières volontés dès lors que la personne physique concernée n'aurait pas le pouvoir, tout d'abord, d'exprimer celles-ci et, d'autre part, de les révoquer.



Ces dernières volontés relatives au sort des données à caractère personnel après le décès peuvent être exprimées sur tout support, mais également dans tout acte

9 - **Difficultés.** – À l’instar des dispositions testamentaires, peuvent survenir tant des difficultés d’interprétation que d’incompatibilité.

S’agissant des **directives particulières**, il semble que ces difficultés devraient être minimales dès lors qu’elles sont enregistrées auprès du responsable de traitement dont on peut supposer qu’il veillera à ce qu’une telle difficulté n’apparaisse pas.

En revanche, s’agissant des **directives générales**, il est plus probable que ces difficultés sont susceptibles d’apparaître, sachant ainsi qu’il a été souligné que ces directives, tout comme les directives particulières, peuvent être modifiées ou révoquées à tout moment. Comme en matière de dispositions testamentaires, il doit, pour éviter de telles difficultés, être conseillé à la personne qui rédige ses directives de préciser qu’elle révoque toutes directives antérieures. En cas de contradiction entre les directives générales et les directives particulières, ces dernières devraient prévaloir sur les premières, compte tenu de leur spécialité, sauf sans doute lorsqu’elles seront plus anciennes que les directives générales et incompatibles avec elles.

10 - Pour conclure, ces dernières volontés ne pourront pas toujours être prises en compte. En effet, il existe certaines limites. Ainsi, est-il précisé que le respect de ces directives est sans préjudice des dispositions applicables aux archives publiques comportant des données à caractère personnel. Ce sont ainsi ces dernières dispositions qui l’emporteront sur les dernières volontés du défunt, dont il convient de préciser la forme.

B. - La forme

11 - L’article 85 de la loi du 6 janvier 1978 n’apporte pas de précision sur la forme de ces dernières volontés. Aussi, peut-on considérer que la forme est libre.

Par conséquent, ces dernières volontés relatives au sort des données à caractère personnel après le décès peuvent être exprimées sur tout support, mais également dans tout acte.

Ainsi et par exemple, il est tout à fait possible de recourir à un testament, quelle qu’en soit la forme, qui peut contenir les dernières volontés tant patrimoniales qu’extra-patrimoniales, dans lequel une clause précisera les directives générales et/ou particulières du testateur quant à ses données à caractère personnel. Par ailleurs et à la différence des dispositions patrimoniales, que régissent uniquement les articles 967 et suivants du Code civil, il est tout à fait possible de recourir à une forme autre que celles prévues par lesdits articles. Ainsi, il est envisageable d’envoyer par mail ses dernières volontés relatives au sort des données à caractère personnel après son décès.

12 - **Incertitudes.** – Cette liberté conduit à plusieurs interrogations. Par exemple, pour les dispositions patrimoniales, est interdit le testament conjonctif. Est-il envisageable d’y recourir pour les données à caractère personnel ? *A priori*, la réponse apparaît négative. En effet, ce qui justifie l’interdiction du testament conjonctif par l’article 968 du Code civil, c’est sa libre révocabilité, pour que ce dernier ne cesse pas d’être un acte de dernière volonté. Or, l’article 85 de la loi du 6 janvier 1978 précise que la personne peut modifier ou révoquer ses directives à tout moment. Dès lors, il peut être considéré qu’il n’est pas possible de recourir à un unique acte pour l’expression des dernières volontés de plus d’une personne.

13 - L’article 85, lorsqu’il distingue les directives générales des directives particulières, précise, pour les premières, qu’elles peuvent être enregistrées auprès d’un tiers de confiance numérique, tandis que pour les secondes, il précise qu’elles sont enregistrées auprès des respon-

sables de traitement concernés. Il semble donc que pour les premières, dès lors que l’enregistrement est facultatif, il ne soit pas nécessaire de recourir à un écrit. Ainsi, seraient parfaitement valables les directives générales exprimées sous un format audio ou vidéo.

En revanche, pour les directives particulières, l’article 85 précise qu’elles sont enregistrées. Il est ainsi passé du facultatif à l’obligatoire pour l’enregistrement. *A priori*, il est cette fois-ci nécessaire qu’un écrit soit établi pour qu’elles puissent être prises en compte. Cet enregistrement s’effectue auprès des responsables de traitement concernés. Autant dire que les démarches sont assez fastidieuses, puisqu’il est nécessaire d’établir un écrit pour chaque responsable de traitement.

14 - **Révocation.** – L’article 85 de la loi du 6 janvier 1978 n’apporte pas davantage de précisions sur la forme que la révocation doit prendre. Il est simplement précisé que la personne peut modifier ou révoquer ses directives à tout moment. Pour les directives particulières, il conviendra nécessairement qu’elles soient transmises au responsable du traitement pour pouvoir être prises en compte. Pour les directives générales, cela implique que tout support peut être utilisé pour la révocation. La question se pose de savoir s’il y a lieu de faire prévaloir les directives générales non enregistrées, dernières en date, sur les directives générales enregistrées. Si est pris en considération que l’enregistrement est facultatif, il n’y a pas de raison de faire prévaloir les directives enregistrées sur les directives non enregistrées. Ainsi, seule la date de leur émission importerait.

REMARQUE

→ **Les directives générales, lorsqu’elles font l’objet d’un enregistrement, le sont auprès d’un tiers de confiance numérique certifié par la CNIL. C’est un décret non paru à ce jour qui doit venir préciser qui peut être ce tiers de confiance, sachant qu’il pourrait parfaitement s’agir d’un notaire, notamment. Les directives générales sont inscrites dans un registre unique dont les modalités et l’accès seront fixés par décret en Conseil d’État, pris après avis motivé et publié de la CNIL.**

15 - **Données relatives à la santé.** – Au-delà des directives générales et des directives particulières, il faut aussi signaler le régime particulier relatif aux données relatives à la santé. En effet, l’article 86 de la loi du 6 janvier 1978 permet à la personne concernée d’exprimer son refus par écrit de l’utilisation des informations figurant sur les certificats des causes de décès pour un traitement à des fins de recherche, d’étude ou d’évaluation dans le domaine de la santé. Cette fois-ci, un écrit est imposé. *A priori*, en application de l’article 113 du décret n° 2019-536 du 29 mai 2019, ce refus par écrit peut être exprimé par tout moyen auprès soit du responsable du traitement, soit de l’établissement ou du professionnel de santé détenteur de ces données. Quelle que soit la forme d’expression de ces dernières volontés, une fois exprimées, elles devront être respectées.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

2. Le respect des dernières volontés

16 - Comme pour les dispositions testamentaires, la personne concernée peut désigner un tiers pour qu'il veille au respect de ses dernières volontés. Par ailleurs, les responsables du traitement des données voient peser sur eux certaines obligations les conduisant à devoir respecter les dernières volontés relatives aux données à caractère personnel.

A. - La désignation d'un tiers

17 - L'article 85 de la loi du 6 janvier 1978 précise que la personne concernée peut, dans ses directives, qu'elles soient générales ou particulières, désigner une personne chargée de leur exécution. Celle-ci a alors qualité, lorsque la personne est décédée, pour prendre connaissance des directives et demander leur mise en œuvre aux responsables de traitement concernés. Sa mission est ainsi strictement limitée non seulement par l'article 85, mais aussi par la volonté du défunt. Ainsi, ce dernier peut tout à fait indiquer dans ses directives que ses données seront conservées et, dès lors, le tiers désigné ne pourra exercer le droit à l'effacement des données.

18 - **Capacité.** – Relativement à cette désignation, l'article 85 n'apporte pas de précisions sur la capacité de la personne concernée, contrairement aux dispositions relatives au mandat à effet posthume et à l'exécution testamentaire. Sa mission se limite à l'accomplissement d'actes matériels dès lors qu'il doit seulement demander la mise en œuvre des directives aux responsables de traitement concernés. Il peut être rappelé que l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 précise qu'un mineur peut consentir seul à un traitement de données en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information à compter de l'âge de 15 ans. Il semble, pour autant, qu'il conviendrait ici de raisonner comme en matière d'exécution testamentaire et de considérer que la personne désignée doit jouir d'une pleine capacité, accomplissant sa mission hors de la surveillance de la personne décédée et sans avoir à rendre de compte aux héritiers de celle-ci.

19 - À l'instar de l'exécuteur testamentaire, il n'est pas prévu d'information avant le décès de la personne concernée. Il n'est pas non plus précisé, lorsque les directives font l'objet d'un enregistrement, que le tiers de confiance est chargé d'informer la personne désignée de la mission qu'a entendu lui confier la personne décédée. Il apparaît donc nécessaire que la personne concernée informe de son vivant le tiers qu'elle désigne de la mission qu'elle entend lui confier après son décès.

REMARQUE

→ Il est tout à fait possible, dans les directives, de désigner un exécuteur testamentaire ayant une mission incluant de demander la mise en œuvre desdites directives.

20 - *A priori*, le mandat à effet posthume ne permet pas de désigner le tiers chargé de faire respecter les directives de l'article 85 de la loi du 6 janvier 1978. En effet, le mandataire a pour rôle d'administrer ou de gérer tout ou partie de la succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés. Or, il n'est ici nullement question d'administrer ou de gérer la succession pour le compte ou dans l'intérêt des héritiers, mais de veiller au respect des directives du défunt quant au sort de ses données à caractère personnel.

21 - **Durée de la mission.** – L'article 85 de la loi du 6 janvier 1978 n'apporte aucune précision relative à la durée de la mission, contrairement, donc, aux dispositions relatives à l'exécution testamentaire et au mandat à effet posthume. À défaut de mention dans les directives, sa mission apparaît à durée indéterminée. Toutefois, une fois sa mission achevée, donc une fois toutes les démarches effectuées auprès des responsables de traitement, le tiers désigné par le défunt voit sa mission prendre fin.

22 - Comme l'exécuteur testamentaire, il nous semble que le tiers ainsi désigné peut accepter ou refuser la mission qu'entend lui confier la personne concernée. Lorsqu'il refuse celle-ci ou qu'il n'est pas capable, un tiers ne peut lui être substitué, sauf mention contraire dans les directives. Qui, dès lors, doit veiller à la correcte prise en compte des directives du défunt ? Il doit ici être pris en considération qu'il n'est nullement obligatoire de désigner une personne pour y procéder. Par ailleurs, l'article 85 précise qu'à défaut de désignation ou, sauf directive contraire, en cas de décès de la personne désignée, ses héritiers ont qualité pour prendre connaissance des directives au décès de leur auteur et demander leur mise en œuvre aux responsables de traitement concernés. Ce sont donc bien les héritiers de la personne concernée qui ont vocation à exiger des responsables de traitement qu'ils respectent les directives du défunt lorsque le tiers choisi par le *de cujus* n'accepte pas sa mission ou qu'il n'est pas ou plus capable.

B. - Les obligations des responsables de traitement

23 - Toute personne doit pouvoir laisser des directives quant au devenir de ses données personnelles une fois décédée, ainsi que le précise l'article 85 de la loi du 6 janvier 1978.

De même, les responsables de traitement ne peuvent, par l'acceptation de conditions générales, faire obstacle à un tel droit. Ainsi, l'article 85 précité prévoit que toute clause contractuelle des conditions générales d'utilisation d'un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu de l'article 85 est réputée non écrite. Il est également précisé que les directives particulières ne peuvent résulter de la seule approbation par la personne concernée des conditions générales d'utilisation.

Deux obligations d'information sont également prévues.

24 - **Première obligation.** – Elle apparaît à l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 et précise que la personne auprès de laquelle sont recueillies des données à caractère personnel la concernant doit être informée, sauf si elle l'a été au préalable, par le responsable du traitement ou son représentant du droit de définir des directives relatives au sort de ses données à caractère personnel après sa mort, dans les conditions prévues à l'article 85.

25 - **Seconde obligation.** – Elle pèse sur tout prestataire d'un service de communication au public en ligne. Cette information doit porter sur le sort des données qui le concernent à son décès et sur la possibilité de communiquer ou non ses données à un tiers qu'il désigne. *A priori*, mais l'article 85 n'est pas très explicite sur ce point, lesdits prestataires devraient informer toute personne concernée sur la possibilité de laisser des directives quant au sort de ses données personnelles après son décès. Cependant, il est certain qu'ils doivent l'informer sur la possibilité de communiquer ou non ses données à un tiers qu'il désigne.

ATTENTION

→ **Relativement à cette communication des données à un tiers, il faut préciser que la personne concernée peut, dans le cadre de ses directives, limiter les droits de ses héritiers.**

26 - Le II de l'article 85 de la loi du 6 janvier 1978 précise que les héritiers de la personne concernée peuvent exercer après son décès les droits de la personne décédée, mais uniquement dans des buts limités. S'agit-il uniquement des héritiers désignés par la loi ou également des héritiers désignés par le défunt, comme le légataire universel ? L'article 85 de la loi du 6 janvier 1978 ne répond pas à cette question. Quant à l'article 124 du décret du 29 mai 2019, il précise qu'outre la justification de son identité, l'héritier d'une personne décédée qui souhaite exercer les droits mentionnés au I et au II de l'article 85 de la loi du 6 janvier 1978 doit, lors de sa demande, apporter la preuve de sa qualité d'héritier par la production d'un acte de notoriété ou d'un livret de famille. De la rédaction dudit article, il résulte que ne sont pas concernés les seuls héritiers désignés par la loi, mais également les légataires d'universalité.

27 - Tout d'abord, l'exercice de ces droits peut intervenir en vue de l'organisation et du règlement de la succession du défunt. À ce titre, les héritiers peuvent accéder aux traitements de données à caractère personnel qui le concernent afin d'identifier et d'obtenir communication des informations utiles à la liquidation et au partage de la succession. Il doit être constaté qu'il revient aux héritiers d'identifier les données utiles à la liquidation et au partage de la succession, ce qui suppose que les héritiers aient accès à l'ensemble des données traitées.

Il est par ailleurs précisé que, pour les données s'apparentant à des souve-

Toute personne doit pouvoir laisser des directives quant au devenir de ses données personnelles une fois décédée

nirs de famille, celles-ci sont transmissibles aux héritiers. Le rapprochement entre les données à caractère personnel et les souvenirs de famille apparaît étonnant. Les seconds ont une définition peu précise³. De la jurisprudence, il résulte qu'ils correspondent à des

biens dont la signification notamment morale l'emporte sur leur valeur vénale et qu'elle représente la mémoire de la famille. Peu de données à caractère personnel semblent pouvoir s'apparenter à ces souvenirs de famille. Sans doute les photos, les vidéos stockées par le défunt pourront-elles être considérées comme des souvenirs de famille. S'y appliquerait dès lors le régime des souvenirs de famille, lesdites données faisant l'objet d'une indivision forcée, avec un des héritiers chargé d'en assurer la conservation.

28 - Ensuite, il s'agit du droit, par les héritiers, d'exiger du responsable de traitement la prise en compte du décès de la personne concernée. À ce titre, les héritiers peuvent faire procéder à la clôture des comptes utilisateurs du défunt, s'opposer à la poursuite des traitements de données à caractère personnel le concernant ou faire procéder à leur mise à jour. Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ses prérogatives, le responsable du traitement est tenu de justifier, sans frais, qu'il a procédé aux opérations exigées.

29 - Le II de l'article 85 de la loi du 6 janvier 1978 apparaît quelque peu étonnant. En effet, la personne concernée peut priver ses héritiers desdits droits, alors même que l'exercice de ces droits est limité par des finalités bien précises. Est-il ainsi pertinent de permettre à la personne concernée d'interdire à ses héritiers d'obtenir communication des informations utiles à la liquidation et au partage de la succession ? Il ne nous semble pas. Ne va-t-on pas alors trop loin dans la prise en compte des dernières volontés du défunt quant au sort de ses données à caractère personnel ?

³ J.-F. Barbiéri, *Les souvenirs de famille, mythe ou réalité juridique* : JCP G 1984, I, 3156.

ÉTUDE FAMILLE

LIBÉRALITÉS

Droits d'auteur et droits de propriété corporelle forment des lots différents dans la masse successorale et n'obéissent pas au même régime. Si l'auteur peut choisir d'abandonner ses droits au jeu de cette complexe dévolution légale, il peut aussi préférer organiser différemment sa succession. Il lui revient alors d'exprimer ses dernières volontés. Des dispositions spécifiques viennent toutefois encadrer cette liberté successorale de l'auteur, mais aussi garantir le respect de ses dernières volontés.

Les dernières volontés en matière de droit d'auteur

© Droits réservés



Étude rédigée par
Audrey Lebois

P

Audrey Lebois

Maître de conférences HDR à l'université de Nantes, directrice-adjointe de l'Institut de recherche en droit privé (EA-1166)

1 - Pour appréhender la question des dernières volontés en matière de droit d'auteur, il faut passer par une lecture combinée des dispositions du Code civil et du Code de la propriété intellectuelle. Ce dernier contient en effet un certain nombre de dispositions qui, tantôt, renvoient au droit commun des successions, tantôt y dérogent, prenant en compte la nature particulière des prérogatives de droit d'auteur.

Pour rappel, le législateur accorde à l'auteur, d'une part, un droit moral de nature extrapatrimoniale et comportant quatre attributs (droit à la paternité, droit au respect de l'œuvre, droit de divulgation et droit de repentir et de retrait) et, d'autre part, un monopole d'exploitation, composé des droits de reproduction et de représentation, auxquels s'ajoute, pour les œuvres d'art graphique et plastique, le droit de suite¹. Le droit moral est perpétuel tandis que les droits patrimoniaux persistent, après la mort de l'auteur, pour une durée de 70 ans, au bénéfice de ses ayants droit² et de ses héritiers pour le droit de suite (CPI, art. L. 123-7).

2 - La transmission des droits patrimoniaux, ainsi que celle des droits à la paternité et au respect de l'œuvre, se réalisent selon les règles du droit commun (C. civ., art. 731), tandis que la dévolution du droit de divulgation

¹ Le droit de suite permet à l'auteur de percevoir un pourcentage du prix lors des ventes successives de l'œuvre lorsqu'intervient un professionnel du marché de l'art.

² L'expression désigne aussi bien les héritiers que les cessionnaires.

suit une organisation particulière (CPI, art. L. 121-2, al. 2)³ exclusive de l'application du droit commun⁴. Pour cette dernière prérogative, priorité est donnée à l'exécuteur testamentaire et, à défaut, et sauf volonté contraire de l'auteur, sa transmission est organisée dans l'ordre suivant :

- aux descendants ;
- au conjoint, contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage ;
- aux héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession ;
- et, enfin, aux légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir.

On rappellera également que le législateur s'est attaché à améliorer le sort du conjoint survivant non remarié en lui accordant un usufruit spécial qui porte sur les droits d'exploitation et le droit de suite (CPI, art. L. 123-6 et L. 123-7)⁵. Si l'auteur laisse des descendants, héritiers à réserve, cet usufruit spécial est réduit au profit de ces derniers, suivant les proportions et distinctions établies par l'article 913 du Code civil.

3 - Ces règles spécifiques ne concernent que les droits d'auteur et non le support matériel de l'œuvre qui reste soumis au droit commun des successions. Il faut ici rappeler la distinction fondamentale entre le support, objet d'un droit de propriété corporelle, et l'œuvre qui donne prise au droit d'auteur. Même si cette distinction est difficile à appréhender en matière d'œuvres d'art, car supports et œuvres sont étroitement imbriqués, droits d'auteur et droits de propriété corporelle forment des lots différents dans la masse successorale et n'obéissent pas au même régime⁶.

4 - Si l'auteur peut choisir d'abandonner ses droits au jeu de cette complexe dévolution légale, il peut aussi préférer organiser différemment sa succession. Il lui revient alors de « préparer sa succession » et d'exprimer ses dernières volontés au sein d'un testament ou à travers des libéralités. Des dispositions spécifiques viennent toutefois encadrer cette liberté successorale de l'auteur, mais aussi garantir le respect de ses dernières volontés après sa mort, car le droit d'auteur *post-mortem* est une « propriété contrôlée »⁷.

1. Les dernières volontés encadrées

5 - L'auteur peut vouloir favoriser son conjoint au détriment des enfants ou, au contraire, confier la gestion de ses œuvres à un ou des enfants plutôt qu'à son conjoint ou encore préférer que les décisions sur son œuvre soient prises par un tiers de confiance « spécialisé ». Si la liberté successorale de l'auteur existe, elle est encadrée. Les dernières volontés de l'auteur sont limitées tant dans leur contenu que dans leur forme d'expression et il convient à cet égard de distinguer la dévolution volontaire des droits patrimoniaux de celle des droits moraux.

A. - La dévolution volontaire des droits patrimoniaux

6 - **Legs.** – L'auteur peut, comme pour ses autres biens meubles et immeubles, disposer par testament de ses droits d'exploitation de reproduction et de représentation et aussi de son droit de suite (CPI, art. L. 123-7)⁸. La liberté successorale de l'auteur est grande, celui-ci pouvant transmettre ses droits par legs universel, à titre universel ou à titre particulier, désigner la ou les personnes de son choix (parentes ou non parentes) et, s'il le souhaite, morceler ses droits, y compris son droit de suite, en les léguant à différentes personnes pour tout ou partie de ses œuvres⁹. Le testament doit néanmoins respecter le formalisme ordinaire des articles 967 et suivants du Code civil. On rappellera ainsi qu'il est de jurisprudence constante que lorsque l'écriture du testament est le fait d'un tiers, le testament est nul¹⁰.

7 - **Gratification du conjoint.** – Le legs n'est pas la méthode la plus usitée par le disposant pour gratifier son conjoint. En effet, le testament conjonctif étant interdit (C. civ., art. 968), l'auteur peut préférer consentir une donation entre époux au dernier des vivants (C. civ., art. 1096, al. 1^{er}). Cette dernière est toutefois exclue pour le droit de suite qui, en raison de son caractère inaliénable (CPI, art. L. 122-8), ne peut être transmis que par voie testamentaire.

8 - **Gratification d'un tiers.** – L'auteur peut également vouloir gratifier un tiers plutôt que son conjoint. En effet, si l'on s'en tient aux règles de dévolution légale, le conjoint survivant bénéficie déjà d'une protection patrimoniale très importante depuis les réformes successorales de 2001 et de 2006¹¹. En outre, il peut bénéficier de l'usufruit spécial sur les droits d'exploitation consacré par le Code de la propriété intellectuelle. Il peut aussi avoir bénéficié de donations (cessions à titre gratuit) de droits d'exploitation consenties par l'auteur de son vivant.

3 La Cour de cassation a opté pour une interprétation littérale et disjonctive consistant à n'appliquer cette disposition qu'au seul droit de divulgation et à soumettre le droit à la paternité et le droit au respect de l'œuvre à l'ordre du droit commun des successions (Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1989, n° 87-11.976, Utrillo ; JCP G 1989, II, 21378, obs. A. Lucas ; D. 1989, p. 308, obs. B. Edelman ; D. 1989, Somm., p. 57, obs. C. Colombet).

4 En ce sens, CA Paris, pôle 5, ch. 1, 28 févr. 2017, n° 15/20021 ; Propr. intell. 2017, n° 64, p. 62, obs. A. Lucas.

5 Cet usufruit spécial est distinct et indépendant de l'usufruit légal de l'article 757 du Code civil qui porte sur les autres biens de l'auteur décédé (meubles et immeubles). Les deux usufruits peuvent se cumuler, mais le conjoint peut aussi renoncer à l'un d'eux, si cela s'avère plus avantageux pour lui.

6 Ainsi, le legs par un artiste de ses tableaux (supports matériels) à un tiers n'emporte pas transmission des droits d'auteur qui pourront être transmis à ses héritiers. Le titulaire des droits d'auteur *post-mortem* ne pourra en principe pas exiger du tiers, propriétaire du support, la mise à disposition de celui-ci pour l'exercice de ses droits ; ensuite, le tiers propriétaire de l'objet matériel ne sera investi d'aucun des droits d'auteur lui permettant d'exploiter ou de divulguer l'œuvre.

7 N. Binctin, Droit d'auteur et droit des successions : RIDA oct. 2012, p. 7.

8 Le droit de suite a longtemps échappé à la volonté successorale de l'auteur. Du fait de sa nature alimentaire, il était dévolu aux seuls héritiers *ab intestat* de l'auteur à l'exclusion des légataires testamentaires (CPI, art. L. 123-7 ancien). Cette spécificité française, critiquée par une doctrine unanime, a été supprimée par la L. n° 2016-925, 7 juill. 2016, relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine : JO 8 juill. 2016, texte n° 1.

9 V. H. Dupin et A.-S. Nardon, Proposition de clausier, in La transmission successorale du droit d'auteur, Questions d'actualité et difficultés pratiques, actes du colloque : Institut Art et droit, 2014, p. 49 et 50.

10 V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 1986, n° 84-14.118 ; JurisData n° 1986-000632 ; Bull. civ. I, n° 81.

11 Les lois n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 et n° 2006-728 du 23 juin 2006 ont fait du conjoint survivant un héritier de premier rang et héritier réservataire en l'absence de descendants (C. civ., art. 914-1).

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

La gratification d'un tiers peut également s'expliquer par la volonté de l'auteur d'éviter des dévolutions imprévisibles qui peuvent se produire à la **seconde génération**. En effet, au décès du gratifié personne physique, les droits sur l'œuvre passent dans le patrimoine de ses héritiers ou dans un tout autre patrimoine si le gratifié en a disposé au profit d'un tiers. Une solution peut alors consister à envisager un legs *de residuo* (*C. civ., art. 1058 et s.*) qui prévoit que le premier légataire devra, à son décès, transmettre à son tour ce qui reste des biens à un deuxième légataire désigné par le testateur. L'auteur peut ainsi s'assurer que ses droits d'auteur seront transmis à ses petits-enfants ou à un tiers de confiance.

Une autre solution intéressante consiste, pour l'auteur, à **léguer ses droits à un tiers personne morale plus apte à les exercer après sa mort**. Ainsi, le legs peut être fait à une fondation, une association ou un organisme de gestion collective¹².

Enfin, l'auteur peut désigner un **exécuteur testamentaire**, membre de sa famille ou non. Ce mécanisme est cependant plus usité à propos du droit moral, le Code de la propriété intellectuelle y faisant expressément référence.

9 - La réserve héréditaire. – La liberté successorale de l'auteur est, comme celle tout autre *de cuius*, limitée par la réserve héréditaire de ses descendants (*C. civ., art. 913 et 913-1*) ou de son conjoint survivant en l'absence d'enfant (*C. civ., art. 914-1*)¹³. En présence d'héritiers réservataires, le legs et la donation ne peuvent donc pas porter sur l'intégralité des droits patrimoniaux de l'auteur, qu'il s'agisse du monopole d'exploitation ou du droit de suite, l'auteur ne pouvant disposer que de la quotité disponible¹⁴. En revanche, l'usufruit spécial du conjoint survivant mis en place par l'article L. 123-6 du Code de la propriété intellectuelle ne constituant pas un droit réservataire, l'auteur peut léguer l'intégralité de son patrimoine artistique à une personne autre que son conjoint et bien prévoir une disposition testamentaire privant ce dernier du bénéfice de l'usufruit spécial¹⁵.

10 - Succession internationale. – Cette institution de la réserve héréditaire, ayant un caractère impératif en droit interne, empêche l'exhérédation. En revanche, en matière de succession internationale, une loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois qui ignore la réserve héréditaire et permet donc l'exhérédation, ne peut en principe être écartée, la Cour de cassation ayant jugé que la réserve héréditaire ne participe pas de l'ordre public international français¹⁶.

Pour le cas de la succession de Johnny Hallyday comme pour d'autres¹⁷, on comprend que la bataille judiciaire se soit focalisée sur la « résidence habituelle » du défunt laquelle, en application du règlement de l'Union européenne n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif aux successions internationales, détermine la juridiction compétente et la loi applicable¹⁸.

Pour rappel, il ressortait d'un testament rédigé par Johnny Hallyday en 2014 en Californie et d'autres documents complémentaires que le chanteur avait décidé de faire de son épouse Laetitia et de leurs deux filles les seules bénéficiaires de trusts comprenant tous ses biens, y compris ses droits de propriété littéraire et artistique et d'exclure de sa succession ses deux enfants aînés pourtant réservataires selon la loi française. Ces dernières volontés de l'artiste ont été quelque peu bousculées par deux années de procédures judiciaires qui ont abouti à une décision du tribunal de Nanterre retenant que la résidence habituelle du chanteur était en France¹⁹, puis, finalement, par l'accord trouvé entre ses enfants aînés et Laetitia Hallyday, largement relayé par les médias.

B. - La dévolution volontaire du droit moral

11 - Transmission testamentaire. – Le législateur accorde une place extrêmement importante à la volonté de l'auteur pour la gestion *post-mortem* du droit moral. Celui-ci est en effet le plus à même de choisir la ou les personnes qui assureront la protection intellectuelle de son œuvre. Toutefois, le droit moral étant inaliénable, sa transmission volontaire ne peut s'organiser que par testament. La question s'est posée de savoir si l'expression des dernières volontés est ici soumise aux conditions de forme requises par l'article 970 du Code civil, c'est-à-dire un testament écrit et signé de la main de l'auteur. On peut en effet penser que la nature extrapatrimoniale du droit moral justifierait que le disposant puisse se dispenser de ce formalisme pour ne retenir que la confiance d'un auteur envers un tiers qu'il estime le mieux à même de défendre son œuvre²⁰. La Cour de cassation a toutefois rejeté cet argument²¹. Elle s'en tient à une application stricte du formalisme successoral de droit commun avec pour conséquence que le testament signé par un peintre, mais pas entièrement rédigé de sa main, est nul et conduit à l'irrecevabilité des demandes de l'exécuteur testamentaire fondées sur le droit moral²².

12 - Attributs concernés. – On relèvera que la dévolution successorale de certains attributs du droit moral est limitée. Il en est ainsi du droit de

¹² Cette solution présente l'avantage de permettre un exercice conjoint de toutes les prérogatives attachées à l'œuvre, le droit moral pouvant être également confié à cet organisme.

¹³ Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 1977 : Bull. civ. I, n° 100 ; JCP N 1977, prat. 6728.

¹⁴ V. en ce sens, CPI, art. L. 123-7, I, al. 2.

¹⁵ Cette liberté laissée à l'auteur peut étonner au regard du droit commun qui a fait du conjoint successible un réservataire en l'absence de descendants. On voit que le législateur n'a pas, en droit d'auteur, suivi cette évolution du droit des successions puisque sur le terrain de l'usufruit spécial, l'exhérédation du conjoint reste possible.

¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198, Maurice Jarre : JurisData n° 2017-018703. – Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, Michel Colombier : JurisData n° 2017-018698 ; RFP 2018, comm. 2, note G. Michaux et P. Bonduelle ; JCP G 2017, 1236, note C. Nourissat et M. Revillard ; JCP N 2017, n° 45, 1305, note E. Fongaro ; Dr. famille 2017, comm. 230, note M. Nicod ; RTD com. 2018, p. 110, obs. F. Pollaud-Dulian. La seule limite rappelée par la Cour de cassation est l'existence d'« une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels », comme par exemple l'état de besoin d'un enfant.

¹⁷ V. Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198, Maurice Jarre : JurisData n° 2017-018703. – Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, Michel Colombier : JurisData n° 2017-018698 ; RFP 2018, comm. 2, note G. Michaux et P. Bonduelle ; JCP G 2017, 1236, note C. Nourissat et M. Revillard ; JCP N 2017, n° 45, 1305, note E. Fongaro ; Dr. famille 2017, comm. 230, note M. Nicod ; RTD com. 2018, p. 110, obs. F. Pollaud-Dulian. – CA Versailles, 5 oct. 2018, n° 17/01668, Gala Dali : JurisData n° 2018-017067 ; Propr. intell. 2019, n° 1, p. 45, obs. A. Lucas ; RTD com. 2019, p. 95, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁸ Le règlement de l'Union européenne n° 650/2012 du 4 juillet 2012, entré en vigueur le 17 août 2015, prévoit que la loi applicable est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès (PE et Conseil UE, régl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012, art. 21 et cons. 23) ou, dans certains cas, la loi d'un État qui a des liens manifestement plus étroits avec le de cuius (PE et Conseil UE, régl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012, art. 21, § 2) ou encore celle de sa nationalité s'il l'a choisie par voie testamentaire (PE et Conseil UE, régl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012, art. 22).

¹⁹ TGI Nanterre, ord., 28 mai 2019, n° 18/01502 : JurisData n° 2019-009635 ; JCP N 2019, n° 38, 1278, obs. R. Le Guidec et B. Thomas-David ; Defrénois 2019, n° 39, p. 31, C. Nourissat ; Dr. & patr., oct. 2019, p. 32, O. Lecomte, F. Varin et C. Lecomte. Cette décision ouvrait la voie à l'application de la loi française et au rétablissement des enfants du défunt dans leurs droits de réserve.

²⁰ V. en ce sens, M. Vivant et J.-M. Bruguère, Droit d'auteur et droits voisins : Dalloz, 4^e éd., 2019, n° 971.

²¹ Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2015, n° 14-14.506 : JurisData n° 2015-012526 ; Dr. famille 2016, comm. 153, note S. Torricelli-Chirifi ; LEPI sept. 2015, p. 2, nos obs. – V. déjà en ce sens, CA Paris, pôle 5, ch. 2, 26 nov. 2010 : Propr. intell. 2011, p. 90, obs. A. Lucas. – CA Paris, 29 oct. 2014 : Propr. intell. 2015, n° 55, p. 197, obs. A. Lucas.

²² Il convient d'ajouter que la transmission du droit moral par testament suppose également la dévolution de droits patrimoniaux, un legs ne pouvant pas porter sur un droit extrapatrimonial (V. en ce sens, F. Pollaud-Dulian, note ss CA Paris, ch. 4, 31 mars 2004 : RIDA avr. 2004, p. 292).

En présence d'héritiers réservataires, le legs et la donation ne peuvent donc pas porter sur l'intégralité des droits patrimoniaux de l'auteur, qu'il s'agisse du monopole d'exploitation ou du droit de suite, l'auteur ne pouvant disposer que de la quotité disponible

divulgarion²³ qui s'épuise au premier usage qu'en fait l'auteur²⁴ et dont la transmission n'est donc possible que pour les œuvres posthumes. Il est également admis que le droit de repentir et de retrait²⁵, droit éminemment personnel, s'éteint à la mort de l'auteur et ne se transmet pas aux héritiers²⁶. La solution va de soi lorsqu'il s'agit d'envisager la modification de l'œuvre qui ne saurait être réalisée que par l'auteur lui-même. En revanche, rien n'empêche ce dernier d'exprimer de son vivant sa volonté de retirer son œuvre du marché, les héritiers titulaires du droit moral nous paraissant alors y être tenus²⁷.

13 - Choix du bénéficiaire. – Hormis ces réserves, l'auteur est libre de transmettre tout ou partie de ses prérogatives de droit moral à une ou plusieurs personnes de son choix²⁸. **Le testament permet alors d'échapper à la complexité de la dévolution successorale légale des droits moraux.** En effet, **les dispositions testamentaires peuvent aligner le régime successoral du droit de divulgation sur celui du droit au respect de l'œuvre et du droit à la paternité, ou bien confier l'intégralité des prérogatives morales à un légataire universel**, ce dernier ayant, selon une jurisprudence constante, « *vocation à recevoir l'universalité héréditaire, et, en particulier, à devenir titulaire, même en présence d'héritiers réservataires, du droit moral de l'auteur* »²⁹.

14 - Exécuteur testamentaire. – Si un exécuteur testamentaire est institué, le droit de divulgation lui appartient (*CPI, art. L. 121-2, al. 2*) sans qu'il soit nécessaire qu'une disposition testamentaire lui en confère expressément l'exercice, mais il pourra aussi exercer l'ensemble des droits moraux à condition que le testament le mentionne expressément. L'exécuteur testamentaire choisi par l'auteur peut être un membre de sa famille, un tiers de confiance, mais aussi son conjoint. S'il veut assurer à ce dernier un exercice paisible de son usufruit spécial (ou de l'usufruit de droit commun), il a tout intérêt à le désigner exécuteur testamentaire³⁰. Son conjoint sera alors titulaire du droit de divulgation et usufruitier des droits patrimoniaux,

ce qui lui permettra de décider seul de la divulgation³¹, puis de l'exploitation d'une œuvre posthume³².

15 - Choix d'une personne morale. – La désignation d'un exécuteur testamentaire ou d'un légataire personne physique n'est toutefois pas sans

inconvenient. Ainsi, une fois l'exécuteur testamentaire décédé, le droit de divulgation retourne aux héritiers de l'auteur (*CPI, art. L. 121-2, al. 2*), aux petits-enfants, par exemple, que l'auteur n'aura pas forcément connus. On retrouve ici l'intérêt, déjà souligné à propos des droits patrimoniaux, qu'il peut y avoir à anticiper ce problème de la deuxième génération en confiant à une personne morale (association, fondation, organisme de gestion collective) la gestion *post-mortem* du droit moral³³.

16 - Éclatement des droits. – On voit surtout que la volonté de l'auteur peut conduire à un éclatement des droits lorsque le *de cuius* décide de disposer de tel ou tel droit au profit de personnes différentes, ou encore lorsqu'il lègue un droit déterminé, les autres restant soumis à la dévolution légale. Par exemple, pour le droit moral, si l'auteur a désigné un exécuteur testamentaire sans plus de précisions, celui-ci sera en mesure de n'exercer que le seul droit de divulgation. Dès lors, le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et le droit à la paternité seront dévolus aux héritiers de l'auteur et « partagés » entre les descendants et le conjoint survivant de l'auteur. Or, ceux-ci peuvent avoir des positions opposées et ne pas s'accorder sur le sort à donner à telle ou telle œuvre de l'auteur défunt. Mais la volonté de l'auteur peut aussi permettre utilement de réunir tous les droits moraux et patrimoniaux, autant que faire se peut, au bénéfice de la même personne de confiance, une solution de nature à garantir une gestion sereine et efficace des droits d'auteur *post-mortem* en limitant les blocages et conflits³⁴.

17 - Choix des modalités d'exercice des droits moraux. – Enfin, pour parfaire ses dernières volontés, l'auteur a tout intérêt à indiquer la façon dont il souhaite que ses droits d'auteur soient exercés après sa mort. Il peut par exemple préciser dans son testament que ses héritiers ne pourront pas

23 Pour rappel, le droit de divulgation permet à l'auteur de faire connaître son œuvre au public selon les modalités qu'il fixe.

24 Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2013, n° 11-22.031 : *JurisData* n° 2013-028465 ; *Comm. com. électr.* 2014, comm. 15, Ch. Caron ; *Propri. intell.* 2014, p. 65, obs. A. Lucas.

25 Ce droit permet à l'auteur de retirer son œuvre de la circulation pour mettre fin à son exploitation ou pour la modifier.

26 *Jurisprudence constante. V. par ex., CA Paris, 17 déc. 1986 : JCP 1987, II, 29899, note B. Edelman.*

27 En ce sens également, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique : LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 686.*

28 On relèvera que cette liberté de désigner un tiers titulaire du droit moral *post-mortem* n'existe pas pour l'artiste-interprète dont le droit moral est transmissible aux héritiers. L'article L. 212-2 du Code de la propriété intellectuelle ne faisant aucune mention d'une éventuelle disposition testamentaire, la jurisprudence en déduit que les héritiers légaux ne peuvent être écartés. Il a ainsi été jugé que la veuve d'un artiste-interprète n'est recevable à agir seule en défense du droit moral que si elle a l'accord des autres héritiers (CA Paris, ch. 1, sect. A, 28 avr. 2003 : *JurisData* n° 2003-215499 ; *Comm. com. électr.* 2003, comm. 83, note Ch. Caron ; *Gaz. Pal.* 2004, 1, somm., p. 1388, obs. Martinet ; *LPA* 2004, n° 13, p. 12, obs. Davaert).

29 Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1996, *Picabia* : *RIDA* 1997, n° 72, p. 265, obs. A. Kéréver ; *RTD com.* 1998, p. 148, obs. A. Françon.

30 Il devra l'exprimer formellement dans un testament établi conformément aux règles du droit commun (*V. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2015, n° 14-14.506 : JurisData n° 2015-012526 ; Dr. famille* 2016, comm. 153, note S. Torricelli-Chirifi ; *LEPI* sept. 2015, p. 2, nos obs.). Il a été jugé que la volonté de l'auteur de désigner sa veuve comme exécutrice testamentaire ne peut résulter seulement d'un entretien accordé par l'auteur et des dessins de ce dernier intitulés du surnom de la veuve et portant des dédicaces à son intention et titulaire du droit de divulgation (*Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2019, n° 17-18.415 et 17-19.273, Moebius : JCP N 2019, n° 24, 1212, note P. Noval ; Comm. com. électr.* 2019, comm. 22, note Ch. Caron ; *Propri. intell.* 2019, n° 72, p. 37, A. Lucas).

31 Mais son action demeure soumise au contrôle de l'abus notoire (*V. infra* § 19).

32 Rappelons en effet qu'un conflit peut opposer le titulaire du monopole d'exploitation et le titulaire du droit de divulgation s'ils ne sont pas la même personne. En effet, le premier ne pourra exploiter une œuvre inédite qu'en obtenant l'accord du second.

33 V. P.-Y. Gautier, *La solution Goncourt : les fondations indirectes en droit d'auteur : D.* 1991, chron. p. 145.

34 V. J. Aittouares, *Les risques de démembrement des droits de l'auteur décédé, in La transmission successorale du droit d'auteur, Questions d'actualité et difficultés pratiques, actes du colloque, (dir.) T. Azzi : Institut Art et droit, 2014, p. 7.*

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

s'opposer à la divulgation de ses œuvres inédites, ou bien qu'il souhaite que ses œuvres soient largement diffusées et exploitées auprès de tous publics, ou encore qu'il ne souhaite pas que des tirages de son œuvre dans une autre matière que celle d'origine soient réalisés après sa mort. Ces instructions concernant l'exercice de ces droits moraux comme patrimoniaux seront utiles pour la mise en œuvre et la protection des dernières volontés de l'auteur.

2. Les dernières volontés protégées

18 - Les héritiers, conjoint survivant compris, ne sont pas libres de gérer les droits d'auteur comme ils l'entendent. Ils doivent les exercer raisonnablement en restant fidèles aux dernières volontés de l'auteur, lesquelles ne sont pas toujours simples à déterminer.

A. - Le respect des dernières volontés clairement exprimées

19 - **Abus notoire.** – L'héritier de l'auteur est tenu à un devoir de fidélité vis-à-vis de ce dernier. L'abus notoire dans l'usage ou le non-usage des droits d'auteur par l'héritier est sanctionné, qu'il s'agisse des droits d'exploitation (CPI, art. L. 122-9) ou des droits moraux (CPI, art. L. 121-3)³⁵. Cet abus est caractérisé lorsqu'il trahit la volonté de l'auteur³⁶. La preuve de cet abus, qui incombe à celui qui l'invoque³⁷, est aisée lorsque l'auteur a exprimé sa volonté de son vivant en laissant des directives claires, qu'elles soient expresses ou tacites³⁸.

Ainsi, des juges ont retenu l'abus dans le non-usage du droit d'exploitation commis par la veuve du peintre Foujita, qui refusait systématiquement d'autoriser la publication en France d'un ouvrage sur l'artiste illustré de reproductions de ses œuvres, alors que celui-ci avait toujours, de son vivant, manifesté sa volonté de voir son œuvre être diffusée et rayonner³⁹.

A aussi été reconnu abusif l'exercice du droit à la paternité par les héritiers de l'épouse d'Alphonse Daudet, qui avaient entrepris de faire reconnaître sa qualité de coauteur des œuvres de son mari auxquelles elle aurait participé dans le but avoué d'obtenir un allongement de la durée de protection des œuvres de Daudet, et ce, alors même qu'elle n'avait jamais souhaité, même après le décès de celui-ci, se voir reconnaître cette qualité⁴⁰.

Est également abusif le refus d'un héritier d'Antonin Artaud de divulguer le dernier tome des œuvres complètes, alors que l'auteur avait cédé à la

société des éditions Gallimard le droit d'éditer ses œuvres complètes deux ans avant sa mort⁴¹.

À l'inverse, le fils de Consuelo de Saint-Exupéry n'a pas commis d'abus notoire en refusant de divulguer une sculpture de sa mère dès lors que cette dernière l'avait toujours conservée chez elle et avait refusé de la céder à la ville de Grasse⁴².

20 - **Intérêt du public.** – Ce dernier exemple montre que la jurisprudence fait prévaloir la volonté de l'auteur clairement exprimée sur l'intérêt du public à avoir accès aux œuvres. L'affaire Barthes en est une autre illustration. En l'espèce, le frère et héritier de Roland Barthes avait poursuivi en contrefaçon la revue *La règle du jeu* et son directeur-gérant, Bernard-Henri Lévy, pour la publication sans autorisation des transcriptions d'un extrait de cours que Barthes avait donné au Collège de France. Pour se défendre, ceux-ci invoquaient l'abus dans le non-usage du droit de divulgation et le droit du public à l'accès aux œuvres. L'argument a été rejeté, les juges ayant relevé que Barthes « *attachait la plus grande importance à la distinction entre la forme orale et la forme écrite [...] et avait plusieurs fois expressément indiqué qu'il refusait toute publication en l'état et sans réélaboration de ses cours* »⁴³.

B. - Les dernières volontés incertaines

21 - **Enjeu probatoire.** – Lorsque les volontés de l'auteur sont restées secrètes ou si elles ont varié, l'abus sera difficile à établir et cela d'autant plus que, selon les articles L. 122-9 et L. 121-3 du Code de la propriété intellectuelle, seul « *l'abus notoire* » – autrement dit l'infidélité manifeste – peut être sanctionné. L'enjeu se situe alors sur le terrain probatoire. En présence d'intentions de l'auteur trop incertaines, des juges du fond ont pu considérer que le refus de divulguer l'œuvre par l'héritier n'était pas suffisamment fondé⁴⁴, faisant ainsi jouer une présomption de divulgation favorable aux intérêts du public à accéder à des œuvres inédites. Ont ainsi pu être révélées les correspondances entre George Sand et Alfred de Musset⁴⁵, ou encore la symphonie de Georges Bizet⁴⁶. Il ne nous apparaît pas choquant que le doute sur la volonté de l'auteur puisse profiter au public. Telle n'est pourtant pas la position de la Cour de cassation qui, en 2011, dans une affaire relative à la publication des correspondances de René Char, a censuré l'arrêt de la cour d'appel qui exigeait du titulaire du droit moral

35 Si le texte ne vise que le droit de divulgation, son application aux droits à la paternité et au respect de l'œuvre est admise.

36 Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000, n° 98-11.796, Antonin Artaud : *JurisData* n° 2000-006365 ; *Dr. famille* 2001, comm. 121, note Ch. Alleaume ; *D.* 2001, p. 918, note Ch. Caron ; *RTD com.* 2001, p. 94, obs. A. Françon : l'exercice du droit de divulgation post-mortem doit « s'accorder avec la personnalité et la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant ».

37 Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2011, n° 10-13.570, Char : *JurisData* n° 2011-011942 ; *Comm. com. électr.* 2011, comm. 75, obs. Ch. Caron ; *LEPI*, sept. 2011, p. 2, nos obs. ; *Propr. intell.* 2011, p. 314, obs. J.-M. Bruguière.

38 Il suffit que les juges puissent déduire de la vie et du comportement de l'auteur, de manière non équivoque, quelle aurait été sa position concernant l'utilisation de son œuvre (*V. par ex. Cass. 1^{re} civ.*, 25 mai 2005, n° 03-20.072, Saint-Exupéry : *JurisData* n° 2005-028532 ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 108, note Ch. Caron ; *Propr. intell.* 2005, p. 435, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2005, p. 727, obs. F. Pollaud-Dulian).

39 *CA Rennes*, 16 nov. 1990 : *RTD com.* 1991, p. 594, obs. A. Françon ; *RIDA*, n° 148, avr. 1991, p. 107, obs. Kerever : « participant à de nombreuses expositions tant en France qu'à l'étranger, donnant son accord à la reproduction de ses œuvres dans des ouvrages [...] Foujita tenait incontestablement au rayonnement de son œuvre ».

40 *T. civ. Seine*, 25 mars 1963 : *RIDA* 1963, n° 41, p. 157.

41 Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000, n° 98-11.796, Antonin Artaud : *JurisData* n° 2000-006365 ; *Dr. famille* 2001, comm. 121, note Ch. Alleaume ; *D.* 2001, p. 918, note Ch. Caron ; *RTD com.* 2001, p. 94, obs. A. Françon.

42 Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2005, n° 03-20.072, Saint-Exupéry : *JurisData* n° 2005-028532 ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 108, note Ch. Caron ; *Propr. intell.* 2005, p. 435, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2005, p. 727, obs. F. Pollaud-Dulian.

43 *CA Paris*, 24 nov. 1992 : *RIDA janv.* 1993, p. 191. – *Confirmant TGI Paris*, 20 nov. 1991, Barthes : *RIDA janv.* 1992, p. 340, obs. A. Kerever ; *Légipresse* 1992, III, p. 33, obs. E. Derieux.

44 *TGI Paris*, 1^{er} déc. 1982, Montherlant : *RIDA* 1/1983, p. 165, note P.-Y. Gautier.

45 *CA Paris*, 11 mars 1887 : *D.* 1888, p. 359.

46 *T. civ. Seine*, 20 nov. 1956 : *RIDA* 1957, p. 136.

Pour parfaire ses dernières volontés, l'auteur a tout intérêt à indiquer la façon dont il souhaite que ses droits d'auteur soient exercés après sa mort

qu'il justifie son refus en prouvant que l'auteur n'entendait pas divulguer l'œuvre en cause. Pour la Cour de cassation, les juges du fond avaient inversé la charge de la preuve⁴⁷. Cette solution revient à présumer que les choix faits par le titulaire du droit moral *post-mortem* sont fidèles aux intentions de l'auteur. Si cette solution est logique lorsque le titulaire du droit moral

est un proche de l'auteur, par exemple l'exécuteur testamentaire ou un héritier de la première génération, elle est plus discutable lorsque l'héritier n'a pas connu directement l'auteur et qu'il ne peut donc se prévaloir d'une proximité intellectuelle avec lui. En faisant ainsi peser la charge de la preuve de l'abus sur les seules épaules de celui qui désire la divulgation, la Cour de cassation rend difficile la caractérisation de l'abus et adopte

une solution contraire à l'intérêt du public à avoir accès aux œuvres posthumes.

22 - **Sanctions.** – On dira pour conclure que lorsque l'abus est judiciairement reconnu, le juge peut, selon les articles L. 121-3 et L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle, prendre « *toute mesure appropriée* ». Il peut ainsi ordonner

la cessation de l'exploitation des œuvres concernées ou, au contraire, forcer l'auteur de l'abus à conclure un contrat tendant à l'exploitation des œuvres, ou bien lui imposer une diffusion élargie de celles-ci. Et à supposer qu'un préjudice soit établi, le tribunal pourra ordonner l'allocation de dommages et intérêts au profit du demandeur lésé par cette mauvaise gestion du droit d'auteur.

⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2011, n° 10-13.570, Char : *JurisData* n° 2011-011942 ; *Comm. com. électr.* 2011, comm. 75, obs. Ch. Caron ; *LEPI*, sept. 2011, p. 2, nos obs. ; *Propri. intell.* 2011, p. 314, obs. J.-M. Bruguière.

ÉTUDE FAMILLE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Les dernières volontés ne correspondent pas à une catégorie de droit international privé. Comme en droit interne, elles ne constituent pas une notion unique mais couvrent de nombreux domaines distincts. Elles relèvent de règles variées, lorsque le législateur a pensé à en édicter. Ainsi qu'il sera constaté, elles mériteraient de bénéficier d'un régime juridique plus adapté.

Les dernières volontés en droit international privé

© Droits réservés



Étude rédigée
par Hélène Péroz

N

Hélène Péroz

Professeure agrégée en droit privé et sciences criminelles à la faculté de droit de l'université de Nantes, consultante en droit international privé

1 - Nous ne nous concentrerons que sur les règles applicables au fond du droit à l'exclusion des règles de forme. Traditionnellement la forme des actes juridiques est soumise à la règle *locus regit actum*. C'était d'ailleurs la règle pour les actes juridiques dans leur ensemble, tant sur le fond que sur la forme. Ce n'est qu'au début du XX^e siècle que la jurisprudence a distingué le fond de la forme des actes juridiques¹. Nous pouvons cependant noter que la forme des testaments ne relève pas du règlement européen n° 650/2012 en matière de succession², mais de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires. Les règles de formes applicables aux dernières volontés nécessiteraient une étude à part entière.

2 - Nous n'envisagerons pas non plus la question des institutions étrangères inconnues du droit français portant sur les dernières volontés, comme le trust testamentaire où un tiers est chargé de gérer les biens du défunt dans l'intérêt de bénéficiaires³. L'étude des institutions étrangères inconnues du droit français nous mènerait là encore trop loin.

1 JCl. Droit international, fasc. 552-10, n° 40 et s., Contrats internationaux – Introduction. Généralités. Sources. Historique., par M.-L. Niboyet.

2 PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen : JOUE n° L 201, 27 juill. 2012, p. 107.

3 Sur le trust, V. J.-P. Beraudo, Rép. internat. Dalloz, v° Trust, 2012.

La qualification des dernières volontés en droit international privé ne se fait donc pas par rapport à la nature de l'acte mais en fonction de l'objet de la volonté

3 - Nous limiterons donc l'étude des dernières volontés en droit international privé aux règles applicables au fond du droit. Comment pouvons-nous les aborder sans faire un inventaire à la Prévert ? Nous proposons tout d'abord d'envisager la question de la qualification des dernières volontés puis celle de la détermination du droit applicable aux dernières volontés.

1. La qualification des dernières volontés

4 - Le droit international privé s'applique lorsque la situation juridique présente un ou plusieurs éléments d'extranéité, c'est-à-dire qu'elle met en cause plusieurs ordres juridiques. Il faut alors déterminer le droit applicable à la situation juridique puisqu'une loi étrangère peut trouver à s'appliquer en France. Pour se faire, il faut appliquer une règle de conflit de lois qui permette de déterminer la loi applicable.

La règle de conflit de lois est constituée d'une catégorie à laquelle correspond un élément de rattachement qui permet de désigner la loi applicable. Pour déterminer la catégorie, il faut opérer une qualification.

La qualification en droit international privé consiste, à partir de la question de droit posée (faits et prétention), à rechercher la catégorie la plus adéquate.

Concernant les dernières volontés, il faut noter une exclusion de principe de la qualification « actes juridiques ». Nous verrons que la qualification se fait en fonction de l'objet de la volonté, même si certaines qualifications restent incertaines.

A. - L'exclusion de principe de la qualification « actes juridiques »

5 - Les dernières volontés impliquent une manifestation de volonté destinée à produire un effet de droit. Elles devraient donc relever de la catégorie « actes juridiques ». Or, ces dernières sont classiquement exclues de cette catégorie.

Le règlement européen n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁴, dit Rome I, exclut de son champ d'application l'état et la capacité juridique des personnes physiques⁵ et les successions⁶. Ainsi, les dernières volontés se rapportant à des questions de capacité ou de droit patrimonial de la famille sont exclues de la qualification « actes juridiques ».

6 - L'exclusion de la qualification des dernières volontés aux actes juridiques a différentes raisons.

Tout d'abord certaines volontés sont difficiles à qualifier comme celles portant sur le sort du corps après le décès de l'auteur de la volonté, ce que nous verrons plus loin. Si le règlement Rome I s'applique en principe aux donations, il est impossible de qualifier le don du corps ou d'organes d'obligations contractuelles.

Ensuite, les actes juridiques sont soumis à la loi d'autonomie, c'est-à-dire par la loi choisie par son auteur. Aucune limite de choix n'est imposée.

Le risque de fraude est trop important, de pouvoir choisir sa loi concernant les dernières volontés.

7 - Pour autant, si la qualification d'actes juridiques n'est généralement pas retenue pour

les dernières volontés afin de ne pas les soumettre à la loi d'autonomie, cette dernière n'est pas entièrement exclue. C'est ainsi que le règlement n° 650/2012 donne une place à la *professio juris*. Le testament qui relève de la succession est soumis à la loi de la dernière résidence habituelle du défunt sauf si le défunt a choisi préalablement la loi applicable à sa succession.

REMARQUE

→ La *professio juris* reste très limitée puisque seule la loi nationale peut être choisie.

8 - On retrouve également cette autonomie de la volonté dans le mandat de protection future relevant en droit international privé du mandat d'incapacité. Si ce dernier est en principe soumis à la loi de la résidence de son auteur, ce dernier peut choisir une autre loi. Ainsi, selon l'article 15 de la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes du 13 janvier 2000, l'auteur du mandat d'incapacité peut choisir sa loi nationale ou la loi de l'État d'une résidence habituelle précédente ou encore la loi de l'État dans lequel sont situés ses biens.

B. - Une qualification en fonction de l'objet de la volonté

9 - La qualification des dernières volontés en droit international privé ne se fait donc pas par rapport à la nature de l'acte mais en fonction de l'objet de la volonté. Nous prendrons l'exemple des testaments.

Il n'existe pas en droit international privé de catégorie spécifique pour les libéralités. Alors à quelle catégorie appartient le testament ? Ce dernier est soumis à la qualification plus large des successions. En effet, le testament est pris en considération pour calculer la réserve selon la loi successorale et, éventuellement, pourra être réduite à la quotité disponible fixée par celle-ci⁷. Ainsi la succession testamentaire est régie par la loi applicable à la succession *ab intestat*. Le règlement européen n° 650/2012 reprend en ce sens la solution de la jurisprudence, même si l'article 3-d du règlement ne définit pas le testament. Ce dernier est assimilé à une « disposition à cause de mort », incluant également le testament conjonctif ou le pacte successoral.

10 - Tout autre est la tutelle testamentaire. Les dernières volontés ont alors pour objet de désigner une personne qui prendra en charge l'enfant mineur si les parents venaient à disparaître. L'objet de la volonté est alors de désigner la personne qui aura la responsabilité parentale de l'enfant mineur. Cette volonté relève de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection

4 PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit règlement Rome I) : JOUE n° L 177, 4 juill. 2008, p. 6.

5 PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, art. 1-2-a, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit règlement Rome I) : JOUE n° L 177, 4 juill. 2008, p. 6.

6 PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, art. 1-2-c, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit règlement Rome I) : JOUE n° L 177, 4 juill. 2008, p. 6.

7 JCI. Droit international, fasc. 10, n° 30, Successions internationales – Libéralités – Problèmes communs – Testaments, par G. Droz et M. Revillard.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

des enfants. Selon la Convention, la « *responsabilité parentale* » comprend l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant (*Convention de La Haye, 19 oct. 1996, art. 1-2*). Elle s'applique donc à la désignation et aux fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister (*Convention de La Haye, 19 oct. 1996, art. 3-d*). La tutelle testamentaire relève sans conteste de la responsabilité parentale⁸.

11 - Quant à la reconnaissance testamentaire, elle relève encore d'une autre catégorie. L'objet de cette volonté consiste à établir un lien de filiation avec une personne par simple déclaration. La reconnaissance testamentaire relève sans conteste de la catégorie « filiation » et plus particulièrement de l'article 311-17 du Code civil qui prévoit une règle spécifique en matière de reconnaissance volontaire de maternité ou de paternité⁹.

Au travers de ces exemples, il est clair que la qualification dépend de l'objet de la volonté. Mais force est de constater que certaines qualifications restent incertaines.

C. - Des qualifications incertaines

12 - Les incertitudes concernant la qualification de certaines dernières volontés tiennent à une insuffisance du droit positif. C'est le cas de la qualification du mandat de protection future pour autrui. En France, ce mandat permet à un parent de désigner une personne qui aura la charge de son enfant, mineur ou majeur souffrant d'une altération de ses facultés personnelles, lorsqu'il ne sera plus à même de le faire. Comme nous l'avons vu, le mandat de protection future est qualifié de mandat d'incapacité dans la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes et relève de son article 15. Pour autant, si l'enfant est majeur, la Convention ne devrait pas s'appliquer. En effet, la Convention ne concerne que le mandat pour soi-même et non pas pour autrui. Or, les autres règles de la Convention de 2000 n'ont pas vocation à s'appliquer puisqu'elles supposent l'intervention d'une autorité judiciaire, ce qui n'est pas le cas du mandat de protection future. Certains auteurs proposent d'étendre l'article 15 de la Convention de La Haye de 2000 au mandat de protection future pour autrui par « *analogie des situations, de l'identité des buts poursuivis et de l'adaptation des règles retenues* »¹⁰. Or, il nous paraît difficile d'étendre la solution prévue pour un mandat pour soi-même à un mandat pour autrui.

13 - Qu'en est-il si l'enfant est mineur ? La Convention de La Haye du 19 septembre 1996 ne prévoit pas de règle spécifique concernant le mandat d'incapacité. Pour autant la règle de l'article 16 pourrait permettre de mettre en œuvre un mandat de protection future pour un enfant mineur. En effet, l'article 16-2 prévoit que « *l'attribution ou l'extinction d'une responsabilité parentale par un accord ou un acte unilatéral, sans intervention*

d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant au moment où l'accord ou l'acte unilatéral prend effet ». Or, le mandat de protection future au bénéfice d'un enfant mineur relève, selon nous, de l'attribution de l'autorité parentale par un acte unilatéral. Ainsi pour le mandat de protection future pour autrui, la Convention de La Haye de 1996 trouve à s'appliquer si l'enfant est mineur.

ATTENTION

→ **Reste à se poser la question de la qualification de ce mandat lorsque l'enfant mineur atteint l'âge de la majorité ?**

14 - Autre mandat, autre interrogation : la qualification du mandat à effet posthume. Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés. Il n'y a pas de condition d'altération des facultés personnelles des héritiers ce qui semble exclure la protection des personnes vulnérables.

Quelle qualification retenir ? La question est d'autant plus délicate en droit international privé que la qualification du mandat à effet posthume en droit interne est incertaine¹¹. On pourrait songer à la qualification d'acte juridique et plus particulièrement à l'application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. Or, cette Convention s'applique lorsque c'est le mandat qui est représenté par le mandataire, ce qui n'est pas le cas du mandat à effet posthume.

En l'absence de toute jurisprudence, certains auteurs proposent alors de soumettre le mandat à effet posthume à la catégorie succession¹² puisque le mandataire administre les biens successoraux dans l'intérêt des héritiers.

2. La détermination du droit applicable aux dernières volontés

15 - Déterminer une catégorie permet de déterminer le droit applicable à la question de droit. La catégorie permet de désigner l'élément de rattachement indiquant la loi applicable. Il faut cependant se demander à quel moment il faut se placer pour apprécier l'élément de rattachement. Or, force est de constater que si la règle de conflit de lois est la méthode principale pour régler les situations internationales, elle n'est pas la seule méthode applicable aux dernières volontés. Le recours à des règles matérielles et à des lois de police doit être également envisagé.

A. - Le moment d'appréciation de l'élément de rattachement

16 - La catégorie permet de déterminer les éléments de rattachement adaptés aux dernières volontés qui permettent de désigner la loi applicable.

⁸ En ce sens, P. Lagarde, *Rapp. explicatif sur la Convention HCCH Protection des enfants de 1996*, n° 103 et s.

⁹ JCl. *Droit international*, fasc. 548-10, n° 75 et s., *Établissement de la filiation : détermination des règles de conflit*, par S. Godechot-Patris.

¹⁰ I. Barrière Brousse, *Le nouveau droit international privé des incapacités et la loi du 5 mars 2007* : *Dr. famille* 2009, étude 14, n° 23.

¹¹ JCl. *Civil Code*, Art. 812 à 812-7, fasc. unique, n° 6 et s., *Successions – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, par G. Wicker.

¹² G. Khairallah, *La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales* : *JCP N* 2008, n° 29, 1244, n° 26 et s. – H. Pérez et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille* : *LexisNexis, coll. pratique notariale*, 2^e éd., 2017, n° 754. – M. Revillard, *Droit international privé et européen ; pratique notariale* : *Defrénois*, 8^e éd., 2014, n° 969.

Ainsi pour reprendre nos exemples, le testament est soumis à la loi de la dernière résidence habituelle du défunt, la tutelle testamentaire à la loi de la résidence de l'enfant ou encore la reconnaissance testamentaire à la loi nationale de l'auteur ou de l'enfant.

REMARQUE

→ **En effet, un délai important peut s'être écoulé entre la manifestation de la volonté et ses effets. À quel moment faut-il se placer pour apprécier l'élément de rattachement ?**

17 - Nous avons vu que le testament relevait de la catégorie succession. La succession est en principe régie par la loi de la dernière résidence habituelle du défunt. Or, au moment du testament son auteur n'est pas décédé. C'est pourquoi l'article 24 du règlement n° 650/2012 prévoit que les dernières volontés « *sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de la personne ayant pris la disposition si elle était décédée le jour de l'établissement de la disposition* ». Il faut donc se placer au moment de la manifestation de volonté pour apprécier l'élément de rattachement.

18 - Il en va différemment pour la tutelle testamentaire. La loi de la résidence habituelle de l'enfant, qui détermine la loi applicable, ne s'apprécie pas au jour de l'établissement du testament mais au jour où ce dernier produit ses effets (*Convention de La Haye, art. 16-2*). C'est donc à la date du

décès du testateur qu'il faut se placer pour la tutelle testamentaire¹³. Il est à craindre que le jour du testament, la tutelle soit valable mais que, suite à un changement de résidence de l'enfant, elle ne puisse plus produire d'effet.

19 - La différence de solutions peut s'expliquer par le fait que c'est tantôt la résidence de l'auteur de la volonté qui est appréciée ou tantôt la résidence du bénéficiaire de la volonté. Quant à la reconnaissance testamentaire, il est admis que c'est au jour de la reconnaissance que doit s'apprécier la loi nationale de l'auteur ou la loi nationale de l'enfant.

B. - Le recours à des règles matérielles

20 - Une règle matérielle est une règle de droit substantielle créée spécifiquement pour les relations internationales. Elle ne s'applique que dans les relations internationales et en dehors de toute application d'une règle de conflit.

Des règles matérielles s'appliquent aux dernières volontés dont l'objet essentiel est de garantir une volonté libre et éclairée de l'auteur.

21 - Certaines trouvent leur source dans des textes internationaux. C'est le cas de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ratifiée par la France en 2011. L'article 5 prévoit « *qu'une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que*



© amikakus/E+/ Getty Images Plus

¹³ En ce sens, P. Lagarde, *Rapp. explicatif sur la Convention HCCH Protection des enfants de 1996*, p. 578, n° 104.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé ». L'article 21 prévoit quant à lui que « le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit ».

D'autres trouvent leur source dans notre droit national. C'est le cas de l'article R. 1235-2 du Code de la santé publique qui prévoit « l'importateur d'organes s'assure que ceux-ci ont été prélevés avec le consentement préalable du donneur et sans qu'aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, n'ait été alloué à ce dernier. Il doit pouvoir justifier qu'il s'en est assuré ».

22 - Le recours à des règles matérielles pour s'assurer d'une volonté libre et éclairée est connue en droit international privé. On en retrouve en matière d'adoption internationale. L'article 370-3 du Code civil prévoit en effet que « *Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie* ». La même exigence concernant le consentement libre s'impose au mariage présentant des éléments d'extranéité. Ainsi, l'article 202-1, alinéa 1^{er}, *in fine* du Code civil précise que « *quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180* ».

C. - L'intervention de lois de police

23 - Une loi de police est une règle de droit interne jugée tellement fondamentale pour l'État qui l'a édictée qu'elle va s'imposer dans un litige international quelle que soit par ailleurs la loi applicable. L'application de la loi de police a l'avantage d'éviter toute qualification des dernières volontés puisque la règle de conflit de lois, et donc la détermination d'une catégorie, n'ont plus leur place. Elle trouve une place privilégiée lorsque les dernières volontés concernent le sort du corps de son auteur après sa mort.

24 - Nous prendrons l'exemple des funérailles. Dans un arrêt en date du 19 septembre 2018, la Cour de cassation a dû résoudre la question de la loi applicable aux funérailles¹⁴. Une personne de nationalité marocaine domiciliée en France y décède. Sa concubine et ses deux enfants ont prévu l'incinération de sa dépouille. La mère et les frères et sœur du défunt s'opposent à la crémation pour des raisons religieuses. Ces derniers considèrent que la question relève de la catégorie de l'état et la capacité des personnes physiques régie par la loi nationale et donc la loi marocaine qui prohibe la crémation. La Cour de cassation considère que « *la liberté d'organiser ses*

funérailles ne relève pas de l'état des personnes mais des libertés individuelles et que la loi du 15 novembre 1887, qui en garantit l'exercice, est une loi de police applicable aux funérailles de toute personne qui décède sur le territoire français ». Ainsi, la loi française s'impose en France dès lors que la personne y décède.

25 - Même en l'absence de jurisprudence, l'intervention de lois de police semble également inéluctable pour les dernières volontés en matière bioéthique notamment concernant le don d'organe et don du corps, ceci pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, nous sommes confrontés à une réelle difficulté de qualifier les dernières volontés portant sur le corps humain¹⁵ et donc d'y associer une règle de conflit de lois. Des auteurs n'hésitent pas à constater « *une relative impuissance du droit international privé à prendre en charge les problèmes spécifiques de la bioéthique* »¹⁶. Pour autant, certains proposent de créer une catégorie « statut personnel bioéthique » auquel s'appliquerait de façon combinée la loi nationale du sujet et de la loi du territoire où l'équipe médicale procède à une intervention relevant de la bioéthique¹⁷. Mais il faut constater que ni les textes, ni la jurisprudence n'ont retenu cette proposition.

26 - Ensuite, une autre difficulté tient au caractère mixte du droit de la bioéthique entre le droit privé et le droit public¹⁸. Selon que la disposition tende vers l'une de ces branches, le conflit de lois n'a guère de place.

Ainsi, beaucoup d'auteurs proposent que le don d'organe et de corps relève en France du statut de lois de police¹⁹, ce que semble confirmer la jurisprudence sur les funérailles.

REMARQUE

→ Ainsi en France s'appliquerait la loi française à ces questions, quelles que soient la nationalité de l'auteur de la volonté ou sa résidence.

27 - Les dernières volontés mériteraient de bénéficier de solutions plus claires en droit international privé. À défaut de règlement européen ou de convention internationale applicables, il appartient au législateur français d'intégrer la dimension internationale applicable aux dernières volontés, ce qu'il n'a malheureusement pas envisagé. Reste un champ de réflexion passionnant mais qui n'est pas satisfaisant en pratique.

14 Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2018, n° 18-20.693 : JurisData n° 2018-015914 ; Dr. famille 2018, comm. 281, note L. Carayon. – H. Péroz, La loi applicable aux funérailles : JCP G 2018, 1142.

15 En ce sens, JCl. Civil Code, Art. 16 à 16-14, fasc. 22, n° 4, Respect et protection du corps humain. – Éléments et produits du corps humain. – Organes, tissus, cellules, produits, par J.-R. Binet.

16 I. Labrusse-Riou, Bioéthique et droit international privé : objectifs et méthodes en question : Trav. com. fr. DIP 2000-2002, p. 56.

17 M. Josselin-Gall, Rép. internat. Dalloz, v° Bioéthique, 2011, n° 34 et s.

18 JCl. Civil Code, Art. 16 à 16-14, fasc. 20, n° 70, Respect et protection du corps humain – Éléments et produits du corps humain. – Cadre général de la réglementation, par R. Binet.

19 I. Labrusse-Riou, Bioéthique et droit international privé : objectifs et méthodes en question : Trav. com. fr. DIP 2000-2002, p. 57 et s. – M. Josselin-Gall, Rép. internat. Dalloz, v° Bioéthique, 2011, n° 35.

ÉTUDE FAMILLE

LIBÉRALITÉS

Le testament demeure l'outil privilégié d'expression des dernières volontés du *de cujus*. Il est aussi un outil source de conflits pour les survivants, qu'il s'agisse de l'interprétation des dernières volontés ou du respect des formes de validité par le *de cujus*. Afin de tenter de tarir cette source de contentieux, sont proposées des évolutions législatives qui permettraient de faciliter l'interprétation des testaments et d'améliorer le formalisme testamentaire.

Le testament

Étude rédigée par
Charles Bahurel

Charles Bahurel

Agrégé des Facultés de droit, professeur de droit privé à l'université de Nantes

1 - « *Ceci est notre disposition et ordonnance de dernière volonté pour la tutelle du Dauphin notre arrière-petit-fils...* ». Ainsi commence le testament de Louis XIV rédigé en 1714¹. L'écriture fatiguée du vieux monarque, âgé de 76 ans, est maladroite, mais sa volonté toujours ferme. Louis XIV, ayant assisté à la mort de plusieurs de ses enfants et petits-enfants, ne laisse comme héritier légitime que son arrière-petit-fils, le futur Louis XV, âgé de 5 ans. Louis XIV cherche à assurer l'avenir du Royaume et pour cela, il veut évincer le Duc d'Orléans, son neveu, régent de droit dans lequel il n'a guère confiance. À titre symbolique, ce dernier est désigné par le roi comme président du Conseil de régence. Mais Louis XIV confie la gouvernance au Duc du Maine, son fils naturel issu de ses relations avec la Marquise de Montespan et choisit, parmi ses fidèles, les membres du Conseil de régence, pour faire en sorte que le Duc d'Orléans n'ait aucun pouvoir effectif.

Averti du danger, le Duc d'Orléans, négociant avec le Parlement de Paris, parvient à organiser un lit de justice le 2 septembre 1715, le lendemain de la mort du roi. Soutenant que le roi aurait eu pour lui des paroles bienveillantes avant de mourir, il réclame et obtient la pleine et entière régence du Royaume. Les magistrats, ralliant sa cause, cassent plusieurs clauses du testament et considèrent, pour le reste, que le testament doit être interprété dans son esprit plutôt que dans sa lettre, le roi n'ayant voulu que proposer une certaine organisation de la régence sans l'imposer. La dernière volonté de ce roi si puissant de son vivant ne sera pas respectée. Mais la Monarchie allait en payer le prix : le Duc d'Orléans rendit, en contrepartie du service ainsi rendu à ses intérêts personnels, aux Parlements le droit de

¹ Le testament de Louis XIV est facilement consultable en ligne. V. S. Blond, *Le testament de Louis XIV, Histoire par l'image* [en ligne] : <http://histoire-image.org/fr/etudes/testament-louis-xiv>.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

remembrance, qui allait permettre aux juges de bloquer toutes les réformes royales, impossibilité de réforme qui allait, moins d'un siècle plus tard, provoquer la Révolution française...

2 - Ce testament, capital pour l'Histoire de France, résume bien la problématique des dernières volontés. Certes, les notaires voient rarement, de nos jours, venir à l'étude des testateurs désirant léguer des royaumes. Mais le testament de Louis XIV nous rappelle avant tout, que l'être humain, fût-ce le plus puissant, tremble devant la mort et n'accepte pas l'idée que ses survivants puissent défaire ce qu'il a péniblement édifié sa vie durant. Il nous enseigne aussi que la volonté du mort est conflictuelle pour ses survivants, qu'elle est fragile et que les juges et les héritiers peuvent, en l'interprétant, la contourner et la déformer².

Aujourd'hui, on constate toujours cette même ambivalence : le testament est une institution qui persiste et qui même s'épanouit dans notre droit successoral, dans ses dernières réformes ; mais parallèlement, le testament est toujours une institution difficile, qui perturbe, en pratique, le fonctionnement du droit. Cette étude voudrait revenir sur deux problématiques spécifiques du testament, parmi bien d'autres, et réfléchir aux évolutions législatives qui permettraient de faciliter l'interprétation des testaments et d'améliorer le formalisme testamentaire.

1. L'encadrement de l'interprétation des testaments

3 - Les causes du problème de l'interprétation des testaments ne sont pas, on le sait, uniquement juridiques mais d'abord psychologiques. Le testateur sera souvent troublé par la pensée de la mort, qui l'invite aussi à repenser à son existence passée : les regrets, les remords, la haine peuvent s'inviter dans la confection du testament et nuire à la clarté des termes choisis par le *de cuius*. Pour ses survivants, le testament portera la volonté d'un mort : qu'il ait été aimé ou détesté, aimable ou détestable, le souvenir du défunt peut perturber l'application du testament auprès des héritiers mais aussi dans l'esprit du juge, chargé de comprendre et de faire respecter les désirs du mort. Ce contexte n'est pas neutre et pèse forcément sur le contentieux³. Mais le contentieux de l'interprétation a aussi des causes juridiques, qui tiennent aux choix opérés par le législateur pour l'organiser, des choix qui peuvent être discutés.

A. - Les causes juridiques du contentieux de l'interprétation

4 - L'interprétation du testament est réglementée essentiellement par deux articles du Code civil datant de 1804, qui se rejoignent dans la primauté accordée à la recherche de la volonté réelle du testateur. D'une part, l'ar-

ticule 967 invite les juges à interpréter les dispositions testamentaires, sans s'arrêter aux formulations maladroites des testateurs : « *Toute personne pourra disposer par testament soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté* »⁴. Ce texte, qui a une explication historique⁵, favorise une interprétation créatrice, en incitant les juges à partir en quête d'une volonté indécélable. L'article 1036, d'autre part, est souvent à l'origine du contentieux : « *Les testaments postérieurs, qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles ou qui seront contraires* ». La pluralité de testaments est toujours problématique car on ne peut savoir, s'il n'en a dit mot dans le dernier acte, ce que le testateur pensait de ses précédentes volontés. A-t-il oublié un testament plus ancien ? A-t-il pensé que le nouveau remplaçait l'ancien automatiquement ? A-t-il vraiment cherché à les concilier ? L'article 1036 n'apporte aucune aide concrète au juge qui doit s'aventurer dans des interprétations d'équilibriste⁶.

Dans un arrêt du 13 janvier 2021⁷, la Cour de cassation a rappelé aux juges du fond qu'interpréter un testament ne les autorise pas à le réécrire. En l'espèce, les juges avaient, dans la motivation de leur arrêt, ajouté un mot au testament pour conforter l'interprétation qu'ils en donnaient, ce qui ne pouvait qu'emporter que la sanction de la Cour de cassation, rappelant « *l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis* »⁸. Ces excès d'interprétation et ce contentieux récurrent ne sont pas satisfaisants. Les choses pourraient être améliorées en posant des directives légales plus strictes pour guider les juges.

B. - L'utilité de directives légales plus strictes

5 - L'objectif serait de réduire la tendance à l'interprétation extensive des dispositions testamentaires. Une tournure plus restrictive pourrait être insufflée à l'article 967 du Code civil, en orientant les juges vers une interprétation littérale du testament, comme ceci, par exemple : « *Toute personne pourra disposer par testament, par toute dénomination de nature à manifester clairement sa volonté. En cas d'ambiguïté, la volonté réelle du défunt ne peut être recherchée qu'à partir de l'acte lui-même* ».

6 - Quant aux articles 1035 et 1036, relatifs à la révocation, ils devraient également être repensés. Concernant le cas délicat des testaments rédigés successivement, il semble raisonnable de poser la présomption selon laquelle le testament nouveau révoque les dispositions de l'ancien. Ceci paraît plus conforme à la réalité, dans la mesure où la plus récente expression des volontés du *de cuius* semble la plus fiable. Par conséquent, s'il ne

² Sur cette idée, V. C. Bahurel, *Les volontés des morts : vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, t. 557, préf. M. Grimaldi : LGDJ, 2014.

³ Il y aurait sans doute un travail de psychologie testamentaire à réaliser sur les annulations de testaments. Lorsque le testateur a été un être particulièrement odieux, le juge est-il davantage enclin à annuler le testament ? Un exemple intéressant en a été donné par un jugement de TGI de la Roche-sur-Yon du 2 mai 1995 (D. 1997, p. 13), annulant le testament d'un père exhérédant ses filles de la quotité disponible, le père ayant abusé sexuellement d'elles.

⁴ L'article 1002 du Code civil reprend la même règle, dans une formulation voisine.

⁵ En pays de droit écrit, le testament devait comporter une formule sacramentelle, l'institution d'héritier, pour être valable. L'article 967 du Code civil, dans un souci d'unification du droit français, abroge ce formalisme. Sur l'institution d'héritier tirée du droit romain, V. J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil* : Dalloz, 2^e éd., 2010, n° 864 et s.

⁶ Exemple récent : Cass. 1^{re} civ., 17 mai 2017, n° 16-17.123 : JurisData n° 2017-009381 ; JCP N 2017, n° 37-38, 1263, note M. Nicod ; *Deffrénois* 2017, 25 : une testatrice laisse trois testaments successifs. Le premier au profit de l'État d'Israël, le deuxième révoquant le premier au profit d'une association et le troisième révoquant le deuxième. Le troisième testament, en révoquant le deuxième, a-t-il redonné vigueur au premier ? Non, d'après l'interprétation de la volonté de la testatrice...

⁷ Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, n° 19-16.392 : JurisData n° 2021-001072, inédit ; *Dr. famille* 2021, comm. 42, note M. Nicod.

⁸ Pour mieux signifier que le testateur révoquait, dans son nouveau testament, le legs universel consenti dans un acte antérieur, les juges citaient le testament en y ajoutant le mot « tous » : « en conséquence, après mon décès, je lui léguerai tous mes biens mobiliers et immobiliers ».

dit mot de ses anciennes dispositions, on devrait présumer qu'il les a soit oubliées, soit volontairement passées sous silence, en pensant qu'elles sont forcément révoquées⁹. Cependant, cette règle ne serait que supplétive. Le testateur pourrait décider du maintien de ses dispositions antérieures, mais il devrait le mentionner de manière expresse. En cas de contrariété entre les anciennes dispositions, expressément maintenues, et les nouvelles, il faudrait alors toujours faire primer les nouvelles dispositions. On pourrait imaginer une rédaction de ce type pour un article fusionnant les articles 1035 et 1036 : « *Le testament sera toujours révoqué par un testament postérieur. Toutefois, dans le nouveau testament, le testateur peut indiquer, de manière expresse, sa volonté de maintenir ses anciennes dispositions.* ».

Ces remèdes législatifs pourraient limiter voire réduire considérablement le contentieux testamentaire. Les solutions ici proposées sont radicales et pourront paraître excessives. Mais seule une volonté certaine doit pouvoir déroger à la succession légale, pas une volonté douteuse, composée par le juge.

2. La refonte du formalisme testamentaire

7 - Les textes sur le formalisme testamentaire n'ont quasiment pas évolué depuis 1804¹⁰, malgré de nombreuses propositions doctrinales¹¹. C'est pourquoi il peut être intéressant de réviser les modes de tester actuels, voire d'en créer d'autres.

A. - La révision des modes de tester

8 - Entre les quatre formes offertes par le Code civil, toutes n'ont pas le même poids en pratique. Le testament mystique est tombé en désuétude et son abrogation devrait être envisagée¹². Si on laisse de côté le testament international, qui tout en étant relativement rare, présente un intérêt dans des situations internationales, les formes les plus utilisées sont essentiellement les deux dernières : le testament authentique et le testament olographe, avec une forte prépondérance de ce dernier.

9 - **Le testament olographe.** – Par la simplicité de ses exigences, le testament olographe est à l'évidence une cause directe du contentieux de

Seule une volonté certaine doit pouvoir déroger à la succession légale, pas une volonté douteuse, composée par le juge

l'interprétation des testaments. D'où l'idée parfois avancée d'imposer le testament authentique, comme unique forme de tester ; le notaire pourrait jouer un rôle de conseil utile à l'amélioration de la qualité testamentaire¹³. Le législateur pourrait être sensible à cette évolution, dans la mesure où il y aurait là un moyen de diminuer, voire de mettre fin

au contentieux récurrent de l'interprétation des testaments et ainsi décharger les tribunaux de ce travail délicat. Toutefois, le formalisme simplifié du testament olographe est devenu, en France, l'incarnation de la liberté de tester. Un législateur ne doit pas, à notre sens, remettre en cause des libertés civiles qui sont entrées dans les habitudes des citoyens. C'est même l'honneur d'une législation d'accorder aux citoyens le droit de régler leur succession par un acte sous seing privé. Imposer le testament authentique aboutirait à priver, non en droit mais en fait, un certain nombre de personnes de l'exercice du droit de tester¹⁴.

10 - Une autre voie, intermédiaire, consisterait à imposer au testateur de déposer lui-même son testament olographe auprès d'un notaire, à peine de nullité de l'acte. Le testament serait conservé en sécurité et le notaire pourrait prodiguer des conseils utiles au testateur. Mais une telle réforme ne serait pas forcément opportune : le testateur peut préférer garder son testament près de lui, pour le relire et pouvoir le modifier facilement ; de plus, il paraîtrait radical d'annuler un testament olographe pour la seule raison qu'il n'a pas été déposé chez un notaire, dans l'hypothèse où le testateur en aurait été empêché par une mort soudaine. C'est pourquoi il semble plus raisonnable de favoriser le dépôt du testament chez le notaire plutôt que de l'imposer. À ce propos, l'offre de loi du groupe Carbonnier proposait un nouvel article 958-1 du Code civil reconnaissant la pratique du dépôt du testament olographe chez le notaire et prévoyant que la mention de la date apposée sur le testament ou l'enveloppe vaudrait comme date du testament, au cas où le testateur ne l'aurait pas daté ou l'aurait daté imparfaitement¹⁵. C'est dans ce sens qu'il faudrait avancer.

B. - La création de nouvelles formes de tester

11 - Le droit français comporte deux lacunes qui méritent réflexion : le testament d'urgence et le testament conjonctif. À l'heure du numérique, on peut aussi se demander si un testament vidéo pourrait trouver, un jour, place dans notre droit...

9 C'était la solution du droit romain. J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil* : Dalloz, 2^e éd., 2010, n° 883.

10 Le législateur est cependant intervenu, par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, pour élargir les conditions du testament authentique, en l'ouvrant aux personnes ne s'exprimant pas en langue française et ne pouvant ni parler, ni lire, ni écrire (C. civ., art. 972).

11 L'offre de loi du groupe formé à l'initiative de Jean Carbonnier contient des propositions très intéressantes sur le formalisme testamentaire, lesquelles n'ont pas été retenues par la loi du 23 juin 2006. V. Carbonnier, *Catala, Saint-Affrique et Morin, Des libéralités : une offre de loi* : Defrénois 2003.

12 Le testament mystique souffre de deux limites bien connues : d'un côté, il est aussi fragile qu'un testament olographe et peut être tout aussi facilement contesté ; de l'autre, il est soumis à des contraintes de forme, qui l'exposent à de nouvelles nullités. Il est donc inutile et dangereux.

13 Par exemple, le droit russe impose la forme authentique pour le testament ; mais il faut préciser que plusieurs personnes détenant une autorité (médecins, capitaines, commandants militaires, etc.) sont assimilées aux notaires et que la forme olographe est possible à titre exceptionnel, lorsqu'il n'est pas possible de recourir à la forme authentique. Ce qui démontre que l'unicité d'une forme testamentaire est illusoire et qu'il faut toujours prévoir des formes plus allégées, au moins à titre exceptionnel.

14 En revanche, il paraît judicieux d'imposer ponctuellement le recours au testament authentique dans des cas précis, comme pour le fait de priver le conjoint survivant de son droit viager au logement (C. civ., art. 764, al. 1^{er}).

15 C. civ., art. 958-1 : « si un testament olographe, préalablement clos par le testateur, est déposé chez un notaire, celui-ci mentionnera la date du dépôt sur le papier ou sur l'enveloppe contenant les dispositions.

Cette mention vaudra comme date du testament qui n'aurait pas été daté par le testateur ou l'aurait été imparfaitement ».

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

12 - **Premièrement**, le droit français ne connaît pas de **testaments d'urgence**¹⁶. En droit comparé, le testament d'urgence est très répandu¹⁷. L'offre de loi du groupe Carbonnier, s'inspirant visiblement de législations voisines, proposait de créer, dans le Code civil, huit articles pour le consacrer¹⁸. Il s'agit d'un testament oral, dont la validité est exceptionnellement reconnue à condition que le testateur, exposé à un danger imminent de mort, soit dans l'impossibilité absolue de disposer de sa succession en recourant à une forme légale du testament. Cela vise, par exemple, l'hypothèse d'une personne mortellement blessée après un accident ou un attentat terroriste. La personne peut alors exprimer verbalement ses dernières volontés devant des témoins, lesquels les consignent par écrit dans un procès-verbal, signé par les témoins et transmis au procureur de la République. Ce testament oral est alors valable pendant une durée limitée et devient caduc s'il est établi que le testateur a retrouvé par la suite la possibilité de tester dans des formes ordinaires¹⁹. Ces garanties paraissent raisonnables et ce système pourrait être consacré avec profit en droit français.

13 - **Deuxièmement**, la question du **testament conjonctif**, prohibé à l'article 968 du Code civil, mérite également d'être débattue. Sur le principe, un tel procédé contrarie le caractère personnel, qui est de l'essence du testament, et perturbe sa libre révocabilité, au moins indirectement²⁰. Cela dit, il est vrai qu'il existe visiblement une attente en ce sens dans la pratique, comme en témoigne le contentieux régulier qui existe devant la Cour de cassation sur ce sujet²¹. De plus, cette prohibition, appliquée restrictivement par la jurisprudence²², est devenue facile à contourner : ne serait-il pas plus honnête de la renverser quitte à l'encadrer clairement ? Néanmoins, il faut mesurer la complexité du testament conjonctif, qui est un véritable pacte successoral. Dans les systèmes juridiques qui le consacrent, comme le droit allemand²³ – système juridique faisant traditionnellement une large place aux pactes sur succession future –, le procédé est d'ailleurs présenté comme un pacte successoral et non comme un acte de dernière volonté. En droit français, la réception du prétendu testament conjonctif ne semble donc concevable qu'à condition de ne plus l'assimiler au testament et d'en faire un pacte successoral exceptionnellement valable, sur le modèle, par exemple, de la renonciation anticipée à l'action en réduction²⁴.

14 - En tout **dernier lieu**, on peut également se demander si le testament pourrait se moderniser à l'**ère du numérique**. Il existe déjà sur internet des sites dédiés à la confection des testaments (*e-testament*²⁵) : un internaute peut, en quelques clics et moyennant une somme d'un montant raisonnable, rece-

voir un projet de testament olographe qu'il pourra réécrire lui-même, pour se conformer aux exigences de l'article 970. Mais la numérisation du testament pourrait-elle aller plus loin ?

En effet, à l'époque des réseaux sociaux, un testateur pourrait être tenté d'enregistrer une vidéo de lui-même dans laquelle il exprimerait ses dernières volontés. Pourrait-on envisager la création d'une forme numérique du testament ? *A priori*, il y a de fortes objections à ce type d'actes : on pourrait craindre que des tiers parviennent à se saisir de l'enregistrement vidéo et ne le modifient, par des montages informatiques, à leur avantage ; voire que des montages vidéo soient créés de toutes pièces ou réalisés sous la contrainte d'un tiers non visible de l'écran. Il faudrait aussi s'assurer que l'enregistrement vidéo, dans l'esprit du testateur, est définitif et qu'il ne s'agit pas d'un essai ou d'une tentative qu'il aurait oublié d'effacer par mégarde : c'est le problème de la signature des testaments verbaux. Cela étant dit, un testament vidéo n'est peut-être pas inconcevable, au regard de l'emprise que prend le numérique dans notre société. L'exposé des volontés du testateur pourrait d'ailleurs être plus clair à l'oral qu'à l'écrit. De même, l'insanité d'esprit du disposant serait plus aisée à déceler sur une vidéo que sur un testament écrit, rédigé dans la solitude.

Dans tous les cas, un tel procédé supposerait que l'enregistrement ait lieu dans un cadre défini par la loi, avec des témoins ou chez un notaire, pouvant attester que le testateur n'a pas subi de pressions extérieures et que l'enregistrement est fiable.

D'ailleurs, en droit comparé, si ce genre de testament n'est pas connu dans les systèmes juridiques européens, il en existe une forme assez proche en droit chinois²⁶. En effet, le droit chinois autorise depuis longtemps le testament « sur cassette », qui correspond à un enregistrement sonore de ses volontés. Le testateur doit énoncer toutes ses dispositions sur cet enregistrement en présence d'au moins deux témoins, dont l'identité doit être indiquée dans l'enregistrement avec la date et le lieu de l'enregistrement. Ensuite, cette cassette est mise sous enveloppe qui est signée par les témoins.

15 - En tout état de cause, si le testament vidéo est faisable, on peut se demander s'il est souhaitable. Cette vidéo testamentaire aurait quelque chose de macabre et de cauchemardesque : il faut imaginer le notaire lancer la lecture de la vidéo devant les héritiers, le visage du mort apparaître et déclamer ses volontés. L'avenir dira si le législateur autorisera un jour cette éternité numérique, qui serait l'ultime triomphe de la volonté des morts...

16 Les articles 981 à 1001 du Code civil visent des formes exceptionnelles de testament qui n'ont pas la même étendue que le testament d'urgence.

17 Par exemple, en droit suisse : C. civ. suisse, art. 506 et s. – En droit autrichien : ABGB, art. 584. – En droit allemand : BGB, art. 2250.

18 Carbonnier, Catala, Saint-Affrique et Morin, *Des libéralités : une offre de loi* : Defrénois 2003, p. 60 (art. 967 à 969).

19 L'article 968-4 prévoit un délai de validité de 6 mois après sa réception par le procureur, si dans l'intervalle le testateur a retrouvé la possibilité de tester dans les formes ordinaires. Ce délai est assez long par rapport au droit suisse, qui prévoit un délai de 14 jours (C. civ. suisse, art. 508).

20 Comme le résume parfaitement Michel Grimaldi, « ou l'on reconnaît à cet engagement une force juridique, et le testament, perdant sa libre révocabilité, se trouve dénaturé : il cesse d'être un acte de dernière volonté. Ou bien l'on n'attribue à cet engagement qu'une simple force morale, et l'atteinte à la révocabilité – qui est diminuée mais non supprimée, puisqu'elle se mesure au degré de conscience morale de chacun – se double du risque d'un manquement impuni à la bonne foi » (*Libéralités et partages d'ascendants* : Litec, 2000, n° 1394, p. 300-301).

21 Encore faut-il distinguer selon la légitimité de cette demande. D'un côté, dans certaines espèces, il s'agit d'époux (Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2017, n° 16-11.028 : JurisData n° 2017-013718) ou de partenaires (Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, n° 17-22.934 : JurisData n° 2018-011767 ; Dr. famille 2018, comm. 244, note M. Nicod), souvent parents d'enfants communs, qui veulent organiser leur succession ensemble, ce qui peut être légitime. D'un autre côté, il y a aussi des espèces montrant des testaments rédigés par un père et sa fille, elle-même légataire (Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 15-17.039 : JurisData n° 2016-005784 ; Dr. famille 2016, comm. 131, note A. Tani), ce qui ne repose sur aucun motif légitime.

22 M. Nicod, *Le formalisme en droit des libéralités : Doctorat et notariat*, 2000, n° 126, p. 50.

23 BGB, § 2265 et s.

24 C'est l'option retenue par le 110^e Congrès des notaires qui propose de consacrer cette possibilité en l'encadrant par un formalisme authentique renforcé et en le rendant irrévocable à partir du décès du premier des testateurs. L'exemple du droit allemand montre toutefois que ce pacte successoral est délicat à manier et suppose une rédaction minutieuse des clauses pour encadrer ses effets (qui doivent être retardés au décès du survivant) et sa révocation (qui doit être réduite à des cas exceptionnels).

25 Ph. Malaurie et Cl. Brenner, *Droit des successions et des libéralités* : Lextenso, 8^e éd., 2018, n° 512.

26 JCI. Droit comparé, V^o Chine, fasc. 25, n° 96, par B. Jin.

ÉTUDE FAMILLE

SUCCESSION ET LIBÉRALITÉS

En exprimant ses dernières volontés, le *de cuius* entend dicter la conduite à tenir après son décès. Ne pouvant être acteur du contrôle du respect de celles-ci, il peut être recouru à différents outils qui seront de nature à le rassurer sur leur prise en considération. Il en va ainsi tant des outils de sanction du gratifié que des outils de gestion de la succession.

Le contrôle du respect des dernières volontés du défunt

© Droits réservés



Étude rédigée par
Vivien Zalewski-Sicard

Vivien Zalewski-Sicard

Enseignant-chercheur, université de Toulouse
Capitole, membre du Grediauc et de l'IRDP

1 - La force de la volonté individuelle en droit des successions est toujours plus grande. Peu à peu, en effet, les règles impératives du droit des successions¹ reculent pour lui laisser une place plus conséquente.

Pour les réformes les plus récentes, peut être citée notamment la renonciation anticipée à l'action en réduction, autrefois prohibée, car correspondant à un pacte sur succession future ou bien encore l'élargissement du champ d'application des libéralités-partages qui peuvent être consenties par toute personne au profit de ses héritiers présomptifs.

Pour les réformes à venir, il est à nouveau proposé, notamment par le rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire de décembre 2019, d'accroître, dans une certaine mesure toutefois, le rôle de la volonté individuelle. Ainsi, est-il proposé de limiter la réserve à 2/3, y compris lorsque le défunt laisse trois enfants ou plus, ce qui permet à ce dernier de disposer d'une plus grande liberté pour disposer de ses biens.

2 - Les dernières volontés sont également concernées par ce mouvement d'anticipation de la volonté individuelle. Par celles-ci, le *de cuius* entend dicter la conduite à tenir après son décès. Sa volonté est alors nécessairement exprimée de manière anticipée, le *de cuius* cherchant à régler par avance, d'une part, la répartition de son patrimoine et, d'autre part, des difficultés qui ne sont pas encore apparues, pour l'éventualité où elles surviendraient, notamment relativement à ses funérailles. Les dernières

¹ A. Tani, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille. Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, t. 64 : Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2020.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

volontés du défunt peuvent en effet être aussi bien extrapatrimoniales que patrimoniales².

Une fois celles-ci éclaircies, rédigées, le *de cuius* peut s'interroger sur leur respect après son décès. À quoi bon en effet exprimer des dernières volontés si, une fois passé de vie à trépas, celles-ci sont méconnues ?

Ne pouvant être acteur du contrôle de leur respect, il peut lui être indiqué qu'il peut recourir à différents outils qui seront de nature à le rassurer. Nous examinerons parmi ceux-ci ceux relatifs aux dernières volontés patrimoniales.

Aussi, peut-il être proposé au testateur tant des outils de sanction du gratifié qui ne respecterait pas ses dernières volontés que des outils de gestion de la succession où c'est un tiers, choisi par lui, qui contrôlera qu'elles ne soient pas méconnues.

1. Les outils de sanction du gratifié

3 - Pour s'assurer que ses dernières volontés patrimoniales exprimées dans un testament seront bien respectées, le testateur peut estimer utile de recourir à une clause « pénale d'exhérédation ». Par ailleurs, lorsque le testateur a entendu imposer au légataire l'exécution d'une charge, il a la possibilité de recourir à une clause résolutoire, sachant que ses héritiers notamment auront la possibilité d'agir s'il s'avère, après le contrôle qu'ils auront réalisé, que le légataire n'exécute pas correctement la charge.

A. - La révocation pour inexécution des charges

4 - Comme une donation, un legs peut être grevé d'une charge. Cette charge s'exécute nécessairement après le décès du testateur. Ce dernier ne peut donc veiller lui-même à ce que celle-ci soit bien exécutée. Le contrôle du respect de cette dernière volonté conduit alors à envisager trois points : qui va pouvoir agir en révocation du legs si le légataire n'exécute pas la charge ? De quelle façon est-il possible d'organiser les conséquences de l'inexécution d'une charge ? Pendant quel délai va-t-il être possible d'obtenir que les dernières volontés du défunt soient respectées ?

5 - S'agissant des personnes pouvant agir afin de faire respecter le testament et spécifiquement l'exécution de la charge, peuvent être intéressés tant le bénéficiaire de la charge que les héritiers du testateur.

6 - Pour ce qui est tout d'abord du bénéficiaire de la charge, la jurisprudence admet qu'il puisse agir, mais uniquement en exécution. Autrement dit il ne peut agir en résolution du legs. Pour expliquer cette restriction, il est fait appel aux règles de la stipulation pour autrui, notamment l'article 1206 du Code civil suivant lequel le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation. C'est également l'absence d'intérêt à agir qui est mis en avant, le bénéficiaire de la charge n'ayant aucun intérêt à ce que le legs portant la charge soit résolu.

7 - Pour ce qui est ensuite des héritiers du testateur, ils peuvent agir tant en exécution qu'en résolution du legs. Par héritiers, il faut entendre tant ceux

désignés par la loi que ceux désignés par le testateur, à savoir les légataires universels. Les légataires à titre universel, dès lors qu'ils y ont intérêt, pourraient aussi agir en résolution du legs pour lequel la charge n'est pas exécutée dès lors qu'ils peuvent être bénéficiaires de la révocation. En présence d'une pluralité d'héritiers, quel que soit l'objet du legs, chaque héritier devrait pouvoir agir en résolution du legs dans son intégralité.

8 - Une clause résolutoire peut être prévue dans le testament. Celle-ci permettra au testateur de renforcer la prise en compte de ses dernières volontés. En effet, alors qu'une résolution judiciaire nécessite une inexécution grave et une décision de justice, la mise en jeu d'une clause résolutoire permettra une résolution du legs pour toute inexécution de la charge. En cas de contestation, le juge ne fera que vérifier si les conditions prévues par la clause sont réunies et constatera, si tel est bien le cas, la résolution du legs. Précisons relativement à cette clause qu'elle pourra être invoquée par toute personne ayant intérêt à ce que le legs soit résolu, mais également par l'exécuteur testamentaire qui contrôle le respect des dernières volontés du défunt dès lors, bien entendu, que le testateur en a désigné un.

9 - Il reste à préciser le délai de prescription de l'action en résolution du legs pour inexécution de la charge. Il est parfois proposé de distinguer suivant que le legs a pour objet un meuble ou un immeuble : s'appliquerait le délai de prescription de 5 ans de l'article 2224 du Code civil, lorsqu'il s'agit d'un meuble, et le délai de prescription trentenaire de l'article 2227 du Code civil, lorsqu'il s'agit d'un immeuble.

Pour autant, il n'est nullement certain qu'une telle distinction ait lieu d'être. Il est vrai que, s'agissant d'une action en résolution, elle peut être qualifiée d'action mixte, emportant tout à la fois contestation sur un droit personnel et sur un droit réel, de telle sorte que la décision qu'elle a pour objet de provoquer en ce qui concerne l'existence du droit personnel aura pour effet virtuel de résoudre la question de l'existence du droit réel. Que l'on adopte une analyse moniste de ladite action ou une analyse dualiste, on est conduit à retenir l'application du délai de droit commun, donc du délai de prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil³.

10 - S'agissant de l'analyse moniste, elle revient à considérer que l'action mixte n'entre dans aucune catégorie visée par l'article 2227 du Code civil et qu'il y a donc lieu de faire application du délai de droit commun.

11 - S'agissant de l'analyse dualiste, elle soumet le succès de l'action réelle à la possibilité d'exercer l'action personnelle, cette dernière se prescrivant nécessairement selon le délai de l'article 2224 du Code civil. Aussi, lorsque l'action personnelle est prescrite, l'action réelle ne peut qu'échouer⁴.

À cet égard, il peut être souligné que la Cour de cassation a retenu comme délai de prescription d'une action en résolution d'une promesse de vente d'un immeuble celui de l'article 2224 du Code civil⁵. C'est donc l'aspect personnel de l'action qui l'a emporté sur son aspect réel et il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment pour l'action en résolution d'un legs pour inexécution des charges.

² M. Grimaldi, *Les dernières volontés*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu* : Paris, PUF, 1994, p. 177 et s. – C. Bahurel, *Les volontés des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, préf. M. Grimaldi : LGDJ, 2014.

³ S'agissant de l'action en réduction, V. M. Grimaldi, *La prescription et le droit patrimonial de la famille* : RDC 2020, n° 116x0, p. 156.

⁴ Ph. Malaurie, *La réforme de la prescription civile* : *Defrénois* 30 oct. 2008, n° AD2008DEF2029N1, p. 2029.

⁵ Cass. 3^e civ., 1^{er} oct. 2020, n° 19-16.561 : *JurisData* n° 2020-015341 ; *Constr.-Urb.* 2020, comm. 143, obs. Ch. Sizaire ; *JCP N* 2020, n° 41-42, act. 818.

B. - Le recours à une clause « pénale » d'exhérédation

12 - Toujours afin de s'assurer que ses dernières volontés seront bien respectées, le testateur peut songer à insérer une clause « pénale » dans son testament visant à priver de ses droits l'héritier qui entendrait contester celles-ci. Ainsi, est-il prévu que si les legs venaient à être attaqués par l'un ou l'autre des légataires, pour quelque cause que ce soit, celui-ci serait privé de toute part dans la quotité disponible ainsi que des biens légués. Les effets d'une telle clause sont toutefois limités.

13 - Dans un premier temps, la jurisprudence distinguait suivant que la clause tendait à l'exécution d'une disposition contraire à des intérêts privés, étant alors valable, ou qu'elle faisait obstacle à l'application d'une règle impérative, auquel cas elle était nulle. Ainsi, la clause pénale pouvait elle recevoir application lorsqu'elle avait pour but d'assurer l'exécution d'un legs de la chose d'autrui ou d'un bien appartenant à un héritier. À l'inverse, lorsqu'elle portait atteinte à la réserve, elle était nulle. Encore fallait-il que la contestation de l'héritier soit fondée pour qu'il échappe à la sanction⁶. Une telle clause pouvait dès lors dissuader un héritier d'agir afin de contester les dernières volontés du défunt, alors même qu'une atteinte à sa réserve aurait pu être caractérisée.

14 - Dans un second temps, la Cour de cassation a retenu qu'une telle clause doit être privée d'effet lorsqu'elle porte une atteinte excessive au

droit d'agir en justice⁷. Elle impose ce faisant aux juges du fond d'effectuer un contrôle de proportionnalité. Ils doivent s'assurer, au vu des intérêts en présence, que la menace d'exhérédation ne porte pas une atteinte excessive au droit des héritiers de contester en justice la libéralité, sachant que l'excès doit s'apprécier par rapport à l'exercice du droit d'agir en justice et non pas par rapport à la sanction encourue.

On ne sait encore comment les juges du fond vont apprécier concrètement cet excès. Vont-ils ou non prendre en compte les démarches effectuées par l'héritier ou le légataire avant que ce dernier n'agisse en justice ? Ainsi, il y aurait excès si en dépit desdites démarches pour obtenir que soit retenue amiablement une atteinte à sa réserve, l'héritier était privé de ses droits dans la quotité disponible parce qu'il a cru de façon erronée qu'existait une atteinte à ses droits réservataires.

15 - Avec une telle jurisprudence, la Cour de cassation vient réduire les moyens de contrôle dont le *de cuius* peut user pour s'assurer que ses dernières volontés seront bien respectées⁸. En effet, alors même que la clause ne viserait qu'à priver le contestataire d'une partie de la quotité disponible sans porter atteinte à ses droits à réserve, la clause pourrait être privée d'effet. En outre, le contrôle de proportionnalité repose actuellement sur des critères flous. Enfin, il est possible que la Cour de cassation aille plus loin encore en retenant que de telles clauses portent nécessairement et obligatoirement atteinte au droit d'agir en justice. En effet, lesdites clauses ont pour objectif d'intimider héritiers et légataires en les dissuadant d'exercer toute action en



© ThitareeSarmkasat/Stock / Getty Images Plus

6 Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, n° 04-16.461 : JurisData n° 2007-037467 ; Bull. civ. I, n° 74 ; JCP N 2007, n° 39-40, 1254, obs. J.-G. Mahinga ; Dr. famille 2007, comm. 90, note B. Beignier. – Th. Le Bars, *Les clauses pénales en droit des libéralités ou le mariage de la carpe et du lapin*, in *Le droit entre tradition et modernité*, Mélanges P. Courbe : Dalloz, 2012, p. 435.

7 Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2021, n° 19-24.407 : JurisData n° 2021-004749 ; JCP N 2021, n° 17, act. 445. – Q. Guiguet-Schiélé, *Droits fondamentaux et droit patrimonial de la famille* : Gaz. Pal. 13 sept. 2016, n° 273r2, p. 41.

8 H. Leyrat, *Quel avenir pour les clauses pénales insérées dans les libéralités ?* : *Defrénois* 30 juin 2016, n° 123t3, p. 683.

LE GUIDE DES ASSOCIATIONS & FONDATIONS 2022

justice et ainsi d'obtenir le respect de leurs droits. Elles entravent ainsi indirectement le droit d'agir en justice.

Si ladite clause a ainsi perdu de sa force, il en va différemment des outils de gestion de la succession dont le *de cuius* peut user pour le contrôle du respect de ses dernières volontés.

2. Les outils de gestion de la succession

16 - Toujours afin d'assurer le respect de ses dernières volontés, le testateur peut envisager de désigner un tiers qui veillera à leur application. Il peut ainsi imposer à ses héritiers, mais aussi à des tiers que les biens qu'il laisse ou qu'il lègue soient gérés par une personne qu'il choisit. Cette dernière veillera ainsi à ce que les dernières volontés du défunt soient bien prises en compte. Elle en assurera le contrôle.

À cette fin, le testateur peut recourir à trois outils : le mandat à effet posthume, l'exécution testamentaire et la clause de l'article 384 du Code civil. Alors que les deux derniers outils sont anciens, le premier est relativement récent et fait encore l'objet d'interrogations.

A. - Le mandat à effet posthume

17 - Le mandat à effet posthume est régi par les articles 812 à 812-7 du Code civil. Il permet au *de cuius* de désigner une personne qui aura pour rôle de gérer l'hérédité. Encore faut-il, cependant, que le recours au mandat soit justifié par un intérêt légitime et sérieux, cet intérêt pouvant être personnel ou réel. Ainsi, le *de cuius* peut-il justifier le recours à un tel mandat par l'âge ou l'incapacité de ses héritiers. Il peut également le justifier par la composition de son patrimoine dont la gestion nécessite une certaine expérience, compétence.

Les héritiers sont ainsi maintenus, par les dernières volontés du défunt, à l'écart de la gestion de la succession. C'est un mandat bien particulier où le mandant est décédé et où le mandataire dispose de pouvoirs que n'ont pas les personnes pour le compte desquelles il agit. Autrement dit, les héritiers sont dessaisis des pouvoirs dont dispose le mandataire. L'outil semble donc idéal pour assurer au *de cuius* que ces dernières volontés seront bien respectées. Pour autant, ledit mandat ne va pas sans limite et son régime n'est pas encore complètement éclairci. Tel est le cas notamment pour la délimitation des pouvoirs du mandataire et pour les hypothèses de révocation du mandat.

18 - Il en va ainsi, tout d'abord, de la délimitation des pouvoirs du mandataire. Les articles 812-1-2 et 812-1-4 du Code civil distinguent deux situations, suivant qu'un héritier a accepté ou non la succession.

19 - Tant qu'aucun héritier n'a accepté la succession, le mandataire ne va pouvoir accomplir que des actes qui ne valent pas acceptation tacite. Ainsi, pendant cette période, le mandataire peut accomplir des actes conservatoires ou de surveillance et des actes d'administration provisoire. Aussi et par exemple, si dans la succession est présente une entreprise, du fait du recours au mandat à effet posthume, le défunt peut imposer à ses héritiers que la poursuite de l'exploitation de ladite entreprise soit assurée par la

personne qu'il a choisie. Ses héritiers n'auront pas alors leur mot à dire pour l'administration de cette entreprise.

20 - Une fois que l'un des héritiers a accepté la succession, l'article 812-1-4 du Code civil renvoie au droit commun du mandat, à savoir les articles 1984 à 2010 du Code civil dès lors qu'ils ne sont pas incompatibles avec les dispositions propres au mandat à effet posthume. Et c'est ici que les problèmes surgissent. En effet, en renvoyant au droit commun du mandat, est visé entre autres l'article 1988 du Code civil qui distingue entre le mandat général, auquel sont liés des pouvoirs d'administration, et le mandat exprès, nécessaire pour que le mandataire puisse accomplir des actes de disposition. Ce renvoi conduit dès lors à s'interroger sur la possibilité pour le mandataire de pouvoir disposer des biens dont le *de cuius* lui a confiés la gestion.

Deux interprétations sont possibles. La première est extensive et s'appuie sur l'article 812 du Code civil qui précise que le mandat à effet posthume peut correspondre à un mandat d'administrer ou de gérer. Or, le mandat de gérer les biens du défunt implique le pouvoir de disposer de ceux-ci. Elle permet également que le mandat à effet posthume puisse déployer la plénitude de ses effets, notamment lorsque le défunt laisse une entreprise et des enfants mineurs, le mandataire ayant alors la possibilité de céder ladite entreprise s'il s'avère que c'est la décision qu'il convient de prendre. Elle assure ainsi que les dernières volontés du défunt seront entièrement prises en compte.

La seconde interprétation est restrictive et prend en considération l'une des causes de révocation du mandat à savoir la cession par les héritiers des biens gérés par le mandataire. Or, si les héritiers peuvent disposer des biens, cela impliquerait que le mandataire ne dispose pas du pouvoir d'aliéner les biens de la succession, le mandat à effet posthume étant un mandat de dessaisissement. Il y a donc ici un point que le législateur devrait éclaircir en choisissant entre faire prévaloir les dernières volontés du défunt ou laisser aux seuls héritiers le pouvoir de disposer des biens présents dans la succession.

21 - Ensuite, s'agissant des cas de révocation du mandat, l'article 812-4 du Code civil prévoit sept causes de révocation qui ne sont pas toutes respectueuses des dernières volontés du défunt. Il en va ainsi lorsque le mandataire choisi de renoncer au mandat, alors que la mission que lui a confiée le défunt n'est pas arrivée à son terme. Il en va de même lorsque le juge révoque le mandat en raison de la défaillance du mandataire dans l'exécution de sa mission. Mais encore, les héritiers, auxquels le défunt entend imposer ses dernières volontés, vont pouvoir eux-mêmes décider de mettre fin au mandat et ainsi ne pas respecter ce que le défunt souhaitait. Tout d'abord, ils peuvent conclure avec le mandataire un nouveau mandat. Ce nouveau mandat prend alors la place du mandat à effet posthume. Si certes les biens continuent à être gérés par le mandataire choisi par le défunt, pour autant, la gestion se fait alors dans les conditions prévues par le mandat de droit commun et les héritiers ne sont plus alors dessaisis de leur pouvoir. Ensuite, lesdits héritiers peuvent décider d'aliéner les biens gérés par le mandataire, ce qui entraîne alors la révocation du mandat. Et à cet égard, la Cour de cassation a précisé que le défunt ne peut priver ses héritiers du pouvoir de disposer des biens de la succession⁹. Il y a là une limite conséquente à la force des dernières volontés du défunt. Elle peut expliquer que le défunt se détourne dudit mandat pour lui préférer des outils plus anciens.

⁹ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2010, n° 09-10.556 ; JurisData n° 2010-005870 ; Bull. civ. I, n° 117 ; JCP N 2010, n° 46, 1351, note J.-G. Mahinga ; Dr. famille 2010, comm. 104, note B. Beignier.

B. - Les autres « mandats »

22 - Le *de cuius*, toujours pour contrôler que ses dernières volontés seront bien prises en considération, peut désigner un exécuteur testamentaire, mais aussi un mandataire en application de l'article 384 du Code civil qui veilleront à ce que tel soit bien le cas.

1° L'exécution testamentaire

23 - Ayant fait l'objet d'une réforme importante avec la loi du 23 juin 2006, les dispositions relatives aux exécuteurs testamentaires, présentes aux articles 1025 à 1034 du Code civil, vont permettre au *de cuius* de s'assurer qu'après son décès, la personne qu'il aura choisie veillera à contrôler à ce que ses dernières volontés soient bien respectées. À cet égard, il faut préciser que l'objet de l'exécution testamentaire est différent de celui du mandat à effet posthume. En effet, avec l'exécution testamentaire, il ne s'agit pas de permettre à un tiers d'administrer la succession, mais de veiller à ce que les legs consentis par le défunt soient bien correctement exécutés et que ses dernières volontés, qu'elles soient de nature patrimoniale ou extrapatrimoniale, soient respectées. L'exécution testamentaire est donc bien un outil de contrôle du respect des dernières volontés du défunt.

24 - La jurisprudence tout d'abord, puis la loi du 23 juin 2006 ensuite, ont permis de renforcer l'intérêt de recourir à l'exécution testamentaire. Ainsi, le testateur, y compris en présence d'héritiers réservataires, peut habiliter l'exécuteur testamentaire à prendre possession en tout ou partie du mobilier de la succession et à le vendre s'il est nécessaire pour acquitter les legs particuliers dans la limite de la quotité disponible. Ensuite, mais uniquement en l'absence d'héritier réservataire acceptant, le testateur peut habiliter l'exécuteur testamentaire à disposer en tout ou partie des immeubles de la succession, recevoir et placer les capitaux, payer les dettes et les charges et procéder à l'attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires. Autant dire que c'est le défunt, *via* l'exécuteur testamentaire, qui va procéder à la liquidation et au partage de sa succession. Enfin, lorsque l'exécution testamentaire aura été prévue dans un testament authentique, l'envoi en possession n'est pas requis pour que l'exécuteur testamentaire puisse exercer ses pouvoirs.

25 - Ces outils de contrôle du respect des dernières volontés du défunt peuvent se combiner entre eux. Ainsi, il est tout à fait possible de désigner tout à la fois un exécuteur testamentaire et un mandataire à effet posthume. Il peut arriver alors que leurs pouvoirs entrent en contradiction. À cet égard, le législateur a vu la difficulté puisqu'il a précisé à l'article 812 du Code civil que le mandat posthume est donné sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire. Le *de cuius* est ainsi assuré que le mandataire à effet posthume ne viendra pas contrarier ses dernières volontés quant à l'attribution de ses biens.

Le *de cuius*, toujours pour contrôler que ses dernières volontés seront bien prises en considération, peut désigner un exécuteur testamentaire

2° Le mandat de l'article 384 du Code civil

26 - Lorsque le défunt donne ou lègue des biens à un mineur, il peut, en application de l'article 384 du Code civil, désigner un tiers administrateur et ainsi écarter l'administration légale des père et mère. Ses dernières volontés ont alors un champ d'application plus réduit tout en ayant une force conséquente¹⁰.

Le champ d'application est plus réduit puisque ne sont concernés que les biens légués à un mineur. Pour autant, un tel mandat présente une utilité certaine notamment dans les familles recomposées. Ainsi, un père ou une mère peut décider de soustraire à l'administration légale du survivant les biens qu'il lègue à son enfant, ne souhaitant pas que les biens qu'il laisse soient gérés par son ex-époux pendant la minorité de son enfant¹¹. De la même façon, des grands-parents peuvent recourir à un tel mandat pour confier la gestion des biens qu'ils lèguent à leurs petits-enfants à un tiers, n'ayant pas confiance dans leur enfant pour assurer celle-ci dans l'intérêt de leurs petits-enfants. La combinaison d'un legs universel et d'une clause d'exclusion de l'administration légale permet ainsi d'assurer au *de cuius* que ses dernières volontés seront bien prises en considération.

27 - Le mandat de l'article 384 du Code civil a une force conséquente dès lors que le représentant légal du mineur ne peut écarter le mandataire et ne peut davantage aliéner les biens légués au mineur, à la différence de ce que peuvent faire les héritiers lorsqu'il est recouru au mandat à effet posthume. En outre, le *de cuius* peut octroyer au mandataire le pouvoir de disposer des biens légués au mineur, alors que cette possibilité est débattue pour le mandat à effet posthume. En effet, les pouvoirs du mandataire sont définis par le testateur et ce n'est qu'à défaut de précision, que les pouvoirs du mandataire sont identiques à ceux d'un administrateur légal.

28 - L'article 384 du Code civil ne posant pas de limite à la volonté du testateur, ce dernier a bien la possibilité d'octroyer au mandataire le pouvoir de disposer des biens légués. En outre et cette fois-ci contrairement à l'exécution testamentaire, la réserve du mineur n'est pas un obstacle au recours à un tel mandat, la Cour de cassation ayant jugé dans un arrêt du 6 mars 2013 que l'article 384 du Code civil est une disposition générale qui ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire¹². La solution est logique dès lors que l'article 384 du Code civil ne distingue nullement suivant que les biens légués composent ou non la part de réserve de l'enfant mineur et que le mandat de l'article 384 du Code civil ne correspond pas à une charge d'une libéralité, mais à une dérogation aux règles de l'administration légale, le *de cuius* ne faisant que désigner un tiers pour gérer les biens légués au mineur en lieu et place de l'administrateur légal. De même, seul l'administrateur légal voit ses pouvoirs restreints par les dernières volontés du défunt.

10 Ph. Delmas Saint-Hilaire, À propos de la clause d'exclusion de l'administration légale, in *Mél. Le Guidec* : LexisNexis, 2014, p. 345.

11 Cass. 1^{er} civ., 10 juin 2015, n^{os} 14-18.856 et 14-20.146 : *JurisData* n^o 2015-013656 ; *Bull. civ. I*, n^o 138 ; *Procédures* 2015, comm. 301, note M. Douchy-Oudot ; *Dr. famille* 2015, comm. 174, note M. Bruggeman.

12 Cass. 1^{er} civ., 6 mars 2013, n^o 11-26.728 : *JurisData* n^o 2013-003729 ; *JCP N* 2013, n^o 18, 1121, obs. D. Boulanger ; *Dr. famille* 2013, comm. 73, note M. Bruggeman ; *Dr. famille* 2013, comm. 57, note A. Mangiavillano.