

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 3/2010
iulie-septembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

DIRECTOR: Prof. dr. Paul VASILESCU

REDACTOR-ȘEF: lector dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

lector dr. Sergiu BOGDAN

profesor dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

asist. dr. Juanita GOICOVICI

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

conf.dr. Florin STRETEANU

REFERENȚI:

George ANTONIU - profesor, Institutul de cercetări juridice, Academia Română

Michel GRIMALDI - profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii : Alina Oprea - L'ARTICLE 3§4 DU REGLEMENT ROME I SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS CONTRACTUELLES ET LES CONTRATS INTRACOMMUNAUTAIRES	3
» Studii : Vincent Caron - L'OBLIGATION DE DIVULGATION ET LE RISQUE MORAL EN ASSURANCE DE DOMMAGES.....	15
» Articole : Mircea Dan Bob - Journées Capitant 2010, Rapport roumain: Successions et famille.....	47
» Articole : Veaceslav Pinzari - Journées Capitant 2010, Rapport moldave: Successions et famille.....	57
» Articole : Gheorghe Piperea - Journées Capitant 2010, Rapport roumain: Successions et entreprise	72
» Articole : Dragoş-Alexandru Sitaru - Journées Capitant 2010, Rapport roumain: Successions internationales.....	84
» Articole : Ion Dănoi - Journées Capitant 2010, Rapport moldave: Successions internationales.....	99
» Articole : Emil Bălan, Gabriela Varia - PUBLICAREA ACTELOR IN MONITORUL OFICIAL AL ROMANIEI SI CERINTELE TERMENULUI REZONABIL IN CONTEXTUL BUNEI GUVERNARI / The publication in the Romanian Official Journal and the requirements of the reasonable term in the framework of the good governance	107
» Anunt : - Decesul profesorului Tudor Draganu	113

**L'ARTICLE 3§4 DU REGLEMENT ROME I SUR LA LOI
APPLICABLE AUX OBLIGATIONS CONTRACTUELLES
ET LES CONTRATS INTRACOMMUNAUTAIRES***

Alina OPREA**

Résumé. *L'exercice de la compétence communautaire en droit international privé apporte parfois des bouleversements sérieux des méthodes et solutions traditionnelles de cette matière. Une illustration en est offerte à travers la consécration, par le Règlement Rome I, du contrat international intracommunautaire, à propos duquel l'autonomie de la volonté des parties est sévèrement encadrée au profit du droit impératif de source communautaire. Notre étude tentera de montrer que si cette démarche est acceptable et légitime dans un ordre juridique intégré, entièrement harmonisé, les réalités législatives existantes aujourd'hui en Europe rendent la solution complexe et assez peu satisfaisante.*

Mots-clé : Règlement Rome I ; autonomie de la volonté ; contrats intracommunautaires ; clause du standard minimum communautaire ; impérativité communautaire ; lois de police

Cuvinte cheie: Regulamentul Roma I; autonomie de voință; contracte intracomunitare; clauza standardului minim comunitar; imperativitate comunitară; legi de poliție

1. Comme l'hypothèse d'une unification complète des droits matériels des Etats membres de l'Union européenne est difficilement imaginable et peu désirable, pour résoudre le mieux possible les problèmes nés de la multiplication des relations privées transfrontières, les autorités communautaires ont assez vite décidé d'exploiter le potentiel des règles de droit international privé¹. Avec le Traité d'Amsterdam, le titre IV du Traité CE a été communautarisé² et depuis, sur le fondement de son article 65, les institutions communautaires jouissent de la compétence pour «favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence», dans la mesure «nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur»³. Le Traité de Lisbonne n'innove pas quant à cela⁴, se contentant d'une amélioration de l'expression d'un texte dont le sens n'a pas changé.⁵

2. Le législateur communautaire a profité pleinement de cette compétence : suite à ses interventions, les Etats membres disposent aujourd'hui des dispositions communes relatives, entre autres⁶, à la détermination de la loi applicable en matière d'obligations extracontractuelles⁷ ou contractuelles⁸. Dans ces démarches de transformation et de modernisation du droit international privé des Etats membres, il s'est inspiré

bien entendu des méthodes et techniques classiques de cette matière⁹. Mais la poursuite des objectifs propres, liés à la construction communautaire et à la réalisation du marché intérieur est parfois également présente¹⁰; une des expressions les plus visibles de celle-ci et, ainsi, de l'influence du droit communautaire sur le droit international privé des Etats membres, peut être observée, en matière contractuelle, avec la consécration du contrat intracommunautaire, contrat « interne » à la Communauté, présentant un lien étroit avec le territoire des Etats membres¹¹.

3. L'importance des règles et méthodes du droit international privé classique se voit diminuée afin de permettre à propos de ce contrat l'intervention du droit communautaire dérivé, considéré le régime juridique de droit commun. Notre étude aura pour objet l'approfondissement du changement ainsi apporté, à travers de l'analyse de la règle contenue à l'article 3§4 du Règlement Rome I¹².

4. **Proposition doctrinale de réforme.** En 2001, à l'occasion d'une réflexion sur la notion de « contrat international », Cl. Witz montrait que la définition de celui-ci devrait être reconsidérée à la lumière de l'influence communautaire¹³. Dans la mesure où l'ordre juridique communautaire a des contours de plus en plus définis et les principes de libre circulation conduisent à anéantir les frontières, il est très facile, selon cet auteur, de considérer qu'une situation présentant des liens de rattachement seulement avec les Etats membres n'est pas véritablement internationale et, par conséquent, n'entraîne pas le jeu des règles de droit international privé ordinaires. Ainsi, la constitution du marché « unique » européen obligerait à considérer comme périmée la distinction traditionnelle entre les contrats internes et les contrats internationaux. Elle imposerait un déplacement de la limite entre contrat interne et international, pour parler dans le futur des contrats internationaux et contrats intracommunautaires. Les contrats intracommunautaires seront constitués tant par les contrats jusqu'ici considérés internationaux, mais qui présentent des liens de rattachement seulement avec les pays européens, que par les contrats purement internes au chacun des pays européens. Il leur est opposé la catégorie des contrats véritablement internationaux – contrats qui présentent des liens aussi avec des pays non-européens.

Si l'auteur ne dit rien d'une éventuelle limitation de l'autonomie de volonté pour les contrats présentant des liens avec seulement les Etats membres, il se montre très novateur à l'égard des contrats purement internes à un Etat, qui devraient être gouvernés par le principe d'autonomie de la volonté¹⁴, sous la réserve essentielle que les parties ne seraient libres de choisir comme *lex contractus* que la loi d'un des pays membres. Cette réforme se justifierait, selon Cl. Witz, par le rapprochement des législations européennes et par la confiance qui existe entre les Etats membres. D'ailleurs, elle serait économiquement adéquate – en permettant une réduction des coûts juridiques des opérateurs – et capable de stimuler la compétition entre les systèmes juridiques des Etats membres¹⁵.

5. Les idées de Cl. Witz ont été très critiquées en doctrine¹⁶. Selon V. Heuzé, cette position n'est nullement commandée par les dispositions du Traité CE et ses conséquences sont très graves : elle conduit à toujours faire régir tous les contrats européens par une seule loi, la loi nationale la plus laxiste, la plus libérale, la plus libérée de contraintes pour les parties ; les autres lois des pays européens tomberont en désuétude¹⁷. De même, selon V. Heuzé, la soupape des lois de police nationales n'est pas de grand secours en ces cas ; outre la grande incertitude juridique à laquelle conduirait la généralisation de cette méthode, il ne faut pas oublier que la légitimité de l'intervention de ces lois est vérifiée par la CJCE du point de vue de la compatibilité avec le droit communautaire - démarche en soi périlleuse, qui crée un « *risque de dérive vers un gouvernement des juges européens* »¹⁸ par le pouvoir reconnu à la Cour de justice, *d'un côté* de trancher quelles dispositions nationales impératives vont survivre dans l'espace communautaire et, *d'un autre côté*, de construire un droit uniforme des contrats à partir de la législation la plus libérale d'Europe. Ces conséquences de la théorie envisagée s'opposent à sa consécration...

6. Le nouveau Règlement Rome I ne tient pas compte de cette proposition de réforme. Il innove pourtant dans un autre sens, pour traiter le contrat intracommunautaire de façon similaire à un contrat interne en lui assurant le bénéfice du droit communautaire impératif. Le processus ayant abouti à l'article 3§4 du Règlement Rome I mérite d'être rappelé, pour les éclaircissements qu'il apporte quant à la portée finale de la règle retenue.

7. **Proposition de Livre Vert.** La proposition d'introduction dans le Règlement Rome I d'une clause de nature générale garantissant un standard minimum communautaire dès lors que tous les rattachements du contrat sont situés dans un ou plusieurs Etats membres a été mise en discussion dès 2001, avec le lancement du *Livre vert sur la communautarisation de la Convention de Rome*¹⁹. Cette clause était rédigée comme suit : « *Le choix par les parties de la loi d'un Etat tiers ne peut, lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la conclusion du contrat, localisés dans un ou plusieurs Etats membres, porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire* » (pct. 3.1.2.2.).

Ainsi formulé et une fois adopté, le texte était de nature à permettre les applications par analogie de l'article 3§3²⁰ de la Convention de Rome / du futur Règlement Rome I face à cette nouvelle réalité, le contrat intracommunautaire²¹. Elle permettait de distinguer pour le futur entre deux catégories de normes très différentes : *d'un côté*, des dispositions du droit communautaire ayant une impérativité interne, qui s'appliquent de façon uniforme sur tout le territoire des Etats membres, qui eux seraient visées par le texte analysé et, *d'un autre côté*, des dispositions du droit communautaire ayant une impérativité internationale, pouvant s'analyser en véritables lois de police communautaires et formant un ensemble beaucoup plus restreint.

8. **Proposition de Règlement de 2005.** Un peu de trouble a pu semer toutefois la formulation utilisée dans l'article 4§5 de proposition de Règlement de 2005, qui parlait de « *l'application des dispositions impératives du droit communautaire lorsqu'elles seraient applicables au cas d'espèce* »²².

Si dans la doctrine s'étant préoccupé de la Convention de Rome, il y a eu dans le passé une hésitation pour la définition du concept « dispositions impératives » contenu à l'article 3§3²³, celle-ci s'était cristallisée dans le sens de l'inclusion de toutes les normes d'ordre public interne. La formulation retenue par le projet de Règlement pour l'article 3§5 était très ambiguë quant à la signification de la limitation de la volonté des parties par rapport aux règles impératives du droit communautaire « *qui se veulent applicable à l'affaire* ».

9. Une première alternative possible consistait à comprendre l'article 3§5 de la Proposition comme faisant référence à toutes les normes impératives du droit communautaire applicables *rationae materiae* à l'affaire et qui interviendraient, conformément à l'article 4§1 du (futur) Règlement Rome I, dans l'absence d'un choix de loi par les parties. Cette approche a été critiquée fortement comme étant trop extensive et difficilement justifiable : elle réservait un champ d'application trop large à l'article 3§5 du futur Règlement, qui n'était pas limité aux litiges intracommunautaires²⁴. Dans cette optique, la neutralisation du choix de loi au profit des dispositions simplement impératives du droit communautaire était parfaitement possible si l'article 4 du (futur) Règlement désignait comme applicable la loi d'un pays membre. La conséquence aurait été alors que dans le domaine matériel de toute norme communautaire, les parties n'auraient pas pu en déroger par le choix de la loi d'un pays non-membre, même s'ils existaient des liens avec des Etats autres que ceux de la Communauté²⁵. Dans le domaine matériel d'application des normes impératives communautaires, l'autonomie de la volonté aurait cessé d'exister²⁶ et toutes les dispositions simplement impératives du droit communautaire auraient été transformées en lois de police par l'article 3§5 du Règlement Rome I^{27, 28}.

10. Une deuxième alternative possible était de comprendre la formulation « *qui se veulent applicable à l'affaire* » de l'article 3§5 de la Proposition comme imposant au juge national de vérifier si la disposition communautaire en cause est, par elle-même, internationalement impérative. Cette position aurait pu s'expliquer par la référence, dans le *Livre Vert*, à l'affaire *Ingmar*²⁹, tranchée par la CJCE en 2000. Toutefois, si la vraie fonction de l'expression était celle de codifier, pour des raisons de clarification, cette jurisprudence, alors l'existence de l'article 3§5 n'était pas trop justifiée : ce texte aurait du trouver sa place à côté de l'article 8 de la proposition de Règlement, qui abordait exactement le problème des dispositions internationalement impératives³⁰. De même, le parallélisme avec l'article 3§3 de la Convention de Rome était rompu, car ce dernier texte ne vise pas seulement les lois de police, mais toutes les normes impératives.

11. **Le Règlement Rome I.** Heureusement, le texte final du Règlement a évité ce type de discussions. Il n'en soulève pas moins d'autres. Avec le Règlement Rome I, l'article 3§3 de la Convention de Rome sur les contrats internes trouve à l'article 3§4 son miroir pour les contrats intracommunautaires ; plus proche de la formulation rencontrée dans le *Livre Vert* ou celle proposée par GEDIP³¹, ce dernier dispose texte : « *Lorsque tous les éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for* ».

Ce parallélisme entre les rapports imposés entre les contrats internes et la loi étatique et les rapports imposés entre les contrats intracommunautaires et le droit communautaire a été vu comme séduisant ou légitime par certains auteurs³², troublant par d'autres³³.

12. **Mission légitime.** L'article 3§4 du Règlement Rome I a le même but que l'article 14§3 du Règlement Rome II³⁴ : celui d'éviter une évasion des dispositions impératives contenues dans les instruments communautaires si le contrat est entièrement localisé sur le territoire des États membres³⁵. Ces préoccupations semblent justifiées³⁶ : si leur contrat a des liens seulement avec les États membres, les parties ne devraient pas avoir la possibilité d'écarter l'application des normes (même) simplement impératives³⁷ issues du processus d'harmonisation et constituant le standard communautaire minimum. Le rôle de cette règle est ainsi celui d'éviter la fraude aux dispositions impératives communautaires par le choix par les parties de la loi d'un pays non-communautaire, d'empêcher les parties, toutes les deux établies dans la Communauté, de frustrer le but principal du droit communautaire dérivé, qui est justement celui d'harmoniser les normes relatives aux contrats transfrontaliers conclus entre ces catégories de personnes³⁸.

Vu le fait que la distinction entre dispositions simplement impératives et internationalement impératives, qui a suscité des discussions à propos de l'article 3§3 de la Convention de Rome, n'a pas de sens dans le cadre du nouveau article 3§4 du Règlement (car il n'y a pas des règles communautaires impératives seulement pour les situations intracommunautaires et autres applicables dans les situations véritablement internationales), le rôle du nouveau article 3§4 du Règlement Rome I serait aussi celui de faciliter l'application des dispositions impératives communautaires en certaines situations, dispensant le juge de la recherche des critères d'application des ces normes impératives³⁹.

13. **Éléments troublants.** Dans l'application du texte de l'article 3§4 du Règlement Rome I, le point de départ de l'analyse est représenté par la localisation des points de rattachement de la situation litigieuse. Lorsqu'en cause est une règle communautaire impérative et tous les rattachements de la situation convergent vers la Communauté, cette règle sera appliquée, même si les parties ont choisi comme

applicable la loi d'un Etat non-communautaire⁴⁰. C'est l'ériger en loi de police (c'est vrai, dans une hypothèse restreinte) et contourner ainsi l'autonomie de la volonté des parties, même si le contrat est pourtant « traditionnellement » international⁴¹. Avec cela, le législateur communautaire va plus loin qu'il le faisait avec les clauses d'applicabilité des directives : alors que l'intervention de ces dernières était conditionnée par besoin de pallier l'insuffisance de protection du consommateur (par l'article 5 de la Convention de Rome), le texte de l'article 3§4 du Règlement n'entend pas s'appliquer seulement aux contrats conclus par les consommateurs ou aux contrats déséquilibrés ou si la loi choisie n'assure pas un niveau satisfaisant de protection. Sa formulation est générale et elle va profiter à tout le droit communautaire impératif, existant ou adopté dans le futur, ayant ou non un objectif de protection.

14. Cette démarche a été déjà dénoncée par les auteurs comme excessive⁴². Les hypothèses d'intervention de l'article 3§4 du Règlement Rome I seront beaucoup plus fréquentes que celles de l'article 3§3 de la Convention de Rome : s'il n'est pas trop courant pour un contrat franco-français que les parties choisissent la loi suisse ou la loi américaine, tel n'est pas du tout le cas pour un contrat franco-allemand, ou franco-italien, ou franco-britannique....

15. De plus, dans un ordre juridique intégré, entièrement harmonisé, la solution n'aurait pas posé des difficultés, car la situation serait véritablement interne : les règles impératives de l'ordre juridique considéré (les dispositions impératives du droit communautaire dérivé) sont applicables, la volonté des parties est strictement intégrée, celles –ci ne peuvent déroger qu'aux règles supplétives de cette ordre juridique (tout comme pour un contrat interne français les parties ne peuvent agir que dans la limite des normes impératives du droit français). Mais dans la réalité des problèmes peuvent sans doute apparaître, en raison du fait que l'ordre juridique communautaire n'est que partiellement construit, le processus l'harmonisation n'est pas achevé. Doit-on considérer que la situation est intracommunautaire dans le domaine harmonisé (impératif) et internationale dans le domaine non harmonisé, avec les inconvénients qui en découlent, en termes de technicité, de manque de clarté et de prévisibilité⁴³? Tel est pourtant le résultat de la mise en œuvre de la disposition analysée, du moins lorsque le processus d'harmonisation n'est pas terminé. P. Deumier affirme : « ...la liberté des parties sera proportionnellement inverse au développement de dispositions impératives dans le droit communautaire... Concrètement ... le juge devra comparer les dispositions du droit [étranger choisi] et les dispositions impératives du droit communautaire, telles qu'elles auront été transposées par la loi du for. Si la loi choisie porte atteinte aux dispositions impératives d'origine communautaire, le juge devra faire une application distributive : pour préserver le standard minimum, appliquer la loi du for en toutes ses dispositions impératives communautaires ; pour le reste, respecter le choix des parties et appliquer le droit [étranger] »⁴⁴.

17. **Conclusion.** Avec l'article 3§4 du Règlement Rome I les parties vont perdre en termes de prévisibilité de la loi applicable ; de même, leur liberté sera beaucoup plus limitée. Quant aux juges, la simplification obtenue par la dispense de chercher les critères d'application du droit communautaire impératif sera sans doute compensée par la complication résultant de l'application combinée des deux lois (celle choisie par les parties et celle impérative communautaire).

L'objectif poursuivi par le législateur communautaire avec l'article 3§4 du Règlement Rome I est celui de limiter l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats intracommunautaires au profit du droit communautaire impératif. Mais à défaut d'une harmonisation communautaire très poussée, qui seule nous permettrait de qualifier le contrat intracommunautaire de véritable contrat interne, la démarche équivaut pour cette hypothèse, pas du tout d'école, à une négation presque de cette autonomie, par la transformation de (tout) le droit communautaire impératif en loi de police⁴⁵, applicable par le juge, sous le visa, non de l'article 9 du Règlement, comme cela aurait été normal, mais sous le visa de l'article 3§4. Il s'agit toutefois d'une catégorie particulière de lois de police, car lorsque les parties ont choisi une loi d'un Etat membre ou lorsque seulement une partie des rattachements du contrat sont localisés dans la Communauté, elles ne vont pas intervenir comme telles, mais les juges vont continuer à consulter chaque norme communautaire en cause pour vérifier si, tout en poursuivant un but d'intérêt public, elle se déclare explicitement ou implicitement applicable, si elle est qualifiable de loi de police, au sens traditionnel du terme. Cette complexité contentera très peu...

* Studiu finanțat din grant CNCSIS, competiția 2008, proiect IDEI, cod. 2442, coordonator conf. dr. Dan Andrei Popescu, Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca.

** Alina OPREA, Assistant, FSEGA Cluj-Napoca, alinaxoprea@yahoo.fr.

¹ Le Traité de Rome a réservé une place modeste au DIP, cette matière relevant de la coopération intergouvernementale (v. l'article 220 TCEE, devenu l'article 293 du Traité CE ; sur le fondement de ce texte, a été adoptée la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence juridictionnelle et la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, dont on connaît le succès). Depuis les années quatre-vingt, le développement du droit communautaire dérivé dans des matières spécifiques (droit des assurances, du travail, de la consommation) a conduit à une multiplication des règles de droit international privé destinées à combler les divergences qui continuaient à exister entre les Etats membres; toutefois une politique systématique n'a pas été poursuivie, ce qui a permis à la doctrine de dénoncer les incohérences dans la réglementation - V., pour un inventaire et des critiques, E. Jayme, C. Kohler, « *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome* », RCDIP, 1995, p. 1.

² V. J. Basedow, « *The Communitarisation of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam* », 37, C.M.L.R., 2000, p. 687.

- ³ Sur les limites qui résultent de ces formules pour la compétence communautaire, v. Y. Lequette, « *De Bruxelles à la Haye (Acte II). Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé* », in **Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon**, Dalloz, 2008, p. 503, sp. p. 509-519.
- ⁴ Le §2 du nouvel article 81 TFUE (ex. article 65 du Traité CE) dispose : « *Aux fins du paragraphe 1, le Parlement et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer : ... c) la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence* » ; les changements apportés par rapport à l'ancien article 65 du Traité CE concernent l'ajout de l'adverbe *notamment* avant la référence au bon fonctionnement du marché intérieur et la substitution du verbe *assurer* (la compatibilité) au préalable *favoriser*.
- ⁵ V. en ce sens V. Heuzé, « *D'Amsterdam à Lisbonne, l'Etat de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois* », JCP G, n° 30, 23 juillet 2008, I, 166, n° 8 ; I. Barrière Brousse, « *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé* », JDI, 2010, p. 3, sp. p. 8-12 ;
- ⁶ V. par exemple, le Règlement (CE) 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 012 du 16.1.2001, p.1) ; Règlement (CE) 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité (JO L 160 du 30.6.2000, p.1) ; Règlement (CE) 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, abrogeant le Règlement (CE) 1347/2000 (JO L 338 du 23.12.2003, p. 1–29) ; Règlement (CE) 805/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (JO L 143 du 30.04.2004) ; Règlement (CE) 4/2009 du Conseil, du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (JO L 7 du 10.1.2009, p. 1–79).
- ⁷ V. Règlement (CE) 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), (JO L 199 du 31.7.2007, p. 40–49).
- ⁸ V. Règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), (JO L 177 du 4.7.2008, p. 6–16).
- ⁹ V. par exemple notre présentation des règles de conflit du Règlement Rome II, « *Noua reglementare europeană a conflictelor de legi în materie extra-contractuală : Regulamentul (CE) n° 864/2007 (Roma II)* », RRDP, 2/2008, p. 71 et s.
- ¹⁰ En effet, dans les relations internationales intracommunautaires, la tendance est plutôt à l'élimination du droit international privé ; les relations communautaires sont traitées de plus en plus comme des relations internes ; les droits de plusieurs pays sont potentiellement applicables, mais dans le domaine harmonisé le principe de confiance mutuelle entre les Etats membres conduit à l'élaboration des règles de conflit spéciales, sous la réserve du respect des objectifs communautaires par ces Etats – v. L. Gannagé, « *La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation* », **Liber amicorum Jean Calais Auloy, Etudes de droit de la consommation**, Dalloz, 2003, p. 442. V., dans un autre contexte, P. Lagarde: « *La logique communautaire d'un espace unifié l'emporte ici sur celle des conflits*

des lois : les situations intracommunautaires, même étalées sur plusieurs Etats membres, sont en somme traitées comme des situations internes pour l'application des règles protectrices du droit communautaire » - *Compte rendu de l'article de K. Thorn, « La protection des consommateurs dans les contrats à distance », RCDIP, 1999, p. 422.*

- ¹¹ V. en ce sens E. Pataut, « *Lois de police et ordre juridique communautaire* », in (dir.) A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut, **Les conflits de lois et le système juridique communautaire**, Dalloz, 2004, p. 117, sp. p. 138.
- ¹² Une disposition similaire se retrouve, pour ce qui est des obligations extracontractuelles, dans l'article 14§3 du Règlement Rome II.
- ¹³ Cl. Witz, « *L'internationalité et le contrat* », *Rev. Lamy Dr. Aff.*, 2002, nr. 46, suppl., p. 59, sp. p. 61-62.
- ¹⁴ Si en matière contractuelle, l'uniformité de traitement pour le contrat interne et le contrat international apportée par la Convention de Rome a fait disqualifier « le phénomène de la frontière » parmi des caractéristiques du DIP (v. en ce sens H. Gaudemet-Tallon, « *Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional : l'exemple du droit communautaire* », in (eds.) T. Einhorn, K. Siehr, **Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of P. Nygh**, TMC Asser Press, 2004, p. 119-137), car la même règle de conflit, prévue à l'article 3§1 de la Convention (l'autonomie de la volonté des parties pour déterminer la loi applicable aux contrats) s'appliquait tant aux contrats internes qu'aux contrats internationaux, la Convention gardait toutefois la réserve de l'article 3§3 pour les contrats présentant des liens avec un seul Etat : selon celle-ci, en cas de choix par les parties d'une loi étrangère pour gouverner un contrat autrement interne à un Etat, toutes les dispositions impératives du droit de ce dernier Etat pouvaient recevoir application. Dans la proposition du prof. Cl. Witz, cette correction n'est pas apportée ; si l'autonomie de la volonté est permise même à propos des contrats purement internes, se trouve en revanche limité l'éventail des lois sur lesquelles pouvait porter le choix des parties (les lois des 15 Etats membres, à l'époque).
- ¹⁵ Cl. Witz, « *L'internationalité et le contrat* », *op. cit.*, sp. p. 62.
- ¹⁶ P. Mayer, **Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé** (Cours général de droit international privé), RCADI, 2003, t. 327, p. 9-378, sp. p. 94-95, n° 77 ; V. Heuzé, « *La réception du droit communautaire dans le droit des Etats membres et le droit des contrats* », in **La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres**, Colloque international, Université de Paris X Nanterre, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 137-138.
- ¹⁷ V. Heuzé, « *La réception du droit communautaire dans le droit des Etats membres et le droit des contrats* », *op. cit.*, p. 137-138.
- ¹⁸ V. Heuzé, « *La réception du droit communautaire dans le droit des Etats membres et le droit des contrats* », *op. cit.*, p. 141, note 31.
- ¹⁹ *Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, COM/2002/0654 final, Question 4 : « *Dans l'hypothèse de l'adoption d'un instrument communautaire "Rome I", vous semble-t-il souhaitable d'introduire une clause de nature générale garantissant l'application d'un standard minimum communautaire lorsque tous les éléments du contrat, voire certains éléments particulièrement significatifs, sont localisés dans la Communauté ? Le libellé proposé au point 3.1.2.2 permet-il de répondre à l'objectif recherché ?* ».

- ²⁰ Art. 3§3 de la Convention de Rome dispose : „*Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives»*”. Cette règle vise, sans distinction, toutes les normes impératives habituellement applicables de plein droit aux contrats internes et, par cela, elle est un mécanisme de lutte contre les fraudes. Elle intervient si le contrat est artificiellement internationalisé, par la désignation par les parties, pour une opération autrement interne, d'une loi étrangère; en cette hypothèse, les normes impératives internes (ou simplement impératives) sont réactivées, afin de sauvegarder l'intégrité du commerce interne.
- ²¹ Pas convenables, en raison de l'insécurité créée pour les parties. V. toutefois en ce sens - O. Lando, « *The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations* », CMLR, 1987, p. 181 et s.
- ²² Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM/2005/0650 final, COD 2005/0261, Article 4§5 : « *Le choix par les parties de la loi d'un Etat non membre ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire lorsqu'elles seraient applicables au cas d'espèce* ».
- ²³ Des auteurs ont affirmé soit que les dispositions impératives de l'article 3§3 de la Convention de Rome renvoient à l'ordre public au sens du droit interne, soit que les « règles impératives » sont une catégorie très proche des lois de police, avec la conséquence que les articles 5 et 6 de la Convention de Rome seraient une application particulière de l'article 7 ; cette position était soutenue par un argument de texte : les articles de la Convention de Rome, y compris l'article 7, parlent sans distinction des « dispositions impératives ».
- ²⁴ V., par ex., P. Lagarde, « *Remarques sur la proposition de Règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles [Rome I]* », RCDIP, 2006, p. 331 ; v. aussi J.-M. Jacquet, « *Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution* », in **Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon**, Dalloz, 2008, p. 727 et s., spéc. p. 745.
- ²⁵ Max Planck Institute, « *Comments on Rome I Proposal* », *RabelsZ*, 2007, p. 249, n° 33.
- ²⁶ V. aussi Max Planck Institute, « *Comments on Rome I Proposal* », op. cit., p. 68.
- ²⁷ Les dispositions simplement impératives du droit communautaire recevraient ainsi une protection beaucoup plus forte que celle réservée aux dispositions équivalentes du droit national.
- ²⁸ Ce faisant, l'article 3§5 allait plus loin que la décision *Ingmar* de la CJCE, à laquelle la Commission s'était référée dans le *Livre Vert* comme un possible exemple. Même si la justification a été beaucoup critiquée, la CJCE a analysé les dispositions des articles 17 et 18 de la directive sur les agents commerciaux comme des dispositions internationalement impératives, en raison de leur importance pour l'ordre juridique communautaire et du lien étroit existant entre l'affaire et le territoire communautaire. Ces conditions étaient absentes du texte de l'article 3§5 de la Proposition.

- ²⁹ CJCE, 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar*, RCDIP, 2001, p. 107, note L. Idot ; JDI 2001, p. 511, note J. M. Jacquet; C. Nourissat, « *La loi nationale de transposition d'une directive communautaire peut-elle être qualifiée de loi de police dans l'ordre international ?* », note sous CJCE, *Ingmar*, 9 novembre 2000 et Cass. com., 28 novembre 2000, Les Petites Affiches 2001, n° 124, pp. 10s.
- ³⁰ Max Planck Institute, « *Comments on Rome I Proposal* », op. cit., p. 250-252, n° 35-37.
- ³¹ Proposition de GEDIP: « *Le choix par les parties de la loi d'un pays tiers, assorti ou non de celui d'un tribunal d'un pays tiers, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment du choix dans un ou plusieurs Etats membres, porter atteinte aux dispositions impératives qui trouvent leur origine dans des actes de la Communauté et qui sont applicables dans un Etat membre dont la loi aurait été applicable à défaut de choix* » - in « *Troisième version consolidée ses propositions de modification des articles 1er, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10 bis, 12 et 13 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'article 15 du Règlement 44/2001/CE (Règlement «Bruxelles I»)* », document disponible sur le site www.gedip-egpil.eu.
- ³² En ce qu'elle permet de consacrer l'idée d'un ordre juridique communautaire, v. P. Remy-Corlay, « *Contrats à distance et conflits de lois* », Rev. Eur. Dr. Consom., p. 11-34, sp. p. 20; P. Lagarde voit cette démarche comme « *légitime (...) car un contrat intracommunautaire est un contrat interne au regard du droit matériel communautaire* » - « *Remarques sur la proposition de Règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles [Rome I]* », RCDIP, 2006, n° 10.
- ³³ P. Deumier, J.B. Racine, « *Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle* », RDC, 2008, p. 1309.
- ³⁴ Article 14§3 du Règlement Rome II dispose : « *Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties de la loi d'un pays tiers ne peut, le cas échéant, porter atteinte à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il ne peut être dérogé par un accord, et telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'État membre du for* ».
- ³⁵ Cela résulte des dispositions du *Livre vert* de la Commission (p. 18 et s.), ainsi que de celles du *Mémoire explicatif du projet de Règlement Rome I* (p. 5), qui présentaient la disposition sous le drapeau de la « *fraude au droit communautaire* ».
- ³⁶ Cela résulte par ailleurs de toutes les réponses au *Livre Vert*.
- ³⁷ Contra J.-M. Jacquet, « *Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution* », op. cit., p. 745 : l'auteur commente, c'est vrai, la proposition d'article 3§4 faite par le GEDIP et il soutient que la formule est vague pour permettre d'opter clairement pour la qualification « *dispositions simplement impératives* » ou « *lois de police* » communautaires ; selon cet auteur, l'interprétation la plus rationnelle serait de comprendre le texte comme visant la seconde catégorie des normes « *celles qui bénéficient du plus haut niveau d'impérativité* », car à défaut on « *risque de sonner pratiquement le glas de la notion d'internationalité pour les rapports juridiques entièrement localisés dans l'espace européen* ». Toutefois, aujourd'hui, les termes du Règlement Rome I sont clairs : ils précisent que les dispositions impératives visées sont celles auxquelles on ne peut pas déroger par accord, ce qui renvoie bien entendu aux dispositions qualifiées d'ordre public interne. Le droit communautaire impératif est doté, par le nouveau article 3§4, d'une application spatiale considérable.

- ³⁸ V. H. Muir Watt, « *Le principe d'autonomie entre libéralisme et néo-libéralisme* », in M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Perruzzetto (dir.), in **La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé**, 2009, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 77, sp. p. 81-82 : « *Puisque cette dernière restriction (prévue par l'article 3§3 de la Convention de Rome, notre ajout) s'explique toujours par le souci de ne pas frustrer des politiques économiques ou sociales de l'ordre juridique le plus affecté par le contrat, il était cohérent d'étendre cette restriction (...) au cas où le contrat est rattaché à plus d'un système juridique mais que le conflit entre les lois les plus concernées est un 'faux conflit'* ».
- ³⁹ A. Bonomi, « *Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement Rome I sur la loi applicable aux contrats* », in (dir.) E. Cashin-Ritaine, A. Bonomi, **Le nouveau Règlement européen Rome I relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles**, Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Schulthess, 2008, p. 217, sp. p. 220.
- ⁴⁰ En revanche, si la situation présente des rattachements aussi avec des pays tiers, la seule existence des normes impératives issues des directives n'implique pas automatiquement aussi leur application au détriment de la loi choisie par les parties. Leur caractère international impératif devra être démontré (tenant par exemple compte ou des clauses expresses d'applicabilité ou de la jurisprudence de la CJCE) dans chaque cas particulier, leur base d'intervention n'étant pas l'article 3§4 du Règlement Rome I, mais l'article 9.
- ⁴¹ C'est « *sonner pratiquement le glas de la notion d'internationalité pour les rapports juridiques entièrement localisés dans l'espace européen* » (J.M. Jacquet, « *Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution* », op. cit., p. 745), alors que le contrat intracommunautaire, même s'il n'est pas un contrat international comme tous les autres, il n'est pas non plus un contrat véritablement interne et l'autonomie de la volonté des parties aurait été encore justifiée.
- ⁴² P. Deumier, J.B. Racine, « *Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle* », op. cit., p.1320.
- ⁴³ P. Remy-Corlay, « *Contrats à distance et conflits de lois* », op. cit., p. 20.
- ⁴⁴ V. P. Deumier, J.B. Racine, « *Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle* », op. cit., p.1321.
- ⁴⁵ Sur ce concept et l'article 9 du Règlement Rome I, v. notre étude « *Legile de poliție în Regulamentul european Roma I privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale* », RRDP, 3/2010, pp. 96-120.

**L'OBLIGATION DE DIVULGATION ET LE RISQUE MORAL
EN ASSURANCE DE DOMMAGES***

Vincent CARON**

Abstract: *The concept of moral hazard is increasingly used by insurers to obtain the nullity **ab initio** of the insurance contract in case of concealment or non-disclosure of facts by the insured. However, the use of this concept is useless when the facts are relevant to the risk covered by the insurance contract. This is because courts use more objective criteria than the simple morality of the insured when it comes time to judge the materiality. Moreover, it appears that this concept is ill-suited to civil law and that litigations can be solved more efficiently by using civilian institutions that protect equally the interests of the insurer.*

Résumé : *La notion de risque moral est de plus en plus utilisée par les assureurs afin d'obtenir la nullité **ab initio** du contrat d'assurance en cas de réticence ou de non-divulgence de circonstances par l'assuré. Or, le recours à cette notion est inutile lorsque les circonstances non dévoilées sont réellement pertinentes au risque couvert par le contrat d'assurance. Ceci, parce que les tribunaux utilisent des critères plus objectifs que la simple moralité de l'assuré lorsque vient le temps de juger de la pertinence. De plus, il appert que ce concept est mal adapté au droit civil et que les litiges peuvent être résolus plus efficacement par l'utilisation d'institutions civilistes qui protègent tout autant les intérêts de l'assureur.*

Mots clés : Assurance - Contrat d'assurance - déclaration initiale de risque - circonstances pertinentes ; Risque moral - aléa de moralité - *moral hazard* - notion de *common law* - efficacité des institutions civilistes

Plan de l'article

Introduction

I. Le risque moral

A. Les différentes définitions proposées

1. La littérature économique
2. La doctrine juridique
 - a. La doctrine québécoise
 - b. La doctrine française
 - c. La doctrine de common law
3. Définition retenue par les tribunaux

B. Critique et proposition de définition

II. Circonstances subjectives composant le risque moral

A. Circonstances subjectives se constatant de façon objective

1. Les antécédents judiciaires
2. La situation financière de l'assuré
3. L'intérêt d'assurance
4. L'assurance multiple

B. Circonstances purement subjectives

1. Fréquentations de l'assuré
2. Personnalité de l'assuré
3. Activités de l'assuré

C. L'historique assurantiel de l'assuré

III. Conditions à satisfaire pour pouvoir plaider le risque moral

A. La connaissance de l'assuré

B. L'impact du questionnaire

C. L'expertise au sujet de la pertinence

Conclusion

La déclaration initiale du risque constitue une grande partie du contentieux en droit des assurances. À de nombreuses occasions, les tribunaux ont dû juger si les circonstances non déclarées par l'assuré étaient pertinentes au risque et, par conséquent, de nature à empêcher la formation du contrat. Toutefois, il est de plus en plus fréquent de voir l'assureur plaider que s'il avait été informé de certaines circonstances, il n'aurait pas contracté puisque l'assuré représente un risque moral.

À la suite de ce constat, nous nous sommes penchés sur la question afin de comprendre ce qu'est exactement le risque moral. Dans cet essai, nous démontrerons qu'en matière de déclaration initiale du risque, la notion de risque moral n'est pas appropriée en droit civil pour deux raisons. Tout d'abord, les litiges peuvent être résolus efficacement sans avoir recours à cette notion et, deuxièmement, son utilisation peut mener à des résultats peu souhaitables.

Cet essai comporte trois parties. Dans la première, la notion de risque moral sera définie afin d'en dégager les différentes applications. Dans la deuxième partie, nous analyserons la déclaration initiale du risque afin de démontrer notre hypothèse. Nous terminerons avec la troisième partie, en étudiant certains critères que l'assureur doit, à l'heure actuelle, satisfaire pour pouvoir plaider que les circonstances non dévoilées font en sorte que l'assuré représente un risque moral empêchant la formation du contrat.

I. Le risque moral

Dans cette première partie consacrée à la définition des concepts, nous utiliserons les termes « risque moral ». Cependant dans la deuxième partie traitant de l'obligation de divulgation, nous utiliserons le concept de circonstance subjective

afin de traiter du risque moral puisque nous croyons qu'il s'agit du vocabulaire le plus approprié au droit civil. En effet, les termes « risque moral » semblent être une traduction trop littérale du concept de *moral hazard* de la common law¹.

Tout comme la notion de risque, le risque moral est un concept difficile à saisir dans son intégralité et à définir de façon précise. En fait, sa définition varie grandement d'un auteur à l'autre et d'une discipline à l'autre. C'est pourquoi nous effectuerons une revue de la littérature afin de saisir toute la portée que peut avoir cette notion. Nous analyserons donc les différentes définitions proposées (A) pour ensuite les critiquer et proposer notre définition applicable au droit civil (B).

A. Les différentes définitions proposées

Notre revue de la littérature se concentre principalement sur les différentes définitions proposées par deux disciplines. Tout d'abord, nous effectuerons un survol de la littérature économique (1), pour ensuite étudier la conception du risque moral dans la doctrine juridique (2).

1. La littérature économique

La littérature économique sera étudiée en premier lieu afin de comprendre en quoi consiste le risque moral, et plus particulièrement, pour savoir de quoi il est composé et où il est susceptible de se manifester.

Le risque moral désigne deux réalités complémentaires². La première réside dans le désir de ne pas contracter avec des personnes possédant une moralité douteuse. C'est ce que nous appelons la facette *sélection* du risque moral. La *sélection* désigne l'effet de la personnalité de l'assuré sur les probabilités. Par exemple, le fait d'avoir été victime d'un incendie dans le passé peut témoigner du comportement négligent de l'assuré. Il peut s'agir des fréquentations de l'assuré ou de ses liens avec le crime organisé qui ont pour effet d'augmenter les probabilités de sinistre sur ses biens.

Dans une société hétérogène telle que nous la connaissons aujourd'hui, il est difficile d'établir ce qu'est une moralité douteuse. En effet, cette notion étant essentiellement subjective³, quelle est alors la moralité de référence? Comment faire pour déterminer que la moralité d'une personne est douteuse au point qu'elle succombera plus facilement à la tentation de frauder, l'empêchant ainsi de pouvoir s'assurer? Selon nous, la pertinence devrait s'évaluer en fonction de circonstances plus objectives telles que les gestes posés par l'assuré.

La deuxième réalité est reliée à l'existence même de l'assurance : il s'agit de la tentation que toute personne pourrait éprouver de frauder afin d'améliorer sa situation. Nous désignons cette réalité comme étant la facette *tentation*. Celle-ci a plusieurs applications. Tout d'abord, on la définit comme étant « l'effet de l'assurance sur les probabilités des événements aléatoires dû au changement de comportement des individus qui sont assurés comparativement à une situation de non-assurance »⁴.

Il peut s'agir de la baisse des activités d'autoprotection de l'assuré face aux risques étant donné la difficulté pour l'assureur d'observer ces faits, ce qui a pour effet d'augmenter les probabilités de perte⁵. Ainsi, par son comportement, l'assuré fait en sorte que les événements ne sont plus purement aléatoires et il peut être difficile pour l'assureur de « discerner si l'événement, lorsqu'il se produit, est dû au hasard ou à l'intervention de l'assuré »⁶. Dans ce cas, le risque moral peut être envisagé comme étant la réduction des motivations des individus à se protéger contre les pertes économiques une fois assurés⁷.

Les deux facettes du risque moral se situent à des étapes contractuelles différentes. En effet, celle de la *sélection* assimile le risque moral à la personne de l'assuré, plus particulièrement à son expérience, à sa moralité et à son vécu⁸. Le problème se situe alors au niveau de la *formation du contrat*; puisque l'assureur ne désire pas assurer un tel risque, il s'agit de déterminer si cela constitue une circonstance pertinente à déclarer⁹. La facette *tentation* assimile davantage le risque moral au comportement de la personne une fois assurée¹⁰. Celle-ci peut alors diminuer les mesures de protection face au risque¹¹. Un tel problème est susceptible de se produire lors de l'*exécution du contrat*¹².

Un autre aspect de la facette *tentation*, s'apparentant à la fraude, consiste à changer la cause d'un sinistre non couvert afin de faire en sorte qu'il soit indemnisable en vertu du contrat. Ceci peut se rapprocher du faux sinistre, tel que la simulation du vol de l'automobile de l'assuré ou de la réclamation mensongère au sujet de la valeur ou de la quantité des biens assurés qui ont péri dans un sinistre¹³.

Le risque moral peut aussi être le fait pour l'assuré d'avoir des dépenses plus élevées lors de la réalisation d'un sinistre comparativement à une personne non assurée¹⁴. Cette situation est attribuable à l'asymétrie d'information entre les parties contractantes, puisque l'assuré est bien souvent le seul à détenir l'information pertinente¹⁵.

En somme, il y aura risque moral lorsque l'assuré trouve que sa situation serait meilleure après un sinistre¹⁶. Ainsi, en assurance incendie, on retrouve l'exemple classique de la personne possédant une moralité douteuse qui, sous la pression de ses créanciers, peut intentionnellement causer le sinistre afin de les rembourser¹⁷. Cet exemple illustre bien la dynamique entre la facette *sélection* et *tentation*.

Tous ces exemples démontrent que le risque moral est une notion très complexe développée par les économistes afin de tenir compte d'éléments pouvant fausser le calcul du risque et de pouvoir étudier les effets de l'assurance sur le risque¹⁸.

Certains auteurs soulèvent d'ailleurs plusieurs interrogations quant aux moyens permettant d'identifier le risque moral¹⁹. De plus, les critères d'appréciation varient généralement d'un auteur à l'autre. En effet, certains l'évaluent par « le sens moral de l'assuré, le succès ou les difficultés de ses affaires, son attitude au moment du règlement d'un sinistre, sa malchance, son dossier antérieur »²⁰, alors que d'autres le divisent en trois catégories soit l'historique assurantiel de l'assuré, sa nationalité et ses origines et ses antécédents judiciaires et sa malhonnêteté²¹.

Si la définition donnée par la littérature économique permet de saisir toute la portée du risque moral, elle ne peut être utilisée telle quelle en droit. Tout d'abord, parce que ce n'est pas seulement l'assuré qui est générateur du risque moral mais aussi l'assureur²². Deuxièmement, en raison du fait que la notion de risque moral est aussi contestée dans la littérature économique. Tel que nous le démontrerons, les juristes doivent être prudents et ne pas emprunter automatiquement les propos de la littérature économique puisque ceux-ci ne sont pas nécessairement adaptés au droit civil²³.

Étant donné que nous ne pouvons utiliser les définitions de la littérature économique telles quelles, nous analyserons celles élaborées par la doctrine juridique.

2. La doctrine juridique

À la suite de ce résumé du risque moral dans la littérature économique, nous étudierons la doctrine juridique afin de bien saisir la portée légale que peut avoir le risque moral. Pour ce faire, la doctrine québécoise (a) et française (b) sera passée en revue ainsi que celle de common law (c). Nous terminerons ensuite par la définition retenue par les tribunaux (3).

a. La doctrine québécoise

La doctrine québécoise en droit des assurances est peu loquace au sujet du risque moral. En effet, cinq auteurs se sont penchés sur le sujet et leurs commentaires sont très brefs.

Un premier commentateur le définit comme étant « ce qui est représenté par le comportement de l'assuré ou par des circonstances qui l'entourent »²⁴. De son côté, le professeur Lluellas parle d'*éléments subjectifs* reliés à la personnalité de l'assuré pouvant avoir une relation avec le risque assuré²⁵. Le professeur Bergeron, quant à lui, utilise les termes *circonstances morales*, sans pour autant les définir, mentionnant seulement que celles-ci sont rattachées à la personne par opposition aux circonstances objectives s'intéressant à l'objet d'assurance²⁶. Pour sa part, le professeur Deslauriers, dans son ouvrage sur la déclaration initiale du risque, emploie les termes *circonstances subjectives*, qu'il définit succinctement comme étant « ce qui influe sur le risque en raison de la personnalité ou de la moralité de l'assuré »²⁷, donnant comme exemples les sinistres antérieurs, les révocations de primes et les résiliations de police. Nous constatons que l'approche développée par ces auteurs correspond à la facette *sélection*. En effet, ces auteurs ne traitent pratiquement pas de la facette *tentation*.

Toutefois, la définition que donne le professeur Mackaay, dans une perspective d'analyse économique du droit, se rapproche grandement de celle donnée par la littérature économique concernant la facette *tentation* à savoir que :

« [Le risque moral] est présent chaque fois qu'en raison d'une surveillance imparfaite parce que coûteuse par l'assureur, l'assuré s'écarte du comportement convenu, éventuellement implicitement, avec l'assureur, de manière à se procurer un avantage pour lui-même, tout en augmentant la probabilité ou l'étendue du risque assumé par l'assureur. »²⁸

Selon ce même auteur, l'acte intentionnel de l'assuré visant la réalisation du risque assuré, ce qui est semblable à de la fraude, est aussi une manifestation du risque moral²⁹.

En somme, ce que nous devons retenir de ce survol, c'est que la doctrine québécoise n'utilise pas les termes « risque moral » lorsqu'elle traite de la facette *sélection*. Selon nous, le fait que les professeurs Bergeron, Lluelles et Deslauriers accordent si peu d'importance au risque moral dans leurs ouvrages est une indication que ce concept n'est pas adéquat en matière de déclaration initiale du risque. En effet, ceux-ci préfèrent utiliser des notions propres au droit civil telles que le terme « circonstance ». Nous étudierons donc aussi la doctrine française afin de vérifier si ce constat s'applique à tout le droit civil.

b. La doctrine française

À l'instar de la doctrine québécoise, la doctrine française n'utilise pas les termes « risque moral ». En effet, elle utilise elle aussi des notions propres au droit civil telles que les termes « circonstances subjectives ». Cependant, les auteurs français ont expliqué davantage le risque moral en donnant plusieurs exemples de circonstances qui le composent. De plus, la doctrine française s'est attardée à décrire l'effet des circonstances composant le risque moral sur le comportement de l'assureur.

La professeure Lambert-Faivre aborde le risque moral dans une perspective correspondant à la facette *sélection* du risque. En effet, elle assimile essentiellement le risque moral à des circonstances faisant partie de l'historique assurantiel de l'assuré susceptibles d'influencer l'opinion de l'assureur au sujet du risque qu'il s'apprête à souscrire :

« *Les circonstances subjectives* sont celles qui concernent la personne même de l'assuré, *sujet* du contrat : est-il déjà assuré pour le même risque? A-t-il déjà subi des sinistres et un précédent contrat d'assurance a-t-il été résilié auprès d'une autre compagnie? S'est-il vu retirer son permis de conduire ou a-t-il fait l'objet de condamnations civiles ou pénales à l'occasion d'accidents d'automobile antérieurs? etc.

Ces déclarations permettent à l'assureur de tester la moralité et le sérieux de l'assuré et déterminent son acceptation de contracter. »³⁰

Les professeurs Picard et Besson traitent eux aussi du risque moral dans une perspective correspondant à la facette *sélection* du risque. Ils insistent toutefois davantage sur l'influence que peuvent avoir les circonstances subjectives sur l'appréciation du risque par l'assureur :

« Tantôt les circonstances à déclarer sont sans influence sur le taux de la prime, mais ont, cependant, une influence sur l'opinion du risque. Il s'agit ici de faits qui sont inassurables en eux-mêmes ou concernent la personne même de l'assuré, se rapportant à sa moralité, à sa diligence ou à sa solvabilité : on qualifie généralement ces derniers de "risques subjectifs". Ces diverses

circonstances peuvent conduire l'assureur, non pas à demander un taux de prime plus ou moins élevé, mais à ne pas contracter, à ne pas s'engager; il peut se méfier de l'assuré, considérer le risque mauvais et préférer s'abstenir. Les circonstances de cet ordre – dont les assurés ne mesurent généralement pas d'eux-mêmes l'influence sur l'opinion du risque – sont assez importantes en pratique. »³¹

À l'instar des professeurs Bergeron et Deslauriers, on peut reprocher à la doctrine française de faire référence à la moralité de l'assuré sans pour autant définir ce terme imprécis. Par contre, la doctrine française développe davantage sa pensée sur les effets que peuvent avoir les circonstances subjectives sur l'opinion de l'assureur devant un risque à assurer. La facette *sélection* est ainsi très bien expliquée dans une perspective juridique.

En somme, nous constatons que la doctrine civiliste réussit à traiter de la déclaration initiale du risque et à y trouver des solutions sans référer à la notion de risque moral. De plus, le fait que cette doctrine s'attarde peu à définir ce qu'est le risque moral est selon nous une autre indication qu'il s'agit d'une notion inadéquate en droit civil. En effet, en matière de divulgation du risque, le *Code civil du Québec* utilise le terme « circonstance »³². Il n'établit d'ailleurs aucune distinction entre celles pouvant être objectives ou subjectives³³, l'essentiel étant qu'elles soient pertinentes au risque à assurer. Il ne s'agit alors pas d'un hasard ni d'un caprice si la doctrine de droit civil évite de faire référence aux termes « risque moral »; cela est dû au fait qu'il s'agit d'une notion davantage adaptée à la common law. Pour cette raison, nous étudierons la définition développée par cette doctrine afin de constater le rôle que joue le risque moral dans ce système juridique.

c. La doctrine de common law

La common law étant beaucoup plus sensible à l'analyse économique du droit, on retrouve davantage d'écho du risque moral dans sa doctrine. En effet, plusieurs auteurs ont étudié la question et les définitions proposées sont beaucoup plus variées. De plus, le risque moral représente bien souvent une section des traités d'assurance alors que la doctrine civiliste québécoise aborde généralement le risque moral pour y préciser que la common law parle de *moral hazard*.

Un premier auteur définit la facette *sélection* comme étant :

« A term describing facts which suggest that the proposed insured, by reason of his previous experience in matters relevant to the insurance, is not a person whose proposal can be accepted in the ordinary course of business and without special consideration. It is elementary that one of the matters to be considered by an insurance company in entering into contractual relations with a proposed assured is the question of the moral integrity of the proposer—what has been called the “moral hazard”. »³⁴

D'autres auteurs empruntent un point de vue correspondant à la facette *tentation*. Ainsi, un commentateur définit le risque moral de cette façon :

« The notion of moral hazard is based on a simplistic theory of moral behaviour which posits that the promise or expectation of a benefit conditioned on the happening of an event generates incentives for the potential beneficiary to cause that event to occur, or to claim that it has occurred. Thus, over valuation of insured property is taken as evidence that the insured intends to destroy the property. »³⁵

Dans le même ordre d'idées, un autre auteur traite du risque moral comme étant principalement l'effet de l'assurance sur la personne assurée :

« Moral hazard refers to the effect that the existence of insurance has on the level of claims made by the insured: ex ante by lowering his precautions to avoid the loss, and ex post by tempting him to use the services covered by the insurance more than he would have if he had paid for them himself, for example, by over-using medical care. »³⁶

En somme, la définition donnée par la doctrine de common law comprend tant les facettes *sélection* que *tentation*. Toutefois, la référence à cette dernière est fréquente contrairement à la doctrine civiliste qui n'en traite pratiquement pas. Une autre particularité de la doctrine de common law est que les définitions développées correspondent étroitement à celles données par les économistes. Pour cette raison, nous ne pouvons retenir cette définition.

Maintenant que nous avons étudié les différentes définitions données par la doctrine, nous regarderons celles élaborées par les tribunaux canadiens.

3. Définition retenue par les tribunaux

Mentionnons d'entrée de jeu que la définition du risque moral donnée par les tribunaux varie en fonction de la preuve qui leur est présentée. À l'instar de la notion de risque, on constate que le sens des termes « risque moral » dépend du contexte. La lecture de la jurisprudence permet toutefois de découvrir quelques-unes de ces manifestations. Par exemple, le risque moral a été envisagé comme étant le lien de confiance unissant l'assureur et l'assuré³⁷, alors que dans un arrêt célèbre portant sur l'intérêt d'assurance, la Cour suprême indique que « la tentation que peut avoir l'assuré de détruire le bien »³⁸ afin de toucher l'indemnité est un risque moral. Dans un autre arrêt, la Cour suprême est d'avis que « l'identité du propriétaire et la relation de l'assuré avec l'objet [sont] certainement des facettes du risque moral »³⁹.

Les tribunaux de common law ont développé davantage la notion. Dans une perspective correspondant à la facette *tentation*, la Cour d'appel de l'Ontario se prononça ainsi :

« Moral hazard refers to the chance that the existence of insurance will increase the likelihood of the insured event. In other words, it addresses the risk an insured will have an incentive to engage in loss-causing behaviour if the payment under the policy will leave the insured better off after the loss than before it. »⁴⁰

Le juge Taylor de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique décrit le risque moral comme étant : « [...] a euphemism used in the fire insurance business for risk of arson, induced by a desire to defraud the insurer in order to escape financial ruin or, less commonly, a desire for "vengeance" against foreclosing creditors »⁴¹. Dans le même ordre d'idées, le juge Hall de la même Cour émettait le commentaire suivant lequel « [m]oral hazard is, I suppose, a euphemistic method of expressing the truism that people may resort to dishonest or criminal behaviour to further their perceived interests »⁴².

Nous remarquons que les termes utilisés par les tribunaux pour définir le risque moral sont très subjectifs. À preuve, ceux-ci emploient des concepts tels que « tentation », « chance », « desire for "vengeance" » ou « may resort to dishonest or criminal behaviour ». Ainsi, on constate qu'il s'agit rarement de propos concrets au sujet d'un comportement, mais bien souvent de simples probabilités. Ces multiples définitions éparses s'expliquent selon nous par le fait que les tribunaux doivent statuer selon la preuve présentée par les parties.

Considérant que la définition du risque moral varie d'un auteur à l'autre et en fonction du contexte, nous donnerons notre propre définition afin de bien nous faire comprendre dans la démonstration de notre hypothèse.

B. Critique et proposition de définition

Étant donné que notre essai porte sur la divulgation initiale du risque, la facette *tentation* voulant qu'il s'agisse de « l'effet de l'assurance sur les probabilités des événements aléatoires dus au changement de comportement des individus qui sont assurés comparativement à une situation de non-assurance »⁴³ sera peu abordée. Tout d'abord parce que ces situations sont régies par des dispositions particulières du *Code civil du Québec* concernant l'exécution du contrat. En effet, le comportement de la personne qui, une fois assurée, est susceptible de changer, notamment en diminuant les mesures de protection face au risque, est une circonstance qui aggrave le risque⁴⁴. Celle-ci doit être analysée selon les critères de l'article 2466 C.c.Q.

Cette facette du risque moral est toutefois bien présente dans le droit québécois des assurances. Bien que ce vocable ne se retrouve pas dans le *Code civil du Québec*, de nombreuses dispositions ont pour finalité d'enrayer ou de diminuer la tentation de frauder reliée au risque moral⁴⁵. Il en est ainsi de l'exigence de l'intérêt d'assurance⁴⁶, du caractère indemnitaire de l'assurance de dommages⁴⁷, de la subrogation de l'assureur⁴⁸, de l'exclusion de garantie en cas de faute intentionnelle⁴⁹, de la déclaration obligatoire des aggravations de risque résultant des faits et gestes de l'assuré⁵⁰, de l'obligation de l'assuré de coopérer en cas de sinistre⁵¹, de la déchéance du droit à l'indemnisation en cas de déclaration mensongère⁵² et de la nullité du contrat en cas de surassurance frauduleuse⁵³. De plus, la franchise prévue au contrat, non interdite par le *Code civil du Québec*, est aussi un mécanisme voué à diminuer le risque moral⁵⁴. En somme, toutes ces institutions démontrent bien que le droit civil protège les intérêts de l'assureur contre le risque moral en agissant sur sa facette *tentation* et non sur sa facette *sélection*.

Il s'agit ici d'un choix judicieux de la part du législateur puisque, tel que nous l'avons souligné précédemment, la facette *sélection* est critiquable pour plusieurs raisons.

De cette courte revue de la littérature, nous constatons que la littérature économique aborde davantage le sujet du risque moral. Cela se comprend, car il s'agit d'un concept davantage économique que juridique. En effet, les premiers économistes qui ont étudié le risque moral ont emprunté ce concept aux professionnels de l'assurance et aux actuaires⁵⁵.

Tel que souligné précédemment, les juristes doivent être prudents et ne pas emprunter trop facilement les définitions développées par les économistes. C'est pourquoi nous voulons revenir sur le commentaire de la Cour d'appel selon lequel dans l'exploitation d'un débit d'alcool sans permis le « risque moral tient au fait que l'assuré s'avère, dans une industrie par ailleurs souvent trouble et troublée, un hors-la-loi exposé à la fermeture illico de son établissement dès lors devenu sans valeur aucune alors que, déjà irrespectueux des lois, il sera fort tenté d'allumer l'incendie et de réclamer l'indemnité »⁵⁶.

Les propos de la Cour illustrent bien la dynamique entre les facettes *sélection* et *tentation* développées par la littérature économique. Or, c'est précisément ce raisonnement qu'il faut éviter, puisque c'est faire totalement abstraction des institutions civilistes tel le principe voulant que la bonne foi se présume⁵⁷. En effet, ce ne sont pas tous les assurés possédant un casier judiciaire et aux prises avec des difficultés financières qui seront nécessairement tentés de mettre le feu au bien assuré et, au surplus, qui s'exécuteront. De plus, advenant la réalisation d'une telle hypothèse, l'assureur n'aura pas à indemniser l'assuré⁵⁸.

Selon nous, en droit civil, le risque moral ne peut être plus qu'un terme générique désignant l'ensemble des circonstances subjectives propres à l'assuré ayant pour effet d'influer sur le risque ou sur la décision de l'assureur d'accepter le risque. D'ailleurs, ces circonstances peuvent faire l'objet d'une division théorique, à savoir celles pouvant se constater de façon objective telles que les antécédents judiciaires, la situation financière, la solvabilité, l'intérêt d'assurance de l'assuré et la surassurance. Une deuxième catégorie est composée des circonstances véritablement subjectives, celles étant davantage difficiles à observer telles que les fréquentations, la personnalité et les activités de l'assuré. La dernière division concerne l'historique assurantiel de l'assuré soit la fraude, le refus d'assurance, la résiliation de contrat et les sinistres antérieurs vécus par l'assuré.

Selon nos recherches dans la doctrine économique et nos discussions avec des intervenants du milieu, nous assimilons la facette *sélection* du risque moral à une politique interne ou à un code d'éthique de l'assureur à l'effet de ne pas assurer un risque en particulier ou un individu ayant des caractéristiques spécifiques⁵⁹. Ces politiques varient d'ailleurs d'un assureur à l'autre⁶⁰.

Assimiler le risque moral à un code d'éthique de l'assureur a une conséquence juridique importante. En effet, l'assureur est mal venu de prétendre que certaines circonstances qu'il ignore, puisqu'il n'a pas questionné l'assuré à ce sujet, sont

susceptibles de fonder la nullité du contrat. Ces circonstances ne sont pas nécessairement pertinentes au risque lui-même. Elles sont alors plutôt contraires au code d'éthique que l'assureur a bien voulu se donner⁶¹. Dans ce cas, on ne peut reprocher à l'assuré des réticences puisque ce dernier ne peut deviner le contenu du code d'éthique de l'assureur en question. Ainsi, l'assureur qui ne pose pas de questions liées à son code d'éthique à l'assuré ne peut alors pas prétendre que ce dernier a été réticent. En effet, l'assuré normalement prévoyant ne peut connaître le contenu de ce code qui diffère d'un assureur à l'autre. L'assureur doit donc questionner l'assuré au sujet des circonstances subjectives qui l'intéressent⁶².

À notre avis cependant, en matière d'assurance automobile, les circonstances subjectives liées au risque moral ne peuvent être assimilées à un code d'éthique de l'assureur. En effet, l'assuré a alors un contrôle direct sur l'objet du risque. Dans la mesure où l'assuré recherche une protection contre les risques que représente sa conduite, on conçoit facilement que son comportement et l'usage qu'il fait de son véhicule intéressent au plus haut point l'assureur contrairement à une assurance habitation, où l'assuré se protège davantage contre les risques naturels hors de son contrôle. Ainsi, à l'instar de l'assurance-vie, il est plus difficile d'opérer une distinction entre ce qui constitue une circonstance objective ou subjective, les deux étant intimement liées.

Ce ne sont pas tous les aspects de la personnalité de l'assuré qui doivent faire l'objet d'une déclaration. Seules les circonstances pertinentes au regard du risque à assurer devront être déclarées. Il faut donc faire une distinction entre ce que l'assureur considère comme un risque moral et ce que le tribunal reconnaît comme étant une circonstance pertinente. Par conséquent, l'assureur a beau prétendre que, dans son évaluation du risque moral, celui-ci tient compte des antécédents judiciaires ou de la situation financière de l'assuré, il lui revient de faire la démonstration de la pertinence de ces circonstances au regard du risque assuré⁶³.

Lorsque l'assureur prétend que l'une de ces circonstances subjectives est pertinente et n'a pas été dévoilée lors de la déclaration initiale de risque, il doit l'identifier précisément. En effet, il ne peut se contenter d'utiliser le terme générique « risque moral » qui, selon nous, est inadéquat en droit. Ce n'est cependant pas l'état de la jurisprudence. Nous trouvons d'ailleurs regrettable que les tribunaux utilisent les termes « risque moral » sans distinguer, par exemple, s'ils visent des réclamations antérieures ou des difficultés financières de l'assuré⁶⁴.

À notre avis, le tribunal doit être plus précis lorsqu'il statue sur la pertinence des circonstances afin d'éviter que ces propos soient mal cités par la suite. À titre d'exemple, nous pouvons critiquer la fréquente citation hors contexte d'un passage de l'arrêt *Car & General Insurance Corporation Limited c. Therrien*⁶⁵ selon lequel, en assurance incendie, le risque moral a une importance primordiale. Dans cet arrêt, il était question de la négligence de l'assuré. Or, cette décision est souvent citée pour faire reconnaître la pertinence des antécédents judiciaires de l'assuré. Et que

dire de l'utilisation de l'arrêt *Madill c. Lirette*⁶⁶ afin de démontrer la pertinence des antécédents judiciaires de l'assuré alors que dans cette décision, il était question de posséder un permis d'alcool en règle pour l'exploitation d'un débit d'alcool.

La discussion est purement théorique puisqu'il ne s'agit pas de nier le fait que les antécédents judiciaires d'un assuré ou les réclamations antérieures ne sont pas des circonstances pertinentes à l'appréciation du risque. Il s'agit plutôt de constater que l'expression « risque moral » est une notion floue utilisée par les assureurs afin de désigner des circonstances pouvant être nommées différemment. Pourquoi dire que l'assuré représente un risque moral trop élevé en raison de ses antécédents judiciaires, alors qu'il serait plus juste de dire que les antécédents judiciaires de l'assuré constituent une circonstance pertinente de nature à empêcher l'assureur d'accepter le risque?

Dans la prochaine section, nous tenterons de confirmer notre hypothèse selon laquelle en matière de déclaration initiale du risque, le recours à la notion de risque moral est inapproprié. Pour ce faire, nous démontrerons que les tribunaux ont recours à des critères plus objectifs que la simple moralité de l'assuré lorsque vient le temps d'évaluer la pertinence d'une circonstance non divulguée par l'assuré.

II. Circonstances subjectives composant le risque moral

Aux fins de cet essai, les circonstances subjectives seront divisées en trois catégories. Les deux premières se distinguent selon leur mode de preuve. La première catégorie est constituée des circonstances pouvant se constater de façon objective (A) tandis que la deuxième se compose de circonstances que l'on peut difficilement constater de façon objective (B). Une telle distinction est faite puisque selon nous, il peut être difficile de faire la preuve de la moralité de l'assuré alors que la littérature assimile généralement la moralité ou la personnalité de l'assuré au risque moral⁶⁷. La dernière catégorie est l'historique assurantiel de l'assuré (C).

A. Circonstances subjectives se constatant de façon objective

Il s'agit bel et bien de circonstances composant le risque moral. Toutefois, ces circonstances se distinguent par le fait qu'il est plus facile de les identifier de façon précise et de les mettre en preuve. C'est pourquoi les antécédents judiciaires (1), la situation financière (2), l'intérêt d'assurance (3) et les assurances multiples (4) sont des circonstances entrant dans cette catégorie.

1. Les antécédents judiciaires

Les antécédents judiciaires font partie de la catégorie objective étant donné qu'ils peuvent être constatés par le biais des plumeaux. Il va sans dire que la preuve de leur existence ne pose généralement pas de problème. Cependant, ce qui sera matière à débat sera davantage leur impact sur le risque.

Les antécédents judiciaires sont considérés pertinents lorsque le lien avec le risque couvert parle par lui-même⁶⁸. Toutefois, lorsque le lien unissant l'infraction et le risque n'est pas évident, l'assureur devra faire la preuve de la pertinence de cette circonstance⁶⁹. Puisque l'assureur ne peut déroger à la nécessité légale de la pertinence⁷⁰, il a avantage à élaborer une preuve objective démontrant la pertinence des antécédents judiciaires de l'assuré quant au risque couvert par le contrat.

L'utilisation de la notion de risque moral est ici inutile puisque le tribunal analysera plusieurs facteurs objectifs afin de juger de la pertinence. En effet, la nature de l'infraction commise, la gravité, le nombre, la fréquence, la récidive, l'âge de l'assuré au moment où il a commis l'infraction, le temps écoulé depuis la dernière manifestation et la présence de questions à ce sujet dans le questionnaire sont autant de critères que le tribunal étudiera afin de déterminer si l'infraction est pertinente au regard du risque assuré⁷¹. Ainsi, l'assureur doit démontrer une « corrélation entre les antécédents et le risque couvert par le contrat d'assurance »⁷². Il ne suffit donc pas d'affirmer qu'en raison de ses antécédents judiciaires l'assuré représente un risque moral puisque les tribunaux sont à la recherche d'un lien objectif.

Nous croyons qu'en cette matière, le recours à la notion de risque moral est inapproprié puisque la loi peut relever l'assuré du devoir de divulguer ses antécédents judiciaires. En effet, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*⁷³ fait en sorte qu'on ne peut reprocher à un assuré une réticence au sujet d'une condamnation survenue en vertu de cette loi alors qu'il était mineur. Ainsi, l'assuré remplissant les conditions de l'article 82(1) de cette loi⁷⁴ n'a pas à déclarer à l'assureur ses condamnations antérieures⁷⁵. De plus, lorsque l'assuré a pu bénéficier d'un sursis de procédure ou d'une absolution inconditionnelle, celui-ci n'a pas à déclarer ces circonstances à l'assureur puisque l'article 730 du *Code criminel* prévoit que l'accusé est réputé ne pas avoir été condamné⁷⁶.

La jurisprudence concernant les antécédents judiciaires a considérablement évolué ces dernières années. À titre d'exemple, la Cour supérieure jugea que l'assureur pouvait présumer de la bonne réputation de l'assuré, le dispensant ainsi de devoir questionner l'assuré au sujet de ses antécédents judiciaires⁷⁷. Deux ans plus tard, la Cour changea son fusil d'épaule et reconnut que les assurés ne déclaraient pas spontanément leurs antécédents judiciaires, faisant en sorte que l'assureur doit désormais questionner l'assuré à ce sujet s'il considère de telles circonstances pertinentes⁷⁸.

Devant un nombre si élevé de paramètres servant à évaluer la pertinence des antécédents judiciaires, on comprend pourquoi il est insuffisant d'affirmer que l'assuré représente un risque moral inacceptable. L'étude de facteurs objectifs par le tribunal afin de juger de la pertinence ne se limite pas seulement aux antécédents judiciaires; il en est ainsi pour les difficultés financières de l'assuré.

2. La situation financière de l'assuré

Les tribunaux ont toujours été réticents à déclarer la nullité *ab initio* du contrat en raison de la situation financière de l'assuré. En effet, ils ont longtemps refusé de reconnaître la pertinence de ces circonstances à l'époque où l'assureur n'était

pas en mesure de la démontrer objectivement. Selon nous, ce résultat s'explique par le fait que prétendre qu'un assuré représente un plus grand risque de sinistre intentionnel en raison de ses difficultés financières va à l'encontre de la présomption de bonne foi.

En 1953, la Cour refusa de juger pertinente la présence d'une hypothèque sur le bien assuré contre les risques d'incendie au motif qu'aucun montant hypothécaire n'est susceptible d'altérer le risque⁷⁹. À l'instar de l'honorable Louis-Philippe Pigeon, nous croyons que la réticence des tribunaux à reconnaître la pertinence de cet élément s'explique par le fait que les compagnies « n'attachent pas d'importance aux hypothèques, puisqu'elles accordent la clause hypothécaire sans surprise »⁸⁰. Cette constatation appuie l'argument selon lequel il n'est d'aucune utilité pour l'assureur de plaider qu'une telle situation représente un risque moral inacceptable puisque les assureurs assurent fréquemment de tels risques.

Quant aux difficultés financières, la Cour supérieure en 1984, s'exprimant au sujet de circonstances aggravant le risque, statuait que celles-ci « ne rendent pas les incendies accidentels plus probables. Et il ne vient pas à l'idée d'un assuré honnête qui est en difficulté financière que la loi l'oblige d'avertir l'assureur qu'il y a maintenant plus de chance qu'il devienne criminel! »⁸¹. Cela démontre bien la réticence des tribunaux à reconnaître la pertinence de la situation financière de l'assuré en l'absence d'éléments de preuve objectifs. D'ailleurs, la Cour supérieure rappela récemment qu'une faillite n'augmente « pas *per se* le risque d'un sinistre accidentel »⁸².

Ce n'est que lorsque l'assureur a prouvé de façon claire et objective en produisant des statistiques démontrant une tendance selon laquelle les incendies d'origine criminelle ou inconnue ont comme auteur une personne insolvable que les tribunaux ont reconnu la pertinence de l'insolvabilité chronique d'un assuré⁸³. Il va sans dire que la preuve statistique apportée par l'assureur est un très bon outil lui permettant d'établir la pertinence d'une circonstance⁸⁴.

Toutefois, pour être autorisé à faire une telle preuve, il est préférable pour l'assureur d'avoir questionné l'assuré à ce sujet. En effet, l'assuré normalement prévoyant, non versé dans le domaine des assurances, n'est pas tenu d'aborder *proprio motu* l'état de sa situation financière, à moins d'être clairement questionné sur ces circonstances⁸⁵. C'est donc dire que lorsque l'assureur n'interroge pas l'assuré à ce sujet, le tribunal pourra présumer qu'il a renoncé à obtenir de telles informations⁸⁶.

En somme, les tribunaux sont exigeants quant à la preuve de la pertinence de cette circonstance ainsi que sur le degré de difficultés financières que doit éprouver l'assuré⁸⁷ : il doit s'agir d'« insolvabilité chronique »⁸⁸.

Il existe pourtant plusieurs moyens de prouver objectivement les difficultés financières de l'assuré. En effet, les différentes sommes dues aux créanciers peuvent se prouver par la présence d'une ou de plusieurs hypothèques sur le bien assuré ou le retard dans le paiement de versements hypothécaires. Les états financiers de l'entreprise peuvent aussi fournir une preuve des difficultés financières de l'assuré⁸⁹. Lorsque l'assuré est engagé dans un processus de faillite, cette preuve sera plus facile à apporter. Il suffira de produire la liste des créanciers préparée par le syndic. Toutefois, ces difficultés financières doivent avoir été présentes au moment de la déclaration initiale de risque⁹⁰.

Le recours à la notion de risque moral est une fois de plus inutile puisque l'assureur doit démontrer objectivement une corrélation entre les difficultés financières de l'assuré et le risque couvert par le contrat d'assurance. Il doit prouver que la situation économique de l'assuré est si précaire qu'elle est de nature à influencer un assureur dans sa décision d'assurer⁹¹. Ce ne sont pas toutes les circonstances qui exigent une preuve aussi convaincante. En effet, le fardeau de preuve de l'assureur est beaucoup moins élevé lorsqu'il désire obtenir la nullité du contrat en raison de l'absence d'intérêt d'assurance, tel que nous le démontrerons dans la prochaine section.

3. L'intérêt d'assurance

L'absence d'intérêt d'assurance est vraisemblablement une des principales circonstances associées au risque moral. Ironiquement, il s'agit de circonstances où le recours à la notion de risque moral est le plus inutile afin d'obtenir la nullité du contrat⁹². En effet, des dispositions spécifiques du *Code civil du Québec* exigent son existence tant en assurance de dommages qu'en assurance-vie⁹³. Ces dispositions ne sont pas le seul fondement de cette exigence. En effet, le caractère indemnitaire du contrat d'assurance, le désir d'éliminer la spéculation ainsi que le maintien de l'ordre public expliquent l'exigence pour l'assuré d'avoir un intérêt dans les biens ou sur la vie de la personne assurée⁹⁴. Ces considérations font en sorte que l'intérêt d'assurance est l'aspect du risque moral le plus particulier, car l'assureur n'a pas à démontrer la pertinence de cette circonstance en cas d'absence; la loi prévoit alors la nullité du contrat⁹⁵.

L'emploi d'un prête-nom dans le but de tromper l'assureur quant à l'identité de l'assuré est un comportement empreint de mauvaise foi justifiant la nullité *ab initio* du contrat⁹⁶. Dans ce cas, c'est le dol de l'assuré qui est cause de nullité. De plus, le recours à la notion de risque moral est ici inutile puisque la nécessité de divulguer ces circonstances s'explique autrement. Il existe d'ailleurs une raison beaucoup plus concrète et convaincante expliquant la pertinence de ces circonstances. En effet, « l'assureur a besoin de connaître la personne qui réellement aura le contrôle sur le bien, ou de savoir si plusieurs auront un contrôle sur le bien »⁹⁷. Au surplus, le prête-nom n'a probablement pas l'intérêt d'assurance nécessaire à la formation du contrat. Cette exigence légale permet de résoudre efficacement le litige. Le *Code civil du Québec* prévoit d'ailleurs plusieurs solutions rendant inutile le recours à la notion de risque moral, comme en matière de surassurance et de multiplicité d'assurance.

4. L'assurance multiple

La présence d'autres assurances couvrant un même risque est une circonstance subjective composant le risque moral. Dans certains cas, une accumulation d'assurances pourrait démontrer une volonté de l'assuré de frauder ou de spéculer⁹⁸. Il peut alors être intéressant pour l'assureur de savoir si l'objet assuré est déjà couvert par une

autre assurance. Si c'est le cas, il peut questionner l'assuré à ce sujet. Autrement, en droit québécois, la nullité du contrat ne peut être prononcée pour ce seul motif en l'absence de mauvaise foi. Toutefois, lorsque la situation de surassurance est attribuable à la fraude de l'assuré, l'assureur peut demander la nullité du contrat en vertu du principe *fraus omni corrumpit*⁹⁹. Une fois de plus, prétendre que l'assuré représente un risque moral élevé n'est d'aucune utilité pour l'assureur puisque la nullité sera prononcée en raison du dol et de la volonté établie de l'assuré de frauder.

Selon la professeure Lambert-Faivre, si l'assureur est en mesure de démontrer la fraude de l'assuré, ce sont tous les contrats qui seront entachés de nullité¹⁰⁰. Toutefois, selon nous, la validité du premier contrat devrait être analysée selon les règles de la divulgation initiale de risque alors que la validité du deuxième contrat devrait être analysée selon les règles régissant l'aggravation de risque¹⁰¹.

La pertinence de la multiplicité d'assurances doit s'apprécier en fonction du type d'assurance puisqu'en assurance de dommages, le *Code civil du Québec* prévoit une règle spécifique régissant l'indemnisation de l'assuré en cas de sinistre, empêchant ainsi toute possibilité d'enrichissement¹⁰². Par ce choix, le législateur a voulu empêcher que le contrat soit déclaré nul pour ce motif, en l'absence de fraude de la part de l'assuré¹⁰³. En effet, cette volonté de frauder qui correspond à la facette *tentation* du risque moral est, en droit civil, sanctionnée par d'autres dispositions que celles concernant la divulgation du risque. De plus, il semble que les montants d'assurance ne peuvent à eux seuls fonder la nullité du contrat puisque le législateur a prévu des règles spécifiques concernant l'indemnisation de l'assuré en cas de surassurance¹⁰⁴ ou de sous-assurance¹⁰⁵. Toutefois, la multiplicité d'assurance peut être davantage pertinente en matière d'assurance de personnes étant donné son caractère compensatoire¹⁰⁶ et non indemnitaire¹⁰⁷.

En somme, le recours à la notion de risque moral est inutile afin d'obtenir la nullité du contrat en raison de la non-divulgation de circonstances subjectives se constatant objectivement. Dans la prochaine section, nous ferons la même démonstration quant aux circonstances purement subjectives.

B. Circonstances purement subjectives

Alors que la doctrine québécoise définit le risque moral comme étant la personnalité et/ou les mœurs de l'assuré, nous constatons que ce ne sont pas les mœurs de l'assuré qui sont analysées mais bien ses gestes, telles ses fréquentations (1), sa personnalité (2) et ses activités (3). Ainsi, une simple preuve de mauvaise réputation ou de la moralité discutable de l'assuré est à toute fin pratique inutile¹⁰⁸.

1. Fréquentations de l'assuré

Il sera difficile pour l'assureur d'obtenir la nullité du contrat uniquement en raison des fréquentations de l'assuré. Il ne suffit pas de simplement alléguer que l'assuré a des relations avec le milieu criminel, l'assureur doit le prouver de façon

objective¹⁰⁹. Une fois cette preuve faite, il est insuffisant de soutenir que les liens de l'assuré avec le crime organisé font en sorte que le risque moral est trop élevé. En effet, cette allégation équivaut à une sèche déclaration, après coup, quant à la pertinence¹¹⁰. Or, à plusieurs occasions, ce genre d'allégation a été jugé nettement insuffisant pour obtenir la nullité du contrat puisque l'assureur doit démontrer la pertinence de ces circonstances dans l'évaluation du risque¹¹¹.

Si le fait de proférer des menaces à son entourage n'est pas en soi pertinent à l'évaluation du risque¹¹², le fait d'en recevoir est toutefois différent. En consultant la jurisprudence au sujet de l'article 2464 C.c.Q., on comprend pourquoi l'assureur peut s'intéresser aux menaces faites à l'assuré. En effet, lorsque celui-ci est soupçonné d'avoir intentionnellement mis le feu au bien assuré, l'absence ou la présence de menace sera un élément étudié afin de juger de la responsabilité de l'assuré¹¹³. Malgré ce constat, l'assureur doit tout de même prouver la pertinence de ces circonstances.

À l'instar des antécédents judiciaires, la pertinence des menaces proférées à l'endroit de l'assuré ou de ses biens sera déterminée en tenant compte de plusieurs facteurs¹¹⁴. Tout d'abord, elles doivent être sérieuses; l'assuré doit percevoir ces menaces comme susceptibles de se réaliser¹¹⁵. Dans le cas d'assurance de dommages, elles doivent viser une atteinte à un bien assuré par le biais d'un risque couvert¹¹⁶. De plus, le temps écoulé depuis la dernière manifestation des menaces doit être pris en compte. Par exemple, l'assuré ne peut raisonnablement penser à divulguer qu'il a fait l'objet de menaces trois ans auparavant lorsque celles-ci ne se sont jamais réalisées.

La catégorie de risque doit aussi être prise en compte : ainsi, en matière d'assurance sous standard, certaines menaces ne seront pas considérées pertinentes alors qu'elles le seraient en cas d'assurance standard¹¹⁷. On doit donc tenir compte du contexte et du milieu dans lequel évolue l'assuré. En somme, le recours à la notion de risque moral afin de juger de l'entourage de l'assuré n'est pas nécessaire puisque les tribunaux ont recours à des critères plus objectifs que la moralité de l'assuré. Il en est d'ailleurs ainsi quant à la personnalité de l'assuré.

2. Personnalité de l'assuré

En assurance automobile, les habitudes de conduite de l'assuré peuvent être pertinentes dans l'appréciation du risque puisqu'une conduite insouciante ou empreinte de témérité aggrave certainement le risque. Par contre, il est peu probable que l'assuré se décrive spontanément comme un mauvais conducteur lors de la divulgation du risque¹¹⁸. Une appréciation subjective des habitudes de conduite de l'assuré est sans intérêt, car ce sont des circonstances se constatant objectivement telles que les sinistres antérieurs, la suspension ou la révocation du permis de conduire et la présence d'infractions au *Code de la sécurité routière*¹¹⁹ qui permettront de démontrer les mauvaises habitudes de conduite de l'assuré. C'est la preuve de ces circonstances qui fondera la nullité du contrat puisqu'une telle conduite influe sur le risque. Une fois de plus, le recours à la notion de risque moral est ici inopportun puisque ce n'est pas la moralité de l'assuré qui est étudiée mais bien ses gestes.

En assurance incendie, la Cour suprême de l'Ontario a déjà considéré que le fait de quitter un mari alcoolique et incapable de prendre soin de lui-même, et donc du bien assuré, était une situation devant être communiquée à l'assureur étant donné qu'elle influait sur le risque moral¹²⁰. À l'instar des tribunaux québécois, le tribunal dans cette affaire s'est montré très exigeant quant à la preuve des faits sur lesquels l'assureur appuyait ses prétentions. Les différents témoignages et le fait que l'assuré était, au moment du procès, hospitalisé pour abus d'alcool n'ont pas suffi à convaincre la Cour que l'assuré souffrait d'alcoolisme au point de l'empêcher de s'acquitter de ses obligations.

Le recours à la notion de « moral risk » dans cette décision a été sévèrement critiqué par la doctrine de common law¹²¹. En effet, selon elle, cette référence était inappropriée puisque le litige concernait davantage le risque physique, plus particulièrement l'utilisation des lieux assurés. Toujours selon elle, la question en litige aurait dû être : est-ce que le fait de laisser le bien assuré entre les mains d'une personne incapable de s'en occuper équivaut à une inoccupation des lieux? On constate ainsi que la doctrine de common law évite de faire référence trop facilement à la notion de « moral risk » et qu'elle l'utilise de façon restrictive¹²².

Quant au droit civil, nous constatons qu'aucune décision ne prononce la nullité du contrat en raison de la personnalité de l'assuré. En effet, lorsqu'elle est ordonnée, c'est en raison des gestes posés dans le passé par l'assuré. De plus, les agissements de l'assuré seront souvent étudiés lorsque vient le temps de juger de la pertinence des activités auxquelles il participe.

3. Activités de l'assuré

Il se peut que, par ses activités, l'assuré viole les lois. Dans ce cas, nous croyons que les critères pour en évaluer la pertinence doivent être les mêmes que ceux utilisés quant aux antécédents judiciaires. Une fois de plus, ce n'est pas la moralité de l'assuré qui sera évaluée, mais bien l'impact de ses gestes sur le risque.

La non-divulgation par l'assuré qu'il a violé une loi n'emporte pas *ipso facto* la nullité du contrat. On conçoit ainsi que la violation de la *Loi sur le droit d'auteur*¹²³ ne justifie pas la nullité *ab initio* du contrat¹²⁴. En effet, ce n'est pas tant le caractère illicite de l'activité qui doit être pris en compte, mais bien sa gravité et ses effets sur le risque¹²⁵. À titre d'exemple, la consommation sporadique de cannabis par l'assuré n'est pas nécessairement une circonstance pertinente pouvant fonder la nullité du contrat en matière d'assurance habitation. Par contre, la culture intensive de cette plante dans la maison de l'assuré doit être déclarée puisque l'assureur raisonnable n'a pas à questionner l'assuré à ce sujet, car il s'agit ici d'une activité peu usuelle¹²⁶. Dans ce cas, ce n'est pas tant le caractère illicite de l'activité qui fondera la nullité du contrat mais bien l'augmentation du risque liée à cette activité. En effet, il ne s'agit pas d'une question de moralité de l'assuré, mais bien de l'utilisation qui est faite des lieux assurés.

Le critère du caractère usuel de l'activité a aussi été retenu pour juger des activités licites de l'assuré. En effet, afin de déterminer si l'assuré aurait dû déclarer effectuer régulièrement des ventes par le biais d'Internet, la Cour apprécia l'ampleur de cette activité. Il fut jugé que l'assureur ne pouvait ignorer « qu'un grand nombre de personnes achètent et vendent toutes sortes de choses sur "E-bay" »¹²⁷. Ainsi, à défaut de questionner l'assuré à ce sujet ou de prévoir une exclusion quant à ce risque, aucune sanction ne peut être envisagée contre l'assuré n'ayant pas déclaré cette circonstance.

Curieusement, le fait d'enseigner le maniement d'une arme à feu à de jeunes enfants pour se défendre, ce qui, selon nous, reflète une moralité douteuse et peut s'avérer une activité dangereuse, fut jugé une circonstance non pertinente par la Cour d'appel du Québec pour ce qui est d'une assurance responsabilité civile¹²⁸.

En effet, la Cour d'appel jugea le témoignage de l'expert incomplet, l'empêchant de conclure que cette circonstance était de nature à influencer de façon importante un assureur dans son appréciation du risque. L'arrêt de la Cour d'appel démontre bien que les tribunaux exigent des témoignages précis de la part des experts pour conclure à la pertinence de circonstances subjectives¹²⁹. De plus, cette décision illustre bien le fait qu'avancer de simples hypothèses au sujet de circonstances composant le risque moral est insuffisant afin de prouver leur pertinence puisque les tribunaux exigent une preuve objective. Il en est d'ailleurs ainsi quant aux circonstances liées à l'historique assurantiel de l'assuré.

3. L'historique assurantiel de l'assuré

Nous définissons l'historique assurantiel de l'assuré comme étant les circonstances directement liées à son passé en tant qu'assuré. Il s'agit des sinistres antérieurs¹³⁰, des réclamations antérieures, des tentatives de fraude liées à l'assurance, des résiliations de contrat et du refus d'assurance. Il s'agit, selon nous, de l'aspect du risque moral le moins critiquable puisqu'il repose sur des faits tangibles et non sur une appréciation subjective de la moralité de l'assuré. D'ailleurs, les assureurs ont rarement recours à la notion de risque moral afin de faire reconnaître la pertinence de ces circonstances et ils réussissent tout de même à convaincre les tribunaux.

Il est plus facile de conclure à des réticences de l'assuré lorsqu'il ne dévoile pas les circonstances liées à son historique assurantiel puisque, contrairement aux circonstances subjectives étudiées précédemment, il est difficile d'excuser le silence de l'assuré à ce sujet, car la pertinence de ces circonstances s'envisage plus facilement¹³¹. En effet, de telles circonstances sont directement liées à l'objet de la prestation du contrat que l'assureur peut être appelé à exécuter.

L'historique assurantiel de l'assuré peut aussi renseigner l'assureur sur d'autres circonstances subjectives. En effet, un incendie antérieur chez l'assuré peut témoigner de sa négligence¹³². Si le passé peut être garant du futur, on comprend alors l'intérêt pour l'assureur de connaître ces circonstances. C'est pourquoi l'assuré ne peut passer sous silence les sinistres antérieurs directement liés à l'objet de la couverture d'assurance¹³³.

La résiliation antérieure d'un contrat n'est pas en soi pertinente; c'est sa cause qui est susceptible de l'être¹³⁴. En effet, le tribunal étudiera si les motifs ayant mené à la résiliation ont une corrélation avec le risque prévu au contrat d'assurance. Cela s'explique par le fait que l'assureur antérieur a pu résilier le contrat antérieur pour un motif non pertinent aux yeux du tribunal. À titre d'exemple, l'assureur peut résilier ou refuser de renouveler le contrat de l'assuré en raison du fait qu'il cesse d'exercer ses activités dans un secteur particulier. Dans ce cas, il s'agit d'une circonstance non pertinente et l'assuré ne devrait pas être pénalisé par la décision de son assureur antérieur¹³⁵. Toutefois, l'assuré interrogé au sujet de la résiliation antérieure ne peut rester muet sans risquer de voir son contrat déclaré nul *ab initio*¹³⁶.

L'assureur utilisant un questionnaire doit être prudent dans la formulation de ses questions puisqu'elles sont généralement interprétées de façon stricte¹³⁷. Ainsi, le refus antérieur d'un assureur d'indemniser ne peut être assimilé à une résiliation ou à un refus d'assurer¹³⁸.

La résiliation antérieure pour cause de non-paiement des primes constitue une circonstance pertinente qui, non divulguée, peut fonder la nullité *ab initio* du contrat¹³⁹. Toutefois, selon le professeur Lluelles, pour que cette circonstance soit pertinente, elle doit avoir « pour cause un élément relié au risque moral »¹⁴⁰ tel que l'insolvabilité chronique de l'assuré¹⁴¹. Ceci exigera une preuve objective sérieuse de la part de l'assureur quant au niveau de difficulté financière de l'assuré¹⁴².

Le recours à la notion de risque moral peut même être une cause de reproche lorsque les directives de souscription de l'assureur ne sont pas cohérentes. Ainsi, dans l'arrêt *Piché c. Promutuel Bois-Franc, société mutuelle d'assurances générales*¹⁴³, la Cour souligne que les directives de souscription de l'assureur associent les difficultés financières de l'assuré à un risque moral empêchant la conclusion du contrat, alors qu'il n'en est rien concernant les résiliations antérieures attribuables au non-paiement de prime. Devant de telles directives, nous constatons que la facette *sélection* du risque moral ne repose pas toujours sur des choix rationnels.

En somme, les circonstances reliées à l'historique assurantiel de l'assuré sont jugées pertinentes, et ce, même si l'assureur n'aborde pas le litige sous l'angle du risque moral.

Malgré la démonstration de notre hypothèse, nous sommes conscients que les changements que nous préconisons ne seront pas nécessairement suivis du jour au lendemain par les praticiens. Ainsi, les tribunaux, devant un assureur qui plaiderait tout de même le risque moral comme motif de nullité du contrat, devraient s'assurer que certaines conditions minimales sont satisfaites avant d'entendre un tel argument.

III. Conditions à satisfaire pour pouvoir plaider le risque moral

Pour pouvoir plaider avec succès que l'assuré représente un risque moral, l'assureur devra satisfaire trois critères. Tout d'abord, il devra prouver la connaissance de l'assuré (A), ensuite établir qu'il a questionné l'assuré à ce sujet (B) et par la

suite démontrer la pertinence de la circonstance non dévoilée (C). La connaissance des circonstances par l'assuré étant essentielle au recours en nullité, nous commencerons par cette condition.

A. La connaissance de l'assuré

Au moment de la déclaration initiale, le preneur est seulement tenu de divulguer les circonstances dont il a connaissance¹⁴⁴. Autrement, l'assuré ne peut faire preuve de réticence et aucune sanction ne peut lui être opposée en raison de son ignorance¹⁴⁵. Selon le professeur Bergeron, l'assureur doit prouver la connaissance effective des circonstances par l'assuré puisqu'il n'existe pas de présomption de connaissance¹⁴⁶. Toutefois, le professeur Deslauriers répertorie des jugements faisant état d'une présomption de connaissance¹⁴⁷. À notre avis, lorsque preneur et assuré sont la même personne, les circonstances composant le risque moral sont des circonstances que « le preneur aurait dû raisonnablement connaître¹⁴⁸ » étant donné qu'elles sont directement liées à sa personne. Il est ainsi difficile pour l'assuré de plaider l'ignorance¹⁴⁹. Au surplus, il n'appartient pas à l'assuré de juger de la pertinence des circonstances¹⁵⁰.

À l'inverse, la question de la connaissance de l'assuré sera davantage débattue lorsque les circonstances pertinentes concernent un coassuré ou un assuré inconnu au contrat. Dans ce cas, la connaissance de l'assuré s'apprécie de la même façon que pour les circonstances objectives, exception faite que le preneur ne peut opposer à l'assureur la connaissance présumée de l'article 2408 du *Code civil du Québec*. En effet, les circonstances en lien avec le risque moral ne peuvent obtenir le statut de notoriété puisque la plupart de celles-ci ne sont connues que de l'assuré, celui-ci étant pratiquement le seul à détenir ces informations¹⁵¹. Toutefois, lorsque l'assureur a déjà assuré le preneur et que les circonstances en question se trouvent dans le dossier de l'assureur, on peut présumer que ce dernier connaît ces circonstances¹⁵². Outre ce cas d'espèce, la connaissance présumée de l'assureur s'applique essentiellement aux circonstances objectives. Une fois la connaissance de l'assuré établie, c'est le comportement de l'assureur lors de la déclaration initiale du risque qui sera étudié, plus précisément les questions qu'il a posées à l'assuré.

B. L'impact du questionnaire

La doctrine a grandement analysé le rôle et l'impact du questionnaire lors de la déclaration initiale de risque¹⁵³. Mentionnons tout d'abord que les questions posées ne font pas en elles-mêmes preuve de la pertinence des circonstances¹⁵⁴. Tout au plus, elles peuvent constituer un indice¹⁵⁵.

Étant donné que le risque moral est une notion spécifique au monde de l'assurance généralement inconnue de l'assuré normalement prévoyant, un fort courant jurisprudentiel prévoit que lorsque l'assureur n'a pas questionné l'assuré au sujet de circonstances subjectives, il est mal venu de prétendre après coup qu'elles

sont pertinentes. En effet, si l'assureur n'a pas posé de question concernant une circonstance particulière, il peut s'agir d'une indication qu'elle n'est pas pertinente¹⁵⁶.

Ce nouveau courant jurisprudentiel démontre que l'assureur doit avoir questionné l'assuré au sujet des circonstances subjectives dont il entend prouver la pertinence afin de pouvoir présenter son expertise.

C. L'expertise au sujet de la pertinence

L'assureur ayant respecté les deux critères précédents devra par la suite faire la preuve de la pertinence des circonstances non dévoilées. Pour ce faire, deux moyens sont à sa disposition. Le plus simple est lorsque la pertinence est évidente : l'assureur est alors dispensé d'en faire la preuve¹⁵⁷. En effet, le tribunal pourra alors conclure seul à la pertinence des circonstances¹⁵⁸.

Autrement, l'assureur doit démontrer que les circonstances sont pertinentes pour l'évaluation du risque¹⁵⁹. Dans ce cas, le témoignage d'expert est pratiquement indispensable. En effet, le défaut de faire témoigner un expert sur la pertinence peut être une cause de reproche faite à l'assureur¹⁶⁰. De plus, dans de nombreux cas, le défaut par l'assureur de produire une expertise au soutien de ses prétentions l'a empêché d'obtenir la nullité du contrat¹⁶¹.

Toutefois, il ne suffit pas de faire témoigner un expert sur la pertinence d'une circonstance pour convaincre le tribunal¹⁶². En effet, le simple témoignage de l'expert n'est pas suffisant en soi¹⁶³. Il en va de même d'une vague déclaration selon laquelle l'assuré représente un risque moral et que, si l'assureur avait été informé de toutes les circonstances, il aurait refusé le risque¹⁶⁴ puisque l'expert doit être en mesure d'expliquer les motifs soutenant son opinion¹⁶⁵. Pour ce faire, il peut appuyer son témoignage par la production de manuels de souscription, d'expertises¹⁶⁶, d'études, de statistiques¹⁶⁷ ou des règles de procédures internes afin de démontrer la pratique d'un assureur raisonnable¹⁶⁸. À défaut, la nullité *ab initio* du contrat ne sera pas prononcée¹⁶⁹.

On constate ainsi que la preuve présentée au tribunal doit être sérieuse et qu'elle ne peut reposer sur de pures hypothèses¹⁷⁰. En effet, le fardeau de preuve de l'assureur est lourd lorsqu'il veut démontrer qu'informé de circonstances de la connaissance desquelles il fut privé, il aurait refusé le risque, d'autant plus que les tribunaux soulignent fréquemment que les assureurs sont là pour assurer¹⁷¹.

*
* *

Dans cet essai, nous avons démontré que le risque moral est inapproprié en droit civil. Tout d'abord, parce que la moralité de l'assuré est une notion trop subjective et que les critères utilisés pour l'évaluer diffèrent d'un assureur à l'autre. De plus, les tribunaux ont recours à des critères plus objectifs que la simple moralité

de l'assuré lorsque vient le temps d'évaluer la pertinence d'une circonstance non divulguée par l'assuré. Troisièmement, la doctrine civiliste réussit à traiter de la déclaration initiale du risque et à y trouver des solutions efficaces sans référer à la notion de risque moral qui est par ailleurs plus adaptée à la common law.

Selon nous, le recours à la notion de risque moral doit être évité, car les institutions civilistes protègent déjà les intérêts de l'assureur. En effet, la nullité du contrat en cas de surassurance frauduleuse, d'absence d'intérêt assurable ou en cas de dol et le principe *fraus omnia corrumpit* protègent l'assureur contre la fraude de l'assuré. De plus, le caractère indemnitaire de l'assurance de dommages, la subrogation de l'assureur, l'exclusion de garantie en cas de faute intentionnelle, la déclaration obligatoire des aggravations de risque résultant des faits et gestes de l'assuré, l'obligation de l'assuré de coopérer en cas de sinistre, la déchéance du droit à l'indemnisation en cas de déclaration mensongère sont aussi des mécanismes qui protègent l'assureur puisqu'ils visent à enrayer la facette *tentation* du risque moral.

En terminant, nous ignorons si nos recommandations seront suivies dans un avenir rapproché, mais nous espérons que les tribunaux se montreront exigeants quant au respect des critères que nous avons dégagés avant d'accepter que soit plaidé le risque moral. D'ici là, nous souhaitons que les tribunaux soient exigeants quant au respect des critères que nous avons dégagés afin de pouvoir plaider le risque moral.

* Cet article s'inspire d'un essai présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval, en vue de l'obtention du diplôme de maître en droit.

** **Vincent CARON**, maître en droit de la Faculté de droit de l'Université Laval et doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Montréal; vincentcaron1@hotmail.com.

¹ La littérature utilise parfois les termes « aléa de moralité ».

² Tom BAKER, «On the Genealogy of Moral Hazard», (1996) 75 *Texas L. Rev.* 237, 251: «moral hazard in the insurance context derives from the interrelated dynamics of character and temptation - the worse the insured's character, the less temptation needed to provoke her to cheat the insurance company, and the more likely she is to seek out a situation in which the temptation is present».

³ *Id.*, 292.

⁴ Georges DIONNE, *Le risque moral et le furetage des consommateurs*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 1980, sommaire.

⁵ *Id.*, p. 2, 38, 56 et 61.

⁶ *Id.*, p. 35.

⁷ *Id.*, p. 55; Steven SHAVELL, «On Moral Hazard and Insurance », dans George DIONNE et Scott E. HARRINGTON (dir.), *Foundations of Insurance Economics. Readings in Economics and Finance*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 280.

⁸ Le risque moral s'entend alors comme le passé et le présent de l'assuré.

⁹ La pertinence s'évalue en vertu de l'article 2408 C.c.Q.

- ¹⁰ Dans ce cas, il s'agit de morale hazard et non plus de moral hazard, voir : Carol A. HEIMER, *Reactive Risk and Rational Action. : Managing Moral Hazard in Insurance Contracts*, Berkeley, University of California Press, 1985, p. 29 et 30.
- ¹¹ Le risque moral s'intéresse alors au comportement futur de l'assuré.
- ¹² Dans ce cas, ce n'est plus l'art. 2408 C.c.Q. qui s'applique, mais davantage l'article 2466 C.c.Q. concernant l'aggravation du risque.
- ¹³ Jean-Jacques LAFFONT, «Le risque comme donnée économique», dans François EWALD et Jean-Hervé LORENZI (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Économica, 1998, p. 1493.
- ¹⁴ G. DIONNE, préc., note 4, p. 2, 38 et 56.
- ¹⁵ *Id.*, p. 8.
- ¹⁶ James L. ATHEARN, *Risk and Insurance*, St-Paul, West Publishing Co., 1977, p. 176.
- ¹⁷ William E. BOYD JR. et Cameron S. TOOLE, *Question and Answer on Insurance*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall inc., 1955, p. 88.
- ¹⁸ Louis BUJOLD, Georges DIONNE et Robert GAGNÉ, «Assurance valeur à neuf et vols d'automobiles : une étude statistique», Montréal, Chaire de gestion des risques - Écoles des Hautes Études commerciales, vol. a. 1997, n. 01.
- ¹⁹ C.A. HEIMER, préc., note 10, p. 34, où l'auteur souligne que, dans certaines situations, il est difficile de distinguer entre risque physique et risque moral et p. 39, où l'on peut lire : «Casual underwriting involves a great deal of technical uncertainty. No one knows very well how to separate the wheat from the chaff. Insurance crime losses indicate that many bad characters are able to get insurance coverage, and there is reason to believe that many good risks are refused insurance coverage, as, for example, when whole communities are redlined and their residents denied fire insurance».
- ²⁰ Gérard PARIZEAU, *Traité d'assurance contre l'incendie au Canada*, Montréal, Les Presses de l'École des Hautes Études Commerciales, 1961, p. 18.
- ²¹ John BIRDS et Norma J. HIRD, *Birds' Morden Insurance Law*, 6^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 117.
- ²² Notamment en offrant des garanties trop généreuses telles que la clause assurance valeur à neuf : L. BUJOLD, G. DIONNE et R. GAGNÉ, préc., note 18.
- ²³ T. BAKER, préc., note 2, 291, selon l'auteur, il faut être prudent en retenant l'approche économique car elle repose sur quatre postulats critiquables, entre autre le fait que l'argent compense pleinement en cas de préjudice.
- ²⁴ Jean-François LAMOUREUX, «Le droit des assurances - Le risque», dans Collection de droit 2007-2008, École du Barreau du Québec, vol. 6, *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 97.
- ²⁵ Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 223 et 224.
- ²⁶ Jean-Guy BERGERON, *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1996, p. 60.
- ²⁷ Patrice DESLAURIERS, *La déclaration précontractuelle de risque en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 40.
- ²⁸ Ejan MACKAAY, «Analyse économique du droit : scolie sur le risque et l'assurance», (2000) 34 *R.J.T.* 159, 173.

- ²⁹ *Id.*, 179.
- ³⁰ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 259-260.
- ³¹ Maurice PICARD et André BESSON, *Les assurances terrestres, Le contrat d'assurance*, t.1, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 126-127.
- ³² Art. 2408, 2409, 2410, 2411, 2466 et 2467 C.c.Q. Le constat est identique au sujet de l'assurance maritime : art. 2546, 2547, 2549 et 2550 C.c.Q.
- ³³ Alors que les circonstances objectives s'intéressent à l'objet d'assurance et que les circonstances subjectives sont en lien avec l'assuré, en assurance-vie, la distinction entre ces deux concepts est presque impossible à établir car l'assuré est l'objet même de l'assurance. Pour cette raison, nous étudierons seulement les circonstances subjectives dans le cadre d'assurance de dommages.
- ³⁴ Edward Richard HARDY IVAMY, *Dictionary of Insurance Law*, London, Butterworths, 1981, p. 86.
- ³⁵ Reuben A. HASSON, «The Supreme Court in Flames: Fire Insurance Decision After Kosmopoulos», (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 679.
- ³⁶ John G. FLEMING, «The Insurance Crisis», (1990) 24 *U.B.C. L. Rev.* 1, n° 15.
- ³⁷ *Côté c. Industrielle-Alliance, Cie d'assurances générales*, [2002] R.R.A. 1195 (C.S.).
- ³⁸ *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2, par. 37.
- ³⁹ *West End Investment Co. c. Commerce & Industry Insurance Co.*, [1977] 2 R.C.S. 1036, par. 32.
- ⁴⁰ *Segnitz v. Royal & SunAlliance Insurance Co. of Canada*, [2005] 76 O.R. (3d) 161, par. 48 (C.A.). Il est toutefois surprenant de voir les assureurs proposer une protection valeur à neuf pour des biens se dépréciant rapidement tels qu'une automobile. Concernant l'assurance valeur à neuf, voir: *Brkich & Brkich Enterprises Ltd. v. American Home Assurance Co.*, [1995] 62 B.C.A.C. 186.
- ⁴¹ *Yorkshire Trust Co. v. Laurentian Pacific Insurance Co.*, [1987] B.C.J. N° 4 (S.C.) (QL/LN) (paragraphe non numérotés).
- ⁴² *Evergreen Manufacturing Corp. v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1999] 119 B.C.A.C. 255, par. 30.
- ⁴³ G. DIONNE, préc., note 4, sommaire.
- ⁴⁴ Quant au faux sinistre, il est régi par les articles 2471 et 2472 C.c.Q. concernant l'obligation de collaboration de l'assuré et les déclarations mensongères.
- ⁴⁵ Voir T. BAKER, préc., note 2 : selon l'auteur, le risque moral peut expliquer le fonctionnement de nombreuses lois.
- ⁴⁶ Art. 2412 al.2, 2418 et 2481 C.c.Q.
- ⁴⁷ Art. 2463 C.c.Q.
- ⁴⁸ *Condominium Corp. No. 9813678 v. Statesman Corp.*, 2007 ABCA 216.
- ⁴⁹ Art. 2464 C.c.Q.
- ⁵⁰ Art. 2466 C.c.Q.
- ⁵¹ Art. 2470 et 2471 C.c.Q.
- ⁵² Art. 2472 C.c.Q.
- ⁵³ Art. 2496 C.c.Q.
- ⁵⁴ À ce sujet, voir *Segnitz v. Royal & SunAlliance Insurance Co. of Canada*, préc., note 40; *Neste Canada Inc. v. Allianz Insurance Co. of Canada*, 2008 ABCA 71.
- ⁵⁵ L. BUJOLD, G. DIONNE et R. GAGNÉ, préc., note 18, p. 3.

⁵⁶ *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993, par. 129 (C.A.).

⁵⁷ Art. 2805 C.c.Q.

⁵⁸ Art. 2464 C.c.Q.

⁵⁹ T. BAKER, préc., note 2, 254; C.A. HEIMER, préc., note 10, p. 38, où l'auteur soutient que le choix de l'assureur de ne pas assurer un type de personne en particulier n'est généralement pas fondé sur des données statistiques. Voir *Desbiens c. Société Nationale d'assurance Inc.*, [2004] J.Q. N° 373, par. 42 (C.S.) (QL/LN), où l'on parle de politique; *Fontaine c. Compagnie d'assurance général Accident*, [1998] J.Q. N° 4829 (C.Q.) (QL/LN), où l'on parle de politique administrative interne; *Maltais c. Axa Assurances Inc.*, [2006] R.L. 145 (C.S.), où l'on parle d'*énoncé de politiques d'acceptation*.

⁶⁰ À ce sujet, voir *Maltais c. Axa Assurances Inc.*, *id.*, par. 72, où le juge Taschereau souligne que les politiques d'évaluation de la pertinence des antécédents judiciaires avec le risque assuré diffèrent selon chaque assureur; voir aussi *Piché c. Promutuel Bois-Franc, société mutuelle d'assurances générales*, [2005] R.R.A. 1224 (C.S.), où l'on constate que les directives de souscription concernant le risque moral diffèrent d'un assureur à l'autre et que le comportement des assureurs varie grandement face à une résiliation antérieure de contrat.

⁶¹ Ainsi, on comprend pourquoi un assureur standard juge qu'un risque moral trop élevé n'est pas acceptable et est en conséquence non assurable alors que certains assureurs sous-standards assurent tout de même de tels risques. Le refus de l'assureur standard n'est pas justifié par l'impossibilité d'évaluer le risque puisque l'assureur sous-standard réussit tout de même à le faire.

⁶² Cette interprétation met de côté l'obligation résiduaire de l'assuré, par contre cette solution reflète davantage la réalité. En effet, c'est l'assureur qui détient l'expertise au sujet du risque et non l'assuré. Il est logique que l'assureur fasse profiter son cocontractant de son expertise en le questionnant au sujet de circonstances subjectives qui peuvent l'influencer dans son appréciation du risque. Si le contrat d'assurance en est un de la plus haute foi, celle-ci devrait exiger de l'assureur un rôle davantage actif lors de la déclaration initiale de risque en ce qui concerne les circonstances subjectives. D'autant plus que les raisons justifiant que l'obligation de divulgation repose entièrement sur les épaules de l'assuré ne tiennent plus aujourd'hui : P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 44, 47 et 129.

⁶³ *Alliance Insurance Co of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, [1953] B.R. 241; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 63; Jean-Guy BERGERON, *Les contrats d'assurances (terrestres) : lignes et entre lignes*, t. 2, Sherbrooke, Éditions SEM, 1992, p. 269; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 226; P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 53.

⁶⁴ *Car & General Insurance Corporation Limited c. Therrien*, [1969] B.R. 144; *Madill c. Lirette*, [1987] R.J.Q. 993 (C.A.); *9060-3804 Québec inc. c. Mark J. Oppenheim*, [2004] J.Q. no 1259, (C.S.).

⁶⁵ Préc., note 64.

⁶⁶ Préc., note 64.

⁶⁷ Il est rare qu'une police soit frappée de nullité *ab initio* en raison de la moralité même de l'assuré. C'est davantage les gestes posés dans le passé par l'assuré qui fonderont la nullité du contrat.

- ⁶⁸ L'exemple classique donné par les tribunaux est celui d'un antécédent d'incendie criminel dans le cas d'une assurance habitation ou d'une condamnation pour conduite avec facultés affaiblies pour une assurance automobile.
- ⁶⁹ *Scottish & York Insurance Co. c. Victoriaville (Ville de)*, [1996] R.J.Q. 2908 (C.A.).
- ⁷⁰ Art. 2408 C.c.Q.; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 234.
- ⁷¹ *GMAC Location limitée c. La Compagnie mutuelle d'assurance Wawanesa*, [2005] R.R.A. 25 (C.A.); *Bergeron c. Lloyd's Non-Marine Underwriters*, [2005] R.R.A. 20 (C.A.); *Valmont-Lavallières c. Wawanesa, compagnie mutuelle d'assurances*, [2005] R.R.A. 1008 (C.Q.); *Martel c. Promutuel Verchères, Société mutuelle d'assurance générale*, [2002] R.L. 394 (C.S.); *M.D. c. Axa Assurances Inc.*, [2003] R.J.Q. 1671 (C.Q.); *Courtois c. Groupe Estrie-Richelieu, compagnie d'assurances*, [2007] R.R.A. 1215 (C.Q.); *Hugo c. Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa*, [2008] R.R.A. 281 (C.Q.).
- ⁷² *Beaulieu c. Union canadienne (L') compagnie d'assurance*, 2008 QCCS 2180, par. 55.
- ⁷³ L.C. 2002, c.1.
- ⁷⁴ Autrefois l'art. 36(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1.
- ⁷⁵ *M.D. c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 71; *Spénard c. Promutuel Bois-Francs société mutuelle d'assurances générales*, [2005] R.R.A. 1280 (C.Q.).
- ⁷⁶ *Tremblay c. Axa assurances Inc.*, 2004 CanLII 9502 (Q.C.C.Q.).
- ⁷⁷ *Desbiens c. Société Nationale d'assurance Inc.*, préc., note 59.
- ⁷⁸ *Maltais c. Axa assurances Inc.*, préc., note 59; voir aussi *Beaulieu c. Union canadienne (L') compagnie d'assurance*, préc., note 72, par. 63, où la Cour est d'avis que «l'absence totale de questions au sujet des antécédents judiciaires dans le questionnaire remis par la défenderesse a pu dissiper la perception des demandeurs que leur existence pouvait être un élément pertinent ou important».
- ⁷⁹ *Alliance Insurance Co of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, préc., note 63, 258.
- ⁸⁰ Louis-Philippe PIGEON, *Notes de cours sur le droit des assurances / de Ls.-Ph. Pigeon, C.R., colligées par Robert Lesage, avec la collaboration de Maurice Jacques et de Bernard Lesage*, Québec, Université Laval, 1954, p. 81.
- ⁸¹ *Fontaine c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de l'Estrie*, [1984] C.S. 494, 504.
- ⁸² *Blondeau c. Groupe commerce Cie d'assurances*, [2002] R.R.A. 548, par. 22 (C.S.).
- ⁸³ *Gagnon c. L'Équitable Compagnie d'assurances générales & al.*, [1992] R.R.A. 168 (C.S.).
- ⁸⁴ Pour plus de précisions à ce sujet, voir la section 3.3 sur les témoins experts.
- ⁸⁵ *Lanthier c. Promutuel Coaticook-Sherbrooke*, 2006 QCCS 1057; *Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, [1998] A.Q. N° 3510 (C.S.) (QL/LN). Il en est de même pour le créancier hypothécaire qui n'a pas à dénoncer à l'assureur le défaut de l'assuré d'acquitter deux ou trois versements hypothécaires : *Brès c. Compagnie d'assurance générale Cumis*, [2004] R.R.A. 318 (C.A.); *Caisse populaire Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, [1998] A.Q. N° 3510 (C.S.) (QL/LN). Le créancier hypothécaire n'a pas à se questionner quant à l'assurabilité de son débiteur hypothécaire : *Brès c. Compagnie d'assurance générale Cumis*, [2004] R.R.A. 318 (C.A.).
- ⁸⁶ *Caisse populaire Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, préc., note 85.
- ⁸⁷ *GMAC Location Ltée c. Labelle*, [2005] J.Q. N° 2103 (C.Q.) (QL/LN); *Mica Canada Inc. c. Général Accident cie d'assurance du Canada*, [1997] R.R.A. 1129 (C.S.); voir aussi *Bouchard c.*

- Union canadienne, compagnie d'assurances*, [2006] R.R.A. 181, par. 91 (C.S.), où la Cour s'interroge à savoir «comment le fait qu'un tiers possède un droit de rachat stipulé dans une contre-lettre puisse aggraver le risque pour l'assureur? La même question se pose quant aux défauts de payer les comptes d'Hydro-Québec, les taxes municipales et les primes d'assurance».
- ⁸⁸ *GMAC Location limitée c. AXA assurances Inc.*, [2003] J.Q. N° 4518, par. 63 (C.Q.) (QL/LN); *GMAC Location Ltée c. Labelle*, préc., note 87, par. 31 (C.Q.); *Crédit VW Canada Inc. c. Assurances générales Banque Nationale (Innovassur, assurances générales)*, 2008 QCCQ 4570, par. 47.
- ⁸⁹ Toutefois, dans le cas d'une assurance interruption d'affaires, les états financiers de l'entreprise sont alors une circonstance objective.
- ⁹⁰ Autrement, cette situation sera soumise aux règles de l'article 2466 C.c.Q. concernant les aggravations de risque en cours de contrat.
- ⁹¹ *Piché c. Promutuel Bois-Franc, société mutuelle d'assurances générales*, préc., note 60.
- ⁹² Il va sans dire que l'intérêt d'assurance correspond davantage à la facette *tentation* que *sélection*. Tel que nous avons élaboré précédemment, la facette *tentation* est beaucoup plus reconnue en droit civil.
- ⁹³ Art. 2414, 2418, 2475, 2481 et 2484 C.c.Q.
- ⁹⁴ J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 169; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 143.
- ⁹⁵ En cas de litige, le débat portera davantage sur la suffisance de l'intérêt d'assurance de l'assuré que sur la pertinence de cette circonstance.
- ⁹⁶ *3377466 Canada ltée c. Compagnie d'assurance canadienne générale*, [2005] R.R.A. 955 (C.S.); *Duchesneau c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de Champlain-Lavolette*, [1991] J.Q. N° 2103 (C.S.) (QL/LN).
- ⁹⁷ Jean-Guy BERGERON, *Droit des assurances*, Sherbrooke, Faculté de droit Université de Sherbrooke, 1979, p. 96.
- ⁹⁸ D. LLUELLES, préc., note 25, p. 239; Jean BIGOT, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, t.3, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 686; Maurice PICARD et André BESSON, *Les assurances terrestres, Le contrat d'assurance*, t.1, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 127, selon les auteurs, en cas de sinistre il y aurait «lieu de redouter des règlements séparés».
- ⁹⁹ J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 327.
- ¹⁰⁰ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1991, p. 299.
- ¹⁰¹ L'assuré n'ayant pas nécessairement l'intention de frauder au moment de la conclusion du premier contrat, les règles applicables dépendront de la preuve présentée.
- ¹⁰² Art. 2496 C.c.Q.
- ¹⁰³ D. LLUELLES, préc., note 25, p. 238 et 239.
- ¹⁰⁴ Art. 2492 C.c.Q.
- ¹⁰⁵ Art. 2493 C.c.Q.
- ¹⁰⁶ Art. 2436 C.c.Q.; J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 295.
- ¹⁰⁷ Toutefois, cet essai se limitant à l'assurance de dommages, nous n'étudierons pas plus la question.
- ¹⁰⁸ Une telle preuve s'apparentant davantage à du oui-dire.

- ¹⁰⁹ *Filiatreault c. Cie Mutuelle d'Assurance Wawanesa*, 2004 CanLII 20568 (QC.C.Q.); *Beauseigle c. Compagnie mutuelle d'assurance Wawanesa*, 2005 CanLII 48757 (QC.C.Q.).
- ¹¹⁰ *The Mutual Life Insurance Company of Canada c. Bernier*, [1955] B.R. 120.
- ¹¹¹ *M.D. c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 71; *Beaulieu c. Industrielle Cie d'assurance sur la vie*, [1990] R.R.A. 172 (C.A.); Quant à la décision *Crédit Ford du Canada Ltée c. Fédération, Cie d'assurance du Canada*, [2000] R.R.A. 149 (C.S.), qui pourrait paraître contradictoire puisque l'expert témoigne seulement à l'effet qu'aucun assureur n'aurait accepté un tel risque, nous croyons que dans cet arrêt la nullité du contrat est davantage prononcée en raison des antécédents judiciaires de l'assuré qui parlent d'eux-mêmes. La pertinence est alors étudiée en fonction des gestes posés par l'assuré dans le passé.
- ¹¹² *Hajj Ali (Boulangerie et pâtisserie Oasis Enr.) c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, 2007 QCCS 3818.
- ¹¹³ *Martin-Bédard c. Axa Assurances Inc.*, [2007] R.R.A. 420 (C.S.); *Lavallière c. Promutuel Appalaches St-François*, 2007 QCCS 3768 (C.S.); *9102-6179 Québec Inc. c. Groupe Commerce, compagnie d'assurances*, 2006 QCCS 2815; *Cardozo-Lopez c. Axa Assurances Inc.*, 2007 QCCS 5478.
- ¹¹⁴ *Feeling du Super disco Club inc. c. Victoria Insurance Co. of Canada*, [2000] R.R.A. 680 (C.S.).
- ¹¹⁵ *Fontaine c. Compagnie d'assurance général Accident*, préc., note 59, concernant l'aggravation de risque.
- ¹¹⁶ *H. & M. Diamond ass. Inc. c. Optimun assurance générale agricole Inc.*, [1999] J.Q. N° 5074 (C.A.) (QL/LN); *Angelillo c. La Prévoyance Cie d'assurances*, [1983] C.A. 305.
- ¹¹⁷ *Feeling du Super disco Club Inc. c. Victoria Insurance Co. of Canada*, préc., note 114.
- ¹¹⁸ Evan James MACGILLIVRAY et Denis BROWNE, *Insurance Law Relating to All Risks Other Than Marine and Including Life, Fire, Accident, Guarantee, Burglary, Third Party Risks, and Employers' Liability*, 3^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1947, p. 531-532, référant à des jugements américains, les auteurs font remarquer que «[i]n America, however, it has been said that a man cannot be bound to, nor could it be expected that he should, speak evil of himself».
- ¹¹⁹ L.R.Q., c. C-24.2.
- ¹²⁰ *Lewandowski v. The Waterloo Mutual Insurance Company.*, [1985] 31 A.C.W.S. (2d) 227 (Ont.S.C.).
- ¹²¹ Craig BROWN, *Insurance Law in Canada*, 6^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 5-22.
- ¹²² Cette approche n'est pas nouvelle puisqu'il y a plus de cent ans, la Cour suprême dans l'arrêt *City of London Fire Insurance Co. v. Smith*, 15 S.C.R. 69 (1888), avait comparé le risque résultant de menaces d'incendie à celui créé par l'inoccupation subséquente des lieux. Le litige avait été solutionné sans la notion de «moral hazard».
- ¹²³ L.R.C. 1985, c. C-42.
- ¹²⁴ À ce sujet, nous préférons l'opinion dissidente du juge Vallerand dans l'arrêt *Madill c. Lirette*, préc., note 56, selon laquelle, la pertinence de la violation de la loi doit s'apprécier selon chaque cas d'espèce. Cette interprétation est d'ailleurs conforme à l'article 2402 C.c.Q. voulant que la violation d'une loi, autre que criminelle, en cours de contrat ne puisse libérer automatiquement l'assureur.
- ¹²⁵ Rappelons que les violations de la loi en cours de contrat seront analysées selon les prescriptions de l'article 2466 C.c.Q. concernant l'aggravation du risque.

- ¹²⁶ *Côté c. Industrielle-Alliance, Cie d'assurances générales*, préc., note 37; *Gill c. Axa Assurances Inc.*, [2004] J.Q. N° 2063 (C.S.) (QL/LN).
- ¹²⁷ *Vallière c. Unique (L'), compagnie d'assurances*, [2007] R.R.A. 1075, par. 92 (C.S.).
- ¹²⁸ *H. & M. Diamond ass. Inc. c. Optimun assurance générale agricole Inc.*, préc., note 116.
- ¹²⁹ Voir aussi *Vallière c. Unique (L'), compagnie d'assurances*, préc., note 127, où la Cour refuse de prononcer la nullité *ab initio* du contrat puisque l'assureur et ses témoins n'ont pu justifier logiquement le refus d'assurer. La position de l'assureur tenait à plusieurs motifs dont le fait qu'avoir été informé de la présence d'une centaine d'armes à feu de collection, il aurait refusé le risque sans pour autant justifier ses prétentions.
- ¹³⁰ Une distinction doit cependant être faite concernant les sinistres survenus dans les lieux assurés alors que l'assuré n'était pas propriétaire. Un tel sinistre ne fait pas partie de l'historique assurantiel de l'assuré puisqu'il n'a aucun lien avec la personne de l'assuré. Il ne correspond pas à la définition donnée au risque moral. Il peut toutefois s'agir d'une circonstance pertinente; cependant la règle de la connaissance s'applique, l'assuré est seulement tenu de déclarer ce qu'il sait.
- ¹³¹ Voir *Caisse Populaire Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, préc., note 85, où la Cour ne fait aucun reproche à l'assuré de ne pas avoir déclaré sa situation financière (circonstance subjective) mais lui reproche de ne pas avoir divulgué qu'un assureur avait résilié sa police (historique assurantiel) en raison de sa situation financière précaire.
- ¹³² *Car & General Insurance Corporation Limited c. Therrien*, préc., note 64.
- ¹³³ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 67; *Lanthier c. Promutuel Coaticook-Sherbrooke*, préc., note 85; *3377466 Canada Ltée c. Compagnie d'assurance canadienne générale*, préc., note 96; *Scalzo c. Simcoe, Erie, cie d'assurance générale*, [1995] R.R.A. 671 (C.S.).
- ¹³⁴ *Marcoux c. Assurances générales Banque Nationale Inc.*, 2008 QCCQ 1847; *Crédit VW Canada Inc. c. Assurances générales Banque Nationale Inc. (Innovassur, assurances générales Inc.)*, préc., note 88; *Alliance Insurance Co of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, préc., note 63; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 238; J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 225; J.-F. LAMOUREUX, préc., note 24.
- ¹³⁵ Le même raisonnement s'applique concernant le refus d'assurance d'un autre assureur. Cette circonstance n'est pas en soi pertinente, c'est le motif à la base du refus qui peut être pertinent à l'appréciation du risque, tel que les antécédents judiciaires, le non-paiement des primes ou les fausses réclamations de l'assuré.
- ¹³⁶ *Caisse populaire Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, préc., note 85; *Jamil Estate c. Unique, Cie d'assurances générales*, [2000] J.Q. N° 3744 (C.S.) (QL/LN); *Ford c. Dominion of Canada General Insurance Co*, [1991] 1 R.C.S. 136. *Contra: Piché c. Promutuel Bois-Franc, société mutuelle d'assurances générales*, préc., note 60, dans cette décision l'assureur antérieur avait résilié le contrat en raison d'une réclamation mensongère de l'assuré. Toutefois, le même assureur avait, en connaissance de cause, assuré à nouveau le même risque trois ans plus tard. Le nouvel assureur demanda sans succès la nullité *ab initio* du contrat en raison de cette résiliation antérieure.
- ¹³⁷ *Marcoux c. Assurances générales Banque Nationale Inc.*, préc., note 134.
- ¹³⁸ *Ahmad-Surrya c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, [2007] R.R.A. 728 (C.S.).
- ¹³⁹ *Drouillard c. Industrielle Alliance, Cie d'assurances générales*, 2007 QCCS 2492; *Gagnon c. L'Équitable*, préc., note 83.

- ¹⁴⁰ D. LLUELLES, préc., note 25, p. 238.
- ¹⁴¹ *Crédit VW Canada Inc. c. Assurances générales Banque Nationale Inc. (Innovassur, assurances générales Inc.)*, préc., note 88; *GMAC Location Ltée c. Labelle*, préc., note 87; *Gagnon c. L'Équitable*, préc., note 83.
- ¹⁴² *Marcoux c. Assurances générales Banque Nationale Inc.*, préc., note 134, dans cette affaire, la Cour constate que l'assuré rencontre tous les critères de solvabilité de l'assureur et déclare en conséquence non pertinente la résiliation antérieure pour défaut de paiement de la prime.
- ¹⁴³ Préc., note 60.
- ¹⁴⁴ Art. 2408 C.c.Q.; J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 225; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 61; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 239; P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 34.
- ¹⁴⁵ J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 225; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 61.
- ¹⁴⁶ J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 66.
- ¹⁴⁷ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 35.
- ¹⁴⁸ D. LLUELLES, préc., note 25, p. 240.
- ¹⁴⁹ Exception faite des circonstances propres aux autres assurés au contrat ou lorsque le preneur est le mandataire d'une entreprise. Sur ce dernier point, voir les observations de P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 22 et 23.
- ¹⁵⁰ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 36 et 41; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 241.
- ¹⁵¹ Rappelons que les antécédents judiciaires, informations pourtant publiques, ne sont pas des faits de notoriété publique. Nul besoin alors d'élaborer davantage au sujet des autres circonstances subjectives telles que la situation financière de l'assuré ou ses fréquentations.
- ¹⁵² *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 244; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 62.
- ¹⁵³ Patrice DESLAURIERS, «Le questionnaire d'assurance fait une autre victime: quelques réflexions suscitées par l'affaire *Ouellet*», (1994) 73 *R. du B. can.* 57; P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 121-142; Didier LLUELLES, «La portée du questionnaire sur le principe de la déclaration spontanée, à la lumière du droit comparé des assurances terrestres», (1988) 67 *R. du B. can.* 258; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 226 et 248; J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 244; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 62; Céline GERVAIS, « Commentaire sur les décisions *Compagnie mutuelle d'assurance Wawanesa c. GMAC location limité* et *Bergeron c. Lloyd's Non-Marine Underwriters*. De l'impact des questionnaires en assurance automobile », dans *Repères*, mars 2005, Droit civil en ligne (DCL), EYB2005REP333.
- ¹⁵⁴ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 53 et 54; D. LLUELLES, préc., note 25, p. 226.
- ¹⁵⁵ J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 246; J.-G. BERGERON, préc., note 26, p. 63.
- ¹⁵⁶ *Alliance Insurance Co of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, préc., note 63; *Guimond c. Prudentielle (La), compagnie d'assurance Ltée*, [1995] R.R.A. 455 (C.S.); *La Compagnie Mutuelle d'Assurance Wawanesa c. GMAC Location Limitée*, préc., note 71; *Bergeron c. Lloyd's Non-Marine Underwriters*, préc., note 71; *Desmarais c. Groupe CGU*, 2006 QCCS 2960, par. 275; *Maltais c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 59; *Vallière c. Unique (L), compagnie d'assurances*, préc., note 126; *Dansereau c. Pièces d'auto Contrecoeur Inc.*, [2007] R.R.A. 181 (C.S.); *Transco 2000 Ltée c. Cartier*, 2005 CanLII 26201 (Q.C.C.Q.); *Caisse populaire Desjardins de Black Lake c. AXA Assurances*, préc., note 85, par. 43, où la Cour conclut que l'assureur est présumé avoir renoncé à exiger des informations concernant la situation financière de l'assuré étant donné que le formulaire ne contient aucune question particulière à

ce sujet; *Paré c. Groupe Estrie-Richelieu, compagnie d'assurances*, 2007 QCCS 4551, par. 39, où la Cour souligne que si les antécédents de l'assuré «constituaient une circonstance de nature à influencer de façon importante un assureur dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter, pourquoi ne pas avoir posé la question directement aux assurés?»; *Beaulieu c. Union canadienne (L') compagnie d'assurance*, préc., note 72, par. 63, où la Cour est d'avis que «l'absence totale de questions au sujet des antécédents judiciaires dans le questionnaire remis par la défenderesse a pu dissiper la perception des demandeurs que leur existence pouvait être un élément pertinent ou important».

¹⁵⁷ *Alliance Insurance Co of Philadelphia c. Laurentian Colonies*, préc., note 63; P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 56.

¹⁵⁸ *Scottish & York Insurance Co. c. Victoriaville (Ville de)*, préc., note 69.

¹⁵⁹ *Dunn c. La Mutuelle d'Omaha, Cie d'assurance*, [1979] C.S. 967; *Scottish & York Insurance Co. c. Victoriaville (Ville de)*, préc., note 69.

¹⁶⁰ *Hajj Ali (Boulangerie et pâtisserie Oasis Enr.) c. Assurances générales des Caisses Desjardins*, préc., note 112; *Desmarais c. Groupe CGU*, préc., note 156, par. 275; *M.D. c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 71; *Maltais c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 59.

¹⁶¹ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 60.

¹⁶² D. LLUELLES, préc., note 25, p. 232 et 233.

¹⁶³ *Id.*, p. 234.

¹⁶⁴ *Gaulin c. Assurances générale des caisses Desjardins*, 2004 CanLII 29453 (Q.C.C.Q.); *Jalbert c. H.B. Gestion d'Assurance collective Ltée*, 2004 CanLII 38854 (Q.C.C.Q.).

¹⁶⁵ *Mansour c. Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa*, [2008] R.R.A. 498.

¹⁶⁶ P. DESLAURIERS, préc., note 27, p. 59.

¹⁶⁷ D. LLUELLES, préc., note 25, p. 233; J.-G. BERGERON, préc., note 63, p. 229.

¹⁶⁸ Les tribunaux doivent porter attention à la date de création des documents fournis par l'assureur puisqu'en matière de déclaration initiale du risque, l'appréciation du consentement de l'assureur doit se faire au moment de la conclusion du contrat et non en cours d'exécution.

¹⁶⁹ *Mica Canada Inc. c. Général Accident cie d'assurance du Canada*, préc., note 87; Voir *M.D. c. Axa Assurances Inc.*, préc., note 71, par. 85, où la Cour, refusant de prononcer la nullité *ab initio* du contrat pour d'autres motifs, souligne que l'assureur n'a déposé aucune règle de procédure interne; *Gan Canada Cie d'assurance c. Cie d'assurance Jevco*, [1999] R.J.Q. 2696, par. 20 (C.S.), où la Cour souligne que les règles de procédures internes invoquées par les témoins n'ont pas été produites; *Entreprise internationale Amscon, s.e.n.c. (Amscon International Ventures) c. Compagnie mutuelle d'assurances Wawanesa*, 2007 QCCQ 1558, par. 59, où la Cour souligne que l'assureur n'a produit aucune politique de souscription.

¹⁷⁰ Cela démontre bien que les tribunaux sont à la recherche d'une preuve objective de la pertinence.

¹⁷¹ *Langlois c. Wawanesa compagnie mutuelle d'assurance*, [2004] R.R.A. 1209, par. 28 (C.S.), où la Cour exprime l'opinion que l'assureur «est dans le commerce pour conclure des contrats d'assurance»; *Piché c. Promutuel Bois-Franc, société mutuelle d'assurances générales*, préc., note 60, par. 122, où la Cour souligne que «[c]es constats démontrent l'empressement de Promutuel et son intérêt à se comporter en fonction de sa raison d'être : assurer».

ARTICOLE

ASSOCIATION « HENRI CAPITANT » DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE

JOURNEES ROUMAINES - *LES SUCCESSIONS*, BUCAREST ET CLUJ-NAPOCA, 23-28 MAI 2010 SUCCESSIONS ET FAMILLE

– Rapport roumain –

Mircea Dan BOB*

Le droit patrimonial roumain de la famille reste respectueux à ses racines françaises. Son passé et son présent donnent néanmoins le très intéressant exemple d'une réception partiellement adaptée aux particularités locales, suivie par une croissance stimulée par l'affirmation de son individualité, brutalement troublée au XXème siècle par un changement de régime politique.

Le code civil roumain entré en vigueur le 1^{er} décembre 1865 est l'interaction entre les textes du Code Napoléon et l'effort fait par ses rédacteurs en vue de l'adapter aux réalités autochtones. Après avoir traduit en roumain le modèle (1862-1863), les membres de la commission ont sélectionné et corrélé ses textes avec le projet de loi sur les mariages élaboré par Barbu Știrbei (prince qui a régné en Valachie entre 1849-1853 et 1854-1856), avec les rapports envoyés par les tribunaux et les observations critiques formulées par Victor Marcadé dans son *Explication* du code civil français. En 1864, le prince Alexandre Jean Couza changeait d'avis et recommandait comme modèle le projet de code civil italien élaboré par le ministre Pisanelli. La commission a ignoré cette recommandation et a finalisé son travail sur le code français, tout en acceptant quelques textes influencés par le futur code civil italien de 1865.

Notre rapport traitera les différents problèmes suivant l'ordre des matières. Des considérations historiques y seront chaque fois apportées, accompagnées par les références aux textes comprises dans le nouveau code civil roumain de 2009 (projeté pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2012). Les textes du code civil français de 1804 sont notés avec CN (Code Napoléon), ceux issus des réformes de 2001 et 2006 avec Fr. ; les textes roumains de 1864 apparaissent avec R, en temps que ceux du nouveau code civil (Loi no. 287 du 25 juin 2009 sur le Code civil) sont notés avec NR.

Aspects généraux

Le droit roumain des successions et des régimes matrimoniaux est aujourd'hui unitaire ; la législation fondée sur le code civil de 1864 a progressivement remplacé en Transylvanie ceux autrichienne et hongroise (1943, 1947 et le début des années cinquante). Comme en France, la dévolution légale est la règle, ayant dans le testament

la possibilité alternative et exceptionnelle de transmettre un héritage. L'institution contractuelle n'est pas utilisée en pratique, suite au caractère confus des textes dans notre code civil et suite à l'abrogation en 1954 du régime de la séparation des biens.

La dévolution successorale est en principe unitaire. Des dispositions spéciales situées en dehors du code civil ont progressivement apporté des exceptions à cette règle. L'art. 5 de la loi no. 319 de 10 juin 1944 sur les droits successoraux du conjoint survivant lui octroi dans la dévolution légale un droit spécial sur les meubles affectés au foyer familial et sur les donations reçues lors du mariage. La loi no. 105 de 1992 sur les rapports de droit international privé prévoit le régime scissionniste pour déterminer la loi successorale applicable. L'art. 27 de la loi no. 114 de 1996 sur les logements et les habitations prévoit une transmission anormale du droit du locataire à ses parents cohabitants (l'époux ou l'épouse, les descendants et les ascendants) ou aux tiers qui y ont cohabité dans certaines conditions. Le Statut de l'Eglise orthodoxe roumaine (approuvé par l'arrêt gouvernementale no. 53 du 16 janvier 2008) accorde aux éparchies une vocation générale sur tous les biens apporté dans ou donnés aux couvents par les moines, ainsi que sur tout bien acquis par ceux-ci pendant leur vie monacale. Ces dispositions sont également applicables aux hiérarques (art. 192-194).

La dévolution selon la loi

Les successions sont déférées aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants et à ses parents collatéraux, dans l'ordre et suivant les règles ci-après déterminés (art. 731 CN/ 659 R).

L'art. 659 R divise les héritiers en trois classes ou catégories, conformément à la Nouvelle 118 de Justinien : les descendants, les ascendants et les collatéraux ; mais cette division est écartée par le code et il faut reconnaître quatre catégories d'héritiers :

1. les enfants et tous les descendants à l'infini (669 R) ;
2. les ascendants privilégiés et les collatéraux privilégiés (671-673 R) ;
3. les ascendants ordinaires (670 R) ;
4. les collatéraux ordinaires.

1. **Les descendants.** Le privilège de la masculinité était, une fois, une caractéristique générale de la succession coutumière dans la collectivité rurale féodale en Valachie. On n'a jamais connu en Moldavie le privilège de la masculinité; en Valachie il a été abandonné pendant le XVIe siècle (il a encore subsisté pendant le XVIIe siècle, mais uniquement dans les testaments des boyards). La dissolution des collectivités rurales, l'apparition du testament et la modernisation de la vie sociale et des institutions juridiques ont conduit au principe d'égalité de sexes. Mais les lois écrites rétablissent ledit privilège à la fin du XVIIIe siècle – commencement du XIXe¹. Ainsi, pendant une certaine période, l'ancien droit écrit de Valachie excluait les filles de la succession de leurs parents (on a précisé : le privilège des mâles était inconnu en Moldavie). Ce rétablissement législatif a été tout à fait éphémère. Le code d'Ipsilanti a

été appliqué de 1780 jusqu'en 1818 ; théoriquement, le Code Caragea a duré jusqu'au 1^{er} décembre 1865, mais son retentissement pratique a été peu important.

Le privilège de primogéniture (ou droit d'aînesse) n'a jamais été connu en Roumanie : l'art. 669 R a renoncé aux dispositions de l'art 745 CN (735 Fr.) concernant cet aspect. Au contraire, une coutume encore vivante dans les villages plus isolés confère la propriété du foyer paternel au plus jeune des frères. Au Moyen Age, lors du mariage d'un jeune homme, son père et tous ses frères aidaient à la construction de son nouvel foyer. Le cadet restait avec ses mère et père, afin de les soigner et les assurer les obsèques ; sa récompense – il héritait le foyer paternel.

Cette règle était bien inscrite dans la conception d'ensemble suivie par l'ancien droit coutumier roumain : le partage successoral ne devait aucunement émettre la fortune immobilière. On trouve ici encore une explication à l'hostilité manifestée par les paysans envers le code civil de 1865. A long terme, l'application du partage par tête a contribué à l'éparpillement des terres agricoles et a contribué au déclenchement des émeutes paysannes comme celle de 1907.

L'art. 732 CN est resté en dehors du code civil roumain, car notre ancien droit ne faisait aucune référence à la nature et à l'origine des biens pour en régler la succession. Le système des parentèles n'a pas été pratiqué en Roumanie.

Les enfants naturels n'avaient, selon le droit coutumier roumain, aucun droit dans la succession des leurs pères. Cette règle, richement influencée par la religion, a été maintenue par l'ancien droit écrit. Le code civil roumain de 1865 a emprunté les dispositions françaises dans cette matière, avec quelques exceptions : trois textes originels (652 & 2, 677 et 678 R) qui ont permis aux enfants naturels de succéder à leur mère comme ceux légitimes.

Le code roumain consacrait une seule catégorie d'enfants naturels, sans distinguer entre ceux proprement dits et ceux adultérins et incestueux. Les enfants naturels avaient le régime des enfants légitimes, mais uniquement par rapport à leur mère et aux parents de celle-là ; ils n'ont jamais été réduits à des tiers, comme le faisait le Code Napoléon. Enfin, ces enfants n'ont eu aucun droit dans la succession de leur père.

La situation familiale et successorale précaire des enfants naturels a été une des principales critiques administrée au Code civil de 1864 par la jurisprudence et par les auteurs roumains. L'adoption en 1954 d'un Code de la famille a anéanti presque entièrement le premier livre du code civil (dédié aux personnes et à la famille) et a éliminé toute différence entre les enfants naturels et légitimes : « L'enfant naturel duquel filiation a été établie par aveu ou par décision de justice a, envers son parent et la famille de ceci, la même situation que la situation légale d'un enfant légitime. » (art. 63)

Le droit successoral roumain semble avoir développé une affection particulière pour la quotité disponible spéciale du conjoint survivant en concours avec les enfants issus d'un mariage antérieur (art. 939 R / 1098 CN). L'égalité juridique des enfants, institué en 1954 en droit de la famille, a implicitement modifié ce texte. Il est devenu applicable pour le concours du conjoint survivant avec tout enfant du prédécédé, non issu de leur liaison. L'art. 1090 NR est le résultat de cette conception.

2. **Les ascendants privilégiés et les collatéraux privilégiés.** L'art. 733 CN a été écarté; le législateur roumain a voulu limiter l'application de la règle *dimidia paternis, dimidia maternis* à la catégorie des collatéraux privilégiés. Par conséquence, en droit français, s'il n'existe ni descendants ni collatéraux privilégiés, les ascendants les plus proches recueillent la succession *quel que soit leur degré*, mais en procédant à la fente ; en droit civil roumain, l'ascendant privilégié va toujours exclure les ascendants ordinaires – autrement dit : l'ascendant le plus proche exclut l'ascendant le plus éloigné, sans distinction de ligne paternelle ou maternelle (voir l'absence des art. 746 & 2 CN ; le premier alinéa de l'art. 753 CN a été reformulé dans l'art. 675 & 1 R, les dispositions des art. 752 CN/674 R et les différences entre l'art. 915 CN et l'art. 843 R – reformulé en 1947).

La vocation successorale a été étendue par l'art. 676 R (755 CN) jusqu'au douzième degré. En Roumanie, l'art. 4 de la loi de 28 juillet 1921, loi concernant l'impôt progressif sur les successions, a limité la vocation en ligne collatérale au quatrième degré. Quoique mise en doute à cause d'une formulation moins heureuse d'une loi ultérieure (la loi du timbre de 29 avril 1927), cette réforme a été définitivement confirmée par l'art. 6 de la loi no. 319 du 10 juin 1944.

3, 4. Les droits successoraux **des ascendants et des collatéraux ordinaires** ne présentent pas des particularités par rapport au modèle français.

5. **Le conjoint survivant.** En dépit de ses racines romaines postclassiques, le droit coutumier roumain accordait une situation privilégiée au conjoint survivant. La veuve avait les droits successoraux d'un enfant (une portion virile – *pro numero virorum*), plus l'habitation viagère du foyer. Lors de la réception du droit romano-byzantin (siècles XV-XVIII), les lois écrites durcirent sa situation².

Le Code Ipsilanti (Valachie, 1780) est particulièrement important pour le code civil entré en vigueur en 1865. Il conférait au conjoint survivant *femme ou homme*, un droit de succession sur les biens de l'autre conjoint, sans exiger l'état d'indigence. D'après ce code, la femme qui a eu des enfants avec son mari a droit pour son entretien à une portion virile en usufruit. Mais si les enfants viennent à mourir, la femme, soit qu'elle reste veuve, soit qu'elle se remarie, a droit au tiers des biens *en pleine propriété*, parce qu'elle a souffert les douleurs de l'enfantement et mis sa vie en danger, à moins qu'elle ne se soit remariée avant l'expiration de son deuil. Le conjoint survivant d'un couple stérile voyait anéantis ses droits dans la succession de l'époux décédé.

Ces dispositions du code Ipsilanti ont passé, avec quelques légers changements, en 1818 dans le Code Caragea (IV.3.17 k et 23), et dans le code civil de 1864.

Le code civil roumain a généralement emprunté le modèle français pour désigner les successeurs irréguliers : l'époux non divorcé, l'Etat et la veuve pauvre. A défaut d'héritiers légitimes et naturels, les biens passaient à l'époux non divorcé (art. 723 CN/652 R et 767 CN/679 R *in fine*).

L'époux survivant était tenu de *transformer le mobilier* en numéraire ou de donner caution solvable pour en assurer la restitution au cas où se présenterait des héritiers du défunt, dans l'intervalle de trois ans ; après ce délai, la caution est

déchargée (art. 682 R). Il est à remarquer que, par cette mesure, la loi n'a pas atteint le but qu'elle s'est proposé, attendu que l'argent étant plus facile à dissiper que les objets en nature, les héritiers qui se présenteraient plus tard n'ont en réalité aucune garantie. C'est pourquoi l'ancien art. 771 CN, beaucoup plus logique, ne se contentait pas de la simple transformation des meubles en argent, mais obligeait le conjoint à *faire emploi* du prix provenant de la vente du mobilier : le tribunal pouvait ordonner le mode d'emploi qui, suivant le cas, paraîtrait le plus convenable et le plus sûr.

Deux observations à faire ici. Dans l'art. 399, au titre de la tutelle (art. 455 CN), le législateur roumain a traduit les mots *faire emploi* par l'expression *place à intérêt*. La deuxième observation : en France, la loi du 26 mars 1957 et l'abrogation de l'art. 771 CN par l'Ord. 58-1307 de 23 déc. 1958 ont fait du conjoint survivant un héritier saisi ; en Roumanie, même après la réforme de 1944, il a besoin d'un envoi en possession.

Le mari ne venait jamais à la succession de sa femme, alors même qu'il serait dans la plus complète indigence, si ce n'est à défaut d'autres héritiers.

Quant à la veuve pauvre, elle avait droit à une partie de la succession de son époux prédécédé, même concurremment avec n'importe quels autres héritiers. Ce droit subsistait alors même que, de fait, les époux auraient vécu séparément et que, après la mort du mari, la femme aurait convolé à secondes noces. Voici comment s'exprimait à ce sujet l'art. 684 R :

« Lorsque le mari meurt en laissant des descendants, la veuve *qui se trouve dans l'indigence* prend dans sa succession une portion virile *en usufruit*. Si le mari a un seul descendant, la femme a droit au tiers de la succession et ce droit commence à la cessation de l'usufruit légal. Si le mari a laissé des ascendants ou des collatéraux, la femme reçoit *en pleine propriété* le quart de la fortune du défunt ».

Le législateur roumain de 1864 a ajouté une troisième section au chapitre consacré aux successions irrégulières ; cette section avait un article unique – le célèbre 684. On voit sans difficulté comment ce texte trouve sa raison historique dans les anciennes coutumes et lois écrites du pays. Il était emprunté aux Nouvelles 53, 54 et 117 de l'empereur Justinien et conférait à l'épouse pauvre un droit de succession anormale sur les biens de son mari. L'usufruit de la veuve commençait uniquement à la fin de son usufruit légal sur la succession, conféré par l'art. 338 R (384 CN, modifié en 1984) en présence d'enfants mineurs.

Elle n'avait pas la saisine et n'était pas réservataire ; ne pouvait pas cumuler sa part de succession avec les aliments accordés par l'art. 1279 R (art. 1570 & 2 CN) à toute veuve, aux dépens de la succession du mari, pendant l'année de deuil ; mais elle avait droit pendant ce temps à l'habitation et aux habits de deuil. Le droit d'habitation étant une charge de la succession pesait sur les héritiers, alors même que le défunt aurait légué à sa veuve la maison où il habitait. Mais au lieu du logement, les juges pouvaient – à la requête des héritiers – lui allouer une somme en espèces, appréciée selon les circonstances.

L'art. 684 R a donné lieu à plusieurs difficultés.

1. en droit de Justinien, la femme était pauvre quand elle n'avait pas apporté une dot lors du mariage. En droit roumain, la constatation de l'indigence restait aux lumières des juges ; en sorte que la femme sera pauvre, quoiqu'elle ait été dotée, si sa dot est insignifiante par rapport à la fortune du mari. L'art. 684 trouvait aussi son application dans le cas où la fortune personnelle de la veuve ne lui permettait pas de maintenir le standard de vie partagé durant le mariage, compte tenu la position sociale des époux.

2. On s'est demandé : comment se calculera la masse des biens sur lesquels la femme prélèvera son droit ?

Les tribunaux ont décidé que le calcul s'opérera conformément à l'art. 849 R (922 CN). Cette solution a été formellement adoptée par la loi française de 9 mars 1891, qui a modifié les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé. Mais la solution a été vivement critiquée en Roumanie, parce que l'art. 849 R étant exceptionnel, ne s'applique qu'au calcul de la quotité disponible et de la réserve, dans les successions dévolues aux héritiers réservataires. Et nous venons de dire que la femme n'a pas de réserve dans la succession de son mari ; elle ne pouvait demander la réduction des libéralités. Elle ne prendra donc sa part que dans les biens existants au moment de la mort du mari, déduction faite des dettes et des libéralités de ce dernier. Si, après ces déductions, il ne reste rien, elle ne prendra rien. Le système du législateur roumain était loin d'être équitable, mais il était le seul juridique eu égard le texte de la loi, tel qu'il est conçu, et aux vrais principes du droit.

En conclusion, l'emprunt français dans cette matière – même amélioré par la présence de l'art. 684 – a été une erreur législative. Les critiques ont invoqué la tradition du droit roumain et le rôle essentiel joué par la femme dans le ménage. La loi spéciale de 21 décembre 1916 sur les droits successoraux des veuves des soldats morts dans la guerre n'a fait que renforcer les positions critiques mentionnées ; cette réglementation accordait audites veuves des droits en pleine propriété en concours avec tous les successeurs. Elle a été rééditée, dans un contexte vraisemblable, en 1941. L'adoption d'une nouvelle loi plus favorable au conjoint survivant était inévitable.

Conformément aux dispositions de la loi no. 319 du 10 juin 1944 sur les droits successoraux du conjoint survivant, ceci est appelé à la succession en concours avec tout héritier appartenant à n'importe quel ordre ; l'absence d'héritiers légaux lui confèrera l'intégralité de la succession. Sa part est toujours en pleine propriété et varie en fonction de l'ordre avec lequel il vient en concours : $\frac{1}{4}$ avec les descendants, en concours avec les ascendants et les collatéraux privilégiés – $\frac{1}{3}$ ou $\frac{1}{2}$ (selon qu'il s'agit des deux catégories ou d'une seule) et $\frac{3}{4}$ avec les ascendants et collatéraux ordinaires (art. 1^{er}). La réserve du conjoint représente toujours la moitié de la part successorale qui lui revient en tant que successeur légal.

Outre sa part en propriété, le conjoint survivant démuné d'une habitation lui appartenant est le titulaire d'un droit temporaire d'habitation (jusqu'au partage et au moins un an après l'ouverture de la succession) sur le logis commun des époux (art. 4). Il acquiert aussi les meubles affectés au foyer et les donations reçues à l'occasion du mariage (art. 5), mais seulement en absence de descendants et faute de disposition testamentaire du défunt concernant ses biens.

Toutes ces questions ont été intégrées dans le nouveau code civil roumain, en ajoutant la mention expresse du caractère gratuit pour l'habitation temporaire et en renonçant, faute d'application pratique, aux donations reçues lors du mariage (art. 963, 970-974 NR).

Le testament

Le régime roumain des testaments est emprunté au Code Napoléon : solennité obligatoire, exclusion du testament verbal, l'existence des testaments privilégiés à coté des formes ordinaires. De point de vue statistique, la forme authentique est préférée pour exprimer ses dernières volontés.

La réserve successorale

On est devant une institution jouissant d'une tradition ancrée dans les mœurs du peuple roumain et dans la tradition législative. Les anciens droits coutumier et écrit faisaient référence à la soi nommée *falchidie* (on lit *falquidié*), héritage de la dénomination fondatrice romaine – *lex Falcidia*. Le code civil de 1864 a importé les règles françaises en matière de réserve, avec une exception importante : seulement les père et mère l'auront en ligne ascendante. La loi de 1944 a introduit le conjoint survivant au cercle privilégié des réservataires. Malheureusement, ses textes sont trop laconiques et son critère pour calculer la réserve du conjoint diffère de ceux institués dans le code pour les autres réservataires. Ces circonstances ont conduit à des malentendus en pratique et à des controverses doctrinaires sur la modalité de calcul, qui seront éliminés seulement par l'entrée en vigueur du nouveau code.

Aspects procéduraux

L'adoption en 1953 du Décret no. 40 sur la procédure successorale notariale a partiellement modifié le régime d'inspiration française qui y préexistait. Le partage maintient son effet déclaratif, la succession est transmise *ipso iure*, mais le notaire (devenu *notaire d'Etat*, ce qui revient à sa mise sous le contrôle du pouvoir central) doit rédiger avec le concours des parties un certificat d'héritier. Cet acte conclut la procédure successorale et a la valeur d'un contrat entre les héritiers ; il établit et prouve l'identité et la qualité des successeurs et leurs droits respectifs dans la succession du défunt. Emprunt forcé du droit soviétique, il a gagné par application pratique son droit de cité : la loi no. 36 de 1995 sur les notaires publiques et l'activité notariale l'a maintenu et le nouveau code a confirmé cette solution (art. 1132-1134 NR). Par une heureuse coïncidence, la Proposition de Règlement européen relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (2009/0157/COD du 14 octobre 2009) l'envisage dans ses dispositions.

Le délai d'option successorale a été successivement (1954 et 1958) réduit à six mois (art. 700 R / 789 CN). Le nouveau code civil prolonge ce délai (un an – art. 1103

NR) et change sa signification : en principe, la renonciation ne pourra plus être présumée (art. 1120 NR, avec l'exception prévue à l'art. 1112 NR), le non renonçant est présumé d'avoir accepté et le partage aura un effet constitutif de droits (art. 1143 et 680 NR).

Régimes matrimoniaux

Les réformes déclenchées après la deuxième guerre mondiale ont ébranlé l'édifice du code de 1864. Le premier livre a été presque entièrement remplacé par le Décret no. 31 de 1954 sur les personnes physiques et juridiques et par un nouveau Code de la famille (Loi. No. 4 de 1954), les deux mis en application par le Décret no. 32 du 30 janvier 1954. Les régimes matrimoniaux ont été complètement détruits par ce changement, car le Code de la famille a permis la seule communauté légale des meubles et des acquêts (art. 30), qui constituait en même temps *un* régime primaire et impératif.

La Constitution de 1948 a affirmé le principe de l'égalité des sexes (art. 16 et 21) et le Code de la famille l'a expressément réglementé en 1954³. Le mariage produit des effets successoraux parfaitement égaux pour chacun des époux, n'importe quel soit son sexe. Le nouveau code civil réintroduira les régimes matrimoniaux, la réglementation étant un longuement souhaité retour aux racines françaises.

La fiscalité joue en Roumanie un rôle négligeable dans la planification successorale.

Conclusions

Le droit roumain des successions et de la famille reste fidèle à la tradition européenne continentale (en général) et latine (en spécial) : la dévolution légale a une primordialité par rapport à celle testamentaire et la réserve successorale assure la protection des proches contre la prodigalité du *decurjus*. Les plus importantes modifications subies depuis l'adoption du code civil moderne (1865) envisagent les droits du conjoint survivant et ceux des enfants naturels *lato sensu*. Ces réformes témoignent un changement de conception présent maintenant un peu partout en Europe : la famille ménage remplace progressivement la famille lignage. De ce point de vue, la réforme de 1944 a été un pas important et courageux ; les manquements dans sa rédaction ont provoqué des controverses interminables sur certains points : qui aura priorité pour imputer sa part sur l'intégralité de la succession dans une dévolution légale : le conjoint survivant ou les descendants ? Comment concilier les critères (malheureusement) différents établis par le Code et par la Loi no. 319 de 1944 pour déterminer la quotité disponible et la réserve ? Le conjoint survivant est devenu réservataire, mais pourquoi la saisine lui est refusée ? etc.

De l'autre côté, l'entrée en vigueur des dispositions permettant le choix du régime matrimonial est vivement attendue par les roumains ; une liberté, arrêtée trop longtemps et avec des conséquences désastreuses en plan social, sera rétablie de cette manière.

BIBLIOGRAPHIE

- D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român...*, 2ème éd., vol. III/2, IV.1 et 2, VIII, Ed. Socec, Bucarest, 1910-1915
- D. Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie – étude de législation comparée*, Louvain-Bucarest, 1897 et Paris-Bucarest, 1898
- S. Brădeanu, *Noțiuni introductive la materia succesiunilor. Regimuri și convenții matrimoniale*, Cluj, 1947
- M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Craiova, 1921
- D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Ed. Rosetti, Bucarest, 2003
- Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Succesiuni*, Ed. Universul juridic, Bucarest, 2001
- M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR et Transmisiunea și împărțea moștenirii*, Ed. De l'Académie Roumaine, Bucarest, 1966
- C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Drept civil român vol. III: Regimuri matrimoniale. Succesiuni. Donațiuni. Testamente*, All, Bucarest, 1998
- Cristina Miroescu, *Sur l'évolution des droits successoraux de la femme*, in *Studia Iurisprudentia*, no. 1/2007, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=234>
- C-tin. Nacu, *Comparațiune între Codul civil român și Codul Napoléon*, Bucarest, 1898
- V.S. Panțurescu, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor (observațiuni sumare la legea nr. 319 din 10 iunie 1944)*, Tiparul Oltului, Slatina, 1944
- G. Plastara, *Curs de drept civil general pentru anul IV licență și doctorat unic*, Bucarest, 1936-1937
- M.G. Rarincescu, *Curs de drept civil. Succesiuni. Donațiuni. Contractul matrimonial*, Bucarest, 1943
- A. Rădulescu, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, Ed. Cultura națională, Bucarest, 1925
- I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Drept civil român. Studiu de doctrină și de jurisprudență*, vol. III, Socec, Bucarest, 1948
- Paul Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Partea generală*, Ed. Rosetti, Bucarest, 2003

* **MIRCEA DAN BOB**, Chargé de cours, Faculté de Droit UBB Cluj-Napoca ;
mirceabob@law.ubbcluj.ro.

¹ Le code d'Alexandre Ipsilanti (Valachie, 1780) disposait : « Le frère pauvre est tenu de marier sa sœur selon ses facultés, c'est-à-dire qu'il ne doit pas lui faire épouser un homme mal famé ou de condition inférieure, dans le but d'échapper aux obligations de la dot ; de même, le frère riche sera tenu de doter sa sœur en proportion de la fortune laissée par le père, à moins qu'il ne soit prouvé que, par un cas fortuit, la fortune a été compromise et les enfants réduits à la misère. Dans ce cas, le frère, qu'il soit riche ou pauvre, sera strictement tenu, lorsqu'il procédera au mariage de sa sœur, de ne le faire qu'avec l'avis des parents les plus considérés, ainsi que de l'archevêque du lieu ; afin qu'il n'arrive pas, par suite de la cupidité des uns et de la misère des autres, que les sœurs soient livrées à des maris indignes d'elles ou de basse extraction. Que les frères aient également l'obligation de procéder, après la mort de leurs

parents, à un inventaire de tous les biens de la succession, lequel inventaire sera visé par l'archevêque du lieu, ou par d'autres personnes dignes de foi, afin que cet acte serve de norme à la constitution de dot. Quant à ceux qui enfreindront cette disposition, ils seront passible de certaines peines et tenus à la réparation du préjudice causé ».

Au titre des successions, le même code ajoute : « Une fois la fille dotée par ses parents, il lui est défendu, après leur mort, de venir à leur succession, alors même qu'elle proposerait de rapporter la dot ; elle doit se contenter de ce qu'elle a reçu de leur vivant ». Enfin, dans l'article final du titre des successions, le même législateur précise : « quant au foyer – et on entend par foyer paternel l'immeuble dont la famille tire son nom et son origine ; voilà pourquoi on n'appelle pas foyer tout immeuble indistinctement – il sera constamment le lot des mâles et de leurs descendants, jusqu'aux fils et petits fils, et des collatéraux, jusqu'au neveu des frères, pour que la famille conserve son nom intact ; mais non pas de la descendance féminine, car elle n'a pas la même raison de revendiquer le foyer paternel, attendu qu'elle change le nom paternel contre celui du mari ; néanmoins les femmes auront aussi un droit de *protimissis* (préemption) sur lesdits foyers, en introduisant leur demande dans les délais fixés pour chaque degré de parenté ».

Selon le Code Caragea (Valachie, 1818), les filles étaient exclues de la succession de leurs parents, afin de conserver les biens dans les familles : « Quand les parents ont des fils et des filles, les fils héritent seuls ; quant aux filles qui n'ont pas encore été dotées, ils doivent les doter et les marier » (LCar IV.3.17 c) et l'art. 13, III.16 du même code ajoutait : « Si le père meurt et qu'il reste une fille non dotée et une fortune paternelle, le frère est tenu de doter sa sœur en utilisant cette fortune et en y mettant même du sien, si ces biens sont insuffisants, pour lui faire épouser un mari digne de son rang et de sa réputation. Et alors même qu'il n'hériterait de rien, le frère est obligé de la doter avec ce qui lui appartient en propre ». Enfin, l'art. 20, IV.3 de ce code dit : « A la succession des foyers (*la moștenirea căminurilor*), quels que soient les héritiers – ascendants, descendants ou collatéraux – ce sont les mâles qui sont préférés, et ils sont tenus uniquement de reproduire en argent la part afférente aux femmes ».

² En Moldavie, l'art. 957 Code Calimach disposait : « La veuve qui, ayant des enfants, ne se remarie pas, prendra dans la fortune de son mari défunt la part d'un enfant, en usufruit seulement » ; le même traitement était réservé au mari, avec la même exception du remariage.

« La femme riche qui n'a pas apporté de dot à son mari n'aura pas cette part ; il en est de même du mari qui, étant riche, n'aurait constitué à sa femme aucun avantage nuptial » (art. 958). « La femme pauvre, ayant jusqu'à trois enfants de son époux, prendra le quart de sa fortune nette en usufruit ; et si elle en a plus de trois, elle ne prendra qu'une portion égale à celle d'un enfant, toujours en usufruit » (art. 959).

« Si le mari laisse des enfants de sa première femme, la veuve pauvre prendra en pleine propriété, soit le quart de la succession, soit une part proportionnelle au nombre des enfants. S'il laisse, non des enfants, mais d'autres parents, elle prendra invariablement le quart en pleine propriété. Il en est de même *du mari pauvre* venant à la succession de sa femme » (art. 960).

³ « L'homme et la femme ont des droits égaux dans les relations entre époux, ainsi que dans l'exercice de leurs droits envers les enfants. » (art. 1 &4). « Tous les deux parents ont les mêmes droits et obligations envers leurs enfants mineurs, sans aucune distinction entre leurs enfants légitimes, naturels et adoptés. » (art. 97). « Les mesures concernant la personne et les biens de l'enfant sont prises ensemble par les père et mère, d'une manière concertée. » (art. 98).

ARTICOLE

ASSOCIATION « HENRI CAPITANT » DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE

JOURNEES ROUMAINES - *LES SUCCESSIONS*, BUCAREST ET CLUJ-NAPOCA, 23-28 MAI 2010 SUCCESSIONS ET FAMILLE

– Rapport moldave –

Veaceslav PÎNZARI*

I. EVOLUTION DU SYSTÈME

1. Le Code civil actuel de la République de Moldavie est entré en vigueur le 12 juin 2003.

2. Si nous regardons la date de l'entrée en vigueur, il semblerait que la législation est moderne, mais si l'on regarde la qualité ou le contenu, à notre avis, il y a de nombreuses carences qui mettent leur empreinte négative sur l'application pratique du Code civil ou du Code de la famille, aussi que d'autres actes normatifs.

3. En ce qui concerne le développement de la législation civile et de celle de la famille, on peut dire qu'elles ont eu un parcours différent. Dans l'après-guerre, sur le territoire de l'actuelle République de Moldavie on a appliqué la législation civile de la RSS d'Ukraine. Le 26.12.1964 a été adopté le Code civil de la RSSM qui a été mis en œuvre à partir du 1^{er} juin 1965. Ce Code civil contenait 603 articles, regroupés en huit titres suivants: 1) Dispositions générales; 2) Le droit de propriété; 3) Le droit des obligations; 4) Le droit d'auteur; 5) Le droit de la découverte; 6) Le droit à l'invention, à la proposition de rationalisation et le prototype industriel (abrogé par la loi no 735 du 22.02.1996); 7) Le droit de succession; 8) La capacité juridique des citoyens étrangers et des apatrides. L'application des lois civiles des états étrangers. Étant l'ouvrage du législateur de la période soviétique, le Code portait l'empreinte de cette société-là, ayant pour but de contribuer au renforcement économique et de la propriété socialiste, de renforcer la discipline dans l'économie planifié, etc. Après l'obtention de l'indépendance, le Code civil n'a connu pratiquement aucun changement par rapport à d'autres actes. Selon les auteurs moldaves « le Code civil de la République de Moldavie de 1964 comme, d'ailleurs, celui de 2002 peut être encadré dans le système basé sur les pandectes »¹. Ce document normatif peut être divisé en la partie générale et la partie spéciale. Les normes incluses dans la partie générale étaient applicables aux rapports juridiques civils régies par les normes de la partie spéciale. Le Titre I était divisé en cinq chapitres et contenait 88 articles se référant aux dispositions de base, aux personnes, aux conventions, à la représentation et à la prescription. Le Titre II

était consacré à la régulation des rapports de propriété. À partir de ses normes nous pouvons conclure que la propriété personnelle dérivait de la propriété socialiste et servait comme moyen de satisfaire les besoins des individus. Le Titre III réglementait le droit des obligations et était divisé en deux parties : les dispositions générales concernant les obligations et différentes catégories d'obligations. Les Titres IV, V et IV régissaient le droit d'auteur, le droit de la découverte, le droit à l'invention, à la proposition de rationalisation et le prototype industriel. Le Titre VII visait les relations successorales et établissait que la séquence pouvait être à la fois légale et testamentaire. Le Code civil prévoyait trois catégories d'héritiers légaux : la 1^{ière} classe comprenait les enfants, y compris ceux adoptés, le veuf (la veuve) et les parents (les adoptants) du défunt; la 2^e classe comprenait les frères et les sœurs du défunt et ses grands-parents du côté du père et de la mère; la 3^e classe incluait les neveux et les nièces du frère et de la sœur incapables de travailler du défunt. Les héritiers de la 1^{ière} classe incapables de travailler et ceux entretenus par le défunt avant sa mort jouissaient du « droit à une part obligatoire de la succession », c'est-à-dire, indépendamment du contenu du testament, ces personnes pouvaient hériter « au moins deux tiers de ce que chacun d'eux pouvait hériter, en cas de succession légale ». Pour établir le « quota obligatoire » on devait tenir compte de la valeur des biens successoraux, composés du mobilier habituel de la maison et des articles ménagers. Le Titre VIII était dédié aux réglementations des rapports avec élément d'extranéité.

Le 26.12.1969, par la Loi no 914-VII, on a adopté le Code du mariage et de la famille de la RSSM qui était divisé en six titres. Le Titre I, intitulé « Dispositions générales », comprenait deux chapitres régissant les principes fondamentaux, la prescription et le calcul des termes. Le Titre II, intitulé « Le mariage », se composait de quatre chapitres: Chapitre 3 « Les conditions de conclusion du mariage »; Chapitre 4 « Les droits et les obligations des époux »; Chapitre 5 « La dissolution du mariage »; Chapitre 6 « La nullité du mariage ». Le Titre III, intitulé « La famille », comprenait six chapitres, comme suit : Chapitre 7 « L'établissement de la provenance des enfants »; Chapitre 8 « Les droits et les obligations des parents dans l'éducation des enfants »; Chapitre 9 « L'obligation des parents et des enfants à verser une pension alimentaire »; Chapitre 10 « L'obligation d'autres membres de la famille à verser une pension alimentaire »; Chapitre 11 « Le mode de paiement ou de suivi de la pension alimentaire »; Chapitre 12 « L'adoption ». Le Titre IV, intitulé « La tutelle et la curatelle », comprenait un seul chapitre, 13. Le Titre V, intitulé « Les documents d'état civil » comprenait huit chapitres, comme suit : Chapitre 14 « Dispositions générales »; Chapitre 15 « L'enregistrement de la naissance »; Chapitre 16 « L'enregistrement du décès »; Chapitre 17 « L'enregistrement de la conclusion du mariage »; Chapitre 18 « L'enregistrement de la dissolution du mariage »; Chapitre 19 « L'enregistrement de l'adoption »; Chapitre 20 « L'enregistrement de l'établissement de la paternité »; Chapitre 21 « L'enregistrement du changement du nom et du prénom ». Le Titre VI, intitulé « L'application de la législation moldave au mariage et à la famille pour les citoyens étrangers et les apatrides. L'application des lois des états étrangers au mariage et à la famille et des accords internationaux ».

Au départ, les relations de mariage étaient régies dans le Code civil, ainsi que la succession, mais après l'entrée en vigueur du Code du mariage et de la famille, la réglementation des relations du mariage et la famille a été supprimée du Code civil et a acquis ses propres règles dans le Code du mariage et de la famille. En attendant l'entrée en vigueur du Code du mariage et de la famille en 1969, le Droit de la famille, en tant que matière d'étude, était inclus dans le cadre de la discipline le Droit civil. Après l'entrée en vigueur du Code du mariage et de la famille, l'enseignement du Droit de la famille a commencé à être effectué séparément par les institutions du droit civil.

Une évolution proprement dite des institutions du droit familial et successoral lors de l'URSS n'était pas possible, or, les relations sociales étaient établies d'une telle manière que l'autonomie dans la manifestation de la volonté dans les rapports de droit privé soit expressément limité par les dispositions du Code civil. Il n'y avait presque pas de propriété privée de manière que les patrimoines des personnes étaient très modestes et ce qu'ils avaient pouvait être transmis à la fois par testament et par succession légale. Le fond locatif dans les zones urbaines, en grande partie, était propriété de l'état, les personnes le possédant en tant que locataires, et dans les zones rurales, il était privé. Il n'y avait pas de terrains privés. Les formes d'organisation juridique de participation des individus et des entreprises dans le cycle économique n'étaient pas réglementées, ainsi le circuit civil était, en général, très limité.

En ce qui concerne le mariage et les relations familiales, le Code les réglementait conformément aux réalités de la société socialiste, de façon qu'elle ait laissé son empreinte sur ces institutions.

4. En ce qui concerne l'influence des habitudes et de la culture locale sur le droit patrimonial de la famille, à notre avis, elles ont laissé leur marque, mais d'une manière insignifiante, or, selon les auteurs du Code civil², la législation civile et familiale, tant celle ancienne que celle actuelle, sont d'origine allemande, mais en réalité, le Code de la famille est une copie fidèle du code de la Fédération de Russie, traduit avec de nombreuses erreurs. Ce n'est pas de même pour l'origine du Code civil.

5. À présent, le Droit de succession est laïque, comme le statut de la personne.

6. Nous ne pensons pas que les institutions du droit de succession ont été influencées par les traditions culturelles, religieuses et politiques de ces lieux, or, la politique de suppression de l'identité de la population de ce territoire a fait que beaucoup d'entre soient oubliées. Par exemple, il y avait une tradition en matière de succession, qui s'applique encore aujourd'hui dans certaines localités, mais qui n'a pas trouvé son reflet dans la législation : après le décès des parents, l'enfant cadet restait dans la maison parentale, tandis que ses frères héritaient les autres biens laissés par ceux-ci. Cette coutume était fondée sur le fait que le plus jeune restait avec ses parents pour prendre soin d'eux et les autres enfants construisaient leurs propres foyers. Respectivement, après le décès des parents, il restait dans la maison parentale, les autres héritant certaines parties de la propriété successorale laissée en héritage.

7. Nous ne pouvons pas dire que le droit français a eu un fort impact sur les règlements légaux en matière successorale. La législation allemande, par l'intermédiaire de celle russe a, cependant, laissé son empreinte sur ceux-ci. Au moins c'est ce que disent les auteurs du Code civil.

II. ÉTAT DES LIEUX ACTUEL

8. Les relations de parenté sont l'un des principes fondamentaux de la succession *ab intestat*.

9. Nous ne pensons pas que du Code civil de la République de Moldavie nous pourrions tirer une conclusion définitive sur le fait si « le lien de sang » ou « l'affection » du défunt constituent la base de la succession légale. Ainsi, l'art.1500 du Code civil, dans le premier paragraphe, prévoit qu'en cas de succession légale, les héritiers qui ont droit à une part égale sont : la 1^{ère} classe – les descendants, le conjoint survivant et les ascendants privilégiés; la 2^e classe – les ascendants ordinaires et les collatéraux privilégiés; la 3^e classe – les collatéraux ordinaires. Nous voyons donc que parmi les héritiers de première classe, à côté des ascendants privilégiés et des descendants, on trouve aussi le conjoint survivant. De là, on pourrait déduire que tant le lien de sang que l'affection de la personne décédée envers le conjoint survivant constituent la pierre angulaire de la succession légale.

10. Dans la législation actuelle moldave, les unions de personnes, qu'il s'agisse du même sexe ou de sexe différent, ne sont pas reconnus et n'ont aucun effet juridique ni en droit de la famille ni en celui de la succession. Pour produire des effets juridiques, une union doit être entre deux personnes de sexe différent et être enregistrée à l'Office d'état civil.

Le Code civil de la République de Moldavie ne conditionne pas la possibilité d'hériter à partir d'un certain âge. Ainsi, l'art. 1433 intitulé « Les successeurs », au paragraphe 1 prévoit : « Les successeurs peuvent être, en cas de succession :

a) testamentaire, les personnes étant en vie au moment du décès de celui qui a laissé l'héritage, aussi bien que ceux qui ont été conçu au pendant la vie de celui qui a laissé l'héritage et sont nés vivants après la mort de celui-ci, indépendamment du fait s'ils sont ou pas ses enfants et les personnalités juridiques morales qui ont la capacité juridique civile au moment du décès de celui qui a laissé l'héritage;

b) légale, les personnes étant en vie au moment du décès de celui qui a laissé l'héritage, aussi bien que ceux qui ont été conçu au pendant la vie de celui qui a laissé l'héritage et sont nés vivants après la mort de celui-ci ». Comme on le voit, les personnes existant au moment de l'ouverture de la succession, à qui la loi le permet, peuvent hériter. En ce qui concerne le droit de disposer, le paragraphe 2 de l'art. 1449 du Code civil prévoit : « Seulement la personne ayant la capacité d'exercice peut disposer par testament ». Par conséquence, nous pouvons voir que ce sont les personnes de moins de 18 ans, ou ceux qui par mariage, en vertu d'une décision de l'autorité tutélaire³ ou par décision de justice ont obtenu la pleine capacité d'exercice à partir de l'âge de 16 ans, qui peuvent rédiger un testament.

11. Les principes en vertu desquels la dévolution successorale est faite sont prévus par le paragraphe 2 de l'art. 1432, comme suit: « L'héritage est une transmission des droits pour cause de décès, universelle, unitaire et indivisible ». À notre avis, il y a une erreur dans cette disposition légale, or, par héritage, on transmet le patrimoine successoral qui inclut à la fois le côté actif et passif. Ainsi, par héritage, on transmet non seulement des droits, comme le législateur moldave le stipule par erreur, mais le patrimoine successoral, en tant qu'universalité juridique, et cette universalité présuppose tant le côté actif que celui passif, qui est évidemment formé des obligations du défunt. Comme nous pouvons le voir de la table des matières du Code civil, les successions anormales ne sont pas réglementées par la législation moldave.

12. Si nous analysons la relation entre la succession légale et celle testamentaire, nous trouvons que, du point de vue quantitatif, le plus souvent on ne fait pas de testament, donc la succession est transmise *ab intestat*, surtout dans les zones rurales. Dans les villes, en tenant compte du fait que le monde est mieux informé et que la possibilité de faire appel aux services d'un notaire ne soulève pas de grande difficulté étant à portée de tout le monde, nous pouvons attester une légère augmentation des testaments certifiés chez le notaire, bien que nous ne puissions pas affirmer que la transmission successorale est faite le plus souvent par testament, sauf que par la loi. La population fait assez rarement, voire pas du tout, appel à d'autres formes de testament.

13. Le testament pourrait être considéré comme le seul document juridique par lequel on peut transmettre le patrimoine à la mort de son propriétaire. Mais, à notre avis, la législation régit aussi l'institution contractuelle, chose que nous essayerons d'argumenter en ce qui suit. Premièrement, c'est la législation familiale de la République de Moldavie qui régit le contrat matrimonial. Deuxièmement, le Code civil contient une disposition légale qui, selon nous, est celle qui régit expressément l'institution contractuelle. Ainsi, l'art. 675 du Code civil, intitulé « Le contrat relatif à l'héritage d'un vivant » prévoit : « (1) Le contrat de succession d'un tiers encore en vie est nul. Le contrat sur le quota légal ou sur un legs de la succession d'un tiers en vie est aussi nul. (2) Les dispositions du paragraphe (1) ne s'appliquent pas dans le cas du contrat conclu entre les futurs successeurs légaux sur les quotas légaux. Un tel contrat doit être authentifié par le notaire ». Ici, il convient de noter que cette disposition légale abonde en erreurs impardonnables, en commençant par le nom de l'article et en terminant par son contenu, mais, néanmoins, si l'on tentait d'ignorer les erreurs, on pourrait dire que le paragraphe 2, corroboré par les dispositions de l'art. 31, paragraphe 1 du Code de la famille, prévoit cette modalité de transmission du patrimoine successoral. Ainsi, conformément à l'article 31, paragraphe 1 du Code de la famille « Les clauses du contrat matrimonial sont annulées au moment de la dissolution du mariage, sauf celles prévues pour la période d'après la dissolution du mariage ». Il est vrai que ces dispositions légales sont contraires à celles prévues par l'article 27 du Code de la famille qui définissent le contrat matrimonial, et, notamment, « Le contrat matrimonial est une convention volontaire, conclue entre des personnes qui souhaitent se marier ou entre époux,

qui détermine leurs droits et obligations matrimoniaux pendant le mariage et/ou en cas de sa dissolution ». Cette norme légale n'est pas dispensée, elle non plus, d'erreurs, du moins dans la première partie⁴, mais, en faisant abstraction de celles-ci, nous voyons que le contrat matrimonial régira les effets patrimoniaux du mariage au cours et/ou en cas de sa dissolution, alors que l'art. 31, paragraphe 1 du Code de la famille, indique que « Les clauses du contrat matrimonial sont annulées au moment de la dissolution du mariage, sauf celles prévues pour la période d'après la dissolution du mariage ». L'erreur est évidente, or, après la dissolution du mariage on ouvre la succession, de façon que la transmission du patrimoine successoral sera régie par les normes du droit des successions et non par les dispositions du contrat matrimonial. Mais, si l'on corrobore ces dispositions à celles contenues dans le paragraphe 2 de l'article 33 du Code de la famille qui dit que : « Le mariage peut être résilié par divorce (dissolution), sur la base de la demande de l'un des époux ou de deux époux ou du tuteur de l'époux déclaré incapable ». On voit que la thèse selon laquelle les effets du contrat matrimonial peuvent viser les relations patrimoniales après la dissolution du mariage, bien qu'elle soit théoriquement incorrecte, elle a une base légale. Ainsi, nous pouvons supposer que les époux, en tant que futur successeurs légaux potentiels, stipuleront dans le contrat matrimonial que certains biens, ou les soi-disant « quotas légaux », après l'ouverture de la succession, passent à celui d'eux qui survivra. Dans ces conditions, nous croyons que la législation de la République de Moldavie régit l'institution contractuelle.

14. Conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'art. 1449 du Code civil, « Le testament est un acte juridique solennel, unilatéral, révocable et personnel par lequel le testateur dispose à titre gratuit, pour le moment de la cessation de sa vie, de tous ses biens ou d'une partie d'entre eux ». De cette définition on détache la nature juridique du testament, mais on trace encore quelques erreurs. Ainsi, par testament une personne peut disposer non seulement « de tous ses biens ou une partie d'entre eux », mais de tout son patrimoine, en tant qu'universalité juridique, qui inclut à la fois des droits et des obligations, ou il peut disposer de biens singuliers, déterminés individuellement. À notre avis, il ne faut pas placer le signe d'égalité entre les biens et le patrimoine, car entre eux il y a la relation partie - tout, le patrimoine englobant les biens.

15. La législation de la République de Moldavie, dans l'art. 1458 du Code civil, prévoit seulement le testament sous forme écrite, qui peut être olographe, authentique ou mystique. La législation régit, également, les testaments assimilés à ceux authentiques (l'art. 1459 du Code civil) qui doivent également prendre la forme écrite. Les testaments verbaux, audio ou vidéo ne sont pas reconnus par la législation moldave.

16. La réserve de succession est réglementée dans un chapitre séparé portant le même nom, les articles 1505-1514 du Code civil. Selon l'art. 1505 : « Les successeurs de 1^{ière} classe, inaptes de travailler, ont le droit d'hériter, indépendamment du contenu du testament, au moins une moitié du quota qui serait dû à chacun en cas de succession légale (réserve de succession). Cette réglementation légale n'a

pas échappé, elle non plus, à certaines erreurs. Ainsi, la législation moldave dit que ce sont les successeurs de 1^{ière} classe qui ont le droit à la réserve, à savoir, les descendants, l'époux survivant et les ascendants privilégiés. Le problème est que ces personnes, pour bénéficier de ce droit, doivent être inaptes de travailler. À notre avis, c'est une condition non justifiée, parce que la réserve est établie en faveur des personnes qui ont un lien spécial avec le défunt, soit des degrés de parenté très proches, soit le statut d'époux. Ces personnes ont contribué directement, par divers moyens, à la formation de son patrimoine successoral *de cuius*, ainsi, nous pensons qu'ils doivent bénéficier de ce droit sans certaines conditions supplémentaires, autres que le degré de parenté et la qualité d'époux.

17. L'époux survivant ne bénéficie pas d'un statut spécial en matière de succession, il est héritier de 1^{ière} classe et réservataire et pourra effectivement bénéficier de ce droit s'il est inapte de travailler. Nous pensons qu'il est correct que l'acte juridique du mariage donne lieu à une vocation successorale en faveur de l'époux survivant, car, le plus souvent, le patrimoine commun est créé grâce aux efforts des deux époux, de sorte qu'au décès de l'un d'eux, il est correct que l'autre bénéficie d'un certain quota des biens successoraux de l'époux défunt, indépendamment du contenu du testament. La législation civile de la République de Moldavie et les dispositions des articles 1502 et 1503 du Code civil soulèvent de graves questions. Ainsi, l'art. 1502 du Code civil, intitulé « La privation du droit à la succession en cas de dissolution du mariage », prévoit que : « Un époux peut être privé du droit de succession légale par décision du tribunal si l'on confirme que le mariage de facto avec celui qui a laissé l'héritage a cessé trois ans avant l'ouverture de la succession et les époux ont vécu séparément ».

Nous pouvons supposer quelle a été l'intention du législateur moldave en instituant cette disposition légale, mais comment il l'a fait soulève de nombreuses questions. Nous soumettons à la critique la réglementation prévue par l'art. 1502 du Code civil pour les raisons suivantes :

- tout d'abord, on constate qu'il y a une divergence entre le titre de l'article et son contenu. Ainsi, le titre de l'article 1502 du Code civil est : « La privation du droit à la succession en cas de dissolution du mariage ». Comme la littérature de spécialité le soutient, la dissolution du mariage ou le divorce représente « un moyen de faire la dissolution du mariage par voie judiciaire quand, pour certaines raisons fondées, les relations entre les époux sont gravement blessés et il n'est plus possible de continuer le mariage »⁵. Donc, pour parler de divorce ou de dissolution du mariage il doit y avoir une décision judiciaire définitive et irrévocable par laquelle l'acte juridique du mariage soit annulé. D'après ce que nous l'avons vu, le contenu de l'article à l'examen ne parle pas de divorce, mais en fait de la cessation des relations de mariage, ce qui ne représente pas l'équivalent du divorce. Dans ce cas, pour créer une cohérence entre le titre de l'article et son contenu, à notre avis, le titre devrait être le suivant : « La privation du droit à la succession légale en cas de cessation en fait des relations de mariage »;

- deuxièmement, l'énoncé « *un époux* peut être privé du droit à la succession... » soulève des doutes sérieux. Le législateur, qu'est-ce qu'il a eu en vue quand il a spécifié que c'est notamment « un époux » qui peut être privé du droit à la succession et non « l'époux survivant »? Cet énoncé nous fait penser aux mariages polygames, or, dans la législation de la République de Moldavie le mariage a un caractère monogame;

- troisièmement, comme il est mentionné dans les travaux spécialisés, « comme tout héritier, l'époux survivant doit remplir les conditions générales requises par la loi pour pouvoir hériter et doit avoir la qualité légale d'époux du défunt au moment de l'ouverture de la succession. En termes de droit successoral, peu importe la durée du mariage avec le défunt, quel est le statut matériel ou le sexe de l'époux survivant, si les époux ont eu ou non des enfants ou si les époux vivaient ensemble ou séparément en fait au moment du décès »⁶;

- quatrièmement, conformément aux dispositions du Code de la famille de la République de Moldavie, une personne est considérée mariée du « jour de l'enregistrement du mariage par les organes d'état civil (article 9, paragraphe 2 du Code de la famille) et jusqu'au « jour de l'enregistrement du divorce, si le mariage a été dissous par l'office d'état civil, ou jusqu'au jour quand la décision de l'instance judiciaire sur la dissolution du mariage est restée définitive » (article 39, paragraphe 1 du Code de la famille). Donc, en cas de séparation en fait des époux et de manque d'une décision définitive de divorce, ces personnes ont le statut des époux et, par conséquent, ont une vocation successorale;

- cinquièmement, la législation familiale ne prévoit pas l'obligation de cohabitation des époux, de manière qu'ils puissent vivre ensemble ou vivre séparément, comme le prévoit le paragraphe 3 de l'article 16 du Code de la famille, l'habitation séparée n'étant pas une raison de privation du droit à la succession, étant, éventuellement, une raison pour le divorce;

- sixièmement, le mariage « cesse » suite au décès ou à la déclaration du décès de l'un des époux (article 33, paragraphe 1 du Code de la famille), de façon que celui-ci ne puisse aucunement « cesser » trois ans avant l'ouverture de la succession;

- septièmement, comment justifier l'établissement du terme de « trois ans » durant lesquels les relations conjugales doivent être interrompues pour que l'époux survivant soit privé du droit à la succession légale?

- huitièmement, pourquoi l'époux survivant sera privé du droit à la succession légale, et pas de droit à la succession testamentaire? Le testament, change-t-il quelque chose dans les relations entre les époux séparés en fait?

- neuvièmement, nous sommes catégoriquement contre l'utilisation, dans le Code civil ou dans d'autres documents normatifs, des expressions ambiguës comme « peut être privé » prévue dans le sommaire de l'article 1502 du Code civil, et nous croyons qu'il ne faut pas laisser à la discrétion des juges de permettre à l'époux survivant d'hériter ou non, or, à notre avis, le législateur devrait indiquer clairement dans ce cas s'il permet à l'époux survivant d'hériter ou s'il le prive de ce droit.

En conclusion, nous croyons que l'article 1502 doit être exclu en général du Code civil, car, il permet le contournement de la loi. Si elle est maintenue, cette disposition légale devrait être revue et corrigée, pour être conforme à la législation de la famille, ou, inversement, le Code de la famille devrait être rectifié pour être conforme à la législation civile. Si l'on maintient cet article dans le Code civil, nous proposons qu'il ait le titre « La privation du droit à la succession légale en cas de cessation en fait des relations de mariage » et le contenu suivant : « Dans le cas où les relations de mariage entre les époux ont été cessées en fait au moins depuis trois ans et il y a pas de décision judiciaire de divorce, l'époux survivant sera privé du droit à la succession légale ».

L'article 1503 du Code civil, intitulé « La perte du droit à la succession en cas de déclaration de la nullité du mariage », se réfère aussi aux droits successoraux de l'époux survivant. Il stipule : « L'époux survivant perd le droit à la succession s'il existe des motifs permettant de déclarer la nullité du mariage et le testateur a intenté, dans ce cas, une action dans l'instance judiciaire ».

En ce qui nous concerne, nous soumettons à la critique les dispositions de l'art. 1503 du Code civil pour les raisons suivantes :

- tout d'abord, nous considérons que le titre de cet article « La perte du droit à la succession en cas de déclaration de la nullité du mariage » est inexact parce que, dans la législation civile, aussi aussi que dans la littérature de spécialité, on fait une analyse de la nullité en fonction de différents critères de classification. Un de ces critères est « en fonction de la nature de l'intérêt protégé - général ou individuel -, par la disposition légale violée lors de la conclusion du document juridique, selon lequel la nullité est de deux types : absolue et relative ». En matière de terminologie, *la nullité absolue* est déterminée, dans la législation, la pratique et même la doctrine, parfois, par les formules : le document est « nul de droit » ou « nul » ou « nul de plein droit » ou « le document sera nul », et *la nullité relative* est indiquée par les formules : « le document est annulable », « le document peut être annulé »⁷. Nous avons concidé cette précision nécessaire car, dans le titre de l'art. 1503 du Code civil, le législateur établit que le droit à la succession sera perdu seulement « en cas de déclaration de la nullité du mariage », c'est-à-dire, dans le cas de sa nullité absolue, si le document juridique du mariage a été conclu en violation de certaines conditions de fond ou de forme visant un intérêt général de toute la société. Faut-il comprendre que, si nous sommes en présence d'une nullité relative du mariage, quand on ne respecte pas certaines conditions visant un intérêt particulier, l'époux survivant ne perdra pas le droit à la succession testamentaire? Est-ce un oubli ou le législateur a voulu régler ainsi cette situation?

- deuxièmement, nous croyons qu'il ya encore un écart entre le titre de l'art. 1503 du Code civil et son contenu. Ainsi, le titre de l'article est : « La perte du droit à la succession en cas de déclaration de la nullité du mariage », tandis que dans son contenu le législateur se réfère à la perte de l'époux survivant du droit à la succession testamentaire. Cette conclusion est tirée de la dernière partie de l'art. 1503 du Code civil, qui prévoit que cette sanction se produira si « le testateur a intenté, dans ce

cas, une action dans l'instance judiciaire ». En effet, la notion de *succession* est susceptible de plusieurs acceptions, mais, il s'agit essentiellement de la transmission d'un patrimoine, partie de patrimoine ou des biens individuels d'une personne physique décédée à une ou plusieurs personnes physiques ou juridiques en existence⁸. Ainsi quand nous disons *succession*, dans ce contexte, nous considérons une transmission *mortis causa* par laquelle on transmet des droits et des obligations sans préciser s'il s'agit d'une succession *légale* ou *testamentaire*. Ainsi, nous considérons que, si les dispositions de l'art. 1503 du Code civil ont pour but de priver l'époux survivant du droit de succession testamentaire, le titre devrait indiquer ce fait et être : « La perte du droit à la succession testamentaire en cas de déclaration de la nullité du mariage ». Cependant, si il a été envisagé que, par cette disposition légale, l'époux survivant perd son droit tant à la succession légale qu'à celle testamentaire, pourquoi le législateur estime-t-il que c'est « le testateur » et non pas « le défunt » qui devait intenter l'action de déclaration de la nullité du mariage?

- troisièmement, le législateur nous suggère, par la manière de rédiger le titre de l'article 1503 du Code civil, l'idée que la nullité du mariage est déjà constatée il y a une décision judiciaire dans ce sens, bien que du sommaire de la disposition légale examinée il en résulte que l'époux décédé a intenté seulement une action sur la déclaration de nullité du mariage. Ceci, à notre avis, représente aussi un écart entre le titre et le contenu de l'article analysé;

- quatrième, que faut-il comprendre par l'énoncé « il y a eu des raisons pour déclarer la nullité du mariage »? Ces raisons ont-elles existé selon l'opinion ou dans l'imagination de qui, de l'époux survivant, de l'instance judiciaire cessisée, etc.?

- cinquièmement, faut-il comprendre que la demande de nullité ou d'annulation du mariage équivaut à une décision judiciaire restée définitive et irrévocable lorsque le demandeur décède? Nous croyons que dans cette situation il faut appliquer les dispositions de l'art. 265, lettre f) du Code de Procédure civile : « L'instance judiciaire dispose la cessation du procès dans le cas où: f) la partie en procès personne physique décède et le rapport juridique litigieux n'admet pas la succession des droits ». Ces dispositions légales doivent être corroborées aux dispositions de l'article 33, paragraphe 1 du Code de la famille, selon lesquelles : « Le mariage cesse lors du décès ou de la déclaration judiciaire du décès de l'un des époux ».

- sixièmement, pourquoi le législateur ne donne aucune solution pour l'époux survivant qui est de bonne foi⁹? Est-ce qu'il perd aussi son droit à la succession de son époux défunt qui a été de mauvaise foi? Qu'advient-il si l'époux décédé a été de bonne foi et celui survivant est de mauvaise foi? Qu'est-ce qui se passe dans la situation où les deux époux, celui survivant aussi bien que celui décédé, ont été de bonne ou de mauvaise foi? Quelle solution devrait être dans une situation où « il y a eu des motifs pour déclarer la nullité du mariage », mais ils relèvent de l'article 43 du Code de la famille, régissant les circonstances qui suppriment la nullité du mariage et l'époux décédé a intenté une action dans l'instance judiciaire?

- septièmement, à partir de ce que nous voyons dans l'art. 1503 du Code civil, le législateur ne prévoit rien pour la façon comment l'époux survivant sera privé du droit à la succession testamentaire. Comment fonctionnera cette sanction : directement, par la loi, doit-elle être demandée par co-successeurs de l'époux survivant ou par les personnes pour lesquelles son retrait de la succession aura des effets matrimoniaux? Faut-il qu'il y ait une décision judiciaire à cet égard ou non? Le Code civil, dans l'article 23, paragraphe 3, stipule : « Nul ne peut être limité dans sa capacité d'utiliser et dans sa capacité d'exercice que dans le cas et de la manière prescrits par la loi ». Nous comprenons que ce qui est prévu par l'art. 1503 du Code civil est un cas de limitation de la capacité d'utiliser des personnes dans une telle situation et il devrait y avoir une décision judiciaire à cet égard.

- huitièmement, on doit ou on peut y appliquer, par analogie, les dispositions de l'art. 1435 du Code civil, intitulé : « La révocation du droit à la succession » qui stipule que : « La circonstance qui constitue un motif pour révoquer le droit à la succession doit être déterminée par l'instance judiciaire. L'action peut être intentée par la personne pour laquelle la révocation du successeur indigne du droit à la succession a des conséquences patrimoniales ». Qu'advient-il si les co-successeurs ou les personnes intéressées ne souhaitent pas la révocation de la succession de l'époux survivant?

- neuvièmement, qu'est-ce ce qui se passe si l'époux survivant est l'unique héritier, et le procureur exige la révocation de son droit à la succession testamentaire? Qui bénéficiera de cette situation?

En conclusion, en tenant compte des arguments ci-dessus, nous croyons que l'article 1503 doit être exclu du Code civil parce que, dans la rédaction que nous avons aujourd'hui, il est extrêmement non réussi et peut soulever de nombreux problèmes dans la pratique. S'il n'y a aucune raison de le maintenir, il doit être complètement revu pour ne pas soulever ni des problèmes d'interprétation, ni d'application pratique.

18. Selon les dispositions de l'art.1500 du Code civil, les descendants sont des héritiers de 1^{ière} classe, sans distinction de sexe, sans tenir compte du fait s'ils sont nés pendant sa vie *de cuius* ou après son décès, s'ils sont du mariage ou hors mariage, s'ils sont des enfants naturels ou adoptés, s'ils vivent ensemble ou séparément, etc. Selon l'art. 50 du Code de la famille « Les enfants nés hors mariage ont les mêmes droits et obligations envers leurs parents et que ceux qui sont nés des personnes mariées ». En examinant les dispositions de ces deux normes, nous constatons que le législateur établit une égalité absolue entre les enfants issus du mariage et ceux d'hors mariage.

19. Selon les dispositions de l'art. 1539 du Code civil, « Les effets juridiques de l'acceptation ou de la renonciation à la succession se produisent au moment de l'ouverture de la succession ».

20. Selon l'art. 1516 du Code civil, la succession, qu'elle soit testamentaire ou légale, passera aux héritiers seulement si ceux-ci exprimeront leur souhait dans ce sens dans les six mois après son ouverture. Selon l'art. 1526 du Code civil, l'héritier peut renoncer à la succession, même s'il l'a acceptée en possession, dans

les six mois. S'il a déposé la déclaration d'acceptation chez le notaire, l'héritier ne peut plus renoncer à la succession, selon l'art. 1535 du Code civil. Selon le paragraphe 1 de l'art. 1536 du Code civil, la déclaration de renoncement est irrévocable.

21. La loi sur la taxe d'état prévoit, dans l'article 3, point (9) le montant des taux « pour les documents notariales rédigés par le notaire et autres personnes autorisées par la loi » : lettre (i) « pour délivrer des certificats de succession: les héritiers du 1^{er} degré - 0,1% du prix de la propriété héritée; les héritiers du 2^e degré - 0,5% du prix de la propriété héritée; les autres héritiers - 1% du prix de la propriété héritée »; lettre (j) « pour délivrer des certificats de succession de la terre: les héritiers du 1^{er} degré – 5 lei; les héritiers du 2^e degré – 10 lei; les autres héritiers - 15 lei ». Comme on voit, nous ne pensons pas que les taux sont un obstacle ou un fardeau pour l'acquisition de la succession.

III. REGIMES MATRIMONIAUX

22. Conformément aux dispositions de l'article 19, paragraphe 2 du Code de la famille, « Le régime légal des biens des époux ont effet dans la mesure où il n'est pas modifié par le contrat matrimonial ». Comme chez nous, des raisons diverses, les personnes qui se marient ne rédigent pas de contrat matrimonial, le régime légal des biens des époux est celui qui s'applique et régissant les relations patrimoniales entre les époux.

23. La législation de la République de Moldavie ne reconnaît aucune union, que ce soit entre personnes de sexe différent ou de même sexe. Ainsi, afin qu'elle soit reconnue par l'état, une union devrait être établie entre deux personnes de sexe différent et inscrite à l'office d'état civil.

24. La législation de la République de Moldavie couvre à la fois le régime légal et celui contractuel des biens des époux. Étant donné que l'application pratique du régime contractuel est assez étroite, nous constatons que la grande majorité des mariages ont les relations patrimoniales régies par les normes du Code de la famille à travers le régime légal des biens des époux. À notre avis, s'ils ne concluent pas de contrat matrimonial, ce qui arrive le plus souvent, en termes de patrimoine, par l'effet de la conclusion du mariage, les époux sont soumis au régime légal, qui est le régime primaire obligatoire. Ce régime se caractérise par le fait que, pendant le mariage, les époux ont la propriété commune des biens communs et propriété personnelle d'autres biens, pendant le mariage entre eux il y a l'obligation légale d'entretien, obligation qui survit, dans certaines conditions après la cessation ou la dissolution du mariage, les dépenses du ménage étant la tâche des deux époux, etc.

25. La législation familiale de la République de Moldavie régit la possibilité du déroulement des relations patrimoniales entre les époux selon le contrat matrimonial. La liberté de conclure et de déterminer le contenu de ces contrats est consacrée expressément, alors que la législation successorale ne prévoit aucun obstacle pour cette liberté, de sorte que les futurs époux ou les personnes qui sont déjà mariées ne seront aucunement limitées dans leur possibilité de déterminer le contenu du contrat matrimonial.

26. Le contrat matrimonial ne peut pas pratiquement contenir des dispositions sur les relations patrimoniales après la dissolution du mariage, mais, comme déjà mentionné dans le point 13 du présent rapport, il semblerait que la législation civile et familiale de la République de Moldavie régirait aussi l'institution contractuelle.

27. Le contrat matrimonial, à première vue, ne peut pas contenir des dispositions *mortis causa*. Mais si on analyse en complexe les dispositions du Code civil et du Code de la famille, comme déjà mentionné antérieurement, il semblerait que dans certaines situations, ils pourraient contenir des clauses qui couvrent la situation du patrimoine successoral de l'époux. Nous mentionnons ici les dispositions de l'art. 675, paragraphe 2 du Code civil, avec toutes les imperfections et les erreurs de toutes sortes.

28. À notre avis, le contrat matrimonial pourrait contribuer à influencer les droits de succession entre les époux. Par exemple, le contrat prévoit que les biens acquis par les époux seront considérés comme la propriété exclusive de l'un d'eux. Dans ces circonstances, le patrimoine de l'un des époux sera plus grand et celui de l'autre, évidemment, plus petit. Bien qu'une telle situation puisse se produire en pratique, le Code civil au chapitre succession n'en prévoit aucune solution.

29. La dissolution du mariage met fin aux relations personnelles et patrimoniales entre les ex-époux. Toutefois, il y apparaît entre eux l'obligation légale d'entretien, prévue expressément par le Code de la famille dans l'art. 83. Comme nous le voyons, l'article 31, paragraphe 1 du Code de la famille prévoit que : « Les clauses du contrat matrimonial cessent d'avoir effet au moment de la cessation du mariage, sauf celles prévues pour la période d'après la cessation du mariage ». En analysant le contenu de ce paragraphe, nous sommes arrivés à la conclusion qu'il est inapproprié d'utiliser l'expression « la dissolution du mariage » dans le sommaire de cette disposition légale pour les raisons suivantes :

- tout d'abord, comme indiqué par les dispositions de l'article 27 du Code de la famille : « Le contrat matrimonial est une convention conclue volontairement entre les personnes qui veulent se marier ou entre époux, qui détermine leurs droits et obligations patrimoniaux pendant le mariage et/ou en cas de sa cessation ». Le législateur n'y fait aucune référence au fait que ce contrat réglera aussi les relations patrimoniales entre les époux en cas de dissolution du mariage, ce qui n'est pas le cas parce que cette situation est régie par le Code civil dans la quatrième partie intitulée « Le droit de succession »;

- deuxièmement, en vertu des dispositions de l'article 33, paragraphe 1 du Code de la famille : « Le mariage cesse lors du décès ou de la déclaration judiciaire du décès de l'un des époux ». Donc, comme on le voit, la cessation du mariage n'équivaut pas à la dissolution du mariage, celles-ci étant deux institutions distinctes qui sont produites par des causes et des effets différents;

- troisièmement, il résulte, des dispositions légales citées plus haut, que les effets du contrat matrimonial surviennent entre les époux pendant le mariage ou après sa dissolution, conformément aux dispositions de l'article 27 du Code de la famille. En même temps, l'article 31, paragraphe 1 du Code de la famille, stipule que « les clauses du contrat matrimonial cessent d'avoir effet au moment de la

cessation du mariage, sauf celles prévues pour la période d'après la cessation du mariage ». Mais, comme déjà mentionné, le mariage cesse lors du décès ou de la déclaration judiciaire du décès de l'un des époux, de sorte que cette situation ouvre la succession avec tous ses effets.

De ce qui a été exposé plus haut, il en résulte que les effets du contrat matrimonial cesseront d'avoir effet dans le cas de cessation du mariage par le décès ou par la déclaration judiciaire du décès de l'un des époux, mais pas dans le cas de dissolution du mariage par divorce, bien que l'article 27 du Code de la famille prévoit expressément que ce contrat détermine les droits et les obligations patrimoniales des époux « pendant le mariage et/ou en cas de sa dissolution ». Nous ne disons pas que les clauses du contrat matrimonial ne cesseront pas d'avoir effet en cas de dissolution du mariage, elles cesseront aussi dans le cas de sa dissolution par divorce, sauf dans les cas prévus pour la période d'après la dissolution du mariage. C'est parce que le contrat matrimonial est l'accessoire de l'acte de mariage, de façon que les effets du régime patrimonial seront épuisés à la fois avec cette dernière institution. La dissolution du mariage par divorce ou sa cessation par décès de l'un des époux sera le terminus des effets du contrat matrimonial. Dans le premier cas, lorsque la décision de divorce sera définitive et irrévocable, elle marquera le moment où le contrat matrimonial épuisera ses effets. Dans le second cas, le moment du décès signifiera l'ultime limite en temps de la production des effets de la convention matrimoniale. Si le décès est constaté judiciairement, les effets du contrat matrimonial seront considérés comme étant épuisés à la date où la décision prononcée sur le décès restera définitive et irrévocable, ou à la date indiquée dans la décision comme date du décès. Ainsi, il est impossible d'imaginer qu'un régime matrimonial puisse survivre à l'état de mariage¹⁰. Nous croyons qu'il ne faut pas confondre la « cessation » avec la « dissolution » du mariage, ou la « cessation du mariage » avec « la cessation des relations de mariage ».

Enfin, nous concluons que le premier paragraphe de l'article 31 du Code de la famille doit être modifié et nous proposons qu'il ait le contenu suivant : « les clauses du contrat matrimonial cessent d'avoir effet au moment de la cessation des relations de mariage, sauf celles prévues pour la période d'après la dissolution du mariage ».

30. En vertu des dispositions de l'article 20 du Code fiscal, « Le revenu brut ne comprend pas les types suivants de revenus : i) le patrimoine reçu par les personnes physiques, citoyens de la République de Moldavie, avec le titre de don ou d'héritage ».

IV. CONCLUSIONS

31. En conclusion, nous croyons que la législation civile et celle de la famille de la République de Moldavie exige une remise en état totale, or, étant une traduction de la législation de la Fédération de Russie, elle ne tient pas compte des réalités sociales qui existent dans notre pays. À notre avis, on n'a pas respecté les principes d'élaboration des actes normatifs, la technique législative étant digne de toute critique, ce que nous avons essayé de démontrer par des exemples que nous avons mentionnés dans cette approche. La réforme en matière de régimes matrimoniaux et de successions est nécessaire et obligatoire parce que la réalité a beaucoup

évolué depuis l'adoption du Code de la famille (2000) et du Code civil (2002). Les phénomènes intégrationnistes, la migration et autres phénomènes exigent également l'ajustement du cadre légal aux besoins des personnes auxquelles il est adressé.

32. En ce qui concerne les réglementations uniformes européennes en matière de succession et de régimes matrimoniaux, nous pensons qu'elles devraient être élaborées, mais en tenant compte des réalités de chaque pays. Ainsi, par exemple, nous ne croyons pas qu'il soit opportun maintenant de légiférer, pour de nombreuses raisons, en Roumanie ou en République de Moldavie, les unions entre personnes du même sexe. En revanche, les unions entre personnes de sexe différent, sans conclusion de mariage, pourraient être reconnues, or la vie nous démontre qu'une bonne partie des citoyens vivent notamment dans ces formes d'union, mais la loi ne leur fournit aucune protection.

* **Veaceslav PÎNZARI**, Maître de conférences à l'Université d'État « Alecu Russo » de Bălți, République de Moldavie, doyen de la faculté de Droit ; vpinzari@gmail.com.

¹ Baieș Sergiu, Roșca Nicolae, *Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*, Chișinău, 2004, p.19.

² Baieș Sergiu, Roșca Nicolae, op.cit., p.16.

³ Selon l'art. 20 aln. 3 C.civ., l'autorité tutélaire a le droit d'accorder aux mineurs de 16 ans la capacité d'exercice, si „ceux-ci travaillent sur les bases d'un contrat de travail ou, étant munis de l'accord des parents, des adoptateurs ou du curateur, exercent une activité d'entrepreneuriat”.

⁴ Le législateur définit le contrat matrimonial comme « une convention volontaire ». Rappelons, avec cette occasion, au législateur que les contrats sont des manifestations volontaires de volonté, de façon qu'il ne soit pas donc nécessaire de démontrer que le contrat est conclu volontairement, ce qui n'est pas autrement possible. Il est également indiqué dans la littérature juridique que la notion de contrat est synonyme avec celle de convention, de façon qu'il soit erroné, du point de vue de la logique juridique, d'expliquer le définit par lui-même, car il faut éviter la présence du définit dans la structure du définit.

⁵ M. N. Costin, I. Leș, M. St. Minea, D. Radu, *Dicționar de drept procesual civil*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1983, p. 345.

⁶ D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni*, Editura Lumina Lex, București, 1996, p.56; D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Editura Rosetti, 2003, p.94-95.

⁷ Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ediția a VIII-a revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă, Editura Universul Juridic, București 2003, p.220-221.

⁸ *Voir, dans ce sens*, D. Chirică, 1996, op.cit., p.3.

⁹ Le Code civil du Québec, par les dispositions de l'art. 624, dans ce cas prévoit : „L'époux ou le conjoint uni civilement de bonne foi succède à son conjoint si la nullité du mariage ou de l'union civile est prononcée après le décès”.

¹⁰ P. Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Parte generală*, Editura Rosetti, București, 2003, p.220.

ARTICOLE

ASSOCIATION « HENRI CAPITANT » DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE

JOURNEES ROUMAINES - *LES SUCCESSIONS*, BUCAREST ET CLUJ-NAPOCA, 23-28 MAI 2010 SUCCESSIONS ET ENTREPRISE

– Rapport roumain –

Gheorghe PIPEREA*

I. Introduction

La Constitution roumaine prévoit à l'article 42 que: «Le droit de succession est garanti" en assurant à titre de principe constitutionnel que ce droit peut être effectivement protégé par l'intervention des institutions de l'Etat.

Le Livre III du Code civil roumain relatif aux différentes modalités d'acquisition de la propriété comprend deux titres consacrés à la succession : Titre I «*Des successions*» (articles 650-799) et Titre II «*Des donations entre vivants et des testaments*» (articles 800-941).

Conformément à l'article 650 du Code civil roumain, « la succession est défermée soit par la loi soit par la volonté humaine, par testament ». La succession, en Roumanie, est soit légale soit testamentaire.

En ce qui concerne la succession, le rôle de la loi est de prévoir la manière dont intervient la transmission du patrimoine successoral du défunt, en précisant les personnes appelées à la succession, l'ordre et les parts revenant à chacune de ces personnes. Certaines de ces dispositions sont d'ordre public. La dévolution légale de la succession sera applicable lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par testament ou si le testament ne contient pas de dispositions relatives à la transmission de la succession, mais uniquement d'autres dispositions (notamment sur la suppression de l'héritage d'autres parents, l'organisation des funérailles, etc.). En revanche, un testament – en tant que manifestation de la volonté du testateur avec l'intention de produire des effets juridiques – représente l'acte de volonté essentiellement personnel du testateur par le biais duquel il déroge aux règles du droit de la succession légale.

Le droit des successions faisant partie du droit civil, est donc une branche du droit privé. En ce qui concerne le caractère familial / patrimonial du droit des successions, il faut faire la distinction suivante. Dans l'ancienne doctrine roumaine de droit civil, la succession a été traitée comme un effet patrimonial des rapports de famille après la mort : « *la transmission du patrimoine par succession est un effet des relations de famille*¹ ». Actuellement, on considère que le droit de succession a un caractère mixte, à la fois patrimonial et familial.

L'objet principal du testament est représenté par les legs, qui sont des dispositions relatives au patrimoine successoral (legs universels ou à titre universel) ou aux biens qui font partie de ce patrimoine (legs à titre particulier). Cependant, à côté des legs ou même sans prévoir de legs, le testament peut également contenir d'autres manifestations de la dernière volonté du défunt: (i) le déshéritement, c'est-à-dire la suppression des droits des héritiers légaux, au moment du partage de la succession, dans les limites prescrites par la loi ; (ii) la nomination de l'exécuteur testamentaire, habilité à faire appliquer les dispositions testamentaires ; (iii) les conditions imposées aux héritiers ou aux légataires, de nature patrimoniale (legs) ou d'autre nature ; (iv) la révocation totale ou partielle d'un testament antérieur ou d'une disposition testamentaire antérieure ou la rétraction de la révocation antérieure ; (v) la division par ascendant ; (vi) la reconnaissance par la mère de l'enfant inscrit dans le registre de l'état civil comme né de parents inconnus ou la reconnaissance par le père de l'enfant né hors mariage ; (vii) d'autres dispositions de dernière volonté, telles que la reconnaissance d'une dette – étant précisé que les dispositions de la loi ne sont pas exhaustives sur ce point.

En matière successorale, le Code civil roumain établit plusieurs **principes généraux** : le principe de l'appel à la succession des parents dans l'ordre des classes d'héritiers légaux ; le principe de la proximité du lien de parenté ; le principe de l'égalité. La loi prévoit aussi des règles obligatoires en ce qui concerne l'héritage par représentation, les droits successoraux du conjoint survivant, mais aussi des interdictions en ce qui concerne le pacte sur une succession non ouverte ou future, les substitutions fidéicommissaire et la réserve successorale ainsi que le droit d'option successorale.

La Loi sur les sociétés commerciales (« LSC ») prévoit de façon restrictive, à l'article 2, les cinq formes classiques de société, une sixième forme étant régie par l'article 270^{2a)-e)} : (i) la société en nom collectif ; (ii) la société en commandite simple ; (iii) la société par actions, qui est la société de capital classique ; (iv) la société en commandite par actions ; (v) la société à responsabilité limitée qui est une société à caractère mixte puisqu'elle réunit le caractère *intuitu personae* des sociétés de personne avec une responsabilité limitée aux apports sociaux ; (vi) la société européenne issue de la modification, en Juin 2008, de la LSC. Le groupement d'intérêt économique ainsi que les sociétés non-commerciales (comme l'association en participation et la société civile notamment) sont règlementés de façon spécifique et distincte.

La **différence principale** entre ces formes de société réside dans l'étendue de la responsabilité des associés à l'égard des tiers pour les dettes sociales (article 3 de la LSC)². Il existe aussi des différences en ce qui concerne l'organisation, le fonctionnement et la dissolution des sociétés commerciales.

Les sociétés par actions peuvent être **classées** aussi en sociétés « *fermées* » et en sociétés « *cotées* » (listées sur la bourse ou sur tout autre **système organisé de transaction**).

Les sociétés peuvent prendre la forme de sociétés de personnes ou de capitaux. Certaines sociétés ont des formes juridiques spéciales : les sociétés unipersonnelles et les sociétés dans lesquelles l'Etat roumain participe en qualité d'actionnaire unique ou d'actionnaire majoritaire. Dans ce cas-là, on retrouve de nombreuses règles juridiques spécifiques, dérogeant au droit commun.

Les actions, en tant que fractions du capital social, peuvent être classées tout d'abord en fonction des droits qu'elles confèrent, celles-ci étant soit ordinaires soit de préférence, et ensuite en fonction de leur négociabilité, les actions pouvant être divisées en actions cotées, actions ordinaires (non cotées), actions non cessibles (par exemple, les actions de contrôle) et des actions cessibles dans des conditions restrictives (spécifiques aux sociétés par actions fermées, appelées aussi « *de famille* »).

D'un autre point de vue, les actions peuvent être classées comme des biens mobiliers par l'effet de la loi (article 474 du Code civil). Si les actions au porteur sont des biens mobiliers corporels, les actions émises sous la forme **dématérialisée** constituent des biens mobiliers incorporels. Le principal droit conféré par les actions est le **droit de propriété**. En fonction de leur contenu, les **droits** des actionnaires peuvent être soit patrimoniaux soit extra-patrimoniaux.

Font partie de la catégorie des droits extra-patrimoniaux: (i) le droit de participer aux assemblées générales et le droit de voter, excepté les détenteurs d'actions avec droit préférentiel de vote ; (ii) le droit d'être informé ; (iii) d'autres droits extra-patrimoniaux, tels que : le droit de convoquer l'assemblée générale, le droit de nommer et révoquer les membres des organes de direction, le droit de contrôle, le droit d'actionner en responsabilité les administrateurs, le droit de se retirer de la société, etc.

Au nombre des droits patrimoniaux, figurent notamment: (i) le droit aux dividendes ; (ii) le droit à l'obtention d'une partie du boni de liquidation de la société ; (iii) d'autres droits patrimoniaux attachés aux actions comme le droit de transmettre les actions, le droit préférentiel de souscription, le droit de faire la transaction des droits attachés aux actions (pour les sociétés cotées).

Les droits des actionnaires sont également divisés en **droits politiques**, collectivement exercés lors des assemblées générales, et en **droits financiers**, qui permettent aux actionnaires de partager les bénéfices et les droits patrimoniaux.

Le droit des sociétés est régi par les suivants **principes généraux** : la liberté d'association ; l'égalité des actionnaires ; l'*affectio societatis* ; la responsabilité des associés et des actionnaires dans la limite de leur apport au capital social (ce qui constitue la règle en droit roumain des sociétés) ; la protection de l'investisseur (dans le cas des sociétés cotées).

Il convient de noter que pour certaines sociétés, il y a des règles juridiques spécifiques. Il faut considérer premièrement la situation des sociétés cotées régies principalement par la Loi no. 297/2004 relative au marché du capital, et ensuite la situation des sociétés d'Etat (Loi no. 15/1990 sur la transformation des anciennes sociétés socialistes d'Etat en sociétés publiques autonomes et sociétés commerciales), des sociétés du secteur bancaire, des assurances, etc.

II. Conciliation des deux domaines du droit. Lacunes. Possibilités de fraude à la loi

Dans la mesure où en droit roumain, les actes normatifs régissant le droit des sociétés sont à la fois le Code de commerce et la Loi des sociétés commerciales, les dispositions relatives aux sociétés sont concentrées dans ces règlements. Néanmoins, **le Code Civil** contient quelques dispositions spéciales, qui s'appliquent dans certaines circonstances aux sociétés commerciales. Ainsi, l'article 1530 du Code civil prévoit que « *A l'occasion du partage du patrimoine de la société entre les associés, on applique les règles relatives au partage de la succession, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent pour les successeurs* ». Quant à la dissolution de la société, l'article 1530 du Code civil prévoit que le partage du patrimoine social sera effectué selon les règles du partage de la succession, les associés étant considérés comme des copropriétaires en indivision des biens de la société. A cette occasion, on procédera d'abord au paiement des dettes, au recouvrement des créances, et ensuite à la répartition entre les associés (ou le cas échéant entre les héritiers de l'associé décédé) de l'actif et du passif en résultant à proportion de la contribution de chacun au capital social, en tenant compte des stipulations contractuelles et des interdictions prévues par la loi (clause léonine).

Dans le système du droit roumain, le partage met fin à tout état d'indivision, quel que soit sa source. Dans ce contexte, il aurait été souhaitable que le partage ne soit pas réglementé dans la partie relative aux successions, mais dans un chapitre distinct du Code Civil précisant sa portée (cessation de toute propriété commune) ainsi que ses règles de mise en oeuvre. Mais en l'absence d'une telle réglementation distincte, ce sont les règles sur le partage contenues dans le chapitre sur la succession du Code Civil qui représentent le droit commun applicable à toute forme de partage.

En revanche, **la LSC** contient de nombreuses dispositions relatives à l'héritage :

(i) l'article 102 paragraphes (2) et (3) prévoit que lorsqu'une action nominative ou au porteur devient la propriété de plusieurs personnes (c'est-à-dire une action nominative transmise à plusieurs héritiers en état d'indivision), la société ne sera pas obligée de tenir compte de cette transmission, tant que ces personnes ne vont pas procéder à la désignation d'un représentant commun pour exercer les droits attachés à l'action ; dans les sociétés fermées, le représentant agira en vertu d'un pouvoir spécial donné par écrit conformément à l'article 125 paragraphe (2) de la LSC. En ce qui concerne les sociétés cotées, il existe des règles spéciales relatives au contenu du pouvoir.

(ii) l'article 102 paragraphe (4) prévoit expressément que, lorsqu'une action est la propriété indivise de plusieurs personnes (y compris en cas de transmission par héritage), les héritiers seront solidaires des dettes sociales. Il s'agit ici d'une exception au principe consacré à l'article 1060 du Code Civil, selon lequel la dette est divisible entre les héritiers qui ne seront tenus qu'à proportion de leurs parts respectives.

(iii) l'article 202 paragraphe (3), applicable aux sociétés à responsabilité limitée, établit une exception à la règle qui soumet la transmission des parts sociales à des personnes extérieures à la société, à la validation des associés représentant $\frac{3}{4}$ du capital social (droit d'agrément). En effet, en vertu de cette exception, les parts

sociales peuvent être acquises par succession légale ou testamentaire sans la nécessité d'obtenir un agrément préalable ; les statuts peuvent néanmoins passer outre cette exception. Dans cette hypothèse, et en l'absence d'agrément, la société se trouve dans l'obligation de rembourser aux héritiers la valeur des parts qui auraient dû leur revenir dans le cadre de la succession.

(iv) l'article 202 paragraphe (4) prévoit que dans l'hypothèse où le nombre maximal des associés (50) viendrait à être dépassé par l'entrée dans la société d'héritiers, ceux-ci seront obligés de choisir les titulaires des parts, afin de respecter le nombre maximal légal précité.

(v) les articles 229 et 230 se réfèrent au cas de la dissolution de la société en nom collectif, en commandite simple / par actions ou à responsabilité limitée du fait du décès des associés, mais aussi à certains aspects liés à la responsabilité des héritiers jusqu'à la publication des changements intervenus dans la société.

Malgré quelques différences inhérentes aux époques distinctes de promulgation des lois régissant les deux matières - le Code civil (1865) en matière de droit des successions et la Loi sur les sociétés (1990) en matière de droit des sociétés, on peut toujours considérer les deux domaines du droit compatibles.

Il ressort de l'**analyse** de ces deux domaines du droit certaines **lacunes**, notamment :

a. une réglementation insuffisante s'agissant de la transformation de la société à responsabilité limitée en société à responsabilité limitée unipersonnelle suite au décès d'un des associés, notamment en présence d'une clause de continuation avec un des héritiers de l'associé décédé : on peut légitimement s'interroger sur le sort des autres héritiers et, *a fortiori*, sur celui de la société (dissolution ou continuation d'activité) ;

b. dans la situation de la dissolution et de la liquidation d'une société, quel sera le sort du surplus de liquidation : il est difficile de savoir si ce boni de liquidation sera réparti entre les héritiers en suivant les règles de la succession ;

c. la loi ne prévoit pas les modalités de désignation du représentant commun des héritiers de l'un des associés/actionnaires, et encore moins la procédure de désignation d'un tel représentant en cas de divergences / refus de la part des autres héritiers ;

d. la LSC ne contient pas de dispositions sur la transmission des actions pour cause de décès, mais uniquement la cession entre actionnaires ;

e. en ce qui concerne la dévolution légale, la doctrine actuelle considère que les sociétés ne peuvent pas avoir la qualité de successible, c'est-à-dire d'hériter des associés/actionnaires; il sera donc intéressant d'avoir un texte légal régissant ce problème ;

f. en ce qui concerne la dévolution testamentaire, la loi prévoit seulement la possibilité de faire des legs à titre particulier en faveur des sociétés. Dans cette situation, on peut se poser des questions quant à la possibilité de faire des legs universels, à titre universel ou à titre particulier avec charge. De plus, une autre question se pose : qui va accepter ces legs ? faudra-t-il une décision spéciale de l'assemblée générale et dans l'affirmative, sera-t-elle ordinaire ou extraordinaire? Peut-on également appliquer les règles de l'acceptation tacite, par les représentants de la société, ou celles de l'acceptation forcée ?

g. comment est-ce que le droit de propriété des associés/actionnaires sera transmis aux héritiers ? Comment est-ce que les actions seront évaluées (au moment du décès ou au moment du débat de la succession) ?

h. est-ce que les sociétés peuvent accepter des legs universels ou à titre universel étant donné qu'on ne peut pas anticiper les biens existants dans le patrimoine au moment du décès et en considération du principe de la capacité de jouissance limitée des personnes morales?

i. la loi ne prévoit pas de solution pour le cas où le *de cuius* déshérite ses héritiers uniquement des droits de préférence conférés par l'action. Est-ce que ces droits sont des droits *intuitu rei* ?

En ce qui concerne **la possibilité de frauder la loi**, on peut imaginer les **hypothèses** suivantes: (i) le conjoint survivant cache l'existence de la société dans laquelle le *de cuius* avait la qualité d'associé, ce qui aura comme conséquence la fraude des intérêts des autres héritiers ; (ii) le conjoint survivant s'appropriera les dividendes devant en principe revenir aux héritiers. Toutefois, selon le Code de la famille, les parts sociales sont considérées comme des biens propres de l'associé et pas comme des biens communs.

Le remède à ces tentatives de frauder la loi est établi par le Code civil, qui qualifie de **délit civil** le fait pour un successible de cacher ou d'enlever une partie des biens appartenant aussi aux autres héritiers, prévoyant comme sanction l'acceptation forcée de la succession en ce qui concerne ledit héritier. Les conséquences de cette acceptation forcée sont, d'un côté, la déchéance du droit d'option successorale (le successible ne pourra plus renoncer à la succession et ne pourra plus l'accepter sous bénéfice d'inventaire) et, de l'autre côté, la déchéance des droits successoraux sur les biens enlevés ou cachés (qui vont être acquis par les cohéritiers du successible coupable).

D'autres possibilités de fraude peuvent être imaginées dans les cas suivants :

a) la donation cachée sous la forme d'une vente d'un bien au profit de la société pour éluder les dispositions concernant la réserve successorale. Ainsi, on conclura une "vente" d'un bien, qui est en réalité une donation, avec une société contrôlée par la personne que l'on veut gratifier. Cette hypothèse peut effectivement poser des problèmes puisque en ce qui concerne les sociétés les règles relatives aux incapacités prévues par le Code Civil dans la matière des donations ne leur sont pas applicables ;

b) en ce qui concerne le testament, le Code Civil prévoit certaines incapacités de recevoir le testament – par exemple, l'incapacité du médecin qui a soigné le défunt de la maladie qui lui a par la suite provoqué le décès ; dans ce cas-là, on pourra instituer un legs en faveur de la société contrôlée par ce médecin ;

c) tenant compte du fait qu'en Roumanie l'acquisition de terrains par des étrangers est soumise à des conditions restrictives, on peut envisager un testament ayant comme objet la transmission d'un terrain en faveur d'une société dont l'associé/l'actionnaire est étranger.

d) Par le biais d'une cession simulée *inter vivos*, les associés / les actionnaires peuvent éluder les dispositions concernant la réserve successorale.

III. Place du droit des successions en droit des sociétés.

Modalités d'application des règles de succession en droit des sociétés.

Le cas particulier de la société unipersonnelle

En règle générale, l'objet de la succession est constitué par les actions, respectivement par les parts sociales détenues par le défunt.

Conformément à l'article 4 LSC, la société commerciale est formée par au moins deux associés, sauf si la loi ne contient des dispositions contraires. Dans des cas exceptionnels, une société peut être constituée par l'acte de volonté d'un seul associé, mais on peut trouver des sociétés dont l'actionnaire unique est l'Etat roumain, jusqu'à leur privatisation.

La société unipersonnelle peut poser beaucoup de problèmes aussi bien en théorie qu'en pratique dans l'hypothèse du décès de l'associé unique. Le décès de l'associé n'entraîne pas la disparition de la société, sauf disposition contraire dans le statut ou l'acte constitutif. Ainsi, la société continuera avec les héritiers auxquels les parts sociales ont été transmises. Si deux ou plusieurs héritiers ont vocation successorale aux parts sociales du défunt et s'ils choisissent de ne pas faire de partage, la société unipersonnelle deviendra une société avec plusieurs associés, qui sera régie par le droit commun des sociétés à responsabilité limitée, à condition que les exigences suivantes soient respectées : les associés devront conclure un contrat de société et ils devront respecter les formes de procédure et de publicité requises par la loi. Tenant compte du fait que les héritiers doivent choisir un représentant parmi eux pour les représenter en relation avec la société, on peut considérer que la situation de ceux-ci restera incertaine jusqu'au moment du partage, que celui-ci soit volontaire ou provoqué. Par ailleurs, vu que les créances de l'héritage se transmettent aux héritiers divisées de plein droit, proportionnellement à leur parts héréditaires (l'article 1066 du Code Civil), la société continuera (de façon paradoxale) d'exister sous la forme d'une société unipersonnelle, jusqu'au moment du partage même si les parts sociales appartiennent à plusieurs personnes.

Une autre situation exceptionnelle est constituée par la transformation de la société pluripersonnelle en société unipersonnelle. Si un des deux associés décède et les statuts ne prévoient pas de clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé, la conséquence sera la réduction du nombre d'associés à un seul associé. De même, la société par actions peut être transformée en société à actionnaire unique. Si cette société ne régularise pas sa situation dans le délai prévu par la loi, elle sera soumise à la dissolution judiciaire.

En conséquence, dans le cas des sociétés à responsabilité limitée, l'acceptation de la succession a comme effet la transmission des parts sociales appartenant à l'associé décédé aux héritiers. Dans cette hypothèse, le droit d'agrément des associés n'est pas applicable aux nouveaux entrants dans la société, sauf disposition contraire des statuts.

Les sociétés *intuitu personae* ont un régime juridique spécial en matière de droit successoral. Par exemple, dans le cas du décès de l'un des associés d'une société en nom collectif, on peut imaginer **les situations suivantes**:

i) La société reste composée d'un seul associé : dans ce cas, la société sera soit dissoute si le contrat de société ne contient pas de clause de continuation de la société avec les successeurs, soit elle continuera avec les héritiers conformément à la clause spéciale. Dans ce dernier cas, on peut à nouveau envisager deux situations : soit les parts d'intérêt qui appartenait au *de cuius* sont acquises par les cohéritiers en indivision, qui vont de ce fait être obligés à désigner un mandataire commun jusqu'au moment du partage, soit les parts d'intérêt seront héritées par un successeur unique, qui prendra la place du défunt associé.

ii) La société reste composée de plusieurs associés : dans ce cas, soit la société continuera avec les héritiers en vertu de la clause du contrat de société ou, à défaut de clause, la société continuera avec les héritiers qui donneront leur consentement à cet effet, soit la société devra payer aux héritiers la valeur des parts sociales qui ont appartenu au défunt associé.

En ce qui concerne la transmission d'actions par succession, tenant compte de leur **indivisibilité**, les héritiers d'une action doivent désigner un représentant unique pour procéder à l'enregistrement du changement intervenu.

En dépit du choix du représentant commun, les successeurs de l'action transmise sont tenus solidairement des versements dus qui n'ont pas été effectués au moment de la souscription au capital social.

Néanmoins, la loi ne prévoit pas la situation de la transmission **d'un grand nombre d'actions** aux héritiers qui se trouve en indivision. La jurisprudence des années '30 a résolu ce problème à partir de l'idée générale que l'action représente une créance contre la société. En conséquence, on appliquera les règles conformément auxquelles la créance issue de la succession sera partagée entre les héritiers proportionnellement à leur part héréditaire. Toutefois, cette règle ne s'applique qu'aux rapports entre les héritiers et les débiteurs de la succession. A leur égard, les cohéritiers restent en indivision, leurs créances étant soumises au partage, tandis qu'à l'égard des débiteurs les créances seront divisées.

Quant aux **actions de préférence**, en ce qui concerne leur transmission par voie successorale, celles-ci ne sont pas soumises à un régime juridique distinct des actions ordinaires. Elles garderont donc leur caractère préférentiel même après la succession. Certes, les successeurs d'une action préférentielle pourront convertir cette action en une action à droit de vote dans l'assemblée générale (action ordinaire) dans les conditions prévues par la loi.

En ce qui concerne les **droits accessoires** auxquels donnent droit les actions (droit de vote, droit aux dividendes, etc.), ils ne peuvent pas être transmis séparément des actions. Toutefois, le droit de préférence des actionnaires initiaux d'une société de type fermée, de souscrire en priorité aux nouvelles actions émises,

peut former l'objet d'une transaction séparée, ce droit pouvant être détaché de l'action. Même la position officielle de la Commission Nationale des Valeurs Mobilières (CNVM) soutient l'idée que la transaction des droits est une faculté de l'actionnaire. Pour cette raison, dans le cas de certaines sociétés (la société en nom collectif, la société à responsabilité limitée, etc.), les droits conférés par les actions seront transmis aux successeurs avec le respect des obligations légales et conventionnelles.

En ce qui concerne sa forme, la succession peut être **légale** (quand la transmission du patrimoine successoral se produit en vertu de la loi à l'égard des personnes, de l'ordre et des quotas spécifiques, ce qui correspond à une succession universelle) ou **testamentaire** (quand la transmission du patrimoine successoral se produit en vertu de la volonté de celui qui défère la succession par testament, transmission qui peut être universelle, à titre universel ou à titre particulier). De plus, il faut mentionner que la succession légale peut coexister avec la succession testamentaire si le testament n'épuise pas tout le patrimoine successoral.

La **transmission universelle** a comme objet le patrimoine successoral et les titulaires du droit sont les héritiers à vocation universelle : les héritiers légaux et les légataires universels. Grâce à la vocation universelle, ils peuvent devenir les titulaires de l'entière du patrimoine successoral, même si en concret l'émolument qu'ils cueilleront ne comprendra pas tout l'actif successoral.

La **transmission à titre universel** a comme objet une fraction de la succession, en raison de la vocation limitée du titulaire du droit qui est le légataire à titre universel.

La **transmission à titre particulier** a comme objet un ou plusieurs biens déterminés ou déterminables, *ut singuli*. C'est le cas du légataire à titre universel.

Il faut préciser aussi que le passif successoral est supporté par les successeurs universels ou à titre universel, tandis que les successeurs à titre particulier ne contribuent pas, en principe, au paiement du passif successoral (par exemple, la créance d'un tiers à la suite d'une action en responsabilité). Toutefois, on peut rencontrer une situation spéciale dans le cas du successeur qui accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, situation qui va lui permettre, jusqu'à l'acceptation de la succession, de ne pas payer les dettes de la succession et même pas de devoir la garantie d'éviction des faits personnels (*quem de evictione tenet actio, eundem agendam repellit exceptio*), puisque la confusion du patrimoine du successeur et de son auteur ne s'est pas encore produite.

En ce qui concerne la succession universelle ou à titre universel, au moment de l'ouverture de la succession, les créances du défunt, y compris celles solidaires, seront partagées en vertu de la loi entre les cohéritiers et les tiers, proportionnellement avec la part de succession qui reviendra à chacun. Néanmoins, les droits réels sur les biens du patrimoine successoral seront acquis par les successeurs dans un état d'indivision (des quota-parties idéales), tandis que les droits exclusifs sur les biens concrets de la succession seront établis par le biais du

partage. Les **actions ordinaires**, les **actions de préférence** et les **autres valeurs mobilières**, comme on l'a déjà montré, n'ont pas un régime juridique distinct du point de vue de la succession. En conséquence, celles-ci seront partagées conformément au droit successoral mais en observant aussi les règles édictées par la loi commerciale à l'égard du numéro maximal d'associés, du respect de la clause d'agrément, des actes constitutifs, etc. De plus, les valeurs **mobilières** peuvent être transmises aussi par des legs à titre particulier, en observant aussi les règles de la loi commerciale.

Dans **les contrats de société** on peut retrouver des dispositions régissant les questions de succession.

D'abord, il faut mentionner la clause de continuation avec les héritiers dans une société à responsabilité limitée, mais on peut retrouver aussi des clauses qui interdisent l'accès des héritiers à la société, à condition de dédommager les héritiers exclus, en leur remboursant la valeur des parts sociales. Toutefois, une telle clause ne peut pas être prévue dans le cas des sociétés par actions.

Ensuite, on peut retrouver des dispositions qui régissent les actions / les parts sociales et/ou leur dividendes, en leur attribuant une certaine destination. Néanmoins, dans ce cas-là, il faut tenir compte de la réserve des héritiers. En tout cas, la possibilité d'inclure un legs dans le statut / l'acte constitutif doit être envisagée avec prudence puisque le système de droit roumain prévoit expressément que le testament doit être fait par écrit *in integrum*, signé et daté par la main du testateur (*olographe*). Un testament *alleographe* ne sera pas valable.

Le pacte d'actionnaires (*shareholders agreement*) est **un contrat** qui est normalement inopposable aux tiers, en vertu de "*l'effet relatif*" des conventions, et aussi à l'entreprise elle-même, qui n'est jamais partie prenante. Ce contrat peut inclure différentes obligations pour les signataires, obligations qui revêtent un prononcé caractère *intuitu personae* (une clause conférant en cas de transmission des parts d'un des signataires un droit de préemption aux autres fait partie de cette catégorie ; une clause de collaboration exclusive avec la société peut être aussi incluse cette catégorie). Par conséquence, un pacte d'actionnaires conclu avec *de cuius* ne peut pas être opposable à ses héritiers³. Une situation spéciale est le cas du contrat de vote, qui est une convention pour exercer le droit de vote ; à présent, ce contrat est possible dans la mesure où il ne peut être qualifié comme la mise en pratique d'une stratégie de la société ou de ses directeurs.

Les **restrictions légales** dans cette matière sont concentrées principalement sur la réserve légale de certaines catégories d'héritiers, comme les descendants et les ascendants privilégiés, qui est prévue de façon impérative par le Code civil. Dans le système de droit roumain, **l'inaliénabilité conventionnelle** et les substitutions fidéicommissaires sont interdites sauf quelques rares exceptions, et par conséquent, on ne peut pas prévoir pour les successeurs certaines obligations liées aux actions / parts sociales que ceux-ci vont acquérir par le biais de la succession, comme la manière de les exercer, la destination des bénéfices résultants, etc. De même, on ne

peut pas établir par le biais d'un contrat l'interdiction pour l'acquéreur de les transmettre aux autres personnes ou aux successeurs. Une convention par laquelle on prévoit la transmission au successeur ou à l'acquéreur des droits et des obligations du défunt liés aux actions / parts sociales (*intuitu rei*) est inutile puisque cette transmission opère en vertu de la loi. Au contraire, les droits et obligations *intuitu personae* ne sont pas transmissibles ni par actes *inter vivos* ni *mortis causa*.

Si l'héritier accepte la succession déferée par son auteur, une confusion du patrimoine de *de cuius* et de son héritier se produit. Cette confusion produit un nombre d'effets en ce qui concerne notamment la responsabilité sociale des héritiers. La loi prévoit que les héritiers sont responsables des pertes encourues par la société jusqu'au moment de la publication des modifications intervenues. Cette disposition est l'expression du principe de la responsabilité illimitée des associés des sociétés de personnes au titre des dettes et des pertes de la société.

IV. Conséquences de l'héritage en droit des sociétés

Le décès des associés n'entraîne pas en principe la dissolution de la société commerciale.

Quand même, en fonction des caractéristiques de la société et des statuts de la société, le décès d'un associé peut aussi déterminer la dissolution de la société si le nombre minimum requis par la loi n'est plus atteint.

La société anonyme est en principe dissoute si le nombre d'actionnaires vient à être réduit à un seul. Dans cette hypothèse, l'actionnaire restant peut prendre la décision de modifier les statuts et, en conséquence, de poursuivre le fonctionnement de la société en la transformant en une société à responsabilité limitée.

La situation est pareille en ce qui concerne la société en nom collectif, la société en commandite simple et la société à responsabilité limitée, qui seront dissoutes si pour cause de décès le nombre d'associés est réduit à un seul.

Même si suite au décès d'un associé d'une société en nom collectif il reste un seul associé dans la société, il y a toujours la possibilité de poursuivre la société avec les héritiers de l'associé décédé, si les statuts de la société prévoient cette possibilité. Même à défaut d'une telle clause, la continuation reste possible si les héritiers et l'associé restant le décident.

En ce qui concerne la société à responsabilité limitée, si suite à la mort d'un associé il ne reste qu'un seul associé, la société peut aussi poursuivre son fonctionnement en se transformant en une société à responsabilité limitée unipersonnelle.

Dans toutes les situations quand la mort d'un associé est susceptible d'entraîner la dissolution de la société et que le seul associé décide de changer la forme juridique de la société, les statuts doivent être modifiés en conséquence. Dans tous les cas quand de nouveaux actionnaires entrent dans la société, un nouveau contrat doit être signé.

En principe, les héritiers deviennent actionnaires en bénéficiant des droits attachés aux actions sauf restrictions.

La possibilité de refuser la participation des héritiers en tant qu'actionnaires dans la société à responsabilité limitée n'est pas prévue par la loi. Mais, si les statuts le prévoient expressément, le droit d'agrément peut être exercé, et les associés peuvent rembourser aux héritiers non-agrésés les participations leurs revenant de l'associé décédé. Dans ce cas, l'héritier ou les héritiers ne deviennent pas associés et la société procédera à une réduction conséquente du capital social.

La possibilité d'exercer les droits attachés aux actions par les héritiers est toutefois restreinte quand ils sont copropriétaires des parts. Dans ce cas, un seul mandataire devra être nommé.

La situation reste la-même en ce qui concerne la société à responsabilité limitée, dans laquelle, dans l'hypothèse susvisée de la copropriété, les droits attachés aux parts sociales doivent être exercés par le biais d'un mandataire.

Un tel exercice des droits attachés aux actions des héritiers n'empêche pas les autres actionnaires de continuer à exercer leurs droits comme ils le faisaient auparavant.

* **Gheorghe PIPEREA**, professeur à l'Université de Bucarest, gpipea@piperealaw.ro.

¹ M.B. Cantacuzino, *Les éléments de droit civil*, ed. All Restitutio, București, *passim*.

² St. D. Cărpănu, *Traité de droit commercial roumain*, ed. Universul Juridic, București, 2009, *passim*.

³ Normalement, en droit roumain, les héritiers universelles ou a titre universelle recevront la totalité des effets produits par les contrats conclus par leurs auteurs, avec deux exceptions : les effets des contrats *intuitu personae* et les effets déclarés intransmissibles par les parties contractantes.

ARTICOLE

**ASSOCIATION « HENRI CAPITANT »
DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE**

**JOURNEES ROUMAINES - *LES SUCCESSIONS*,
BUCAREST ET CLUJ-NAPOCA, 23-28 MAI 2010
SUCCESSIONS INTERNATIONALES**

– Rapport roumain –

Dragoş-Alexandru SITARU*

Rapport sur le régime des successions internationales dans le droit roumain

Source : Loi no. 105/1992 concernant la réglementation des rapports de droit international privé (Publiée en “Monitorul Oficial al României” no. 245/1 octobre 1992)

I. Conflits de juridictions

A/ Compétence juridictionnelle

1. Quels sont les chefs de compétence internationale ordinaire dans votre pays ?

La compétence juridictionnelle dans le droit international privé roumain, au sens d'établir la compétence ou la non-compétence des juridictions roumaines pour solutionner un litige avec un élément d'extranéité, est régie par la Loi no. 105/1992 concernant la réglementation des rapports de droit international privé. Le principe en matière de compétence juridictionnelle est prévu dans l'article 148 de la Loi no. 195/1992, selon lequel les juridictions roumaines sont compétentes pour solutionner les procès entre une partie roumaine et une partie étrangère ou seulement entre étrangers, personnes physiques ou personnes morales, en respectant toutefois les dispositions des articles 149-157.

Conformément aux dispositions de l'article 149 point 8, en matière successorale, les juridictions roumaines sont compétentes pour solutionner le litige avec un élément d'extranéité, dans le cas où le dernier domicile du de cujus ou des biens de celui-ci se trouvent en Roumanie. Autrement dit, dans l'hypothèse où le citoyen roumain ou l'étranger avec le domicile en Roumanie mort ou, faute de domicile en Roumanie, après son décès il reste des biens en Roumanie, les juridictions roumaines sont compétentes pour solutionner les litiges concernant son succession. La compétence régie par l'article 149 de la Loi no. 105/1992 est une compétence alternative ou facultative, pas une compétence exclusive des juridictions roumaines.

2. Des chefs de compétence exorbitants fondés sur la nationalité des héritiers(ou sur un autre critère) existent-ils ? Dans l'affirmative s'appliquent-ils de manière générale ou certaines actions sont-elles soustraites à ces chefs de compétence ?

Selon les dispositions de droit international privé roumain, il existe certaines circonstances dans lesquelles on reconnaît aux juridictions roumaines une compétence exclusive dans le jugement des litiges avec un élément d'extranéité. En matière successorale, conformément aux dispositions de l'article 151 point 6 de la Loi no. 105/1992, les juridictions roumaines jouissent d'une compétence exclusive pour solutionner les litiges concernant l'héritage d'une personne qui a eu son dernier domicile en Roumanie. Par conséquent, la compétence exclusive des juridictions roumaines n'est pas influencée par la citoyenneté des héritiers, mais par le dernier domicile de fait du de cujus, citoyen roumain, étranger ou apatride.

Etant donné que l'article 149 point 8 établit une compétence facultative des juridictions roumaines pour solutionner les litiges de droit international privé dans la situation où le dernier domicile du de cujus ou des biens de celui-ci se trouvent en Roumanie, on se pose le problème d'établir dans quelles mesure ces dispositions sont contraires ou sont conformes aux dispositions de l'article 151 point 6, selon lequel les juridictions roumaines sont exclusivement compétentes pour juger des procès concernant l'héritage d'une personne qui a eu son dernier domicile en Roumanie.

Bien qu'entre ces textes il existe une apparente contradiction, on considère que les dispositions de l'article 149 point 8 concernent les actions personnelles en matière successorale, tandis que l'article 151 point 6 est applicable aux actions réelles en matière successorale. Dans cette dernière catégorie on peut inclure les actions par lesquelles les héritiers font valoir les droits obtenus de la succession ouverte: des actions contre les débiteurs du de cujus formées antérieurement au partage de la succession, l'action pour la dissolution du partage, pour dol ou violence introduite par l'un des héritiers contre les autres héritiers, fondée sur l'article 790 du Code civil, des actions qui seront formées devant la juridiction du dernier domicile du de cujus.

Les dispositions concernant la compétence exclusive des juridictions roumaines, prévues dans l'article 151 point 6 de la Loi no. 105/1992, doivent être corroborées avec les dispositions de l'article 14 du Code de procédure civile, selon lequel on institue une compétence territoriale exclusive de la juridiction du dernier domicile du de cujus, pour solutionner les requêtes concernant la validité ou l'exécution des dispositions testamentaires, les requêtes concernant l'héritage ou les réclamations que les héritiers auront l'un contre un autre et les requêtes des légataires ou des créanciers du de cujus contre l'un des héritiers ou contre l'exécuteur testamentaire.

3. D'autres chefs de compétence sont – ils prévus ? Urgence, Risque de déni de justice ? Dans l'affirmative quels en sont les éléments constitutifs ?

Les juridictions roumaines deviennent compétentes, selon l'article 153 de la Loi no. 105/1992, dans le cas où une juridiction étrangère se déclare non-compétente pour solutionner une action formée par un citoyen roumain. Dans une telle situation, dans le but de créer une mesure de protection pour les citoyens roumains et d'éviter la possibilité que les requêtes des ceux-ci restent pas solutionnées, on a reconnu au citoyen roumain le droit d'introduire l'action devant la juridiction de Roumanie avec laquelle le procès présente les plus fortes liaisons.

4. Le renvoi de compétence est-il admis ?

Dans le cas où la juridiction roumaine saisie avec un litige en matière successorale, après la vérification par office de sa compétence, constate qu'elle n'est pas compétente, ni elle-même, ni une autre juridiction roumaine, elle va prononcer le rejet de l'action comme ne pas étant de la compétence des juridictions roumaines, sans procéder au renvoi de compétence et sans envoyer le dossier à la juridiction compétente d'un autre Etat, conformément à l'article 157 de la Loi no. 105/1992.

5. Le fait qu'une administration de la succession ait été organisée sur votre territoire constitue-t-il un chef de compétence et quelle en est sa portée ?

La circonstance que les actes d'administration de la succession sont réalisés sur le territoire de l'Etat roumain ne constitue pas un critère déterminant pour établir la compétence des juridictions roumaines de solutionner les litiges concernant la succession. Le dernier domicile du de cujus et le lieu où se trouvent les biens de la succession sont les critères pour établir la compétence des juridictions roumaines reconnus par les dispositions du droit international privé roumain.

6. Votre système établit-il un lien nécessaire, voire un lien de subordination, entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative ?

Aucune relation de dépendance / de subordination n'est pas prévue entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable comme *lex causae*. La juridiction roumaine compétente, saisie pour solutionner un litige avec un élément d'extranéité en matière successorale, détermine du cadre de *lex fori*, la règle de conflit incidente dans l'espèce, qui identifie le système de droit applicable au rapport juridique en cause. Ainsi, la règle de conflit indique si on applique au litige les règles matérielles du droit roumain ou si le litige sera solutionné sur la base d'un système de droit étranger, auquel on renvoie.

B/ Reconnaissance et exécution des jugements et actes étrangers

1. Quels obstacles existent-ils à la reconnaissance des jugements et/ou actes étrangers en matière successorale ?

Selon les dispositions de l'article 167 de la Loi no. 105/1992, afin qu'un jugement étranger, dans le sens de décision juridictionnelle ou acte émis par une autre autorité, soit reconnue en Roumanie, il est nécessaire de remplir les conditions positives suivantes: le jugement en cause doit être définitif conformément au droit de l'Etat où il a été prononcé, le jugement en cause a été prononcé par une juridiction compétente, il existe une réciprocité en ce qui concerne les effets des jugements étrangers entre la Roumanie et l'Etat de provenance du jugement et, si le jugement a été prononcé en l'absence de la partie qui a perdu le procès, il faut constater qu'on lui a livré sur le temps l'assignation pour le terme de débats sur le fond et l'acte de saisine, et qu'on lui a offert la possibilité de se défendre et d'exercer l'appel contre le jugement.

La reconnaissance du jugement étranger est subordonnée, en outre, aux conditions négatives suivantes, qui attirent le rejet de la demande de reconnaissance: le jugement est le résultat d'une fraude commise dans la procédure à l'étranger; le jugement viole l'ordre public de droit international privé (par exemple, la violation des règles de compétence exclusive prévues par l'article 151); le procès a été solutionné entre les mêmes parties par un jugement même pas définitif des juridictions roumaines ou est en train d'être solutionné devant celles-ci à la date de la saisine de la juridiction étrangère.

2. Quelle portée reconnaissez-vous à la reconnaissance et à l'exécution des jugements et actes étrangers ? En particulier quant à la prise de possession de biens héréditaires et quant à la modification sur les registres fonciers, ou sur d'autres points.

Les jugements étrangers prononcés en matière successorale sont reconnus et mis à exécution sur le territoire de la Roumanie, sous la condition de remplir tous les conditions de fond et de procédure prévues par la Loi no. 105/1992. Les effets du jugement étranger sur le territoire de la Roumanie concernent les dispositions comprises dans le contenu du jugement, dans leur ensemble (par exemple, qui sont les héritiers et quels sont les parts de succession pour chaque héritier, la sphère des héritiers qui ont la saisine, l'étendue de l'obligation des héritiers de supporter le passif successoral etc.).

Les aspects procéduraux qu'on doit avoir en vue pour l'accomplissement du jugement (par exemple, la procédure de la prise de possession de biens héréditaires, la procédure proprement-dite de partage des biens héréditaires, la compétence et la manière concrète d'exécution de la décision par l'exécuteur testamentaire ou la procédure prévue pour l'enregistrement du droit sur les biens dans les registres

fonciers etc.) seront subordonnés à la loi du lieu de déroulement (*lex fori*), à la loi de la juridiction ou de l'organe qui accomplit la procédure (*lex fori* ou *auctor regit actum*) ou à la loi du lieu où se trouvent les biens (*lex rei sitae*).

II. Conflits de lois

1. Détermination de la loi applicable à la succession

a) Votre pays suit-il le principe de l'unité ou du morcellement de la loi applicable à la succession ? Quel est le fondement du principe retenu ? Y-a-t-il un lien entre votre droit interne des successions et la solution de principe adoptée en droit international privé ?

En vertu des dispositions du droit international privé roumain, la loi applicable aux successions ne jouisse pas du principe de l'unicité, mais elle est déterminée en fonction du critère des biens qui font l'objet de la succession. La succession est soumise à des lois différentes, en vertu des dispositions de l'article 66 de la Loi 105/1992, tenant compte de son objet, qui peut être représenté par des biens mobiles ou immobiliers.

b) Quel est le rattachement retenu et quels en sont les éléments constitutifs ?

- * **Domicile : caractères domicile légal, élément intentionnel....**
- * **Nationalité : en cas de double nationalité, apatridie...**
- * **Résidence habituelle ou autres.**

La succession est gouvernée par des lois différentes, en fonction des biens qui forment son objet.

Ainsi, conformément aux dispositions de la Loi 105/1992, en ce qui concerne les biens mobiles, l'héritage est soumis à la loi nationale (*lex patriae*), de la personne, au moment de son décès. En vertu de l'article 12, la loi nationale est la loi de l'état duquel la personne en question a la citoyenneté. En ce qui concerne les personnes ayant plusieurs citoyennetés, on fait la suivante distinction : la loi nationale du citoyen roumain qui est considéré comme ayant aussi une autre citoyenneté, sera la loi roumaine ; cependant, la loi nationale de l'étranger ayant plusieurs citoyennetés (desquelles aucune n'est la citoyenneté roumaine), est la loi de l'état où il a son domicile ou sa résidence. Dans le cas des personnes n'ayant aucune citoyenneté, la loi nationale à laquelle on soumet la succession est la loi du domicile ou, en absence, celle de la résidence.

En ce qui concerne les biens immobiliers de la succession, la loi applicable à l'héritage c'est la loi du lieu où chaque un de ces biens est situé (*lex rei sitae*), conformément au même article 66 de la loi 105/1992.

c) Mise en œuvre du facteur de rattachement

*** Qu'en est-il si la loi désignée est celle d'un système juridique plurilégislatif (ex :Etat fédéral) ?**

Le cas où la règle de conflit renvoie à une loi étrangère appartenant à un état coexistant dans plusieurs systèmes législatifs, le système de droit de cet état –là détermine les dispositions/ le système législatif applicable dans la cause.

La juridiction roumaine compétente va respecter la loi de l'état à laquelle la règle de conflit roumaine a renvoyé et dans laquelle plusieurs systèmes législatifs coexistent, qui établit s'il faut appliquer une règle de conflit fédérale ou si la règle d'un des états (des provinces) de la fédération est applicable.

*** Qu'en est-il si la loi désignée est celle d'un Etat où la succession relève du statut personnel du défunt ?**

En ce qui concerne la succession immobilière, la règle de conflit roumaine renvoie à la loi du lieu du bien immobile ; tant à la succession mobilière, on renvoie à la loi nationale du défunt à la date du décès. Ce renvoi est fait au *lex rei sitae* ou au *lex personalis* entièrement, c'est-à-dire tant aux règles matérielles qu'aux règles de conflit. Ainsi, si *lex rei sitae* ou *lex personalis* qualifient la succession en tant qu'un problème tenant au statut de la personne physique, on peut parler d'un conflit de qualifications qui peut ou pas entraîner le renvoi, en fonction du système de droit indiqué par la règle de conflit de la loi étrangère à laquelle la loi roumaine a fait renvoi, en autres mots, en fonction de la situation où il existe ou pas un conflit négatif de règles de conflit.

2. Correctifs pouvant être apportés au rattachement retenu.

a) Le principe du renvoi est-il admis ?

- * en matière mobilière comme en matière immobilière ?**
- * au premier et au second degré ?**
- * en toute hypothèse, ou seulement pour remplir une fonction spécifique (unité de la loi applicable, renvoi *in favorem*)**

En vertu des dispositions de droit international privé roumain, le renvoi existe dans la situation où la règle de conflit roumaine applicable dans la matière de la succession renvoie à un autre système de droit étranger, dans son ensemble, alors à ses règles de conflit inclusivement, et le système de droit étranger ne reçoit pas le renvoi mais soit il renvoie, par l'intermédiaire de ses propres règles de conflit, au droit du *lex fori* (renvoi de premier degré), soit il renvoie, plus loin, à un système de droit tierce (renvoi de deuxième degré).

Le droit roumain admet exclusivement le renvoi de premier degré, tant qu'il résulte de l'article 4 de la Loi, en vertu duquel, dans le cas où la loi étrangère déterminée par l'application de la règle de conflit roumaine, renvoi au droit roumain, dans la cause on applique la loi roumaine, à part du cas où on prévoit expressément autrement. Le renvoi fait par la loi étrangère au droit d'un autre état tiers reste sans effet, dans le cas du renvoi de deuxième degré, en appliquant le droit matériel de l'état auquel la règle de conflit roumaine a fait renvoi.

Le renvoi de premier degré est permis dans le droit roumain, indépendamment de la nature mobilière ou immobilière des biens faisant l'objet de la succession. Par exception, le renvoi de premier degré n'est pas admis dans le cas où les parties, par leur volonté, ont déterminé la *lex voluntatis* applicable au rapport juridique (par exemple, le testateur choisit la loi applicable à la succession) ; il existe la présomption qu'on a souhaité l'application du droit matériel seulement, et pas de ses règles de conflit aussi.

b) La volonté du de cuius peut-elle influencer sur le facteur de rattachement et dans quelle mesure ?

- * Peut-il choisir la loi applicable à sa succession (*professio juris*) ?
- * Ce choix est-il limité à certaines lois ?
- * Ce choix est-il limité par des dispositions de la loi normalement applicable ? Que faut-il comprendre le cas échéant par dispositions impératives, mise à part la réserve héréditaire ?

La succession s'analyse, du point de vue du droit international privé roumain, dans la perspective de la succession légale et de la perspective de la succession testamentaire. La succession légale est gouvernée par la loi déterminée par la juridiction roumaine, en fonction de la nature mobilière ou immobilière de biens formant l'objet de la succession conformément aux principes mentionnés antérieurement, pendant que la succession testamentaire est soit soumise à la même distinction soit est régie par la loi choisie par le testateur. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 68, alinéa 1, le testateur peut soumettre la transmission de ses biens par succession à une autre loi que celle indiquée par l'article 66, sans avoir le droit d'écartier ses dispositions impératives.

En ce qui concerne la succession testamentaire, les règles de conflit prévues à l'article 66 et qui disent que *lex successionis* est soit la loi nationale du défunt à la date de son décès soit la loi du lieu où se trouvent les biens immobiliers, gagnent un caractère supplétif. Le testateur peut choisir librement la loi applicable à la succession testamentaire, ce choix n'étant pas illimité. L'autonomie de volonté du testateur est limitée par l'obligation de respecter des dispositions impératives de la loi applicable à la succession mobilière ou immobilière, conformément à l'article 66. Les dispositions impératives qui doivent être respectées sont les dispositions dont le non-respect peut attirer la possibilité d'invoquer l'ordre public de droit international privé.

c) Quelle est l'incidence de la nationalité ou du domicile de héritiers ?

La citoyenneté et le domicile des héritiers n'influence pas la loi applicable à la succession légale ou testamentaire, celle-ci étant déterminée, conformément aux dispositions de droit international privé roumain, exclusivement sur la base des critères de la loi nationale du défunt à la date du décès, du lieu des biens immobiliers et de la volonté du testateur dans la matière de la succession testamentaire. *Lex successionis* est étroitement liée à la personne du défunt et des biens faisant partie de la masse successorale, ne pouvant pas être influencée par la citoyenneté des héritiers, d'autant moins par leur domicile, en ce cas un conflit entre les parties et des possibilités de fraude de la loi applicable dans le droit international privé pouvant émerger.

d) Quelle est l'incidence de la volonté des héritiers à l'ouverture de la succession ?

- * **Peuvent-ils, par exemple, écarter la loi normalement applicable au profit d'une autre ?**
- * **Quelles seraient les modalités concrètes d'un tel accord (accord procédural devant un juge, devant un notaire) ?**
- * **Les héritiers jouissent-ils d'une totale liberté ou d'une liberté limitée au fond et dans la forme ?**

L'ouverture de la succession est déterminée par le moment et le lieu de son ouverture. Conformément aux dispositions du droit international privé roumain, la loi de la succession déterminée en concordance avec l'article 66, établi, en autres, quel est le moment (la date). Le lieu d'ouverture de la succession (en droit interne c'est le lieu où le défunt a eu son dernier domicile) n'est pas établi par *lex successionis*, et présent de l'intérêt seul en ce qui concerne la détermination des organes notariaux compétentes dans la procédure non contentieuse et des juridictions compétentes pour résoudre des litiges nés en connexion avec la succession.

En vertu du droit international privé, dans la mesure où la succession est ouverte devant les autorités roumaines, les règles de conflit de la loi 105/1992 seront applicables ; elles sont applicables à la succession soit la loi nationale du défunt à la date de son décès soit la loi du lieu des biens immobiliers ou la loi choisie par le testateur dans la matière de la succession testamentaire. L'ouverture de la succession devant les autorités roumaines ne permet pas, donc, d'établir la loi applicable à la succession par la volonté des héritiers. L'ouverture de la succession devant les autorités d'un autre état attire l'incidence de la règle de conflit de cet état là, dans la mesure où les organes saisis se déclarent compétents, la loi applicable à la succession étant, dans ce cas-ci, déterminée en vertu de la liaison de la règle de conflit respectif, qui peut renvoyer ou pas à la loi établie par l'accord de volonté des héritiers, en écartant la loi normalement applicable.

3. Effectivité du rattachement retenu

a) Comment le principe de l'unité est-il sanctionné quand des biens sont situés à l'étranger et qu'ils sont dévolus en raison du droit étranger de façon différente que ce que prévoit votre droit international privé ?

- * **Un prélèvement sur des biens situés dans votre pays est-il possible ?**
- * **Des aménagements sont-ils apportés au principe de l'unité ?**

En matière successorale, conformément aux dispositions du droit international privé roumain, le principe de l'unicité n'est pas prévu en tant que la loi applicable à la succession. *Lex successionis* est déterminée en fonction de plusieurs critères, premièrement la nature mobilière ou immobilière des biens faisant l'objet de la succession, et deuxièmement la volonté du testateur d'établir *lex voluntatis* applicable à la succession testamentaire.

b) En cas de morcellement de la succession, celui-ci est-il définitif au jour du décès ?

- * **La subrogation réelle est-elle admise ? Qu'en est-il par exemple en cas de vente d'un immeuble avant le partage ? Qu'en est-il si un immeuble appartenant à une masse A est acquis avec des fonds de la masse B soumise à la loi B ?**
- * **Les fruits et revenus d'une masse accroissent-ils à cette masse ?**
- * **Le morcellement porte-t-il aussi sur le passif et selon quelles modalités ?**

Conformément aux dispositions du droit interne et du droit international privé roumain, au moment du décès du défunt, tous les problèmes liés à sa succession sont tranchés, inclusivement le problème de la loi applicable pour la succession. *Lex successionis* n'est pas établie en fonction de la nature des biens existantes dans la succession au moment de la saisine des organes notariaux ou des juridictions compétentes pour la solution de tous problèmes liés à la succession, mais en fonction de la nature de biens au moment de l'ouverture de la succession.

Ainsi, les biens obtenus de la vente d'un immeuble de la succession, antérieurement au partage, seront transférés aux héritiers conformément aux dispositions de la loi applicable à la succession immobilière, sous les mêmes conditions dans lesquelles l'immeuble aurait été transféré s'il n'avait pas été écarté de la masse successorale. Dans les mêmes conditions, dans le cas où la succession mobilière est gouvernée par la loi roumaine en tant que loi nationale du défunt à la date du décès, l'acquisition d'un bien immobile des fonds existantes dans la masse successorale mobilière va conduire au partage de ce bien entre les héritiers, conformément aux dispositions de la loi roumaine, comme loi déterminée à être applicable à la succession mobilière définitivement au moment de la date du décès du défunt, et pas conformément à la loi de l'état sur le territoire duquel l'immeuble achetée est situé.

Les fruits et les revenus obtenus des biens existantes dans la masse successorale (par exemple les intérêts pour les sommes déposées dans des comptes bancaires ou le loyer accumulé de l'exécution du contrat de location d'un immeuble de la masse successorale) produisent une augmentation de la masse successorale, étant, à leur tour, incluses dans les biens à être partagés entre les héritiers. Les fruits et les revenus ainsi obtenus suivent le bien à partir duquel ils ont été produits, leur partage étant fait entre les héritiers conformément aux dispositions de la loi à laquelle renvoi la règle de conflit applicable aux biens qui les ont produits.

La loi de la succession détermine l'étendue de l'obligation des héritiers de supporter le passif de la succession, en autres mots, elle établit le contenu du passif de la succession, la sphère des héritiers tenus par le passif successoral et la mesure ou ils supportent les dettes et les tâches de la succession (*ultra vires hereditatis* sau *intra vires hereditatis*)

4. Domaine de la loi applicable à la succession

La loi successorale concerne-t-elle toutes les phases du règlement successoral (dévolution, transmission et gestion de l'actif, administration de la succession, partage) ou seulement certaines d'entre elles.

Lesquelles et pourquoi ?

A/ Dévolution

a) La loi successorale est-elle applicable à toutes les questions qui relèvent de la dévolution : désignation des héritiers, option successorale, représentation, indignité... ?

La loi applicable à la succession régit les suivantes aspects de la dévolution : la sphère des successibles et l'ordre de leur succession, la représentation successorale, la détermination des parts successorales, la réserve successorale, la quotité disponible, les droits successorales du conjoint survivant, la capacité successorale (le régime juridique des comorients inclusif), l'indignité successorale. La présomption du temps légal de la conception de l'enfant, à l'aide duquel on établit s'il était conçu à la date de l'ouverture de la succession, en étant un problème de capacité de jouissance de l'enfant, est soumise à la loi personnelle de celui-ci.

b) La vocation successorale du conjoint survivant fait-elle l'objet de dispositions spécifiques en droit international privé ? Comment s'effectue l'articulation entre le régime matrimonial et la succession s'il y a lieu ? Une adaptation est-elle possible s'il s'avère que l'articulation de la loi applicable au régime matrimonial et de celle applicable à la succession n'accorde pas au conjoint ce que l'une ou l'autre des lois, appliquée dans son intégralité, lui aurait accordé ?

La vocation successorale du conjoint survivant entre sous l'incidence de la loi applicable à la succession. Les régimes matrimoniaux sont régis par la loi choisie par les parties, dans le cas d'une convention matrimoniale, et dans l'absence du choix de la loi applicable ou en l'absence d'une convention matrimoniale, par la loi applicable aux effets du mariage (la loi nationale commune, en absence, la loi du domicile commun, en absence de la loi de la résidence commune ou de la loi de l'état avec lequel les conjoints ont la plus étroite liaison). La loi applicable au régime matrimonial va déterminer la sphère des biens propres au défunt, respectivement des biens communs, et la loi applicable à la succession va indiquer la vocation successorale du conjoint survivant, son quota etc.

c) La loi successorale régit-elle la liberté testamentaire ou l'existence d'une réserve au profit de certains héritiers ? Dans l'affirmative quelle en est la conséquence sur une disposition à cause de mort, un pacte successoral ou une donation entre vifs antérieure dépassant la quotité disponible ?

La loi applicable à la succession régit les limites du droit de disposer des biens de la succession par des actes juridiques (le régime des pactes concernant une succession future, de la substitution fidéicommissaire, des libéralités qui dépassent la réserve héréditaire- la réduction des libéralités excessives, le rapport des donations).

d) L'éventuelle renonciation anticipée à la réserve héréditaire relève-t-elle de la loi successorale ? Y-aurait-il des limites à son efficacité dans un pays autre que celui de la loi successorale qui la prévoit ?

Le régime juridique de la réserve héréditaire, inclusivement une renonciation anticipée à la réserve, est soumise à la loi applicable pour la succession.

e) La loi successorale concerne-t-elle aussi bien l'actif que le passif ?

La loi applicable à la succession régit tant l'actif que le passif de la succession. Du point de vue du passif, cette loi établit le contenu du passif, quels sont les successeurs tenus au passif successoral, la mesure dans laquelle les successeurs sont tenus aux dettes et aux tâches de la succession (ultra / intra vires hereditatis).

f) Au regard de l'option successorale, quelle est la loi applicable à celle-ci ? Comment sont réglées les difficultés liées à l'option et à l'obligation aux dettes, si l'option se fait masse par masse alors que le passif ne fait pas l'objet d'un morcellement ?

L'option successorale est soumise à la loi applicable à la succession. La même loi régit le passif successoral, sans établir comment il se partage en rapport avec les masses successorales soumises à des lois différentes. On apprécie comme

équitable la répartition du passif proportionnellement avec la valeur totale des biens qui formes chaque des masses successorales et l'inclusion des parts respectifs dans les masses successorales déterminées.

B/ Administration et Transmission

a) Quelle est la loi applicable ?

La loi de la succession est applicable à l'administration et a la transmission de la succession.

b) Les pouvoirs de la personne désignée par la loi successorale étrangère compétente (ci-après dénommée au sens large administrateur étranger) sont-ils reconnus dans votre pays ?

- **Selon quelles modalités ?**
- **Dans quelles limites ?**
- **La condition des étrangers peut-elle être une source de complications pour l'administrateur étranger.**

Dans le domaine de la loi applicable à la succession on inclut, de manière générique, « l'exercice de la possession sur les biens laissés par le défunt ». La loi ne fait aucune distinction selon la situation d'une possession de la succession par les successeurs ou par un administrateur / exécuteur de la succession qui pourra exercer la saisine sur la base de la loi applicable a la succession. La nationalité étrangère de l'administrateur ou de l'exécuteur ne produit pas des conséquences juridiques.

c) Quelle place faite vous à un trust valablement constitué à l'étranger et portant sur des biens situés dans votre pays et/ou soumis à la loi interne de votre pays ?

Les effets du trust valablement constitue à l'étrangère sont reconnues en Roumanie (il existe de la jurisprudence en ce sens), même si la loi roumaine ne régit pas cette institution juridique.

d) Plus généralement, quelle efficacité est reconnue à des opérations spécifiques susceptibles de remplir une fonction successorale, comme par exemple l'assurance vie, voire la tontine ?

La transmission de l'indemnisation assurance-vie pour les bénéficiaires (soit qu'ils soient les héritiers de l'assuré, si celui-là n'a pas désigné d'autres bénéficiaires) est soumise a la loi de la succession car ni l'indemnisation d'assurance ne fait pas partie de la masse successorale. Comme effet du contrat d'assurance, elle est soumise à la loi applicable au respectif contrat. En ce qui concerne la clause de tontine, elle

est qualifiée par la doctrine roumaine comme n'ayant pas la nature juridique d'un pacte concernant une succession pas ouverte, ainsi que l'ouverture d'une telle convention est valable conformément à la loi roumaine.

C/ Partage

a) Quelle est la loi applicable au partage ?

b) Quelle est la place respective de la loi successorale et de la loi réelle ?

En ce qui concerne les deux questions précédentes :

Le partage est soumis aux lois suivantes:

- La loi applicable à la succession sous l'aspect des personnes pouvant demander le partage, la modalité de formation des parties;
- La loi du lieu où les biens à partager sont situés, concernant : le régime juridique de l'indivision (dans quelles conditions on peut faire des actes d'administration ou de disposition concernant les biens de la succession), le terme dans lequel on peut demander le partage, l'effet déclaratif du partage;
- La loi du for concernant les formes procédurales du partage;
- La loi personnelle concernant la capacité requise pour pouvoir faire le partage.

c) Votre pays admet-il la réalisation d'une donation partage internationale, c'est-à-dire comprenant de biens situés dans différents pays.

Il n'existe aucune raison pour laquelle la loi roumaine n'admettra pas le partage d'ascendant, même là où il concerne des biens situés dans des états différents.

Dans les conditions où la Loi 105/1992 n'établit pas expressément la loi applicable au partage d'ascendant, n'importe pas la forme prise (donation ou testament), on apprécie qu'en ce qui concerne le partage d'ascendant réalisé par une donation, la solution est la suivante : La loi applicable au contrat de donation va établir les conditions générales de validité (fond et forme) de la donation, par l'intermédiaire de laquelle on réalise le partage d'ascendant. D'une autre part, la loi de la succession va régir : la sphère des personnes qui peuvent faire / entre lesquelles on peut faire un tel partage (seuls les ascendants ou d'autres personnes), les biens qui peuvent faire l'objet du partage (tous les biens faisant partie de la masse successorale ou seule une partie de ces biens, seul les biens propres du testateur ou les biens communes aussi, mais seulement les biens présents du testateur ou les biens futurs aussi), le respect de la réserve d'hérédité.

III. Pour aller plus loin....

a) Quelles difficultés majeures rencontrez-vous dans le règlement d'une succession internationale ?

Les principales difficultés visent :

- la réglementation différenciée de la succession mobilière (subordonnée à la loi nationale du de cuius) et de la succession immobilière (subordonnée à la loi du lieu de situation de chaque immeuble) qui pose des problèmes comme la distribution du passif successoral, problème signalé ci-dessus;
- le manque de précision de la loi en ce qui concerne la délimitation du domaine d'application de la loi de la succession – par exemple la loi ne précise pas si dans le domaine de la loi applicable à la succession on inclut des aspects comme le partage ou la pétition d'hérédité.

b) Existente-t-il dans votre pays des solutions qui assurent la prise en compte du patrimoine du de cuius dans son ensemble quel que soit le lieu de situation des biens :

- **Soit en parvenant à une unité de compétence législative ou juridictionnelle**
- **Soit en coordonnant les différentes masses successorales entre elles par le biais de techniques variées, soit propres au droit international privé, soit par le jeu des règles successorales.**

En ce qui concerne la compétence juridictionnelle, les juridictions roumaines sont compétentes si le dernier domicile du de cuius se trouve en Roumanie ou si des biens de celui-ci se trouvent en Roumanie. La compétence vise la succession entière, même si ça suppose l'existence de plusieurs masses subordonnées à des lois successorales différentes.

c) Voyez-vous des solutions ou des évolutions qui méritent d'être portées à la connaissance du rapporteur ?

Le Nouveau Code civil, adopté par la Loi no. 287/2009 (dont la date d'entrée en vigueur sera établie par une loi de mise en application du Nouveau Code civil), apporte un changement radical de perspective en ce qui concerne la loi applicable à la succession, dans le sens de l'unification de la loi applicable. Ainsi, la succession sera régie par la loi de l'Etat sur le territoire duquel le défunt avait sa résidence habituelle à la date de son décès.

IV. Projet de règlement communautaire

En l'état du projet au jour de votre réponse, voyez -vous :

a) Quelles conséquences principales il aurait sur votre droit international privé de successions ?

b) Quelles conséquences il serait susceptible d'entraîner sur votre droit interne des successions ?

- concernant la loi applicable à la succession, le projet de règlement communautaire institue la règle de l'unicité de la loi applicable, en contradiction avec la réglementation roumaine actuelle de droit international privé qui prévoit une détermination différenciée de la loi applicable, en fonction de la nature mobilière ou immobilière de la succession. Le Nouveau Code civil roumain (pas encore entré en vigueur) prendra toutefois en compte la disposition du projet de règlement, en instituant le principe de l'unicité de la loi applicable à la succession, ayant comme point de contact la résidence habituelle du défunt à la date de son décès. Le choix d'une autre loi applicable à la succession est limitée, dans le cas du projet de règlement (et du Nouveau Code civil) à la loi de la citoyenneté du défunt, contrairement à la situation actuelle où la loi permet au testateur de subordonner l'héritage à n'importe quelle loi, mais en respectant les règles impératives de la loi applicable en cas de manque du choix. Un autre effet du projet de règlement consiste à l'élimination du renvoi dans la matière des successions, consacré en présent par la loi roumaine

- concernant le domaine de la loi applicable à la succession, les solutions sont conformes avec celles prévues par la loi roumaine relative à la réglementation des rapports de droit international privé et avec les dispositions du Nouveau Code civil roumain. Toutefois, on doit faire deux remarques: a) le partage successoral, compris par les projet de règlement dans le domaine de la loi applicable est subordonné en présent, conformément à la loi roumaine, aux lois indiquées ci-dessus ; conformément au Nouveau Code civil roumain, le partage successoral est compris dans le domaine de la loi applicable à la succession ; b) le droit de l'Etat sur la succession vacante est compris par la loi roumaine actuelle et par le Nouveau Code civil dans le domaine de la loi applicable à la succession ; d'autre part, le projet de règlement consacre le droit de l'Etat de prétendre les biens situés sur son territoire dans le cas de la succession vacante.

- concernant la détermination de la compétence juridictionnelle, le projet de règlement institue la compétence exclusive des juridictions de l'Etat sur le territoire duquel le défunt avait sa résidence habituelle à la date de son décès. La règle de compétence consacrée actuellement par la loi roumaine vise l'emplacement en Roumanie du dernier domicile du défunt (pour l'établissement de la compétence exclusive), respectivement l'existence en Roumanie des biens du défunt (pour l'établissement d'une compétence facultative).

* **Dragoș-Alexandru SITARU**, professeur, Faculté de Droit de l'Université Bucarest, Arbitre à la Cour d'arbitrage commercial international auprès de la Chambre de commerce et d'industrie roumaine, avocat au Barreau de Bucarest ; prof.sitaru@sitaru.ro.

ARTICOLE

**ASSOCIATION « HENRI CAPITANT »
DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE
JOURNEES ROUMAINES - *LES SUCCESSIONS*,
BUCAREST ET CLUJ-NAPOCA, 23-28 MAI 2010
SUCCESSIONS ET DROIT INTERNATIONAL PRIVE
– Rapport moldave –**

Ion DĂNOI*

Les normes conflictuelles concernant la succession en droit internationale prive du République de Moldavie

1. Solutions proposées pour déterminer la loi applicable à la succession

Si on se réfère au droit comparé dans ce domaine, on doit mentionner qu'il y a deux solutions concernant la loi applicable à la succession.

La première solution implique que la succession est soumise à *la loi nationale du défunt*, sans distinction entre la succession mobilière et immobilière.

La deuxième solution suppose que *l'héritage de biens immobiliers* est soumis à *la loi de situation (lex rei sitae)* et la succession *des biens mobiliers* est soumise à *la loi de la dernière demeure du défunt* (par exemple, ces règles sont contenues dans la législation française, anglaise et américaine) ou à *la loi nationale de la date du décès de celui qui laisse la succession* (par exemple, le droit de la République de Moldavie et de Roumanie).

Quant au système juridique de la République de Moldavie, il faut mentionner qu'on a repris la solution existante en Roumanie, c'est-à-dire la succession des immeubles est soumise à la règle *lex rei sitae*¹ et la succession des biens mobiliers à la loi nationale du défunt, comme indiqué dans le contenu de l'article 1622 du Code civile de la République de Moldavie.

Par conséquent, pour la succession des biens mobiliers, certains systèmes juridiques appliquent la loi de la dernière demeure du défunt, les autres appliquent la loi nationale du moment du décès.

On donne les arguments suivants à **l'appui de la loi du domicile**:

- a) la loi de la succession est étroitement liée à la loi établissant le régime juridique des biens, de sorte que la loi de la succession appartient au statut réel et non à celui personnel;
- b) les biens mobiliers sont présumés être au domicile du défunt; en fait, c'est la réalité dans la plupart des cas; la loi du domicile assure un régime unitaire à la liquidation de la succession, car cette opération est faite à la dernière demeure du défunt;

- c) la loi du domicile est en concordance avec les intérêts de la famille, car le domicile du défunt coïncide avec celui de sa famille;
- d) la loi du domicile prend aussi en compte les intérêts d'ordre pratique pour appliquer, dans une plus grande mesure, la propre législation; il s'agit de pays d'immigration, où le nombre de personnes qui y résident, sans être citoyens de ce pays, est supérieur à ses citoyens décédés à l'étranger où ils ont leur domicile.

On donne les arguments suivants à l'appui de la loi nationale du défunt de la succession mobilière :

- a) la succession a un lien étroit avec les relations familiales, les deux reflétant à la fois la notion existante de la famille dans un état donné; la succession connaît l'institution de la réserve qui vise la stabilité familiale. Selon la loi, toute personne physique peut disposer librement des biens qui constituent son patrimoine, mais ce droit de disposer, droit exclusif et absolu, ne peut être exercé qu'au nom de la loi. Ces limitations - les plus importantes du droit de disposition - sont établies en faveur de certains parents proches du défunt, qui ont le statut d'héritiers réservés. Dans la législation moldave, la réserve successorale est régie par l'art.1505 du Code civil qui dit que les héritiers incapables de travailler de la classe I de celui qui laisse l'héritage, héritent au moins à 1/2 de la part qui serait versée à chacun d'eux en cas de succession légale;
- b) l'état, dont le défunt détient la citoyenneté au moment du décès, est le plus intéressé de régler la succession laissée à son citoyen, que tout autre état;
- c) la loi nationale vise aussi des intérêts d'ordre pratique, tels que dans les pays d'émigration, pour appliquer, dans une plus grande mesure, leur propre législation.

Dans ce contexte, il convient de mentionner que l'adoption d'une des deux solutions par un système juridique particulier ne dépend pas seulement de la valeur des arguments énoncés, mais aussi des caractéristiques de ce système de droit, des intérêts de l'état qu'il consacre et les défend, des caractéristiques liées à la tradition et d'autres facteurs.

En même temps, certains auteurs considèrent que la transmission successorale mobilière est la conséquence d'un fait juridique, qui est le décès dans le droit interne, ce fait juridique est localisé au lieu d'ouverture de la succession, et ce lieu est le dernier domicile du défunt. Par conséquent, le droit international privé utilise la localisation du droit interne relatif au fait générateur des droits successoraux pour assurer l'application d'une seule loi successorale mobilière. Selon ce point de vue exprimé par des auteurs français, la succession mobilière serait soumise à la loi du domicile du défunt, pour assurer la soumission de toute la succession à une loi unique. En même temps, on dit que l'emplacement de l'immeuble est un élément de lien privilégié de la succession immobilière par rapport à d'autres points de contact.

Quant à la détermination de la loi applicable à la succession, selon les dispositions de l'article 7 du Code civil qui stipule que si le traité international, auquel la République de Moldavie est partie, établit des règles autres que celles dans la législation civile la République de Moldavie, on applique les règles du traité international. Il faut mentionner quelques-uns des traités bilatéraux et régionaux, contenant des dispositions sur la succession. Ainsi, le **Traité entre la République de Moldavie et la Roumanie concernant l'entraide judiciaire en matière civile et pénale**², en se référant à la loi applicable, prévoit dans l'article 40 que le droit à l'héritage des biens mobiliers est déterminé par la loi de la partie contractante dont le citoyen était, à la date de son décès, l'auteur de la succession. Donc, selon cette disposition du Traité, la règle du traité ne diffère pas de celle de la législation de la République de Moldavie. L'article 42, paragraphe 1 de ce traité, en se référant à un testament, prévoit que la forme de conclusion, de modification et de révocation du testament est celle prévu à la date de sa conclusion, modification ou révocation par la loi de la partie contractante dont le défunt était le citoyen ou par la loi de la partie contractante sur le territoire de laquelle ces actes ont été accomplis. Par la suite, le paragraphe 2 de cet article du traité prévoit que pour la capacité de tester, modifier ou révoquer le testament, aussi que pour les conséquences juridiques des vices de volonté, on applique la loi de la partie contractante dont le défunt a été le citoyen à la date de conclusion, de modification ou de révocation du testament.

En ce qui concerne le **Traité entre la République de Moldavie et la Fédération de Russie concernant l'assistance judiciaire et les rapports juridiques en matière civile, familiale et pénale**³, se référant au droit de succession prévu par l'article 42, il prévoit que le droit de succession des biens mobiliers est déterminé par la législation de la partie contractante sur le territoire de laquelle le testateur a eu la dernière demeure, et le droit de succession des biens immobiliers est déterminé par la législation de la partie sur le territoire de laquelle est situé le bien. Ainsi, après un examen attentif des dispositions de l'article 1622 du Code civil et de l'article 42 du Traité, on observe que la loi applicable à la succession n'est pas la même. Dans cette situation, des lois applicables à la succession on donnera priorité aux règles du traité et, par conséquent, la loi applicable à la succession des biens mobiliers sera la loi de la dernière demeure. L'article 45 de la **Convention concernant l'assistance judiciaire et les rapports juridiques en matière civile, familiale et pénale entre les pays de la CEI**⁴ comporte les mêmes dispositions.

2. Déterminer la loi applicable à la succession (lex successionis) en République de Moldavie

Conformément à l'article 1622 du Code civil, la succession est soumise à des lois différentes en fonction de son objet. Ainsi:

- a) en ce qui concerne les **biens mobiliers**, où qu'ils se trouvent, l'héritage est régi par la loi nationale (**lex patriae**) que le défunt avait au moment de son décès. Dans ce cas, on applique le principe du « **mobilia sequuntur personam** » (« les biens mobiliers suivent la personne », c'est-à-dire à laquelle ils appartiennent).
- b) quant aux **biens immobiliers**, la succession est soumise à la loi de l'endroit où chaque immeuble successoral est situé (**lex rei sitae**). La notion générale qui désigne la loi applicable à l'héritage est la **lex successionis**. Les solutions proposées par l'article 1622 n'ont pas de tradition dans le droit de la République de Moldavie. Dans le Code civil abrogé, on applique la loi du dernier domicile à la succession des biens mobiliers.

3. Champ d'application de la loi de succession

3.1. Précisions préalables

La détermination du domaine d'application à la loi d'héritage est une opération de qualification, dont le but est d'établir les éléments qui, conformément au droit moldave comme la **lex fori**, entre dans la notion d'« héritage », matière qui constitue le contenu de la norme conflictuelle **lex successionis**.

Le champ d'application de la loi successorale est fixé par l'article 1621 du Code civil de la République de Moldavie, conformément auquel, la loi applicable à la succession se rapporte:

A) au moment de l'ouverture de la succession

On remarque le fait que la loi de la succession s'applique uniquement à l'égard du moment (la date) de l'ouverture de la succession, pas en ce qui concerne l'endroit. L'endroit de l'ouverture de la succession, respectivement l'endroit où le défunt a eu la dernière demeure, n'a pas, en général, d'importance sur le plan du conflit de lois, ne constituant pas le point de contact dans le cas d'aucune norme conflictuelle applicable en matière. Nonobstant, cet endroit présent de l'intérêt pour déterminer la loi applicable à la conclusion, à la modification et à la révocation du testament, en vertu de l'article 1623, paragraphe 2, point b) du Code civil, en alternance avec d'autres points de connexion incidents en matière.⁵ Au lieu de cela, l'endroit de l'ouverture de la succession produit des conséquences importantes sur le plan de la détermination de la compétence des notaires publics dans la procédure successorale notariale, aussi que sur les instances judiciaires compétentes dans les litiges d'héritage.

B) aux personnes destinées à hériter

La loi de la succession régit, donc, la vocation successorale qui est l'une des conditions essentielles afin d'hériter, à côté de la condition de la capacité successorale et de celle de ne pas avoir une non-dignité successorale. D'une manière implicite, la loi

de la succession détermine la dévolution successorale. La classification de la dévolution dans le domaine légal et testamentaire est aussi importante sur le plan du droit international privé, en raison de différents problèmes conflictuelles qu'elle soulève.

a) la loi applicable à la dévolution légale de l'héritage

La loi de la succession établit la sphère des personnes appelées à hériter légalement et l'ordre de leur appel. En même temps, cette loi s'applique à la représentation successorale, à la détermination des parts d'héritage qui doivent être attribuées, conformément à la loi, à chaque successeur, à la réserve successorale et la quotité disponible, aussi bien qu'aux droits de succession du conjoint survivant.

b) la loi applicable à la dévolution testamentaires de l'héritage

En ce qui concerne le régime de droit international privé de l'héritage testamentaire il y a deux aspects qui nous intéressent :

1) la réglementation spéciale concernant la loi applicable à cette forme d'héritage;

2) la loi applicable aux conditions de fond et de forme du testament.

1) **Concernant le premier aspect**, on applique les dispositions de l'article 1623, paragraphe 1 du Code civil, conformément auquel le testateur peut faire la transmission par héritage de ses biens suivant une autre loi que celle indiquée dans l'article 1622, sans avoir le droit de supprimer ses dispositions impératives. Selon ce texte, il résulte qu'en cas d'héritage testamentaire, les normes conflictuelles régies par l'article 1622 – tant celle qui place l'héritage mobilier dans la sphère de la loi nationale de la dernière demeure du défunt, que celle qui soumet l'héritage immobilier à la loi de l'endroit de l'immeuble – ont un caractère supplétif, le testateur pouvant faire applicable la transmission successorale de ses biens à une autre loi, selon sa volonté. L'autonomie de volonté du testateur est toutefois limitée, dans le sens que les dispositions impératives de la loi applicable en vertu de l'article 1622 restent applicables. Nous pensons que par « dispositions impératives » de la loi applicable il faut comprendre les dispositions dont la violation est susceptible d'attirer l'application de l'ordre public de droit international privé. Dans le cas où le testateur choisi la loi applicable, il régira tous les éléments formant le domaine de la loi de la succession.

2) **Le testament**, pour être valable, doit remplir certaines conditions de fond et de forme, qui sont soumises, sur le plan du droit international privé, à des lois différentes.

Ainsi, **les conditions de fond du testament** sont celles de tout acte juridique et notamment:

- **la capacité** de disposer par testament. Ce qui intéresse dans cette matière, c'est les incapacités de disposer par testament. Dans le cas où elles sont absolues et établies par la loi pour la considération de la personne incapable

(du testateur), elles sont soumises à la loi personnelle de celle-ci (celui-ci). Les incapacités relatives de disposer (et recevoir) par testament, visant à protéger le testateur dans sa relation juridique directe avec le gratifié, suit la loi de succession testamentaire (**lex succesionis**). La sanction de la violation de leur incapacité à utiliser, dans cette matière, est soumise à la loi applicable à l'incapacité respective.

- **le consentement** et **la cause** testamentaire qui sont régis par la loi de succession comme les vices de consentement en matière.
- **l'objet du testament**, notamment le legs, est également soumis à la loi de succession qui régira, en particulier: les conditions de validité du legs, la réserve et la quotité disponible, les limites du droit de disposer des biens de l'héritage par des actes juridiques.

Les règles d'interprétation du testament sont également déterminées par la *lex succesionis*.

Les conditions de forme du testament sont soumises, du point de vue du droit international privé, aux dispositions de l'article 1623, paragraphe 2, qui est considéré valide s'il respecte les conditions de forme de l'une des lois que le texte mentionne. On applique, ainsi, le principe de la loi la plus favorable en matière de forme testamentaire (**favor testamenti**). L'article auquel nous faisons référence prévoit l'application alternative de plusieurs lois, tant dans l'espace que dans le temps.

Ainsi, **dans l'espace**, le testament est valide s'il respecte les conditions de forme d'une des lois suivantes : a) la loi nationale (**lex patriae**) du testateur; b) la loi de son domicile (**lex domicilii**); c) la loi du lieu où le testament a été rédigé, modifié ou révoqué (conformément au principe **locus regit actum**); d) la loi de la situation de l'immeuble faisant l'objet du testament (**lex rei sitae**); e) la loi de l'instance ou de l'organisme accomplit la procédure de transmission des biens hérédités (**lex fori** ou **auctor regit actum**).

Dans le temps, le testament est valide s'il est conforme aux conditions de forme imposées par l'une des lois ci-dessus, applicables soit à la date où le testament a été rédigé, modifié ou révoqué, soit la date du décès du testateur. Par cette réglementation, l'article 1623, paragraphe 2 donne aussi la solution au conflit mobilier qui peut se produire dans cette matière.

C) les qualités exigées pour pouvoir hériter

La capacité successorale - c'est-à-dire l'existence de la qualité d'objet de droit à la date d'ouverture de la succession - est soumise, par conséquent, à la loi de succession, et non à la loi personnelle en raison de sa qualification en tant que condition essentielle pour pouvoir hériter. *La présomption du temps légal* de la conception de l'enfant, à l'aide de laquelle on établit si l'enfant était conçu à la date d'ouverture de la succession, étant un problème de capacité d'usage de l'enfant, est, cependant, soumise à *la loi personnelle de celui-ci*. Le régime juridique des comourants

est soumis à la loi de succession, parce qu'il se rapporte à la capacité successorale. **La non-admission successorale** est régie, elle aussi, par la *lex succesionis* qui permettra de déterminer les cas d'indignité successorale, le mode de fonctionnement, les effets de celle-ci, etc.

D) l'exercice de la possession des biens laissés par le défunt.

Sous cette formulation, l'article 1623, paragraphe 2, lettre d) du Code civil soumet à la loi de succession un sujet qui tient à la transmission de l'actif de l'héritage – la saisine (possession de la succession). Cette loi régira, ainsi, la détermination des successeurs qui ont la saisine, les effets de celle-ci, etc. La procédure de transmission de la possession et celle de la remise du legs, aussi bien que d'autres aspects de procédure en matière, ne sont pas, toutefois, soumis à la loi de succession, mais à la loi de l'endroit où ils ont lieu (*lex fori*).

E) les conditions et les effets de l'option successorale (le droit d'option successorale)

La loi de succession régit **les conditions principales de l'option successorale**, c'est-à-dire: qui peut faire l'objet du droit d'option successorale; les possibilités du successible; le délai de prescription pour exercer le droit d'option successorale et la situation juridique du successible jusqu'à l'exercice de l'option ou jusqu'à l'expiration du terme d'option, y compris la transmission, dans le cadre de ce terme, du droit d'option du successible décédé avant l'exercice de l'option, vers ses héritiers; la détermination des actes qui valorisent l'acceptation de la succession, etc. Les conditions de fond de l'option successorale, en tant qu'acte juridique unilatéral, à savoir le consentement, la cause, les vices de consentement et leurs effets sont également soumises à la loi de succession. En revanche, la capacité requise pour pouvoir opter est soumise à loi personnelle du successible, étant un problème de capacité d'exercice. Les exigences de forme de l'option successorale suivent la loi de la forme de l'acte.

Les effets de l'option successorale sont aussi régis par la loi de succession, et notamment : les effets de l'acceptation de la succession et de la renonciation à la succession, y compris le moment jusqu'auquel ces effets se produisent; les conséquences de la prescription du droit d'option successorale, etc. On n'applique pas la loi de succession, mais la loi de la localisation des biens (*lex rei sitae*) pour les aspects de procédure liés à l'option successorale⁶ (l'inventaire des biens successoraux, les actes de conservation de celle-ci, etc.), **aussi bien que** les formes de **publicité** concernant les biens hérités.

F) l'extension de l'obligation des héritiers de supporter le passif

À cet égard, la loi de succession détermine, en particulier, le contenu du passif de la succession, qui sont les successeurs gardés par le passif successoral, la mesure dans laquelle ceux-ci supportent les dettes et les obligations de l'héritage.

G) les droits de l'état dur la succession vacante

Cette solution dépend de la nature juridique conférée au droit de l'état sur la succession vacante, ce qui est un problème de droit civil qui constitue une controverse dans la littérature de spécialité.⁷ Ainsi, il s'agit des hypothèses qu'un citoyen de la République de Moldavie meurt sans héritiers et laisse des biens mobiliers à l'étranger ou qu'un étranger meurt sans héritiers et laisse des biens mobiliers en République de Moldavie. Dans ces hypothèses, si on adopte la solution de l'état héritier, les biens mobiliers seront collectés par l'état dont le défunt était le citoyen à la date du décès, et si on adopte la théorie du droit d'accès de l'état (qui collecte les biens en vertu de sa souveraineté - **de jure imperii**), ils reviendront à l'état sur le territoire duquel ils sont situés.

En ce qui nous concerne, nous observons qu'une distinction est nécessaire sur le plan du droit civil (comme sur le plan du droit international privé) entre le régime des biens mobiliers et de ceux immobiliers. Pour les biens mobiliers, nous partageons l'opinion majoritaire de la littérature juridique de droit civil, selon laquelle l'état collecte la succession mobilière vacante conformément au droit de succession (**de jure hereditatis**). Par conséquent, si le droit de la République de Moldavie est la **lex causae**, la succession mobilière vacante sera collectée par l'état dont le défunt était **de cujus** à la date du décès. En revanche, la succession immobilière vacante appartient à l'état sur le territoire duquel chacun de ces immeubles est situé, le droit de l'état étant qualifié, cette fois, comme un droit originel de collecter les biens sans propriétaire situés sur son territoire, conformément à sa souveraineté (**de jure imperii**).

* **Ion DĂNOI**, Chargé de cours à l'Université d'État « Alecu Russo » de Bălți, République de Moldavie ; danoiiion@gmail.com

¹ I. Chelaru, Gh. Gheorghiu, *Drept internațional privat*, C.H.Beck, București, 2007, p. 258; O. Ungureanu, C. Juguștru, *Manual de drept internațional privat*, All Beck, București, 1999, p. 140.

² Traité entre la République de Moldavie et la Roumanie concernant l'entraide judiciaire en matière civile et pénale, signé à Chișinău au 16 juillet 1996, en vigueur de 20.03.1998.

³ Traité entre la République de Moldavie et la Fédération de Russie concernant l'assistance judiciaire et les rapports juridiques en matière civile, familiale et pénale, signé à Moscou au 25.02.1993, en vigueur de 26.01.1995

⁴ Convention concernant l'assistance judiciaire et les rapports juridiques en matière civile, familiale et pénale entre les pays de la CEI, adopté en 22.01.1993, Minsk, en vigueur pour la Moldavie de 26.03.1996.

⁵ Valeriu Babără, *Drept internațional privat*, Chișinău, 2009, p. 299.

⁶ I. Chelaru, Gh. Gheorghiu, *op. cit.*, p. 258; N. Diaconu, *Teoria conflictelor de legi în materie civilă*, Lumina Lex, București, 2005, p. 256.

⁷ Valeriu Babără, *op. cit.*, p. 306

ARTICOLE

PUBLICAREA ACTELOR ÎN MONITORUL OFICIAL AL ROMÂNIEI ȘI CERINȚELE TERMENULUI REZONABIL ÎN CONTEXTUL BUNEI GUVERNĂRI

Emil BĂLAN*
Gabriela VARIA**

Abstract. *The publication of acts in the Romanian Official Journal and the requirements of the reasonable term in the framework of the good governance. The publication on the Romanian Constitutional Court's website of a recent decision¹ gave birth into media to numerous discussions related both to its content and implications it has on the juridical and political system, but also to the moment when they are going to produce. These considerations determined us to research from a scientific point of view the process of acts' publication into the Official Journal of the State and to try to identify some ways this process could be improved. The present research is placed into the larger framework of the project "The right to a good administration and its impact on public administration's procedures"² (Code ID 698), financed by the Romanian National University Research Council.*

Key-words: publication procedure, official journal, good governance;

Cuvinte cheie: procedură de publicare, Monitorul oficial, bună guvernare

1. Cadrul legal al publicării actelor în Monitorul Oficial

Publicitatea actelor de guvernământ și administrație de Stat a început în Țările românești în anul 1829. La 8 aprilie 1829, Ion Eliade Rădulescu scoate la București primul număr din „Curierul românesc” care avea să publice „și cele din lăuntru și slobode săvârșiri ale statului nostr, precum judecăți însemnate, sfaturi și hotărâri ale divanului pentru îmbunătățirea patriei, voințele divanului pentru publicarea vreunei pricini și celelalte”. De asemenea, notițe despre vânzări și mezaturi deosebite și dispoziții despre curățenia orașelor. „Albina Românească, gazetă politică și administrativ-literară” scoasă de Asachi la 1 Iunie 1829 la Iași, va face același oficiu pentru Moldova³.

Trecerea la informația oficială și la organul de publicitate propriu al Statului, se face în Țara Românească la 8/20 Decembrie 1832, iar în Moldova la 22 Iunie/4 Iulie 1883, punându-se astfel în aplicare dispozițiile Regulamentelor organice.

Denumirea de „Monitor Oficial” purtată în întreaga perioadă interbelică este schimbată după cel de-al Doilea Război Mondial în „Buletin Oficial”, pentru ca după Revoluția din 1989 să se revină la titulatura consacrată.

Astăzi, Monitorul Oficial al României este publicația oficială a statului român, organizarea sa fiind prevăzută de Legea nr. 202/1998⁴.

Editarea Monitorului Oficial al României constituie un *serviciu public* asigurat de către Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, care funcționează sub autoritatea Camerei Deputaților. Camera Deputaților este, potrivit legii, editorul Monitorului Oficial.

Procedura publicării presupune ca actele care urmează a fi publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I și Partea a II-a, să se înainteze Secretarului general al Camerei Deputaților pe suport hârtie, în copie certificată sub semnătura conducătorului sau a locțiitorului. De asemenea, acestea pot fi transmise și prin e-mail, în fișier electronic certificat prin semnătură electronică de către emitenți. În continuare, aceste acte sunt transmise de către Secretarul general al Camerei Deputaților, Regiei Autonome „Monitorul Oficial” spre publicare.

Ordinul Secretarului general al Camerei deputaților nr. 6 din 8 ianuarie 1999 privind procedura publicării, republicării și rectificării actelor în Monitorul Oficial, cu modificările și completările ulterioare, statuează că evidența actelor primite spre publicare se ține într-un registru special, pe categorii de acte, potrivit art. 5 din legea nr. 202/1998, la cabinetul Secretarului general al Camerei deputaților.

În termen de cel mult 24 de ore de la data primirii actelor, Secretarul general al Camerei deputaților trebuie să dispună publicarea și să asigure transmiterea către Regia Autonomă Monitorul Oficial, pe bază de condică de predare-primire (art. 4 O.S.G. nr. 6/1999).

Același act juridic prevede o ordine de prioritate a publicării actelor în Monitorul Oficial (art. 5) care situează înainte oricăror acte:

- legile;
- celelalte acte ale Parlamentului și ale fiecăreia dintre cele două Camere;
- deciziile Curții Constituționale pronunțate cu ocazia controlului constituționalității legilor înainte de promulgare;
- decretele, mesajele și alte acte ale Președintelui României adresate Parlamentului;
- ordonanțele de urgență și ordonanțele Guvernului.

Cu privire la alte acte normative, Ordinul nr. 6/1999 prevede că *se publică în ordinea înregistrării lor*, după publicarea actelor prioritare prevăzute la art. 5 alin. (1) *cu excepția celor urgente, care vor fi publicate cu prioritate*.

În situații excepționale, Secretarul general al Camerei Deputaților poate stabili o altă ordine de prioritate, în publicarea actelor (art. 5 alin. 3 din OSG 6/1999).

Plecând de la aceste reglementări, nu ne putem abține de a observa că normele dreptului pozitiv par a construi o putere discreționară fără limite Secretarului general al Camerei Deputaților în legătură cu stabilirea priorităților și urgenței publicării actelor în Monitorul Oficial.

2. Publicarea deciziilor Curții Constituționale în Monitorul Oficial al României

Cercetarea situației publicării în Monitorul Oficial al României a deciziilor Curții Constituționale ne-a permis să observăm existența unui interval de timp considerabil între momentul pronunțării și cel al publicării acestora.

Două astfel de decizii cu impact deosebit în societate se adaugă celor anterior observate:

- Decizia Curții Constituționale nr. 413 din 14 aprilie 2010 referitoare la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. I pct. 18, pct. 22, pct. 23 și pct. 27, teza referitoare la funcțiile publice de conducere, din Legea pentru modificarea și completarea Legii nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici, precum și a legii în ansamblul ei, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 291 din 4 mai 2010;

- Decizia Curții Constituționale nr. 415 din 14 aprilie 2010 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor Capitolului I ”*Dispoziții generale*” (art.1-9), ale art.11 lit. e), f) și g), ale art.12 alin.(2), ale art.13, ale art.14 lit. c), d), e) și f), ale art.17, ale art.38 alin.(2) lit. f), g) și h), ale art.42 alin.(2), (3) și (4), ale Capitolului VI - „*Verificarea averilor, a conflictelor de interese și a incompatibilităților*” (art.45-50) și ale art.57 din Legea nr.144/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale de Integritate, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 294 din 5 mai 2010.

Se constată un interval de aproximativ 20 de zile calendaristice între momentul adoptării și cel al publicării deciziilor de mai sus.

Cui se datorează acest decalaj și care sunt consecințele juridice pe care le poate genera?

3. Situația publicării Deciziei Curții Constituționale nr. 415/2010

Pe baza informațiilor publice primite de la „Serviciul pentru informare publică și relația cu societatea civilă al Camerei Deputaților”⁵⁵ s-a constatat, în legătură cu decizia Curții Constituționale nr. 415/2010, că aceasta a fost transmisă de Curtea Constituțională camerei Deputaților la data de 22 aprilie 2010, iar Secretarul general al Camerei Deputaților a transmis-o spre publicare Monitorului Oficial în aceeași zi – 22 aprilie 2010.

Recapitulând, în legătură cu decizia Curții Constituționale nr. 415/1999 se constată următoarele:

- data pronunțării: 14 aprilie 2010;
- data transmiterii de către Curtea Constituțională la Camera Deputaților: 22 aprilie 2010;
- data transmiterii de către Camera Deputaților la Monitorul Oficial: 22 aprilie 2010;
- data publicării în Monitorul Oficial: 5 mai 2010.

Pentru a înțelege consecințele juridice ale acestei situații, trebuie să avem în vedere următoarele dispoziții constituționale:

- art. 147 alin. (4): *Deciziile Curții Constituționale se publică în Monitorul Oficial al României. De la data publicării, deciziile sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor.*

- Art. 147 alin. (1): *Dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept.*

4. Necesitatea existenței unui termen rezonabil în procesul de publicare în Monitorul Oficial

Din cele de mai sus se observă că există întotdeauna un decalaj de timp între momentul constatării stării de neconstituționalitate și cel al încetării efectelor – încetare provizorie sau definitiv – normelor declarate ca neconstituționale. În tot acest interval de timp, normele declarate neconstituționale vor continua să producă efecte juridice potrivnice legii fundamentale.

Este acceptabilă această coabitare a constituționalității cu neconstituționalitatea normelor legale? Dacă da, pentru cât timp? Cum se conciliază starea de neconstituționalitate cu cerințele statului de drept?

Pentru a înțelege și explica cele de mai sus, vom introduce în discuție conceptul de **termen rezonabil**. Este un concept larg utilizat în dreptul și doctrina ultimelor decenii, în special în legătură cu problematica drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. De exemplu, doctrinarii art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului notează că cerința termenului rezonabil se referă la garantarea oricărei persoane care ajunge în fața unei curți, a faptului că se va lua o decizie finală într-un termen rezonabil., mergându-se pe ideea că cetățenii au dreptul la siguranța legală⁶.

În opinia noastră, termenul rezonabil începe să curgă din momentul în care autoritățile încep să aibă o responsabilitate legală față de cetățeni și ia sfârșit în momentul în care o decizie finală este luată de către respectiva autoritate publică.

Așadar, în mod ideal, ar fi de dorit ca între momentul constatării stării de neconstituționalitate și suspendarea/încetarea efectelor acelor norme să nu existe vreun interval temporal, ca aceste momente să se producă simultan.

În mod practic, situația ideală nu se poate produce întrucât este necesar un interval de timp pentru redactare, corespondență, evaluare, pregătirea publicării etc. Poate fi acesta normat? Sau cel puțin i se pot contura principial dimensiuni rezonabile?

În lipsa unor astfel de repere, nu cumva este permis și încurajat abuzul?

Constatăm că intervalul de timp dintre pronunțarea și publicarea deciziei de neconstituționalitate poate reprezenta un instrument de exercitare a puterii publice:

- se poate asigura răgazul necesar corectării normelor neconstituționale sau adoptării unor reglementări care să evite vidul legislativ;

- se poate scurta termenul unor consecințe patrimoniale negative, daune pentru executiv (spre exemplu în materia funcției publice).

Apare, evident, că procesul de publicare a actelor în Monitorul Oficial este un proces dirijat, în acest fel fiind influențată și producerea de efecte juridice, dar dirijarea publicării actelor în Monitorul Oficial poate aluneca și în abuz sau favorizare a unor cercuri de interese (cum ar fi cele economice spre exemplu).

Decizia publicării actelor în Monitorul Oficial depășește cadrul strict tehnic, administrativ și apare ca având un pronunțat caracter politic. Prin această decizie este influențată acțiunea politico-socială și sistemul de drept. Cercetarea unor surse documentare istorice ne relevă durata de publicare a actelor în foaia oficială a statului cu aproape 100 de ani în urmă⁷.

Din informațiile publice actuale ale Uniunii Europene se poate observa situația modului de reglementare a publicării și a duratei normate a acesteia⁸.

5. Concluzii

Constatarea oficială a stării de neconstituționalitate a unor norme legale trebuie să conducă inevitabil la încetarea efectelor juridice ale acestora. Statul de drept presupune, înainte de orice, respectarea ordinii sale constituționale.

Apare ca inevitabilă – din rațiuni tehnice, practice - ca un risc normal al activității statului, existența unui interval de timp în care starea de neconstituționalitate constatată oficial să subziste și, teoretic, să poată genera consecințe juridice negative.

Factori generali pe care i-am identificat ca putând să conducă la încetinirea procedurilor, în general, privesc mai multe aspecte: stilul de conducere, implicarea actorilor în sistem, supravegherea progresului lucrărilor, felul în care scopurile și standardele sunt definite, educarea și pregătirea profesională a personalului implicat, existența unui sistem informatic adaptat cerințelor și, nu în ultimul rând, dimensiunea și modul de utilizare a resurselor financiare și materiale.

Pentru evitarea excesului de putere, în condițiile asigurării premiselor unei bune guvernări, se impune activarea unor mecanisme de control politic, social, tehnic, asupra exercitării puterii discreționare de către entitățile publice participante la acest proces: Curtea Constituțională, Camera Deputaților, Monitorul Oficial al României.

În opinia noastră, este necesară instituirea – prin modificarea legii Monitorului Oficial – a unui termen de recomandare de 7 zile între constatarea și publicarea deciziilor Curții Constituționale. Desigur, un asemenea termen ar avea consecințe logistice și manageriale asupra Regiei Autonome Monitorul Oficial, pe care statul ar trebui să și le asume și să le rezolve în interesul democrației.

Totodată, modificarea legii ar trebui să impună obligativitatea pentru Monitorului Oficial de publicare în formula introductivă a actului a unei motivări oficiale cu precizarea temeiurilor eventualei depășiri a termenului de 7 zile, ca o condiție prealabilă a publicării actului juridic respectiv.

* **Emil BĂLAN**, profesor la Facultatea de Administrație Publică și prorector al Școlii Naționale de Studii Politice și Administrative, București; emil_balan2005@yahoo.fr.

** **Gabriela VARIA**, asistent la Facultatea de Administrație Publică, Școala Națională de Studii Politice și Administrative, București; gabrielavaria@snsps.ro.

¹ Decizia Curții Constituționale nr. 415 din 14 aprilie 2010 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor Capitolului I ”Dispoziții generale”(art.1-9), ale art.11 lit.e), f) și g), ale art.12 alin.(2), ale art.13, ale art.14 lit.c), d), e) și f), ale art.17, ale art.38 alin.(2) lit.f), g) și h), ale art.42 alin.(2), (3) și (4), ale Capitolului VI - „Verificarea averilor, a conflictelor de interese și a incompatibilităților” (art.45-50) și ale art.57 din Legea nr.144/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale de Integritate.

² The research team is composed of Professor Emil BĂLAN, Assistants Gabriela VARIA, Cristi IFTENE, Dragoș TROANȚĂ, Marius VĂCĂRELU.

³ Bunescu, A.D.; Eremia, A.; Sălăgeanu, A. - *Monitorul Oficial: 100 de ani: 1832-1932*, București: Atelierele Imprimeriei Naționale, 1932, p. 6.

⁴ Republicată în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 470 din 9 iulie 2009.

⁵ Adresa nr. 56a/136E/ 04.05.2010.

⁶ Delay in judicial proceedings: a preliminary inquiry into the relation between the demands of the reasonable time requirements of article 6, 1 ECHR (Marco Fabri and Philip Langebroek) CEPEJ (2003) 24.

⁷ În anul 1928 (...) se obține ca publicațiile să apară în cel mult trei zile de la primirea lor; în Bunescu, A.D.; Eremia, A.; Sălăgeanu, A. – *op. cit.*, p. 22.

⁸ <http://circa.europa.eu/irc/opoce/ojf/info/data/prod/html/index.htm>; **Franța** – Articolul 2 al Ordonanței no. 2004-164 din 20 februarie 2004 referitoare la modalitățile și efectele publicării legilor și anumitor acte normative prevede că în Jurnalul oficial al Republicii franceze se publică legile, ordonanțele însoțite de un raport de prezentare, decretele, și, în cazul în care un decret sau o lege le prevede, celelalte acte administrative. Publicarea acestor categorii de acte, prevede articolul următor, este asigurată, în aceeași zi, în condiții de natură de a le garanta autenticitatea, pe hârtie și în formă electronică; **Bulgaria** – este prevăzut un termen minim de o oră și jumătate între primirea draftului și publicarea textului; **Cehia** – conform articolului 10(2) din Act No 309/1999, legislația trebuie publicată imediat. Timpul necesar publicării depinde, în orice caz, de volumul legislației și de capacitatea imprimeriei. Perioada poate varia de la o zi la 30 de zile, termen limită obligatoriu pentru publicare. Din punct de vedere tehnic, perioada minimă de publicare este de aproximativ 24 de ore; **Austria** – Termenul de publicare de la data la care legea a fost certificată de Președintele federal și semnată de Cancelarul federal este de aproximativ două zile, depinzând de întinderea și de scopul legii; **Irlanda** - perioada dintre primirea draftului și disponibilitatea textului publicat este de două zile.

Cu durere în suflet, anunțăm cititorilor noștri dispariția pe data de 21 august a profesorului Tudor DRĂGANU, în cel de-al nouăzeci și optulea an de viață. *Studia - Iurisprudentia* l-a numărat ca autor încă de la înființarea publicației în 1955 și a avut privilegiul de a-l avea aproape și în calitate de referent în ultimii unsprezece ani.

Fie-i țărâna ușoară !