

XXVII^e Congrès International du Notariat Lima (Pérou) du 10 au 12 octobre 2013

Thème I : Réflexions du Notariat sur le droit de la famille et des successions face aux nouvelles relations sociales

Rapport national Allemagne Sigrun Erber-Faller, notaire à Memmingen

Sommaire

A. Introduction	2
I. Aperçu historique	2
1. L'évolution du droit de la famille	2
2. L'évolution du droit des successions	4
II. La pertinence du sujet pour le notariat en Allemagne	7
III. L'évolution du droit dans les dernières années	8
1. Changements intervenant suite à la réforme du droit des obligations alimentaires	8
2. Changements apportés au régime de la péréquation des pensions	9
3. Réforme du régime légal de la filiation et du statut juridique de l'enfant	10
4. La loi portant réforme du droit des successions	10
5. Réforme de la procédure en matière de juridiction gracieuse, introduction de la FamFG	10
B. Description de la situation juridique actuelle	11
I ^{ère} partie : Description du système juridique	11
1. Mariage, partenariat enregistré	11
2. Filiation, adoption	13
3. Divorce/annulation du partenariat enregistré	17
4. Dévolution successorale (le droit des héritiers, du conjoint/partenaire survivant, des enfants)	19
II ^e partie : Présentation des principaux sujets abordés	23
1. Développement de la relation entre conjoints/partenaires enregistrés et des relations familiales	23
2. Transfert de biens	31
3. Instruments de règlementation	33
C. Conséquences de la situation actuelle	38
I ^{ère} partie : Attentes et perspectives politiques en Allemagne	38
1. au niveau des autorités publiques	38
2. au niveau de la profession de notaire	39
3. au niveau des personnes concernées par les transactions juridiques	39
II ^e partie : Conséquences sur la sociologie du pays au vu des évolutions observées	39
D. Conclusions/propositions	44
I. Priorité pour les familles/communautés de vie avec enfants indépendamment du mariage	44
II. Adapter le régime légal de la filiation à la réalité biologique et sociale	44
III. Meilleure protection du conjoint/partenaire survivant à l'égard des enfants et leurs droits sur la succession et la réserve héréditaire	45
IV. Améliorer la situation de la classe d'impôts II en matière d'imposition des successions et des donations	45
E. Synthèse	46
I. Les caractéristiques les plus marquantes du système présenté	46
II. Les aspects essentiels du rapport	47

A. Introduction

I. Aperçu historique

Le droit de la famille et le droit des successions sont codifiés dans les quatrièmes et cinquièmes livres du Code civil allemand [*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)]. Le Code civil allemand est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Depuis lors, le droit de la famille a évolué dans de nombreux domaines tandis que le droit des successions est resté largement inchangé.

1. L'évolution du droit de la famille

a) La notion de « famille »

La notion de famille est utilisée à différents endroits en droit allemand, sans pourtant faire l'objet d'une définition légale. Elle peut donc exprimer un contenu différent en fonction du libellé et de l'objectif de la norme juridique correspondante. Le § 1360 BGB par exemple qui règle l'obligation d'entretien à l'égard de la famille se fonde sur l'image moderne de la famille nucléaire (famille au sens strict)¹ qui est composée des époux et de leurs enfants communs, biologiques ou adoptés. Suite à la transformation de la famille nombreuse historique, les obligations d'entretien de parents plus éloignés se sont assouplies en conséquence. À titre d'exemple et conformément au § 94, al. 1^{er}, phrase 3 SGB XII (Code de la sécurité sociale), les organismes d'aide sociale ne peuvent plus invoquer des obligations d'entretien à l'encontre des parents de deuxième degré (p.ex. les grands-parents) ou des parents plus éloignés.

L'art. 6, al. 1^{er} de la Loi fondamentale place par contre la famille sous la protection particulière de la Constitution et accorde ainsi une portée beaucoup plus ample à ce concept juridique qui couvre alors toute « communauté entre parents et enfants vécue et soumise aux dispositions relatives à la responsabilité parentale »², à savoir non seulement la famille nucléaire classique composée des parents mariés ou non-mariés et leurs enfants biologiques ou adoptés, mais aussi les communautés de configuration différente composées d'un seul parent et son enfant, y compris les mères et pères célibataires et les époux divorcés ou veuves avec leur/s enfant/s. Conformément au § 11, al. 1^{er} de la loi allemande relative au partenariat enregistré, le partenaire homosexuel est également considéré comme un membre de la famille. Les droits successoraux des « membres de la famille » visés au § 1969, al. 1^{er} BGB incluent, outre l'époux, les parents et alliés de tout degré ainsi que d'autres personnes telles que les enfants recueillis ou des amis proches qui appartenaient au foyer du de cujus, et également le partenaire dans le cadre d'une communauté de vie (famille au sens large)³.

¹ Dieter Schwab, Familienrecht, 20^e éd. Munich 2012, pt. 4, 5.

² Karlheinz Muscheler, Familienrecht, 2^e éd. Munich 2012, pt. 43.

³ Schwab pt. 4.

b) Contexte historique

L'évolution historique de la famille depuis les débuts de l'industrialisation jusqu'à l'établissement de la famille moderne n'impliqua pas seulement un changement du rôle de la famille, mais aussi une judiciarisation des rapports interfamiliaux. La famille historique était en premier lieu une communauté de consommation et de production, de formation et d'éducation ainsi qu'une communauté de soutien en cas de détresse et de vieillesse, mais elle était aussi une communauté publique au sein de la société basée sur les communautés de métiers des différents ordres et qui impliquait pour chaque membre de la famille des contraintes marquées par la religion et des modèles de rôle social. En raison de la position patriarcale du chef de famille, les membres de la famille pouvaient à peine invoquer des droits et obligations l'un contre l'autre devant un tribunal. D'un point de vue juridique, la famille était considérée comme une unité pour laquelle il fallait à la limite régler les seules affaires patrimoniales externes.⁴

Étant donné que dans le monde actuel, le travail s'exerce en général en dehors de petites entreprises agricoles et artisanales familiales, la communauté domestique se traduit aujourd'hui avant tout par un ménage de consommation.⁵ Elle est caractérisée par la dissociation géographique et organisationnelle de la vie active et la vie de famille, dissociation qui est une des causes de la difficulté de concilier la vie active et la vie de famille. De nos jours, les établissements d'éducation prennent en charge l'éducation et la formation des enfants, les systèmes sociaux de l'État organisent la prévoyance en cas de vieillesse, de maladie et de situations de détresse, la fonction régulatrice de la religion et de la morale est, quant à elle, remplie par le droit et la jurisprudence. Les structures patriarcales ont été supplantées par une législation visant à garantir les droits de la femme et de l'enfant. Parallèlement à l'importance économique décroissante de la famille en tant que communauté de production, le droit a évolué de manière à placer en son centre le renforcement de la liberté des membres de la famille et de leurs droits individuels. L'évolution de la société a mené du patriarcat à l'émancipation de la femme et au « parentarcat » (autorité des parents), puis à la famille moderne sans hiérarchies⁶ et dans laquelle les droits individuels de tous les membres de la famille sont placés sur un pied d'égalité.

c) Étapes importantes de l'évolution du droit

Les réformes suivantes du droit de la famille caractérisent la situation juridique actuelle⁷:

- La loi relative à l'égalité des femmes et des hommes du 18 juin 1957 établissant la participation aux acquêts comme régime matrimonial légal (au moment de l'introduction du Code civil

⁴ Muscheler pt. 70.

⁵ Schwab pt. 5.

⁶ Muscheler pt. 71 ss.

⁷ Aperçu dans Schwab pt. 9.

allemand, le régime matrimonial légal applicable était celui de l'usufruit et de l'administration par l'homme)

- La première loi réformant le droit matrimonial et le droit de la famille du 14 juin 1976 qui consolide l'égalité des sexes : introduction d'un nouveau droit du divorce sur la base du principe de l'échec du mariage au lieu du principe du divorce pour faute ; introduction de la péréquation des pensions et la constitution de tribunaux aux affaires familiales
- La loi du 18 juillet 1979 portant nouvelle réglementation du droit de l'autorité parentale : nouvelle interprétation de l'autorité parentale, avec renforcement des droits de l'enfant
- La loi du 12 septembre 1990 réformant le droit de la tutelle et de la curatelle pour des majeurs supprimant l'interdiction et introduisant l'institution juridique de l'assistance dans le cadre de laquelle l'assisté garde en principe sa capacité juridique
- La loi du 16 décembre 1997 réformant le droit de la filiation et du statut juridique de l'enfant et introduisant un régime uniforme pour les enfants légitimes et illégitimes en exécution de la règle constitutionnelle visée à l'art. 6, al. 5 de la Loi fondamentale jusque-là non réalisée
- La loi du 6 avril 1998 portant uniformisation du droit sur les pensions alimentaires des enfants mineurs comportant des dispositions qui facilitent le recouvrement de pensions alimentaires
- La loi du 4 mai 1998 portant refonte du droit du mariage et abrogeant la loi de 1938
- La loi du 22 février 2001 mettant fin à la discrimination des communautés de vie homosexuelles et introduisant une institution juridique semblable au mariage pour les personnes de même sexe
- La loi du 23 avril 2004 modifiant les dispositions relatives à la contestation de la paternité et au droit de visite des personnes de référence de l'enfant
- La loi du 15 décembre 2004 réformant le droit relatif aux partenariats enregistrés
- La loi du 21 décembre 2007 modifiant le droit sur les obligations alimentaires et par laquelle le principe de la responsabilité individuelle après le divorce a été renforcé en l'établissant comme cas général et le principe de l'entretien après le divorce devenant l'exception
- La loi du 26 mars 2008 relative à la constatation de la paternité indépendamment de la procédure de contestation
- La loi du 4 juillet 2008 visant à faciliter la prise de mesures par les tribunaux aux affaires familiales en cas de mise en péril de l'intérêt supérieur de l'enfant
- La loi du 17 décembre 2008 réformant la procédure en matière familiale et en matière de juridiction gracieuse et révisant les procédures de la juridiction gracieuse

- La loi du 3 avril 2009 portant réforme structurelle de la péréquation des pensions ce qui a permis d'élargir la liberté contractuelle des conjoints en ce qui concerne la péréquation des pensions
- La loi du 6 juillet 2009 modifiant le droit de la participation aux acquêts et de la tutelle apportant notamment quelques corrections en matière de participation aux acquêts.

2. L'évolution du droit des successions

a) Principes fondamentaux du droit des successions

D'un point de vue historique, le droit des successions du Code civil allemand repose sur des principes issus tant du droit romain que du droit allemand :⁸

- Les principes de la succession universelle, de la liberté de tester et des droits successoraux des parents proviennent du droit romain tout comme les institutions juridiques du legs, de la charge ainsi que le principe de la responsabilité limitée des héritiers.
- Le testament conjoint et le pacte successoral en tant que formes communes de transmission de patrimoine à cause de mort se sont développés en droit allemand médiéval.

Ces principes se mêlent en droit allemand :

A la différence du droit romain, la succession légale n'est pas complètement supplantée par une disposition à cause de mort, mais s'applique à titre subsidiaire dans la mesure où le testament ne comporte pas de réglementation valable ou expresse et que l'interprétation du testament ne permet pas d'appeler à la succession. Des exceptions du principe de la succession universelle comme le legs particulier (*Vindikationslegat*) et la répartition des biens ordonnée par le de cujus et produisant des effets de droits réels (*dingliche Teilungsanordnung*) n'ont pas été reprises dans l'ordre juridique allemand.

Du droit germanique provient l'idée de la succession des membres de la famille du même sang, en règle générale des enfants. Cela ne se passait pas dans le cadre d'une succession universelle, mais par le biais du partage de la succession en plusieurs masses successorales qui font toutes l'objet d'une succession à titre particulier. Dans le cadre de cette dévolution, les parents masculins héritaient des armes et des chevaux, les parents féminins des vêtements et des bijoux, les testaments n'étant pas connus à cette époque.

⁸ Knut Werner Lange, Erbrecht, Munich 2011, § 1 pt. 1 s.

b) Évolution historique

Au Moyen Âge, la succession testamentaire s'est développée en droit germanique également, mais d'abord uniquement en faveur de l'église. Pour empêcher le partage matériel des fermes, la succession par ordre de primogéniture a vu le jour ; elle s'applique encore aujourd'hui à titre de droit fédéral partiel dans certains Länder dans le cadre des dispositions légales portant sur la succession des biens ruraux (*Höfeordnung*). Au 16^e siècle, des dispositions fidéicommissaires ont été établies afin d'assurer la pérennité du patrimoine important dans les mains de la noblesse et de commerçants aisés.

A partir des Lumières et de la Révolution française, l'idée de la liberté et l'égalité individuelles est devenue de plus en plus importante également en droit des successions. Comparé aux grandes codifications du droit civil telles que le Code rural général de la Prusse de 1794, le Code civil français de 1804 et le Code civil autrichien de 1811, le Code civil allemand, qui fut promulgué 100 ans plus tard et unifia les droits des successions fortement divergents existant sur le sol allemand, a mis l'accent sur la volonté du défunt et la réalisation de celle-ci avant tout autre principe du droit des successions. Des restrictions de la volonté du défunt ont été introduites mais uniquement sous forme de dispositions sur la protection des créanciers et sous forme de la réserve héréditaire au titre d'une créance en argent relevant du droit des obligations. Ainsi, le législateur a pris clairement position contre un droit réservataire direct de parents proches s'appliquant à une partie précise de la succession.

Lors de la Seconde Guerre Mondiale, de nombreux patrimoines ont été complètement anéantis en Allemagne. Cependant, pendant les décennies de l'après-guerre, des groupes de la population qui étaient auparavant exclus de la prospérité se sont constitués un patrimoine d'une ampleur sans précédent. Pour cette raison, il s'est avéré nécessaire, parallèlement à l'évolution du concept de l'égalité des sexes en droit de la famille et à l'amélioration des possibilités d'éducation des enfants, de préserver, en matière successorale, les intérêts du conjoint survivant de la « génération de l'après-guerre », et de renforcer ses droits par rapport aux enfants et aux autres parents.⁹ Par les dispositions dans les §§ 1371, 1931, al. 3, 2303, al. 2, 2^e phrase du Code civil allemand, le législateur s'est borné à mettre en pratique cet objectif par la (seule) augmentation de la part successorale du conjoint vivant sous le régime matrimonial de la participation aux acquêts par rapport aux autres parents (cohéritiers), sans toutefois accorder au conjoint survivant, au sein de la communauté des héritiers, des droits particuliers permettant de protéger le patrimoine constitué conjointement avant le partage ou l'application des réserves héréditaires.

⁹ Cf. Siegfried Willutzki, *Generationensolidarität versus Partnersolidarität - quo vadis, Erbrecht?* dans Lettke (éd.), *Erben und Vererben*, Konstanz 2003 relatif au « conflit entre la solidarité des partenaires et celle des générations » et à l'évolution du droit des successions des conjoints en droit allemand.

D'autres jalons importants ont été posés avec la loi du 19 août 1969 visant à abolir les inégalités entre enfants légitimes et enfants nés hors mariage (*Nichtehelichengesetz*). Cette loi a mis un terme à la fiction selon laquelle aucun lien de parenté n'existe entre l'enfant né hors mariage et son père. Si l'enfant né hors mariage n'était pas traité au même titre que les descendants issus du mariage, il pouvait néanmoins recevoir une créance compensatrice, un droit à paiement en application du droit allemand des obligations. Ce n'est qu'à partir de la loi du 16 décembre 1997 relative à l'égalité en matière de droit des successions (*Erbrechtsgleichstellungsgesetz*) que l'égalité successorale de tous les descendants a été instituée. La loi du 12 septembre 1990 portant réforme du droit de la tutelle et de la curatelle des majeurs a eu des répercussions sur le droit des successions dans la mesure où l'injonction d'une assistance ne présuppose plus automatiquement l'incapacité de tester ; cette question doit désormais être clarifiée au cas par cas.

Faisant partie de la liberté générale d'agir visée à l'art. 2 de la Loi fondamentale, la liberté de tester a la même valeur constitutionnelle que le droit successoral en vertu de l'art. 14 de la Loi fondamentale, étant rappelé que la garantie du droit successoral inclut les deux parties – et le défunt qui doit pouvoir léguer ses biens terrestres aux héritiers de son choix, et l'héritier qui doit pouvoir entrer en possession des biens de la succession ou, à titre de parent proche, recevoir une partie minimale de la succession sous forme de réserve héréditaire.¹⁰ Cependant, le droit des successions est, tout comme la propriété, placé sous la réserve du lien social, l'État pouvant très bien intervenir de manière substantielle dans les droits individuels, par exemple par des règles relatives à l'imposition des successions¹¹. Ces règles sont discutées de manière récurrente par la politique et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle s'agissant d'une source de revenus de l'État. De même, la question des conflits entre la liberté de tester et les droits de réserve de parents proches sur la succession ne cesse de donner lieu à des propositions de réforme et des décisions judiciaires.¹² L'allongement de l'espérance de vie des parents et les charges financières et de soins y liées constituent un point conflictuel venant contrarier les attentes des descendants en termes d'héritage et de réserve héréditaire après le décès du premier parent et rendant souvent obsolètes leurs droits qui passent après ceux du parent survivant.

II. La pertinence du sujet pour le notariat en Allemagne

Tant le droit de la famille que le droit des successions constituent un défi pour le notariat en Allemagne lequel est en concurrence avec d'autres autorités publiques, des juristes et des conseillers fiscaux et économiques.

¹⁰ Cf. Lange § 83, pt. 1 s. relatif à l'importance du droit relatif à la réserve héréditaire ; la constitutionnalité a été confirmée récemment par la Cour constitutionnelle allemande, cf. BVerfGE 112, 332.

¹¹ Lange § 2, pt. 16 s.

¹² Lange § 83 pt. 3 s. BVerfGE 112, 332.

Plus l'individualisation de la société avançait, plus le besoin de conseil et d'élaboration de contrats individualisés prenait de l'importance. Si au début de l'industrialisation, seule une partie minime de la population, la plus prospère, avait besoin de soutien pour les contrats de mariage et d'autres questions relevant du droit de la famille tels que l'organisation et la liquidation de la succession¹³, la situation est toute autre aujourd'hui. Ce fait est démontré d'une part par la place que le droit de la famille et le droit des successions représentent dans la charge de travail d'un office notarial moyen¹⁴ et, d'autre part, par le nombre croissant d'avocats spécialisés en droit des successions et en droit de la famille qui n'interviennent pas seulement dans des affaires litigieuses, mais offrent également des services de conseil juridique proactif qui permettent de façonner les rapports juridiques dans l'intérêt du client.¹⁵

Le notaire en tant qu'officier public nommé par l'État n'a la compétence exclusive que pour les actes juridiques qui, pour être valables, nécessitent une authentification notariale, notamment les contrats de mariage et les pactes successoraux. Par ailleurs, le nombre d'actes juridiques nécessitant une authentification notariale est élevé en droit de la famille et en droit des successions, mais d'autres autorités publiques peuvent disposer de compétences concurrentes (par exemple les services d'aide sociale à l'enfance sont compétents pour constater la paternité ou établir des titres constatant une créance alimentaire de l'enfant, et les tribunaux successoraux traitent des renoncements à la succession et des demandes de certificats d'hérédité). Parfois, des clients aisés ne prennent pas directement contact avec le notaire, mais passent par des avocats ou conseillers fiscaux avec lesquels ils entretiennent un mandat permanent. Le nombre élevé de personnes qui s'adressent directement au notaire pour se faire conseiller sans être lié par de tels mandats démontre cependant que la fonction du notaire bénéficie d'un capital de confiance très élevé au sein de la population.

Dans ce contexte, le défi pour le notaire consiste à assurer – indépendamment de la profession, de l'origine, du niveau éducatif et de la situation économique des clients – une prestation juridique de haute qualité à toutes les parties pour qu'elles puissent exercer le mieux possible leurs droits individuels.

¹³ Traitée dans la littérature, par exemple par Honoré de Balzac - Bundesnotarkammer (éd.) : Der Notar 21. Deutscher Notartag, Berlin 1981 ; Umberto Eco, Le Cimetière de Prague, Milan 2010 (en allemand : Munich 2011).

¹⁴ En 2010, la Bundesnotarkammer a identifié la structure des frais des notariats allemands dans le cadre d'une enquête. Selon cette enquête, les actes en matière de droit de la famille représentent 4,1 % et ceux en matière de droit des successions 9,4 %, ceux liés à des mandats de protection future 6,0 % et les transferts de patrimoine souvent accompagnés par des conventions liées au droit de la famille ou au droit des successions 8,9 % du chiffre d'affaires total. En total, les actes en matière de droit de la famille et de droit des successions représentent donc en moyenne 28,4 % du chiffre d'affaires d'un notariat allemand. Des pourcentages se référant au nombre d'actes n'ont pas été calculés.

¹⁵ Selon une statistique publiée par le barreau allemand, le 1^{er} janvier 2011, 8373 avocats spécialisés en droit de la famille et 1205 avocats spécialisés en droit des successions étaient inscrits au barreau. Ensemble, ils représentent la plus grande partie de tous les avocats spécialisés ; http://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/fa2011.pdf

Dans les années à venir, l'importance tant du droit de la famille que du droit des successions augmentera encore sensiblement étant donné que la « génération de l'après-guerre » lèguera son patrimoine acquis au cours des dernières décennies ou que « la génération des héritiers » reprenant ce patrimoine entre vifs ou à cause de mort aura désormais un besoin de réglementation. Cependant, face aux systèmes sociaux épuisés et au développement démographique marqué par l'augmentation de l'espérance de vie et la diminution de la natalité¹⁶, il se pose d'ores et déjà la question de savoir si une transmission de patrimoine sur plus d'une seule génération pourra encore être possible. Il y a, par ailleurs, un nombre croissant de cas où l'on constate que la génération d'héritiers a même un plus grand besoin de trouver des solutions personnalisées, par exemple dans le cas des familles atypiques et des familles recomposées ou « patchwork »,¹⁷ dans le cas d'héritiers qui se retrouvent dans des situations de vie particulières et dans un contexte transfrontalier. Outre les domaines classiques, le champ d'activité principal de tout notaire comprend aujourd'hui des testaments de personnes handicapées, endettées ou divorcées, des contrats en matière matrimoniale et successorale, qui prennent en considération des droits étrangers, ainsi que des mesures de transfert de patrimoine entre vifs, y comprises diverses mesures visant à adapter ou diminuer la réserve héréditaire.

Face à la diversité des couches de société s'adressant au notaire avec des objectifs sociaux et économiques tout à fait distincts, la littérature notariale a élaboré, sur la base de la liberté contractuelle étendue en matière de droit de la famille et des successions prévue par le Code civil allemand, des solutions pour toute une série de problèmes, et ne cesse de les compléter toujours davantage.

La formation juridique très complète des notaires en Allemagne (environ 4-5 années d'études universitaires, stage de fin d'études de 2 ans et minimum 3 ans de stage en tant que notaire-stagiaire) garantit que les services notariaux satisfont aux exigences de qualité les plus élevées. De nombreux collègues s'impliquent de manière active dans la science juridique et la politique tant au niveau national qu'au niveau européen. Ainsi, le notariat allemand n'influe pas seulement sur le travail quotidien en matière de droit de la famille et de droit des successions, mais exerce son influence de plus en plus fréquemment au niveau juridico-politique. Il met en garde contre des points faibles du droit ainsi que des structures de société qui sont en pleine mutation ; ceci dans un souci constant d'améliorer les lois par des réformes, d'optimiser les solutions juridiques et de compenser des préjudices par des contrats plus équitables. Il n'y a pas lieu de craindre que le besoin d'une participation du notariat au sein de l'espace politique ne diminue à l'avenir.

¹⁶ Reiner Braun, Hat die Erbengeneration ausgespart? Nach der Rentenillusion droht eine Erbschaftsillusion, dans Lettke (éd.), Erben und Vererben, Konstanz 2003.

¹⁷ Exposé de Christopher Keim, Testamentsgestaltung bei der Patchworkfamilie, dans Herbert Grziwotz (éd.) Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen - demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg 2012.

III. L'évolution du droit dans les dernières années

Les modifications principales du droit apportées ces dernières années se situent dans le domaine du droit relatif aux conséquences du divorce et aux procédures, du droit de la filiation et du statut juridique de l'enfant et, dans une moindre mesure, du droit des successions.

1. Changements intervenant suite à la réforme du droit des obligations alimentaires

Dans le cadre de la réforme du droit des obligations alimentaires de 2007¹⁸, le principe de la responsabilité individuelle après le mariage a été affirmé avec, comme corollaire, l'obligation de s'autofinancer. Dès lors, le paiement d'aliments sera, plus qu'auparavant, ordonné comme cas exceptionnel s'appliquant uniquement lorsque certaines circonstances particulières le justifient.

La première conséquence de cette réforme était que les mères élevant des enfants en bas âge, les personnes divorcées plus âgées ou malades devaient craindre de perdre leurs créances alimentaires devant le tribunal. Actuellement, la réforme semble se consolider. L'idée qui était à la base de cette réforme, à savoir, ne plus accorder après le divorce au conjoint plus faible d'un point de vue économique un soutien à vie, voire la garantie d'un statut (« épouse de médecin-chef un jour, épouse de médecin-chef pour toujours ») était tout de même justifiée. Par la suite, il a été reconnu par la jurisprudence qu'il convenait de trouver un équilibre, d'un côté, entre le souhait du conjoint économiquement plus fort de réorganiser sa vie après le divorce également sur le plan économique et, de l'autre, les désavantages que peut avoir subis l'autre conjoint à cause du mariage et qui se répercutent sur sa vie actuelle et ne lui permettent pas directement après le divorce de continuer sa vie d'avant la conclusion du mariage. Du point de vue notarial, un large champ d'intervention s'ouvre aux notaires pour régler la pension alimentaire après le mariage moyennant des accords conclus entre les conjoints lesquels se heurtent aux seules limites de l'atteinte aux bonnes mœurs et de la répartition unilatérale de la charge financière.

2. Changements apportés au régime de la péréquation des pensions

La réforme de la péréquation des pensions de 2009¹⁹ a en premier lieu réaffirmé le principe de la péréquation des pensions. Il s'agit de constituer en faveur du conjoint qui, lors du mariage, a renoncé à son activité professionnelle et partant, à l'acquisition de droits à la retraite, des droits à la retraite à partir de la retraite de l'autre conjoint pour empêcher que le premier ne touche, après le divorce, une pension alimentaire sa vie durant ou qu'il ne soit exposé au risque de la pauvreté lorsqu'il est plus âgé. Or, l'ancien système de conversion des différents régimes de retraite en « points de pension » imputés sur le régime légal affichait une lacune. En effet, le développement

¹⁸ Schwab pt. 371.

¹⁹ Schwab pt. 464 s.

divergeant des droits à pension des conjoints n'entraînait pas une répartition égale entre eux des droits acquis lors du mariage, mais des résultats qui variaient parfois considérablement. Dès lors, la réforme législative visait en premier lieu à éviter de telles failles grâce à un changement de système. L'ensemble des droits à pensions acquis pendant le mariage est désormais partagé à parts égales entre les conjoints de manière à assurer que la péréquation ne s'effectue pas seulement à partir du conjoint mieux doté vers le conjoint moins bien doté, mais chaque conjoint est à la fois donneur et bénéficiaire de chaque droit. Ceci permet également de répartir les risques liés à ces droits à parts égales entre les deux conjoints. Une autre clé de voûte de la réforme consistait à renforcer le droit des conjoints de régler la péréquation des pensions par le biais de contrats de mariage et de conventions relatives aux conséquences du mariage. Dans ces cas, un contrôle par l'autorité judiciaire n'a lieu qu'à titre exceptionnel, par exemple dans le cas d'une discrimination de l'un des conjoints, ce qui serait contraire aux bonnes mœurs.

3. Réforme du régime légal de la filiation et du statut juridique de l'enfant

L'acquis principal de la réforme du droit de la filiation et du statut juridique de l'enfant de 1997 consistait à transposer la disposition visée à l'art. 6, al. 5 de la Loi fondamentale et à abolir enfin les différences entre enfants légitimes et enfants nés hors mariage. Il s'agissait en outre de satisfaire aux exigences visées à l'art. 2 de la Loi fondamentale relatif aux droits de l'enfant et à ceux du père ou père présumé, à prendre connaissance de la filiation. En 2004 et 2008, s'en sont suivies d'autres modifications du droit de l'établissement de la paternité, de l'action en désaveu de paternité et de l'introduction d'une possibilité pour clarifier la filiation biologique indépendamment de l'action en désaveu.

4. La loi portant réforme du droit des successions

La loi du 24 septembre 2009 portant réforme du droit des successions ne comportait que des modifications ponctuelles du régime de la réserve héréditaire lequel est devenu plus transparent et plus simple grâce à la réforme. Il n'y a notamment plus le risque qu'une personne ayant droit à la réserve héréditaire ne renonce précipitamment à la succession sans connaître sa vraie valeur, et finisse par n'hériter de rien. En plus, et surtout, elle a maintenant la possibilité d'exiger la réserve héréditaire en lieu et place de la part successorale lui ayant été attribuée par l'héritier. La pratique est facilitée par la possibilité d'étendre la renonciation aux libéralités accordées par un testament conjonctif à effet contraignant ou un pacte successoral aux descendants du renonçant et celle de « fondre » le droit des ayants-droits au complément de la réserve héréditaire en cas de donation dans une période de 10 ans. Le législateur n'a pas encore pu se résoudre à abolir ou restreindre le régime de la réserve héréditaire, même si cette question a été discutée et pondérée à juste titre en amont de la réforme.²⁰

²⁰ Se reporter aux délibérations controversées au cours de la 64^e Journée des juristes allemands en 2002 à Berlin, <http://www.djt.de/fileadmin/downloads/64/beschluesse.pdf>

5. Réforme de la procédure en matière de juridiction gracieuse, introduction de la FamFG

Les rapports juridiques faisant l'objet du quatrième livre du Code civil allemand sont, de par leur nature, des affaires de droit civil litigieuses ou non litigieuses.

La spécificité des conflits en matière familiale a amené le législateur dès 1976 à constituer des tribunaux de la famille auprès des tribunaux d'instance. La Loi relative à la procédure en matière familiale et en matière de juridiction gracieuse (FamFG) entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2009 a complètement réformé la procédure en matière familiale. Les différentes matières du droit de la famille sont traitées au § 111 FamFG et n'englobent pas seulement la procédure de divorce, mais toutes les réglementations et conséquences liées à la séparation et au divorce. Suite à la réforme, le divorce n'est plus prononcé par jugement, mais par décision entre autres. En outre, les règles applicables aux procédures portant sur des questions relevant de la filiation, du statut de l'enfant, de l'adoption et celles applicables aux procédures successorales sont également régies par la FamFG. L'instance et les voies de recours pour transférer une affaire au Tribunal régional supérieur et à la Cour fédérale de la Justice ont fait, elles aussi, l'objet d'une nouvelle réglementation.

B. Description de la situation juridique actuelle

I^{er} partie : Description du système juridique

1. Mariage, partenariat enregistré

Les dispositions des §§ 1303 s. du Code civil allemand ne comportent pas de définition légale de la notion de mariage. La structure du mariage est considérée comme marquée par des conditions historiques, ses racines se trouvant quant à elles dans le droit romain et le christianisme.

En droit allemand, le mariage désigne uniquement l'union entre (un) homme et (une) femme. Deux partenaires de même sexe ne peuvent conclure qu'un partenariat enregistré – se rapprochant du mariage sur le plan juridique – conformément à la loi relative aux partenariats enregistrés. Le mariage et le partenariat enregistré polygames sont punissables, la cohabitation en dehors du mariage et du partenariat enregistré ne l'est par contre pas. Tant le mariage que le partenariat enregistré reposent sur l'accord de volonté des partenaires, ils ont donc un caractère contractuel. En Allemagne, le principe du mariage civil obligatoire est applicable, lequel peut uniquement être conclu devant un officier d'état civil. Les partenariats enregistrés sont également conclus devant un officier d'état civil. Le législateur du Land peut cependant décider de charger d'autres autori-

tés de la conclusion du partenariat. Pour cette raison, en Bavière, les notaires sont, à côté des officiers d'état civil, également compétents pour constituer des partenariats enregistrés.

Par ailleurs, le mariage religieux est admis et courant. Il ne produit cependant aucun effet juridique. La réglementation précédente qui interdisait au clergé de célébrer un mariage religieux avant la conclusion du mariage civil a été annulée de sorte qu'un mariage religieux peut désormais être célébré en Allemagne sans que les personnes soient mariées devant la loi. Le mariage et le partenariat enregistré sont conclus à vie et ne peuvent dès lors pas être terminés valablement par les parties en dehors des procédures prévues par l'État, à savoir le divorce et la dissolution du partenariat enregistré.

Hormis le mariage et le partenariat enregistré, le droit allemand ne connaît pas d'autres formes légales d'union entre deux personnes. Notamment le mariage avec des effets moindres et le concubinage avec des effets juridiques semblables au mariage n'existent plus.²¹ Le droit de la famille ne prévoit aucune autre possibilité d'union juridique. Cela signifie que les nombreux rapports existant entre cohabitants en Allemagne ne sont pas soumis à des dispositions spécifiques du droit allemand. Ils sont ni particulièrement promus par l'État – ceci serait en effet contraire à la protection du mariage prescrite par la Constitution – ni expressément discriminés. En matière de droit relatif à l'aide sociale, ces rapports sont à la limite pris en compte à titre de communauté de besoins pour justifier la diminution de prestations de l'État. De telles communautés de fait ne créent cependant pas d'obligations légales entre les parties. Il n'y a notamment pas d'obligation réciproque de payer une pension alimentaire ni de droit ou réserve héréditaire et notamment pas d'obligation de conclure ou maintenir un mariage ou partenariat.

Les fiançailles visées aux §§ 1297 s. du Code civil allemand à titre de promesse de mariage ont perdu toute pertinence dans la pratique juridique. Elles ne donnent pas droit à des arrêts en conclusion du mariage et encore moins à l'exécution d'une telle décision. Les fiançailles ont de nos jours à la limite une fonction sociale (et de procédure pénale). Les fiancés qui dissolvent leurs fiançailles ne sont en règle générale plus conscients du fait qu'ils annulent un rapport de droit et ne s'attendent pas non plus à l'exécution des droits pourtant légalement toujours existants. Étant donné que les enfants dont les parents sont mariés et ceux dont les parents ne sont pas mariés ont désormais un statut juridique égal, une autre contrainte sociale et morale du passé – à savoir contracter mariage – est devenue caduque.

En résumé, l'on peut constater que, du point de vue de la population, le mariage et le partenariat enregistré coexistent de nos jours en tant que formes de cohabitation réglementées par la loi avec des formes de cohabitation non réglementées. Les intéressés ne mesurent souvent la différence

²¹ Au Moyen Âge, il était possible de conclure un mariage appelé « Kebsehe » qui permettait d'avoir une deuxième épouse.

qu'au moment de la séparation ou du décès d'un partenaire et lorsque les effets juridiques prévus par l'État pour les seules formes de cohabitation qu'il a soumises à une réglementation ne se produisent pas.

Dans la pratique notariale, les contrats de mariage ou de partenariat sont tout aussi courants que les conventions de divorce ou de séparation. Dans le cadre de ces contrats, les partenaires règlent tant les effets généraux que les effets économiques du mariage/partenariat tout comme leur vie commune, les contributions matérielles qu'ils doivent apporter à celle-ci, les rapports de propriété et de patrimoine ainsi que les effets économiques de la séparation et du mariage. Le législateur permet par ailleurs des réglementations qui peuvent diverger considérablement des dispositions légales. Cependant, malgré des initiatives politiques en ce sens, le législateur s'est montré réticent pour donner compétence au notaire pour prononcer le divorce ou l'annulation du mariage/partenariat (avec l'accord des parties) en lieu et place du tribunal de la famille.

Par comparaison, la conclusion de conventions entre partenaires non-mariés sur leur vie commune et une séparation éventuelle est plus rare.²² Les rapports juridiques de ces ménages communs sont soumis aux dispositions légales applicables à tous. Notamment les contrats relevant du droit des obligations leur permettent donc de s'organiser. Dans la pratique notariale, les conventions souhaitées correspondent souvent aux contrats de mariage et reprennent les effets légaux du divorce en cas de séparation. Les conjoints, seuls, jouissaient jusqu'à présent d'avantages fiscaux pour ce qui concerne l'imposition de leur revenu, des successions et donations. Les partenaires enregistrés avaient les mêmes droits pour ce qui concerne l'imposition des successions et donations, mais pas en matière d'impôt sur le revenu (avantage dit de « splitting ») ce qui faisait l'objet de controverses politiques et devait être résolu par le législateur suite à la clarification de la Cour constitutionnelle. La loi correspondante a été adoptée par le Bundestag le 26 juin 2013 et sera soumise à l'approbation du Bundesrat qui peut être considérée comme certaine.

2. Filiation, adoption

La filiation d'un enfant est en principe rattachée au rapport génétique avec les parents biologiques. Le rapport de parenté peut cependant aussi être fondé sur l'adoption.

a) La maternité

La maternité est définie par le § 1591 du Code civil allemand. Le fait que cette question soit devenue litigieuse en raison des techniques de reproduction modernes a amené le législateur à prévoir une réglementation correspondante dans le cadre de la loi de 1997 portant réforme du régime légal de la filiation et du statut juridique de l'enfant. Depuis lors, seule est considérée légalement

²² De telles conventions sont hautement recommandées, cf. l'exposé de Martin Löhnig, Vermögensauseinandersetzung bei faktischen Lebensgemeinschaften, dans Herbert Grziwotz (éd.) Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen - demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg 2012.

comme mère la femme qui a donné naissance à l'enfant. Cela vaut aussi dans la mesure où elle n'est pas la mère génétique dès lors qu'elle a eu recours à un don d'ovule ou un don d'embryon par exemple. Il n'est pas prévu d'autre procédure de constatation de la maternité.

Les conventions relatives à la maternité conclues entre la donatrice d'ovule et la parturiente (« gestation pour autrui ») sont nulles et non avenues ; des méthodes de reproduction correspondantes assistées médicalement ne sont pas admises en Allemagne. Dans la mesure où des ressortissants allemands ou des personnes qui ont leur résidence permanente en Allemagne ont eu recours à un soutien médical de ce type à l'étranger, des actes de naissance délivrés à l'étranger qui attestent la maternité non pas de la parturiente, mais de la mère génétique ne sont pas reconnus en Allemagne. Dans ce cas, un lien de filiation peut uniquement être établi par voie de procédure d'adoption. Ce fait est controversé, mais aucune modification n'est envisagée.²³

b) La paternité

La réglementation juridique de la paternité visée aux §§ 1592 à 1600 b du Code civil allemand est nettement plus complexe :

Dans le cas de parents qui sont mariés au moment de la naissance, le mari est considéré comme étant le père.

Dans le cas d'un enfant né hors mariage, l'homme

- qui a reconnu la paternité ou
- dont la paternité a été constatée par un tribunal

est considéré comme étant le père de l'enfant.

Dans les cas précités, la question de la cohabitation réelle des parents au moment de la naissance est sans pertinence.

La reconnaissance de la paternité présuppose le consentement de la mère lequel ne peut être imposé. Si la mère refuse de donner son consentement, le père qui souhaite faire reconnaître sa paternité a seulement la possibilité de demander la constatation de la paternité devant le tribunal.

Le consentement de l'enfant est requis lorsque l'autorité parentale ne revient pas à la mère dans le domaine de la filiation ou que l'enfant est déjà majeur. La déclaration de la reconnaissance est faite en personne et n'est pas soumise à des conditions ou à un délai. Cependant, en cas

²³ Les praticiens du droit sont d'ores et déjà confrontés à de tels cas ; cf. l'exposé de Nina Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, dans Herbert Grziwotz (éd.) Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen - demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg 2012.

d'incapacité juridique, le représentant légal peut intervenir si le tribunal de tutelle a donné son accord. Une personne dont la capacité juridique est limitée doit reconnaître la paternité en personne, mais le consentement de son représentant légal est nécessaire.

La reconnaissance peut être déclarée avant la naissance de l'enfant et n'est par ailleurs soumise à aucun délai. Reste controversé le point de savoir si la reconnaissance exigée le cas échéant par des médecins spécialisés en médecine reproductive peut produire des effets juridiques avant la conception de l'enfant. Dans la pratique, le notaire résout le problème en faisant référence à l'obligation de réitérer la reconnaissance après la naissance de l'enfant dans les formes requises.

Le mari ou père non-marié qui a reconnu sa paternité peut la contester ultérieurement, mais est considéré comme père jusqu'à preuve du contraire. Une fois la paternité légalement établie, il n'est pas possible que, par contestation ultérieure, deux hommes ou aucun parmi plusieurs hommes potentiels soient considérés comme père.

Le fait que les parents ne soient pas mariés au moment de la naissance et se marient ultérieurement n'a aucune incidence sur le statut de l'enfant. La « légitimation » par un mariage ultérieur prévue jadis a été annulée par la loi de 1997 portant réforme du régime légal de la filiation et du statut juridique de l'enfant qui ne distingue plus enfants légitimes et enfants illégitimes. Le mariage a des répercussions uniquement sur le droit de garde dans la mesure où la reconnaissance de la paternité n'est pas allée de pair avec l'accord du père d'assumer la garde de l'enfant conjointement. Si la mère exerçait seule la garde dans un premier temps, le mariage des parents établit automatiquement l'autorité parentale conjointe. Tout enfant né après qu'une décision sur le divorce ou l'annulation d'un mariage est passée en force de chose jugée n'est pas automatiquement attribué à l'ancien mari. Comme généralement dans le cas d'enfants nés hors du mariage, l'établissement de la paternité est effectué indépendamment du fait que les parents vivaient ensemble ou séparément à ce moment-là.

Lorsqu'un enfant est né après le décès du mari, il lui est attribué. Si la mère se remarie et l'enfant est né lors du nouveau mariage, la loi considère le nouveau mari comme père, même si c'est improbable d'un point de vue biologique. Dans ce cas, le nouveau mari peut contester la paternité.

La paternité peut être contestée non seulement par l'homme à qui l'enfant est attribué, mais aussi par la mère, par l'enfant ainsi que, dans une certaine mesure, par le père biologique présumé de l'enfant ou même certaines autorités publiques. D'autres personnes telles que par exemple les parents de l'homme ne peuvent pas contester la paternité. Le droit de recours des autorités a été introduit suite à des cas d'abus de la reconnaissance de la paternité. Dans ces cas, des hommes ont reconnu une paternité non-existante sur le plan génétique pour le seul motif de permettre à l'enfant ou à la mère d'obtenir un permis de séjour en Allemagne ou à l'enfant d'obtenir la nationalité allemande. L'autorité compétente est régie par le droit du Land respectif.

Lorsque les parents sont en procédure de divorce et que l'enfant est né avant que la décision sur le divorce soit passée sous force de chose jugée, un autre homme peut, si le futur ex-mari donne son accord, reconnaître la paternité avant la naissance de l'enfant, pour autant que les conditions légales soient réunies.

Dans le cas du recours aux technologies de reproduction modernes, les dispositions relatives à l'établissement de la paternité citées ci-dessus s'appliquent en premier lieu. Si le sperme utilisé pour l'insémination artificielle ne provient ni du mari ni de l'auteur de la reconnaissance, la recherche de la paternité peut être poursuivie avec l'objectif d'établir le donneur de sperme comme père génétique. Certes, il est exclu par la loi qu'une femme et un homme qui donnent leur consentement à une insémination artificielle au moyen d'un don de sperme contestent la paternité. Cela n'affecte cependant en rien le droit de recours de l'enfant. Le droit de recours du donneur de sperme n'est pas prévu par la loi. A l'inverse, l'anonymat de ce dernier n'est pas protégé en droit allemand. Sa paternité peut être constatée à tout moment – notamment à l'initiative de l'enfant²⁴. Il n'est pas possible de renoncer au nom de l'enfant aux droits alimentaires ou successoraux lui revenant. Le seul moyen d'y remédier sont des accords de prise en charge de la part de la mère et du père social, souvent sous la forme d'un contrat au bénéfice de tiers.

La question de la paternité se pose avec plus d'acuité pour les partenaires de même sexe. La partenaire enregistrée de la mère n'obtient pas le statut de parent et ne peut pas reconnaître sa parentalité, la partenaire de fait, bien entendu, non plus. L'adoption d'un enfant d'un autre lit est uniquement permise dans le cadre d'un partenariat enregistré. Des réserves contre cette situation juridique devraient non seulement prendre en considération les intérêts des parents, mais aussi la situation désavantageuse des enfants concernés dont la filiation, contrairement au cas des enfants de parents hétérosexuels, ne peut souvent pas être établie juridiquement à l'égard des deux parents malgré leur ancrage social dans leur famille. La Cour constitutionnelle a déduit du droit au libre épanouissement de la personnalité (art. 2, al. 1^{er} de la Loi fondamentale) et du respect de la dignité de l'homme (art. 1, al. 1^{er} de la Loi fondamentale) le droit à la connaissance de la filiation.²⁵ La Cour constitutionnelle a d'abord reconnu ce droit comme un droit personnel de l'enfant et a interdit aux organes de l'État de priver les intéressés des informations disponibles à cet égard.²⁶ Dans une décision ultérieure, la Cour constitutionnelle a accordé ce droit également à l'homme qui souhaite clarifier si l'enfant provient de lui sans devoir automatiquement contester la paternité.²⁷ Dans une décision rendue récemment, ceci a été confirmé à un médecin spécialiste de la reproduction qui a été obligé de révéler l'identité d'un donneur de sperme.²⁸

²⁴ Dethloff, op. cit. p. 21

²⁵ Schwab Rn. 588.

²⁶ BVerfGE 79, 256.

²⁷ BVerfGE 117, 202.

²⁸ OLG Hamm, décision du 6 février 2013, (réf. : I-14 U 7/12).

c) L'adoption

La possibilité tant connue en droit romain qu'en droit germanique de constituer un rapport de filiation par acte juridique, est réglée en droit allemand sous la dénomination « Annahme als Kind ». L'adoption ne s'effectue pas comme auparavant par contrat, mais désormais uniquement par décision du tribunal de la famille à la demande de l'adoptant. Étant donné que l'enfant-même, dans le cas de mineurs, les parents et, le cas échéant, d'autres parents tel que le conjoint ou le partenaire de l'adoptant ou de l'adopté doivent donner leur consentement, de nos jours, il n'est pas possible de procéder à l'adoption sans le consensus des intéressés. En outre, le tribunal doit vérifier l'adoption demandée et sa légitimité sous l'angle de l'intérêt de l'enfant et des implications pour des tiers.

L'adoption d'un mineur constitue systématiquement la base légale visant à procurer à l'enfant le réconfort et la sécurité juridique d'une famille. Pour cette raison, la loi exige comme condition préalable l'existence ou, du moins, la construction d'une relation de parent à enfant. Dans le cas des mineurs, seule une adoption dite « plénière » est possible. Ses effets s'étendent aux parents de l'adoptant : par l'intermédiaire de l'adoptant, est établi un rapport de parenté avec les parents de l'adoptant, tandis que le rapport de parenté de l'adopté avec ses anciens parents prend fin.

Dans le cas de l'adoption de majeurs, les effets liés à l'établissement d'un rapport de parenté ne s'étendent pas aux parents de l'adoptant (« adoption à faibles effets ») à moins que ne soient réunies les conditions de l'adoption plénière (« adoption à effets étendus »). Dans ce cas, l'adoption plénière requiert une demande spécifiquement prévue à cet effet. Elle est notamment possible lorsqu'un enfant d'un autre lit est adopté et que la personne à adopter avait déjà été accueillie dans le ménage en tant que mineur, mais sans avoir été adoptée à ce moment-là.

L'adoption de majeurs est uniquement admissible lorsqu'elle est « moralement justifiée ». La jurisprudence ne considère notamment pas l'adoption de majeurs comme moralement justifiée lorsque les intéressés poursuivent principalement des intérêts économiques, comme par exemple acquérir des avantages en termes d'imposition de la succession.

Des personnes mariées peuvent uniquement adopter en tant que couple, sauf si l'un des conjoints est frappé d'incapacité juridique ou est âgé de moins de 21 ans. Les partenaires enregistrés ne peuvent pas adopter un enfant étranger, mais uniquement l'enfant de leur partenaire par la voie de l'adoption d'un enfant d'un autre lit (*Stiefkindadoption*). Un partenaire peut désormais également adopter l'enfant adoptif de son partenaire (adoption dite « successive »).²⁹ L'interdiction actuelle de l'adoption d'un enfant par des partenaires enregistrés est très controversée sur le plan politique et, étant un des quelques domaines dans lesquels le mariage et le partenariat enregistré n'ont pas

²⁹ Décision de la Cour constitutionnelle du 12 février 2013 (réf. : 1 BvR 3247/09 et 1BvL 1/11).

encore le même statut juridique, ce point devra prochainement être clarifié par la Cour constitutionnelle. La question de savoir si l'adoption d'un enfant qui a été effectuée à l'étranger par des partenaires enregistrés devrait être reconnue en Allemagne ne fait pas l'unanimité. Une reconnaissance prononcée par le tribunal de la famille est valide.³⁰

Des personnes non-mariées peuvent uniquement adopter un enfant à titre individuel. Un couple non-marié ne peut pas adopter conjointement ni adopter l'enfant de l'un des partenaires à titre d'enfant commun. L'adoption de l'enfant de l'un des partenaires par l'autre entraîne la fin du rapport de parenté antérieur et la constitution d'un rapport de parenté avec l'adoptant, ce qui n'est en règle générale pas souhaité.

L'adoption multiple est interdite, une adoption ultérieure par une autre famille est exclue tant que le rapport d'adoption existe.

Les adoptions sont très rarement annulées. L'annulation est effectuée sur demande si de fausses déclarations ont été faites délibérément lors de l'adoption.

3. Divorce / annulation du partenariat enregistré

Malgré l'enseignement des églises sur l'indissolubilité du lien conjugal, le divorce a pour la première fois été réglé par la loi sur l'état civil de 1875 pour toute l'Allemagne, après avoir été reconnu auparavant dans les régions protestantes du pays. Ainsi, les catholiques pouvaient désormais avoir recours au divorce civil tandis qu'auparavant seule la séparation de corps était une option accessible pour eux. L'entrée en vigueur du Code civil allemand le 1^{er} janvier 1900 a permis d'introduire un droit du divorce unique pour l'Allemagne entière qui limitait les motifs du divorce aux fautes graves (principe de faute) et à la maladie mentale. Les éléments national-socialistes ajoutés à la loi relative au mariage introduite en 1938 qui a, entre autres, exclu le droit du divorce du Code civil, furent de nouveau supprimés du Code civil en 1946. En même temps, l'état de fait de « la désunion irrémédiable » fut introduit pour la première fois comme motif du divorce, lorsque les époux vivaient séparés depuis trois ans. A partir du 1^{er} janvier 1977, le droit du divorce fut réintroduit dans le Code civil par le biais de la première loi relative au mariage et entièrement axé sur le principe de la désunion irrémédiable (*Zerüttungsprinzip*).

Le mariage et le partenariat enregistré sont en principe conclus à vie. Le droit allemand permet cependant le divorce et la dissolution du partenariat, si les conditions légales sont réunies. Le divorce et la dissolution du partenariat passent exclusivement par une simple décision judiciaire (et pas par un jugement) à la demande de l'un ou des deux partenaires (cf. § 1564 du Code civil allemand).

³⁰ KG, décision du 11 décembre 2012, (réf. : 1W 404/12).

Le seul motif valable du divorce est l'échec du mariage (principe de la désunion irrémédiable), § 1565 du Code civil allemand. D'un point de vue juridique, la responsabilité des époux pour l'échec du mariage est sans pertinence.

Seules les circonstances s'étant produites après la conclusion du mariage ou la constitution du partenariat enregistré entrent en ligne de compte. Lorsque le mariage ou le partenariat n'ont pas été conclus dans les formes requises, ils peuvent être annulés. Les différences valables pour les partenaires résident dans les effets au niveau de l'état civil. En effet, après l'annulation du mariage ou la dissolution du partenariat, les parties ne sont pas divorcées, mais de nouveau célibataires. L'annulation du mariage ou du partenariat enregistré est cependant sans incidence pratique, étant donné que la procédure de divorce suivant le principe de la désunion irrémédiable constitue la solution la plus simple sur le plan pratique et la discrimination des personnes divorcées ne joue plus aucun rôle dans la société moderne.

Conformément au principe de la désunion irrémédiable, le divorce peut être prononcé lorsque les époux vivent séparés depuis au moins un an et ont demandé le divorce d'un commun accord (divorce par consentement). Lorsque les époux vivent séparés depuis au moins trois années, l'échec du mariage est présumé. Il est alors suffisant que l'un des époux demande le divorce. L'autre époux ne peut reporter le divorce que si le divorce présentait en raison de circonstances exceptionnelles une dureté qui ne peut lui être imposée (§ 1565, al. 2 du Code civil allemand).

Des raisons morales ou des fautes commises par les époux ne peuvent être prises en compte que lorsque le divorce est demandé exceptionnellement après moins d'un an, et que la continuation du mariage serait « intolérable » pour l'un des époux ou bien lorsque, malgré la séparation de trois ans, le divorce présenterait une dureté pénible pour l'une des parties. Sont considérées comme « dures » les circonstances tenant à la personne de l'autre époux tel que des sévices ou des violations graves des obligations alimentaires. Le divorce peut également être suspendu lorsque le mariage a été conclu pour des raisons fictives, par exemple pour permettre à l'époux étranger d'acquérir un permis de séjour.

Dans la pratique des tribunaux, le divorce est réalisé plus rapidement lorsque le maltraité ou le créancier d'aliments demande le divorce. Lorsque ce dernier bloque le divorce, la clause dite de blocage s'applique.

Le seul autre moyen de suspendre le divorce est basé sur la clause de dureté du § 1568 lorsque ou l'intérêt des enfants est en jeu ou que des circonstances exceptionnelles plaident contre le défendeur qui refuse le divorce, de sorte que le maintien du mariage apparaît exceptionnellement s'imposer après considération de l'intérêt du demandeur. Ce cas peut seulement se présenter lorsqu'il s'agit d'une maladie grave d'un époux ou lorsque l'époux réticent au divorce s'est distingué par des prestations extraordinaires en faveur de l'autre époux. La procédure du divorce est enga-

gée à titre de « matière matrimoniale » devant le tribunal de la famille. Le déroulement de la procédure est régi par la loi relative à la procédure en matière familiale et aux affaires de la juridiction gracieuse (FamFG). La procédure n'est pas ouverte par une requête civile, mais sur demande à titre de procédure relevant de la juridiction gracieuse. Les parties sont désignées comme « demandeur » et « défendeur ». Elles doivent se faire représenter par un avocat, mais il suffit que le demandeur mandate son avocat. Lorsque le défendeur n'est pas représenté par un avocat, il ne peut évidemment pas introduire de demandes. En cas de divorce par consentement, ceci ne joue toutefois aucun rôle pour le résultat de la procédure. Pour cette raison, les parties ont régulièrement recours à cette démarche pour économiser des frais.

Étant donné que la plupart des demandes de divorce sont justifiées par l'échec du mariage suite à une vie séparée des époux, ce terme est d'une importance décisive dans la pratique. Conformément au § 1567, al. 1^{er} du Code civil allemand, les époux vivent séparément lorsque la communauté d'habitation des époux a cessé et que l'un des époux ne souhaite pas la rétablir, parce qu'il rejette la communauté de vie. Vivre séparément ne signifie donc pas uniquement être domicilié à différentes adresses, mais l'un des époux doit avoir la volonté de ne plus vivre en communauté d'habitation avec l'autre parce qu'il ne veut plus entretenir de communauté de vie avec lui. Pour cette raison, il est souvent difficile de faire comprendre aux profanes qu'on peut, au sens juridique, vivre ensemble dans différents appartements et séparément à l'intérieur du domicile conjugal en fonction de l'interprétation subjective et de la pratique du maintien ou de la mise fin de la communauté de vie. Le tribunal de la famille doit identifier d'office les faits qui sont pertinents pour prendre une décision. Des faits qui ne sont pas évoqués par les parties ne peuvent pourtant être pris en compte par le tribunal que lorsqu'ils sont susceptibles de maintenir le mariage ou, dans le cas contraire, lorsque le demandeur ne conteste pas leur prise en compte. Au vu de ce qui précède, les parties doivent souvent d'abord clarifier pour elles-mêmes quels aspects elles considèrent comme pertinents pour la demande de séparation et souhaitent dès lors présenter au tribunal.

4. Dévolution successorale (le droit des héritiers, du conjoint/partenaire survivant, des enfants)

a) La double signification de la notion du droit des successions

- Sur le plan objectif, ce terme désigne l'ensemble des règles régissant les conséquences privées et patrimoniales du décès d'une personne.

- Sur le plan subjectif, il s'agit du pouvoir juridique de droit privé de l'héritier après le décès du défunt.

Le droit des successions au sens objectif est principalement réglé aux §§ 1922 s. du Code civil allemand.

En Allemagne, le droit successoral subjectif suit les principes de la succession universelle et de la « dévolution automatique », c'est-à-dire que la succession est dévolue à l'héritier en sa qualité d'ayant cause à titre universel sans qu'il doive accepter la succession. Le légataire ne dispose, par contre, pas d'un droit successoral subjectif, mais uniquement d'un droit au legs lui revenant en application du droit des obligations. Le droit des successions subjectif n'est constitué qu'avec le décès du défunt. Avant cette date, ni la perspective d'hériter dans le cadre de la dévolution légale à titre de parent, ni l'existence d'une disposition à cause de mort n'établissent un statut juridique assuré. Ni l'effet contraignant d'un testament conjonctif ni celui d'un pacte successoral ne peut même garantir à l'héritier désigné par contrat que le défunt dispose toujours de ses biens au moment de l'ouverture de la succession, alors que la loi prévoit des obstacles pour les dispositions dites défavorisantes dans ces cas de figure.

Le droit allemand connaît quelques rares exceptions du principe de la succession universelle : la succession à titre particulier (*Sondererbfolge*) et la succession partielle (*Sonderrechtsnachfolge*) à cause de mort et entre vifs en cas de décès ;

- Dans les Länder dans lesquels les dispositions légales portant sur la succession des biens ruraux (*Höfeordnung* ; HöfeO) sont applicables en tant que droit fédéral partiel, l'exploitation agricole peut être attribuée directement à un membre de la famille paysanne § 4 HöfeO. Cette disposition obéissait au souci de maintenir l'intégrité d'exploitations agricoles performantes, de les sauvegarder et de permettre de garantir le ravitaillement de la population. Les autres biens de la succession sont dévolus selon les règles prévues par le BGB.
- La participation du défunt dans une société de personne ne fait pas non plus partie de la succession. S'il s'agit d'une société civile du BGB, il est procédé à la dissolution de la société par le décès d'un associé, sauf dispositions contraires dans le contrat de société. Dans ce cas, seul le montant de la liquidation de la part sociale de l'associé décédé fait partie de la succession. S'il s'agit d'une société commerciale (société en nom collectif, société en commandite), la société continue d'exister – à nouveau sous réserve de dispositions statutaires contraires – après le décès d'un associé et son activité sera poursuivie par les autres associés. L'indemnité due à l'associé décédé entre toutefois dans la succession.

C'est la raison pour laquelle il est fréquent dans la pratique d'inclure des clauses dites successorales dans les contrats de société par lesquelles les associés excluent la dissolution de la société prévue par la loi ou la continuation de la société par les associés restants. Si la part sociale est déclarée transmissible par succession par une clause successorale dite simple, des conflits entre le droit des successions et le droit des sociétés peuvent surgir dans la mesure où une indivision successorale est censée entrer dans la société en tant que communauté en main commune.

Il existe différentes dispositions en matière successorale, par exemple concernant la responsabilité de l'indivision successorale sur la seule succession et des limitations de responsabilité pour les cohéritiers (administration de la succession, insolvabilité successorale) qui sont contraires au principe de la responsabilité personnelle illimitée de chaque associé. Dès lors, le principe de l'indivision successorale en faveur d'une succession partielle des différents cohéritiers est reconnu ici également. Si tous les cohéritiers ne peuvent accéder à la position d'associé (clause successorale qualifiée), le successeur désigné dans le contrat de société acquiert directement la part sociale.

- Pour ce qui concerne les assurances vie et d'autres prestations résultant de contrats conclus en faveur de tiers, il s'agit également d'une succession partielle, mais sur la base de dispositions relevant du droit des obligations et portant sur les actes juridiques entre vifs. Juridiquement, le capital de l'assurance ne fait pas partie de la masse successorale.

b) Capacité de succéder

Sont capables de succéder, les personnes physiques ou morales qui ont la capacité juridique. Il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité d'exercice. Par contre, l'héritier doit être vivant au moment de l'ouverture de la succession. Si le défunt et les personnes désignées comme héritiers perdent la vie en même temps et qu'il est impossible de déterminer qui est mort en premier, ils sont réputés être décédés en même temps, ce qui a pour conséquence qu'il n'y a pas de succession entre elles. Les animaux n'ont pas de capacité de succéder.

L'enfant conçu à l'ouverture de la succession, mais pas encore né (*nasciturus*) peut être héritier à condition qu'il soit né après l'ouverture de la succession pour acquérir la capacité juridique. Cela n'est pas le cas si un enfant est conçu par le sperme d'un homme qui est déjà mort, ce qui est interdit en Allemagne. Dans ces cas, on en reste à la succession qui est déjà ouverte de toute façon.

c) L'héritier désigné par testament

La liberté de tester protégée par la Constitution permet au défunt de disposer de la totalité de sa succession par des dispositions de dernière volonté excluant entièrement la succession ab intestat. Le droit allemand ne connaît pas de participation légale directe à la succession pour les parents proches, tels que les époux et les enfants. Le défunt peut donc les exclure totalement et les limiter à la réserve héréditaire en tant que droit à paiement pur et simple. Néanmoins, les testaments sont, pour la plupart, dressés en faveur des parents proches. Pour autant, les époux s'instituent souvent d'abord mutuellement héritiers uniques et les enfants n'accèdent à la succession qu'après le décès de l'époux survivant. En cas de transmission d'entreprises, le successeur est souvent désigné comme seul héritier parmi les descendants, tandis que le conjoint et les autres descendants

sont souvent bénéficiaires de legs. Dans ce contexte, le droit commun des successions n'est pertinent qu'en ce qui concerne la réserve héréditaire. En effet, la réserve héréditaire est un droit à paiement qui s'élève à hauteur de la valeur en argent de la moitié de la part successorale du bénéficiaire dans le cadre de la succession légale.

d) La succession légale

La succession légale fait l'objet des dispositions des §§ 1924 ss. BGB. Selon elle, le droit successoral est par principe un droit successoral parental pour des raisons historiques. Les parents du défunt sont classifiés par ordres en fonction du degré de parenté. S'il existe des héritiers d'un ordre plus proche, ils excluent les héritiers des ordres plus lointains.

Les héritiers du premier ordre sont les descendants directs du défunt, sachant que suivant le principe dit de représentation les descendants proches priment les descendants lointains. Cela signifie que les enfants héritent avant les petits-enfants. Les enfants héritent à parts égales. Les descendants plus lointains héritent selon le principe dit de succession par souches si aucun descendant plus proche du défunt n'accède à la succession. Si à la place d'un enfant, ses enfants sont appelés à la succession, la part successorale « libérée » est partagée entre eux à parts égales.

Les héritiers du second ordre sont les parents (père et mère) du défunt et leurs descendants, les parents héritant d'abord et à parts égales. A la place d'un parent décédé viennent les frères et sœurs du défunt et leurs descendants selon les principes de représentation évoqués pour le premier ordre. Si le défunt était le seul descendant de ses parents, le parent survivant est le seul héritier.

Les héritiers du troisième ordre sont les grands-parents du défunt et leurs descendants. Là également, les grands-parents héritent d'abord et par parts égales en excluant leurs descendants de l'ordre successoral. Les autres règles applicables correspondent – dans ce cas séparément en fonction de deux couples de grands-parents – aux principes de la succession du deuxième ordre. Si un couple de grands-parents est décédé et ne laisse aucun descendant, il est remplacé par l'autre couple de grands-parents ou par ses descendants.

Si une personne appartient à plusieurs des ordres précités en raison de ses liens de parenté, il reçoit les différentes parts successorales séparément.

Le quatrième ordre avec les arrière-grands-parents du défunt et leurs descendants est, lui aussi, réglé expressément. Mais à la différence des ordres inférieurs, les arrière-grands-parents vivants héritent à parts égales, qu'ils appartiennent, ou non, à la même lignée ou à des lignées différentes. Les descendants n'héritent donc qu'à partir du moment où les arrière-grands-parents ne vivent plus. Si tous les arrière-grands-parents sont décédés, il faut rechercher le descendant qui a le lien de parenté le plus proche avec le défunt. Si plusieurs personnes ont le même lien de parenté dans

ce degré, ils héritent à parts égales. Pour ce qui concerne les ordres plus lointains, la loi renvoie au principe du quatrième ordre, mais de telles successions sont plutôt rares.

Selon § 1931 BGB, les droits successoraux du conjoint survivant sont déterminés après la détermination de ceux des parents. En effet:

- En l'absence de parents du premier ou du second ordre et de grands-parents, le conjoint survivant reçoit toute la succession.
- Si des parents du premier ou du second ordre ou des grands-parents sont appelés à la succession, une indivision successorale est créée dont le conjoint fait partie. Par contre, sa part successorale dépend et du degré de parenté des parents appelés à la succession avec le défunt et du régime matrimonial sous lequel le défunt était marié.
- La quote-part successorale des conjoints s'élève à un quart s'il y a des héritiers du premier ordre et à la moitié s'il y a des héritiers du deuxième ordre ou des grands-parents.

Cette quote-part augmente d'un quart si le conjoint et le défunt ont vécu sous le régime matrimonial légal. Dans ce cas le plus habituel dans la pratique, le conjoint reçoit la moitié de la succession s'il y a des enfants, et trois-quarts s'il y a des beaux-parents ou des beaux-frères et des belles-sœurs ou des neveux ou nièces du défunt.

Si le mariage était soumis au régime matrimonial plus rare de la séparation des biens, la loi prévoit que le conjoint n'hérite pas moins que chaque enfant, à savoir la moitié également s'il y a un enfant, un tiers s'il y a deux enfants et un quart s'il y a plus de trois enfants, sachant que sa part successorale n'augmentera plus dans les différents cas.

Si le défunt et son conjoint ont convenu le régime matrimonial de la communauté universelle, la part successorale légale du conjoint s'élève toujours à un quart (seulement). En règle générale, ces conjoints associent le contrat de mariage à un pacte successoral de sorte que la succession légale est très rare en cas de communauté universelle.

Indépendamment du régime matrimonial, l'époux a droit à ce que l'on appelle le préciput, à savoir en plus de la part d'héritage, les objets appartenant au foyer conjugal et les présents reçus à l'occasion du mariage. En revanche, ces objets ne lui reviennent en présence de descendants que lorsqu'ils sont nécessaires à la tenue convenable d'un ménage. A ce titre, le conjoint a le statut de légataire vis-à-vis des cohéritiers.

Le conjoint survivant n'a aucun droit lorsque le mariage existait, certes, encore formellement lors de l'ouverture de la succession, mais que les conditions d'un divorce étaient déjà réunies et le défunt a introduit la demande de divorce ou consenti au divorce. Pour autant, le conjoint divorcé ne part pas nécessairement les mains vides. En effet, il peut faire valoir son droit à l'entretien à l'égard des héritiers conformément aux dispositions des §§ 1569 à 1586 b BGB au cas où il aurait

eu ce droit à l'égard du défunt en cas de divorce. Ce droit se limite par contre au montant de la réserve héréditaire fictive.

Le droit successoral et le droit à la réserve héréditaire du partenaire vivant en partenariat enregistré avec le défunt sont calqués sur le droit successoral et le droit à la réserve héréditaire du conjoint (§ 10 de la loi relative au partenariat enregistré). Cela vaut également pour leur situation patrimoniale et ses conséquences quant à l'éventuelle augmentation de la part successorale.

Le partenaire du défunt qui n'était pas marié au défunt et ne vivait pas avec lui sous le régime du partenariat enregistré n'a ni droit successoral ni droit à la réserve héréditaire et ce, même s'il avait des enfants communs avec le défunt ou l'union libre ressemblait à un mariage ou à un partenariat enregistré ou était de longue durée.

II^e Partie : Présentation des principaux sujets abordés

1. Développement de la relation entre conjoints /partenaires enregistrés et des relations familiales

a) Bases constitutionnelles

L'art. 6 de la Loi fondamentale fait allusion à la tension que peuvent subir les couples mariés, les partenaires enregistrés et d'autres unions libres avec ou sans enfants ainsi qu'au caractère ambivalent de l'action de l'État à la fois incitative et interventionniste :

- (1) Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'État.
- (2) Elever et éduquer les enfants sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur échoit en priorité. La communauté étatique veille sur la manière dont ils s'acquittent de ces tâches.
- (3) Les enfants ne peuvent être séparés de leur famille contre le gré des personnes investies de l'autorité parentale qu'en vertu d'une loi, en cas de carence de celles-ci ou lorsque les enfants risquent d'être laissés à l'abandon pour d'autres motifs.
- (4) Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté.
- (5) La législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur statut social.

b) La protection particulière du mariage et de la famille

Le débat porte principalement sur la question de savoir en quoi consiste précisément la protection « particulière » du mariage selon l'art. 6, al. 1^{er} (encore aujourd'hui et positivement), si le système juridique accepte des formes de vie commune assimilées au mariage et si cette assimilation a

pour conséquence la diminution, voire l'abandon de cette protection particulière. A titre liminaire, force est de constater que le régime du mariage et du divorce étaient tout sauf statique depuis l'entrée en vigueur du code civil allemand (BGB) et de la Loi fondamentale ; se reporter à l'aperçu de l'évolution juridique au début de ce rapport. En revanche, ces développements concernaient exclusivement le rapport entre l'homme et la femme et leur égalité ainsi que des questions ayant trait à une participation équilibrée au résultat économique du mariage.

Étant donné que l'État se doit de respecter les besoins et les droits des enfants en vertu des alinéas 2 et 3 dudit article quelle que soit la forme de famille dans laquelle les enfants grandissent et que, par ailleurs, la protection de toutes les mères préconisée par l'alinéa 4 ne repose pas sur le point de savoir si celles-ci sont mariées ou non, il est possible d'observer dans ce domaine, une évolution allant vers l'égalité de traitement des familles parents-enfants et des familles mère-enfant, sans égard au fait que les parents sont ou étaient mariés. D'un autre côté, il semble très difficile de soutenir que les pères élevant seuls leur enfant doivent par principe figurer au deuxième rang après les mères célibataires en termes de droits et de responsabilité économique. Par conséquent, l'égalité de traitement prendra une place importante dans ce domaine également, d'autant plus qu'elle a rang de principe constitutionnel en vertu de l'art. 3 de la Loi fondamentale. Toute différence de traitement faite par l'État requiert une justification selon laquelle les situations ne sont pas comparables, justification, qu'il est difficile d'apporter s'il y a des enfants communs – a fortiori depuis l'assimilation des enfants légitimes aux enfants naturels – et en raison du mandat constitutionnel clair donné par l'art. 6, al. 2 et 3. In fine, la discrimination fondée sur la forme des familles avec des enfants est exclue. Les seuls critères permettant d'effectuer une différenciation sont donc les différents modèles de vie d'adultes non mariés sans enfants et les rapports juridiques de parents en dehors d'un mariage – mis à part les droits des enfants qui, eux, relèvent bien de l'art. 6.

aa) Développements relatifs au mariage

Outre le développement du régime du mariage et du divorce tel qu'exposé dans la partie historique du présent rapport, les réflexions décrites ci-après présentent un intérêt particulier pour la pratique :

En principe, le régime matrimonial légal de la participation aux acquêts en tant que tel a fait ses preuves et n'a nécessité aucun ajustement notable. La combinaison d'une séparation de biens laquelle implique donc l'inexistence de bien communs et une créance de paiement compensant de manière arithmétique, notamment en cas de divorce, la différence entre l'accroissement des patrimoines respectifs pendant le mariage présente deux avantages aux conjoints. En effet, ils peuvent gérer librement leur propre patrimoine durant le mariage, et, en cas d'échec du mariage, l'époux économiquement plus faible bénéficiera de l'enrichissement du ménage par le biais de sa part arithmétique.

La péréquation des pensions (*Versorgungsausgleich*) dont l'objectif consiste également à répartir de manière égale les droits à pension acquis durant le mariage entre les époux, a, elle aussi, fait ses preuves dans une société dans laquelle les pauses carrière restent fréquentes, notamment chez les femmes qui s'occupent de l'éducation des enfants et des soins des proches. Sans péréquation des pensions, ces pauses carrière mèneraient à la pauvreté des personnes âgées. Les corrections apportées dernièrement par le législateur ont contribué de manière substantielle à une répartition beaucoup plus équitable. L'extension de la liberté contractuelle, elle aussi, s'est déjà avérée être avantageuse dans la pratique. Or, le partage de la prévoyance vieillesse ne permet pas de couvrir entièrement tous les risques liés à la vieillesse ni pour l'un ni pour l'autre époux, à l'exception des couples à revenu double. C'est la raison pour laquelle, les politiques visent à faire appel à la responsabilité individuelle des conjoints quant à leur retraite et à diminuer le temps des pauses carrière par des mesures permettant de mieux concilier la vie de famille et la vie professionnelle. Ces mesures font toutefois l'objet de vives controverses (encourager la garde des enfants par des tiers d'une part, et accorder une indemnité d'éducation aux parents qui gardent eux-mêmes de leurs enfants, d'autre part).

Depuis la réforme du régime légal des obligations alimentaires en 2007, l'époux divorcé ne reçoit, selon le principe de la responsabilité individuelle après le divorce, une pension alimentaire que dans la mesure où il est incapable de subvenir lui-même à ses besoins et ce, seulement pour des motifs fixés par la loi (la garde d'enfants en bas d'âge, l'âge, la maladie, le chômage, la formation initiale ou continue pour obtenir un emploi approprié). Il incombe au tribunal de la famille chargé du droit à pension alimentaire de vérifier si ces conditions sont réunies. La réforme a également mis en exergue la possibilité de limiter davantage les aliments et dans le temps et quant à leur montant. Ainsi, après le divorce, le conjoint n'ayant pas exercé une activité professionnelle ou de manière limitée durant le mariage devra réintégrer plus rapidement la vie professionnelle et ce, sans garantie d'avoir le même statut qu'avant. Ainsi, la réforme a envoyé un message clair : le mariage ne peut être considéré comme une institution de prévoyance.

Si les conjoints estiment que ce modèle de conséquences du divorce adapté à la situation d'un ménage avec un seul revenu et une femme au foyer ne convient pas pour leur situation personnelle, ils peuvent en convenir autrement pour tous les domaines en concluant un contrat de mariage. Toutefois, s'agissant de la péréquation des pensions ou de l'entretien alimentaire après le divorce, il faut savoir que ces droits font partie du noyau des conséquences du divorce et qu'il ne peut y être dérogé que dans la mesure où cela n'entraîne pas une répartition des charges qui serait particulièrement défavorable à la partie économiquement plus faible et partant, contraire aux bonnes mœurs. A l'inverse, le droit des régimes matrimoniaux ne fait pas partie de ce noyau et va donc de pair avec une liberté contractuelle presque illimitée avec la possibilité de modifier le régime matrimonial légal ou de convenir d'un autre régime matrimonial que ce soit un régime légal ou régime modifié. Ainsi, les conjoints peuvent-ils choisir alternativement la séparation des biens

sans participation réciproque au patrimoine ou bien la communauté de biens pure et simple. Or, cette dernière englobe toujours la totalité des biens, y compris les biens acquis avant le mariage ou par donation ou par héritage pendant le mariage. Dans la pratique, les conjoints n'optent presque plus pour la communauté universelle. En ce qui concerne le régime de séparation des biens, il est principalement choisi dans le cadre des conventions de divorce ou de séparation. L'objet principal des contrats de mariage reçus sous la forme authentique par devant notaire est la modification du régime de participation aux acquêts qui se présente sous la forme de clauses particulières diverses, telles que l'exclusion de certains biens du calcul des acquêts (notamment en ce qui concerne les entreprises et les biens immobiliers), la détermination d'une autre date comme point de repère pour évaluer le patrimoine original si les biens ont déjà été constitués communément avant le mariage, des conventions sur le montant du patrimoine originaire et ainsi de suite. Comparé au nombre de dispositions de dernière volonté reçus par devant notaire, le nombre de contrats de mariage est pourtant relativement faible. Il y a lieu d'en tirer la conclusion que soit le régime légal est considéré comme approprié par la majorité de la population soit, il n'apparaît en tout cas pas nécessaire de le modifier.

Un autre aspect important du droit des régimes matrimoniaux est le fait qu'une partie importante de la population en Allemagne tombe – souvent sans le savoir et sans contrat de mariage – sous un ordre juridique étranger. On le constate notamment lorsqu'on acquiert des biens après le divorce et en raison de l'interdépendance entre la succession entre époux et le régime matrimonial lorsque que le droit des successions allemand s'applique également en cas de décès. Concrètement, il s'agit d'étrangers vivant en Allemagne, d'Allemands s'étant mariés à un étranger à l'étranger ou d'Allemands qui étaient ressortissant d'un autre État.³¹ Le droit international privé allemand rattache toujours les effets patrimoniaux du mariage à la loi applicable aux effets généraux du mariage au moment de la célébration du mariage. Cette loi prévoit comme critère de rattachement la nationalité commune des conjoints, subsidiairement la loi de l'État de la résidence habituelle commune.

Dans ce domaine, le droit allemand s'applique seulement si la loi de l'État qui, du point de vue allemand, a vocation à s'appliquer, renvoie à la loi du domicile ou de la résidence. Dans la pratique notariale, il est primordial d'identifier le régime matrimonial dans ces cas puisqu'il faut indiquer correctement la situation patrimoniale à l'inscription du titre de propriété au livre foncier.

³¹ Selon la loi sur le régime matrimonial des expulsés et de réfugiés (*Das Gesetz über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen*) du 4 août 1969, BGBl. I 1067, toute personne immigrant en Allemagne jusqu'au 31 décembre 1992 et reconnue en tant que ressortissant allemand est régie par le droit des registres matrimoniaux allemand. Les rapatriés tardifs entrés en Allemagne à partir de cette date doivent acquérir la nationalité allemande par naturalisation. Il existe une polémique sur la question de savoir si ladite loi est applicable à ces personnes par analogie ou si elles doivent être traitées comme des étrangers en droit des régimes matrimoniaux, se reporter à Peter Wandel, *Kuckuckseier nicht nur zur Osterzeit - Zum Güterrecht der Spätaussiedler*, BWNNotZ 1994, 85 ss. , OLG Hamm zur Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts eines Spätaussiedlers, MittBayNot 2010, 223 (avec des réf. de Süß).

bb) Le partenariat enregistré

Le partenariat enregistré entre personnes du même sexe est actuellement au centre des discussions politiques. En invoquant l'art. 6, al. 1^{er} tout comme le principe de l'égalité de traitement de l'art. 3 de la Loi fondamentale, ces personnes revendiquent une assimilation complète des dispositions relatives au partenariat enregistré, y compris en matière d'adoption et en droit fiscal, ainsi qu'une « ouverture » de la notion de mariage. D'aucuns rétorquent que la protection particulière de l'État ne peut « de par sa nature » viser les seuls couples hétérosexuels. La protection particulière du mariage rendait éventuellement nécessaire la discrimination d'autres formes de partenariats, ce qui serait conforme à l'art. 3 de la Loi fondamentale dans la mesure où celui-ci ne préconisait une égalité de traitement que pour les situations similaires. Sont évoquées des raisons biologiques, morales, religieuses et historiques en guise de justification afin d'étayer la notion de mariage – notion qui n'a toujours pas été définie en droit positif – en tant que communauté de vie entre homme et femme.

Au vu des arguments susmentionnés, l'introduction du partenariat enregistré était extrêmement controversée sur le plan politique. Finalement, le partenariat a été calqué qu'à quelques différences près, sur le mariage. Pour le distinguer, on l'a dénommé différemment et donné délibérément un cadre réglementaire en dehors du BGB, à savoir la Loi sur le partenariat enregistré du 16 février 2001. Dans un premier temps, il incombait aux législateurs des Länder respectifs de désigner l'autorité chargée de la conclusion d'un partenariat enregistré. Ainsi, en Bavière, le notaire avait la compétence exclusive pour constituer un tel partenariat. Le livre des partenariats enregistrés était tenu comme registre de l'État civil auprès de la Chambre des notaires du Land.

Par la suite, le législateur a été contraint d'assimiler progressivement le partenariat au mariage eu égard à la jurisprudence en la matière et aux pressions politiques. Désormais, le partenariat enregistré peut être conclu devant un officier d'État civil (ou devant le notaire, comme c'est toujours le cas en Bavière) ; aujourd'hui, le registre de l'état civil correspondant est seulement tenu par l'Office de l'état civil. À ce jour, le partenariat enregistré équivaut entièrement au mariage en ce qui concerne son contenu. On a également procédé à l'assimilation en droit des pensions, dans le régime de l'imposition des successions et de l'impôt sur le revenu et récemment, en cas d'adoption d'un enfant d'un autre lit et d'adoption successive. L'assimilation juridique n'a pas encore eu lieu dans le domaine de l'adoption d'enfants de tiers. Dans la mesure où la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a apporté des modifications, le principe de l'égalité de traitement de l'art. 3 de la Loi fondamentale est toujours pertinent ; la Cour ne voulant pas déduire de l'art. 6 de la Loi fondamentale un « principe de non-discrimination ». Si la coalition du gouvernement ou le nouveau gouvernement qui se formera dès l'automne prochain ne parviennent pas à trouver un consensus sur une assimilation plus large en matière d'adoption, l'on peut s'attendre à ce que la Cour constitutionnelle fédérale franchisse cette étape. Par contre, nul ne sait si les notions de mariage et de partenariat seront distinguées à long terme.

L'appréciation de partenariats enregistrés selon la loi d'un autre État est régie en Allemagne par le droit de l'autorité d'enregistrement (*lex libri*), conformément à l'art. 17 b de la loi introductive au BGB (*Einführungsgesetz zum BGB ; EGBGB*). Les effets d'un partenariat étranger en Allemagne ne peuvent toutefois dépasser un certain seuil – ce qui est critiqué par les milieux scientifiques et pourrait être contraire au droit européen –, à savoir les effets prévus par la loi allemande relative au partenariat enregistré. La reconnaissance de mariages homosexuels de droit étranger est appréciée conformément à l'article 17 b EGBGB. Également les juridictions suprêmes allemandes partagent désormais l'argumentation citée ci-dessus qui distingue entre le mariage et le partenariat enregistré conformément au choix conscient du législateur d'utiliser deux désignations différentes et d'exclure ainsi une assimilation du mariage et du partenariat enregistré (art. 6 de la Loi fondamentale). Cette approche présente l'avantage qu'un mariage homosexuel étranger peut à tout le moins être reconnu en tant que partenariat enregistré conformément à l'art. 17 EGBGB, quelle que soit la nationalité des personnes concernées. D'autres voix proposent l'assimilation au mariage par analogie à l'art. 13 EGBGB et selon la loi de la nationalité des partenaires.³² Les expériences pratiques sur les cas de séparation, de divorce et de succession font défaut jusqu'à présent. Le seul conseil à donner aux partenaires homosexuels, tout comme aux partenaires de vie, est d'avoir recours aux possibilités réglementaires du droit allemand pour éviter toute insécurité juridique, et de s'intégrer au droit allemand en enregistrant une nouvelle fois leur partenariat en Allemagne, si l'Allemagne constitue le lieu de leur vie quotidienne.

Dans la mesure où la loi étrangère reconnaît les partenariats hétérosexuels enregistrés qui ne correspondent pas au mariage, il n'existe aucune règle de conflit de lois spéciale en droit allemand. L'art. 17 b EGBGB ne s'applique pas aux partenariats hétérosexuels. Ils sont régis par le droit commun. Plus particulièrement, ils ne sont considérés ni comme un mariage ni comme un partenariat enregistré.

cc) L'union libre

Le législateur n'a vu jusqu'à présent aucune nécessité de réglementer des formes d'unions autres que celles du mariage et du partenariat enregistré, d'autant plus que l'union libre par excellence n'existe pas en l'absence de définition légale ou de tradition. En réalité, l'union libre se manifeste probablement sous une multitude de formes et non seulement comme véritable alternative durable au mariage. Ceci concerne par exemple les partenaires qui ne veulent pas courir le « risque latent » d'une invalidité du contrat de mariage qui exclut toutes les conséquences du divorce, ou encore les personnes qui perdraient leurs droits à pension par le mariage.

³² Exposé détaillé par Buschbaum, *Kollisionsrecht der Partnerschaften außerhalb der traditionellen Ehe*, RNotZ 2010, 73 ss., 149 ss., lequel est favorable à une qualification de partenariat enregistré.

L'union libre s'est plutôt imposée à la fois comme « union fondée pour une certaine période de vie » n'entraînant justement que peu d'obligations pour les personnes concernées et comme une situation préalable au mariage, un mariage à l'essai en quelque sorte.

Dans de nombreux cas, les personnes fondant une union libre ne le font probablement pas dans l'intention de se différencier juridiquement du mariage. L'union libre naît tout simplement de la volonté de vivre ensemble sans que les partenaires y aient réfléchi de plus près. Ensuite, on n'observe plus d'évolution dès lors qu'il n'existe aujourd'hui plus de contraintes sociales, juridiques ou économiques à la conclusion d'un mariage, sachant que celui-ci ne garantit qu'une sécurité limitée face à une législation libérale en matière de divorce. Compte tenu de ce qui précède, il n'existe aucun besoin de légiférer puisque tous les couples ayant des projets de vie communs et désirant s'engager juridiquement bénéficient de la liberté contractuelle en matière de mariage ou de partenariat enregistré et par là même, de possibilités pouvant être adaptées largement à toute situation de vie.³³ Comme il est possible d'exclure les conséquences du divorce prévues par la loi – exclusion ayant pour limite l'atteinte aux bonnes mœurs – les conjoints et les partenaires enregistrés bénéficient de beaucoup de flexibilité lorsqu'il s'agit de trouver des solutions pour leur union.

La jurisprudence estime de manière récurrente en cas de litiges portant sur la liquidation d'une union libre que les conséquences du divorce ne s'appliquent pas aux non mariés pour la simple raison qu'ils auraient pu opter pour le mariage s'ils avaient accepté les conséquences en découlant. Si une personne ne se mariait pas pour éviter de s'engager juridiquement, on ne pouvait pas non plus la soumettre à des réglementations qu'elle n'avait pas voulues, d'autant plus que les couples mariés ou pacsés ont la possibilité de façonner leurs relations juridiques par voie contractuelle. Ce point de vue a débouché sur des décisions judiciaires incompréhensibles pour les personnes concernées dans les cas où un partenaire avait contribué de manière substantielle à l'accroissement du patrimoine de l'autre partenaire et que ses droits à compensation ont néanmoins été rejetés après la séparation. Entretemps, la jurisprudence a trouvé des solutions adéquates pour les ex-partenaires d'une union libre afin qu'ils trouvent leur compte lors de la liquidation du patrimoine sans les « marier économiquement ». Pour ce faire, elle ne s'appuie plus sur des considérations basées sur le régime des conséquences du divorce, mais s'en tient plutôt aux règles générales relatives à l'enrichissement sans cause et à l'absence du fondement de l'acte juridique.

Pour autant, le partenaire plus faible économiquement ne bénéficie pas d'une sécurité juridique comparable à celle garantie par le droit des régimes matrimoniaux.

De même, seules les conventions et les dispositions de dernière volonté permettent de régler les créances d'entretien alimentaire – hormis les créances modestes octroyées à une mère non mariée

³³ Löhnig op. cit.

selon les §§ 1615a ss. BGB – et les droits successoraux, alors même que celles-ci sont traitées fiscalement au même titre que les rapports juridiques entre personnes sans lien de parenté, c'est-à-dire qu'ils ne bénéficient d'aucun avantage fiscal. Pour ce qui concerne les unions de fait étrangères non enregistrées, les règles de conflit de lois du droit de la famille ne s'appliquent pas le cas échéant. Les relations patrimoniales de ces couples sont appréciées en fonction des dispositions pertinentes de la loi applicable aux obligations ou aux biens, le cas échéant, la loi applicable à l'accroissement du patrimoine et aux délits.³⁴

dd) Familles monoparentales et familles recomposées

Selon la représentation classique de la famille monoparentale, les enfants mineurs ont leur résidence habituelle chez la mère si le père et la mère vivent encore. Cette conception veut que la mère se charge de l'entretien des enfants par des prestations en nature et des services. Le père, quant à lui, contribue à l'entretien par des prestations en espèces. Dans certaines situations, la mère reçoit, elle aussi, une pension alimentaire. Dans la pratique, ce modèle reflète, encore aujourd'hui, la situation habituelle d'une famille monoparentale, tant en ce qui concerne les divorcés que les parents qui n'ont jamais été mariés. Force est toutefois de constater que les cas où le père se charge de l'assistance et de l'entretien des enfants se multiplient. Par ailleurs, on assiste également à un modèle « mixte » dans lequel chaque parent se charge de l'entretien sous forme d'espèces et en nature. Les familles recomposées dans lesquelles vivent des enfants issus de différentes relations de leurs parents sont en forte augmentation également.

Parallèlement à ces développements sociaux, les pères se sont fait l'idée que leurs prestations – parfaitement conformes à l'art. 6, al. 2 – devaient être compensées par des droits de visite accrus et un partage de l'autorité parentale. La loi témoigne de cette idée par les modifications apportées aux dispositions sur l'autorité parentale et le droit de visite. Le concept traditionnel de la famille reposait sur un partage des rôles selon lequel il incombait à l'homme de procurer les moyens économiques et à la femme de les utiliser pour les enfants. On supposait que dès lors que les aspects personnels de la relation parents-enfant revêtaient moins d'importance pour l'homme, l'autorité parentale devant donc toujours être accordée à la femme si les parents n'étaient pas mariés. Ceci était le meilleur moyen, pensait-on, de protéger les enfants en cas de conflits sur l'autorité parentale pouvant surgir entre des parents qui ne cohabitent pas.

Dans un premier temps, l'autorité parentale a fait l'objet des dispositions du § 1626 BGB qui la définissait comme l'obligation et le droit d'exercer l'autorité parentale sur l'enfant mineur. La loi stipulait expressément « qu'il est normal pour le bien de l'enfant que celui-ci ait des relations avec l'un et l'autre de ses parents ». Par la réforme du régime légal de la filiation et du statut juridique de l'enfant en 1997, l'autorité parentale partagée a été instituée comme règle générale en cas de

³⁴ Palandt/Thorn art. 17 b EGBGB pt. 12

divorce et l'autorité parentale d'un seul parent comme une exception nécessitant le consentement de l'autre parent et devant garantir l'intérêt de l'enfant.

Si les parents ne sont pas mariés au moment de la naissance de l'enfant, il existe désormais la possibilité de leur attribuer l'autorité parentale en commun lorsqu'ils déclarent qu'ils veulent l'assumer ensemble. S'ils se marient par la suite, l'autorité parentale conjointe est dévolue automatiquement. Dans les autres cas, la loi prévoit que c'est à la mère qu'est dévolue l'autorité parentale. Dans tous les cas d'autorité parentale partagée, le père et la mère sont tenus d'exercer l'autorité parentale « sous leur propre responsabilité et d'un commun accord dans l'intérêt de l'enfant ». Ensuite, la loi formule comme suit : « Lorsqu'ils ont des opinions différentes, ils doivent chercher à s'entendre. » Par conséquent, il est rare dans la pratique juridique que l'on introduise des demandes en vue du transfert de l'autorité à un seul parent. Plus particulièrement, ces demandes ne sont pas acceptées au seul motif de divergences d'opinion invoquées par le demandeur.

Les possibilités pour les pères de s'impliquer personnellement dans le cadre de la garde de l'enfant se sont donc améliorées de manière substantielle. En effet, selon la loi, la mère ne peut plus priver le père de la garde de l'enfant rien que par son attitude de refus. Cependant, deux facteurs continuent à restreindre les possibilités des pères désirant éduquer leur enfant :

- La mère peut entraver de manière illégitime l'implication du père en l'empêchant de fréquenter l'enfant et en lui signalant de faire valoir ses droits (et obligations) par la voie judiciaire.
- Dans la mesure où le père est obligé de verser une pension alimentaire pécuniaire, les contraintes de la vie active feront qu'il aura moins de temps pour s'occuper pleinement de son/ses enfant(s). Il lui sera donc difficile de maintenir des liens étroits avec eux même s'il le souhaite.

En fait, l'autorité parentale partagée et la fréquentation de l'un et de l'autre parent après une séparation requiert beaucoup de discipline et une coopération engagée. Ceci dit, il est fréquent que des parents non mariés entretiennent bel et bien des relations juridiques étroites via leurs enfants communs, même s'ils se sont remariés ou s'ils ont fondé une communauté de vie entretemps. La loi du 4 juillet 2013 (BGBl. I, 2176 s.) par laquelle a été inséré le nouveau § 1686a BGB est venue renforcer les droits du père biologique, mais qui n'est pas le père juridique. Le législateur accorde également à l'homme qui certes est le père biologique mais qui n'est pas considéré en tant que tel sur le plan juridique un droit de visite et d'information sur l'enfant. Ce droit s'exerce lorsque le père biologique montre un intérêt sérieux pour l'enfant et qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ainsi existe la possibilité de faire accepter des réalités familiales biologiques et sociales lorsque les intéressés se sont abstenus, pour une raison quelconque, de procéder à des contestations de la paternité ou des clarifications de la filiation produisant des conséquences juridiques spécifiques, mais que le père biologique en tant que « non-père » juridique souhaite établir le contact. Mais ce droit peut être fortement entravé dans la pratique et ne sera dès lors pas facile à appliquer.

2. Transfert de biens

a) Exigences formelles du transfert de biens

Le transfert de biens, notamment de la propriété de biens, est, lui aussi, protégé par la Loi fondamentale. Le droit fondamental applicable est l'art. 14 :

- (1) La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois.
- (2) Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité.
- (3) L'expropriation n'est permise qu'en vue du bien de la collectivité. Elle ne peut être opérée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation. L'indemnité doit être déterminée en faisant équitablement la part des intérêts de la collectivité et de ceux des parties intéressées. En cas de litige portant sur le montant de l'indemnité, les tribunaux ordinaires sont compétents.

Les termes « contenu et limites » reflètent déjà clairement le rapport de tension qui se dégage de cet article. L'État a de vastes possibilités pour intervenir et restreindre ces droits, ce qui se traduit régulièrement par les discussions sur l'imposition des donations et des successions. Le régime de la réserve héréditaire en tant que restriction de la liberté de tester a, lui aussi, été continuellement basé sur les dispositions de l'art.14 de la Loi fondamentale.

aa) Transmission de propriété entre vifs

En Allemagne, la transmission de propriété par une personne vivante à une autre est soumise au droit des obligations régi, quant à lui, par le principe de la liberté contractuelle. Pour les proches parents bénéficiaires d'une transmission de propriété entre vifs, il n'existe aucun droit comparable à la réserve héréditaire en dehors du régime du droit à l'entretien. Il n'existe, par ailleurs, aucune restriction à l'acquisition de biens immobiliers par des étrangers. Toute personne ayant la capacité juridique peut être donataire.

Le plus souvent, il s'agit d'une donation qui doit être reçue en la forme authentique par devant notaire, conformément au § 518 BGB, à moins que la donation ne soit immédiate (don manuel). En présence de biens immobiliers et de droits fonciers, l'authentification notariée est obligatoire au titre du § 311b, al. 1^{er} BGB. Il peut s'agir d'une libéralité donnée à titre purement gratuit, contrat unilatéral n'engageant qu'une seule des parties, mais aussi d'une donation avec charges ou d'une donation dite « mixte » dans le cas où les obligations imposées au donataire sont inférieures

à la valeur de la donation. En présence d'un bien immobilier, il faut toujours authentifier l'intégralité du contenu du contrat, même s'il ne se réfère pas au bien immobilier lui-même. Il existe des liens avec le droit des successions dans la mesure où des libéralités entre vifs sont imputées sur la réserve héréditaire lorsque cette imputation a été convenue ou, lorsque les descendants héritent à parts égales, sous forme de compensation à l'occasion de la répartition de la succession.

Conformément au principe d'abstraction, le contrat des obligations n'implique pas directement le transfert de propriété, mais suppose un accord sur le transfert de propriété. Dans la pratique, cet accord relevant du droit des biens est combiné avec le contrat des obligations dans un même document. L'accord relevant du droit des biens est exempt de formalités, à moins qu'il ne porte sur un bien immobilier ou un droit assimilé ou encore sur une part sociale d'une société à responsabilité limitée. Conformément au § 925 BGB, la « *Auflassung* » (l'accord sur le transfert de propriété du bien immobilier) est déclarée devant une « autorité compétente » en présence simultanée des deux parties. Nonobstant la compétence d'autres autorités, tout notaire est compétent pour recevoir des accords sur le transfert de propriété d'un bien immobilier. La cession de parts sociales d'une SARL doit, elle, être reçue en la forme authentique devant notaire.

L'accord sur le transfert de propriété ne modifie pas non plus la situation juridique, à moins qu'il ne s'agisse d'un transfert de droits. Il faut effectivement qu'un autre état de fait s'ajoute. Pour ce qui concerne les biens mobiliers, la loi exige leur remise matérielle ou une autre forme de prise de possession. En cas de biens immobiliers, l'inscription constitutive de droit au livre foncier est nécessaire, sachant qu'il faut justifier de la *Auflassung* à l'égard des services du livre foncier. Le livre foncier ne se limite pas à accepter l'acte et à en déclarer le contenu. Au contraire, il fait directement mention des rapports juridiques concernant le bien enregistré de manière à ce qu'il apparaisse clairement et immédiatement qui est le propriétaire d'un bien et qui a d'autres droits sur le bien. S'agissant de parts sociales d'une SARL, l'accord a pour effet le transfert du droit, mais le notaire authenticateur doit présenter une nouvelle liste des associés au registre du commerce permettant d'identifier le nouvel associé en application de l'acte de transmission des parts.

bb) Transmission de propriété pour cause de mort

Outre l'acquisition de biens par les héritiers par voie de succession universelle, il est possible d'acquérir des biens par legs. Tandis que la succession est dévolue directement à l'héritier au moment du décès du défunt et qu'il ne peut s'en séparer qu'en y renonçant, le legs fait naître un droit de créance entre l'héritier et le légataire en vue de la réalisation du legs. Si le légataire ne fait pas valoir sa créance, le legs reste entre les mains de l'héritier. Le délai de prescription de la créance du légataire est de trois ans. Il n'est pas nécessaire de renoncer expressément au legs pour éviter son échéance.

Il n'est pas non plus nécessaire d'ajouter un contrat relevant du droit des obligations sauf dispositions contraires convenues entre l'héritier et le légataire. La réalisation du legs en tant que telle est régie par les dispositions relatives à l'accord sur le transfert de propriété. Ainsi est-il nécessaire de dresser un acte notarié s'il y a des biens immobiliers et de procéder à l'inscription au livre foncier, laquelle est constitutive de droit. L'institution du legs particulier conférant directement un droit *in rem* au légataire n'existe pas en droit allemand.

b) Exemples de cas où l'acte notarié s'avère nécessaire pour devenir propriétaire ou transcrire le transfert de propriété au registre foncier

En droit allemand, l'acte notarié est toujours nécessaire pour tout/e

- contrat par lequel une partie s'engage à acquérir ou à transférer la propriété d'un immeuble, § 311 b, al. 1^{er} BGB
- contrat par lequel une partie s'engage soit à transférer soit à grever d'un usufruit son patrimoine actuel en totalité ou en partie, § 311 b, al. 3 BGB, indépendamment du fait que le patrimoine comporte des biens immobiliers
- pacte successoral passé entre futurs héritiers légaux et portant sur la part successorale légale ou la réserve héréditaire de l'un d'entre eux, § 311 b, al. 5 BGB, indépendamment du fait que la succession future comporte des biens immobiliers
- donation telle que décrite ci-dessus
- transfert de parts sociales de sociétés de responsabilité limitée.

La réglementation relative à la « Auflassung » ne doit pas être considérée comme une condition de forme, mais comme compétence concurrentielle de titulaires d'une charge.

3. Instruments de réglementation

a) Règlementation par des principes impératifs et des interdictions

Le législateur régule les relations juridiques en matière de droit de la famille et de successions en premier lieu par des lois fixant les droits et obligations des personnes concernées, notamment les contenus et les limites de ces droits et obligations. Les lois donnent de la substance aux droits fondamentaux visés aux art. 6 et 14 de la Loi fondamentale d'une manière telle que les personnes concernées peuvent établir leurs relations juridiques sur la base de la liberté d'action générale qui, elle aussi, est protégée par le droit constitutionnel.

Cela peut avoir lieu de manière directe au niveau du droit des obligations et des dispositions du BGB portant sur le droit réel ; voir les passages précédents du présent rapport décrivant la situation juridique ainsi que la liste d'exemples d'actes juridiques soumis à l'authentification notariale. Dans ce contexte, le § 311 b paraît intéressant dans la mesure où il requiert non seulement l'authentification notariale pour des actes particulièrement importants ou sensibles dans ses alinéas 1, 3 et 5, mais qu'il déclare expressément nul par ses alinéas 2 et 4, tout contrat portant sur l'aliénation du patrimoine futur et le fait de le grever ainsi que sur la succession d'un tiers encore vivant (à l'exception des pactes successoraux selon l'art. 5).

b) Réglementation par des mesures incitatives de l'Etat

L'État influe sur le comportement des hommes dans le domaine du droit de la famille et des successions à la fois par des incitations financières et des avantages pécuniaires.

aa) L'incitation peut passer par des mesures fiscales indirectes

Opter pour ou contre un mariage peut dépendre du barème fiscal dit « splitting » selon lequel les revenus conjoints sont cumulés et répartis équitablement entre les conjoints en vue de l'imposition du revenu. Par conséquent, l'inconvénient découlant de la progressivité de l'impôt, selon lequel le taux de l'impôt augmente au fur et à mesure que le revenu s'accroît, sera d'autant plus atténué que les revenus des conjoints divergent. Le « splitting » en tant que tel fait l'objet d'une polémique en ce qu'il est à la fois favorable aux couples sans enfants et aux familles avec un seul revenu. D'autres voix demandent de maintenir ce système d'imposition, mais de le concevoir à l'avenir comme un « splitting familial ». Il dépendrait alors de l'existence et du nombre d'enfants ce qui pourrait apporter des avantages plus importants que les déductions fiscales pour enfants à charge (décrites ci-après).

Un autre aspect fiscal important concerne l'imposition de donations et de successions, étant précisé que la loi réserve une égalité de traitement entre les donations et les successions. Toutes les libéralités faites par le même donateur au même donataire dans les dix ans sont cumulés, même si la donation est suivie de l'ouverture de la succession.

Chaque notaire connaît les cas où il est sollicité pour authentifier des actes aux fins d'évasion fiscale, sachant que les préoccupations des personnes concernées sont souvent non fondées. En effet, l'imposition ne pose généralement aucun problème aux parents proches puisqu'ils bénéficient d'abattements élevés et de taux d'imposition bas. En revanche, plus le lien de famille est éloigné moins les abattements sont élevés et plus élevés sont les taux d'imposition. Alors que le passage de la classe d'impôt III à la classe d'impôt I en raison d'un mariage se fait normalement sans difficulté, les personnes souhaitant adopter un majeur doivent présenter une justification morale et se voient généralement refuser l'adoption par les juridictions lorsque les motifs sont d'ordre fiscal.

Le § 15, al. 1^{er} de la loi relative aux droits de succession (*Erbschaftssteuergesetz* ; ErbStG) prévoit les catégories d'imposition suivantes pour les personnes concernées :

Classe d'impôt I:

1. le conjoint et le partenaire enregistré,
2. les enfants et les enfants d'un autre lit,
3. les descendants des enfants et des enfants d'un autre lit mentionnés au pt. 2,
4. les parents et les grands-parents en cas d'acquisition pour cause de mort ;

Classe d'impôt II

1. les parents et les ascendants dans la mesure où ils n'appartiennent pas à la classe d'impôt I,
2. les frères et sœurs,
3. les descendants au premier degré des frères et sœurs,
4. les beaux-parents (d'un enfant d'un autre lit),
5. les beaux-enfants,
6. les beaux-parents,
7. l'époux divorcé et le partenaire d'un partenariat enregistré dissolu ;

Classe d'impôt III :

tous les autres contribuables et les donations affectées à un but déterminé.

Selon le § 16, al. 1^{er} ErbStG, les abattements suivants s'appliquent :

(1) Est exonéré d'impôts dans les cas d'assujettissement illimité (§ 2, al. 1^{er}, pt. 3) l'acquisition de la part

1. du conjoint et du partenaire enregistré à concurrence de 500 000 euros ;
2. des enfants au titre de la classe d'impôt I, pt. 2 et des enfants d'enfants décédés au titre de la classe d'impôt I, pt. 2 à concurrence de 400 000 euros ;
3. des petits enfants au titre de la classe d'impôt I, pt. 2 à concurrence de 200 000 euros ;
4. des autres personnes de la classe d'impôt I à concurrence de 100 000 euros ;
5. des personnes de la classe d'impôt II à concurrence de 20 000 euros ;
6. (supprimé)
7. des autres personnes de la classe d'impôt III à concurrence de 20 000 euros.

(2) En lieu et place de l'abattement prévu à l'alinéa 1, un abattement de 2 000 euros s'applique dans les cas d'un assujettissement limité (§ 2, alinéa 1^{er}, pt. 3).

Sont assujettis à l'imposition de manière illimitée et donc favorisés, les résidents fiscaux, c'est-à-dire essentiellement toutes les personnes ayant leur domicile ou leur résidence habituelle en Allemagne, les ressortissants allemands vivant à l'étranger pour une période inférieure à 5 ans, les ressortissants allemands appartenant à la fonction publique et exerçant leur activité à l'étranger ainsi que des organismes et corporations nationaux.

Pour les personnes partiellement assujetties, à savoir les personnes qui ne sont pas résidents fiscaux comme les ressortissants allemands non fonctionnaires s'installant définitivement à l'étranger ou des étrangers vivant à l'étranger et dont le patrimoine se situe en Allemagne, la situation est beaucoup moins favorable car leur abattement ne s'élève qu'à 2 000 euros, quel que soit leur statut familial.

Après avoir déterminé la classe d'impôt et l'abattement individuel, il y a lieu de calculer, conformément au § 19 ErbStG, le taux d'imposition en fonction de la valeur de l'acquisition en tenant compte des biens acquis à l'étranger par exemple :

L'imposition des successions est calculée selon les pourcentages suivants :

Valeur de l'acquisition imposable (§ 10) jusqu'à ... euros	Pourcentage appliqué par classe d'impôt		
	I	II	III
75.000	7	15	30
300.000	11	20	30
600.000	15	25	30
6.000.000	19	30	30
13.000.000	23	35	50
26.000.000	27	40	50
Plus de 26.000.000	30	43	50

(2) Si, dans le cas du § 2, alinéa 1^{er}, pt. 1 et alinéa 3, une partie du patrimoine n'est pas assujettie aux droits de succession au niveau national en raison d'une convention de double imposition, il y a lieu de percevoir les droits selon le taux d'imposition qui s'appliquerait à la totalité de l'acquisition.

(3) La différence entre les droits de succession découlant par application de l'alinéa premier d'une part, et les droits de successions dus lorsque l'acquisition n'aurait pas franchi le plafond précédent, n'est perçue que dans la mesure où elle peut être couverte par

- a) la moitié (sur base d'un taux d'imposition de 30 pour cent),
- b) par les trois quarts (sur base d'un taux d'imposition supérieur à 30 pour cent)

du montant dépassant la valeur seuil.

Dès lors, en cas de fortunes plus importantes et d'éléments d'extranéité, les personnes concernées peuvent avoir intérêt à planifier leur situation patrimoniale à un stade précoce. Dans ce contexte, il est opportun d'avoir d'emblée recours au notaire à côté d'autres conseillers et ce, pour sa compétence en matière de consultation et d'authentification des actes.

bb) Les mesures directes de transferts sociaux et leur aspect fiscal joue un rôle important dans la pratique

L'État intervient notamment au niveau des transferts et d'autres avantages pécuniaires. Font partie des transferts – fonds publics versés directement aux bénéficiaires sans contre-partie –, les allocations familiales et parentales ainsi que des indemnités de poste attachées aux salaires des fonctionnaires. Le droit aux allocations familiales naît à la naissance de l'enfant et cesse par principe lorsque celui-ci devient majeur. Pour chaque enfant qui commence une formation professionnelle ou des études après 18 ans, il est possible de demander des allocations familiales jusqu'à l'âge de 25 ans. En Allemagne, les allocations familiales s'élèvent à 184 euros en 2013, respectivement pour le premier et le deuxième enfant, et à 190 euros pour le troisième enfant. Pour chaque enfant supplémentaire, les parents reçoivent 215 euros.

Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, le minimum vital de l'enfant doit rester exonéré d'impôts. C'est la raison pour laquelle l'on a institué des abattements pour enfants à charge. En 2013, cet abattement s'élève à 7 008 euros. L'objectif consiste à garantir un minimum vital fiscal, notamment par les allocations familiales. Dans le cadre de la régularisation annuelle de l'impôt sur les salaires ou de la déclaration d'impôts, on procède à une vérification visant à déterminer l'application du régime fiscal le plus favorable (*Günstigerprüfung*). L'autorité fiscale réalise une évaluation comparative de manière à calculer le montant de l'impôt sans tenir compte des abattements pour enfants à charge. Puis, elle calcule le montant des impôts à payer en moins si l'on tient compte de ces abattements. Le résultat obtenu est comparé au montant des allocations familiales versées. Si ce montant (versé en 2013) est supérieur au montant des impôts que l'on économiserait en imputant les déductions fiscales pour enfants par enfant, le versement des allocations familiales sera plus favorable pour les contribuables que la prise en compte des déductions fiscales. Une compensation n'a donc pas lieu. En d'autres mots, le contribuable ne doit pas rembourser des allocations familiales simplement parce que l'avantage fiscal calculé était inférieur aux allocations familiales versées en 2013. Si par contre, l'avantage fiscal éventuel obtenu par l'imputation des déductions fiscales pour enfants était plus important que les allocations familiales versées en 2013, le contribuable recevra la différence entre le montant de l'avantage fiscal et celui des allocations familiales versées.

En ce qui concerne les allocations parentales, c'est le parent qui a interrompu son activité professionnelle à la suite de la naissance de l'enfant qui y a droit pendant une durée maximale de 14 mois et à concurrence de 67% des revenus obtenus ; le plafond étant de 1800 euros par mois. Les parents sans revenus reçoivent un montant fixe de 300 euros par mois. Les étrangers sans permis de séjour ne reçoivent aucune allocation familiale. Cette réglementation a pour objectif de dissuader l'immigration. Les grands-parents non plus ne peuvent prétendre aux allocations parentales.

Afin que les personnes concernées puissent mieux concilier vie de famille et vie professionnelle, elles ont la possibilité de prendre un congé parental pour éduquer les enfants ou pour prendre soin des proches parents. La loi relative aux allocations parentales fédérales et au congé parental accorde aux mères et aux pères un droit au congé parental jusqu'à l'âge de 3 ans révolus de leur enfant.¹ Les deux parents sont considérés séparément, c'est-à-dire qu'ils peuvent prendre l'entièreté ou juste une partie de leur congé parental ensemble. Pour faire valoir ce droit, les parents doivent éduquer et s'occuper eux-mêmes de leur enfant et vivre avec lui dans un même foyer. Par ailleurs, le domicile ou la résidence habituelle des parents doit se situer en République fédérale d'Allemagne. Pendant le congé parental, les parents ne peuvent exercer une activité professionnelle excédant la durée hebdomadaire de 30 heures. A l'issue du congé parental, le ou les parent(s) reprennent automatiquement leur travail dans les mêmes conditions qu'avant le congé parental. Toutefois, selon la jurisprudence allemande, il n'existe aucun droit à récupérer le même poste de travail. La question de savoir si cette démarche est conforme au droit européen, fait l'objet d'une controverse.

En novembre 2012, le gouvernement fédéral a adopté la loi relative aux allocations d'éducation, créant ainsi une autre allocation destinée aux parents. L'objectif visé par ces allocations d'un montant de 150 euros par mois était d'offrir une compensation aux familles gardant leurs enfants de moins de trois ans au domicile au lieu de les placer dans une crèche subventionnée par l'État. Il faut considérer les allocations d'éducation à la lumière du fait que jusqu'à présent l'État allemand n'est pas en mesure de mettre à disposition assez de places de crèches pour les enfants de moins de trois ans et ne peut donc pas encore répondre à l'exigence qu'il s'est posée à lui-même. Les allocations d'éducation font cependant l'objet d'une vive polémique. Certes, l'extension de l'infrastructure des garderies pour enfants coûterait encore plus à l'État que les allocations d'éducation. Politiquement, la question de savoir dans quelle mesure les femmes sont privées de la vie active et les enfants d'une éducation en bas âge et subissent ainsi des inconvénients plus considérables à long terme que s'ils ne bénéficiaient d'aucune allocation, est très controversée. Par un projet de loi adopté le 22 mars 2013, les États fédéraux ont l'intention d'abolir la loi relative aux allocations d'éducation et d'investir l'argent affecté dans l'infrastructure des crèches. Cela permettrait de répondre à la demande de crèches de qualité pour les enfants en bas âge.

Une autre mesure incitative importante est la possibilité d'assurer le conjoint et les enfants gratuitement sous le régime légal d'assurance maladie pour autant que les conditions préalables soient réunies et que certains seuils de revenus ne soient pas dépassés.

c) Efficacité

Il est certain que les règlementations sont le plus efficace lorsqu'elles se déclinent en principes impératifs et interdictions, puisque l'État peut, grâce à ses moyens d'intervention, imposer ou empêcher directement certains comportements et déclarer valables ou invalides certains actes

juridiques. Un moyen très efficace pour contrôler le transfert des biens semble être l'imposition des successions et des donations. Vue la possibilité d'économiser des montants considérables en adoptant des mesures d'optimisation fiscale, particulièrement lorsqu'il s'agit de grandes fortunes, il est d'usage de planifier sur le long terme et de prendre des mesures supplémentaires (mariages avec contrats de mariage et pactes successoraux correspondants, adoptions, renonciations à la part successorale et à la réserve héréditaire, règles en matière de droit des sociétés). En ce qui concerne les transferts et les mesures indirectes qui relèvent plutôt du domaine de la politique familiale, il est difficile d'en évaluer les effets. Ainsi, malgré les mesures incitatives, le nombre de mariages diminue et le nombre d'enfants nés hors mariage est en augmentation. L'Allemagne enregistre un des taux de natalité les plus bas dans l'Union européenne, respectivement dans le monde.

C. Conséquences de la situation actuelle

I^{ère} partie : Attentes et perspectives politiques en Allemagne

1. au niveau des autorités publiques

Dans le domaine du droit de la famille et des successions, les modifications législatives prévues ont été introduites comme décrit ci-dessus au cours de cette législature et de la législature précédente. De nombreux débats sur les mesures de politique familiale s'annoncent en amont des élections législatives en Allemagne prévues pour le 22 septembre 2013, sachant que la poursuite de ces débats dépendra du résultat des élections. Cela concerne tout particulièrement la suppression des allocations d'éducation et la revendication d'assimiler le partenariat enregistré au mariage au regard du régime de l'adoption.

Les critiques répétitives émises sur la situation actuelle en matière d'imposition des successions portent sur le fait que l'égalité de différents types de patrimoine n'a pas été réalisée et qu'il est devenu possible en cas de continuation d'entreprise, de transmettre les actifs privilégiés de l'entreprise à large échelle tout en les exonérant complètement d'impôts. A l'inverse, il est reproché à la réglementation actuelle le fait que les contribuables de la classe d'impôts II soient plutôt imposés selon les règles de la classe d'impôt III que celles de la classe d'impôts I, bien qu'il s'agisse de parents du 2^{er} et du 3^e degré qui descendent des mêmes ancêtres et que les parents sans enfants transmettent souvent leurs biens hérités à d'autres descendants des mêmes grands-parents, héritage, qui est alors fortement taxé par l'État.

2. au niveau de la profession de notaire

La profession de notaire pouvait soumettre des propositions en présentant ses prises de position tant dans le sillage de la réforme du droit des successions que pour les diverses modifications en

droit de la famille, propositions, qui se retrouvent dans la loi actuellement.

Vu l'impossibilité d'un abandon du régime de la réserve héréditaire, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale en matière de garantie constitutionnelle des droits successoraux, et le fait que la réforme a atténué la situation par la « fonte » linéaire du droit au complément de la réserve héréditaire en cas de donation du vivant du donateur sur une période de 10 ans, la problématique est du moins désamorcée. Dans ce domaine, il faut ne pas s'attendre à d'autres modifications dans un proche avenir. Par ailleurs, la pratique notariale est favorable à la possibilité de pouvoir désormais renoncer par contrat aux libéralités accordées par un pacte successoral ou un testament conjonctif à effet contraignant à l'égard des descendants du renonçant.

Les modifications apportées dans le domaine du droit de la famille sont accueillies favorablement par la pratique notariale dans la mesure où elles ont renforcé les possibilités offertes par la liberté contractuelle. Or, dans le domaine de la péréquation des pensions et de la pension alimentaire après le divorce, l'insécurité juridique subsiste lorsque les conjoints conviennent de clauses d'exclusion d'une large portée qui risquent d'être frappées de nullité parce que la jurisprudence défend les noyaux du mariage et les principes mêmes y liés en soumettant de telles conventions à un examen spécifique. Cette insécurité juridique s'avère peu opportune du point de vue des juristes chargés du droit des contrats et, bien évidemment, du point de vue des personnes concernées également.

3. au niveau des personnes concernées par les transactions juridiques

Chaque procédure législative en Allemagne va de pair avec une consultation des groupes ciblés, souvent par voie écrite.³⁵ Dans la pratique, les ministères et organes législatifs se servent de listes d'organismes et de groupements d'intérêts auxquels sont adressées des propositions de loi relevant de leur domaine respectif pour prise de position. Par ailleurs, il existe des auditions publiques avec des experts et qui sont ouvertes à tout un chacun.³⁶ Ainsi, toute personne intéressée peut exercer une influence sur la législation non seulement par le biais des partis politiques, mais aussi via le grand nombre de groupements d'intérêts.

³⁵ Cette approche a déjà été préconisée à un stade précoce, se reporter par exemple à Heinrich Josef Schröder, Gesetzgebung und Verbände. Ein Beitrag zur Institutionalisierung der Verbandsbeteiligung an der Gesetzgebung, Berlin 1976. L'enregistrement des associations auprès du Bundestag et du gouvernement fédéral résulte actuellement de l'annexe 2 du règlement du Bundestag, la participation des cercles concernés aux projets du gouvernement découlant des articles 47 et 48 des règlements communs des ministères fédéraux, cf. http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/anlage2.html;

http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Veroessentlichungen/ggo.pdf?__blob=publicationFile

³⁶ Les informations à ce sujet sont disponibles sur Internet pour toute personne intéressée, voir par ex. <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/index.jsp>

II^e partie : répercussions sur la sociologie du pays au vu des évolutions observées

Dans les dernières années, la sociologie met de plus en plus l'accent sur le droit de la famille et des successions. En droit de la famille, on pose des questions du genre : comment peut-on décrire et analyser de manière empirique la segmentation et la pluralisation de la parentalité, de la filiation et de la situation juridique de l'enfant ? Comment la parentalité, la filiation et la situation juridique de l'enfant sont-elles réglées ? Et à quel point le concept sociologique de la segmentation de la parentalité est-il pertinent pour répondre aux questions posées par la science juridique et la législation ?³⁷ Il existe également des pistes de recherche pour ce qui concerne la sociologie de l'héritage et de la dévolution successorale.³⁸

Sur l'évolution en Allemagne on trouve les statistiques suivantes :³⁹

En 2011, 377 816 mariages ont été conclus, 662 685 enfants sont nés vivants et 852 328 personnes sont décédées. Le nombre absolu de naissances n'a donc jamais été aussi bas depuis le début du recensement statistique, voire même plus bas qu'en 1933 et en 1945. Le taux de natalité est de 1,36 enfants par femme. En même temps, l'espérance de vie ne cesse de s'augmenter. Ainsi les garçons nés en 2009 ont une espérance de vie se situant entre 83,1 et 86,4 ans (en fonction des hypothèses de base). Pour les filles, les valeurs correspondantes sont de 88,3 ans, respectivement de 90,7 ans. Force est de constater que le vieillissement de la population progresse.

En 1949, c'est-à-dire au moment de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, 10,2 mariages et 16,3 enfants nés par an ont été recensés par 1000 habitants. Parmi les 1000 enfants nés vivants, 99,5 – donc environ un dixième – avaient des parents non mariés.

En 2011, 4,6 mariages ont été conclus par 1 000 habitants et 8,1 enfants sont nés par 1 000 habitants. Parmi les 1 000 enfants nés vivant, 339,1 – donc environ un tiers – avaient des parents non-mariés.

Tant les hommes que les femmes ont tendance à conclure le premier mariage de plus en plus tard. Ainsi, en 2011, l'âge moyen du mariage des célibataires a continué à augmenter légèrement en Allemagne. Les hommes célibataires se sont mariés en moyenne à l'âge de 33,3 (2010 : 33,2 ans)

³⁷ Dieter Schwab et Laszlo A. Vaskovics (éd.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft: Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*, Verlag Barbara Budrich 2011.

³⁸ Les actes du colloque de Frank Lettke (éd.), *Erben und Vererben - Gestaltung und Regulation von Generationenbeziehungen* résultent d'un colloque à l'université de Constance en 2003 qui se penche depuis un certain temps déjà sur cette problématique.

³⁹ Les chiffres proviennent du site web de l'Office fédéral des statistiques. La présentation qui est plus différenciée sur le fond couvre la période de 1946 à 2011.

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/WirtschaftStatistik/Bevoelkerung/GeburtenSterbefaelleEhe2011_122012.pdf?__blob=publicationFile

et les femmes célibataires à 30,5 ans (2010 : 30,3 ans). Rien que depuis 2000, l'âge moyen du mariage a augmenté de 2,1 ans à la fois pour les hommes et les femmes célibataires.

En 2011, les couples mariés avaient déjà des enfants communs dans un cinquième des cas (75.344). Cela représente 762 cas plus qu'en 2010 et plus que le double des cas qu'en 1991. Il est difficile de déterminer la proportion exacte des parents qui ne se sont pas mariés dans un premier temps, mais se marient après la naissance d'un enfant commun. Mais si l'on considère les deux états de fait ensemble, on est tenté de conclure qu'une part de plus en plus grande de couples avec enfants communs qui n'étaient pas mariés au début, décident finalement de le faire.

Lors du micro-recensement effectué en 2010, 63 000 couples ont indiqué qu'ils vivaient dans une communauté de vie homosexuelle, dont 23 000 dans un partenariat enregistré. 37% des couples étaient donc enregistrés conformément à la loi relative au partenariat enregistré. En 2006, il ne s'agissait que de 19% seulement des 62 000 couples de même sexe.⁴⁰

Par ailleurs, l'Office fédéral des statistiques a publié récemment le communiqué de presse suivant (extrait) :⁴¹

...

- Certes, en 2011 la majorité des enfants mineurs a encore grandi chez leurs parents mariés (75 %), mais 17 % ont vécu chez un seul parent et 8 % chez des parents en communauté de vie.
- Au total, il y avait environ 1,4 millions de familles en moins en 2011 par rapport à 1996. Dans plus de 70 % des ménages privés en 2011, il n'y avait aucun enfant.
- La part des partenariats enregistrés parmi les communautés de vie homosexuelles a doublé de 2006 à 2011 (de 19 % à 40 %)..."

L'Office fédéral des statistiques déduit les tendances suivantes de ces recensements⁴² :

- Le nombre de couples mariés a diminué de 8 % entre 1996 et 2011, tandis que le nombre d'(autres) unions de fait a augmenté de 52 %, le nombre de célibataires de 24 % et le nombre de parents élevant seul leur enfant de 20 %.

⁴⁰ https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/zdw/2011/PD11_025_p002.html

⁴¹ https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2012/10/PD12_351_p001.html

⁴² https://www.destatis.de/DE/Publikationen/WirtschaftStatistik/Bevoelkerung/HaushalteUndLebensformen_112012.pdf?__blob=publicationFile

En ce qui concerne le nombre d'adoption d'enfants et d'adolescents, les statistiques suivantes sont disponibles :⁴³

Sexe	Nationalité	°°âgé de ... jusqu'à ...	Lien de parenté avec les parents adoptifs			Dont (colonne 1) nationalité des parents adoptifs			
			Au total	Lien de parenté	Beau-père/ Belle-mère (d'un fant d'un autre lit)	Aucun en- lien de	Alle- mand	Non mand	alle- allemand/ non alle- mand
Homme			2 046	49	1 077	920	1 830	56	160
		en dessous de 3	721	12	120	589	680	12	29
		3 - 9	620	16	340	264	563	16	41
		9 - 15	495	13	441	41	429	16	50
		15 - 18	210	8	176	26	158	12	40
		Dont							
		Allemands	1 545	20	916	609	1 474	22	49
		Non Allemands	501	29	161	311	356	34	111
Femme			2 014	55	1 189	770	1 791	51	172
		en dessous de 3	621	7	126	488	582	8	31
		3 - 9	577	17	332	228	513	17	47
		9 - 15	546	19	497	30	482	14	50
		15 - 18	270	12	234	24	214	12	44
		Dont							
		Allemandes	1 581	26	999	556	1 509	20	52
		Non allemandes	433	29	190	214	282	31	120
Au total			4 060	104	2 266	1 690	3 621	107	332
		En dessous de 3	1 342	19	246	1 077	1 262	20	60
		3 - 9	1 197	33	672	492	1 076	33	88
		9 - 15	1 041	32	938	71	911	30	100
		15 - 18	480	20	410	50	372	24	84
		Dont							
		Allemands	3 126	46	1 915	1 165	2 983	42	101
		Non Allemands	934	58	351	525	638	65	231

Il n'existe pas de données sur les adoptions de majeurs. Il semble que la grande majorité des adoptions sont des adoptions plénières à fort impact, car c'est la seule forme d'adoption possible pour les mineurs. Cette forme est d'ailleurs également sollicitée lorsqu'il s'agit d'adoptions d'enfants majeurs d'un autre lit. L'adoption de majeurs avec lesquels il n'existe aucun lien de parenté et qui ne sont pas non plus des enfants d'un autre lit sont plutôt rares dans la pratique.

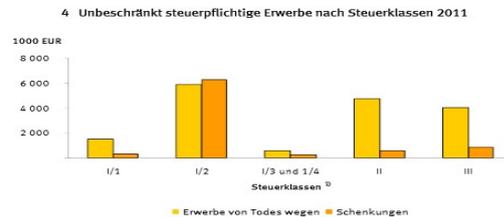
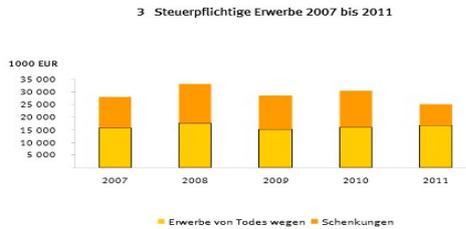
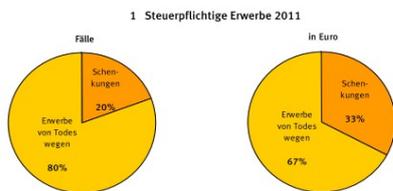
⁴³ <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialeleistungen/KinderJugendhilfe/Tabellen/Adoptionen2011.html>

Vu que le taux d'étrangers (8,8 %) au sein de la population a perdu de pertinence dans la mesure où il ne prend pas en considération les nombreux Allemands rapatriés et naturalisés, toutes les personnes issues de l'immigration font désormais également l'objet d'un recensement statistique. Cette part s'est élevée à 19,5 % en 2011. Par le règlement européen sur les successions internationales et partant, l'abandon du principe de la nationalité au profit du principe du domicile ou de la résidence, il faudra s'attendre à ce que moins de droits étrangers seront applicables, au moment du décès du défunt, aux personnes habitant en Allemagne. Pour ce qui concerne le droit des régimes matrimoniaux, il faut cependant toujours partir du fait qu'environ un cinquième de la population ne tombe pas d'emblée sous le régime légal allemand de la participation aux acquêts.

Pour ce qui concerne le volume des successions, les données de la Bundesbank allemande et de l'Office fédéral des statistiques révèlent qu'en 2011 la valeur des successions en Allemagne a atteint environ 233 milliards d'euros. Cette valeur correspond à 5 % des actifs financiers de tous les ménages privés en Allemagne et à 3 % du total du bilan des instituts de crédit allemands.⁴⁴

Selon une enquête réalisée par le « Handelsblatt », 25,8 pour cent des personnes interrogées ont établi un testament ou un pacte successoral.⁴⁵ A défaut, la succession ab intestat entre en vigueur.

Les données relatives à l'imposition des successions nous fournissent les graphiques et les informations suivantes :⁴⁶



¹⁾ Eine detaillierte Beschreibung der Steuerklassen finden Sie in den Fußnoten der Tabellen 2.1.2 und 2.1.3. Zu beachten sind die Unterschiede zwischen Erwerben von Todes wegen und Schenkungen in den Steuerklassen I/2, I/4 und II.

⁴⁴ <http://www.die-bank.de/banking/deutschland-ein-volk-von-erben>

⁴⁵ <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/2313/umfrage/testament-oder-erbvertrag-vorhanden/>

⁴⁶ https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/FinanzenSteuern/Steuern/ErbschaftSchenkungsteuer/ErbschaftSchenkungsteuer_5736101107004.pdf?__blob=publicationFile

Les acquisitions de biens pour cause de mort soumises à l'impôt et reprises par les statistiques de 2011⁴⁷ sur l'imposition des successions et des donations se sont élevées à 16,9 milliards d'euros, les acquisitions par voie de donation se chiffrant à 8,3 milliards d'euros. Le montant de l'impôt correspondant était de 4,2 milliards d'euros, dont 3,5 milliards d'euros d'impôts sur les successions et 0,7 milliard d'euros d'impôts sur les donations. L'actif net de la succession (biens successoraux moins les dettes résultant de la succession) déterminé dans le cadre de l'évaluation de l'impôt en 2011 se situait aux alentours de 25,3 milliards d'euros. La différence entre l'actif net de la succession et la somme de toutes les acquisitions pour cause de mort découle des abattements d'une part, et du fait que seule une partie des acquisitions pour cause de mort faisait l'objet de l'imposition des successions introduite pour la première fois en 2011.

Les biens fonciers et d'autres biens, à savoir les avoirs bancaires et les valeurs mobilières en particulier, représentaient une partie de 30 %, respectivement de 57 % de la valeur de tous les biens successoraux (hormis les donations). La part du capital d'exploitation était de 12 %, alors que la celle des biens agricoles et forestiers ne s'élevait qu'à 0,8%.

La majeure part (54 %) des impositions fixées en cas d'acquisitions pour cause de mort était basée sur une acquisition imposable d'une valeur atteignant 50 000 euros ; les impôts fixés effectivement ne contribuaient au volume global qu'à concurrence de 7%. Or, pour 0,2 % des cas dans lesquels il s'agissait d'une acquisition imposable d'une valeur excédant les 5 millions, l'impôt à percevoir a été fixé à 18 %. Les donations tombent sous le même régime. En effet, pas moins de 51 % des acquisitions ont atteint une valeur jusqu'à 50 000 euros qui représentaient une part de 5 % dans l'impôt global fixé. Seul 0,8 % des cas de donation portait sur une acquisition dépassant 5 millions d'euros, tout en contribuant à 21 % des impôts sur les donations fixés au total.

Si l'on considère ces résultats à la lumière des règles détaillées sur l'abattement, des taux d'imposition ainsi que des règles d'évaluation et du résultat que la plupart des acquisitions pour cause de mort et des donations est exonéré d'impôts, on se rend compte de la véritable volonté politique en matière d'imposition des successions et des donations: Tout transfert de patrimoine d'une valeur normale au sein d'une famille n'est pas imposable. Pour les acquisitions dépassant légèrement les abattements, les taux d'imposition sont bas. Par contre, des taux élevés s'appliquent en cas d'importants transferts de patrimoine qui, par la même, représentent la plus grande part des recettes fiscales en matière d'imposition des successions et des donations.

⁴⁷ <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OessentlicheFinanzenSteuern/Steuern/Erbschaft/Schenkungssteuer/Aktuell.html>

D. Conclusions/propositions

I. Accorder la priorité aux familles/cohabitations avec enfants indépendamment du mariage

Des nouvelles formes de famille outre la famille classique composée du couple et d'enfants communs sont devenues une réalité sociale. De nos jours, les dispositions de l'art. 6 de la Loi fondamentale allemande doivent être entendues comme mission donnée à l'État et consistant à promouvoir le bien-être de toutes les formes de famille avec enfants. En effet, eu égard aux constatations de la Cour constitutionnelle fédérale concernant l'égalité de traitement en tant que droit fondamental découlant de l'art. 3, le point de vue adopté jusqu'ici selon lequel la protection du mariage était entendue comme objectif visant à améliorer la situation juridique ou économique des couples mariés plutôt que celle des partenaires enregistrés, n'est plus valable. Dès lors, les politiques et les législateurs devront se consacrer principalement à la tâche de privilégier des projets de vie avec enfant par rapport à ceux sans enfants.

II. Adapter le régime légal de la filiation à la réalité biologique et sociale

En Allemagne, la filiation paternelle est rattachée uniquement à la parentalité génétique et aucune importance n'est accordée à la maternité génétique lorsqu'une autre femme se voit implanter l'ovule fécondé et met l'enfant au monde. Cette situation n'est pas logique et n'empêche pas non plus les personnes concernées d'avoir recours à des moyens de reproduction non autorisés en Allemagne. On arrive alors à un résultat étrange dans cet État, en ce sens que le seul moyen pour la mère génétique d'être reconnue en tant que mère juridique, est d'adopter ses enfants biologiques.

A l'inverse, s'agissant d'insémination hétérologue très répandue et autorisée en Allemagne, il n'est pas possible d'exclure une contestation de la paternité qui prouve la filiation paternelle avec toutes les conséquences que cela entraîne quant au donneur de sperme. La comparaison avec le régime de l'adoption montre que le droit à connaître la filiation génétique – lequel est protégé par la Constitution – peut très bien être associé à la durabilité des relations de famille sociales.

III. Meilleure protection du conjoint/partenaire survivant à l'égard des enfants et leurs droits sur la succession ou la réserve héréditaire

Dans la grande majorité des cas, la génération des défunts d'aujourd'hui est à l'origine de la masse successorale qu'ils ont constituée conjointement avec leurs époux respectifs depuis 1945. Dans la mesure où ce patrimoine est composé exclusivement ou majoritairement de biens immobiliers à usage privatif, le conjoint survivant se voit privé d'un élément essentiel de sa vie en raison de

l'existence du droit inconditionnel à la liquidation de la succession – si nécessaire par une vente aux enchères publiques et le respect de l'échéance et l'exercice du droit de réserve héréditaire. Il serait possible de remédier à ce problème en limitant, du moins temporairement, le partage successoral en cas d'indivision successorale avec le conjoint survivant et en reportant les droits à la réserve héréditaire. Face à cette thèse, il ne conviendrait pas d'invoquer le caractère alimentaire et participatif de la réserve héréditaire dans une société qui offre un choix multiple de formations et un réseau social dense.

La population ignore largement le fait que les testaments conjonctifs rédigés par les deux conjoints lient également le conjoint survivant ayant accepté la succession après le décès de son conjoint si la possibilité de modifier ultérieurement le testament n'a pas été expressément accordée. Ainsi, le conjoint survivant ne peut même pas faire des dispositions dérogatoires lorsque la succession du conjoint décédé en premier a engendré des conflits avec les enfants. En outre, le conjoint survivant est limité dans les dispositions prises de son vivant sur son patrimoine dans la mesure où les héritiers bénéficiaires peuvent faire valoir leur droit à restitution. Il serait opportun que le législateur remédie à cette situation.

IV. Améliorer la situation de la classe d'impôts II en matière d'imposition des successions et des donations

Font partie de la catégorie II les parents assez proches, à savoir les parents du premier au troisième degré et les alliés au premier degré ainsi que les ex-époux ou partenaires de vie. Bénéficiant d'un abattement à concurrence de 20.000 €, ils ont un abattement personnel identique à celui des non parents appartenant à la classe d'impôts III et, en cas de valeurs plus importantes, des taux d'imposition dépassant significativement ceux appliqués dans la classe d'impôts I. Par conséquent, il s'avère très difficile pour les personnes sans enfants de transmettre leur patrimoine à des frères et sœurs, des filleules et des filleuls par exemple. Un rapprochement prudent de ce régime à l'imposition de la catégorie I répondrait plus au principe du code civil allemand (BGB) de répartir la succession entre les membres de la famille.

E. Synthèse

I. Les caractéristiques les plus marquantes du système présenté

En droit allemand, hommes et femmes sont **égaux en droits**, notamment en mariage. Le principe appliqué est celui du **mariage civil obligatoire**. Dans le cadre du régime matrimonial légal de la **participation aux acquêts** (*Zugewinnngemeinschaft*), les deux conjoints participent à part égale à la valeur des biens acquis durant leur mariage.

La **péréquation des pensions** (*Versorgungsausgleich*) permet une participation équilibrée des deux conjoints aux droits à pension acquis durant le mariage. Dans le cadre de la pension alimentaire après le divorce, le principe appliqué est celui de la **responsabilité individuelle**. Les droits à pension alimentaire sont réglés en tant qu'exception. Le domaine ci-dessus est laissé à la **liberté contractuelle**.

Les couples de même sexe ont la possibilité de conclure un **partenariat enregistré** qui est largement calqué sur le modèle du mariage. Le droit allemand ne connaît pas d'autres unions – enregistrées ou non enregistrées – produisant des effets inférieurs à ceux du mariage, respectivement du partenariat enregistré ; l'introduction de telles unions serait probablement incompatible avec l'art. 6 de la Loi fondamentale allemande.

La loi ne fait aucune différence entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Les conjoints et les divorcés ont par principe le droit d'exercer **en commun l'autorité parentale**. Elle est dévolue au père naturel s'il fait une déclaration relative à l'autorité parentale (*Sorgeerklärung*). La filiation est déterminée en fonction de la **relation génétique** de l'enfant avec les parents biologiques. Les rapports parents-enfant peuvent également être constitués par voie d'**adoption**. Par l'adoption, l'adopté acquiert la condition juridique d'enfant commun d'un couple adoptant ou d'une personne adoptant seule. En cas d'adoption de mineurs ou d'adultes avec effets forts, les liens de parenté de l'enfant avec les parents qu'il avait jusqu'alors, disparaissent. L'adoption est prononcée par un tribunal. Lorsque le mariage a échoué, le divorce est prononcé par le tribunal sur requête. Le juge constate l'échec du mariage selon le **principe de la désunion irrémédiable** (*Zerrüttungsprinzip*).

Le droit des successions suit les principes de la **succession universelle** et de « **l'héritage automatique** » sans que l'acceptation expresse de la succession ne soit nécessaire. La **liberté de tester** permet également de déshériter des proches parents. Seuls les descendants, les conjoints ou partenaires enregistrés et les parents en l'absence de descendants ont droit à la réserve héréditaire. La réserve héréditaire est un **droit à paiement** relevant du droit des obligations et qui s'élève à la moitié de la part héréditaire fictive dans le cadre de la succession légale. Le testateur peut disposer de sa succession de manière olographe, sous forme notariée, par un testament, communément avec son époux par un testament conjonctif ou avec des tiers de son choix en concluant un pacte successoral. Le testament conjonctif et le pacte successoral peuvent avoir un effet contraignant. Le droit des successions repose principalement sur **l'ordre de parenté**. Plus le lien de parenté des membres de la famille est éloigné, plus la part héréditaire de l'époux ou du partenaire enregistré est élevée.

La transmission du patrimoine peut également avoir lieu entre vifs par voie de **donation**. La donation et l'héritage sont soumis au même régime d'imposition. Toutefois, les abattements personnels sont revus tous les 10 ans.

II. Les aspects essentiels du rapport

La loi applicable en matière de mariage, de divorce et de conséquences du divorce suppose normalement comme **modèle un couple marié composé** d'un époux **ayant le revenu le plus élevé au sein du ménage** et une carrière ininterrompue d'une part, et, d'autre part, d'un époux qui se consacre principalement aux besoins de la famille en subissant par la même des **inconvenients dus au mariage**. Ce modèle est probablement celui de la plupart des couples mariés avec enfants et correspond ainsi aux besoins de la pratique. Parallèlement au mariage, le **partenariat enregistré** pour les couples de même sexe s'est développé comme forme de vie commune. Leur **assimilation** complète dans l'ordre juridique est prévisible.

Si les conjoints et les partenaires enregistrés ont une conception divergente du mariage, ils ont la possibilité de régler largement leurs relations juridiques par voie contractuelle et de s'engager ainsi d'une manière plus au moins intensive sur le plan économique. Étant donné qu'un certain nombre d'actes sont soumis à l'authentification, le notaire assume un rôle important pour ce qui concerne le conseil des parties et la formulation adéquate des clauses contractuelles.

En raison de la liberté contractuelle étant très étendue en ce qui concerne le contrat de mariage ou le contrat du partenariat enregistré et la possibilité de divorcer de manière relativement simple, il n'existe aucun besoin d'introduire d'autres formes de partenariats enregistrés (inférieures au mariage ou au partenariat enregistré). Les couples mariés ou enregistrés peuvent façonner leurs relations juridiques dans des **contrats relevant du droit des obligations** pour lesquels ils ont généralement recours au notaire. La législation se doit également de respecter le souhait de vivre ensemble **sans lien juridique**.

En raison du nombre élevé de couples non mariés ou de partenaires enregistrés, de personnes élevant seules leurs enfants et de familles recomposées au sein desquelles des adultes vivent ensemble avec des enfants issus d'unions différentes, il y a lieu de partir d'une **définition large de la notion de famille**. Le régime légal de la filiation et de l'autorité parentale en vigueur en tient compte dans la mesure où les dispositions relatives à la **garde commune de l'enfant** prévoient que la responsabilité quant au bien-être de l'enfant ne repose plus sur l'existence d'un mariage, mais qu'elle est déléguée à l'un et l'autre des parents comme obligation perpétuelle. Le droit des successions en vigueur pose des limites aux notaires en ce qui concerne le façonnage des **dispositions de dernière volonté** dans le domaine des **partenariats recomposés**. En effet, il est souvent impossible de traiter les enfants de manière égale comme souhaitée en raison des droits des enfants légitimes à la réserve héréditaire. Dans la pratique notariale, il est fréquent **d'adapter les dispositions de dernière volonté des personnes divorcées ou des mères ou pères célibataires** à leurs besoins.

L'État promeut indirectement les différentes formes de famille en accordant des **avantages juridiques** (en droit fiscal par exemple et la possibilité de prendre un congé parental). Il le fait directement par des **transferts** tels que les allocations familiales, les allocations parentales et les indemnités de garde.

Actuellement, **la propriété et le droit des successions** jouent un grand rôle dans la société en raison des valeurs élevées existantes et la génération d'héritiers en attente. S'agissant de **petites fortunes**, toute transmission de patrimoine au sein de la famille proche (volonté politique) est **exonérée d'impôts**. Pour les **fortunes plus importantes**, il s'avère toutefois nécessaire de procéder à une **planification patrimoniale dans une perspective d'avenir**. Cette planification ne s'achève pas exclusivement par une donation unique ou des dispositions successorales. Au contraire, conformément au régime fiscal actuel, une **combinaison entre donations (à plusieurs reprises) et une disposition de dernière volonté** appropriée s'impose. Les donations doivent être reçues en la forme authentique par devant notaire. Il en est de même pour les pactes successoraux. Pour autant, l'authentification de testaments est fréquente, vu qu'elle apporte la sécurité juridique escomptée et des avantages en termes de coûts dans le cadre de la procédure successorale. **Le régime de la réserve héréditaire**, lui, s'avère être un **facteur perturbateur**, tant pour la transmission des biens du vivant du testateur que pour la dévolution successorale. Ce facteur peut susciter l'échec de la planification patrimoniale. Dans la pratique, il est donc primordial pour le notaire de recommander des mesures visant à réduire la réserve héréditaire dans le cadre de sa consultation.

ⁱ Selon les dispositions relatives au statut des fonctionnaires, les fonctionnaires ont un droit similaire au congé parental. En leur qualité de titulaires d'une charge publique exerçant leurs fonctions sous forme de profession libérale, les notaires ne tombent pas sous cette réglementation. Conformément aux dispositions du § 48 b BNotO, ils ont toutefois droit au congé familial. Les dispositions s'énoncent comme suit :

« (1) Tout notaire qui assure la charge ou les soins d'au moins un enfant de moins de 18 ans ou d'un autre parent nécessitant des soins en vertu d'une expertise médicale établie par un médecin habilité par les services de santé, peut renoncer temporairement à l'exercice de ses fonctions après autorisation émanant de l'autorité de tutelle.

(2) La période de renonciation à l'exercice des fonctions visée à l'alinéa premier ne peut, même en liaison avec la renonciation à l'exercice des fonctions selon le § 48 c, excéder une durée de douze ans. »