



RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

La réserve héréditaire

SOUS LA DIRECTION DE

Cécile Pérès

Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas
(Paris 2)

Philippe Potentier

Notaire à Louviers,

Président du 108^e Congrès des notaires de France

Remis le 13 décembre 2019

à Mme Nicole Belloubet,

garde des Sceaux, ministre de la Justice



ANNEXES AU RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

La réserve héréditaire

SOUS LA DIRECTION DE

Cécile Pérès

Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas
(Paris 2)

Philippe Potentier

Notaire à Louviers,
Président du 108^e Congrès des notaires de France

Remis le 13 décembre 2019

à Mme Nicole Belloubet,
garde des Sceaux, ministre de la Justice

CONTRIBUTEURS

Au groupe de travail sur la réserve héréditaire

Bernard Beignier, Professeur de droit privé à l'Université de Toulouse, Recteur de l'Académie d'Aix-Marseille, Recteur de la région académique Provence-Alpes-Côte d'Azur

Samy Benzina, Professeur de droit public à l'Université de Poitiers

Julien Boisson, Maître de conférences à l'Université de Bretagne Occidentale

Gilles Bonnet, Notaire à Paris, Rapporteur général au 116^e Congrès des notaires de France

Daniel Borillo, Maître de conférences en droit privé, Chercheur associé au CNRS

Claude Brenner, Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Marie Chabrol, Attachée temporaire d'enseignement et de recherche, Doctorante à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), en cours de rédaction d'une thèse intitulée « La philanthropie et le droit : étude comparative France – États-Unis »

Gérard Champenois, Professeur émérite de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Chantal Delsol, Philosophe, Membre de l'Institut (Académie des sciences morales et politiques)

Yvonne Flour, Professeur émérite de droit privé à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Fondation de France

Nicolas Frémeaux, Maître de conférences en sciences économiques à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Jean Gasté, Notaire à Nantes, Membre du 110^e Congrès des notaires de France

Marcel Gauchet, Philosophe, Historien, Directeur d'études émérite à l'EHESS

Anne Gotman, Sociologue, Directrice de recherche émérite au CNRS

Nicolas Laurent-Bonne, Professeur d'histoire du droit à l'Université d'Auvergne

Diane Le Grand de Bellerocche, Avocate à la Cour (barreau de Paris), Sollicitor (England and Wales)

Raymond Le Guidec, Professeur émérite de droit privé à l'Université de Nantes

Yves Lequette, Professeur émérite de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Rémy Libchaber, Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Pierre Manent, Philosophe, Directeur d'études émérite à l'EHESS

Julie Mouty-Tardieu, Magistrat, Conseillère référendaire à la première chambre civile de la Cour de cassation

Élodie Mulon, Avocate à la Cour, Présidente de l'Institut du droit de la famille et du patrimoine, membre de la commission Famille du Barreau de Paris, Secrétaire du bureau du Conseil National des Barreaux (2018-2020)

Marta Peguera-Poch, Professeur d'histoire du droit à l'Université de Lorraine

Hélène Peisse, Notaire à Paris

Nicole Prieur, Philosophe et psychothérapeute

Jean-Pierre Prohaszka, Notaire à Villeurbanne, Président du 116^e Congrès des notaires de France

Xavier Ricard, Notaire à Nantes, Membre du 110^e Congrès des notaires de France

Rupert Reece, Barrister, Avocat au Barreau de Paris, Gide Loyrette Nouel, Londres

Anne Röthel, Professeur de droit civil, de droit européen et de droit international privé, Bucerius Law School, Hambourg, Directrice du Centre notarial allemand pour les entreprises familiales, Allemagne

Ronald J. Scalise, Jr., Professeur de droit civil, Université de Tulane, Louisiane, États-Unis

Fabienne Tainmont, Maître de conférences invitée à l'Université catholique de Louvain (UCL), Belgique

Paul Tour-Sarkissian, Avocat aux barreaux de New York et de Californie, États-Unis

Bernard Vareille, Professeur de droit privé à l'Université de Limoges, Rapporteur de synthèse du 116^e Congrès des notaires.

Vincent Vigneau, Magistrat, Conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation

Guillaume Wicker, Professeur de droit privé à l'Université de Bordeaux, Directeur de l'Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine (IRDAP)

SOMMAIRE DES CONTRIBUTIONS ÉCRITES

Au groupe de travail sur la réserve héréditaire

116^e Congrès des notaires de France	3
Bernard Beignier , « Quelques idées pour une évolution sans révolution de la réserve héréditaire ».....	7
Samy Benzina , « Les enjeux constitutionnels de la réserve »	13
Julien Boisson , « La réserve héréditaire en lien avec les libéralités philanthropiques »	57
Daniel Borillo , « Réserve héréditaire : une entrave à la liberté, à l'égalité, à la solidarité et à l'esprit entrepreneurial »	81
Claude Brenner	87
Marie Chabrol , « La philanthropie »	95
Gérard Champenois	115
Chantal Delsol	121
Yvonne Flour , « Entretien sur la réserve héréditaire »	123
Fondation de France , « La réserve héréditaire »	131
Nicolas Frémeaux , « Notes pour l'audition sur la réserve héréditaire »	137
Jean Gasté et Xavier Ricard , « Résumé d'audition »	141
Marcel Gauchet	147
Anne Gotman , « Audition au ministère de la Justice »	151
Nicolas Laurent-Bonne , « Notations historiques sur l'avenir de la réserve héréditaire »	155
Diane Le Grand de Belleruche , « Note à l'attention du groupe de travail sur la réserve héréditaire »	165
Raymond Le Guidec ,	175
Yves Lequette , « Quelle destinée pour la réserve héréditaire ? »	179
Rémy Libchaber , « Observations proposées devant la Commission de réflexion sur la réserve héréditaire »	187
Pierre Manent	193
Julie Mouty-Tardieu , « Contentieux relatif à la réserve héréditaire : quelques chiffres »	197
Élodie Mulon	201
Marta Peguera-Poch	209
Hélène Peisse , « La réserve héréditaire - Pratique notariale internationale »	215
Nicole Prieur , « Audition relative à la réserve héréditaire »	221
Rupert Reece , « Le régime en Angleterre et Pays de Galle »	233
Anne Ruthel , « La réserve héréditaire en Allemagne »	241
Ronald J. Scalise, Jr. , « La réserve héréditaire : a report from the United States of America »	247
Fabienne Tainmont , « Aperçu de droit successoral belge »	259
Paul Tour-Sarkissian , « Audition devant le groupe de travail portant sur la réserve héréditaire »	275
Guillaume Wicker , « Note sur la réserve héréditaire »	289

Contribution du 116^e Congrès des notaires de France

Jean-Pierre Prohaszka, Président
Gilles Bonnet, Rapporteur général
Bernard Vareille, Rapporteur de synthèse

Observations du 116^e congrès des notaires sur la question de la réserve héréditaire

Chaque année, les notaires rencontrent près de 20 millions de clients. Ceci leur permet de mesurer l'évolution des mentalités et des modes de vie de nos concitoyens, leurs attentes mais aussi les limites des règles qui nous gouvernent.

Nos outils juridiques doivent s'adapter à ces évolutions, mais les modifications, toujours guidées par une intention bienveillante, entraînent parfois des conséquences indésirables et le remède peut se révéler pire que le mal.

Les congrès des notaires ont pour objectif, sur un thème déterminé, de faire un état des lieux de la situation juridique, d'envisager les évolutions et d'en appréhender les conséquences.

Le 116^e congrès, dont nous faisons partie, travail déjà depuis près d'un an sur le sujet de la protection.

Notre équipe abordera notamment :

- la protection des vulnérables (respect de la dignité humaine et du principe de subsidiarité. Effets juridiques des actes des personnes non encore incapables mais déjà en état de faiblesse).
- la protection des proches (quels droits accorder aux proches et quels outils pour les protéger)
- la protection du logement (chaque être humain doit pouvoir bénéficier d'un toit digne de ce nom. Pour cela, des équilibres doivent être rétablis).

Dans le cadre de notre démarche la question de la réserve héréditaire est au centre des débats.

Elle constitue un élément structurant de notre droit civil et de notre société.

Elle apporte sécurité et apaisement dans les familles.

Ainsi que le rappelle le Professeur Grimaldi « elle est un instrument de liberté qui abrite ceux à qui elle est octroyée, d'un excès d'autorité du *de cuius* ».

Lors des débats parlementaires au sujet de la loi du 23 juin 2006, le garde des Sceaux affirmait qu'elle poursuit un triple objectif :

- garantir la solidarité familiale : prolonger, dans la succession, l'obligation alimentaire
- protéger les enfants contre les risques d'un abus d'autorité de leurs ascendants
- permettre de garantir le maintien de certains biens dans la famille.

La supprimer pourrait aboutir à un retour en arrière : celui d'une inégalité de traitement entre les enfants.

Le projet de modification (voire de suppression) de la réserve doit aussi être regardé avec le prisme de la réalité économique.

La situation financière de notre pays incite nos dirigeants à se tourner vers la solidarité familiale. C'est notamment le cas lorsqu'il est question de dépendance.

Un constat s'impose alors : celui d'une certaine incohérence. En effet on ne peut pas à la fois vouloir la suppression de la réserve (ou sa diminution) et en même temps demander aux enfants une prise en charge plus importante de leurs parents.

La réserve est l'un des vecteurs de la solidarité familiale. Envisager sa suppression ne peut se comprendre.

Il nous apparaît que la réserve doit évoluer dans son fonctionnement mais non dans son principe.

Cette évolution doit se faire en respectant un équilibre entre la liberté et la protection, mais aussi entre les droits de l'individu et ceux de la famille.

Approuver le principe de la réserve en raison des fondements qui la justifie – et notamment la liberté d'existence et de conscience qu'elle assure au descendant - n'empêche pas d'en envisager les évolutions possibles pour répondre aux attentes de nos contemporains ; encore que d'après notre expérience, quasiment aucun de nos clients ne remet en cause son existence : le fait d'accorder à ses enfants une part obligatoire de sa succession est très majoritairement accepté. Notre intervention consiste donc à anticiper la liquidation des droits successoraux de chacun en dosant les avantages accordés à des tiers pour tenir compte de cet impératif que les donateurs ou testateurs n'entendent pas contourner, sauf cas très exceptionnels.

Parmi ces évolutions envisageables, sans doute l'aspect liquidatif peut être pris en compte, dans la mesure où la réserve constitue une quote-part calculée sur une masse de biens comprenant les biens existant au jour du décès augmentée des biens donnés. Ainsi, le gel des valeurs au jour de l'acte lors d'une donation-partage rassemblant tous les descendants peut conduire à un amoindrissement de la quotité disponible, et donc de la liberté de tester, dans la mesure où la plus-value des avoirs ainsi transmis et réalisée depuis la donation jusqu'au décès ne sera pas prise en compte dans la masse de calcul de la quotité disponible, réduisant d'autant l'assiette de cette dernière.

La reconstitution du patrimoine global du défunt en incluant les donations antérieures réévaluées suivant le principe de la dette de valeur, pour le cas où certains des biens donnés auraient été vendus mérite peut-être d'être également revu : l'application d'un indice ne serait-elle pas de nature à induire une prévisibilité plus grande dans la détermination de la quotité disponible et partant, une sécurité accrue pour le tiers légataire ?

Enfin, la réforme successorale du 23 juin 2006 a ouvert la voie à la renonciation anticipée à l'action en réduction. Les réservataires peuvent ainsi du vivant du disposant, consentir à ce qu'une libéralité faite à un tiers ou à l'un d'entre eux empiète sur leur part héréditaire et renoncer à toute indemnité à ce titre. La contractualisation grandissante du droit de la famille peut inviter à poursuivre dans cette voie et imaginer, comme cela est par exemple le cas dans les pays alémaniques, des pactes successoraux aux domaines plus larges encore et conduisant peu ou prou à une entente sur les droits de chacun des héritiers sur le montant respectif de leurs droits, voire la répartition des actifs.

La confection de tels pactes, au confluent du droit général des contrats et spécial des libéralités, suppose d'une part, que soit clairement défini ce qui relève de l'intention libérale, et du titre onéreux, lorsque par exemple un héritier accepte de recevoir moins que sa part, avec peut-être une contrepartie d'un autre ordre ; d'autre part, et compte tenu de l'importance de ce type de convention, que soit privilégiée une forme solennelle afin que chacun des participants puisse être éclairé sur les conséquences de son acceptation ; et enfin, que de tels accords ne puissent être réalisés que lorsque le patrimoine n'est plus susceptible d'évolution importante, ou qu'ils soient aisément modifiables pour tenir compte d'une évolution importante de celui-ci.

De même il semble opportun d'amender en la forme, voire de réformer au fond un certain nombre de textes du Code civil, à la faveur d'une réforme de la réserve :

- **l'article 1078**, pour étendre le bénéfice de l'évaluation dérogatoire aux fausses donations-partages, c'est-à-dire aux donations de biens indivis réalisées dans le même acte, pour peu qu'il y ait unanimité et absence de réserve d'usufruit sur une somme d'argent; et par ailleurs il paraîtrait judicieux de soustraire ces libéralités-là au rapport, sauf clause contraire, pour les soumettre seulement au régime de la réduction dérogatoire actuellement prévu par l'article 1077-1 pour les seules donations-partages;

- **l'article 1527**, afin de préciser le champ de l'avantage matrimonial au regard des régimes conventionnels autres que les communautés conventionnelles, et déterminer pour chacun le régime-référence (à notre sens - mais c'est discutable - chaque régime «ordinaire» correspondant: ainsi le régime légal, la séparation de biens «ordinaire», la participation aux acquêts «ordinaire», selon les cas);
- **l'article 758-5**, pour en clarifier la formulation elliptique (et préciser, à notre point de vue, que les donations-partages sont à réunir fictivement à la masse de calcul, ainsi que les donations consenties au conjoint lui-même);
- **l'article 758-6**, pour lever les doutes sur les deux ou trois manières qu'il y a de le mettre en œuvre; c'est-à-dire, au fond, pour choisir entre imputation et plafonnement, ce texte étant en l'état régressif pour la protection du conjoint survivant;
- **l'article 738-2**, au moins dans le souci de dire clairement qu'il vise le quart de la succession et non celui de la libéralité;
- **l'article 757-3**, dont l'utilité est douteuse, et plus encore la nature juridique (droit de retour ou règle de dévolution?), afin de le clarifier ou de le supprimer;
- **l'article 918**, pour rendre enfin réfragable la présomption de donation déguisée très inique;
- enfin, l'augmentation des pouvoirs des volontés par des pactes de famille portant sur la réserve ne peut que recueillir notre assentiment.

La liste pourrait être complétée; mais selon Monsieur le Professeur Vareille :

- il s'agit là seulement de quelques-unes des difficultés techniques qui sont signalées lors des formations qu'il anime dans le Notariat, et qui traduisent les préoccupations récurrentes des notaires.
- en revanche, lors des formations qu'il dispense depuis trente ans un peu partout sur le sol français, il n'est jamais formulé de critiques sur l'existence même de la réserve héréditaire, si ce n'est concernant celle du conjoint survivant.

Contribution de Bernard Beignier

Professeur de droit privé à l'Université de Toulouse,
Recteur de l'Académie d'Aix-Marseille,
Recteur de la région académique
Provence-Alpes-Côte d'Azur

Quelques idées pour une évolution sans révolution de la réserve héréditaire

Un groupe de travail dont la mission est de proposer des réformes législatives concrètes et rapidement n'a pas à envisager son action comme s'il s'agissait d'un colloque universitaire ayant en perspective une réflexion plus doctrinale dont la portée est différente. Un tel groupe est nanti d'une commande qui l'astreint à une obligation de résultat.

Il n'est donc pas ici question de discuter sur deux points qui peuvent être sujets à de longs débats.

Le premier est de se demander si les rédacteurs de 1804 entendraient instaurer une « réserve » ou une « légitime ». Le second de savoir si la réserve est à maintenir ou pas.

Ces questions ne sont pas négligeables mais, par une sorte de fin de non-recevoir méthodologique, il n'y a pas lieu de s'y attarder. La réserve est aujourd'hui définie depuis la loi de 2006 dans le Code civil. Qu'elle ne soit probablement pas la réserve du droit coutumier est une quasi-certitude mais après tout la responsabilité civile repose sur le même texte que celui de 1804 et n'a plus rien à voir avec celle qui fut conçue alors. Personne n'envisage sérieusement de supprimer la réserve.

Si l'on passe, momentanément, outre les débats doctrinaux il faut se poser quelques questions simples et ordinaires. En la matière à quoi sont attachés les Français ? Sans grand risque d'erreur l'on peut dire deux choses, qui peuvent paraître contradictoires d'apparence, mais qui ne le sont nullement.

La première est que notre pays n'admet pas que des parents puisse déshériter, et surtout sans motifs, arbitrairement, leurs enfants.

La seconde est qu'il y a aujourd'hui, dans l'ensemble que constitue le droit de la famille (que ce soit le droit des personnes ou le droit du patrimoine), un désir d'une plus grande liberté d'agir.

A y regarder de près les Français sont attachés à la première devise de la République : Liberté et Égalité (la Fraternité n'est venue s'adjoindre qu'en 1848). Naturellement le conflit entre ces deux valeurs peut vite surgir. Aussi une transaction entre les deux apparaît : l'équité.

Entrer en voie de propositions concrètes, suppose de bien considérer en droit civil deux éléments que l'on minore.

Le premier est que les époux sont propriétaires de leur patrimoine. Il faut chasser de notre esprit cette analyse encore courante qu'il existerait une sorte de « propriété familiale » : la seule propriété connue du Code est la propriété des personnes. Malgré une chronique de Savatier, la famille n'est pas une personne morale. C'est certainement en cela que l'actuelle réserve est fondamentalement éloignée de la réserve historique des pays septentrionaux.

Le second est encore plus mis en lisière : un partage est un contrat entre indivisaires qui sont maîtres d'y procéder en toute liberté. Le partage est, d'abord, soumis au droit commun des contrats.

Sur le premier point, les Français souhaitent le maintien d'une transmission prioritairement familiale de leur patrimoine. Toutefois, il convient de regarder la famille telle qu'elle est aujourd'hui. Les familles très nombreuses sont en minorité et les familles recomposées légion. Cela tient à deux facteurs : la maîtrise de la fécondité et le recul considérable de la mortalité infantile. Moins d'enfants naissent mais presque tous arrivent à l'âge adulte. La famille type est aujourd'hui de deux enfants. Par ailleurs, si la durée d'un mariage

est quasi identique aujourd'hui à celle de 1900 (environ 15 ans), le dénouement n'est plus (heureusement) la mort prématurée d'un des époux : jadis la femme en couches ou l'homme obligé à un labeur exténuant. Ce qui explique les familles « multiples ».

D'emblée l'on pourrait donc revoir le calcul du taux de la réserve par tiers. Un enfant : un tiers. Deux enfants et plus : deux tiers.

Dans le premier cas, la quotité disponible serait donc des deux tiers et dans le second d'un tiers.

Pour mémoire, dans sa récente réforme, la Belgique a aussi retenu un seul taux : un demi, quel que soit le nombre d'enfants.

Cette solution permettrait aussi de trancher une difficulté : les deux quotités disponibles ; « l'ordinaire », et la « spéciale » entre époux. La vérité étant que cette fameuse combinaison ne sert guère qu'à poser des cas pratiques improbables à des étudiants en notariat. Cela fait bien longtemps que les notaires, pour adapter le sort du conjoint survivant, empruntent d'autres voies.

Dans la pratique, la quotité disponible entre époux ne sert guère qu'en cas d'adoption de la double clause d'assiette puis de partage de la communauté universelle attribuée au survivant. Sans revenir sur l'excès que constitue souvent cette double clause, il faut en rappeler les dangers en cas de remariage. Un arrêt récent de la Cour de cassation a justement rappelé le devoir de conseil du notaire dans la rédaction d'un contrat de mariage, mais ne serait-il pas utile de limiter, dans le cas d'enfants du premier lit, l'usage de la communauté universelle attribuée au survivant ?

Plusieurs solutions : n'autoriser que l'attribution en usufruit (ce qui est déjà l'une des solutions permises par le disponible spécial) ? Ne permettre que la première clause (la communauté universelle sans l'attribution intégrale) ? Soumettre le passage à la double clause à l'assentiment des enfants majeurs (mais cela va à contre-courant des réformes récentes) ou alors ne permettre la double clause en pleine propriété et non en usufruit qu'avec cet accord explicite ? Obliger le notaire à un devoir de conseil renforcé et écrit ?

Or, à ce propos, il faut répéter que ce sort du conjoint ne devrait pas être traité par le droit des successions mais par celui des régimes matrimoniaux et du pacte civil de solidarité. Depuis la loi de 2006, renforcée dans son libéralisme par la loi récente de mars 2019, les notaires ont redécouvert la pratique, diverse et simple, de l'avantage matrimonial. Rien n'interdirait d'aller plus loin encore (sur ce point, voir l'excellente et stimulante étude de Sophie Pellet : De l'avantage conjugal, D. 2019, p. 265).

Ainsi, pour le régime légal de la communauté, mais également pour la part indivise du pacte civil, l'on pourrait prévoir (ce qui serait une franche nouveauté) un « avantage matrimonial légal » qui consisterait à dire que la communauté légale entre époux ou l'indivision entre partenaires, de plein droit, va intégralement au survivant, sauf volonté contraire du prédécédé. L'on s'inspirerait ainsi de ce qu'a déjà prévu la loi de 2001 sur le logement familial. Cette volonté contraire pourrait s'exprimer simplement par voie testamentaire (même voie que celle retenue pour la privation du droit viager ? A discuter). Pour pousser cette réflexion, l'on aurait intérêt à regarder ce que prévoit le droit québécois relativement au « patrimoine familial ».

Comme dans beaucoup de familles la communauté constitue l'essentiel de la richesse patrimoniale, il faudrait s'interroger sur des mesures de protection pour éviter que le survivant dilapide ce qu'il reçoit. Dans le même temps, l'allongement considérable de l'âge de la vie et les défis du vieillissement du 4e âge (on attend pour la fin de l'année 2019 une grande « loi sur la vieillesse ») justifient de la souplesse pour permettre la subsistance d'une veuve (9 cas sur 10 au bénéfice de l'épouse) durant environ 15 ans après la mort du mari. La société a un intérêt patent à ce que ce soit le patrimoine des époux qui finance ces dépenses, parfois considérables, de la grande vieillesse.

Cette solution permettrait de sortir de la pratique, parfois systématique, de la donation entre époux (en mettant de côté le cas du régime de séparation) et même de supprimer la réserve au profit du conjoint survivant qui est une anomalie juridique.

Si l'on en revient aux enfants, les Français semblent très attachés à ce que chaque enfant reçoive « sa part » (c'est la formule qui revient constamment dans leur bouche et elle est riche de sens) mais par « sa

part » ils entendent plus ce que la justice réclame que l'arithmétique proprement dite. « Sa part » ne signifie pas « la même part » pour chacun.

Premier élément de discussion : quels enfants ? A priori, il semble tomber sous le sens que l'on a pour héritiers que ses propres enfants. Mais depuis bien longtemps, le droit français connaît deux voies d'établissement de la filiation : la filiation par le sang et celle par le cœur, si l'on veut jouer un peu sur les mots. Certes, il ne s'agit pas de dire que la filiation « ordinaire » et la plus abondante, celle que l'on peut qualifier, d'un terme trop scientifique pour être humain, de « biologique » suscite naturellement un élan d'amour et donc du cœur. Évidemment. Mais la filiation par voie d'adoption est purement de cœur, et de volonté. Au fond, être parent c'est peut-être surtout d'aimer et le cœur dépasse le sang. Il y a, au demeurant, un lien entre cette conception de la filiation et celle de la nationalité (qui est, d'une certaine manière, une autre filiation avec la Nation) : le droit français est plus attaché à la nationalité par le sol que par le sang. C'est la France qui engendre les Français et non les Français qui font la France.

Il est superflu de revenir sur ce qu'est aujourd'hui le droit de d'adoption avec deux voies d'entrée qui sont, d'une part, l'adoption plénière et, d'autre part, l'adoption simple. Laissons de côté la première qui est la véritable adoption qui permet de distinguer profondément le droit européen, issu du droit romain, de celui d'autres civilisations comme le droit musulman (très attaché au modèle initial de la famille). Si l'on revient à l'adoption simple, l'on pourrait envisager d'en étendre les effets et de la simplifier, dans tous les cas de l'ouvrir davantage.

Ainsi, pourquoi ne pas restaurer « l'élection d'héritier » ? Prenons un cas : voici un conjoint en secondes noces dont le conjoint a eu des enfants avant ce mariage lequel n'en a pas engendré d'autres. Qu'est-ce qui rendrait impossible que, par un acte de générosité que le droit a vocation à encourager et à soutenir de manière générale, cet époux décide d'instituer ses héritiers réservataires, ses « beaux-enfants » (même si ce qualificatif désormais habituel n'est pas parfaitement exact) et de les traiter comme tels ? Rien. Elle pourrait permettre des assouplissements destinés à toutes les familles sans distinction de sexe.

Une telle « élection » sans passer par la procédure qui demeure complexe de l'adoption simple, surtout pour sa (très rare, heureusement) révocation, pourrait aussi s'effectuer par voie testamentaire (par devant notaires ?). Là encore on se trouve dans le droit fil des réformes de la loi du 23 mars 2019.

Allons plus loin encore. Voici cette fois, un couple en seconde union avec des enfants de part et d'autre antérieurs à ce mariage et deux enfants nés du second lit. Prenons l'hypothèse d'une famille unie (cela arrive encore faut-il le redire...). Pourquoi ne pas permettre aux époux de conclure un « pacte de famille » mettant tous les enfants à stricte égalité pour la totalité du patrimoine (ce qui supposerait le passage à la communauté universelle) ? L'on dépasse, naturellement, la réflexion sur la réserve et l'on aborde un sujet plus vaste, celui d'un possible « pacte de famille » bien connu du droit civil suisse.

En un mot, pour conclure sur ce point : il faut permettre à une personne de désigner, en sus ou la place des réservataires nommés par la loi, des « réservataires choisis ».

Si l'on revient maintenant, à la question de ce qui doit revenir à chaque réservataire, dans beaucoup de cas, certainement la grande majorité, ce sera la part égale. Il n'en demeure pas moins que l'on estime dans divers cas qu'un enfant mérite plus qu'un autre. Soit par son dévouement à l'entretien de ses parents, soit parce que la vie l'a désavantagé (cela va du handicap physique ou psychique aux aléas de la vie professionnelle).

La quotité disponible est principalement faite pour cela. C'est d'ailleurs ce qui permet de dire que Cambacérès, en bon languedocien, en bloquant la réserve aux deux tiers et en instaurant une quotité minimale d'un quart n'a pas voulu instaurer la réserve dont la logique aurait dû être de croître sans cesse selon le nombre des enfants jusqu'à éliminer totalement le disponible. Or, cette quotité (parfois encore dénommée dans le Midi romain : « la part de l'aîné ») fut surtout voulue pour permettre l'équité entre enfants bien plus que pour rendre possible des legs hors de la famille.

Si l'on modifie le calcul global de la réserve et du disponible, l'on peut permettre deux opérations : l'une venant des parents, l'autre des enfants après le décès des parents.

Du côté parental, il faut permettre aux parents de répartir plus librement la réserve. Ils le peuvent d'ores et déjà bien entendu mais il faut l'admettre plus amplement. Mais, ce qui serait vraiment nouveau, serait de permettre aux enfants de se répartir, volontairement, différemment la réserve entre eux sans suspicion de libéralités. Par exemple, trois enfants d'une famille parfaitement unie. Après décès de leurs parents, ils pourraient convenir que la répartition du patrimoine final laissé par leurs parents ne serait pas d'un tiers pour chacun mais de moitié pour l'un et de deux quarts pour les deux autres (ou tout autre calcul). Capital : cette répartition devrait être tenue comme celle de la réserve et non comme une libéralité de deux des enfants envers l'autre. Elle devrait être justifiée et, sans doute, soumise à approbation de l'administration fiscale.

Certes, l'on fera valoir que de tels arrangements pourraient dissimuler de véritables transferts de biens équivalents à de la fraude. Il faut tenir compte de cette objection, toutefois l'on se souviendra qu'un tel acte devrait être contrôlé, non seulement par le notaire mais aussi par l'administration fiscale. On le sait, il vaut mieux infiniment permettre ces mécanismes contrôlés que de les interdire strictement ; une semblable prohibition conduisant le plus souvent à des astuces habiles et illégitimes.

Il faut même admettre une désunion au sein des enfants. Si l'un veut à tout prix « sa stricte part », force à la loi ! Mais rien ne doit empêcher un autre, plus généreux, de vouloir aider son frère ou sa sœur dans le besoin ou dans un acte de reconnaissance : l'abandon pur et simple de tout ou partie de sa part de réserve ne devra pas être considérée comme une libéralité.

Ce point de droit civil est, en réalité, effectif si l'on veut bien se souvenir de la nature du partage : un contrat. Le doute subsistant dans l'esprit de beaucoup, il faut le clarifier définitivement.

En revanche, il faut dire fermement qu'analysé sous l'angle de l'égalité des filiations et des droits fondamentaux, le principe est dans notre pays que si tout enfant peut ne pas avoir la même part, il doit avoir une part. Sans s'immiscer dans une affaire sensationnelle, le droit français ne peut admettre qu'un citoyen français, disposant de biens sur le territoire français, ayant des enfants de nationalité française puisse totalement en déshériter certains en excipant du droit d'un autre pays où il a élu domicile. Mettons prudemment de côté le débat sur la nature de la réserve car ce débat, assez vain, pourrait conduire à une impasse. Mettons plutôt en avant le principe d'égalité entre les enfants et les droits fondamentaux qui découlent de ce principe : l'on quitte le droit civil pour aborder les rives du droit constitutionnel. Cette égalité des enfants condamne radicalement, au nom du pacte républicain français, l'exhérédation de l'un d'eux. En droit français, seule la loi peut exhériter un enfant : c'est le cas de l'indignité. Il faut maintenir l'interdiction d'y procéder par un acte individuel toujours contestable. C'est, au demeurant, cette même idée fondamentale qui permet de justifier que l'un ou plusieurs puissent recevoir plus qu'un autre.

Certes, il n'y a pas en droit français de « droit à l'héritage » car il n'y a pas de « propriété familiale ». Mais si héritage il y a, alors tous les héritiers désignés par la loi doivent avoir une part équitable.

L'équité peut transcender l'égalité, elle ne peut la violer. C'est en cela qu'interprété d'après la « charpente » de ses principes essentiels, le Code civil demeure, selon la célèbre formule de Locré, « la constitution civile de la France ».

Pour conclure, la réserve existe dans le Code civil : dont acte. Mais cette réserve n'a plus rien à voir avec celle des coutumes, ni même avec celle ressuscitée par les professeurs de droit du XIX^e siècle et les cours d'appel. La réserve doit s'adapter à ce que sont les familles contemporaines, aux diverses filiations. Elle doit être plus souple dans son exercice tant pour celui qui la transmet que pour ceux qui la reçoivent. C'est par cette nouvelle conception qu'on empêchera les trop nombreuses voies de contournement qui la fragilisent aujourd'hui. C'est en l'assouplissant qu'on la conservera.

Contribution de Samy Benzina

Professeur de droit public
à l'Université de Poitiers

LES ENJEUX CONSTITUTIONNELS DE LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

Sommaire

Introduction

I. La limite constitutionnelle à une suppression de la réserve héréditaire	17
A. La possible reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle	17
B. Le fondement d'un droit de succession garanti par la Constitution	20
1. Les limites d'un droit de succession corollaire du droit de propriété	21
2. Les réticences à la reconnaissance d'un droit de succession découlant d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République	22
3. La cohérence d'un droit de succession fondé sur les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946.....	25
C. La portée d'un droit de succession à valeur constitutionnelle	27
1. Les titulaires du droit de succession à valeur constitutionnelle.....	27
2. La conciliation du droit de succession avec d'autres exigences constitutionnelles ou l'intérêt général.....	28
3. Le droit de succession et certains aspects du régime juridique de la réserve héréditaire.....	30
a. Le droit de succession, la renonciation anticipée à l'action en réduction, les donations partages transgénérationnelles et l'hypothèse d'un nouveau pacte de famille	30
a. La conformité à la Constitution de la RAAR.....	30
b. La conformité à la Constitution de la donation-partage transgénérationnelle.....	33
y. La conformité à la Constitution d'un nouveau pacte de famille à objet élargi.....	36
b. Le droit de succession et l'ordre public international français	38
II. Les limites constitutionnelles à une réforme législative de la réserve héréditaire	42
A. La réserve héréditaire et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant	42
1. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant en l'absence d'un droit de succession à valeur constitutionnelle.....	43
2. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle	44
B. La réserve héréditaire et le principe d'égalité	45
1. Le principe d'égalité appliqué aux cohéritiers réservataires appelés à la même succession.....	48
2. Le principe d'égalité appliqué à des héritiers réservataires appelés à des successions différentes.....	50
C. La réserve héréditaire et le droit de propriété	52

Conclusion générale

Introduction

1. La Direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice a missionné un groupe de travail, dirigé par Madame la Professeure Cécile Pérès et Maître Philippe Potentier, afin d'examiner la question des évolutions législatives possibles de la réserve héréditaire prévue aux articles 912 et suivants du Code civil. Dans ce cadre, le groupe de travail m'a sollicité afin de réfléchir aux enjeux constitutionnels d'une telle réforme

2. Toute réforme législative suppose, au préalable, de s'interroger sur les normes constitutionnelles qui encadrent le pouvoir normatif du législateur. Depuis la création du Conseil constitutionnel par la Constitution du 4 octobre 1958 et l'introduction du contrôle de constitutionnalité a priori des lois, l'évolution du contrôle de constitutionnalité tend à resserrer la contrainte constitutionnelle qui pèse sur le législateur. Ce phénomène s'est amplifié avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, le 1^{er} mars 2010, qui a introduit le contrôle de constitutionnalité a posteriori de dispositions législatives. Cette nouvelle voie de droit est d'ailleurs aujourd'hui devenue dominante d'un point de vue quantitatif : « le nombre de dossiers jugés par le Conseil constitutionnel au titre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en moins de 10 ans dépasse le nombre de ceux qu'il a jugés en 60 ans par la voie directe »¹. Cette évolution a conduit à une production de plus en plus abondante de normes constitutionnelles et à la construction d'un véritable édifice jurisprudentiel que le législateur ne peut ignorer dans la mesure où ils vont conditionner la constitutionnalité de son intervention législative.

3. Les enjeux constitutionnels de la réserve héréditaire apparaissent d'autant plus importants que les principales dispositions du Code civil en la matière n'ont jamais fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Dans le cadre du contrôle a priori, les autorités de saisine n'ont en effet pas jugé opportun de saisir le Conseil constitutionnel des grandes réformes du 3 décembre 2001² et du 23 juin 2006³ qui ont modifié certains aspects du régime de la réserve héréditaire. En ce qui concerne le contrôle a posteriori, aucune QPC portant sur les dispositions des articles 912, 913 et 914-1 du Code civil n'ont été à ce jour transmises à la Cour de cassation, ou même au Conseil d'État. Si le Conseil constitutionnel a été confronté, à de nombreuses reprises, à certains aspects spécifiques du droit des successions⁴ ou de la fiscalité sur les successions⁵, il n'existe que quelques QPC qui ont porté sur des dispositions législatives ayant un lien avec la réserve héréditaire.

4. Le Conseil constitutionnel a tout d'abord été saisi des dispositions de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 qui avaient pour objet de protéger la réserve héréditaire des héritiers français en leur donnant un droit de prélèvement sur des biens situés en France dans la limite de la part successorale que leur octroierait la

1. V. communiqué de presse du Conseil constitutionnel du 10 mai 2019.

2. Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

3. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

4. CC, n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage (§6-7) ; CC, n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité (§ 80-82) ; CC, n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001, Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie (§9-11) ; CC, n° 2012-239 QPC du 4 mai 2012, Mme Ileana A. [Transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute] ; CC, n° 2012-276 QPC du 28 septembre 2012, Fondation Hans Hartung et Anna Eva Bergman [Transmission du droit de suite sur les œuvres d'art graphiques et plastiques] ; CC, 2012-288 QPC du 17 janvier 2013, Consorts M. [Qualité pour agir en nullité d'un acte pour insanité d'esprit] ; CC., n° 2016-574/575/576/577/578 QPC du 5 octobre 2016, Société BNP PARIBAS SA [Extinction des créances pour défaut de déclaration dans les délais en cas d'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net] ; CC, n° 2016-592 QPC du 21 octobre 2016, Mme Françoise B. [Recours en récupération des frais d'hébergement et d'entretien des personnes handicapées] ; CC, 2017-676 QPC du 1er décembre 2017, Mme Élise D. [Déductibilité des dettes du défunt à l'égard de ses héritiers ou de personnes interposées].

5. CC, n° 91-302 DC du 30 décembre 1991, Loi de finances pour 1992 (§2-9) ; CC, n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, Loi de finances pour 1996 (§7-10) ; CC, n° 2003-477 DC du 31 juillet 2003, Loi pour l'initiative économique (§ 3-7) ; CC, 2012-662 DC du 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013 (§129-133) ; CC, n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, Loi de finances pour 2014 (§139-140) ; CC, n° 2013-361 QPC du 28 janvier 2014, Consorts P. de B. [Droits de mutation pour les transmissions à titre gratuit entre adoptants et adoptés] ; CC, n° 2016-603 QPC du 9 décembre 2016, Consorts C. [Délai de rapport fiscal des donations antérieures] ; CC, n° 2018-719 QPC du 13 juillet 2018, Mme Estelle M. [Imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières issues d'un partage successoral] ; CC, n° 2019-782 QPC du 17 mai 2019, Mme Élise D. [Déductibilité de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune des dettes du redevable à l'égard de ses héritiers ou de personnes interposées].

loi française et dont ils ont été exclus par la loi successorale étrangère. Dans une décision du 5 août 2011⁶, le juge constitutionnel a censuré ces dispositions au motif qu'elle violait le principe d'égalité devant la loi en excluant de ce droit de prélèvement les héritiers de nationalité étrangère appelés à la succession d'après la loi française et qui ne sont pas pour autant privilégiés par la loi étrangère.

5. Le Conseil constitutionnel a ensuite été saisi des dispositions du troisième alinéa de l'article 73 de la loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Les dispositions de l'article 73 ont pour objet de permettre au donataire ou légataire d'une exploitation agricole, s'il est le conjoint survivant ou un héritier en ligne directe, de retenir en totalité l'objet de la libéralité, même si la valeur de cet objet excède la quotité disponible et quel que soit cet excédent. Les dispositions du troisième alinéa de l'article 73 de la loi du 1^{er} juin 1924 imposent cependant le versement d'une indemnité de réduction aux cohéritiers, mais le calcul de cette indemnité déroge aux dispositions de l'article 922 du Code civil en ce qu'il est fondé sur la base du revenu net moyen de l'exploitation à l'époque de l'ouverture de la succession et non sur la valeur des biens existant au décès du donateur ou du testateur. Les requérants estimaient donc que cette dérogation aux méthodes de calcul de l'indemnité de réduction était contraire au principe d'égalité et au droit de propriété. Toutefois, dans une décision du 28 septembre 2012⁷, le Conseil constitutionnel va rejeter l'ensemble de ces griefs et juger au contraire que les dispositions contestées sont conformes à la Constitution.

6. Le Conseil constitutionnel a enfin été saisi des dispositions de l'article 918 du Code civil dans leur rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006. Selon ces dispositions, « la valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible ; et l'excédent, s'il y en a, sera rapporté à la masse ». En d'autres termes, le législateur a créé une présomption irréfragable de gratuité selon laquelle ce type d'aliénations constituent des donations déguisées préciputaires imputables sur la quotité disponible, sujettes à réduction en cas de dépassement de cette quotité disponible, même dans les cas où l'héritier en ligne directe apportait la preuve qu'il a réellement exécuté la contrepartie. Ces dispositions visent à prévenir les atteintes à la réserve héréditaire par des donations déguisées qui excéderaient la quotité disponible. Les requérants contestaient ces dispositions au regard du droit de propriété et de la liberté contractuelle. Le Conseil constitutionnel va, dans une décision du 1^{er} août 2013⁸, écarter les deux griefs et juger les dispositions de l'article 918 du Code civil conformes à la Constitution.

7. La dernière QPC ayant un lien avec la réserve héréditaire portait sur les articles L.132-12 et L.132-13 du Code des assurances prévoyant que les règles du rapport à la succession et celles de réduction pour atteinte à la réserve des héritiers ne s'appliquent pas au capital ou la rente payables lors du décès d'une personne qui a contracté une assurance sur la vie. Cependant, la 2^e chambre civile de la Cour de cassation a refusé de renvoyer cette QPC au Conseil constitutionnel au motif que ces dispositions « ne créent pas en elle-même de discrimination entre les héritiers ni ne portent atteinte au principe d'égalité et que, par ailleurs, les primes manifestement exagérées peuvent être réintégrées par le juge dans la succession »⁹. On peut être surpris par ce refus de renvoi dans la mesure où la question de l'atteinte au principe d'égalité entre héritiers réservataires par ces dispositions apparaît tout à fait sérieuse, d'autant plus que la Cour constitutionnelle de Belgique avait déjà jugé que des dispositions similaires du droit Belge violaient le principe d'égalité devant la loi et le principe de non-discrimination¹⁰.

8. L'ensemble de ces décisions souligne que si la notion de réserve héréditaire n'est pas totalement absente des décisions du juge constitutionnel, elle reste largement à la périphérie du raisonnement constitutionnel dans la mesure où, comme on l'a dit, le Conseil n'a jamais été saisi des dispositions

6. CC, n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, Mme Elke B. et autres [Droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français].

7. CC, n° 2012-274 QPC du 28 septembre 2012, Consorts G. [Calcul de l'indemnité de réduction due par le donataire ou le légataire d'une exploitation agricole en Alsace-Moselle].

8. CC, n° 2013-337 QPC du 1^{er} août 2013, M. Didier M. [Présomption irréfragable de gratuité de certaines aliénations].

9. C. cass., 2^e ch. civ., 19 octobre 2011, n° 11-40.063.

10. Cour constitutionnelle de Belgique, 26 juin 2008, n° 96/2008.

qui constituent le cœur du régime juridique de cette réserve. Cette absence d'une jurisprudence constitutionnelle portant spécifiquement sur la réserve héréditaire ne signifie pas pour autant qu'il serait impossible d'appréhender celle dernière à travers un prisme constitutionnel. Au contraire, il nous semble que le Conseil constitutionnel a déjà consacré un certain nombre de principes et d'exigences constitutionnels qui peuvent aisément s'appliquer à la réserve héréditaire et à ses potentielles évolutions législatives. On pourrait même aller plus loin en arguant que la réserve héréditaire découle elle-même d'une norme constitutionnelle.

9. Pour appréhender l'ensemble des enjeux constitutionnels posés par la réserve héréditaire, il faudra envisager successivement les deux grands types de réformes dont elle pourrait faire l'objet. La première hypothèse pourrait être la suppression pure et simple de la réserve héréditaire en abrogeant les dispositions du Code civil afférentes. Cependant, il nous semble que si le législateur décidait de prendre cette voie, il risquerait de se voir opposer par le Conseil constitutionnel le fait que la Constitution garantit le droit de succession dont découlerait la réserve héréditaire (I).

10. La seconde hypothèse serait le maintien en principe de la réserve héréditaire, mais la modification de ses modalités notamment en termes de *quantum* ou des possibilités d'y déroger. Pour déterminer de quelle marge de manœuvre dispose le législateur, il faudra préciser le cadre constitutionnel applicable en la matière (II).

I. La limite constitutionnelle à une suppression de la réserve héréditaire

Une analyse de la Constitution et de la jurisprudence constitutionnelle nous conduit à considérer que le législateur ne pourrait pas abroger purement et simplement les dispositions du Code civil relatives à la réserve héréditaire car, dans une telle hypothèse, le Conseil constitutionnel reconnaîtrait certainement la valeur constitutionnelle du droit de succession. Pour appréhender ce droit de succession, il faudra commencer par souligner qu'une reconnaissance par le juge constitutionnel de cette nouvelle norme constitutionnelle est tout à fait plausible (A). Il faudra ensuite porter notre attention sur les fondements constitutionnels possibles d'un tel droit de succession (B). Enfin, nous évoquerons la portée que pourrait avoir cette nouvelle norme constitutionnelle (C).

A. La possible reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle

11. En l'état du droit, ni la Constitution ni la jurisprudence constitutionnelle ne reconnaissent une valeur constitutionnelle à la réserve héréditaire ou, plus largement, à un droit de succession ou un droit à hériter. Tout au plus, l'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant « les successions et libéralités ». Quant à la jurisprudence constitutionnelle, la réserve héréditaire n'a été invoquée par la Haute instance que comme un but d'intérêt général poursuivi par le législateur lorsqu'il a adopté certaines dispositions législatives¹¹. Ces éléments ne constituent pas pour autant des obstacles dirimants à la consécration d'un droit de succession à valeur constitutionnelle. Il nous semble au contraire que l'ensemble des conditions nécessaires à la consécration d'une telle norme constitutionnelle apparaissent réunies.

12. Il faut commencer par rappeler que le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à ce jour à se prononcer sur l'existence d'une norme constitutionnelle garantissant le droit de succession. En effet, les réformes les plus importantes du droit de succession n'ont pas été déferées au juge constitutionnel et les justiciables n'ont pas encore vu l'intérêt de contester la constitutionnalité même de la réserve héréditaire. L'examen

11. V. en particulier CC, 2011-159 QPC du 5 août 2011, Mme Elke B. et autres [Droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français], (§6). Dans cette décision, le Conseil juge que l'objet de la loi contestée « tend, notamment, à protéger la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers garanties par la loi française ». V. aussi CC., n° 2013-337 QPC du 1 août 2013, M. Didier M. [Présomption irréfragable de gratuité de certaines aliénations]. La Haute instance juge notamment que « les dispositions contestées (...) tendent à protéger les droits des héritiers réservataires ».

de la jurisprudence constitutionnelle ne permet donc pas d'affirmer que le Conseil constitutionnel refuse de consacrer un droit de succession à valeur constitutionnelle, mais simplement qu'il n'a pas encore été saisi d'un litige lui donnant l'opportunité de se prononcer sur l'existence ou non une telle norme constitutionnelle.

13. Il apparaît évident que si le législateur supprimait la réserve héréditaire ou la modifiait dans un sens qui lui retirait toute substance, la question de l'existence d'un droit de succession à valeur constitutionnelle se poserait. Or, il nous semble que dans une telle hypothèse, le Conseil constitutionnel serait susceptible de reconnaître la valeur constitutionnelle du droit de succession. Le principe selon lequel certains héritiers doivent pouvoir obtenir une part minimale du patrimoine de leurs ascendants lors de leur décès n'est en effet pas contingent ou secondaire. Il s'agit au contraire d'un des principes structurants des relations familiales et sociales depuis plusieurs siècles¹² qui fait l'objet, encore aujourd'hui, d'un très fort attachement des Français si l'on en croit un sondage d'opinion¹³. Au regard de son importance et de son appartenance continue à l'ordre juridique, un tel principe apparaît comme un principe fondamental de l'ordre juridique français qui nécessite d'être garanti au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire au niveau constitutionnel.

14. La constitutionnalisation d'un principe fondateur du Code civil n'aurait d'ailleurs pas de caractère inédit. Ainsi, dans sa décision du 9 novembre 1999, le juge constitutionnel proclame « l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer »¹⁴. On voit que le Conseil constitutionnel s'est contenté de reprendre, in extenso, la formule de l'article 1382 du Code civil (désormais article 1240) dans une norme constitutionnelle.

15. Du reste, ce ne serait pas la première fois que le Conseil constitutionnel déciderait de reconnaître une valeur constitutionnelle à un principe après l'avoir longtemps ignoré, voire lui avoir refusé une telle valeur. Un exemple topique est celui de la liberté contractuelle. Le Conseil constitutionnel a dans un premier temps refusé de consacrer la liberté contractuelle en jugeant en 1994 « qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »¹⁵. Mais quelques années plus tard, dans une décision du 19 décembre 2000, le Conseil va revenir sur cette affirmation en conférant à la liberté contractuelle une valeur constitutionnelle fondée sur l'article 4 de la Déclaration de 1789¹⁶. Le juge constitutionnel est donc toujours susceptible de reconnaître une valeur constitutionnelle à tel ou tel principe si celui-ci a un caractère de généralité et de fundamentalité suffisant et que sa protection contre les atteintes par le législateur est jugée nécessaire.

16. La reconnaissance d'une valeur constitutionnelle au droit de succession permettrait en outre à la France rejoindre près de la moitié des États de l'Union européenne qui reconnaissent déjà un tel droit. Si la portée d'un tel droit peut varier selon l'État en cause¹⁷, il n'en reste pas moins que les Constitutions allemande¹⁸, polonaise¹⁹, bulgare²⁰, estonienne²¹, slovaque²², slovène²³ ou roumaine²⁴ garantissent « le droit de

12. V. M. Peguera Poch, Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII siècles), PUAM, 2015, 676 p.

13. Selon un sondage CSA/Conseil Supérieur du Notariat réalisé en ligne le 18 septembre 2012, 70% des personnes sondées déclarent qu'ils préfèrent que les enfants soient les héritiers prioritaires de leurs parents.

14. CC, n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité (§70).

15. CC, 94-348 DC du 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes (§9).

16. CC, n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 (§37). Le Conseil juge qu'en l'espèce, la disposition législative « n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution ».

17. En particulier, il n'est pas certain que ce droit, formulé sous la forme d'un « droit de succession » adossé au droit de propriété, garantisse toujours la réserve héréditaire. V. sur ce point infra §26.

18. L'article 14 de la Loi fondamentale allemande du 8 mai 1949 dispose que « La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois ».

19. L'article 21 de la Constitution du 2 avril 1997 de la Pologne dispose que « La République de Pologne protège la propriété et le droit de succession ».

20. L'article 17 de la Constitution de Bulgarie du 13 juillet 1991 énonce que « Le droit à la propriété et à la succession est garanti et protégé par la loi ».

21. L'article 32 de la Constitution estonienne du 28 juin 1992 dispose que « Le droit de succession est garanti ».

22. L'article 20 de la Constitution slovaque du 3 septembre 1992 dispose que « Le droit de succession est garanti ».

23. L'article 33 de la Constitution slovène du 23 décembre 1991 énonce que « Le droit à la propriété privée et le droit de succession sont garantis ».

24. L'article 42 de la Constitution roumaine du 8 décembre 1991 dispose que « Le droit de succession est garanti ».

succession ». Les Constitutions espagnole²⁵, irlandaise²⁶, hongroise²⁷, de la République tchèque²⁸ ou de la Croatie²⁹ reconnaissent « le droit à l'héritage ». La Constitution portugaise³⁰ garantit quant à elle le « droit à la transmission de biens entre vifs ou pour décès ». À noter que dans les autres États européens dont la Constitution ne garantit pas expressément le droit de succession, la Cour constitutionnelle locale a pu reconnaître, par voie prétorienne, un tel droit. Par exemple, la Cour constitutionnelle lituanienne a reconnu que « la Constitution garantit le droit de succession »³¹ dans un arrêt de 2002. En outre, même dans les États où le droit de succession n'est pas garanti au niveau constitutionnel, des dispositions législatives prévoient une réserve héréditaire. On peut par exemple évoquer les cas de la Belgique³², de l'Italie³³, ou de la Grèce³⁴. Hors de l'Union européenne, d'autres grands États garantissent un tel droit. Par exemple, les Constitutions brésilienne³⁵, chinoise³⁶, algérienne³⁷, égyptienne³⁸ ou turque³⁹ garantissent « le droit d'hériter » ou « le droit d'héritage ».

17. Par ailleurs, le droit de disposer librement de son patrimoine, auquel le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle⁴⁰, ne peut pas être conçu de manière absolue. Son existence ne peut pas être considérée comme un obstacle à la reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle. En effet, le droit de disposer, comme tout droit ou liberté constitutionnel, doit nécessairement être concilié avec d'autres exigences constitutionnelles. Sans quoi, une grande partie de la législation française, non limitée au droit des successions, serait inconstitutionnelle dans la mesure où elle limite justement ce droit de disposer. On pourrait ainsi estimer qu'en reconnaissant la valeur constitutionnelle du droit de disposer, le Conseil constitutionnel a implicitement rendu nécessaire la reconnaissance d'autres exigences constitutionnelles qui permettent de contrebalancer ce droit de disposer. La reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle au bénéfice des héritiers pourrait ainsi être le pendant de la reconnaissance du droit de disposer du *de cuius*. Sans une telle garantie constitutionnelle, il y aurait une asymétrie entre un droit de disposer à valeur constitutionnelle, « attribut essentiel du droit de propriété »⁴¹, et un droit de succession qui n'aurait alors qu'une valeur législative. Le droit de succession pourrait être ainsi librement écarté par le législateur au nom du droit de propriété du *de cuius* privant ainsi les héritiers de tout droit. Cette garantie constitutionnelle du droit de succession est donc importante dans la mesure où elle va imposer au législateur de concilier deux exigences constitutionnelles : le droit de propriété du *de cuius*, et donc son droit de disposer de ses biens, avec le droit de succession des héritiers. Ainsi, le juge constitutionnel pourra s'assurer que le législateur n'a pas effectué une conciliation déséquilibrée en permettant par exemple, au nom d'une conception extensive du droit de propriété, de donner une entière liberté au *de cuius* pour disposer de ses biens au détriment de ses héritiers qui se verraient ainsi privés de tout droit de succession.

25. L'article 33 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 énonce que « Le droit à la propriété privée et le droit à l'héritage sont reconnus ».

26. L'article 43 de la Constitution irlandaise du 1^{er} juillet 1937 dispose que « L'État par conséquent garantit qu'il n'adoptera pas de loi qui tenterait d'abolir la propriété privée ou le droit général de céder, léguer et hériter la propriété ».

27. L'article 13 de la Loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011 dispose que « Chacun a droit à la propriété et à l'héritage ».

28. L'article 11 Charte des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui est partie intégrante de la Constitution tchèque du 16 décembre 1992, dénonce que « l'héritage est garanti ».

29. L'article 48 de la Constitution croate du 22 décembre 1990 dispose que « Le droit à l'héritage est garanti ».

30. L'article 62 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 dispose que « Le droit à la propriété privée ainsi que la transmission de biens entre vifs ou pour décès est garanti à chacun, conformément à la Constitution ».

31. Cour constitutionnelle de Lituanie, 4 mars 2002, n° 17/2000.

32. V. article 913 du Code civil belge.

33. V. articles 536 et s. du Code civil italien.

34. V. article 1825 du Code civil hellénique.

35. L'article 30 de la Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 dispose que « Le droit d'hériter est garanti ».

36. L'article 13 de la Constitution chinoise du 4 décembre 1982 énonce que « L'État protège, selon les dispositions de la loi, le droit des citoyens à la propriété privée et le droit à l'héritage des biens privés ».

37. L'article 52 de la Constitution algérienne du 28 novembre 1996 dispose que « Le droit d'héritage est garanti ».

38. L'article 35 de la Constitution égyptienne du 15 janvier 2014 énonce que « La propriété privée est préservée et le droit à l'héritage garanti ».

39. L'article 35 de la Constitution turque du 7 novembre 1982 dispose que « Chacun possède les droits de propriété et d'héritage. Ces droits peuvent être limités par la loi, mais uniquement dans un but d'intérêt public ».

40. CC, n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (§40).

41. CC, n° 96-373 DC du 9 avril 1996, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française (§22). V. aussi CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, n° 6833/74, (§63). La Cour juge que « le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété ».

18. Dans ce cadre, la réserve héréditaire, en ce qu'elle garantit que les descendants puissent se voir réserver une part de la succession, apparaît alors comme la concrétisation législative d'un droit de succession à valeur constitutionnelle. Si le droit de succession implique que les héritiers aient un droit à obtenir une part minimale des biens et droits successoraux, il est logique que la loi prévoie les modalités de cette exigence constitutionnelle en fixant les héritiers concernés et le *quantum* de la succession qui doit leur être réservé. Ce lien entre le droit de succession et la réserve héréditaire est clairement résumé par la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt du 19 avril 2005 : « La participation économique minimale des enfants dans la succession (...) est protégée par la garantie du droit de succession prévu à l'article 14.1 de la Loi fondamentale sous la forme du principe structurel et central du droit à la réserve héréditaire »⁴². La réserve héréditaire est donc le corollaire du droit de succession garanti par la Constitution.

19. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que si le législateur s'engageait dans une réforme de la réserve héréditaire conduisant à sa suppression, il prendrait un risque conséquent dans la mesure où il est tout à fait plausible que le Conseil constitutionnel lui oppose l'existence d'un droit de succession garanti par la Constitution et déclare donc inconstitutionnelle une telle loi. Comme le rappelle fréquemment le juge constitutionnel : « Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Ce faisant, il ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »⁴³. Or, comme on l'a dit, les dispositions du Code civil relatives à la réserve héréditaire sont assimilables aux « garanties légales » de l'exigence constitutionnelle du droit de succession. Ces « garanties légales » ont vocation à permettre l'effectivité du droit de succession⁴⁴. Ainsi, la reconnaissance de cette nouvelle norme constitutionnelle serait un obstacle infranchissable à l'abrogation des dispositions du Code civil garantissant ce droit de succession dans la mesure où en supprimant la réserve héréditaire, le législateur priverait de garanties légales l'exigence constitutionnelle de droit de succession. Si ce dernier souhaitait absolument supprimer une telle réserve, il devrait prendre alors la voie de la révision constitutionnelle de l'article 89 de la Constitution.

B. Le fondement d'un droit de succession garanti par la Constitution

20. Si le Conseil constitutionnel reconnaissait l'existence d'un droit de succession garanti constitutionnellement, se poserait immédiatement la question de son fondement constitutionnel. En effet, contrairement à nombre de constitutions étrangères, la Constitution française ne consacre pas expressément le droit de succession. Or, sous l'influence de Georges Vedel⁴⁵, qui a été membre du Conseil, le juge constitutionnel s'impose depuis les années 80 de rattacher l'ensemble des normes constitutionnelles qu'il crée à des dispositions de la Constitution. Cela signifie-t-il que l'absence de référence au droit de succession dans les textes constitutionnels empêche le Conseil de consacrer la valeur constitutionnelle du droit de succession ? La réponse apparaît sans aucun doute négative dans la mesure où, d'une part, le Conseil pourrait souhaiter créer un principe fondamental reconnu par les lois de la République fondé sur le 1er alinéa du Préambule de 1946 ; d'autre part, si le Conseil rattache l'ensemble des normes constitutionnelles à des dispositions de la Constitution, ces rattachements sont parfois artificiels ou forcés et reposent essentiellement sur le pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel.

42. Cour constitutionnelle fédérale Allemande, 19 avril 2005, 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03 (§65).

43. V. par ex. CC, n° 2017-673 QPC du 24 novembre 2017, Société Neomades [Régime d'exonération de cotisations sociales des jeunes entreprises innovantes], (§8).

44. A. Vidal-Naquet, Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Éditions Panthéon-Assas, 2007, p. 33. Comme le rappelle l'auteur, « Fondées sur la compétence législative en matière de garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, les garanties légales sont destinées à assurer l'effectivité des droits et libertés constitutionnellement reconnus ».

45. V. sur ce sujet : G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », CCC, n° 2, 1997, p. 77. L'éminent auteur souligne en ce sens que « Le Conseil constitutionnel manifeste lui aussi sa volonté de ne pas se reconnaître un pouvoir initial de création de normes nouvelles sous prétexte d'interprétation. Il a pris depuis assez longtemps l'habitude de rattacher, fût-ce au prix d'une interprétation très constructive toutes ses décisions à un texte de force constitutionnelle ».

21. Un bon exemple de ce phénomène est l'article 16 de la Déclaration de 1789 selon lequel « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Le Conseil va progressivement rattacher à cet article de nombreuses exigences constitutionnelles. Outre la séparation des pouvoirs⁴⁶ et la garantie des droits⁴⁷ à proprement parler, cet article fonde les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions⁴⁸, le droit à exercer un recours juridictionnel effectif⁴⁹, les droits de la défense⁵⁰ ou encore le droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties⁵¹. On voit immédiatement que le rattachement de certaines de ces exigences constitutionnelles à l'article 16 de la Déclaration de 1789 n'a rien d'évident, mais procède de la volonté du Conseil de trouver la base textuelle qui lui paraît la moins fragile pour fonder sa jurisprudence.

22. Il nous semble qu'il ne serait dès lors pas particulièrement difficile pour le Conseil de trouver un fondement au droit de succession dans la Constitution. Toutefois, le juge constitutionnel doit être très prudent dans le choix du fondement constitutionnel du droit de succession dans la mesure où ce fondement conditionnera la cohérence et la crédibilité de sa jurisprudence. C'est pourquoi il nous semble qu'il écartera, en tout état de cause, le principe d'égalité comme éventuel fondement au droit de succession. En effet, le principe d'égalité⁵², au sens de la jurisprudence constitutionnelle, n'a pas de contenu déterminé, il « ne donne qu'une règle formelle concernant le raisonnement juridique à tenir lorsqu'il s'agit de comparer des situations et les traitements qui leur sont appliqués »⁵³. Le principe d'égalité n'impose pas la consécration d'un droit déterminé. Mais l'égalité intervient pour encadrer l'activité législative et imposer le respect d'un rapport entre les situations et leur traitement. Ainsi, il ne présuppose pas le droit des descendants à une part des biens de leurs ascendants défunts. Il implique, plus restrictivement, que si le législateur crée une réserve héréditaire au bénéfice des descendants, ces derniers soient traités de manière identique, au regard de la réserve, car placés dans la même situation. A contrario, si le législateur venait à supprimer une telle réserve, le principe d'égalité ne s'opposerait pas, à lui seul, à ce que les descendants, qui pourraient alors être placés dans des situations différentes, puissent être traités différemment, voire être exhérités. Le principe d'égalité s'impose dans la jouissance d'un droit déjà consacré, elle ne pourrait donc pas servir à fonder la création d'un nouveau droit comme le droit de succession. En revanche, une fois un droit de succession consacré sur un autre fondement constitutionnel ou législatif, le principe d'égalité pose des limites à l'encadrement législatif de ce droit. Le principe d'égalité ne fonde donc pas le droit de succession, il est plutôt la conséquence de la reconnaissance d'un tel droit de succession au bénéfice des descendants. C'est pourquoi le principe d'égalité ne peut pas constituer un fondement pertinent au droit de succession.

23. Le juge constitutionnel dispose cependant d'autres fondements possibles. Il pourrait tout d'abord fonder le droit de succession sur le droit de propriété (1). Il pourrait alternativement faire du droit de succession un principe fondamental reconnu par les lois de la République (2). Enfin, le Conseil constitutionnel pourrait fonder le droit de succession sur les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 (3).

1. Les limites d'un droit de succession corollaire du droit de propriété

24. Si on se fie au droit comparé, le droit de propriété serait le fondement constitutionnel du droit de succession le plus naturel : dans la plupart des constitutions qui consacrent le droit de succession ou le droit d'hériter, celui-ci est généralement compris dans le même article, voire la même phrase, que celui

46. CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (§24 et 27).

47. CC, 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains Codes, (§13) ; CC, 2013-366 QPC du 14 février 2014, SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »], (§3).

48. CC, n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, (§24).

49. CC, 99-422 DC du 21 décembre 1999, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000, (§64).

50. CC, n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances (§24).

51. CC, n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, Région LANGUEDOC-ROUSSILLON et autres [Article 575 du Code de procédure pénale], (§4).

52. Sur le principe d'égalité, voir infra. §104 et s.

53. O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », Jus Politicum, 2012, n° 7.

garantissant le droit de propriété⁵⁴. Ce lien entre droit de succession et droit de propriété est explicitement affirmé par la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt du 19 avril 2005 lorsqu'elle explique que la fonction du droit de succession garanti par la Loi fondamentale « est de prévenir la disparition de la propriété privée avec la mort du propriétaire (...) et d'assurer sa continuation à travers les règles légales de succession. La garantie du droit de succession complète le droit de propriété et forme avec ce dernier la base du régime de propriété prévu par la Loi fondamentale »⁵⁵. Le Tribunal constitutionnel polonais tient un raisonnement similaire lorsqu'il juge qu'« au sens de la Constitution de la République de Pologne le droit de succession est intrinsèquement corrélé au droit de propriété »⁵⁶. François Luchaire, qui a notamment été membre du Conseil constitutionnel, estimait également que « le droit de propriété comprend le droit de le transmettre ; ce droit, que personne ne contestait en 1789, est un complément nécessaire à la propriété individuelle »⁵⁷.

25. Cependant, fonder le droit de succession sur le droit de propriété pourrait apparaître, en droit français, en décalage avec la conception civiliste traditionnelle de la réserve héréditaire. Les juristes de droit civil tendent le plus souvent à opposer la réserve héréditaire au droit de propriété et non à fonder la première sur le second. Comme le résume un auteur, la réserve héréditaire se définit avant tout « comme une limite au droit de disposer »⁵⁸ du *de cuius*. Fonder le droit de succession, dont découlerait la réserve héréditaire, sur le droit de propriété ne serait ainsi pas entièrement conforme à la tradition juridique française. Mais au-delà de cette première remarque, il nous semble que la reconnaissance d'un tel fondement se heurte à deux grands obstacles.

26. Le premier obstacle est le fait qu'il n'est pas certain que le droit de propriété soit suffisant pour fonder le droit de succession. Dire que le droit de succession est le corollaire du droit de propriété ne permet pas véritablement de justifier à lui seul le droit de certains héritiers à obtenir une part minimale des biens du défunt. Le droit de succession rattaché au seul droit de propriété pourrait alors se concevoir, pour l'essentiel, du point de vue du *de cuius*, ce dernier aurait droit à ce que ses biens puissent être transmis aux personnes qu'il a désignées pour garantir la continuation de la propriété. Réciproquement, ses légataires ou donataires auraient le droit à la propriété sur les biens légués ou donnés par le défunt. La dimension familiale n'apparaît donc pas clairement dans ce droit de succession corollaire du droit de propriété. Dans cette perspective, le droit de succession, entendu exclusivement à l'aune de la propriété, s'appréhenderait essentiellement comme une modalité du droit de disposer du *de cuius*. À notre connaissance, aucune cour constitutionnelle européenne, qui a été saisie de la question de la portée du droit de succession, n'a retenu une interprétation aussi restrictive. Au contraire, afin de sortir le droit de succession de son apparente dimension « propriétaire », les juges constitutionnels ont tendance à ajouter un second fondement au droit de succession afin de l'orienter vers sa dimension familiale. Par exemple, la Cour constitutionnelle allemande fonde certes le droit de succession sur l'article 14(1) de la Loi fondamentale relatif au droit de propriété et de succession, mais elle ajoute également comme fondement à celui-ci l'article 6 (1) qui dispose que « Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'État ». La Cour juge ainsi que « le droit à la réserve héréditaire est d'abord et avant tout lié à la protection des relations entre le testateur et ses enfants telle que garantie par l'article 6(1) de la Loi fondamentale »⁵⁹. Elle ajoute plus loin que « Les caractéristiques fondamentales de la participation des enfants à la succession sont l'expression de la solidarité familiale »⁶⁰. La solidarité familiale pourrait alors être invoquée pour compléter le droit de propriété comme fondement du droit de succession. Le droit de succession apparaît ainsi non pas comme le seul droit du défunt à voir sa propriété perdurer après sa mort au bénéfice des personnes qu'il désigne comme légataires, mais comme l'expression de la solidarité familiale dont découle l'obligation de dévolution d'une partie des biens du défunt à ses descendants afin de faire perdurer la propriété au sein de la

54. V. supra. §16

55. Cour constitutionnelle fédérale Allemande, 19 avril 2005, 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03 (§62).

56. Tribunal constitutionnel polonais, 25 février 1999, K. 23/98.

57. F. Luchaire, La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica, 1987, p. 279.

58. M. Grimaldi, Droit des successions, LexisNexis, 2017, 7^e éd., p. 236.

59. Cour constitutionnelle fédérale allemande, préc., §71.

60. Ibid. §73.

famille. Le droit de propriété n'apparaît donc pas, à lui seul, comme un fondement entièrement convaincant du droit de succession et de son corollaire la réserve héréditaire.

27. Le second obstacle est la position que le Conseil constitutionnel semble avoir retenue dans sa décision du 28 septembre 2012⁶¹. En l'espèce, les requérants contestaient le troisième alinéa de l'article 73 de la loi du 1^{er} juin 1924 en ce qu'en prévoyant de manière dérogatoire, en cas de don ou de legs d'une exploitation agricole à un héritier en ligne directe, que l'indemnité de réduction due aux héritiers réservataires est évaluée sur la base du revenu net moyen de l'exploitation à l'époque de l'ouverture de la succession, il aurait porté une atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété des cohéritiers réservataires. Ce grief avait été jugé comme sérieux par la Cour de cassation et avait justifié qu'elle renvoie la QPC au Conseil constitutionnel⁶². Toutefois, ce dernier va au contraire estimer un tel grief inopérant et va donc le rejeter. Le Conseil juge en effet que « les héritiers ne deviennent propriétaires des biens du défunt qu'en vertu de la loi successorale ». Dans le commentaire de la décision, le service juridique du Conseil tente de préciser la position du juge constitutionnel : « Les héritiers ne deviennent propriétaires des biens du défunt que parce que la loi successorale, ou le legs dont la loi successorale reconnaît la validité, les désigne comme tel. Le droit de propriété ne peut donc être invoqué par un héritier pour contester les dispositions de la loi successorale relatives aux droits d'une autre personne appelée à la succession »⁶³. Le Conseil constitutionnel estime donc qu'un héritier n'acquiert la propriété des biens du défunt qu'en vertu de la loi successorale, il ne pourrait donc invoquer son droit de propriété sur ces biens à l'encontre de dispositions législatives dont l'objet est justement de désigner les successibles. C'est au fond l'idée que le droit de propriété des héritiers sur les biens du *de cuius* n'existe qu'en vertu de la loi successorale, dès lors un héritier ne peut contester une loi successorale sur le fondement de son droit de propriété dans la mesure où il ne dispose justement de ce droit de propriété qu'en application de ladite loi qui lui donne la qualité de successible. Seul le droit de propriété du *de cuius* peut être invoqué à l'encontre de la loi successorale, car le défunt ne tient pas son droit de propriété de cette dernière.

28. Si le raisonnement du Conseil constitutionnel apparaît quelque peu alambiqué, il a le mérite d'informer sur l'interprétation qu'il fait du droit de propriété en lien avec le droit des successions. Selon le juge constitutionnel, une loi successorale ne peut jamais violer le droit de propriété des descendants, car elle a justement pour objet de désigner les personnes qui seront titulaires du droit de propriété sur les biens du *de cuius*. Il en résulte que les descendants ne sont pas titulaires d'office, et sur le seul fondement du droit de propriété garanti par la Constitution, d'un droit de propriété sur les biens de leur ascendant défunt, ce droit n'étant que la conséquence de la reconnaissance par la loi successorale de leur qualité d'héritier. La Haute instance rejette donc implicitement l'idée que le droit de propriété puisse être invoqué comme fondement au droit des descendants à hériter des biens de leur ascendant défunt. Par conséquent, malgré l'importance du lien entre droit de propriété et droit de succession en droit constitutionnel comparé, il est peu probable qu'en l'état de la jurisprudence constitutionnelle, et même s'il ne faut pas exagérer l'importance de cette décision de 2012, que le Conseil constitutionnel fonde un éventuel droit de succession à valeur constitutionnelle sur le droit de propriété.

2. Les réticences à la reconnaissance d'un droit de succession découlant d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République

29. Afin d'avoir à éviter un rattachement du droit de succession à une disposition précise de la Constitution, le Conseil constitutionnel pourrait être tenté de le rattacher à la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République mentionnés dans le Préambule de 1946. Ces principes se définissent comme « des normes de valeur constitutionnelle dont l'existence est constatée par le Conseil constitutionnel à partir des textes législatifs pris sous les trois premières Républiques »⁶⁴. Pour rappel, le

61. CC, n° 2012-274 QPC du 28 septembre 2012, Consorts G. [Calcul de l'indemnité de réduction due par le donataire ou le légataire d'une exploitation agricole en Alsace-Moselle].

62. C. cass., 1^{ère} ch. civ., 5 juillet 2012, n° 12-40.035

63. Commentaire officiel, déc. n° 2012-274 QPC du 28 septembre 2012, p. 9.

64. L. Favoreu, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), La République en droit

premier de ces principes, la liberté d'association, a été reconnu par la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971⁶⁵. À ce jour, le juge constitutionnel a reconnu l'existence de onze principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le plus récent étant la reconnaissance du maintien en vigueur du droit local d'Alsace-Moselle tant qu'il n'est pas remplacé par le droit commun⁶⁶. Selon la jurisprudence constitutionnelle, pour que le Conseil puisse reconnaître l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, il faut que trois conditions soient réunies :

- D'une part, il faut que le principe invoqué soit « fondamental » et d'une certaine « importance »⁶⁷, c'est-à-dire qu'il doit énoncer une règle suffisamment importante et générale qui porte sur les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics⁶⁸ ;
- D'autre part, le principe doit s'appuyer sur une ou plusieurs lois entrées en vigueur sous un régime républicain antérieur à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁶⁹ ;
- Enfin, le principe doit avoir eu une application continue ; une loi républicaine antérieure à 1946 ne doit pas avoir dérogé à ce principe⁷⁰.

30. Il nous semble qu'il pourrait être argué qu'il existe un principe fondamental reconnu par les lois de la République, découlant de la législation relative à la réserve héréditaire, selon lequel les descendants⁷¹ ont droit à hériter d'une part minimale des biens et droits successoraux de leurs ascendants défunts. En effet, un tel principe semble, à première vue, réunir les trois conditions nécessaires à la découverte par le Conseil constitutionnel d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

31. En premier lieu, un tel principe apparaît bien fondamental et d'une certaine importance au sens où il a un degré suffisant de généralité et intéresse un des domaines essentiels de la vie de la Nation, c'est-à-dire à titre principal les droits et libertés fondamentaux. On pourrait en effet défendre l'existence d'un droit fondamental pour les descendants à hériter des biens de leurs ascendants défunts. Supprimer la réserve héréditaire, ou lui porter une atteinte substantielle, conduirait à priver les descendants de leur droit à hériter des biens de leurs ascendants défunts et permettrait, réciproquement, au *de cuius* d'exhérer ses héritiers ou l'un de ses héritiers. La réserve héréditaire est donc une protection des héritiers réservataires contre l'exhérédation et sa suppression les priverait d'une garantie fondamentale. Le principe en cause apparaît donc suffisamment fondamental et général pour remplir cette première condition.

32. En second lieu, ce principe pourrait s'appuyer sur un ancrage textuel dans des lois républicaines antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution du 27 octobre 1946. En effet, on retrouve l'expression du principe de la réserve héréditaire dans les textes adoptés par la Convention, régime républicain postérieur à l'abolition de la monarchie le 21 septembre 1792, entre 1793 et 1794⁷². En particulier, la loi du 17 nivôse an II (1794)⁷³ consacre le principe même de la réserve héréditaire et lui donne une ampleur considérable en limitant la quotité disponible à un dixième des biens du *de cuius* s'il a des héritiers en ligne directe⁷⁴. Il

français, *Economica*, coll. « Droit public positif », 1996, p. 232.

65. CC, n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, (§2).

66. CC, n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, Société SOMODIA (Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle), (§4).

67. CC, n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux (§9). Le Conseil juge que « la règle invoquée ne revêt pas une importance telle qu'elle puisse être regardée comme figurant au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » ».

68. CC, n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (§21).

69. CC, n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie (§12).

70. CC, n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations (§13).

71. Le choix de limiter le PFRLR aux seuls descendants est expliqué infra. §33.

72. V. M. Peguera Poch, Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles), PUAM, coll. « Histoire du droit », 2015, pp. 273 et s.

73. L'article 9 de la loi du 17 nivôse an II disposait ainsi que « Les successions des pères, mères ou autres ascendants, et autres collatéraux [...] seront partagées également entre les enfants, descendants ou héritiers en ligne collatérale, nonobstant toutes lois, coutumes, donations, testaments et partages déjà faits. En conséquence, les enfants, descendants et héritiers en ligne collatérale, ne pourront, même en renonçant à ces successions, se dispenser de rapporter ce qu'ils auront eu à titre gratuit, par l'effet des donations que leur auront faites leurs ascendants ou leurs parents collatéraux, postérieurement au 14 juillet 1789 ».

74. L'article 11 de la loi du 17 nivôse an II énonçait ainsi que « Les dispositions de l'art. 9 ci-dessus ne font point obstacle pour l'avenir à la faculté de disposer du dixième de son bien si on a des héritiers en ligne directe ou du sixième si l'on n'a que des héritiers collatéraux au profit d'autres que les personnes appelées par la loi au partage des successions ».

ne fait donc aucun doute que ce principe s'appuie sur au moins une loi entrée en vigueur sous un régime républicain antérieur à la Constitution du 27 octobre 1946.

33. En troisième et dernier lieu, ce principe a été constamment reconnu par les lois républicaines depuis la fin du XVIII^e siècle. Ce principe a donc eu une application continue depuis sa première consécration par une loi républicaine. Loin d'écarter la réserve héréditaire, le Code Napoléon de 1804 l'a au contraire de nouveau consacré dans le droit français dans son article 913, même s'il en a réduit le *quantum*. Le Code Napoléon, si tant est qu'il puisse être qualifié de « loi républicaine », ne déroge donc pas au principe de la réserve héréditaire, mais le confirme au contraire en en modifiant simplement les modalités. Les dispositions du Code civil relatives à la réserve héréditaire n'ont fait l'objet d'aucune dérogation par une loi républicaine antérieure à 1946. Postérieurement à 1946, la loi du 3 décembre 2001 a étendu le bénéfice de la réserve héréditaire, en cas d'absence de descendants, au conjoint survivant. Cela signifie que le principe fondamental reconnu par les lois de la République, fondé sur la législation relative à la réserve héréditaire antérieure à 1946, ne peut pas concerner le conjoint survivant qui n'était pas visé par cette législation. En outre, la loi du 23 juin 2006 a supprimé la réserve héréditaire au bénéfice des ascendants du *de cuius*. Cette abrogation de la réserve héréditaire pour les ascendants devrait certainement conduire le juge constitutionnel à ne reconnaître la valeur constitutionnelle de la réserve héréditaire qu'aux seuls descendants. En effet, outre qu'elle marque une discontinuité de la réserve héréditaire pour les ascendants, si le Conseil constitutionnel était saisi de la question de la suppression de la réserve héréditaire dans le cadre d'une réforme législative future, cette suppression concernerait à titre principal les descendants. Le Conseil n'aurait donc intérêt, afin de limiter la portée du nouveau principe créé, qu'à répondre par un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui ne viserait alors que la réserve héréditaire des descendants.

34. Ces éléments mènent donc à la conclusion que l'ensemble des conditions sont réunies pour que le Conseil constitutionnel reconnaisse l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel les descendants ont droit d'hériter d'une part minimale des biens et droits successoraux de leurs ascendants défunts. Pour autant, il n'est pas certain que le juge constitutionnel accepte de reconnaître un tel principe. Il est d'abord réticent à reconnaître de tels principes, ce qui explique leur faible nombre. Ensuite, le commentaire de la décision du 17 mai 2013 portant sur la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe rappelle en effet que « jamais le Conseil constitutionnel n'a dégagé de PFRLR sur des questions de société »⁷⁵. Or, la question du maintien ou non de la réserve héréditaire et plus généralement du droit de succession pourrait être considérée par le Conseil comme relevant de la catégorie assez floue des « questions de société » dans la mesure où elle porte sur les relations intergénérationnelles au sein de la famille et les règles de transmission du patrimoine dans la société française. Cela pourrait donc le conduire à refuser de passer par un principe fondamental reconnu par les lois de la République pour reconnaître la valeur constitutionnelle du droit de succession.

3. La cohérence d'un droit de succession fondé sur les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946

35. Au regard des problèmes posés par les deux précédents fondements, le Conseil constitutionnel pourrait décider de fonder le droit de succession en s'appuyant sur la principale justification historique à l'existence de la réserve héréditaire : la protection de la famille⁷⁶ et la solidarité familiale. En effet, la plupart des auteurs s'accordent sur le fait que la réserve vise historiquement à « conforter la solidarité familiale »⁷⁷, ou qu'« elle exprime l'importance de la solidarité familiale dans l'ordre des préoccupations légales »⁷⁸, ou

75. Commentaire officiel, déc. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, p. 16.

76. V. sur ce sujet : I. Kondyli, La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », pp. 15 et s.

77. M. Grimaldi, Droit des successions, LexisNexis, 2017, 7^e éd., p. 233.

78. C. Brenner, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve », J-Cl Code civil, LexisNexis, 2017, Fasc. 10, §66.

encore qu'elle est la manifestation de « la cohésion familiale et la solidarité pécuniaire »⁷⁹ ou du « devoir social envers sa proche famille »⁸⁰.

36. Comme on l'a dit, la Cour constitutionnelle allemande s'appuie justement sur la solidarité familiale comme second fondement du droit de succession. En outre, c'est notamment en se fondant sur la protection de la famille et la solidarité familiale que la Cour constitutionnelle lituanienne a reconnu, de manière prétorienne, le droit de succession. Elle a ainsi jugé que : « D'une lecture systématique des dispositions prévues à l'article 23 de la Constitution [relatives au droit de propriété] ainsi que des autres dispositions de la Constitution, en particulier les dispositions constitutionnelles énonçant que la famille est la base de la société et de l'État et qui font obligation à l'État de prendre soin de la famille (...), tout comme elles fixent les droits et obligations des parents envers leurs enfants jusqu'à l'âge de leur majorité ainsi que les droits et obligations des enfants envers leurs parents (...) il en ressort que l'institution de la succession découle de la Constitution. La Constitution garantit le droit de succession »⁸¹.

37. Le Conseil constitutionnel pourrait également se fonder sur les dispositions de la Constitution qui impliquent une telle protection de la famille et une solidarité familiale pour reconnaître le droit de succession. Il nous semble, comme d'autres auteurs avant nous⁸², que les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 apparaissent particulièrement adéquats. Pour rappel, ces deux alinéas énoncent respectivement que « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » et notamment qu'« elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». On pourrait en effet déduire de ces deux alinéas l'exigence de protection de la famille et de solidarité familiale dont découlerait le droit de succession. Ce ne serait d'ailleurs pas la première fois que le Conseil constitutionnel tirerait de la lecture combinée de ces deux alinéas une norme constitutionnelle. Ainsi dans ses deux décisions du 21 mars 2019⁸³, le juge constitutionnel s'est fondé sur les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 pour reconnaître l'existence d'une exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

38. Un tel rattachement n'aurait rien d'inédit dans le paysage des cours constitutionnelles comme nous l'avons rappelé avec les décisions des juridictions allemandes et lituaniennes. En outre, il aurait le mérite de donner au droit de succession une assise constitutionnelle assez cohérente avec la tradition juridique française concernant les droits des descendants sur les biens de leurs ascendants défunts. Toutefois, ses détracteurs contesteront certainement le caractère très artificiel ou constructif d'un tel rattachement dans la mesure où les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 ne se réfèrent aucunement à un tel droit de succession. Toutefois, ce rattachement à ces deux alinéas ne nous semble pas plus artificiel que d'autres rattachements effectués par le Conseil constitutionnel ces dernières décennies.

39. Par conséquent, il nous semble que de l'ensemble des fondements possibles pour le droit de succession, les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 apparaissent comme le fondement constitutionnel le plus adéquat sur lequel le Conseil pourrait le plus aisément fonder cette nouvelle norme constitutionnelle.

79. E. Fongaro, M. Nicod, « Réserve héréditaire – Quotité disponible », Répertoire de droit civil, Dalloz, 2017, §9.

80. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, Droit civil. Les successions. Les libéralités, Dalloz, coll. « Précis », 2013, 4e éd., p. 625.

81. Cour constitutionnelle de Lituanie, 4 mars 2002, aff. n° 17/2000.

82. V. en particulier F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, Droit civil. Les successions. Les libéralités, op.cit., p. 9. Les auteurs observent que « la réserve peut elle-même trouver un appui dans le préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie la Constitution de 1958. (...) Or la réserve est l'expression de la solidarité familiale : la transmission obligée d'une partie du patrimoine du de cujus à ceux qui lui sont les plus proches, descendants, à défaut conjoint, conforte le lien familiale ».

83. CC, n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, (§59-60) ; CC, n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge], (§5-6).

C. La portée d'un droit de succession à valeur constitutionnelle

La reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle poserait immédiatement la question de sa portée. Pour appréhender la portée de cette nouvelle norme constitutionnelle, il faudra tout d'abord s'intéresser aux titulaires du droit de succession (1), puis évoquer la manière dont une telle norme constitutionnelle devra être conciliée avec d'autres normes constitutionnelles ou l'intérêt général (2). Enfin, il faudra s'attarder sur la portée du droit de succession au regard de certains aspects du régime juridique de la réserve héréditaire (3).

1. Les titulaires du droit de succession à valeur constitutionnelle

40. Nous avons défini le droit de succession comme « le droit pour les descendants à hériter d'une part minimale des biens et droits successoraux de leurs ascendants défunts ». De cette définition, il ressort tout d'abord que le droit de succession ne bénéficie qu'aux descendants du *de cuius*. Il aurait pu être tentant de retenir une définition plus large du droit de succession en y intégrant plus généralement les parents proches, ce qui inclurait en particulier les ascendants, ainsi que le conjoint survivant. D'autant que si l'évolution de la société conduit à ce que la solidarité familiale se conçoive essentiellement de manière descendante (des parents vers les enfants), elle pourrait tout autant se concevoir de manière remontante (des enfants vers les parents) compte tenu de l'augmentation de l'espérance de vie et de la dépendance des personnes âgées.

41. Mais il nous semble que l'abrogation de la réserve héréditaire des ascendants par la loi du 23 juin 2006 marque le fait que les « successions remontantes » sont aujourd'hui perçues comme des « anomalies »⁸⁴. Le Conseil constitutionnel ne s'opposerait certainement pas à la possibilité pour les ascendants de se voir octroyer une part des biens du défunt, comme c'est d'ailleurs encore prévu par l'article 738 du Code civil. Mais nous ne pensons pas qu'il exigerait que les ascendants aient un droit de succession qui commanderait le retour d'une réserve héréditaire à leur bénéfice. En d'autres termes, le législateur est libre de créer ou supprimer une réserve héréditaire pour les ascendants, à la condition qu'elle n'empiète pas de manière substantielle sur la réserve des descendants. La réserve des ascendants n'est donc pas, contrairement à celle des descendants, une garantie légale de l'exigence constitutionnelle du droit de succession.

42. Un raisonnement similaire peut être tenu pour la réserve héréditaire du conjoint survivant. Cette réserve, qui est subordonnée à l'absence de descendants, n'a été introduite qu'avec la loi du 3 décembre 2001. Si le Conseil constitutionnel fondait le droit de succession sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République, il apparaîtrait évident que le conjoint survivant en serait exclu dans la mesure où la création d'une réserve à son profit est postérieure à 1946. En outre, cette réserve du conjoint n'est longtemps pas apparue, contrairement à celle des descendants, comme un impératif découlant de la protection de la famille et de la solidarité familiale. Elle ne faisait d'ailleurs pas l'objet d'un grand consensus devant le Parlement et est le produit d'un compromis entre les deux assemblées⁸⁵. On peut d'ailleurs douter que cette réserve, telle qu'elle est formulée par l'article 914-1, satisfasse entièrement l'impératif découlant de la protection de la famille et de la solidarité familiale dans la mesure où elle est limitée au seul conjoint survivant, excluant ainsi le concubin du *de cuius* ou le partenaire qui lui est lié par un pacte civil de solidarité. Si, du point de vue du droit civil et de la technique juridique, on peut comprendre la limitation de la réserve au seul conjoint survivant, il n'en reste pas moins que, sur un plan constitutionnel, si une telle réserve découlait véritablement de l'impératif de protection de la famille et de solidarité familiale, elle aurait un champ d'application plus large. En outre, cette réserve n'aurait pas un caractère subsidiaire par rapport à la réserve des descendants. En effet, un droit de succession à valeur constitutionnelle

84 M. Grimaldi, *op.cit.*, p. 241.

85 V. A. Vidalies, J.-J. Hyest, Rapport n°3382 et 67 présenté au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins, A.N., Sénat, 2001, pp. 2 et 10.

supposerait alors que le conjoint survivant ait toujours droit à une part minimale des biens du *de cuius*, indépendamment de la présence ou non de descendants. Ces divers éléments nous conduisent à mettre très fortement en doute l'existence d'un droit de succession à valeur constitutionnelle qui s'étendrait au conjoint survivant sur les biens de son conjoint défunt. En définitive, le législateur est libre de maintenir ou de supprimer une telle réserve dans la mesure où elle ne constitue pas, en ce qui concerne le conjoint survivant, une garantie légale de l'exigence constitutionnelle de droit de succession.

43. En conséquence, il nous semble que seuls les descendants du *de cuius* pourraient être les titulaires d'un droit de succession à valeur constitutionnelle.

2. La conciliation du droit de succession avec d'autres exigences constitutionnelles ou l'intérêt général

44. Comme la plupart des normes constitutionnelles, le droit de succession ne peut pas avoir un caractère absolu et doit donc être concilié avec d'autres principes ou exigences constitutionnelles ou encore avec l'intérêt général. Comme le souligne V. Goesel-Le Bihan⁸⁶, le Conseil constitutionnel ne contrôle pas l'ensemble des droits et libertés constitutionnels de manière identique. Certains droits et libertés, compte tenu de leur importance, bénéficient d'une protection renforcée. En particulier, selon cette doctrine, pour certains droits ou libertés, qualifiés de « premier rang » selon la formule de Louis Favoreu⁸⁷, le juge constitutionnel exige que la limitation du droit ou de la liberté soit justifiée par le législateur par une autre norme constitutionnelle. En outre, ces libertés de premier rang font l'objet d'un contrôle renforcé qui implique le triple test de proportionnalité (adéquation, nécessité et proportionnalité). Seulement quelques droits et libertés font partie de cette catégorie, on y trouve principalement la liberté individuelle⁸⁸, la liberté d'aller et venir⁸⁹, la liberté de communication et d'expression⁹⁰ ou le droit au respect de la vie privée⁹¹. Pour ces droits et libertés, que le Conseil constitutionnel considère comme particulièrement importants, le juge s'assure que la limitation du droit ou de la liberté est justifiée par une autre exigence constitutionnelle et que l'atteinte est proportionnée. Ensuite, comme le note la même auteure, « pour les autres droits et libertés, moins protégés - et souvent qualifiés de « second rang » - le Conseil se contente d'un intérêt général simple - c'est-à-dire qui ne bénéficie d'aucune reconnaissance constitutionnelle particulière »⁹². De plus, le Conseil n'effectuera qu'un contrôle de l'adéquation et, le cas échéant, de la disproportion. Si cette analyse de V. Goesel-Le Bihan n'apparaît plus entièrement en adéquation avec le droit positif, il semble en effet que le Conseil constitutionnel ait abandonné la condition de la poursuite d'une exigence constitutionnelle pour les droits et libertés de premier rang⁹³, elle a le mérite de permettre de situer un éventuel droit de succession dans l'édifice jurisprudentiel du Conseil. Si l'on suit cette doctrine, le droit de succession appartiendrait nécessairement à la catégorie de droits et libertés de second rang dans la mesure où l'ensemble des droits et libertés de premier rang sont rangés dans cette catégorie dans la mesure où ils constituent « des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés »⁹⁴. S'il ne fait

86. V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », RFDC, 2007, n° 70, p. 269 ; « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », CCC, 2007, n° 22 ; « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », Jus Politicum, 2012, n° 7 ; « Les griefs susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre d'une QPC », JCP G., 2015, n° 27, p. 1337.

87. L. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in D. Rousseau, F. Sudre (dir.), Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Éditions STH, 1990, p. 37. Louis Favoreu proposait ainsi de distinguer « entre les libertés de premier et de second rang ».

88. CC, n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (§3). CC, n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, (§13).

89. V. par ex. CC, n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (§78) ; CC, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement] (§16).

90. CC, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984 du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse (§37) ; CC, n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, (§15).

91. CC, n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (§30) ; CC, n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent] (§6).

92. V. Goesel-Le Bihan, « Les griefs susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre d'une QPC », préc.

93. V. sur ce point J.-B. Duclercq, Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle », 2015, T. 146, pp. 336 et s.

94. CC, n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, préc.

aucun doute que le droit de succession est un droit important, on ne peut tout de même le placer sur le même plan que la liberté individuelle ou la liberté de communication et d'expression.

45. Cette qualification du droit de succession comme droit constitutionnel de second rang implique que si le législateur souhaite limiter ce droit, il doit remplir une double condition : d'une part, il faut que la limitation du droit de succession soit justifiée par un objectif d'intérêt général ou une autre exigence constitutionnelle ; d'autre part, il faut que la limitation ne soit pas inadéquate et disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur. En particulier, pour qu'une limitation ne soit pas considérée comme disproportionnée, le législateur doit apporter un certain nombre de garanties législatives.

46. Il en ressort que le droit de succession n'est aucunement un obstacle à une réforme législative portant sur la réserve héréditaire dès lors que le législateur respecte les conditions évoquées. D'autant que le législateur peut aisément invoquer le droit de disposer du *de cuius*, qui a valeur constitutionnelle⁹⁵, pour justifier une restriction au droit de succession. En outre, le Conseil constitutionnel laisse une très grande marge de manœuvre et ne sanctionnera le plus souvent que les cas de disproportion manifeste. Le législateur dispose donc d'une très grande liberté sur les évolutions de la réserve héréditaire dès lors que le Conseil constitutionnel « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »⁹⁶. Cela signifie par exemple que le droit de succession n'est pas un obstacle à une modification du *quantum* de la réserve héréditaire qui relève du pouvoir discrétionnaire du législateur. Ce raisonnement est d'ailleurs celui appliqué par la Cour constitutionnelle allemande qui a jugé, dans sa décision du 19 avril 2005, que si la réserve héréditaire était protégée constitutionnellement, il n'en reste pas moins que « le montant de cette réserve en tant que tel ne l'était pas. Seule doit être assurée aux enfants une part « convenable » de la succession de leur parent »⁹⁷.

47. En réalité, face à une réforme de la réserve héréditaire, le Conseil constitutionnel va simplement s'assurer que deux grandes limites au pouvoir discrétionnaire du législateur ne sont pas franchies : d'une part, le législateur ne pourrait évidemment pas supprimer la réserve héréditaire des descendants dans la mesure où cela priverait le droit de succession de toute effectivité. En tant que garantie légale de l'exigence constitutionnelle de droit de succession, la réserve héréditaire doit être absolument maintenue sous ou une forme ou sous une autre. D'autre part, une réforme législative ne peut pas non plus réduire la réserve héréditaire au point de dénaturer le sens et la portée du droit de succession. Il est difficile de déterminer *in abstracto* ce que serait une atteinte disproportionnée à ce droit, mais on peut imaginer qu'une réforme qui maintiendrait la réserve héréditaire des descendants tout en lui retirant son caractère impératif ou qui réduirait très substantiellement le *quantum* de la réserve de manière générale, par exemple à simplement 1/10 des biens du *de cuius*, ou encore qui priverait les héritiers réservataires de toute action en réduction pourraient constituer des atteintes que le Conseil constitutionnel serait susceptible de déclarer inconstitutionnelles.

48. Enfin, on notera que le droit de succession n'est évidemment pas la seule limite au pouvoir normatif du législateur en la matière, ce droit devra être parfois associé à d'autres normes constitutionnelles, en particulier le principe d'égalité. Par exemple, si le législateur entendait introduire des distinctions entre descendants en permettant que certains d'entre eux puissent être exhérés, il y aurait sans doute une atteinte au droit de succession dans la mesure où certains héritiers seraient privés de ce droit. Mais il y aurait également une atteinte au principe d'égalité dans la mesure où certains descendants seraient traités différemment d'autres descendants dans la même situation⁹⁸.

95. V. infra. §129.

96. V. par ex. CC, n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Vivianne L. [Loi dite «anti-Perruche»], (§4).

97. R. Franck, « Les donations entre vifs au détriment des enfants réservataires du donataire », Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 111

98. Sur la réserve héréditaire et le principe d'égalité, voir infra. §104 et s.

3. Le droit de succession et certains aspects du régime juridique de la réserve héréditaire

49. La reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle n'est pas neutre dans la mesure où elle pourrait potentiellement conduire à la remise en cause de certains aspects spécifiques du régime de la réserve héréditaire qui n'ont jamais été examinés par le Conseil constitutionnel. Toutefois, nous démontrerons que la reconnaissance du droit de succession n'a pas pour effet de remettre en cause, en particulier, les mécanismes de la renonciation anticipée à l'action en réduction et des donations partages transgénérationnelles (a). Nous serons cependant plus réservés quant au refus de la Cour de cassation de faire de la réserve héréditaire une composante de l'ordre public international (b).

a. Le droit de succession, la renonciation anticipée à l'action en réduction, les donations partages transgénérationnelles et l'hypothèse d'un nouveau pacte de famille

50. L'étude des enjeux constitutionnels de la réserve héréditaire suppose également de s'interroger sur la constitutionnalité de certains dispositifs déjà présents dans le droit positif. En particulier, il nous semble nécessaire de déterminer si le mécanisme de la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) et celui de la donation-partage transgénérationnelle étaient ou non conformes à la Constitution. En outre, le groupe de travail nous a également interrogés sur la possibilité de créer un nouveau type de pacte de famille qui intégrerait des RAAR et qui aurait un objet plus large que les donations-partages transgénérationnelles avec la possibilité de contreparties à la renonciation ().

a. La conformité à la Constitution de la RAAR

51. Il faut commencer par rappeler que la loi du 23 juin 2006 a introduit une grande innovation en matière de droit des successions aux articles 929 et suivants du Code civil : le mécanisme de la RAAR. Selon les dispositions de l'article 929 : « Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter ». En autorisant l'héritier présomptif à renoncer, par avance, à exercer une action en réduction lorsqu'il est porté atteinte à la réserve héréditaire, ces dispositions sont susceptibles de conduire l'héritier à renoncer à faire garantir l'effectivité de son droit à la réserve héréditaire et donc l'effectivité de son droit de succession. D'autant que cette renonciation n'est, sauf exception, pas révocable. Comme le résume plusieurs auteurs : « il en résulte que la renonciation anticipée à l'action en réduction peut s'analyser en une sorte de blanc-seing que l'héritier présomptif renonçant délivre à son auteur, afin que celui-ci puisse le déshériter par des libéralités à venir qu'il pourra définir en toute liberté dès lors qu'elles sont adressées à ou aux bénéficiaires choisis par le renonçant »⁹⁹.

52. Or, une consécration constitutionnelle du droit de succession poserait une question fondamentale : le législateur pouvait-il autoriser un descendant à renoncer à un tel droit par des actes juridiques de droit privé ?¹⁰⁰ Cela renvoie plus généralement à la problématique de la possibilité pour le législateur de permettre aux individus de renoncer à leurs droits fondamentaux¹⁰¹. Cette question ne fait pas l'objet d'une attention particulière du Conseil constitutionnel qui analysera des dispositions législatives introduisant de telles possibilités de renonciation essentiellement comme une limitation du droit ou de la liberté en cause. Il s'attachera donc à contrôler, selon le droit ou la liberté en cause, que cette limitation est justifiée par un motif d'intérêt général ou, le cas échéant, une exigence constitutionnelle, et que l'atteinte n'est pas disproportionnée au regard du but poursuivi. En particulier, l'examen de la proportionnalité de la mesure législative, supposera de contrôler que le législateur a prévu l'ensemble des garanties qui permettent de s'assurer que « toute renonciation [fait] l'objet d'un consentement certain, libre et éclairé de la part du renonçant et connaît une limitation dans sa dimension temporelle, matérielle ou spatiale »¹⁰².

99. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *op.cit.*, p. 616.

100. V. sur ce sujet : J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, 439 p. ; R. Dijoux, *La contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2012, 590 p. ; L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2013, 514 p.

101. V. J. Arroyo, *La renonciation aux droits fondamentaux : Étude de droit français*, Pedone, 2016, 670 p.

102. J. Arroyo, « La renonciation aux droits fondamentaux », *RDLF*, 2014, thèse n°15.

Comme le note en outre une autre auteure « il est assez largement admis qu'il est possible de renoncer conventionnellement à un droit ou liberté, en acceptant qu'il y soit attenté ou en renonçant à agir pour faire sanctionner son atteinte. La jurisprudence admet de telles renonciations, sous conditions. Ces conditions ont été systématisées par la doctrine, qui insiste parfois sur l'importance des modalités de renonciation, à savoir un consentement libre et éclairé ainsi qu'une portée limitée ; parfois, sur la nécessité d'une justification légitime et proportionnée ainsi que sur l'absence d'atteinte à la substance du droit lésé ; parfois, sur l'uniformité du régime »¹⁰³.

53. Évidemment, l'ensemble des droits et libertés ne se trouvent pas sur le même plan. Au regard de l'importance de certains droits ou libertés, de telles possibilités de renonciation n'apparaissent pas possibles, car soit elles ne pourraient pas être justifiées par un motif d'intérêt général ou une exigence constitutionnelle, soit le Conseil jugerait que de telles limitations sont nécessairement disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. Comme le note une auteure « l'impossibilité de renoncer à certains droits et libertés procède largement d'impératifs d'intérêt général. La maîtrise de l'individu sur ses prérogatives trouve pour limite traditionnelle l'atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Ainsi, parce que l'engagement de ne pas exercer les libertés syndicale et d'association entrave l'action collective d'autres individus et parce que la renonciation aux droits politiques perturbe le bon fonctionnement démocratique, l'individu se voit refuser une maîtrise absolue sur l'exercice de ses droits dont la finalité n'apparaît pas exclusivement égoïste »¹⁰⁴.

54. Manifestement, quelle que soit l'importance qu'on donne au droit de succession, on ne peut raisonnablement le ranger dans la catégorie des droits ou libertés constitutionnels qui, par leur importance et les considérations d'intérêt général ou d'ordre public qui les entourent, interdisent au législateur de permettre aux individus d'y renoncer. En effet, historiquement, le Code civil a toujours permis à l'héritier de renoncer, en respectant certaines conditions¹⁰⁵, à la succession à compter de son ouverture¹⁰⁶. De même, l'héritier peut renoncer à l'action en réduction postérieurement au décès du *de cuius*¹⁰⁷.

55. Toutefois, le cas de la RAAR se distingue des précédentes hypothèses, car un tel mécanisme conduit l'héritier réservataire présumé à renoncer à invoquer son droit de succession avant le décès du disposant et, sauf exception, à ne plus pouvoir l'invoquer à l'ouverture de la succession. Or, le droit de succession implique que les descendants doivent toujours pouvoir invoquer la réserve héréditaire, et donc l'action en réduction qui en découle, qui est la concrétisation légale de cette exigence constitutionnelle. Une disposition législative qui limiterait cette invocabilité du droit de succession, en permettant ainsi à un descendant de renoncer par anticipation à toute action en réduction lors de l'ouverture de la succession, devrait donc être justifiée au minimum par un motif d'intérêt général et ne pas être inadéquate et disproportionnée à l'objectif poursuivi. Le même raisonnement peut être transposé dans la confrontation de la RAAR au droit à exercer un recours juridictionnel effectif, garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789, dans la mesure où les dispositions du RAAR ont pour effet d'empêcher l'héritier réservataire présumé d'introduire une action en réduction. Le Conseil constitutionnel rappelle en effet « qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »¹⁰⁸.

56. Si l'on en croit les travaux parlementaires, en introduisant la RAAR, le législateur a entendu permettre aux familles de s'entendre pour venir en aide à un enfant handicapé ou pour faciliter la transmission d'une demeure familiale ou d'une entreprise¹⁰⁹. En permettant à un héritier résér-

103. P. Deumier, « Liberté de religion – contrat – gestion immobilière », in X. Dupré de Boulois (dir.), Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2017, p. 563.

104. J. Arroyo, op.cit.

105. V. articles 804 et s. du Code civil.

106. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, op.cit., pp. 693 et s.

107. C. Farge, M. Grimaldi, « Masse partageable en présence de libéralités : la réduction des libéralités », Dalloz action Droit patrimonial de la famille, 2019, §264.151.

108. CC, 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle (§38).

109. S. Huyghe, Rapport n° 2850 présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 2427), portant réforme des successions et des libéralités, A.N., 8 février 2006, p. 255 ; De Richemont (H.), Rapport n° 343 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, portant réforme des successions et des libéralités, Sénat, 10 mai 2006, p. 235.

vataire présomptif de renoncer, avant l'ouverture de la succession, à son droit d'action en réduction afin de faciliter la transmission de certains biens familiaux ou afin de venir en aide à certains membres de la famille en état de fragilité, le législateur a entendu permettre des accords entre l'héritier réservataire présomptif et le disposant dans certains buts légitimes et prévenir la multiplication des contentieux qui peuvent survenir à l'ouverture d'une succession. Le législateur semble donc bien avoir poursuivi un objectif d'intérêt général qui ne serait pas incompatible avec le droit de succession. Ensuite, le législateur a été particulièrement soucieux d'introduire l'ensemble des garanties permettant de s'assurer que la renonciation par le descendant est libre et éclairée. Ainsi, le rapporteur de la loi devant l'Assemblée nationale indique que « De nombreux interlocuteurs ont, en particulier, signalé à votre rapporteur un risque de pressions familiales accrues sur certains héritiers afin d'obtenir qu'ils signent ces renonciations : il pourrait s'agir, en particulier, dans certaines familles traditionnelles, de vouloir de fait rétablir une forme de « droit d'aînesse », ou encore, dans certaines « cultures » religieuses, de dépouiller systématiquement les enfants de sexe féminin au profit de « l'enfant mâle ». Sensible à ces arguments qui ne suffisent toutefois pas à priver la réforme envisagée de son intérêt, votre rapporteur vous proposera donc plusieurs amendements destinés, notamment, à sécuriser le consentement du renonçant et, dans certaines situations exceptionnelles, à limiter la portée de la renonciation »¹¹⁰.

57. Les dispositions du Code civil relatives au RAAR réunissent, à notre sens, l'ensemble des garanties de fond et de forme qui permettraient au juge constitutionnel d'estimer, dans l'ensemble, qu'il n'y a pas de disproportion entre les moyens et l'objectif poursuivi par le législateur. Tout d'abord, comme le rappelle un auteur, « la renonciation ne produit logiquement aucun effet s'il n'a pas été porté atteinte à la réserve héréditaire du renonçant. Si l'atteinte à la réserve héréditaire n'a été exercée que partiellement, la renonciation ne produit d'effets qu'à hauteur de l'atteinte à la réserve du renonçant résultant de la libéralité consentie »¹¹¹. Ensuite, concernant les conditions de fond, le renonçant doit avoir la capacité de donner (art. 930-1), ce qui exclut les mineurs ou les majeurs protégés sous tutelle. Le *de cuius* doit en outre consentir à la renonciation de l'héritier réservataire présomptif (art. 929 al. 1). Le renonçant doit par ailleurs désigner spécifiquement la ou les personnes à qui profiteront de la renonciation (art. 929 al. 1). L'héritier peut ensuite moduler sa renonciation en renonçant à toute la libéralité au profit de la personne désignée, ou seulement à certains biens (art. 929 al. 2).

58. Quant aux conditions de forme, l'article 930 du Code civil exige que l'acte de renonciation « est établie par acte authentique spécifique reçu par deux notaires. Elle est signée séparément par chaque renonçant en présence des seuls notaires. Elle mentionne précisément ses conséquences juridiques futures pour chaque renonçant ». Les notaires doivent donc recevoir le renonçant en l'absence de toute autre personne, en particulier le *de cuius*, afin de préserver son libre consentement. L'acte de renonciation doit être spécifique, et non se trouver dans un autre acte, et préciser les conséquences juridiques de la renonciation. Si l'acte de renonciation ne respecte pas le formalisme prévu par le Code civil et que le consentement de l'héritier a été vicié, une telle renonciation est nulle. L'héritier, ou les autres personnes ayant intérêt à agir, peut donc toujours saisir le juge en nullité de la RAAR lorsque son consentement « a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence » (art. 930). Enfin, en application de l'article 930-3, le renonçant à la possibilité de saisir le juge afin de demander la révocation de sa renonciation si : « 1° Celui dont il a vocation à hériter ne remplit pas ses obligations alimentaires envers lui ; 2° Au jour de l'ouverture de la succession, il est dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires ; 3° Le bénéficiaire de la renonciation s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit contre sa personne ».

59. Deux aspects du régime de la RAAR pourraient cependant poser une difficulté constitutionnelle : d'une part, le fait que la renonciation puisse viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve et que les personnes pouvant bénéficier d'une telle renonciation ne soient pas circonscrites et, d'autre part, le fait que la RAAR soit opposable aux descendants de l'héritier réservataire présomptif en cas de prédécès de ce dernier ou lorsqu'il est frappé d'indignité postérieurement à l'établissement de la RAAR.

110. S. Huyghe, *ibid.*

111. V. Égée, « Libéralités », Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2018, §71.

60. Sur le premier point, il n'est pas absolument certain que le droit de succession permettrait la RAAR au profit de n'importe quel tiers et pour une atteinte portant sur la totalité de la réserve héréditaire. Cette absence de limitation que ce soit du niveau de l'atteinte à la réserve ou des personnes susceptibles de bénéficier de la RAAR étend en effet considérablement la dérogation au droit de succession. Elle pourrait ainsi ne pas apparaître en parfaite adéquation avec l'objectif poursuivi par le législateur qui est de permettre de telles renonciations dans des cas bien déterminés. En effet, dans son contrôle de constitutionnalité, le Conseil apprécie tout d'abord la conformité de l'objectif poursuivi par le législateur à la Constitution. En l'espèce, le législateur poursuit un objectif d'intérêt général, celui de permettre aux familles de s'entendre pour venir en aide à un enfant handicapé ou pour faciliter la transmission d'une demeure familiale ou d'une entreprise, qui n'apparaît pas contraire au droit de succession. Le Conseil contrôle ensuite la conformité des moyens, c'est-à-dire les dispositions de la loi introduites pour réaliser l'objectif, à cet objectif par le truchement du contrôle de proportionnalité. Le raisonnement tenu par le Conseil est que si les moyens sont proportionnés à l'objectif et que l'objectif est conforme à la Constitution alors les moyens (les dispositions législatives) sont conformes à la Constitution. Or, dans le cadre de ce contrôle, la Haute instance pourrait juger qu'il y a, en l'espèce, une inadéquation manifeste entre les moyens (la RAAR visant une atteinte portant sur la totalité de la réserve et au bénéfice de n'importe quelle personne) et l'objectif d'intérêt général poursuivi (faciliter et sécuriser la transmission de certains biens spécifiques et assurer la protection matérielle de certains parents proches en situation de faiblesse). En outre, la possibilité même d'une renonciation sur la totalité de la réserve au profit de n'importe quelle personne pourrait être jugée comme une atteinte excessive au droit de succession. Une telle inadéquation et disproportion conduirait alors le Conseil soit à déclarer les morceaux de phrase « sur la totalité de la réserve ou » de l'article 929 et « d'une ou de plusieurs personnes déterminées » de l'article 930 du Code civil contraires à la Constitution ; soit à énoncer, pour l'article 930, une réserve d'interprétation limitant les « personnes déterminées » qui peuvent être désignées dans la RAAR. Si le législateur veut supprimer tout risque d'inconstitutionnalité, il pourrait être utile de ne prévoir qu'une atteinte partielle à la réserve et de circonscrire les catégories de personnes pouvant bénéficier d'une telle renonciation par exemple aux parents proches et à certains tiers dans le cadre spécifique de la transmission d'une entreprise. S'il le justifie par un motif d'intérêt général, le législateur pourrait également étendre les possibilités de RAAR au profit d'une association ayant pour but exclusif l'intérêt général ou d'un établissement public culturel.

61. Sur le second point, dans l'hypothèse où l'héritier réservataire présomptif précède l'ouverture de la succession du disposant ou est frappé d'indignité, on peut s'interroger sur le fait que ses descendants, qui le représentent, puissent être liés par l'acte de renonciation (art. 930-5 du Code civil). En effet, à compter du décès de l'héritier réservataire présomptif ou de la déclaration d'indignité, ses descendants deviennent titulaires du droit de succession sur les biens du disposant, ils sont donc les seuls à pouvoir renoncer à l'action en réduction sans quoi il pourrait être porté une atteinte inconstitutionnelle à leur droit de succession à valeur constitutionnelle. Il n'est donc pas certain que l'article 930-5 du Code civil soit conforme à un éventuel droit de succession à valeur constitutionnelle.

62. Hors de ces deux points spécifiques, il nous semble que le Conseil constitutionnel déclarerait pour l'essentiel conformes au droit de succession les dispositions relatives à la RAAR dans la mesure où les moyens choisis par le législateur pour réaliser l'objectif d'intérêt général poursuivi apparaissent non seulement adéquats, mais également entourés de garanties suffisantes pour être jugées comme proportionnés à l'objectif poursuivi. Plus généralement, il nous semble que les dispositions régissant la RAAR ne violent aucune autre norme constitutionnelle et seraient certainement déclarées conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit si le Conseil en était saisi par la voie d'une QPC.

β. La conformité à la Constitution de la donation-partage transgénérationnelle

63. Le mécanisme de la donation-partage permet à un disposant de répartir ses biens, par des lots non rapportables, entre ses héritiers présomptifs. La donation-partage s'entend comme un partage anticipé, en principe irrévocable, entre vifs qui a pour effet de dépouiller le disposant des biens mis en donation

au profit de ses donataires. Les règles de la donation-partage interdisent, en principe, au *de cuius* d'allotir des personnes n'ayant pas la qualité d'héritier présomptif. Toutefois, l'article 1075-1 et les articles 1078-4 et s. du Code civil sont une exception à ce principe dans la mesure où ils prévoient le mécanisme de la donation-partage transgénérationnelle qui permet au *de cuius* de « faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non ses héritiers présomptifs » (1075-1). Cette donation-partage transgénérationnelle s'écarte du régime de la donation-partage de droit commun dans la mesure où elle autorise un saut de génération et permet ainsi au *de cuius* de donner directement à ses petits-enfants, avec une logique de souche, en lieu et place de ses enfants. L'article 1078-5 du Code civil dispose cependant qu'un tel saut de génération ne peut se faire qu'avec le consentement de la génération intermédiaire. Le régime de la donation-partage transgénérationnelle suppose donc qu'un héritier réservataire renonce à ses droits réservataires sur la succession au profit de ses propres descendants. Les dispositions législatives régissant la donation-partage transgénérationnelle sont-elles conformes à la Constitution ? Il nous semble que deux grands griefs d'inconstitutionnalité seraient certainement soulevés si le Conseil était saisi de ces dispositions : l'éventuel droit de succession et le principe d'égalité.

64. La faculté d'un héritier réservataire de renoncer à ses droits réservataires au profit de ses propres descendants pose évidemment la question de la conformité d'une telle renonciation au droit de succession. Toutefois, une telle renonciation dans le cadre d'une donation-partage transgénérationnelle n'est pas de la même nature que la RAAR. Les bénéficiaires d'une telle renonciation sont d'abord limités aux seuls descendants. En effet, en renonçant à ses droits réservataires, l'héritier réservataire ne fait que transférer ses droits à ses propres descendants. Ensuite, si l'héritier présomptif renonce à ses droits personnels, il n'y renonce pas pour sa souche. Ses descendants jouiront alors du droit de succession sur les biens du disposant en lieu et place de leur père ou mère. Une telle renonciation a donc un objet plus limité et un effet plus mesuré que la RAAR. Le droit de succession de la souche est donc préservé. C'est pourquoi il nous semble que l'atteinte au droit de succession par les dispositions régissant la donation-partage transgénérationnelle est moins grave que celle portée par la RAAR. Au regard de ces éléments, le Conseil constitutionnel exigera certainement, en matière de donation-partage transgénérationnelle, un niveau de garanties moins élevé que pour la RAAR.

65. Le juge constitutionnel contrôlera tout d'abord si l'atteinte au droit de succession est justifiée, au minimum, par un objectif d'intérêt général et que cet objectif n'est pas contraire à cette norme constitutionnelle. En adoptant les dispositions relatives à la RAAR, le législateur a entendu prendre en compte « l'évolution démographique de la population »¹¹² qui se caractérise par « l'accroissement de l'espérance de vie, le recul de l'âge auquel on hérite »¹¹³. De même, selon les travaux parlementaires, cette mesure « est conforme au souhait de permettre de diriger les richesses vers des personnes dont les besoins de consommation sont plus importants »¹¹⁴ ou encore « cette mesure se justifie d'un point de vue économique, les jeunes générations ayant plus de besoins, en matière d'investissement, que leurs aînés »¹¹⁵. En introduisant les dispositions relatives à la donation-partage transgénérationnelle, le législateur semble avoir eu pour objectif de faciliter et sécuriser les transmissions de biens au profit de descendants de degrés différents afin de favoriser une répartition plus adaptée du patrimoine au sein de la famille et donc la solidarité familiale. Il apparaît donc qu'il a poursuivi un objectif d'intérêt général. Cet objectif apparaît en parfaite adéquation avec le droit de succession dont l'une des justifications est justement de garantir la solidarité familiale.

66. En outre, il nous semble que les dispositions législatives en cause n'apparaissent pas porter une atteinte manifestement disproportionnée au droit de succession. En effet, d'une part, il apparaît assez clairement que les moyens (les dispositions régissant la donation-partage transgénérationnelle) sont bien en adéquation avec l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur. D'autre part, le législateur a introduit

112. V. l'exposé des motifs du projet de loi n° 2427 portant réforme des successions et des libéralités, A.N., 2005, p. 25.

113. S. Huyghe, Rapport n° 2850 préc., p. 21.

114. V. les déclarations du garde des Sceaux, Pascal Clément, J.O. Déb. Parl., A.N., 3e séance du 21 février 2006, p. 1058.

115. V. l'intervention de M. Dini au nom du groupe UC-UDF, J.O. Déb. Parl., Sénat, séance du 16 mai 2006, p. 3895.

des garanties de fond et de forme qui permettent de penser que les dispositions régissant de telles donations passeront le test du contrôle de proportionnalité au sens strict. Ainsi, sur le fond, les dispositions législatives ont un objet limité dans la mesure où elles prévoient qu'un tel partage n'est permis qu'à un ascendant, les bénéficiaires de la donation-partage transgénérationnelle sont donc limités aux seuls descendants en ligne directe. Ensuite, la renonciation par l'héritier réservataire présumé à ses droits dans la succession de son ascendant disposant n'a pas pour effet de priver ses propres descendants de leurs droits réservés. En effet, cette renonciation a au contraire pour effet de permettre à ces descendants de bénéficier de droits sur la succession de leur grand-père ou de leur grand-mère. Enfin, un tel saut de génération n'est possible qu'avec l'accord de la génération omise. Ce saut de génération n'a ainsi pas pour effet de dépouiller les descendants de l'ascendant disposant de leurs droits dans la succession, mais simplement de mieux les répartir au profit de la génération plus jeune qui en a besoin.

67. Ensuite, sur la forme, dès les débats parlementaires, le législateur a manifesté le souci de garantir que le consentement à une telle renonciation est libre et éclairé. Le rapport devant l'Assemblée nationale note en ce sens que « le consentement des personnes visées doit être exprimé dans l'acte de donation-partage, c'est-à-dire par acte authentique. L'enfant participant à une donation-partage transgénérationnelle accepte en effet de renoncer à tout ou partie de ses droits réservés. Cette décision grave appelle donc un formalisme suffisant, comme cela est, à juste titre, exigé à l'article 14 s'agissant des RAAR, afin de sécuriser le consentement du renonçant : dans les deux cas, le recours à un acte authentique augmentera la sécurité juridique des transferts de propriété ainsi effectués »¹¹⁶. L'article 1078-5 al. 2 du Code civil dispose ainsi que la donation-partage transgénérationnelle « requiert le consentement, dans l'acte, de l'enfant qui renonce à tout ou partie de ses droits, ainsi que de ses descendants qui en bénéficient. La libéralité est nulle lorsque le consentement du renonçant a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence ». Le consentement de l'héritier réservataire présumé à ses droits doit donc être exprès (art. 932 al. 1) et dans l'acte de donation-partage (art. 1078-5) qui doit être fait sous la forme notariée (art. 931). Par ailleurs, son consentement est nul s'il est vicié. Par conséquent, au regard de l'objet et des effets de la donation-partage transgénérationnelle ainsi que des garanties de fond et de forme qu'a introduites le législateur, il nous semble que les dispositions législatives régissant ce type de donation-partage seraient certainement déclarées conformes à un éventuel droit de succession à valeur constitutionnelle.

68. Concernant le second grief, le principe d'égalité, il nous apparaît ici encore que le juge constitutionnel déclarerait les dispositions législatives relatives à la donation-partage intergénérationnelle conformes. En effet, le principe d'égalité, au sens de la jurisprudence constitutionnelle, implique que les héritiers réservataires, qui sont placés dans la même situation, soient traités de manière identique¹¹⁷. Lorsqu'il contrôlera les dispositions législatives en cause, le Conseil s'assurera qu'elles n'instaurent pas une différence de traitement entre les héritiers réservataires en permettant par exemple que les droits de certains sur la réserve soient inférieurs à d'autres ou que les dispositions autorisent l'exhérédation de certains d'entre eux. Or, les articles 1078-4 et suivants du Code civil n'apparaissent pas instaurer une différence de traitement entre héritiers réservataires. Dans le cadre d'une donation-partage intergénérationnelle, « tout se passe comme si c'était l'enfant du défunt qui avait été gratifié de l'ensemble des biens que les membres de la souche ont reçus dans le partage anticipé »¹¹⁸. Ce qui signifie que les biens donnés aux petits-enfants sont directement imputés sur la part de la réserve de l'héritier renonçant dans une logique de souche. Chaque souche, quel que soit le nombre de descendants ou de degrés différents, a donc droit à la même quote-part dans la réserve héréditaire portant sur les biens de leur aïeul. En outre, les articles 1077-1 et 1077-2 du Code civil prévoient qu'en cas d'omission d'une souche ou d'une donation inférieure à la part réservataire qui revient à cette souche, les descendants peuvent former, à l'ouverture de la succession et en l'absence de biens non compris dans le partage suffisants pour couvrir la part de la réserve, une action en réduction.

69. De même, le législateur a entendu préserver l'égalité entre les petits-enfants en empêchant que l'enfant renonçant exclut l'un de ses propres descendants de la réserve héréditaire en permet-

116. S. Huyghe, Rapport n° 2850 préc., p. 291

117. Sur le principe d'égalité, voir infra. §104 et s.

118. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, Droit civil. Les successions. Les libéralités, op.cit., p. 1135.

par exemple que seul un de ses propres enfants soit alloti. Ainsi, l'article 1078-9 du Code civil dispose que « Dans la succession de l'enfant qui a consenti à ce que ses propres descendants soient allotis en son lieu et place, les biens reçus par eux de l'ascendant sont traités comme s'ils les tenaient de leur auteur direct ». Le petit-enfant qui aurait été alloti lors d'une donation-partage transgénérationnelle doit donc rapporter son lot à la succession de son père ou de sa mère pour la réunion fictive. Si cette donation porte atteinte à la réserve héréditaire, les autres petits-enfants pourront former une action en réduction (art. 1078-9 al. 2).

70. L'ensemble de ces éléments nous conduit à considérer que les dispositions régissant la donation-partage transgénérationnelle n'instaurent pas une différence de traitement entre héritiers réservataires. Le Conseil constitutionnel déclarerait ainsi très probablement de telles dispositions conformes au principe d'égalité.

71. Par conséquent, on peut affirmer que si le juge constitutionnel était saisi de telles dispositions législatives, dans le cadre d'une QPC, il les déclarerait conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit.

y. La conformité à la Constitution d'un nouveau pacte de famille à objet élargi

72. Le législateur pourrait-il introduire en droit français une nouvelle forme de pacte de famille qui intégrerait des renoncations anticipées avec des contreparties et qui permettrait d'effectuer des donations-partages allant au-delà du seul cadre de la souche et du saut de génération ? En d'autres termes, un tel pacte de famille serait-il conforme à la Constitution et particulièrement à un éventuel droit de succession ? La difficulté principale de cette nouvelle forme de pacte de famille se trouve dans le fait qu'elle permettrait à un héritier réservataire de renoncer à ses droits dans la succession, c'est-à-dire à la réserve héréditaire et donc à son droit de succession, au profit de tierces personnes qui ne seraient pas nécessairement ses descendants. L'atteinte au droit de succession par un tel pacte de famille serait donc plus grave que celle portée par la RAAR dans la mesure où il ne s'agit plus simplement de renoncer à une action en réduction, mais de renoncer à la réserve héréditaire elle-même dont les descendants de l'héritier renonçant ne pourront plus se prévaloir. Si le législateur veut sécuriser constitutionnellement une telle réforme, il devra introduire des garanties, de fond et de forme, qui permettent de s'assurer que l'atteinte au droit de succession n'est pas disproportionnée.

73. Sur la forme d'abord, la renonciation anticipée présente un degré de gravité bien plus grand que celle prévue dans le cadre d'une donation-partage intergénérationnelle. En effet, dans ce nouveau pacte de famille, la renonciation anticipée au bénéfice d'un tiers conduirait l'héritier réservataire présomptif à non seulement renoncer à ses propres droits réservataires, mais également à empêcher que ses descendants se voient transférés ces droits. En renonçant à ses droits sur la succession, l'héritier exclut donc sa souche de la réserve héréditaire sans possibilité de représentation. Une telle renonciation doit être absolument exprès, libre et éclairée, elle devra donc être entourée d'un formalisme qui dépasse largement celui qui est actuellement prévu par les donations-partages de droit commun. Pour éviter les pressions familiales, le formalisme en la matière devra, à notre sens, présenter des garanties au moins équivalentes à celles prévues pour la RAAR. On notera par ailleurs que l'existence d'une contrepartie dans l'acte de renonciation lui-même, qui est interdite en matière de RAAR¹¹⁹, ne nous semble pas poser de difficultés constitutionnelles particulières. Il faut effectivement remarquer que si un héritier réservataire présomptif décide de renoncer à ses droits réservataires, c'est qu'il y trouve un intérêt quelconque. Il nous semble que l'intégration de contreparties à la renonciation dans l'acte lui-même, et non dans un acte séparé comme en matière de RAAR, ferait plutôt œuvre de transparence en permettant de déterminer ce qui a motivé l'héritier à renoncer à ses droits. Cette transparence et l'existence même de contreparties seraient certainement considérées par le Conseil comme une garantie plutôt qu'une cause d'inconstitutionnalité.

119. V. l'article 929 al. 3 du Code civil qui énonce que « l'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à hériter ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier ».

74. Sur le fond ensuite, il nous semble que le législateur devra trouver l'équilibre entre deux grands aspects de cette renonciation : la possibilité de renoncer ou non à la totalité des droits réservataires et les catégories de personnes pouvant bénéficier de cette renonciation. Trois grandes hypothèses sont envisageables :

- **1^{ère} option** : le législateur pourrait autoriser la renonciation de la totalité des droits réservataires, mais fixer une liste limitative des personnes pouvant bénéficier d'une telle renonciation. On pense particulièrement aux proches parents ou au conjoint. On pourrait envisager, par extension, d'ajouter certaines personnes morales ayant pour but exclusif l'intérêt général.
- **2^e option** : le législateur pourrait autoriser la renonciation sur seulement une partie des droits réservataires, mais en permettant qu'une telle renonciation partielle puisse être faite au bénéfice d'une liste de personnes plus ou moins élargie qui inclurait des personnes qu'elle soit ou non membre de la famille et qu'elle soit physique ou morale. La part de la réserve auquel il peut être renoncé pourrait être fixée en lien avec les catégories de personnes pouvant en bénéficier. Ainsi, pour protéger la famille et la solidarité familiale, une personne physique sans lien de parenté avec l'héritier renonçant ne pourrait se voir céder plus de 20% de ses droits réservataires. Alors qu'une personne ayant un lien de parenté pourrait se voir, par exemple, octroyer 30% des droits réservataires de l'héritier renonçant. Une personne morale poursuivant l'intérêt général (associations qui ont pour but exclusif l'intérêt général ou établissements publics) pourrait se voir octroyer 40% des droits réservataires. Le législateur pourrait autoriser à ce que les renonciations soient faites au bénéfice de différents bénéficiaires, mais il fixerait alors un plafond à ces renonciations en interdisant qu'elles représentent, par exemple, plus de 70% des droits réservataires de l'héritier.
- **3^e option** : le législateur pourrait autoriser la renonciation de la totalité des droits réservataires tout en ne limitant pas les personnes pouvant bénéficier d'une telle renonciation.

75. Il nous semble que la troisième option présenterait un risque constitutionnel conséquent. En effet, une telle renonciation ne serait ni limitée dans son objet (les personnes susceptibles de bénéficier de la renonciation) ni dans ses effets (la renonciation peut porter sur la totalité des droits réservataires). Le Conseil constitutionnel pourrait juger qu'en permettant à un héritier réservataire présomptif de renoncer à la totalité de ses droits réservataires au bénéfice d'une tierce personne, avec qui il pourrait n'avoir aucun lien, le législateur porterait au droit de succession, qui vise à garantir la protection de la famille et la solidarité familiale, une atteinte manifestement disproportionnée.

76. La première option apparaît moins attentatoire au droit de succession dans la mesure où elle prévoit une limitation des personnes susceptibles de bénéficier d'une telle renonciation, d'autant que les personnes visées devraient avoir un lien de parenté avec l'héritier renonçant ou avoir pour but exclusif l'intérêt général. La difficulté principale de cette option est que si l'héritier renonçant a des descendants, il pourrait se servir d'une telle renonciation anticipée afin d'exhérer ses enfants au profit, par exemple, de son nouveau conjoint. Si on peut envisager une nullité en cas de détournement de l'objet d'une telle renonciation anticipée¹²⁰, il n'est pas certain que cette garantie suffise à rendre l'atteinte au droit de succession proportionnée.

77. Il nous semble que la seconde option apparaît la plus équilibrée en ce que la renonciation anticipée est, dans ce cadre, limitée dans son objet comme dans ses effets. Elle varie en outre selon le lien que l'héritier renonçant entretient avec la personne physique bénéficiaire ou de l'importance de l'intérêt général poursuivi par une personne morale. Le Conseil constitutionnel jugerait certainement que l'atteinte au droit de succession est dès lors proportionnée dans la mesure où la renonciation est entourée de garanties suffisantes. En outre, en limitant la renonciation à seulement une partie des droits réservataires, le législateur permettrait que les droits futurs des descendants de l'héritier renonçant puissent être préservés.

120. V. à propos de la nullité de la renonciation à l'action en réduction visant à exhérer les descendants : C. cass. 1^{ère} ch. civ., 4 février 1992, n° 90-15760

78. Par ailleurs, parmi les garanties de fond, il apparaît indispensable que seul un héritier qui a la capacité de donner puisse consentir à une telle renonciation anticipée. En outre, dans l'acte de renonciation devront être spécifiquement désignées les personnes bénéficiaires d'une telle renonciation ainsi que les biens et les droits auxquels l'héritier réservataire présomptif renonce.

79. Par conséquent, il apparaît que la Constitution et la jurisprudence constitutionnelle ne sont pas un obstacle infranchissable à l'adoption d'un nouveau pacte de famille comprenant des renonciations anticipées avec contreparties qui dépasse le cadre des descendants. Toutefois, compte tenu de l'atteinte qu'un tel mécanisme pourrait porter à un éventuel droit de succession, le législateur devrait s'assurer que le consentement de l'héritier réservataire présomptif est libre et éclairé. Il devra par ailleurs introduire des garanties de forme et de fond afin d'éviter que l'atteinte au droit de succession soit jugée disproportionnée. Sur la forme, les garanties devront être au moins équivalentes à celles prévues pour la RAAR. Sur le fond, si plusieurs options sont possibles, il nous semble que celle qui apparaît la moins risquée d'un point de vue constitutionnel est celle qui prévoit seulement une renonciation partielle aux droits réservataires dont le *quantum* est variable selon le bénéficiaire.

b. Le droit de succession et l'ordre public international français

80. Le groupe de travail nous a interrogés sur la question de savoir si l'éventuelle consécration d'une exigence constitutionnelle de droit de succession était de nature à mettre en échec la jurisprudence de la Cour de cassation, consacrée par deux arrêts du 27 septembre 2017 Colombier et Jarre¹²¹, selon laquelle « une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ».

81. La question de l'appartenance de la réserve héréditaire aux « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »¹²² justifiant d'écartier la loi étrangère, nonobstant sa désignation par la règle de conflit, sur le fondement de l'exception d'ordre public a fait l'objet d'âpres débats doctrinaux¹²³. Si la Cour de cassation a répondu par la négative dans ses arrêts du 27 septembre 2017, la cour d'appel de Versailles avait au contraire jugé, dans un arrêt du 20 juin 2013, que « c'est par des motifs pertinents que la cour adopte que les premiers juges ont considéré que le caractère discriminatoire de l'exclusion des filles de Maurice X de sa succession et la dévolution de la majeure partie de ses biens à ses frères et sœurs, portaient atteinte à l'ordre public international français comme constituant une violation des règles relatives à la réserve héréditaire et la quotité disponible ; qu'il y a lieu d'ajouter, en outre, que la discrimination faite à l'égard des filles contrevient au principe constitutionnel d'égalité des hommes et des femmes »¹²⁴.

82. Le Conseil constitutionnel a très rarement eu l'opportunité de contrôler des dispositions législatives ou conventionnelles relevant du droit international privé¹²⁵ au regard de la Constitution et sa jurisprudence n'évoque jamais la notion d'« ordre public international ». La seule décision en lien avec le présent sujet est celle du 5 août 2011 à propos du droit de prélèvement dans la succession d'un héritier

121. C. cass., 1^{ère} ch. civ., 27 septembre 2017, Colombier, n° 16-13.151 ; C. cass., 1^{ère} ch. civ., 27 septembre 2017, Jarre, n° 16-17.198.

122. C. cass., 1^{ère} ch. civ., 25 mai 1948, Lautour.

123. V. notamment : M. Nicod, « La réserve héréditaire et l'ordre public international français : ou comment concilier liberté et solidarité ? », Droit de la famille, 2017, n° 11, p. 28 ; S. Torricelli-Chrifi, « Ordre public international : le « dépeçage » de la réserve héréditaire », Lamy Droit civil, 2017, n° 153, p. 30 ; J. Guillaumé, « La loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international », D., 2017, n° 37, p. 2185 ; H. Fulchiron, « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », D., 2017, n° 40, p. 2310 ; D. Sindres, « Les délices de l'hubris. Réflexions à partir de quelques arrêts récents de la Cour de cassation en droit international privé », D., 2017, n° 44, p. 2444 ; S. Godechot-Patris, S. Potentier, « Nouveau coup dur pour la réserve héréditaire ! », RJPF, 2017, n° 12, p. 44 ; B. Ancel, « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », RCDIP, 2018, n° 1, p. 87-98 ; L. Dimitrov, M.-L. Niboyet, « Réserve héréditaire et ordre public international : les arrêts tant attendus n'ont pas tenu toutes leurs promesses », Gaz Pal., 2018, n° 1, p. 81.

124. C.A. de Versailles, 20 juin 2013, n° 11/00414.

125. V. CC, n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, (§9) ; CC, n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, Mme Elke B. et autres (Droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français) ; CC, n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, (§26 et s.).

français¹²⁶. Cette décision QPC a d'ailleurs été rendue dans le cadre d'une des deux affaires¹²⁷ dont a été, in fine, saisie la Cour de cassation. Comme il a été rappelé¹²⁸, les requérants contestaient, en l'espèce, les dispositions de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 qui protégeaient la réserve héréditaire¹²⁹ en donnant un droit de prélèvement à l'héritier français sur des biens situés en France dans la limite de la part successorale que lui octroierait la loi française et dont il a été exclu par la loi successorale étrangère. Ces dispositions, qualifiées de « règle matérielle de droit international privé opérant dans le champ du conflit de lois »¹³⁰, étaient essentiellement critiquées au regard de deux griefs : en premier lieu, le principe d'égalité, dans la mesure où la loi conférait ce droit de prélèvement aux seuls héritiers français excluant ainsi les héritiers étrangers qui ne seraient pourtant pas favorisés par la loi successorale étrangère ; en second lieu, au regard du droit de propriété en ce que la disposition législative « priverait un héritier de son droit sur une partie de la succession et restreindrait de façon injustifiée la libre disposition de ses biens par le défunt »¹³¹. Il est intéressant de noter, concernant le second grief, que les requérants invoquaient en réalité un droit de succession fondé sur le droit de propriété. Toutefois, le Conseil constitutionnel, par économie de moyens, s'appuiera sur le seul principe d'égalité pour censurer ces dispositions législatives sans se prononcer sur le second grief. Il va ainsi juger que « la disposition contestée établit ainsi une différence de traitement entre les héritiers venant également à la succession d'après la loi française et qui ne sont pas privilégiés par la loi étrangère ; que cette différence de traitement n'est pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui tend, notamment, à protéger la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers garanties par la loi française ». L'abrogation des dispositions contestées conduit à ce que les héritiers français ne puissent plus protéger leur réserve héréditaire en prélevant des biens situés en France. Par conséquent, en l'absence de l'introduction d'un mécanisme se substituant au prélèvement, ces héritiers réservataires ne disposent plus de moyen pour protéger leur réserve et peuvent donc être exhérés par application de la loi successorale étrangère.

83. Cette décision a suscité beaucoup d'interrogations de la doctrine, non pas sur le fondement de la censure qui apparaît peu discutable, mais sur sa portée. En particulier, plusieurs auteurs¹³² ont souligné qu'au regard du motif d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel aurait pu énoncer une réserve d'interprétation étendant le bénéfice des dispositions de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 aux successibles étrangers, venant à une succession en France, qui n'auraient pas été privilégiés par la loi étrangère au lieu d'abroger entièrement ces dispositions. Cela aurait ainsi évité d'abroger une disposition qui permettait de protéger la réserve héréditaire. Peut-on déduire de ce choix du Conseil constitutionnel, de censurer les dispositions de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, et donc de supprimer un mécanisme de protection de la réserve héréditaire, au lieu de formuler une réserve d'interprétation, qu'il a entendu permettre qu'il soit dérogé à la réserve héréditaire des héritiers venant à une succession en France par application de la loi successorale étrangère ? C'est en tout cas l'interprétation que semble avoir retenue la Cour de cassation, dans ses deux arrêts Colombier et Jarre, de la décision QPC du 5 août 2011 lorsqu'elle juge qu'« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français ». Il nous semble pourtant que déduire de la décision du 5 août 2011 une quelconque intention, même implicite, du Conseil constitutionnel de permettre que, par l'application des règles de conflit, il soit dérogé à la réserve héréditaire est pour le moins constructif.

84. À notre sens, le Conseil n'a pas entendu donner de signification particulière à son choix d'une déclaration d'inconstitutionnalité plutôt que d'une réserve d'interprétation. Il est donc très exagéré d'y voir là une quelconque intention quant à l'importance ou non de la réserve héréditaire dans l'ordre

126. CC, n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, préc.

127. TGI de Paris, 10 juillet 2013, Colombier, req. n° 06/13502 ; C. cass., 1ère ch. civ., 1er juin 2011, n° 11-40008.

128. V. supra, §4.

129. C. cass., 1ère ch. civ., 20 mars 1985, Caron, n° 82-15033.

130. B. Ancel, « Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'héritier français dans les successions internationales », RCDIP, 2013, n° 2, p. 457.

131. CC, n° 2011-159 QPC, préc., §2.

132. V. notamment : V. Egea, « Note sous Conseil constitutionnel, 5 août 2011, décision numéro 2011-159 QPC, Mme Elke B. et a », RFDC, 2012, n° 89, p. 155 ; E. Fongaro, « Feu le droit de prélèvement. Note sous Conseil constitutionnel, 5 août 2011, décision n° 2011-159 QPC », JCP N., 2011, n° 36, p. 23 ; J. Casey, « Requiem pour le droit de prélèvement de la loi du 14 juillet 1819 », RJPF, 2011, n° 12, p. 32 ; B. Ancel, « Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'héritier français dans les successions internationales », RCDIP, 2013, n° 2, p. 457.

juridique français. Comme le remarque justement un auteur, « le Conseil a préféré se détourner de la voie de la réserve d'interprétation, sans doute pour ne pas réécrire le texte soumis à son contrôle »¹³³. En outre, la réserve d'interprétation n'est pas toujours l'outil le plus adapté pour purger un texte de ses inconstitutionnalités. Comme le note un auteur, « Si le Conseil constitutionnel ne parvient pas à dégager de l'esprit de la loi une interprétation qui la sauve de la censure ou bien s'il ne trouve pas dans les travaux préparatoires le moindre indice qui puisse corroborer cette interprétation, il ne cherche plus à éviter l'invalidation »¹³⁴. Or, en l'espèce, la réserve d'interprétation aurait été contraire à l'esprit du texte dans la mesure où le droit de prélèvement était réservé aux héritiers français à dessein, car, à l'époque où le droit de prélèvement a été introduit, « subsistaient dans bon nombre de pays étrangers diverses institutions qui imposaient un traitement défavorable aux Français, ès qualités »¹³⁵. Le Conseil constitutionnel aurait ainsi pu difficilement formuler une réserve d'interprétation sans « trahir » l'intention du législateur qui a présidé à l'adoption de ces dispositions. L'abrogation, plutôt que la réserve d'interprétation, apparaissait donc ici plus opportune dans la mesure où elle permet de redonner la main au législateur qui est libre de déterminer les suites qu'il faut donner à cette censure en introduisant, par exemple, des dispositions similaires mais conformes au principe d'égalité. Du reste, c'est au législateur d'introduire des mécanismes de garantie de la réserve héréditaire et non au juge constitutionnel.

85. Dans la décision du 5 août 2011, le Conseil constitutionnel ne se prononce donc ni sur la valeur constitutionnelle du droit de succession, et de son corollaire la réserve héréditaire, ni sur la possibilité de déroger ou non à la réserve héréditaire par la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Il se prononce plus simplement et restrictivement sur la conformité de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 au principe d'égalité et en déduit son inconstitutionnalité. Si on se fie à la motivation de la décision et aux commentaires officiels, le Conseil n'apparaît pas s'être particulièrement préoccupé de la portée théorique ou pratique de sa décision sur la réserve héréditaire dans la mesure où il ne précise même pas les effets dans le temps de sa décision comme il avait pu le faire dans des décisions précédentes¹³⁶. Il nous semble donc que la position de la Cour de cassation ne peut, en aucun cas, se déduire de la jurisprudence constitutionnelle.

86. Au contraire, il nous semble que si le Conseil était saisi d'une disposition législative qui avait, d'un point de vue matériel, un contenu similaire à l'attendu de principe énoncé par la Cour de cassation dans ses arrêts Colombier et Jarre, il aurait probablement reconnu la valeur constitutionnelle du droit de succession. Dans une telle hypothèse, il devrait notamment déterminer s'il y a ou non une atteinte inconstitutionnelle au droit de succession. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation permet que la réserve héréditaire puisse être entièrement écartée au profit de la loi successorale étrangère, privant ainsi l'exigence constitutionnelle de droit de succession de toute garantie légale. On voit alors mal comment une mesure qui permet de priver un droit constitutionnel de toute effectivité peut être proportionnée et donc conforme à ce même droit constitutionnel.

87. D'autant que les garanties avancées par la Cour de cassation apparaissent très largement insuffisantes pour contrebalancer une telle atteinte à un éventuel droit de succession à valeur constitutionnelle. En effet, la loi étrangère, qui ne reconnaît pas de réserve héréditaire, « ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ». En particulier, les descendants peuvent apporter la preuve que l'application de la loi étrangère les laisserait dans une situation de précarité économique ou de besoin. Or, d'une part, cette limite ne permet pas de garantir le droit de succession dans la mesure où celui-ci ne se limite pas à sa dimension alimentaire, il a un objet bien plus large qui est la protection de la famille et la solidarité familiale. D'autre part, le droit de succession se conçoit en dehors de toute considération quant à la situation économique ou financière concrète du descendant. Comme le rappelle un auteur, la

133. C.-E. Sénac, « La censure d'une discrimination entre héritiers français et étrangers par le juge constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 286, p. 5.

134. A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle », 1999, Tome 92, p. 49.

135. B. Ancel, *op.cit.*

136. V. CC, n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants] (§ 5) ; CC, n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale] (§8).

réserve héréditaire « est indépendante de l'état de besoin de l'héritier. En effet, il n'est nullement exigé du réservataire qu'il soit nécessaire pour pouvoir prétendre aux droits successoraux garantis par la loi, et le calcul de ceux-ci est indépendant de ses ressources »¹³⁷. Un individu est titulaire du droit de succession uniquement parce qu'il est un descendant du *de cuius*, l'exercice de ce droit constitutionnel ne pourrait donc pas être soumis à d'autres conditions.

88. Du reste, si le Conseil constitutionnel reconnaissait la valeur constitutionnelle du droit de succession, on comprendrait mal qu'un tel droit ne soit pas considéré par le juge judiciaire comme ayant une telle importance que l'application de la loi étrangère, désignée par la règle de conflit, « causerait à l'intérêt français un tort grave dont la considération doit prévaloir sur celle du commerce international de la solidarité internationale »¹³⁸. Certains auteurs relèvent que la Cour de cassation retient essentiellement une conception fonctionnelle de l'ordre public international et que la valeur constitutionnelle de la règle en cause ne devrait pas conduire à ce qu'elle soit automatiquement reconnue comme principe d'ordre public¹³⁹. Un auteur estime ainsi que « la hiérarchie supérieure de la norme ne signifie pas qu'elle est d'ordre public international. Ainsi, la Cour de cassation est indifférente au fait que le principe d'ordre public ait une valeur constitutionnelle »¹⁴⁰.

89. Mais une telle position conduirait à nier le fait que les normes constitutionnelles sont la traduction des valeurs fondamentales de l'ordre juridique français. C'est pourquoi elles sont contenues dans des normes placées au sommet de la hiérarchie des normes et que le juge constitutionnel peut censurer les lois qui les violent. Il serait donc assez incompréhensible que le juge judiciaire puisse considérer les normes constitutionnelles en général, et l'éventuel droit de succession en particulier, comme n'étant pas des « principes fondamentaux du droit français »¹⁴¹ ou des « principes qui constituent « les fondements politiques, sociaux de la civilisation française »¹⁴² ou encore des « principes essentiels de l'ordre juridique »¹⁴³ français qui justifient que soit opposée l'exception d'ordre public international permettant d'écarter des lois étrangères, désignées par la règle de conflit de lois, qui violeraient des normes constitutionnelles. En effet, s'il existe bien un cas où l'exception d'ordre public international pourrait apparaître particulièrement légitime, c'est lorsqu'elle vise à écarter une loi étrangère qui porte manifestement atteinte à une norme constitutionnelle française, en particulier lorsqu'il s'agit d'un droit ou d'une liberté constitutionnel que le constituant français a entendu spécifiquement protéger par l'introduction de la QPC. Comme le note un auteur, « il paraît difficile d'imaginer qu'un droit reconnu par ailleurs comme relevant des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne soit pas protégé par l'ordre public international »¹⁴⁴. Il y aurait un paradoxe à admettre qu'une loi étrangère inconstitutionnelle, désignée par la règle de conflit, puisse tout de même s'appliquer alors qu'une loi française avec un contenu identique devrait être écartée car inconstitutionnelle.

90. Nous sommes donc d'avis que si le Conseil constitutionnel reconnaissait la valeur constitutionnelle du droit de succession, la jurisprudence de la Cour de cassation consacrée par les arrêts Colombier et Jarre du 27 septembre 2017 n'apparaîtraient pas conformes à la Constitution.

91. En résumé, il nous semble que seuls les descendants du *de cuius* pourraient être titulaires du droit de succession à valeur constitutionnelle. Cette nouvelle norme constitutionnelle serait certainement une norme de second rang qui pourrait faire l'objet de limitation si elles sont justifiées par un objectif d'intérêt général qui lui est conforme et que l'atteinte est proportionnée à l'objectif poursuivi. Il

137. C. Brenner, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve », J-Cl Code civil, LexisNexis, 2017, Fasc. 10, §71.

138. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, Droit international privé, Dalloz, coll. « Précis », 2013, 10e éd., p. 364.

139. S. Clavel, Droit international privé, Dalloz, coll. « Hypercours », 2018, 5e éd., pp. 157-158.

140. J. Guillaumé, « Ordre public international – Notion d'ordre public international », J-Cl droit international, LexisNexis, Fasc. 534-10, 2018, §92.

141. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, op.cit., p. 364.

142. S. Clavel, ibid., p. 157.

143. T. Vignal, Droit international privé, Sirey, coll. « Université », 2017, p. 177.

144. Ibid. p. 179.

nous semble que cette norme constitutionnelle laisserait une grande marge de manœuvre au législateur qui pourrait fixer discrétionnairement le *quantum* de la réserve dès lors qu'elle demeure « convenable » pour garantir le droit de succession. Ce nouveau droit ne remettrait pas fondamentalement en cause le régime actuel de la réserve héréditaire. En particulier, si on peut avoir quelques réserves sur certains aspects de la RAAR, il nous semble que globalement, elle apparaît tout de même conforme à la Constitution. De même, il nous apparaît que le régime juridique de la donation-partage intergénérationnelle est conforme à la Constitution. Un nouveau pacte de famille à objet élargi est possible, mais le législateur devra introduire des garanties. En particulier, il nous semble qu'il apparaît important de ne pas permettre les renoncements à la totalité de la réserve et de faire varier le niveau de la renonciation selon le bénéficiaire. Enfin, la jurisprudence de la Cour de cassation qui ne considère pas la réserve héréditaire comme composante de l'ordre public international français ne nous apparaît pas compatible avec la reconnaissance d'un éventuel droit de succession à valeur constitutionnelle.

II. Les limites constitutionnelles à une réforme législative de la réserve héréditaire

92. Une réforme de la réserve héréditaire ne pourrait se faire qu'en respectant le cadre constitutionnel fixé par le Conseil constitutionnel. En particulier, il nous semble que le législateur devrait être particulièrement attentif à certaines normes constitutionnelles que sont la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (A), le principe d'égalité (B) et le droit de propriété (C).

A. La réserve héréditaire et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

93. Le groupe de travail nous a interrogé sur la question de savoir si la reconnaissance récente, par le Conseil constitutionnel, de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant pouvait avoir une influence sur une éventuelle réforme législative de la réserve héréditaire.

94. L'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, fondée sur les dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946, apparaît de manière implicite dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis la décision 9 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité¹⁴⁵. Mais ce n'est que par deux décisions du 21 mars 2019¹⁴⁶ que le Conseil constitutionnel a reconnu explicitement cette exigence constitutionnelle qui impose, dans les cas d'espèce, que « les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge. Il s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures ».

95. Il faut commencer par souligner que dans la jurisprudence constitutionnelle, l'intérêt supérieur de l'enfant semble s'entendre comme celle de l'enfant mineur. Il s'agit en effet de protéger tout particulièrement une catégorie de personnes qui, au regard de leur âge, ne disposent pas d'une capacité de discernement et d'une maturité suffisantes. Cette position est d'ailleurs cohérente avec les outils internationaux qui reconnaissent l'intérêt supérieur de l'enfant entendu comme mineur¹⁴⁷. Ainsi, les seuls cas où le Conseil constitutionnel a accepté implicitement ou explicitement d'examiner le grief de l'atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant étaient en cause l'intérêt de l'enfant mineur. Par exemple, le Conseil constitutionnel a été saisi de la constitutionnalité de dispositions législatives relatives à l'adoption de certaines catégories d'enfants mineurs par des parents de même sexe au regard de l'intérêt de l'enfant¹⁴⁸. Le juge constitutionnel s'est

145. CC, n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité (§78).

146. CC, n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, (§60-62) ; CC, n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge], (§5-13).

147. V. article 3 de la Convention des Nations-unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ; article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

148. CC, n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (§53-54).

aussi prononcé sur la procédure de divorce par consentement mutuel au regard de l'intérêt de l'enfant mineur¹⁴⁹. Le Conseil constitutionnel s'est également vu déférer des dispositions législatives relatives au placement en rétention ou en zone d'attente de mineurs au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵⁰. Enfin, dans les deux décisions du 21 mars 2019, c'est encore l'intérêt supérieur de l'enfant, entendu comme mineur, qui est en cause que ce soit pour déterminer l'âge d'une personne par des tests osseux afin de déterminer si elle est véritablement mineure¹⁵¹ ou concernant la suppression de la tentative de conciliation en matière de divorce¹⁵².

96. Il résulte de cette jurisprudence que la notion d'enfant ne se confond pas avec celle de descendant au sens du droit de succession. Cette exigence constitutionnelle a été créée par le Conseil afin d'imposer au législateur de prendre tout particulièrement en compte la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il adopte des dispositions législatives qui pourraient affecter des enfants mineurs, ce qui ne se limite d'ailleurs pas aux dispositions relatives à la famille¹⁵³.

97. L'intérêt supérieur de l'enfant peut-il constituer une limite à une réforme de la réserve héréditaire ? La réponse à cette question va varier selon que le Conseil constitutionnel reconnaisse (2) ou non (1) la valeur constitutionnelle du droit de succession.

1. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant en l'absence d'un droit de succession à valeur constitutionnelle

98. Dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel ne reconnaissait pas l'existence d'un droit de succession à valeur constitutionnelle, rien n'interdirait au législateur de supprimer la réserve héréditaire ou de la réduire très substantiellement et de permettre au *de cuius* de disposer librement de ses biens. Le législateur pourrait ainsi permettre des situations où les descendants seraient totalement ou partiellement exhéredés dans la mesure où aucune norme constitutionnelle n'imposerait que leur soit réservée une part minimale des biens de leurs ascendants. Toutefois, dans un tel cas, on pourrait concevoir que l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant soit invoquée afin de limiter cette possibilité d'exhéredation des enfants mineurs, voire par extension de certains enfants majeurs protégés. Cette exigence constitutionnelle est en effet fondée sur les dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946 qui disposent notamment que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ; elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Il serait assez aisé de déduire de ces fondements constitutionnels que la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant suppose que les descendants mineurs reçoivent une part minimale de la succession afin de garantir leur sécurité matérielle. Les descendants mineurs sont en effet dans une situation particulière et distincte des descendants majeurs dans la mesure où ils dépendent exclusivement de leurs ascendants qui sont censés leur garantir la sécurité matérielle. Un enfant mineur n'est en effet pas en situation de pouvoir subvenir à ses propres besoins et le décès de son ascendant pourrait mettre en péril sa sécurité matérielle s'il est entièrement exclu de la succession.

99. On pourra cependant objecter que certains enfants majeurs, en particulier s'ils sont jeunes, peuvent dépendre financièrement et matériellement de leurs parents et que, de la même manière que pour un enfant mineur, leur exhéredation pourrait les mettre en péril en cas de décès de leurs ascendants. D'autant que le Code civil prévoit une obligation alimentaire des parents à l'égard des enfants majeurs¹⁵⁴. Toutefois, comme nous l'avons souligné, en l'état de la jurisprudence constitutionnelle seuls les enfants

149. CC, n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle (§50 et s.).

150. CC, n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie (§61-63).

151. CC, n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, préc.

152. CC, n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, préc.

153. V. Commentaire officiel de la décision 2018-768 QPC du 21 mars 2019, p. 19. Le service juridique note que « En acceptant de contrôler les dispositions contestées au regard de l'exigence constitutionnelle de protection de l'enfant, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé en l'espèce que cette exigence pouvait s'appliquer à des dispositions autres que celles relatives à la famille ».

154. V. article 371-2 du Code civil : « Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur ».

mineurs semblent protégés par l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le législateur n'aurait donc pas l'obligation de prévoir que cette « part minimale » des biens du *de cuius* soit réservée à des enfants majeurs, même si évidemment il dispose de la possibilité de le prévoir. Toutefois, la jurisprudence du Conseil constitutionnel demeure sur ce sujet encore très récente et peu précise. Il n'est donc pas impossible que si le cas se présentait, il étende le bénéfice de cette exigence constitutionnelle aux majeurs en situation de dépendance financière et matérielle à l'égard du *de cuius* afin que lui soit dévolue, comme pour l'enfant mineur, une part minimale des biens de son ascendant défunt afin de garantir sa sécurité matérielle.

100. Il faut ensuite noter que cette « part minimale » s'apparenterait à une obligation alimentaire envers les descendants mineurs et non à un droit de succession. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant suppose ainsi que les descendants mineurs aient seulement droit à une portion des biens de leurs ascendants à hauteur de ce qui est strictement nécessaire, au regard de leur situation, pour leur garantir une sécurité matérielle. À l'image des dispositions relatives aux pensions alimentaires dues au conjoint survivant¹⁵⁵ ou aux ascendants¹⁵⁶ prélevées sur la succession, le législateur ne devrait donc pas fixer le *quantum* de cette part minimale dans la mesure où cette part devrait s'apprécier in concreto au regard de la situation des enfants mineurs et de l'importance du patrimoine du *de cuius*. Il serait donc plus logique qu'il adopte une disposition législative plus vague qui garantirait ce droit de prélèvement des enfants sur la succession de leur ascendant sur le fondement de l'obligation alimentaire. Cette disposition pourrait avoir une formule du type : « Si le disposant laisse à son décès des enfants mineurs, une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants est prélevée sur ses biens en proportion des besoins des enfants ». Une telle disposition permettrait alors de garantir l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant si le législateur souhaitait supprimer la réserve héréditaire. Cette disposition pourrait aisément être étendue aux enfants majeurs si le Conseil entendait retenir une interprétation plus extensive de l'exigence constitutionnelle évoquée. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle.

2. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle

101. La situation serait tout autre si le Conseil constitutionnel reconnaissait la valeur constitutionnelle du droit de succession. Dans une telle hypothèse, l'existence d'un droit de succession de rang constitutionnel interdirait au législateur de supprimer la réserve héréditaire. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaîtrait alors comme subsidiaire en ce que le droit de succession conférerait aux descendants une protection au moins équivalente. En effet, en protégeant l'ensemble des descendants contre l'exhérédation, le droit de succession permet également de s'assurer que les descendants mineurs obtiennent une part minimale de la succession qui leur garantirait, en principe, la sécurité matérielle. Il ne serait donc pas indispensable de prévoir une « part minimale » spécifique, qui correspondrait à l'obligation alimentaire, envers les descendants mineurs car il existerait déjà une réserve héréditaire. Dans un tel cadre, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait être satisfaite par l'effectivité du droit de succession.

102. Une autre position plus ambitieuse sur la portée de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant est cependant possible sur ce point. On pourrait effectivement considérer que la réserve héréditaire n'a pas pour objet de remplir une quelconque obligation alimentaire envers les descendants mineurs. Le droit de succession est conditionné par la seule qualité de descendant en dehors de toute considération quant à la capacité ou à l'état de besoin du descendant. Chaque descendant successible a donc le droit à la même part de la réserve héréditaire indépendamment de sa situation. Or, il est

155. L'article 767 du Code civil dispose notamment que « La succession de l'époux prédécédé doit une pension au conjoint successible qui est dans le besoin. (...) La pension alimentaire est prélevée sur la succession. Elle est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émoulement ».

156. L'article 758 du Code civil dispose que « Lorsque le conjoint survivant recueille la totalité ou les trois quarts des biens, les ascendants du défunt, autres que les père et mère, qui sont dans le besoin bénéficient d'une créance d'aliments contre la succession du prédécédé. (...) La pension est prélevée sur la succession. Elle est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émoulement ».

possible que la part de la réserve héréditaire dévolue aux descendants mineurs ne soit pas suffisante pour garantir leur sécurité matérielle. L'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait alors impliquer que, dans les cas où la part de la réserve héréditaire n'est pas de nature à garantir la sécurité matérielle des descendants mineurs, une pension alimentaire soit prélevée sur la succession au profit de ces descendants de manière à leur garantir ladite sécurité matérielle. Comme on le verra, une telle hypothèse n'apparaît pas contraire au principe d'égalité¹⁵⁷.

103. En conclusion, l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant s'appréhende essentiellement comme l'obligation pour le législateur de prendre en compte l'intérêt de l'enfant mineur lorsqu'il introduit une disposition législative qui pourrait l'affecter. La portée de cette exigence constitutionnelle variera selon que le Conseil reconnaisse ou non un droit de succession à valeur constitutionnelle. Dans l'hypothèse où il ne reconnaît pas un tel droit et que le législateur supprimait la réserve héréditaire ou la réduisait substantiellement, l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait empêcher l'exhérédation totale des enfants mineurs en imposant qu'une part minimum des biens leur soit dévolue afin de garantir leur sécurité matérielle. Cette part minimum s'apparenterait à une obligation matérielle et serait fixée en fonction de la situation du descendant mineur. Si le Conseil reconnaissait la valeur constitutionnelle du droit de succession, l'intérêt supérieur de l'enfant apparaîtrait subsidiaire, car ce droit de succession permettrait, en général, de le satisfaire.

B. La réserve héréditaire et le principe d'égalité

104. Parmi les normes constitutionnelles qui devront être prises en compte par le législateur dans le cadre d'une réforme de la réserve héréditaire, le principe d'égalité devant la loi apparaît particulièrement important. S'agissant de « la première norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois »¹⁵⁸, une loi de réforme de la réserve héréditaire ne manquera certainement pas d'y être confrontée. Le principe constitutionnel d'égalité devant la loi a été consacré pour la première fois par la décision du Conseil constitutionnel du 27 décembre 1973 Taxation d'office¹⁵⁹. Ce principe, dans sa formulation générale fondée sur l'article 6 de la Déclaration de 1789, a été progressivement affiné jusqu'à la formulation d'un considérant de principe selon lequel : « Le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁶⁰.

105. L'intensité du contrôle du Conseil constitutionnel n'est pas toujours la même. Comme le note un auteur¹⁶¹, il existe deux niveaux de contrôle. D'une part certaines lois font l'objet d'un contrôle « strict » dès lors qu'elles établissent des discriminations interdites par la Constitution (l'origine¹⁶², l'ethnie¹⁶³, la race¹⁶⁴, la religion, les croyances ou le sexe¹⁶⁵) ou qu'elles ont pour effet d'exclure des catégories de personnes de l'exercice de droits fondamentaux reconnus à d'autres personnes dans une situation similaire¹⁶⁶. D'autre part, sur l'ensemble des autres lois, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle « normal » qui « s'apparente à un contrôle de proportionnalité limité à la vérification de l'adéquation entre les moyens employés et les fins poursuivies »¹⁶⁷. Il arrive cependant que, par exception, le Conseil constitutionnel adjoigne à ce contrôle

157. V. infra. §104 et s.

158. L. Favoreu et al., Droit des libertés fondamentales, Dalloz, coll. « Précis », 2015, 7e éd., p. 432.

159. CC, n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974 (§2).

160. V. par ex. CC, n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises (§4).

161. F. Mélin-Soucramanien, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Economica*, coll. « Droit public positif », 1997, pp. 130 et s.

162. CC, n° 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse (§13).

163. CC, n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, M. Orient O. et autre [Gens du voyage], (§6).

164. CC, n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile (§29).

165. CC, n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature (§58).

166. V. par ex. CC, n° 93-326 DC du 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale (§15).

167. F. Mélin-Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », NCCC, 2010, n° 29, p. 89.

de l'adéquation, un contrôle de la disproportion¹⁶⁸, sans que l'on puisse clairement déterminer la raison de ce choix. La variation de l'intensité du contrôle se manifeste par ailleurs dans le nombre d'annulations, un auteur relevant en ce sens que « le pourcentage de cas d'annulation est maximum lorsqu'il s'agit de discriminations expressément interdites par la Constitution (100 %), qu'il reste assez élevé pour les discriminations ayant pour effet de remettre en cause l'exercice de droits fondamentaux (29,5 %) et, qu'en revanche, il chute considérablement pour les simples discriminations entre plusieurs situations de droit ou de fait (11,5 %) »¹⁶⁹.

106. Il résulte de cette jurisprudence que le raisonnement le plus fréquent du Conseil constitutionnel, lorsqu'il contrôle la conformité d'une loi ou d'une disposition législative au principe d'égalité, peut être décomposé en deux grandes étapes. En premier lieu, sauf rares exceptions¹⁷⁰, il détermine si la différence de traitement instaurée par la loi peut être justifiée par des critères objectifs. C'est au fond l'idée que le principe d'égalité interdit au législateur d'instaurer des différences de traitement arbitraires. Le premier critère objectif pouvant justifier une différence de traitement est celui de l'existence d'une différence de situation. En effet, si le principe d'égalité implique qu'à des situations similaires soient appliquées des règles similaires, il n'interdit pas (ni n'oblige) qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes¹⁷¹. C'est donc ici le critère de la différence de situation qui va justifier la différence de traitement. En l'absence de différence de situation justifiant la différence de traitement, le Conseil va rechercher si le critère choisi discrétionnairement par le législateur pour justifier la différence de traitement peut être fondé sur un motif d'intérêt général. Le juge constitutionnel semble donc permettre au législateur de traiter différemment même des situations identiques à condition qu'il établisse un critère objectif qui puisse être fondé sur l'intérêt général. Par exemple, si les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles elle a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation, le fait que le législateur ait choisi de traiter différemment ceux qui l'ont acquis, en se fondant donc sur le critère de l'acquisition de la nationalité, en permettant qu'ils en soient les seuls déchus n'est pas contraire au principe d'égalité dans la mesure où ce critère, fondant la différence de traitement, peut être justifié par l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme qui est d'intérêt général¹⁷². En réalité, même si le Conseil constitutionnel ne le formule pas de cette manière, on peut raisonnablement penser que le choix discrétionnaire par le législateur d'un critère de distinction justifié par l'intérêt général conduit nécessairement à fractionner les situations identiques visées, ce qui crée, par définition, des situations différentes qui justifient la différence de traitement¹⁷³.

107. En second lieu, il faut remarquer que n'importe quelle différence de situation ne justifie pas n'importe quelle différence de traitement. De même, n'importe quel critère fondé sur l'intérêt général ne justifie pas n'importe quelle différence de traitement. Le Conseil constitutionnel va donc effectuer en général un contrôle de l'adéquation qui implique de « vérifier que la mesure décidée par le législateur

168. CC, n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique (§14).

169. L. Favoreu et al., op.cit., p. 440.

170. V. en particulier CC, n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié], (§9) ; CC, n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe], (§9) ; CC, n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (§22).

171. V. CC, n° n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, (§32). Le Conseil juge que « le principe d'égalité, s'il implique qu'à des situations semblables il soit fait application de règles semblables, n'interdit nullement qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes » ; V. aussi CC, n° 2013-336 QPC du 1 août 2013, Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques], (§12). Le Conseil juge que « si, en règle générale, ce principe impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ».

172. CC, n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire (§23).

173. Sur ce sujet, voir O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », Jus Politicum, 2012, n° 7. Ce grand spécialiste du principe d'égalité note justement que « on comprend mal la logique interne de cette justification possible. Elle est présentée comme une alternative à la justification par la différence appréciable de situations. Mais elle suppose, au point de départ et comme pour toute mise en œuvre de l'égalité, une différence de traitement. Or, une différence de traitement s'établit nécessairement entre des situations, généralement catégorisées, distinguées par des critères, de sorte qu'on voit mal pourquoi il n'y aurait pas de différences de situation. Il y en a bien sûr. C'est donc que les raisons d'intérêt général sont susceptibles de sauver encore la différence de traitement qui n'aurait pas passé avec succès le premier test (la justification par la différence de situations en rapport avec l'objet de la loi). Telle devrait être la logique formelle de cette alternative entre justification par la différence de situations et justification par les raisons d'intérêt général ».

n'est pas « gratuite », c'est-à-dire qu'elle a un lien raisonnable avec l'objectif qu'il poursuit »¹⁷⁴. Plus spécifiquement, dans le cadre du contrôle du principe d'égalité, le contrôle de l'adéquation conduit le Conseil à s'assurer de l'existence d'un rapport direct entre la différence de traitement instaurée par la loi et l'objet de la loi, entendu comme l'intention du législateur ou l'objectif qu'il poursuit. La différence de traitement ne peut en effet être justifiée par la différence de situation ou l'intérêt général que pour autant qu'elle a un lien avec le but poursuivi par le législateur. Pour prendre un exemple assez clair en matière d'égalité devant l'impôt, mais qui est transposable à l'égalité devant la loi, le contrôle de l'adéquation a conduit le Conseil à juger qu'une taxe qui vise les boissons énergisantes caféinées tout en excluant les autres boissons caféinées qui ne sont pas énergisantes est contraire au principe d'égalité dès lors que l'objet de l'imposition était la réduction de la consommation de caféine afin de protéger la santé publique¹⁷⁵. En effet, on voit immédiatement qu'il n'y a pas de rapport direct entre, d'une part, la différence de traitement entre boissons énergisantes et non énergisantes avec la même teneur en caféine et, d'autre part, l'objet de la loi qui est de favoriser la baisse de la consommation de caféine ce qui aurait supposé d'intégrer dans son assiette l'ensemble des boissons caféinées.

108. Appréhender la portée du principe d'égalité devant la loi dans le cadre d'une réforme de la réserve héréditaire suppose, au préalable, de déterminer si toutes les personnes appelées à la succession du *de cuius* se trouvent dans la même situation, ce qui implique qu'elles soient traitées de manière identique. Dans plusieurs décisions, le Conseil constitutionnel a établi que l'ensemble des personnes appelées à la succession ne sont pas dans la même situation. En particulier, dans deux décisions du 28 septembre 2012¹⁷⁶, le juge constitutionnel a clairement indiqué qu'il considérait que les héritiers qui sont appelés à la succession en vertu de la loi et les légataires qui le sont en vertu d'un acte de volonté du *de cuius* ne sont pas dans la même situation. Ainsi, le législateur peut prévoir des traitements différents pour ces deux catégories, en lien direct avec l'objet de la loi, sans porter atteinte au principe d'égalité.

109. Il résulte en outre de la jurisprudence constitutionnelle que l'ensemble des héritiers qui sont appelés à la succession en vertu de la loi ne sont pas tous dans la même situation. Ainsi, dans une décision du 21 octobre 2016, le Conseil a jugé que le législateur pouvait distinguer parmi les héritiers d'une personne handicapée, au regard de leur différence de situation, entre d'une part, « ceux qui ont effectivement assumé la prise en charge de [la personne handicapée] », ceux « qui peuvent être présumés l'avoir fait, parce qu'ils sont tenus à son égard par une obligation alimentaire légale » et ceux qui peuvent être regardés comme ayant un lien de proximité particulier avec la personne handicapée, que manifeste le don ou le legs dont ils ont été l'objet »¹⁷⁷ et, d'autre part, les autres héritiers, c'est-à-dire principalement les frères et sœurs de la personne handicapée. Dans une décision du 28 janvier 2014, le Conseil a également jugé que l'adopté simple n'était pas dans la même situation que les autres héritiers en ligne directe et pouvait donc faire l'objet d'un traitement différent¹⁷⁸, ce qui explique d'ailleurs que l'adopté simple puisse ne pas avoir, au regard du principe d'égalité, la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant¹⁷⁹.

110. Mais la question la plus importante quant à la portée du principe d'égalité, au regard de la réserve héréditaire, est de déterminer plus restrictivement si l'ensemble des héritiers réservataires sont, en tout état de cause, dans la même situation. En effet, si les héritiers réservataires sont dans la même situation, le législateur ne pourra pas établir de différence de traitement, à moins qu'il puisse justifier une telle différence par un critère objectif fondé sur l'intérêt général et que cette différence soit en rapport direct avec

174. « La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle », Rapport du Conseil constitutionnel français, 5^e Conférence des Chefs d'institution de l'ACCUF, Libreville, 2008, p. 11.

175. CC, n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014, Société Red Bull On Premise et autre [Contribution prévue par l'article 1613 bis A du Code général des impôts], (§12).

176. CC, n° 2012-274 QPC du 28 septembre 2012, Consorts G. [Calcul de l'indemnité de réduction due par le donataire ou le légataire d'une exploitation agricole en Alsace-Moselle], (§9-10) ; CC, n° 2012-276 QPC du 28 septembre 2012, Fondation Hans Hartung et Anna Eva Bergman [Transmission du droit de suite sur les œuvres d'art graphiques et plastiques], (§7).

177. CC, n° 2016-592 QPC du 21 octobre 2016, Mme Françoise B. [Recours en récupération des frais d'hébergement et d'entretien des personnes handicapées], (§10).

178. CC, n° 2013-361 QPC du 28 janvier 2014, Consorts P. de B. [Droits de mutation pour les transmissions à titre gratuit entre adoptants et adoptés], (§9-10).

179. V. article 368 al. 2 : « L'adopté et ses descendants n'ont cependant pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant ».

l'objet de la loi. On notera par ailleurs que le raisonnement tenu à propos de l'égalité entre héritiers est transposable aux disposants. La situation du *de cuius* étant intimement liée à celle de ses héritiers, les conclusions tirées de l'application du principe d'égalité aux héritiers seront également valables, pour ce qui est de la réserve héréditaire, à l'égard des disposants. C'est pourquoi nous ne consacrerons pas des développements portant spécifiquement sur l'égalité entre disposants. Pour comprendre la portée du principe d'égalité devant la loi en matière de réserve héréditaire, il faudra dans un premier temps évoquer le cas du principe d'égalité appliqué aux cohéritiers réservataires venant à la même succession (1) puis le cas du principe d'égalité appliqué aux héritiers réservataires venant à des successions différentes (2).

1. Le principe d'égalité appliqué aux cohéritiers réservataires appelés à la même succession

111. Dans sa décision du 28 septembre 2012 relative au calcul de l'indemnité de réduction due par le donataire ou le légataire d'une exploitation agricole en Alsace-Moselle, le Conseil constitutionnel a énoncé que « que si le principe d'égalité devant la loi successorale impose que les héritiers placés dans une situation identique bénéficient de droits égaux dans la succession, il ne fait pas obstacle à ce que la loi autorise le donateur ou le testateur à avantager l'un de ses héritiers par un acte de volonté »¹⁸⁰. On peut tirer plusieurs conclusions de cette interprétation du principe d'égalité appliqué aux successions par le Conseil constitutionnel.

112. Tout d'abord, les héritiers placés dans la même situation doivent bénéficier de droits égaux dans la succession. Il fait peu de doute qu'au sens de la jurisprudence constitutionnelle, les cohéritiers réservataires soient tous placés dans la même situation. Déjà dans sa décision du 5 août 2011 relative au droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français¹⁸¹, le Conseil constitutionnel avait jugé, au regard du droit de prélèvement, que la distinction instaurée par la loi entre cohéritiers réservataires français et cohéritiers de nationalité étrangère était contraire au principe d'égalité. Comme le note le service juridique du Conseil dans son commentaire : « il n'existe pas de différence de situation entre l'héritier français et l'héritier étranger qui viennent à la succession d'après la loi française ». Il ajoute que « la réserve héréditaire bénéficie ainsi potentiellement à l'ensemble des personnes, sans distinction de nationalité, de sexe, de race ou de religion »¹⁸².

113. On peut déduire des décisions du Conseil constitutionnel que les cohéritiers réservataires venant à la même succession sont nécessairement dans la même situation qui suppose que la loi leur garantisse les mêmes droits à l'égard de la réserve héréditaire. Cette jurisprudence est d'ailleurs cohérente avec le fait que la qualité d'héritier réservataire ne dépend d'aucune autre condition que celle d'être un descendant du *de cuius*¹⁸³. L'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'origine, la capacité, la situation économique ou financière ou encore la nationalité des descendants ne sont en effet pas pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer qui sont les héritiers réservataires du *de cuius*. Il y a donc une certaine logique à considérer que l'ensemble des héritiers réservataires sont nécessairement dans la même situation.

114. Ensuite, cette égalité entre cohéritiers réservataires se limite à la réserve héréditaire elle-même et ne porte pas sur l'entièreté de la succession. Dit autrement, le principe d'égalité n'implique des droits identiques qu'à situation identique, or, comme on l'a dit, le descendant réservataire n'est pas dans la même situation que le descendant légataire. Ce qui signifie que si l'ensemble des cohéritiers réservataires doivent avoir des droits identiques sur la part des biens du *de cuius* qui constitue la réserve héréditaire, la loi peut autoriser un traitement différent des cohéritiers réservataires en ce qui concerne les biens compris dans la quotité disponible. Le principe d'égalité n'interdit ainsi pas que le législateur permette au disposant de favoriser l'un de ses héritiers réservataires par le truchement d'un don ou d'un legs dans la limite de la

180. CC, n° 2012-274 QPC du 28 septembre 2012, préc., (§9).

181. CC, n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, préc.

182. Commentaire officiel, déc. n° 2011-159 QPC, p. 6

183. V. la combinaison des articles 913 et 913-1 du Code civil.

quotité disponible. Par conséquent, le principe d'égalité s'oppose, plus strictement, à ce qu'un cohéritier réservataire se voie attribuer une part plus importante de la réserve héréditaire que les autres cohéritiers réservataires, mais n'interdit pas qu'un héritier réservataire soit favorisé en se voyant en outre allouer une part de la quotité disponible.

115. Par exemple, le défunt laisse pour lui succéder trois cohéritiers réservataires. La réserve héréditaire représente donc les $\frac{3}{4}$ des biens du *de cuius*. Le principe d'égalité implique que chaque héritier réservataire ait le droit à la même quote-part de la réserve héréditaire, soit $\frac{1}{3}$ chacun de la réserve ou encore $\frac{1}{4}$ des biens du *de cuius*. Si la loi permettait de favoriser un des cohéritiers réservataires au détriment des deux autres, par exemple en lui allouant $\frac{2}{3}$ de la réserve héréditaire, elle créerait un traitement différent alors que la situation des cohéritiers réservataires est identique et violerait ainsi le principe d'égalité. Toutefois, la loi ne viole pas le principe d'égalité en permettant au *de cuius* de transmettre la totalité de la quotité disponible à l'un des cohéritiers réservataires. In fine, ce cohéritier réservataire aura reçu $\frac{1}{4}$ des biens du *de cuius* au titre de la réserve et $\frac{1}{4}$ au titre de la quotité disponible soit la moitié des biens du défunt. Il sera donc favorisé par rapport à ses cohéritiers qui n'auront obtenu quant à eux que $\frac{1}{4}$ chacun des biens du disposant sans pour autant violer le principe d'égalité.

116. Enfin, si le principe d'égalité implique qu'à situations identiques soient appliquées des règles identiques, ce principe n'est pas absolu et peut souffrir d'une « dérogation » si la différence de traitement instaurée par le législateur entre des situations identiques trouve son origine dans un critère objectif justifié par un motif d'intérêt général. Il est donc théoriquement possible pour le législateur de prévoir un critère de distinction, fondé sur l'intérêt général, qui justifiera le traitement différencié des cohéritiers réservataires. Toutefois, il nous semble qu'appliquer aux cohéritiers réservataires venant à la même succession, il serait extrêmement difficile de trouver des critères fondés sur l'intérêt général qui permettent de justifier une différence de traitement. En effet, le droit des successions français est fortement innervé par la « conception française de l'égalité civile »¹⁸⁴. Il y a dans le cadre d'une succession entre cohéritiers réservataires une forte dimension familiale qui se manifeste par la volonté de garantir l'égalité entre les descendants du *de cuius*. Une telle conception suppose en principe une égalité successorale stricte entre les différents descendants quant à leurs droits sur la réserve héréditaire. Ce qui fait obstacle à l'identification d'un critère fondé sur l'intérêt général permettant de justifier une différence de traitement entre cohéritiers réservataires.

117. Il faut commencer par souligner que si le législateur souhaitait introduire un traitement différencié entre cohéritiers réservataires, il ne pourrait, en aucun cas, permettre l'exhérédation d'un héritier réservataire par le *de cuius*. On voit en effet mal quel critère, fondé sur quel motif d'intérêt général, pourrait justifier que certains cohéritiers réservataires soient exclus de la succession par le disposant. Même si on pouvait avancer un critère pertinent, par exemple la possibilité pour le *de cuius* d'exclure un héritier réservataire ayant un patrimoine d'un certain seuil, on serait bien en mal d'identifier quel motif d'intérêt général justifierait un tel critère. Au contraire, comme le rappelle un ancien membre du service juridique du Conseil¹⁸⁵, la décision du 5 août 2011¹⁸⁶ a consacré comme motif d'intérêt général la protection de la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers. En outre, le critère choisi par le législateur pourrait être potentiellement détourné par le disposant afin d'exclure un héritier réservataire pour des considérations discriminatoires (orientation sexuelle, religion, choix politiques ou philosophiques, etc.). Surtout, même si une telle différence de traitement pouvait avoir une justification d'intérêt général et passer le contrôle de proportionnalité, ce dont nous doutons très fortement, le Conseil constitutionnel serait susceptible de la censurer sur le fondement d'un éventuel droit de succession à valeur constitutionnelle qui garantirait qu'un descendant ne puisse pas être exhérédié par le *de cuius*.

118. Si l'exhérédation d'un cohéritier n'est pas possible au regard du principe d'égalité, la loi peut-elle tout de même introduire une différenciation des droits des cohéritiers sur la réserve héréditaire ? Nous sommes d'avis, ici encore, que l'instauration d'une différenciation des droits des cohéritiers sur la réserve

184. C. Brenner, op.cit., §2.

185. J.-F. Montgolfier, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », AJ Famille, 2012, n° 12, p. 578.

186. CC, n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, préc.

héréditaire n'est en général pas possible du fait de l'absence de critère véritablement pertinent fondé sur un motif d'intérêt général qui pourrait justifier la différence de traitement. On aurait pu envisager comme motif de valeur constitutionnelle, qui ferait alors office de motif d'intérêt général, le droit de disposer du *de cuius* qui est un attribut du droit de propriété qui a valeur constitutionnelle¹⁸⁷. La différence de traitement entre cohéritiers réservataires serait alors justifiée par la volonté de garantir le droit de disposer du *de cuius*. Mais on peinerait alors à trouver un critère objectif pertinent en lien avec le droit de disposer de nature à justifier la différence de traitement entre cohéritiers réservataires. La volonté du *de cuius* ne pouvant pas être considéré comme un critère objectif dans la mesure où il laisserait libre cours à l'arbitraire du disposant et donc violerait le principe d'égalité. Même si on réussissait à trouver un critère pertinent, on peut douter qu'une telle différenciation passe le contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel. Par conséquent, la loi doit en principe garantir que chaque cohéritier reçoive exactement la même quote-part de la réserve héréditaire sans qu'il puisse être défavorisé par rapport à ses cohéritiers.

119. Toutefois, contrairement au cas de l'exhérédation, il nous semble que dans certaines rares hypothèses, le législateur pourrait introduire une différence de traitement entre cohéritiers réservataires qui ne violerait pas pour autant le principe d'égalité. On pense tout particulièrement à une différence de traitement entre cohéritiers réservataires qui serait justifiée par l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme on l'a souligné¹⁸⁸, cette exigence constitutionnelle pourrait être interprétée par le Conseil constitutionnel comme impliquant l'exigence de sécurité matérielle des enfants mineurs. Le législateur pourrait permettre qu'un héritier réservataire mineur qui se trouverait en état de besoin se voie attribuer une part plus importante de la réserve que ses cohéritiers réservataires afin de garantir sa sécurité matérielle. Il nous semble qu'un tel traitement différencier des cohéritiers réservataires s'appuierait sur un critère objectif pertinent, la minorité de l'héritier et son état de besoin, fondé sur une exigence constitutionnelle. En outre, une telle différenciation passerait le contrôle de l'adéquation dans la mesure où la différence de traitement, c'est-à-dire la part supplémentaire de la réserve dévolue à l'héritier mineur en état de besoin, serait en rapport direct avec l'objet de la loi qui serait de permettre la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Le principe d'égalité appliqué à des héritiers réservataires appelés à des successions différentes

120. Si on ne raisonne plus en termes d'égalité entre cohéritiers réservataires appelés à la même succession, mais de manière plus générale entre héritiers réservataires appelés à des successions différentes, il nous semble que le principe d'égalité peut être appréhendé avec davantage de souplesse. Il s'agit en effet d'« une norme relative et contingente »¹⁸⁹ dont la portée varie selon les situations comparées.

121. La jurisprudence du Conseil constitutionnel ne permet pas d'affirmer avec certitude qu'il considère que les héritiers réservataires appelés à des successions différentes sont, en tout état de cause, dans la même situation. Tout au plus, peut être citée la décision QPC du 28 septembre 2012 dans le cadre de laquelle il a dû se prononcer sur la différence de traitement entre les héritiers soumis à la loi locale d'Alsace-Moselle et les héritiers soumis au droit commun¹⁹⁰. Mais on ne peut tirer de conclusions générales de cette décision dans la mesure où c'était avant tout le régime dérogatoire du droit local qui était en cause et non pas la possibilité pour le législateur de traiter ou non différemment les héritiers réservataires appelés à des successions différentes. On peut simplement noter que le législateur lui-même semble considérer que l'ensemble des héritiers réservataires ne sont pas toujours dans la même situation. En effet, l'article 913 du Code civil prévoit que le *quantum* de la réserve héréditaire varie selon le nombre d'enfants du *de cuius*. Ainsi, il ressort de cette disposition que l'héritier réservataire qui a un ou plusieurs cohéritiers réservataires n'est pas dans la même situation que l'héritier réservataire qui est seul, ce qui justifierait la différence de traitement qui se manifeste par la variation du *quantum* de la réserve.

187. V. infra. §129.

188. V. supra. §98.

189. F. Mélin-Soucramani, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », op.cit., p. 89.

190. CC, n° 2012-274 QPC du 28 septembre 2012, préc., (§5-7).

122. Au regard des incertitudes sur ce point, nous envisagerons successivement les deux hypothèses possibles au regard du principe d'égalité : soit les héritiers réservataires sont toujours considérés par le Conseil constitutionnel comme étant dans la même situation, soit il admet que, selon l'objet de la loi, les héritiers réservataires puissent être considérés comme relevant de situations différentes.

123. Le législateur pourrait en premier lieu réformer la réserve héréditaire en partant du principe que les héritiers réservataires sont toujours dans la même situation. Mais il ne nous semble pas qu'il s'agisse ici d'un obstacle dirimant à une différenciation des traitements par le législateur. En effet, le principe d'égalité appliqué aux cohéritiers réservataires appelés à la même succession suppose une égalité stricte entre les cohéritiers afin de garantir l'égalité entre descendants issus du même parent. Cela explique la difficulté à trouver un critère objectif fondé sur l'intérêt général permettant de justifier une différence de traitement en la matière. Le principe d'égalité appliqué aux héritiers appelés à des successions différentes ne revêt évidemment pas cette dimension familiale dans la mesure où sont considérés ici des successions et des héritiers sans lien les uns avec les autres. Il est donc plus aisé d'identifier des critères objectifs fondés sur l'intérêt général qui permettent de justifier une différence de traitement entre des situations apparemment identiques. Il nous semble, en particulier, que le législateur pourrait justifier une différence de traitement sur un critère combinant la valeur totale des biens du *de cuius*, qui est un critère envisagé de très longue date¹⁹¹, avec la volonté de ce dernier de disposer de ses biens par des libéralités au bénéfice de certaines personnes morales contribuant à l'intérêt général. Un tel critère pourrait être fondé sur le motif d'intérêt général visant à « favoriser (...) l'affectation de dons et legs à des associations déclarées en raison de l'intérêt général spécifique [que le législateur a reconnu à leur objet et à la nature de leur activité] »¹⁹².

124. La différence de traitement justifiée par ce critère fondé sur l'intérêt général pourrait être la possibilité, au-delà d'une certaine valeur des biens du *de cuius*, d'autoriser ce dernier à excéder la quotité disponible normale dans le seul but de disposer par des libéralités au profit de certaines personnes morales. On pourrait envisager que pour une succession dont les biens en cause ont une valeur inférieure, par exemple, à 10 millions d'euros, le *quantum* de la réserve héréditaire demeurerait ce qu'il est en l'état du droit positif. Toutefois, pour les successions dont les biens sont d'une valeur supérieure à ce seuil, le *de cuius* pourrait excéder la quotité disponible normale, quel que soit le nombre d'enfants, en faisant des dons et legs à certaines personnes morales dans la limite, par exemple, de 50 % du total de la valeur des biens. Les héritiers réservataires disposant alors de l'action en réduction uniquement si le disposant excède cette quotité disponible spéciale. On notera cependant que cette différence de traitement ne devra en aucun cas permettre au *de cuius* de réduire ou d'exclure les droits d'un cohéritier réservataire. Cette réduction de la réserve héréditaire pour certaines successions ne doit pas conduire à remettre en cause l'égalité des droits des cohéritiers sur la réserve.

125. Il nous semble, enfin, qu'une telle différence de traitement justifiée par un critère objectif fondé sur l'intérêt général passerait assez aisément le contrôle de l'adéquation du Conseil constitutionnel. En effet, il apparaît assez évident que la différence de traitement, l'existence d'une quotité disponible spéciale sous condition pour les seules successions dépassant une certaine valeur, serait en rapport direct avec l'objet de la loi, qui se confondrait ici avec le motif d'intérêt général fondant la distinction, à savoir favoriser les dons et legs au profit de personnes morales ayant pour objet l'intérêt général.

126. Le législateur pourrait, en second lieu, réformer la réserve héréditaire en se fondant sur l'idée que les héritiers réservataires appelés à des successions différentes ne sont pas toujours dans la même situation. Ce serait certainement la voie la plus cohérente avec le fait que, comme on l'a dit, le législateur prévoit déjà des traitements différenciés entre héritiers réservataires en se fondant sur la différence de situation liée au nombre de descendants. En particulier, il pourrait estimer que la valeur totale des biens du *de cuius* pourrait être un critère objectif qui permette de distinguer les successions qui atteignent un certain seuil de valeur des autres successions. Il pourrait en effet être argué que les cohéritiers réservataires qui sont

191. V. B. Beignier, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », Droit de la famille, LexisNexis, 2019, n° 5. L'auteur relève que « Bonaparte, lui-même, s'était demandé «s'il ne serait pas préférable de graduer la légitime sur la quotité de la succession plutôt que sur le nombre des enfants» ».

192. CC, n° 2014-444 QPC du 29 janvier 2015, Association pour la recherche sur le diabète [Acceptation des libéralités par les associations déclarées], (§9).

appelés à une succession dont les biens sont évalués à plusieurs dizaines de millions d'euros ne sont pas exactement dans la même situation que les cohéritiers réservataires dont la succession est beaucoup plus modeste. Dans une telle hypothèse, le législateur pourrait instaurer un traitement différent entre ces deux situations en prévoyant, comme on l'a déjà évoqué, une réserve héréditaire au *quantum* plus faible pour les successions au-delà d'un certain seuil à condition que le *de cuius* ait disposé par libéralités au profit de certaines personnes morales ayant pour but exclusif l'intérêt général. Ici encore, une telle différenciation ne doit pas conduire à une rupture d'égalité des droits des cohéritiers réservataires sur la réserve réduite. Enfin, le contrôle de l'adéquation ne poserait guère de difficulté, car la différence de traitement (variation du *quantum* de la réserve selon la valeur totale de la succession) serait en rapport direct avec l'objet de la loi qui serait de favoriser les dons et legs au profit de personnes morales ayant pour but exclusif l'intérêt général.

127. En conclusion, le principe constitutionnel d'égalité ne permet pas en général au législateur d'instaurer une différence de traitement entre cohéritiers réservataires appelés à la même succession qui doivent avoir des droits identiques sur la réserve. Toutefois, le principe d'égalité n'interdit pas qu'un cohéritier réservataire soit favorisé par rapport aux autres cohéritiers réservataires le truchement de legs et dons du *de cuius* dans la limite de la quotité disponible. En outre, hors du cas spécifique d'un traitement différencié justifié par l'exigence constitutionnelle de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, il n'apparaît pas possible d'identifier un critère objectif fondé sur l'intérêt général qui justifierait une telle différenciation de traitement. A contrario, il nous semble que le principe d'égalité s'appréhende de manière plus souple lorsque sont en cause des héritiers réservataires appelés à des successions différentes. Le législateur pourrait alors distinguer les héritiers réservataires selon qu'ils sont appelés à une succession dépassant ou non un certain seuil de valeur. Si ce seuil est dépassé et que le *de cuius* a disposé par libéralité au profit de personnes morales ayant pour objet l'intérêt général, le législateur pourrait prévoir une réduction du *quantum* de la réserve héréditaire par rapport aux autres successions.

C. La réserve héréditaire et le droit de propriété

128. Si nous avons déjà évoqué le droit de propriété dans sa relation au droit de succession¹⁹³, il nous faut désormais nous intéresser aux limites que constitue le droit de propriété à d'éventuelles réformes de la réserve héréditaire.

129. La jurisprudence du juge constitutionnel relative au droit de propriété est aujourd'hui bien établie¹⁹⁴. Le Conseil jugeant ainsi que « la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »¹⁹⁵. Le Conseil constitutionnel reconnaît également que le « droit de disposer [est un] attribut essentiel du droit de propriété »¹⁹⁶ et que « l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine [...] est lui-même un attribut essentiel du droit de propriété »¹⁹⁷.

130. Il résulte de cette jurisprudence un contrôle différencié selon la nature de l'atteinte au droit de propriété. Si une disposition législative prive le propriétaire de sa propriété, le Conseil constitutionnel contrôlera si une nécessité publique a été légalement constatée et que le propriétaire bénéficie d'une indemnité juste et préalable. En cas de simples limitations du droit de propriété, et son corollaire le droit de disposer,

193. V. supra. §24 et s.

194. V. notamment J.-F. de Montgolfer, « Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », NCCC, 2011, n° 31, pp. 35-49.

195. V. par ex. CC, n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, M. Pierre B. [Mur mitoyen], (§3).

196. CC, n° 96-373 DC du 9 avril 1996, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française (§22).

197. CC, n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (§40).

le Conseil s'attachera à vérifier que l'atteinte est justifiée par un objectif d'intérêt général et qu'elle est bien proportionnée. Les atteintes au droit de disposer du disposant s'appréhendent, en tout état de cause, comme de simples limitations du droit de propriété dans la mesure où celui-ci n'est pas privé de son droit de propriété, mais simplement de sa liberté d'en disposer comme il l'entend. Cette valeur constitutionnelle du droit de disposer emporte deux conséquences principales en matière de réserve héréditaire.

131. D'une part, le droit de disposer du *de cuius* étant garanti par la Constitution, le législateur ne peut donc limiter ce droit qu'en remplissant deux conditions. Il doit tout d'abord pouvoir justifier la limitation de ce droit, au minimum, par un objectif d'intérêt général. Cette première condition n'est pas difficile à remplir, quelle que soit d'ailleurs la position du Conseil constitutionnel sur l'existence ou non d'un droit de succession à valeur constitutionnelle. Si le Conseil estime qu'une telle exigence constitutionnelle existe, le législateur pourra donc limiter le droit de disposer du *de cuius* en la justifiant par la poursuite de la protection d'un droit de succession à valeur constitutionnelle. Si le Conseil refusait de reconnaître une telle exigence constitutionnelle, il n'en resterait pas moins que la protection de la réserve héréditaire constitue, comme nous l'avons déjà souligné¹⁹⁸, un objectif d'intérêt général que le législateur pourrait poursuivre afin de limiter le droit de disposer.

132. La seconde condition implique que les limites au droit de disposer ne soient pas disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. Pour effectuer ce contrôle de proportionnalité, le Conseil constitutionnel va mettre en balance la gravité de l'atteinte au droit de disposer avec les garanties légales prévues par le texte afin de maintenir l'effectivité de ce droit. Il va ainsi s'attacher à contrôler qu'au regard des garanties de fond et de procédure, la restriction portée au droit de disposer « n'a pas un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée de ce droit »¹⁹⁹. En particulier, il apparaît certain qu'une disposition législative qui priverait le *de cuius* de tout droit de disposer serait jugée inconstitutionnelle dans la mesure où elle conduirait à porter une atteinte disproportionnée au droit de disposer. Le législateur ne pourrait ainsi pas introduire une réforme qui conduirait à ce que la réserve héréditaire porte sur la totalité des biens du *de cuius* en excluant ainsi toute quotité disponible. Afin de garantir le droit de disposer, la loi doit en effet maintenir au bénéfice du *de cuius* un pouvoir de disposition à titre gratuit sur une portion de ses biens. Le législateur ne peut par conséquent supprimer toute quotité disponible. Mais ici encore, le pouvoir discrétionnaire du législateur demeure très conséquent. Il pourrait réduire ou augmenter librement le *quantum* de cette quotité disponible à condition dans l'un et l'autre cas de ne pas porter une atteinte disproportionnée au droit de disposer et au droit de succession en les privant de toute effectivité.

133. D'autre part, le droit de disposer du *de cuius* étant un droit à valeur constitutionnelle, le législateur peut donc poursuivre ce droit comme motif de valeur constitutionnelle afin de limiter d'autres principes et exigences constitutionnels. En particulier, le droit de disposer du *de cuius* apparaît comme un objectif aisément mobilisable par le législateur afin de limiter le droit de succession. Une réforme législative libérale en matière de succession pourrait donc se fonder sur ce droit constitutionnel afin, par exemple de réduire le *quantum* de la réserve héréditaire.

134. En conclusion, la valeur constitutionnelle du droit de disposer, attribut essentiel du droit de propriété, implique principalement que le législateur ne pourrait pas supprimer la quotité disponible ou la réduire à portion congrue, sans porter une atteinte disproportionnée à ce droit. Il en résulte également que ce droit de disposer peut être invoqué par le législateur pour justifier des restrictions à d'autres principes et exigences constitutionnels, en particulier l'éventuel droit de succession.

198. V. supra. §11.

199. CC, n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, M. Pierre B. [Mur mitoyen], (§6).

Conclusion générale

135. L'étude des enjeux constitutionnels de la réserve héréditaire nous a conduits à tenter de dessiner le cadre constitutionnel qui s'imposera au législateur dans l'hypothèse d'une réforme future. Il a tout d'abord été souligné que le législateur ne pourrait certainement pas supprimer la réserve héréditaire ou la réduire à portion congrue. En effet, il nous semble tout à fait plausible que le Conseil constitutionnel reconnaisse alors un droit de succession à valeur constitutionnelle qui se définirait comme « le droit pour les descendants à hériter d'une part minimale des biens et droits successoraux de leurs ascendants défunts ».

136. Plusieurs fondements constitutionnels sont possibles pour ce droit de succession. En droit comparé, les constitutions rattachent le droit de succession au droit de propriété. Toutefois, nous avons souligné qu'un tel rattachement ferait face à plusieurs obstacles en droit français, en particulier la jurisprudence constitutionnelle. Nous avons ensuite montré que le principe de la réserve héréditaire pourrait être constitutionnalisé par la voie d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République dans la mesure où il en remplit l'ensemble des conditions. Toutefois, le Conseil est toujours réticent à reconnaître de tels principes, en particulier lorsqu'il s'agit de questions de société. Il nous est donc apparu que le fondement le plus adéquat serait les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 desquels pourraient se déduire les exigences de protection familiale et de solidarité familiale qui sous-tendent le droit de succession.

137. Nous avons, par ailleurs, tenté d'appréhender la portée de cette nouvelle norme constitutionnelle. Il nous est apparu que si le Conseil reconnaissait un droit de succession, il est très probable qu'il jugerait que seuls les descendants du *de cuius* sont titulaires d'un tel droit. Le législateur pourrait donc librement supprimer ou maintenir la réserve au profit du conjoint survivant. Il a été ensuite relevé que le droit de succession ne serait pas absolu et s'apparenterait avant tout à un droit constitutionnel de second rang que le législateur pourrait limiter s'il justifiait la limitation par un objectif d'intérêt général compatible et que l'atteinte n'était pas disproportionnée. Cette nouvelle norme constitutionnelle laisserait une grande marge de manœuvre au législateur qui pourrait fixer discrétionnairement le *quantum* de la réserve héréditaire, par exemple en le réduisant, à condition de ne pas dénaturer le sens et la portée de ce droit. Certains aspects du régime juridique actuel de la réserve héréditaire ont été examinés au regard de ce droit de succession et plus généralement à l'égard des droits et libertés que la Constitution garantit. Nous avons globalement conclu, avec deux grandes réserves, à la conformité à la Constitution de la RAAR. De même, nous sommes d'avis que le régime de la donation-partage intergénérationnelle est parfaitement conforme à la Constitution. A également été étudié un éventuel nouveau pacte de famille qui permettrait des renonciations anticipées à la réserve héréditaire, avec contreparties, au profit de membres de la famille ou de tiers. Une telle réforme est envisageable, mais le législateur devra introduire l'ensemble des garanties nécessaires pour assurer que le consentement de l'héritier réservataire présomptif est libre et éclairé. Pour garantir la constitutionnalité d'une telle réforme, il nous semble que le législateur ne devrait pas autoriser des renonciations à la totalité de la réserve. Le législateur devrait également faire varier le niveau de la renonciation selon les liens qu'entretient l'héritier avec les bénéficiaires. La question de l'appartenance de la réserve héréditaire à l'ordre public international français a également été traitée. Nous sommes d'avis que si le juge constitutionnel reconnaissait le droit de succession, la jurisprudence de la Cour de cassation serait alors contraire à la Constitution.

138. L'examen des enjeux constitutionnels de la réserve héréditaire supposait également de s'intéresser aux autres normes constitutionnelles susceptibles d'affecter une réforme législative. L'exigence constitutionnelle de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant devra être prise en compte par le législateur. La portée de cette exigence variera selon que le Conseil reconnaisse ou non une valeur constitutionnelle au droit de succession. En cas de non-reconnaissance de ce droit constitutionnel, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait être un obstacle à une exhérédation totale des enfants mineurs. Cette exigence constitutionnelle imposerait en effet qu'une part minimale des biens soit dévolue aux enfants

mineurs en état de besoin afin de leur garantir la sécurité matérielle. En cas de reconnaissance d'un droit de succession, la portée de cette exigence constitutionnelle serait réduite, car l'intérêt du mineur serait satisfait par l'existence d'une réserve héréditaire.

139. Quant au principe constitutionnel d'égalité, il suppose de traiter de manière identique des personnes placées dans une situation identique. Or, les cohéritiers réservataires appelés à la même succession sont dans la même situation. Le législateur ne peut donc pas, en général, traiter différemment les cohéritiers réservataires. Une telle différence de traitement serait alors déclarée inconstitutionnelle. Mais on notera que cette égalité des droits ne s'entend qu'à l'égard de la réserve, le principe d'égalité n'interdit pas que le *de cujus* puisse favoriser un des cohéritiers réservataires dans la limite de la quotité disponible. Le principe d'égalité s'entend de manière moins stricte lorsqu'il est appliqué à des héritiers appelés à des successions différentes. Le législateur pourrait alors instaurer une différence de traitement entre ces héritiers en retenant, par exemple, comme critère de distinction la valeur de la succession. Les successions qui dépasseraient un seuil donné pourraient se voir soumises, à condition que le *de cujus* dispose par libéralités à des personnes morales ayant pour but exclusif l'intérêt général, à une quotité disponible spéciale plus importante que la quotité applicable aux successions inférieures à ce seuil.

140. Enfin, la valeur constitutionnelle du droit de disposer, attribut du droit de propriété, empêche le législateur de pouvoir réformer la réserve héréditaire dans un sens qui supprimerait toute quotité disponible. Par ailleurs, ce droit de disposer pourrait être invoqué par le législateur pour justifier des limitations à un éventuel droit de succession.

Contribution de Julien Boisson

Maître de conférences
à l'Université de Bretagne Occidentale (UBO),
Membre du Lab-Lex,
laboratoire de recherche en droit (EA 7480)

MINISTÈRE DE LA JUSTICE

AUDITION GROUPE DE TRAVAIL SUR LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE EN LIEN AVEC LES LIBÉRALITÉS PHILANTHROPIQUES

SYNTHÈSE ÉCRITE

Par Julien BOISSON

Maître de conférences à l'Université de Bretagne Occidentale (UBO)

Membre du *Lab-Lex*, laboratoire de recherche en droit (EA 7480)

L'avenir de la réserve héréditaire est depuis longtemps menacé¹ et la vigueur de ses fondements remise en cause². CATALA lui-même a pu écrire qu'« il n'est pas inconcevable que la réserve héréditaire soit abolie, en tant qu'obstacle à la circulation des richesses et entrave au droit de propriété »³. Est-ce prophétique ? C'est du moins le sens des propositions d'un récent rapport rédigé dans le cadre du *think-tank* Génération libre⁴, conduisant le gouvernement, comme la doctrine⁵, à se saisir de nouveau de cette question. Faut-il se préparer à la mort de la réserve héréditaire⁶ ? En tout cas, la réserve héréditaire est « moribonde »⁷.

Dans sa lettre de mission, Madame Nicole BELLOUBET, garde des sceaux, ministre de la justice, estime que la rigidité de la réserve héréditaire est souvent dénoncée comme étant un frein notamment au développement du mécénat et de la philanthropie. Elle souhaite alors qu'une réflexion soit engagée quant aux *scenarii* de réforme possibles permettant de lever un tel frein.

¹ J.-G. RAFFRAY et J.-P. SÉNÉCHAL, « Quel avenir pour la réserve », *JCP N* 1986, I, 249.

² A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, 3^e éd., 2014, Dalloz, n° 532.

³ P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, 1206, n° 17.

⁴ B. MOREL et M. SBAIHI, *Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, rapp. Génération Libre, mars 2019.

⁵ B. BEIGNIER, « Faut-il réformer la réserve héréditaire », *Dr. famille* 2019, dossier 19.

⁶ P. CÉNAC et C. PEYROUX, « La mort de la réserve héréditaire ? », *JCP N* 2011, 1092.

⁷ A. SÉRIAUX, « Réserve, légitime et quart du conjoint pauvre : où va le droit successoral français ? », *Dr. famille* 2019, dossier 20, n° 5.

Dans ce contexte, la présente contribution s'intéresse, à la demande du groupe de travail, à la question de la réserve héréditaire en lien avec les libéralités philanthropiques.

Il n'existe pas à proprement parler de définition des libéralités philanthropiques. Pour le dictionnaire, la philanthropie s'entend de la bienfaisance. Le philanthrope est celui qui œuvre pour le bien de ses semblables.

Il convient sans doute d'admettre que le but poursuivi par le groupement bénéficiaire de la libéralité colore celle-ci : seraient des libéralités philanthropiques les libéralités adressées à un groupement philanthropique. Pour autant, en l'état du droit positif, cette catégorie de groupement se dessine difficilement.

Les libéralités philanthropiques succèdent ainsi aux libéralités à caractère social de PLANIOL et RIPERT⁸ ou aux libéralités ayant un caractère d'utilité publique de CASSIN⁹. Reprenant une notion développée par FLOUR¹⁰, il nous semble préférable de s'intéresser plus largement aux libéralités à caractère collectif¹¹. Ce sont les libéralités destinées à la collectivité et non à une personne physique déterminée. Pour atteindre leur but, ces libéralités sont réalisées par le truchement d'une personne morale dont l'objet est de défendre un intérêt collectif. Le bénéficiaire direct d'une telle libéralité peut alors aussi bien être une personne morale de droit privé (associations, fondations, fonds de dotation, syndicats, etc.) qu'une personne morale de droit public (État, collectivités territoriales, établissements publics administratifs).

La notion de libéralité à caractère collectif est donc plus large que celle de libéralité philanthropique.

L'idée de supprimer la réserve héréditaire en matière de libéralité à caractère collectif n'est pas nouvelle. Un amendement a déjà été adopté en ce sens au Sénat lors de

⁸ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, avec le concours de A. TRASBOT, Paris : LGDJ, 1933, n° 2, p. 4. Comp. G. PACILLY, *Le don manuel*, préf. H. LEMONNIER, Paris : Dalloz, 1936, n° 76, p. 196 ; A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Paris : Sirey, 1946, p. 97, sur les libéralités ayant un but social.

⁹ R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939.

¹⁰ J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4^e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 268.

¹¹ J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. GRIMALDI, Lextenso-éd., 2019, coll. « Defrénois & Notariat ».

l'examen de la loi du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise¹², mais la disposition a ensuite été supprimée par l'Assemblée nationale¹³. Depuis, deux propositions de loi, en 2011¹⁴ et en 2015¹⁵, ont défendu la suppression de la réserve héréditaire en présence de libéralités philanthropiques, mais n'ont jamais été discutées.

Il appartiendra au groupe de travail de déterminer si certaines libéralités à caractère collectif doivent désormais bénéficier d'un régime exorbitant au regard de la réserve héréditaire. Cette question est davantage politique que juridique¹⁶. Eu égard aux fondements traditionnels attachés à la réserve héréditaire¹⁷, aucune spécificité propre aux libéralités à caractère collectif, ou à certaines d'entre elles, ne justifie en soi un traitement différent par rapport aux libéralités ordinaires.

Pour autant, toutes ces libéralités présentent des difficultés communes au regard de la réserve héréditaire. Ce sont celles-ci et les réformes possibles sur lesquelles il convient d'insister. Suivant la lettre de mission du groupe de travail, deux axes peuvent être retenus : l'existant d'abord (I) ; les évolutions envisageables ensuite (II).

I. L'existant

Les libéralités à caractère collectif, comme toutes les libéralités, doivent respecter les règles protectrices de la réserve héréditaire et sont, le cas échéant, soumises à l'action en réduction pour atteinte à la réserve.

À cet égard, trois séries de précisions peuvent être faites :

- La première : toutes les libéralités à caractère collectif ne sont pas soumises aux règles sur la réserve héréditaire (A) ;

¹² JO CR Sénat 1990, n° 15, p. 593.

¹³ JO CR AN 1990, n° 31, p. 1695.

¹⁴ Proposition de loi n° 748 de Madame la sénatrice Marie-Hélène DES ESGAUX visant à concilier la philanthropie et le droit des successions. *Adde* A. PANDO, « Pour une dérogation à la réserve héréditaire en faveur de la philanthropie », *LPA* 22/09/2011, n° 189, p. 3.

¹⁵ Proposition n° 204 de Monsieur le député Frédéric LEFEBVRE visant à permettre les dons patrimoniaux à des fondations ou associations reconnues d'utilité publique.

¹⁶ Sur le lien entre le droit des successions et la politique, v. G. Drouot, « Des controverses autour de la réserve héréditaire », *RDA* 2018, n° 17, p. 48 et s., spéc. p. 49.

¹⁷ Sur ces fondements, v. M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^e éd., LexisNexis, 2017, n° 297 et s.

- La seconde : lorsqu'elles y sont soumises, les règles s'avèrent inadaptées à leurs spécificités (B) ;
- La troisième : à côté de la réserve légale, il existe de façon résiduelle une réserve dite administrative (C).

A. Première précision : les libéralités à caractère collectif exclues de la réserve

Il ne s'agit pas d'aborder les libéralités qui taisent leur nom (donations déguisées ou indirectes) et qui permettent d'agir, tant qu'elles ne sont pas requalifiées, sur la réserve¹⁸. En matière de libéralité à caractère collectif, trois catégories d'opérations – que l'on ose à peine appeler « libéralité » – retiennent l'attention.

- **Première série d'opérations : les versements consécutifs à des contrats d'assurance-vie**¹⁹. La Cour de cassation refuse par principe d'intégrer le bénéfice de ces contrats ou les primes d'assurance dans le règlement de la succession. Il y a quelques exceptions. Cette question devrait retenir l'attention du groupe de travail et dépasse très largement le domaine des libéralités à caractère collectif. Il n'est donc pas utile d'insister sur ce point autrement qu'en précisant que les groupements peuvent être bénéficiaires de tels contrats. L'assurance-vie permet alors un double contournement : de la réserve d'une part²⁰ et des incapacités spéciales, d'autre part. Un groupement dépourvu de la capacité juridique de recevoir des libéralités peut, en effet, *a priori* être désigné bénéficiaire²¹.
- **Deuxième série d'opérations : les apports aux associations**²². La jurisprudence comme la doctrine majoritaire refusent de voir dans les apports aux associations (mobiliers comme immobiliers) des donations. L'apport à une association, considéré comme un acte à titre onéreux, n'est pas soumis aux règles de la réduction. Le contournement des règles civiles est de nouveau double puisque l'apport permet de

¹⁸ I. VINCENTEAU-LOGEAS, « La réserve héréditaire au bon vouloir du *de cuius* », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond LE GUIDE*, LexisNexis, 2014, p. 509 et s., spéc. p. 520.

¹⁹ Sur lesquels, v. thèse, *op. cit.*, nos 120 et s.

²⁰ Comp. Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^e éd., LDJG, 2018, n° 716.

²¹ Thèse, *op. cit.*, n° 121, *in fine*.

²² Sur lesquels, v. *ibidem*, nos 122 et s., spé. n° 135.

contourner la réserve et de transférer un immeuble à une association normalement incapable de recevoir une libéralité²³.

- **Troisième série d'opérations : les libéralités modiques.** D'aucuns admettent que les libéralités modiques ne doivent pas être prises en compte au stade du règlement de la succession²⁴. Ce sera le cas par exemple du *microdon*²⁵. On est bien loin de la transmission de grandes fortunes. La modicité, vraie ou supposée, d'un grand nombre de libéralités à caractère collectif, comme les difficultés de preuve attachées aux dons manuels, expliquent sans doute le peu d'arrêts rendus dans ce domaine.

Le notaire liquidateur est confronté à une difficulté : déterminer s'il est en présence d'une libéralité modique. Sait-on d'ailleurs très bien ce qu'est une libéralité modique²⁶ ? À cet égard, la difficulté paraît atteindre son paroxysme en présence de versements consécutifs à un virement permanent. Pris individuellement, chaque virement peut être modique, mais *quid* de l'appréciation globale de l'opération ?

En pratique, il n'est pas certain que les notaires procèdent à de telles recherches. La tâche du notaire liquidateur est d'autant plus difficile que les règles classiques du Code civil sont peu adaptées en présence de libéralités à des personnes morales.

B. Deuxième précision : l'inadaptation des règles de la réserve

Chaque fois qu'une libéralité n'est pas modeste, il doit en être tenu compte dans les opérations de règlement de la succession de son auteur. C'est du côté des donations que les difficultés se concentrent. Toutefois, l'impossibilité pratique de rapporter la preuve de certaines de ces donations – les donations manuelles – conduit à ce qu'un grand nombre d'entre elles ne soient pas prises en compte.

En matière de legs, le groupement recevra simplement moins que prévu. Cela peut avoir des conséquences négatives réelles. Par exemple, pour créer une fondation reconnue

²³ Comp. J. AULAGNIER, « La réserve peut-elle survivre à l'assurance-vie ? », *Gaz. pal.* 29/01/2011, p. 23.

²⁴ M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, n° 1018, p. 31.

²⁵ Sur lesquelles, v. thèse, *op. cit.*, n°s 111 et 118.

²⁶ Adde J. CARBONNIER, « De peu, de tout et de rien », in *Études offertes à René RODIÈRE*, Paris, Dalloz, 1981, p. 47 et s., spéc. p. 52 et s.

d'utilité publique (RUP), il faut en principe un apport d'un million cinq cent mille euros²⁷. Si le legs universel est réduit en deçà de cette somme, la création de la fondation sera difficile, voire impossible. De même, si un bien est légué en vue d'une affectation particulière, la réduction pourrait empêcher l'exécution de la charge.

Il est possible de regretter que des legs adressés à certaines œuvres soient réduits. Cependant, en pratique, l'interprétation – même divinatoire – du testament permet de donner vie aux volontés du testateur²⁸ : par exemple, le legs adressé à une fondation RUP à créer pourra l'être en définitive à une fondation abritée.

En matière de donation, en revanche, les difficultés sont réelles et pour reprendre les propos de certains praticiens, l'action en réduction constitue une véritable « épée de Damoclès pour les bénéficiaires des donations »²⁹.

L'action en réduction constitue, en effet, un risque pour les groupements. De surcroît, certaines règles du Code civil constituent des facteurs de complication supplémentaires.

D'abord, **le risque** pour un groupement est évident³⁰ : ne pas pouvoir payer l'indemnité de réduction en valeur, ne pas pouvoir restituer le bien en nature.

Les solutions peuvent varier pour payer l'indemnité : la constitution de provisions pour risques, le recours à l'emprunt, voire pire, l'utilisation d'autres libéralités³¹. De surcroît, en cas d'insolvabilité du groupement, outre les risques de procédure collective ouverte à son encontre, ce sont les tiers acquéreurs du bien donné qui vont pouvoir être poursuivis par les héritiers réservataires, sauf renonciation de ces derniers³². La sécurité juridique est ici atteinte.

Or, à la différence du donataire personne physique, si le bien donné se retrouve dans le patrimoine du donataire personne morale au jour de l'ouverture de la succession du

²⁷Thèse, *op. cit.*, n° 244.

²⁸ *Ibidem*, n°s 406 et 407.

²⁹ I. COMBES, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : une avancée pour les organismes philanthropiques », *JCP N* 2006, HS, p. 22 et s. Dans le même sens, v. L. CHARBONNEAUX et L. MAZEYRIÉ, « Un outil de mécénat à ne pas négliger : les libéralités de l'article 788 III du Code Général des Impôts », *JCP N* 2007, HS, p. 17 et s.

³⁰ Sauf en présence d'une renonciation anticipée à l'action en réduction (C. civ., art. 929 et s.), encore que celle-ci peut être remise en cause à certaines conditions.

³¹ Ce qui revient à ne pas respecter leur affectation.

³² C. civ., art. 924-4.

donateur, ce sera souvent la preuve d'une inexécution de ses obligations. Le donataire personne physique doit faire en sorte que le bien donné, voire un autre bien qui s'y substitue, se retrouve dans son patrimoine au jour de l'ouverture de la succession du donateur. C'est le comportement attendu d'une personne raisonnable, informée par le notaire – lorsque la donation est authentique – des risques d'une action en réduction. Les inconvénients d'une action en réduction sont réels, mais ne sont pas insurmontables, sauf dilapidation du patrimoine, mais le donataire est alors fautif.

C'est tout l'inverse lorsqu'une donation bénéficie à un groupement. Les clauses d'inaliénabilité existent, mais elles sont rares. Dans la plupart des cas, pour respecter les volontés du disposant, le groupement doit affecter l'argent ou le produit de vente du bien pour mettre en œuvre ses causes : payer le médecin ou une équipe de chercheurs, acquérir un nouvel appareil médical, de nouvelles œuvres d'art, *etc*³³.

Faut-il figer les choses du vivant du donateur ? Imposer que le bien donné soit capitalisé comme c'est le cas pour les fonds de dotation ? C'est la voie parfois suivie en pratique par la Fondation de France en présence d'une donation avec charge de créer une fondation abritée. Cependant, la solution peut difficilement être généralisée d'autant que l'on cherche en permanence à renforcer la trésorerie de ces groupements.

Ensuite, certaines règles du Code civil constituent de **véritables facteurs de complication**.

Deux exemples l'illustrent : l'un concerne la détermination de la valeur du bien donné ; l'autre la date d'imputation de la donation.

Pour **déterminer la valeur de la donation** pour les opérations de règlement de la succession, le Code civil impose qu'il soit tenu compte du jeu de la **subrogation réelle**, laquelle, ce qui accentue les difficultés, peut n'être que partielle en cas de financements pluriels³⁴. La règle, souvent discutée en droit commun, apparaît plus inadaptée encore en matière de libéralités à caractère collectif. Par exemple, en présence d'une œuvre

³³ V. not. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Sirey, 1983, n° 449. *Adde* Thèse, *op. cit.*, n° 448.

³⁴ C. civ., art. 922.

d'art acquise par un musée grâce à une donation d'une somme d'argent, le jeu de la subrogation impose de tenir compte de la valeur de cette œuvre au jour du décès du donateur.

Quant à la date d'imputation³⁵, il est admis que les donations non notariées sont imputées sur la quotité disponible au jour du décès, avant les legs, sauf si elles acquièrent date certaine³⁶ à une date antérieure.

À une époque où de très nombreuses donations sont réalisées par don manuel – sans être nécessairement modiques – les risques de réduction de ces libéralités sont d'autant plus importants que ces donations seront réduites en premier.

Ces deux difficultés sont sans doute essentiellement théoriques. Il n'est pas certain qu'en pratique, le notaire liquidateur puisse faire jouer la subrogation notamment parce qu'il est difficile de savoir précisément comment sont employées les différentes libéralités reçues. Le notaire se heurte à des difficultés probatoires. Néanmoins, un héritier pourrait parfaitement réclamer qu'il soit procédé à une telle recherche. Un groupement doit pouvoir justifier de l'affectation des biens reçus³⁷. De surcroît, les dons manuels sont bien souvent exclus du règlement de la succession, soit qu'ils ne soient pas connus des héritiers qui ne peuvent donc en rapporter la preuve, soit qu'ils soient considérés comme modiques à des fins de simplification des opérations liquidatives. Lorsqu'il en est tenu compte, l'étude de décisions des juges du fond montre que ces donations sont souvent en pratique imputées à leur date, même si elle n'est pas certaine³⁸.

L'originalité des libéralités à caractère collectif par rapport aux libéralités de droit commun tient également à l'existence d'une autre réserve qui existe aux côtés de la réserve héréditaire : la réserve administrative.

³⁵ C. civ., art. 923.

³⁶ Au sens du nouvel art. 1377 C. civ.

³⁷ Pour des développements supplémentaires, v. thèse, *op. cit.*, nos 349 et 350.

³⁸ Pour des développements supplémentaires, v. thèse, *op. cit.*, nos 356 et s.

Avant de s'intéresser à l'opportunité de supprimer la réserve héréditaire en présence de libéralités philanthropiques, c'est surtout l'avenir de la réserve administrative sur laquelle il faut s'interroger.

La réserve administrative est une institution qui est un peu tombée en désuétude. Elle a connu son âge d'or lorsque l'autorité administrative devait intervenir pour autoriser l'acceptation des libéralités par des personnes morales. Pendant plus de deux siècles, l'article 910 du Code civil imposait une telle autorisation. Depuis 2005³⁹, cette procédure est devenue résiduelle⁴⁰. La majorité des groupements accepte désormais librement les libéralités qui leur sont adressées, ce qui n'est pas forcément une très bonne chose.

Lorsqu'elle intervient – par principe avant 2005 ; exceptionnellement aujourd'hui – l'autorité administrative doit contrôler que la libéralité est conforme à *l'intérêt des familles*. L'autorité de tutelle va alors s'intéresser à l'état de précarité des héritiers non réservataires qui se trouveraient déshérités par la libéralité⁴¹.

Face à des situations de précarité et pour éviter d'opposer un refus intégral, une pratique s'est développée : **l'autorisation partielle**. Le reliquat de la libéralité retombe dans la succession ; c'est ce qu'on a appelé la **réserve administrative**⁴². Une telle pratique manque partiellement son effet puisque certains des héritiers *ab intestat* peuvent ne pas se trouver dans une situation de précarité, mais vont profiter du cantonnement de la libéralité. Affinant sa technique, l'autorité administrative invite, en pratique, les groupements bénéficiaires à négocier avec les héritiers nécessiteux afin de cantonner leur libéralité à leur profit. Sous quelle menace ? Le refus de l'acceptation de la libéralité.

³⁹ Ord. n° 2005-856 du 28 juill. 2005 conforté par l'ord. n° 2015-904 du 23 juill. 2015.

⁴⁰ Établissements de santé, sociaux et médicaux-sociaux, groupements sectaires et dans certains cas pour les personnes publiques. V. Thèse, *op. cit.*, n°s 264 et s.

⁴¹ Thèse, *op. cit.*, n° 270.

⁴² *Adde ibid.*, n°s 271 et s.

L'avenir de ces différentes pratiques est incertain depuis une décision du Conseil d'État de 2006⁴³. Il était reproché à l'autorité administrative « de ne pas avoir refusé l'acceptation de la libéralité à hauteur du secours suffisant ». Le Conseil d'État considère que l'autorité administrative ne peut pas imposer au gratifié de verser une certaine somme aux héritiers, mais qu'elle peut tenir compte des engagements du groupement à leur égard. Les faits de l'espèce doivent retenir l'attention. L'autorité administrative avait refusé l'acceptation du legs en raison de la précarité économique des héritières de la testatrice. En l'espèce, il s'agissait de ses nièces.

Il est inutile de trop insister sur les critiques qui peuvent être adressées tant à la réserve administrative qu'au refus opposé par l'autorité de tutelle motivé par l'intérêt des familles. À tout le moins, on peut y voir une double atteinte :

- d'une part, à la *liberté de disposer* au profit d'héritiers non jugés dignes de protection par le législateur ;
- d'autre part, au *principe d'égalité devant la loi* entre les héritiers selon le bénéficiaire de la libéralité.

Ces pratiques n'en sont pas moins intéressantes dans la perspective d'une évolution des règles relatives à la réserve légale, ce qui amène naturellement à envisager quelles pourraient être ces évolutions.

II. Les évolutions envisageables

Avant toute chose, il convient de supprimer la pratique de la réserve administrative telle qu'on la connaît. En outre, l'autorité de tutelle ne devrait pas pouvoir, les rares fois où elle intervient, refuser l'acceptation d'une libéralité en raison de l'état de précarité économique d'héritiers éloignés du défunt.

S'agissant de la réserve légale, deux voies d'évolution pourraient être envisagées : aménager la réserve d'une part (A) ; supprimer la réserve d'autre part (B).

Plutôt que de supprimer la réserve en présence de libéralités à caractère collectif ou de certaines d'entre elles, une première voie pourrait consister à en aménager les règles afin de diminuer les risques attachés à l'action en réduction – risques qui se concentrent du côté des donations.

En matière de donations, il a été montré que l'action en réduction constituait un risque. Une des solutions pourrait être d'inciter les groupements à *assurer* ce risque si l'on veut bien voir l'existence d'un aléa⁴⁴. Une telle option aurait nécessairement un coût qui conduirait à une augmentation des frais dits de gestion, diminuant encore un peu plus le montant de la libéralité réellement affecté aux œuvres du groupement.

Au-delà, plusieurs aménagements peuvent être proposés : les deux premiers sont mineurs, le dernier est plus substantiel.

D'une part, **deux aménagements mineurs** découlent des précédentes critiques. Il conviendrait :

- d'exclure expressément le jeu de la subrogation réelle en matière de libéralité à caractère collectif⁴⁵ ;
- d'admettre qu'une donation non notariée s'impute à sa date si elle est sûre au sens du langage courant, quoique non certaine au sens du Code civil⁴⁶.

D'autre part, un **aménagement plus substantiel et plus original** peut être suggéré : la prise en compte de *l'avantage fiscal* obtenu en contrepartie de la donation pour déterminer sa valeur ⁴⁷. Cela irait totalement à contrecourant des solutions jurisprudentielles du droit commun et ne viserait que les donations auxquelles des

⁴⁴ Thèse, *op. cit.*, n° 366, *in fine*.

⁴⁵ *Ibid.*, n° 350. Comp. avec le système voisin belge dans lequel la subrogation n'est pas retenue, v. *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Belgique*, fasc. 3, n° 385.

⁴⁶ La preuve de la date pourrait être rapportée à l'aide de l'avis d'imposition établi sur la foi des reçus fiscaux délivrés et fixée ainsi au 31 décembre de l'année fiscale au cours de laquelle le don a été réalisé, v. *ibid.*, n° 458.

⁴⁷ *Ibid.*, nos 364 et 365.

réductions d'impôt (IR ou IFI) sont attachées. En schématisant⁴⁸, lorsqu'un contribuable donne à une œuvre d'intérêt général cent, il bénéficie d'une réduction de l'impôt sur le revenu de soixante-six de sorte qu'il ne s'est vraiment appauvri que de trente-quatre. Il est vrai que rien n'indique que, si le contribuable n'avait pas réalisé ce don, il n'aurait pas cherché à diminuer différemment son IR grâce à une autre niche fiscale. Pour autant, la prise en compte de l'avantage fiscal constitue un moyen efficace pour diminuer considérablement les risques de réduction. De surcroît, les règles de calcul de la réserve héréditaire visent à reconstituer ce qu'aurait été le patrimoine du défunt s'il n'avait pas procédé à des actes à titre gratuit. C'est donc que seul son appauvrissement réel devrait être pris en compte et non l'enrichissement corrélatif du groupement. N'y a-t-il pas une certaine injustice à procéder autrement, car les héritiers vont alors indirectement tirer profit de la donation ? La même logique commande d'ailleurs les règles relatives à l'enrichissement injustifié⁴⁹ ou, en principe, le régime des récompenses⁵⁰.

Une telle proposition ne serait pas simple à mettre en place en pratique pour au moins trois raisons :

- premièrement, la détermination du montant de l'avantage fiscal peut poser des difficultés probatoires ;
- deuxièmement, l'avantage fiscal est calculé selon la valeur du bien au jour de la donation tandis que la donation est prise en compte dans le règlement successoral selon sa valeur au jour du décès ;
- troisièmement, la valeur de la donation est déjà diminuée des charges et dettes qui y sont attachées. L'ensemble de ces sommes ne saurait être retranché. Le choix pourrait aller vers un double maximum, c'est-à-dire retenir la plus forte des deux sommes.

⁴⁸ Les réductions d'impôt sont plafonnées et peuvent varier selon le groupement bénéficiaire. V. *ibid*, n° 181 et s.

⁴⁹ C. civ. art. 1303 : « une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ».

⁵⁰ C. civ., art. 1469, al. 1^{er} : « La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant ».

Pour terminer sur ce point, à faire le choix de la réserve héréditaire, il convient d'y réintégrer les actes qui ont pour objet ou pour effet de la contourner : les assurances-vie et les apports aux associations⁵¹.

Plus radicale, une autre évolution possible serait tout simplement la suppression de la réserve héréditaire en présence de libéralités à caractère collectif.

B. Seconde voie : la suppression de la réserve

Une suppression totale de la réserve en présence de toutes les libéralités à caractère collectif ne semble pas être à l'ordre du jour, sauf à supprimer purement et simplement la réserve en toute hypothèse⁵².

À l'admettre, la suppression, même partielle de la réserve, doit être entourée de garde-fous. Quelle suppression ? Pour quels garde-fous ?

En premier lieu, **la suppression de la réserve** pourrait s'articuler autour de deux idées selon que l'on se place du côté du bénéficiaire de la libéralité ou du bienfaiteur. Il est d'ailleurs possible de les combiner.

D'une part, si l'on se place **du côté du bénéficiaire de la libéralité**, la réserve pourrait être supprimée pour certaines libéralités seulement.

Il faut d'emblée écarter les *libéralités philanthropiques*. Le gouvernement paraît s'y intéresser, mais il est difficile de déterminer ce qu'elles sont vraiment.

Cette catégorie n'est pas, pour autant, inconnue de notre droit. Pendant longtemps, la loi de 1901 visait les associations ayant un but exclusif d'assistance ou de bienfaisance⁵³. Ce n'est plus le cas.

⁵¹ V. *supra*.

⁵² En ce sens, v. B. MOREL et M. SBAIHI, *rapp. préc.*.

⁵³ L. 1^{er} juill. 1901, art. 6, anc. : « Les associations déclarées qui ont pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale peuvent accepter les libéralités entre vifs ou testamentaires dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

De même, une proposition de loi déposée par Madame la sénatrice Marie-Hélène DES ESGAULX en 2011 envisageait déjà de supprimer la réserve héréditaire pour les libéralités adressées à certaines « institutions philanthropiques »⁵⁴. Faute d'avoir été adoptée, cette catégorie de groupement n'est pas reconnue juridiquement.

Les libéralités adressées à des œuvres philanthropiques ou de bienfaisance n'épuisent pas la catégorie des libéralités à caractère collectif ni même de celles affectées à l'intérêt général.

Pour le Code général des impôts, l'activité philanthropique peut être une activité d'intérêt général⁵⁵. Pour autant, les activités susceptibles d'être reconnues comme telles dépassent très largement les activités philanthropiques. On y trouve d'autres activités comme celles ayant « un caractère éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, (...) à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises ». De surcroît, le groupement mettant en œuvre une activité philanthropique ne pourra bénéficier des lettres de noblesse de l'intérêt général que s'il répond à trois conditions cumulatives : l'activité bénéficie à un cercle non restreint de bénéficiaires, la gestion du groupement est désintéressée et son activité est non lucrative⁵⁶.

La libéralité philanthropique est donc tout à la fois plus restreinte et plus large que celle d'intérêt général :

- *Plus restreinte* : l'intérêt général ne se limite pas à cette activité, mais englobe d'autres activités ;
- *Plus large* : cette libéralité peut être adressée à un groupement qui ne répond pas aux trois conditions pour être qualifié d'intérêt général, à l'exemple d'un don manuel à une association de bienfaisance de quartier.

La catégorie fait, de plus, abstraction d'une autre catégorie de libéralités, pourtant digne d'intérêt : les libéralités culturelles.

⁵⁴ Proposition de loi n° 748 visant à concilier la philanthropie et le droit des successions.

⁵⁵ CGI, art. 200.

⁵⁶ *Bofip* : BOI-IR-RICI-250-10-20-10-20121001.

Une fois les libéralités philanthropiques écartées, il est possible de faire trois propositions.

- Première proposition : supprimer la réserve héréditaire pour l'ensemble des libéralités d'intérêt général ou culturelles. Cela reviendrait, peu ou prou, à supprimer la réserve chaque fois que la libéralité est adressée à un groupement, de droit privé comme de droit public, qui jouit de la grande capacité juridique⁵⁷ ou encore chaque fois que la donation ouvre droit à une réduction d'impôt sur le revenu⁵⁸. Seuls seraient soumis à réduction les dons manuels adressés aux groupements jouissant de la petite capacité juridique, c'est-à-dire ceux qui peuvent recevoir exclusivement ce type de donation⁵⁹. Une telle voie aurait l'avantage de poursuivre l'alignement des règles civiles sur les règles fiscales⁶⁰ mis en œuvre par la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. Une pareille solution ne saurait être envisagée au profit des fondations d'entreprise comme des fonds de dotation en l'état du droit positif. Le législateur n'a jamais imposé, en effet, un contrôle de leur objet social comme étant effectivement d'intérêt général, pourtant au cœur de la définition de ces groupements⁶¹.

- Deuxième proposition : supprimer la réserve héréditaire pour les seules libéralités adressées à des groupements reconnus d'utilité publique, voire à certains d'entre eux seulement. C'était le sens des deux propositions de loi précitées déposées en 2011 et en 2015⁶². Les groupements devaient être désignés par décret du garde des sceaux. Cela ne va pas sans difficultés en présence de donations, notamment au regard de la date à laquelle il faut se placer pour apprécier l'exemption (date de la donation ou du décès) ? Il serait encore possible de s'aligner sur le droit fiscal et de limiter l'exemption aux libéralités ouvrant droit à une réduction d'impôt sur la fortune⁶³ ou à celles exonérées

⁵⁷ Sur la capacité de jouissance des groupements, v. *ibidem*, nos 231 et s., spéc. n° 237 (fonds de dotation) et nos 238 et s. (groupements jouissant de la « grande capacité juridique »). Il faut y ajouter les fondations d'entreprise qui peuvent recevoir des libéralités à certaines conditions (v. *ibid*, n° 235).

⁵⁸ Sur ces réductions, v. *ibid*, n° 181.

⁵⁹ Sur la « petite capacité juridique », v. *ibid*, spéc. nos 232 et s.

⁶⁰ Sous réserve d'une appréciation concordante par les différentes administrations des conditions d'octroi de la grande capacité juridique et du bénéfice des avantages fiscaux.

⁶¹ V. Thèse, *op. cit.*, n° 298.

⁶² Plus largement sur ces deux propositions., v. *ibid*, n° 342 et s.

⁶³ Sur ces réductions, v. *ibid*, n° 182.

de droits de mutation⁶⁴. À tout le moins, il conviendrait d'inclure les groupements de droit public.

- Troisième proposition : supprimer la réserve pour les actes de fondation. Il est aussi possible de défendre que lorsque le bienfaiteur crée une fondation ou un fonds de dotation⁶⁵, les limitations à sa liberté de disposer (et donc de fonder⁶⁶) se justifient moins que lorsque le bienfaiteur soutient une œuvre qui existe déjà. Deux catégories de libéralités à caractère collectif peuvent, en effet, être distinguées selon le rôle joué par le bienfaiteur. Parfois, le bienfaiteur – qu'on l'appelle philanthrope ou mécène – est à l'origine de l'œuvre. D'autres fois, il finance et soutient une œuvre qui existe déjà. Dans le premier cas, le bienfaiteur est un fondateur, il crée une fondation (il en existe plusieurs sortes). Dans le second cas, le bienfaiteur va chercher à gratifier un groupement qui existe déjà ; il peut s'agir, d'ailleurs, d'une fondation déjà créée⁶⁷. En présence d'actes de fondation (à ne pas confondre avec une libéralité adressée à une fondation préexistante), les limitations à la liberté de disposer paraissent moins justifiées, ne serait-ce parce qu'en pratique la fondation prend très souvent le nom de son fondateur et témoigne d'une certaine philanthropie familiale⁶⁸. De plus, si la fondation est réalisée du vivant du bienfaiteur, ce dernier en assure généralement la présidence et l'œuvre participe au développement de sa renommée (ce qui peut d'ailleurs contribuer au développement de l'image de marque des sociétés qu'il détient)⁶⁹.

D'autre part, si l'on se place **du côté du bienfaiteur**, deux options pourraient être retenues.

⁶⁴ Sur ces exonérations, v. *ibid*, n° 189.

⁶⁵ Une telle proposition ne saurait prospérer, là encore, sans un contrôle minimum de la constitution des fonds de dotation, ne serait-ce que de leur objet qui doit être d'intérêt général (v. *ibid*, n° 298).

⁶⁶ Laquelle n'a jamais été consacrée pour l'instant.

⁶⁷ Thèse, *op. cit.*, n°s 68 et s.

⁶⁸ Adde A. GAUTIER et A.-C. PACHE, « La philanthropie familiale en France », *Revue des deux mondes*, déc. 2012, p. 126.

⁶⁹ À cela, il faut ajouter la question des fondations dites actionnaires qui peuvent contrôler une entreprise familiale et éviter les difficultés attachées à sa transmission (V. not. R. MORTIER, « Vive la fondation actionnaire », *Dr. des sociétés* juil. 2018, repère n° 7 ; F. PERROTIN, « Quel avenir pour les fondations actionnaires ? », *LPA* 09/11/2017, n° 224, p. 5.

- Première proposition : distinguer selon l'origine des biens comme le faisaient les deux propositions précédemment évoquées⁷⁰. Ces dernières distinguaient :
 - *les biens de famille* d'abord : ils sont dits *réservés* et seraient soumis aux règles sur la réserve si ce n'est qu'ils ne pourraient être transmis qu'à un descendant⁷¹, sans que les contours de la limitation soient clairement précisés⁷² ;
 - *les biens acquis par le travail* – les *acquêts* – dont le défunt pourrait librement disposer au profit de certains organismes seulement.

Il s'agirait d'une nouvelle limite au principe de l'unité de la succession. Une telle proposition ne va pas sans difficultés. Les opérations de liquidation seraient nécessairement plus complexes alors même que l'un des arguments en faveur de la suppression de la réserve héréditaire est justement de les simplifier. Par ailleurs, il est possible de combiner cette proposition avec l'une des précédentes comme le faisaient les deux propositions de loi⁷³.

- Seconde proposition : supprimer la réserve pour les plus fortunés. Le but poursuivi par le gouvernement n'est-il pas de permettre aux grandes fortunes de transmettre leur patrimoine à une œuvre⁷⁴ ? Il resterait à déterminer si la réserve serait entièrement supprimée ou en partie seulement, au-delà d'un certain seuil à fixer. Cette seconde solution est celle adoptée par la Norvège ou le Danemark⁷⁵. Une telle piste, déjà à l'étude au moment de la rédaction du Code civil⁷⁶, a récemment été envisagée par un rapport de

⁷⁰ Comp. avec le droit québécois qui consacre un « patrimoine familial » appartenant aux époux et dont la dévolution obéit à un régime particulier (C. civ. québécois, art. 414 et s). V. *J.-Cl. notarial répertoire*, v^o *Législation comparée : Canada*, fasc. 2, n^{os} 69 et s. ; *J.-Cl. notarial répertoire*, v^o *Législation comparée : Canada*, fasc. 23, n^{os} 4 et 113.

⁷¹ Comp. avec le droit espagnol (C. civ. esp., art. 808) qui permet qu'une part de la réserve héréditaire (*legítima*) – la *mejora* – soit dévolue volontairement aux seuls héritiers réservataires, v. *J.-Cl. notarial répertoire*, v^o *Législation comparée : Espagne*, fasc. 2, n^o 83. Comp. avec le droit écossais qui reconnaît une liberté de disposer des biens immobiliers, mais consacre des *legal rights* sur la succession mobilière au profit des descendants et du conjoint. V. *J.-Cl. notarial répertoire*, v^o *Législation comparée : Grande-Bretagne*, fasc. 4, n^{os} 13 et 34.

⁷² La limitation prévue l'est-elle en toute hypothèse (ce qui serait plus sévère que le droit actuel), ou seulement s'il a été disposé des acquêts au profit des groupements visés (ce qui pourrait porter atteinte à l'irrévocabilité des donations) ?

⁷³ Combinaison avec la suppression de la réserve héréditaire au profit de certains groupements d'utilité publique déterminés par décret.

⁷⁴ « Gabriel Attal : "Il faut que les grandes fortunes françaises puissent léguer leur argent à des œuvres" », *Le Monde*, 29/11/2018 ; « Le gouvernement veut favoriser les dons des grandes fortunes », *Le Figaro*, 27/12/2018.

⁷⁵ C. PÉRÈS et Ch. VERNIÈRES, *Droit des successions*, PUF, 2018, n^o 458, spé. p. 387 et 388. *Adde J.-Cl. notarial répertoire*, v^o *Législation comparée : Norvège*, fasc. unique, n^o 357.

⁷⁶ C. PÉRÈS et Ch. VERNIÈRES, *op. cit.*, n^o 458, spé. p. 388.

l'IGF en avril 2017, qui l'a repoussée⁷⁷. Elle n'est pas nouvelle pour autant. C'est la solution retenue par l'amendement adopté par le Sénat lors des discussions sur la loi de 1990, mais supprimée ensuite par l'Assemblée nationale⁷⁸. Le texte prévoyait de permettre aux legs adressés aux fondations d'utilité publique d'excéder la quotité disponible sans que la réserve héréditaire ne puisse être inférieure à un certain montant⁷⁹. Le Sénat visait alors uniquement « les successions supérieures à 10 millions de francs » de sorte que le texte n'avait « qu'un champ d'application très limité »⁸⁰.

La question de la constitutionnalité et de la conventionalité de telles solutions au regard du principe d'égalité devant la loi et de l'interdiction des discriminations mériterait d'être posée, notamment par rapport à l'existence d'une différence de situation autorisant un traitement différent ou d'un motif d'intérêt général pouvant justifier une discrimination.

En second lieu, en cas de suppression, même partielle, de la réserve, des **garde-fous** devraient être consacrés. Deux peuvent en particulier être retenus. Ce sont ceux envisagés par les deux propositions de loi : l'état de précarité des descendants et l'existence d'un conjoint survivant.

Premier garde-fou : la prise en compte de l'état de précarité des descendants. Selon les deux propositions évoquées, les descendants qui se trouveraient, à leur « corps défendant (...) dans l'incapacité de mener une vie décente » pourraient solliciter une rente auprès d'un juge à payer par les bénéficiaires des libéralités. Cela reviendrait à consacrer une créance alimentaire. Une telle possibilité emprunte assez largement à

⁷⁷ Rapport de l'Inspection générale des finances, « Le rôle économique des fondations », par A. JEVAKHOFF et D. CAVAILLOLÈS, avr. 2017, n° 4.5.3.

⁷⁸ V. *supra*.

⁷⁹ Il était proposé d'insérer dans le Code civil, un article ainsi rédigé :

« Art. 915-3. - Le legs fait à une fondation reconnue d'utilité publique peut excéder la quotité disponible, à condition toutefois que la réserve héréditaire ne soit pas réduite de ce fait à un montant inférieur à :

« 7 500 000 F lorsque la réserve aurait dû être égale aux trois quarts des biens du testateur ;

« 6 666 000 F lorsque la réserve aurait dû être égale aux deux tiers des biens du testateur ;

« 5 000 000 F lorsque la réserve aurait dû être égale à la moitié des biens du testateur. »

⁸⁰ Selon le rapporteur du texte, auteur de l'amendement au nom de la commission des affaires culturelles du Sénat. V. JO CR Sénat 1990, n° 15, p. 593.

l'institution de *Common law* de la *family provisions*⁸¹ ou au droit québécois qui prévoit la survie au décès de l'obligation alimentaire⁸².

La prise en compte de l'état de besoin de l'héritier pour compenser l'absence de réserve n'est pas étrangère à notre droit. Dans le domaine des libéralités à caractère collectif, la réserve administrative a toujours été motivée par cette situation⁸³. Depuis 2001, la suppression de la réserve des ascendants s'est accompagnée de la reconnaissance à leur profit (en dehors des père et mère) d'une créance alimentaire contre la succession⁸⁴. Depuis 2006, « l'état de besoin » permet déjà d'obtenir la révocation d'une renonciation anticipée à l'action en réduction⁸⁵. Enfin, depuis 2017, « la situation de précarité économique ou de besoin » permet selon la Cour de cassation d'écarter la loi étrangère applicable à la succession comme contraire à l'ordre public international français⁸⁶.

Il reste que les contours de ces différentes notions ne sont pas simples à déterminer. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux différents commentaires doctrinaux sur les arrêts de 2017. En outre, cette notion éminemment subjective se trouverait entre les mains du juge, ce qui peut être source d'insécurité juridique⁸⁷.

- Deuxième garde-fou : la prise en compte du conjoint survivant. Dans les deux propositions précitées, le conjoint survivant séparé de biens se voit conférer un droit d'usufruit d'un quart. Cela fait de lui un héritier réservataire en toute hypothèse alors qu'il ne l'est en droit commun qu'en l'absence de descendants. Comment ne pas y voir une différence de traitement entre les conjoints survivants qui peine à se justifier ? Seul le conjoint séparé de biens est protégé alors même qu'il n'est pas nécessairement dans

⁸¹ Sur lesquels, v. C. PÉRÈS et Ch. VERNIÈRES, *op. cit.*, nos 457 et 459. Adde J.-P. DECORPS, « La réserve héréditaire en droit comparé », *Dr. famille* 2019, dossier 21, nos 27 et s..

⁸² C. civ. québécois, art. 684. V. *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Canada*, fasc. 2, n° 312 ; *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Canada*, fasc. 23, nos 4 et 113. Comp. avec le système lituanien qui impose une réserve de la moitié de la part héréditaire seulement lorsque l'héritier réservataire est « dans le besoin ». V. *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Lituanie*, fasc. unique, n° 122. Comp. avec le système russe dans lequel sont réservataires (pour la moitié de leur part) certains héritiers inaptes au travail. V. *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Russie*, fasc. 25, n° 33 ; S. REVINEALA, *Le droit des successions dans la Fédération de Russie : droit interne et droit international privé*, thèse Panthéon-Assas, 2013, nos 775 et s.

⁸³ V. *supra*

⁸⁴ C. civ., art. 758. Comp. avec le nouveau §2 de l'article 205 *bis* du Code civil belge, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2018, qui remplace la réserve des ascendants par une créance alimentaire au profit de tout ascendant qui est dans le besoin au moment du décès.

⁸⁵ C. civ., art. 930-3.

⁸⁶ Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017 (2 arrêts), nos 16-17.198 et 16-13.151.

⁸⁷ Adde C. PÉRÈS et Ch. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 459. Comp. M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 303, pour lequel la réserve héréditaire est liée à la culture juridique continentale dont la tradition n'est pas que « les règlements successoraux soient ainsi abandonnés à l'appréciation du juge et que l'issue en soit ainsi rendue largement imprévisible ».

une situation plus inconfortable qu'un conjoint dans un régime de communauté et il est difficile de défendre qu'il participe – ne serait-ce qu'en vertu d'un droit d'usufruit – aux acquêts réalisés par le *de cuius*, ce qui va à l'encontre de l'économie du régime matrimonial choisi. Même à admettre d'étendre la solution à tous les conjoints en présence de libéralités dites philanthropiques, quel que soit le régime matrimonial, le conjoint deviendrait réservataire en toute hypothèse alors qu'il ne l'est pas en présence de libéralités ordinaires. Il n'y a pas lieu de protéger davantage le conjoint survivant en présence de cette première catégorie de libéralités qu'en présence de la seconde. À cela, il convient d'ajouter, entre autres critiques, les difficultés de mise en œuvre d'un usufruit sur le quart des acquêts si ce dernier ne peut être exercé sur des biens existants au jour du décès compte tenu des donations réalisées du vivant du *de cuius*. Que dire encore des inconvénients économiques attachés à un tel démembrement de propriété ?

En d'autres termes, en cas de suppression partielle de la réserve héréditaire, le sort du conjoint survivant devrait être aligné sur celui des descendants. Sa situation de précarité devrait être prise en compte afin de lui octroyer une pension alimentaire, ce que permet déjà d'ailleurs le Code civil lorsque le conjoint se trouve « dans le besoin »⁸⁸. Ce texte aurait vocation à s'appliquer en toute hypothèse, que le conjoint survivant soit, en vertu du droit commun, réservataire ou non.

Il n'a pas été envisagé ici la réduction du taux de la réserve, proposée récemment par l'Inspection générale des finances (un taux unique à 30 % des biens)⁸⁹ et défendu en doctrine⁹⁰. Cette hypothèse relève d'un choix éminemment politique et n'appelle pas de commentaire particulier au regard des libéralités à caractère collectif. C'est la voie empruntée par la Belgique lors de la récente réforme des successions entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2018. Avant cette date, la réserve des descendants était la même que celle française. Depuis, la réserve est limitée à la moitié des biens quel que soit le nombre de descendants⁹¹. L'exposé des motifs comme les travaux parlementaires

⁸⁸ C. civ., art. 767.

⁸⁹ IGF, *rapp. préc.*, n° 4.5.3. Comp. avec la *legítima corta* du droit catalan limitée à un quart des biens, v. *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Espagne*, fasc. 2, n° 94.

⁹⁰ En faveur d'une diminution de la réserve des descendants à la moitié de la succession, v. B. BEIGNIER, art. précité.

⁹¹ C. civ. belge, art. 913. Comp. avec les systèmes allemand, aragonais, brésilien, finlandais, grec, japonais, libanais (pour les non-musulmans), dans lesquels la réserve s'élève, selon les pays, à la moitié de la part héréditaire ou à la moitié de la succession, v. *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Allemagne*, fasc. 3, n° 96 ; *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Espagne*, fasc. 2, n° 90 ; *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Brésil*, fasc. 2, n° 80 ; *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée :*

montrent que cette réforme souhaitée par une partie de la population belge a été motivée par la volonté d'augmenter la liberté de disposer du testateur pour tenir compte notamment de la spécificité de sa situation familiale⁹². La question de la réserve héréditaire en lien avec les libéralités philanthropiques semble avoir été la grande absente des débats.

*

* *

De façon contemporaine, la réserve est parfois justifiée comme permettant de protéger la famille contre les tiers⁹³. La réserve peut effectivement jouer ce rôle en présence de libéralités d'intérêt général, notamment face à des appels à la générosité du public toujours plus incisifs et au développement d'une sorte de « marché » de la générosité. Tout risque de captation d'héritage ne saurait être totalement exclu, ce qui explique d'ailleurs le maintien de certaines règles spéciales de capacité⁹⁴.

Paradoxalement, faute de moyens, les contrôles opérés par les pouvoirs publics sur les groupements ne cessent d'être réduits⁹⁵, alors même qu'il leur appartient de reconnaître certains d'entre eux comme d'utilité publique, d'intérêt général ou culturel. Ces labels sont pourtant attractifs de libéralités, mais nul ne vérifie vraiment ce qu'il advient des biens reçus, ni ne veille à la bonne exécution des charges qui les grèvent. À cet égard, la Cour des comptes n'a qu'une compétence résiduelle de contrôle en matière d'appel à la générosité du public et plusieurs de ses rapports dénoncent le mauvais emploi des fonds reçus et le caractère parfois excessif des frais de gestion et de collecte.

Finlande, fasc. unique, n° 89 ; *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Grèce*, fasc. 2, n° 43 ; *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Japon*, fasc. unique, n° 180 ; *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Liban*, fasc. 4, n° 43.

⁹² Exposé des motifs, *Doc parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54 2282/001 ; Rapp., *Doc. parl.*, 2016-2017, n° 54 2282/006 ;

⁹³ Sur cette justification, v. not. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2013, n° 705 ; R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », *RTD civ.* 2016, p. 729, n° 8. Comp. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Successions – libéralités*, 5^e éd., par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Monchrestien, 1999, n° 874, qui voient dans la réserve un mécanisme « nécessaire pour défendre les familles contre les faiblesses du *de cuius* et la cupidité d'étrangers sans scrupule ».

⁹⁴ Thèse, *op. cit.*, nos 234 et 287.

⁹⁵ Un pas a été franchi en ce sens par l'ordonnance n° 2015-904 du 23 juill. 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations.

Pour conclure, une libéralisation des règles relatives à la réserve héréditaire en présence de libéralités à caractère collectif ne saurait être défendue sans un renforcement corrélatif des contrôles de l'activité libérale au profit des groupements, ce qui, il est vrai, s'inscrit à contre-courant des réformes récentes⁹⁶.

⁹⁶ Thèse, *op. cit.*, nos 291 et s.

Contribution de Daniel Borillo

Maître de conférences en droit privé,
Chercheur associé au CNRS

Réserve héréditaire : une entrave à la liberté, à l'égalité, à la solidarité et à l'esprit entrepreneurial

Audition de Daniel Borrillo devant le groupe de travail portant sur la réserve héréditaire dirigé par Ph. Potentier et C. Pérès, direction des affaires civiles du ministère de la justice.

Introduction

Nous pouvons affirmer que les règles de partage successoral entre héritiers en présence de parents proches ont très peu changé depuis le Code Napoléon de 1804. Celui-ci, dans cette matière, apparaît comme le fruit de la conciliation d'une double tradition, celle des pays de droit écrit et des pays de coutume de l'Ancien Régime qui pourrait être résumé comme suit : Le devoir social de transmettre ses biens l'emporte sur la liberté d'en disposer.

Afin de protéger certains héritiers d'une exhérédation totale ou partielle, la loi définit la fraction de la succession que le défunt peut transmettre aux personnes de son choix. La réserve héréditaire correspond à la part minimale de la succession à laquelle les héritiers réservataires peuvent prétendre (C. civ., art. 912, al. 1er). Seule la quotité disponible peut être allouée librement par le défunt aux héritiers de son choix. Les montants de la réserve et de la quotité disponible dépendent de la situation familiale du défunt. La réserve et le disponible constitue les deux masses de la succession.

En l'état actuel du droit positif français, la réserve héréditaire constitue, de mon point de vue, une entrave à la liberté testamentaire, à l'égalité des chances et à la solidarité sociale tout comme une forme de barrière à l'esprit d'émancipation individuelle.

I. L'entrave à la liberté

La réserve héréditaire entrave la libre disposition par le *de cuius* de ses biens et en contrepartie la fonction économique traditionnelle qui devrait la justifier (à savoir permettre l'émancipation économique des enfants) demeure extrêmement limitée. En effet, au XVIIIème siècle on héritait en moyenne à 14 ans alors qu'aujourd'hui on le fait à 55 ans, un âge où théoriquement on est déjà installé dans la vie. De même, sa fonction familiale ne me semble pas non plus justifiée : Contrairement à l'obligation alimentaire, la réserve n'est en rien subordonnée au besoin du réservataire. Les pays du Common Law qui ne connaissent pas cette institution, ont toutefois instauré une sorte de créance alimentaire pour certains cas précis en fonction de la situation financière de l'héritier et de l'importance de la succession, ce qui me semble bien plus juste.

Bien que la réforme de 2006 ait atténué ses effets en supprimant de la réserve les ascendants et en créant certains mécanismes permettant notamment la transmission du défunt par anticipation, la donation-par-

tage transgénérationnelle, la renonciation anticipée à l'action en réduction, le mandat à effet posthume... il n'en demeure pas moins qu'elle constitue une limitation au droit de propriété. Bien qu'il existe des moyens de détourner la réserve héréditaire (assurance vie, rente viagère, tontine, donations...) il faut avoir encore les moyens professionnels pour organiser cette « évasion civile ».

Après l'adoption du Règlement européen « Successions » de 2012, on peut se poser la question de savoir si la réserve peut être toujours considérée d'ordre public international. En tout cas, elle me semble une institution anachronique, en ce sens qu'elle fait de la famille et non pas de l'individu le titulaire du droit. Idéologie familialiste selon laquelle l'on doit se méfier de la volonté individuelle, seule la famille est permanente.

Historiquement on peut dire que la Révolution consacre la réserve pour de bonnes raisons : rompre les inégalités avec les filles et les puînés ainsi que la dispersion des biens afin d'éviter la concentration des grandes propriétés rurales, le latifundium. La situation a substantiellement changé depuis et sa justification s'est complètement affaiblie.

La réserve est une entrave à la liberté du propriétaire qu'il serait temps d'abolir. En l'état actuel du droit, si un homme veuf avec deux fils adultes auxquels il a assuré un futur économique en leur donnant une éducation universitaire de qualité, décide de faire un testament pour laisser tous ses biens à une fondation caritative, par exemple, cet acte sera nul en vertu du principe d'ordre public d'indisponibilité de la réserve héréditaire. Les fils s'enrichiront ainsi, sans aucun effort, et la société se trouvera privée d'un don particulièrement nécessaire. Nous pouvons dire que la réserve remplit une fonction sociale de reproduction des classes dominantes. La célèbre campagne lancée par Warren Buffett et Bill Gates, The Giving Pledge (promesse de don) afin d'encourager les personnes les plus fortunées des États-Unis à s'engager en donnant la majeure partie de leur argent à des fins philanthropiques ne peut pas se faire en France à cause de la réserve héréditaire.

II. L'entrave à l'égalité

La réserve héréditaire porte atteinte non seulement à la liberté de tester mais aussi à l'égalité des chances. En rendant indisponible une partie de la dévolution successorale -par exemple si le défunt veuf a trois enfants, il ne pourra disposer que d'un quart de ses biens- la réserve constitue une limitation à la libre organisation des biens propres. Cette situation, étant d'ordre public interne, lorsque les libéralités consenties par le défunt dépassent la quotité disponible, les héritiers peuvent demander au juge de réduire celles-ci jusqu'à concurrence de la réserve. Tout se passe comme si le patrimoine n'appartient plus au défunt mais aux héritiers. La succession constitue une forme automatique d'acquisition de la propriété, à la fois économique et symbolique, car il s'agit non seulement de la transmission des biens mais du pouvoir économique (direction d'une entreprise, p.e.) du pouvoir culturel (dynastie d'acteurs ou d'éditeur...) du pouvoir politique (familles d'hommes publiques...). L'héritage apparaît ainsi comme la principale source de l'endogamie sociale. Pierre Tourev a raison d'affirmer qu'une « approche morale conduit à considérer comme tout à fait injuste de profiter d'une richesse sans avoir travaillé pour cela, sans l'avoir méritée. Quel mérite effectivement y a-t-il de naître dans la grande bourgeoisie, d'avoir été dispensé de toutes les contraintes matérielles, d'avoir pu fréquenter les meilleures écoles (sans avoir été obligé de travailler pour payer son loyer d'étudiant), d'avoir baigné depuis son enfance dans le monde des affaires, d'avoir un réseau de relations qui facilite l'ouverture de toutes les portes, de disposer de toutes les cautions bancaires nécessaires... ? Pour une course à pied de 100 mètres, c'est comme si certains concurrents pouvaient partir à 10 mètres seulement de la ligne d'arrivée. Où est l'équité ? ».

Ce pourquoi, la réserve héréditaire constitue également une atteinte à la juste égalité des chances de la société dans son ensemble. Issue d'une idéologie familialiste, la réserve se fonde sur l'idée selon laquelle la propriété n'est pas bâtie sur l'individu mais sur la famille. Contrairement au droit romain (jusqu'à la période justinienne) où le testament permettait de disposer de la totalité des biens (Plena in re potestas), l'ancien droit coutumier d'inspiration germanique fait de l'héritage un bien familial. C'est

cette idéologie collectiviste qui est à l'origine de la réserve laquelle sera maintenue par le droit révolutionnaire et consolidée par le Code Napoléon. Si pour les philosophes des Lumières, la propriété individuelle est d'ordre naturel, le droit de succession est une création de la loi civile susceptible donc d'être supprimé .

La réserve lèse le principe d'égalité car elle circonscrit la circulation du patrimoine à l'intérieure de la famille, comme l'a démontré Piketty . De même, cette vision familialiste s'accommode parfaitement d'un certain déterminisme social et politique. Rawls a raison d'affirmer que le principe d'égalité de chances ne peut se réaliser que partiellement et d'une manière imparfaite tant qu'il existe la famille . Et ceci est d'autant plus pertinent dans les pays de droit continental où le système successoral non seulement porte atteinte à la liberté patrimoniale mais participe aussi à la diminution de l'égalité globale de la société.

La justification avancée est celle de considérer que la réserve constitue un devoir familial : l'obligation d'assurer l'avenir de ses enfants et, en contrepartie, ces derniers assurent la vieillesse des parents.

III. L'entrave à la solidarité

Ce récit solidariste, plus proche des sociétés traditionnelles que des sociétés modernes, cesse de fonctionner dès lors que l'éducation, la santé, le chômage, la dépendance, le handicap et autres avatars de la vie ne sont plus assurés par la famille mais par l'Etat (c'est-à-dire collectivement par l'impôt).

Si la Révolution a mis fin à tous les privilèges dus à la naissance, le seul qui n'a pas disparu est l'héritage. Il a fallu attendre les saint-simoniens pour que l'héritage soit dénoncé comme une cause arbitraire d'inégalité. Le familialisme socialiste du XIX^e siècle donnera les arguments moraux en faveur des successions. De Fourier à Victor Considérant en passant par Pierre-Joseph Proudhon, l'héritage est célébré comme une institution vertueuse : « L'hérédité est l'espoir du ménage (...) Le contrefort de la famille (...). Sans l'hérédité, non seulement il n'y a plus d'époux ni d'épouses, il n'y plus d'ancêtres ni de descendants. Que dis-je ? Il n'y a même pas de collatéraux puisque, malgré la subtile métaphore de la fraternité citoyenne, il est très clair que si tout le monde est mon frère, je n'ai plus de frère ». La doctrine sociale de l'Eglise catholique fera définitivement de l'héritage une question disjointe de la propriété individuelle et il sera irrémédiablement rattaché à la communauté familiale . Ainsi, pour Pie XI, le droit d'hérédité est un droit naturel qu'aucune autorité ne peut abolir car la société domestique a sur la société civile une supériorité réelle (Quadragesimo anno 1931).

Si les français acceptent le système inégalitaire de la réserve héréditaire, sur le plan social, c'est tout simplement parce qu'ils ignorent à quel point celle-ci contribue à la reproduction des inégalités.

C'est pourquoi, il me semble difficile de justifier la réserve par l'argument de la solidarité intrafamiliale dès lors que les familles les plus fortunées bénéficient des mêmes avantages de l'Etat Providence que les familles les plus démunies.

Ce mythe solidariste de la réserve héréditaire, que la doctrine majoritaire répète ad nauseam, permet, de surcroit, la reproduction d'une situation particulièrement perverse constatée par la pratique notariale, à savoir, on est libéral lorsqu'il s'agit d'obtenir les bénéfices du patrimoine familial et collectiviste lorsqu'il s'agit de faire porter par la société les charges de la dépendance, de la maladie et de l'éducation sans compter, d'une manière plus globale, sur le financement par le contribuable des grands groupes industriels privés, comme l'a démontré Olivier Toscer dans son ouvrage *Argent public, fortunes privées* (Dénoel, 2002).

La réserve participe à ce vaste mécanisme d'extraction et préservation des rentes.

IV. L'entrave à l'émancipation

La réserve héréditaire produit également une psychologie de rentier : le fils se perçoit comme créancier du patrimoine familial, il perd le goût du risque à cause du confort psychologique de la fortune future.

Par la déconcentration du patrimoine qu'elle produit, la fin de la réserve permettrait aussi de mettre un terme à cette construction psychologique et de favoriser l'esprit d'émancipation. Comme le souligne la commission Attali : « Dans un monde ouvert et mouvant, l'accumulation, à tous niveaux, de rentes et de privilèges bloque le pays, pèse sur le pouvoir d'achat et freine sa capacité de développement. Sans mobilité sociale, économique, professionnelle, géographique, aucune croissance n'est possible ».

En favorisant la transmission linéaire, l'Etat fabrique une mentalité contraire à la dynamique économique actuelle fondée sur les nouvelles technologies et les biens incorporels.

Conclusion

En supprimant la réserve héréditaire, on encourage la redistribution des cartes, la circulation des richesses, la philanthropie et l'esprit d'entreprise. Elle constitue une occasion unique d'opérer une remise à zéro des compteurs entre générations, préalable à la liberté entrepreneuriale et à l'égalité des chances.

« Nous croyons que le droit de tester devrait être absolu et illimité », soutenait à la fin du XIXème siècle, Jean-Gustave Courcelle-Seneuil, économiste libéral engagé en faveur de la suppression de la réserve héréditaire : « Il convient donc d'abolir la réserve. Les intérêts de la production l'exigent » .

Récemment, GénérationLibre a demandé concrètement de « supprimer les articles 912 à 930-5 du Code civil pour y substituer un nouvel article 912 proclamant la liberté testamentaire comme droit inviolable et absolu qui parachève le droit de propriété » .

Le Législateur français l'a déjà fait pour les ascendants (loi no 2006-728 du 23 juin 2006). Nous demandons encore un effort pour « laisser à chacun plus de liberté pour organiser sa succession », comme le propose l'exposé de motif de la loi de 2006 sans pour autant l'assumer pleinement...

Contribution de Claude Brenner

Professeur de droit privé
à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Madame la ministre de la Justice et garde des Sceaux vous a confié la mission de lui fournir rapport sur les perspectives d'une éventuelle réforme de la réserve héréditaire.

Cette institution constitue l'un des piliers de l'ordre successoral français et, plus fondamentalement encore, l'une des illustrations les plus importantes de l'esprit du droit français, de la recherche d'équilibre entre liberté et égalité qui en est l'âme et, partant, l'un des éléments centraux de ce que le Doyen Carbonnier appelait la constitution civile des français.

Actualité médiatique et juridique oblige, la réserve est aujourd'hui objet de débats dont il est essentiel de ne pas perdre de vue que les enjeux dépassent de très loin les seuls intérêts individuels, familiaux ou économiques des célébrités ou personnes fortunées dont les cas sont mis en exergue, parce qu'elle participe du ciment proprement politique qui fait la nation française.

C'est dire que la tâche confiée à votre commission est aussi délicate que cruciale. Du strict point de vue du juriste, les interrogations auxquelles vous êtes appelés à répondre se ramènent au fond à deux questions majeures :

1° Est-il nécessaire de faire évoluer la réserve héréditaire ? À mon avis, la réponse est non.

2° Est-il possible de faire évoluer la réserve héréditaire ? Selon moi, la réponse est oui.

I. Est-il nécessaire de faire évoluer la réserve héréditaire ?

Ceux qui le soutiennent avancent principalement trois arguments : a) la réserve aurait perdu ses justifications historiques ; b) elle contrarierait des opérations opportunes ; c) avec la multiplication des échanges internationaux et les très grandes facilités d'expatriation qu'ils offrent, elle serait rendue anachronique par la concurrence des systèmes juridiques d'inspiration libérale qu'illustre le modèle de common law.

En réalité, aucun de ces arguments ne résiste à l'analyse.

A. En premier lieu la réserve héréditaire conserve une justification politique forte

Elle est parfaitement justifiée dans son principe et incarne fondamentalement l'esprit du droit français qui consiste à concevoir la discipline des rapports juridiques, non pas comme un simple arbitrage judiciaire entre droits ou libertés individuels dont seul l'antagonisme limiterait la souveraineté primordiale, mais en une recherche d'équilibre entre intérêts individuels et généraux sous la primauté de la loi.

1. Il est vrai que certaines justifications historiques de la réserve apparaissent périmées ou datées :

C'est le cas de la conservation des biens dans la famille qui a perdu toute valeur explicative (et pratiquement toute portée) en droit français avec la généralisation de la réduction en valeur des libéralités excessives (art. 924 c. civ.), sans que le stérile et calamiteux droit de retour de l'article 738-2 c. civ. (dont toute l'organisation est contre-nature) n'y puisse évidemment rien changer.

Il est exact également que la préservation de l'ordre politique (au sens du mode de gouvernement de la Cité) contre les tendances réactionnaires des ascendants n'a plus aucune valeur. Encore ne doit-on pas évacuer trop rapidement ce genre de justification : aujourd'hui, la réserve héréditaire préserve incontestablement les valeurs politiques essentielles de la société française ; en particulier, elle est le seul rempart juridique efficace contre la renaissance, très inquiétante dans certains milieux sociaux, de discriminations sexuelles qui pourraient conduire à l'exhérédation des filles au profit des garçons, de l'aîné au profit des puînés. Plus généralement, elle est une garantie élémentaire de la paix des familles ainsi que l'illustre

l'affaire surmédiatisée de la succession de Johnny Hallyday dont tout porte à croire qu'elle n'est pas simplement une querelle financière. Car, on a parfois trop tendance à l'oublier, la succession est porteuse pour l'enfant (y compris adulte) d'une reconnaissance familiale de première importance au plan psychologique et symbolique : elle réalise, à l'heure de la rupture du lien incarné, une forme de reconnaissance à la fois intime et publique du lien de filiation à travers l'ancrage patrimonial dans la ligne héréditaire : ce qu'exprime à sa manière le principe juridique (inconnu des droits anglosaxons) de la continuation de la personne du défunt par son héritier. Et c'est bien pourquoi l'éviction successorale même factuelle ou indirecte est si souvent vécue comme un traumatisme par l'enfant qui la subit, ne serait-ce que partiellement.

2. D'autres justifications de la réserve héréditaire sont, au demeurant, parfaitement actuelles :

Ainsi en va-t-il de la solidarité familiale. Certes, cette justification a été gravement affectée par la disparition de la réserve des ascendants, dans la mesure où a disparu la réciprocité qui faisait de la réserve héréditaire le pendant post mortem des obligations alimentaires existant ante mortem. Mais elle n'a pas été renversée pour autant, car il est parfaitement loisible au législateur de concevoir une protection d'un autre type pour garantir la solidarité des générations à l'égard des ascendants, compte tenu de leurs besoins propres et du caractère anormal des successions remontantes. Le problème est précisément là : en l'état actuel du droit, la protection des ascendants privilégiés n'est pas correctement assurée ; il faudrait, de toute évidence, leur étendre le bénéfice de la créance alimentaire post mortem des ascendants ordinaires dans le besoin (art. 758 c. civ.).

On remarquera que cette justification tirée de la solidarité familiale est aussi compatible avec la réserve héréditaire du conjoint survivant, mais beaucoup plus discutable en ce qui le concerne. Au fond, la réserve qui lui a été récemment reconnue (sans véritable réflexion) se comprend beaucoup mieux quand on la met en perspective (dans une comparaison objective) avec le droit à prestation compensatoire existant dans le cas de la dissolution du mariage par l'effet du divorce que du strict point de vue successoral. Car, lorsque le mariage est rompu par la mort conformément à sa destinée, donc normalement et non par accident (si fréquent soit-il), la solidarité conjugale a vocation naturelle à s'exprimer autrement que par une quote-part successorale en pleine propriété ou une créance : principalement, par le régime matrimonial et le droit viager au logement qu'il serait, de mon point de vue, d'autant plus opportun de maintenir tel quel, qu'il s'apparente au fond au modèle de la réserve adaptable aux besoins sous la magistrature éclairée du *de cuius*.

Une seconde justification au moins aussi puissante et tout aussi actuelle que la précédente, lorsque l'on raisonne sur la réserve des descendants, consiste dans la garantie entre eux d'une égalité minimale. Leur réserve héréditaire constitue en effet l'une des expressions civiles les plus fortes (et les plus importantes pour les raisons qui ont déjà été dites) du principe républicain d'égalité (et bien évidemment aussi, à le prendre au pied de la lettre, du principe de fraternité) que l'on ne saurait sacrifier sur l'autel de la seule liberté individuelle sans travestir l'idéal national.

On s'interroge beaucoup aujourd'hui en doctrine sur l'avènement d'un droit à l'héritage sous l'influence de la lutte contre les discriminations menée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Il serait pour le moins paradoxal que le droit français abandonne ce qui est la seule manifestation avérée et pleinement justifiée d'un tel droit. À quoi l'on objecterait à tort que le phénomène de la recomposition familiale nécessiterait de rompre avec cette stricte égalité : le changement de régime matrimonial et les libéralités au conjoint d'une part, l'adoption et la renonciation anticipée à agir en réduction des libéralités (éventuellement rénovée : v. ci-après) d'autre part, y suffisent amplement. On remarquera d'ailleurs à ce sujet que le maintien d'un contrôle public du changement de régime matrimonial au profit des descendants dans le dispositif rénové de l'article 1397 du code civil ne se comprend que par l'existence à leur profit d'une réserve héréditaire...

B. En deuxième lieu, la réserve héréditaire n'empêche guère d'opérations opportunes pour ce que l'on en voit, du moins si l'on raisonne sur celle qui appartient aux descendants

- la transmission à titre gratuit des entreprises ? L'ingénierie patrimoniale y pourvoit et il est au demeurant exceptionnel que l'on veuille totalement dépouiller ses enfants à la faveur d'une telle transmission. En outre, la réduction en valeur des libéralités excessives garantit pratiquement la possibilité de transmettre à titre gratuit l'entreprise en conciliant cette transmission avec le respect d'une égalité minimale dont on a vu qu'elle est éminemment souhaitable ;
- la philanthropie ? Les fondations, les libéralités résiduelles, et la renonciation anticipée à agir en réduction en particulier sont des techniques objectivement suffisantes (au point qu'il ne paraît pas indispensable d'acclimater une fiducie-libéralité à la française, ce qui serait une autre possibilité si le besoin s'en faisait sentir). Aussi bien, la loi étant faite pour le commun des citoyens, il serait déraisonnable de prendre prétexte de quelques fortunes exceptionnelles et de cas infimes ou marginaux pour condamner sans nécessité une institution pluriséculaire à laquelle les français demeurent massivement attachés.

Au vrai, la nécessité ou l'aspiration de notre société à plus de liberté successorale n'existe pas, du moins ne se donne pas à voir. Il n'est que d'observer le mouvement des gilets jaunes qui a récemment secoué notre pays et les réactions très contrastées qu'ont suscitées les dons des grands mécènes pour la rénovation de Notre-Dame de Paris pour se convaincre bien plutôt du contraire : ce à quoi aspire profondément la société française, c'est apparemment bien davantage à un minimum d'égalité qu'à une liberté illimitée...

C. En troisième lieu, la réserve héréditaire n'est pas rendue anachronique par la concurrence des droits d'inspiration libérale qu'incarne le modèle de common law

De mon point de vue et dans une perspective historique, c'est en réalité bien plutôt ceux-ci qui apparaissent objectivement régressifs : un retour à la querela inofficiosi testamenti à quoi se ramène au fond l'inspiration anglo-saxonne ne me paraît, en effet, pas être la meilleure illustration que l'on puisse donner du progrès juridique... Surtout dans un système qui cherche désespérément, faute de parvenir à donner davantage de moyens à son appareil juridictionnel, à réduire le contentieux judiciaire, spécialement familial, tout en se montrant justement attentif à l'exigence fondamentale de sécurité juridique. Ce que contredit, aussi bien, frontalement le dévoiement éminemment contestable de la réserve héréditaire auquel aboutit la décision de la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13151 et 16-17198, Bull. civ.) consistant à lui dénier en principe le caractère d'institution d'ordre public international au regard du droit français pour inviter à une appréciation concrète et circonstanciée des effets de la loi étrangère qui l'ignore sur la condition patrimoniale personnelle de l'héritier. Et puis, à l'heure du brexit, ce serait, pour la France et la défense du droit continental dans laquelle notre pays est par ailleurs fort heureusement engagé, un bien curieux et funeste signal politique que d'adopter les méthodes casuistiques d'un modèle dont le principal représentant européen n'a du reste même jamais été partie au Règlement successions du 4 juillet 2012...

En somme, non seulement rien ne commande, de mon point de vue, d'abandonner ou de faire évoluer drastiquement la réserve héréditaire. Il faut au contraire en défendre le principe. Car :

- elle est une protection essentielle contre l'inégalité et l'injustice successorale (étant rappelé qu'il est important de ne pas confondre la réserve héréditaire et le principe même de la succession dans une perspective de redistribution des richesses) ;
- elle est la meilleure illustration d'une conception à la fois philosophique et politique du droit qui est vertical et où l'intérêt général domine et l'emporte sur les volontés et passions individuelles lorsqu'elles apparaissent excessives.

Ce qui ne saurait évidemment interdire de réfléchir à une possible évolution de l'institution.

II. Est-il possible de faire évoluer la réserve héréditaire ?

Oui, incontestablement et ce pourrait même être opportun s'il s'agissait de refonder la réserve héréditaire, de la « relégitimer » pourrait-on dire, en réaffirmant l'attachement de la France à la solidarité des générations et à la protection minimale de l'égalité successorale dont on a vu qu'elles demeurent des justifications parfaitement actuelles de l'institution, sans pour autant méconnaître l'exigence de liberté, de sorte que chacun des trois éléments de notre devise républicaine y trouve son compte.

Cela pourrait passer par différentes réformes qui relèvent fondamentalement du choix politique. Aussi me bornerai-je, à la suite, à lister celles qui me paraissent personnellement les plus naturellement concevables ou souhaitables :

A. Suppression de la réserve héréditaire du conjoint survivant

Ainsi qu'il a été dit, cette réserve, qui a été improvisée par les réformes successorales de 2001 et 2006, manque de justification successorale. En outre, c'est lorsque le *de cuius* ne laisse pas de descendance et que son conjoint est donc réservataire qu'il pourrait éventuellement y avoir intérêt à permettre une plus grande liberté de disposition, spécialement dans une perspective philanthropique, ce qui correspond en réalité alors, généralement, à un projet de couple. C'est là aussi qu'il pourrait y avoir intérêt à laisser la disposition des biens au sein de la famille s'exprimer pleinement, la vocation alimentaire du conjoint ayant en ce cas vocation à limiter les excès bien plus naturellement et équitablement qu'une réserve prédéterminée, peut-on penser.

B. Revalorisation des droits des ascendants

On a précédemment indiqué que cela pourrait passer par le remplacement du droit de retour de l'article 738-2 du code civil par une généralisation de la créance alimentaire de l'article 758, al. 1, laquelle devrait du reste s'accompagner d'une correction des imperfections actuelles du texte.

C. Limitation des excès de la généralisation de la réduction en valeur

Il peut paraître difficile politiquement de revenir sur la généralisation de la réduction en valeur des legs alors même qu'elle sacrifie abusivement la conservation des biens dans la famille estime-t-on souvent. À tout le moins, conviendrait-il d'organiser des garanties de paiement de l'indemnité au profit des héritiers qui ne peuvent aujourd'hui retenir les biens dans l'attente de la liquidation de l'indemnité.

D. Reconsidérer la renonciation anticipée à l'action en réduction

On peut être très circonspect sur l'opportunité de la faculté de renoncer par anticipation à l'action en réduction alors qu'il est manifeste qu'elle est très peu utilisée et qu'il est très probable que son introduction en droit français n'est pas étrangère à la dénégation par la Cour de cassation du caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire.

Si l'on entend conserver une telle technique dans l'arsenal juridique français, en tant qu'elle constitue un moyen pour le *de cuius* d'accroître sa liberté de disposition, notamment à des fins philanthropiques, il serait à mon avis souhaitable de lui donner une autre configuration. Précisément, il pourrait être opportun de la faire glisser en direction des pactes successoraux que pratiquent les droits allemand et suisse en acceptant la possibilité d'un donnant-donnant, le ou les réservataires présomptifs pouvant renoncer à solliciter

ultérieurement la réduction éventuelle d'une ou plusieurs libéralités, moyennant une contrepartie que leur concèderait actuellement le *de cuius* sous la forme d'une libéralité faite en avancement de part. Car le système actuel est consubstantiellement déséquilibré en ce qu'il donne primauté aux volontés du *de cuius* alors que celle-ci ne devrait logiquement avoir pleine licence que dans la mesure du disponible : hors de là, autrement dit dans la mesure de la réserve des descendants, c'est la succession contractuelle qu'il faut développer dans un souci de meilleur équilibre et de plus grande justice si l'on veut assouplir l'impérativité de la loi successorale. Il serait alors beaucoup plus juste et convaincant de soutenir que la renonciation anticipée ne contrevient pas tant au caractère d'ordre public de la réserve héréditaire qu'à la prohibition des pactes sur succession future.

E. Réviser le *quantum* de la réserve et de la quotité disponible

À l'instar de la récente réforme successorale du droit belge et ainsi que le notariat l'a proposé en 2014 lors de son congrès national, la loi française pourrait réviser le *quantum* de la réserve héréditaire et de la quotité disponible de manière à ouvrir au *de cuius* une plus grande liberté de disposition sans pour autant priver les descendants de toute protection. On se gardera en effet d'oublier que les taux de l'article 913 du code civil ne sont que le fruit d'un arbitrage politique, d'ailleurs âprement discuté lors de la codification du droit français. La solution proposée par le notariat consisterait à fixer invariablement la réserve héréditaire et la quotité disponible à la moitié de la succession chacune, quel que soit le nombre des enfants. Ce qui aurait le mérite de la simplicité et de l'unicité de solution avec le droit belge, l'avantage de donner une forte valeur symbolique à la réforme qui équilibrerait ainsi exactement protection de la descendance et liberté de disposition dans une proportion très favorable à cette dernière. Car combien de nos concitoyens disposent concrètement de plus de la moitié de leurs biens au profit d'une fondation ou d'un tiers au détriment de leurs enfants ? Et n'est-il pas suffisant de pouvoir disposer des 3/4 de sa succession au profit de l'un de ses enfants au détriment de l'autre quand on en a deux, ou des 2/3 au profit de l'un contre 1/6 au profit de chacun des deux autres quand il en a trois ? Le tout, naturellement, sans oublier d'articuler la réforme avec la quotité disponible spéciale de l'art. 1094-1 c. civ.

F. Affirmer le caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire

Quel que soit le taux de la réserve héréditaire et de la quotité disponible qui serait finalement retenu, les réformes précédemment exposées devraient, selon moi, accompagner la refondation politique de l'institution qu'elles réaliseraient d'une proclamation dans la loi du caractère d'ordre public international que la France entend lui reconnaître. On ne voit pas en effet ce qui interdirait au législateur en même temps qu'il réaffirmerait son attachement à la réserve héréditaire en lui donnant une organisation renouvelée de signifier explicitement qu'elle participe de ces valeurs tenues pour essentielles au système juridique français. Ce qui mettrait heureusement fin à la dérive jurisprudentielle précédemment dénoncée.

G. Plus spécialement, il pourrait être tiré profit de la réforme pour procéder à quelques ajustements techniques

Ainsi, les dispositions transitoires de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 (art. 47) pourraient être opportunément réécrites afin de limiter à cinq ans à compter de l'ouverture de la succession (sauf le jeu du retardement du point de départ de la prescription et du délai butoir de l'art. 921 c. civ.), la durée de l'action en réduction opérant en valeur dans les successions ouvertes avant l'entrée en vigueur de la réforme, de manière à rendre applicable le principe de l'article 2222 du Code civil dont l'exclusion que l'on est en peine de justifier est manifestement le fruit d'une inadvertance. Pourrait aussi être éventuellement revu le fonctionnement des libéralités graduelles ou résiduelles, notamment sur le terrain de la subrogation et de la restitution en nature ou en valeur des biens reçus (par retour aux préconisations de l'Offre de loi de l'équipe constituée autour de Carbonnier et Catala) et sur celui de la protection de la réserve héré-

ditaire dans le cas des libéralités résiduelles testamentaires (que n'envisage pas explicitement l'art. 1059 c. civ.).

H. Reconsidérer par-dessus tout le droit des successions dans son ensemble

En toute hypothèse et par-dessus tout, il me paraît crucial que le droit des successions soit considéré dans son ensemble en vue d'une possible réforme et non pas au travers de la seule réserve héréditaire. Car, il est permis de penser que la plus grande incompréhension de nos concitoyens ainsi que des non nationaux (spécialement les ressortissants des systèmes de common law) est ailleurs : elle concerne bien plus certainement le rapport à succession, qui établit entre les descendants une égalité maximale et repoussée au partage, que la réserve héréditaire. Ce qui est à l'origine des déformations actuelles de la donation-partage dont la Cour de cassation vient d'admettre récemment un nouveau dérèglement (Cass. 1re civ., 13 févr. 2019, n° 18-11.642). Si l'on entend mettre le droit successoral français en harmonie avec les aspirations profondes de nos concitoyens et ne pas dérégler la mécanique complexe sur laquelle il repose ou simplement manquer les objectifs poursuivis, le champ de la réflexion devrait certainement être prolongé dans cette direction et il ne serait peut-être pas mauvais de raisonner ici en opposant succession légale et succession contractuelle ainsi que le congrès des notaires en avait fait là encore la proposition en 2014 (cf. JCP N 2015, 1140).

Contribution de Marie Chabrol

Attachée temporaire d'enseignement et de recherche,
doctorante à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2),
en cours de rédaction d'une thèse intitulée
« La philanthropie et le droit : étude comparative
France – États-Unis »

La philanthropie

La philanthropie est un phénomène social se définissant comme le fait d'œuvrer pour le bien commun dans le but, à long terme, de créer une meilleure société. Il consiste concrètement en le fait de créer un organisme caritatif, ou philanthropique, ou de lui transférer des biens. Dans les développements qui suivent, nous traiterons de ce phénomène qui se développe sous des terminologies différentes. Ainsi, nous entendrons les organismes caritatifs étasuniens comme l'ensemble des organismes ayant un but caritatif et bénéficiant de biens légués ou donnés. Les organismes philanthropiques correspondront à ceux réalisant une activité d'intérêt général et bénéficiant du même type de ressources en France.

La philanthropie présente un caractère profondément culturel. Celui-ci permet de comprendre les outils juridiques sur la base desquels la philanthropie prospère aux États-Unis ainsi que leurs différences et similitudes avec les outils juridiques français. La dimension culturelle (I) de la philanthropie aux États-Unis et en France sera donc étudiée. Puis, une approche juridique (II) permettra de présenter les différents outils.

I. La dimension culturelle

L'ampleur et l'ancrage du phénomène depuis les années 1880 aux États-Unis et sa relative nouveauté en France (A) s'expliquent par des facteurs de différence (B).

A. Le constat : l'ancrage du phénomène aux États-Unis et sa relative nouveauté en France

1. Les données

Les données de 2015 proviennent de sources officielles : l'Internal Revenue Service (IRS) aux États-Unis et la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) en France. Elles ont fait l'objet d'études utilisées ici. Les données plus récentes ne sont encore que des estimations. Elles doivent donc être relativisées. C'est pourquoi les deux ensembles de données sont présentés.

a. En 2015

Aux États-Unis, en 2015, il existait 1 184 547 organismes caritatifs, ayant bénéficié de 2 900 milliards de dollars de ressources. La majeure partie de ces ressources était des libéralités¹.

Le montant de ces libéralités était de 373,25 milliards de dollars². Elles représentaient plus de 1,5 pour cent du PIB. Les tableaux et graphiques ci-dessous indiqueront les libéralités en fonction de leur origine et de leur proportion.

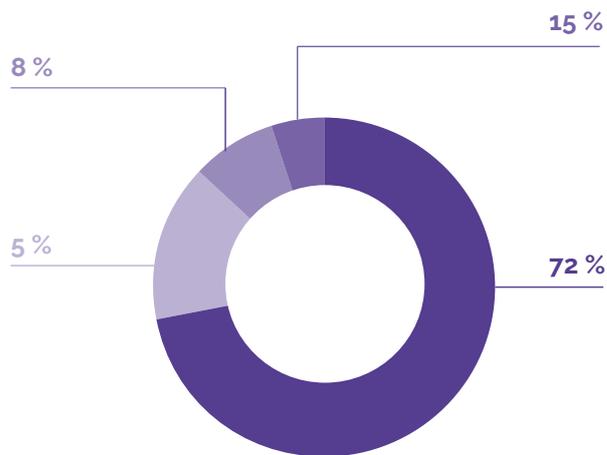
¹ Internal Revenue Service's Statistics of Income Division, Charities and Other Tax-Exempt Organizations, Tax Year 2015, Publication 5331 (Rev. 12-2018).

² Giving USA Foundation, Giving USA 2015.

Libéralités faites aux organismes caritatifs

Somme
(en milliards de dollars)

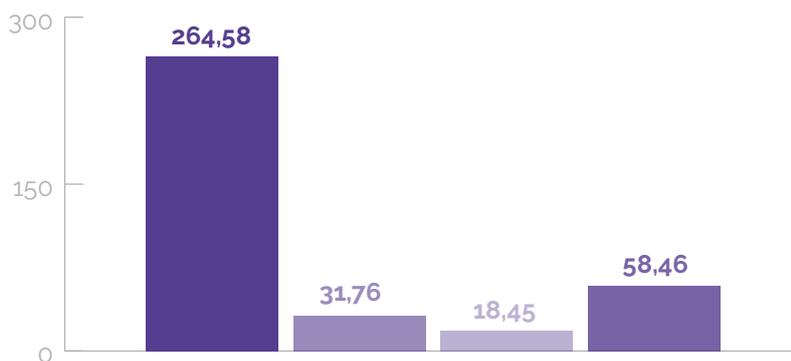
Donations faites par les particuliers	264,58
Legs faits par les particuliers	31,76
Donations faites par les sociétés	18,45
Donations faites par les fondations privées	58,46
Montant total	373,25



Répartition des libéralités aux États-Unis en 2015

Légendes

- Donations faites par les particuliers
- Donations faites par les fondations privées
- Legs faits par les particuliers
- Donations faites par les sociétés



Libéralités faites aux organismes caritatifs aux États-Unis en 2015 (montants en milliards d'euros)

Légendes

- Donations faites par les particuliers
- Donations faites par les fondations privées
- Legs faits par les particuliers
- Donations faites par les sociétés

En France, en 2015, il existait 4 303 fondations et fonds de dotation ainsi que 1,3 million d'associations dont seulement une faible minorité était d'intérêt général.

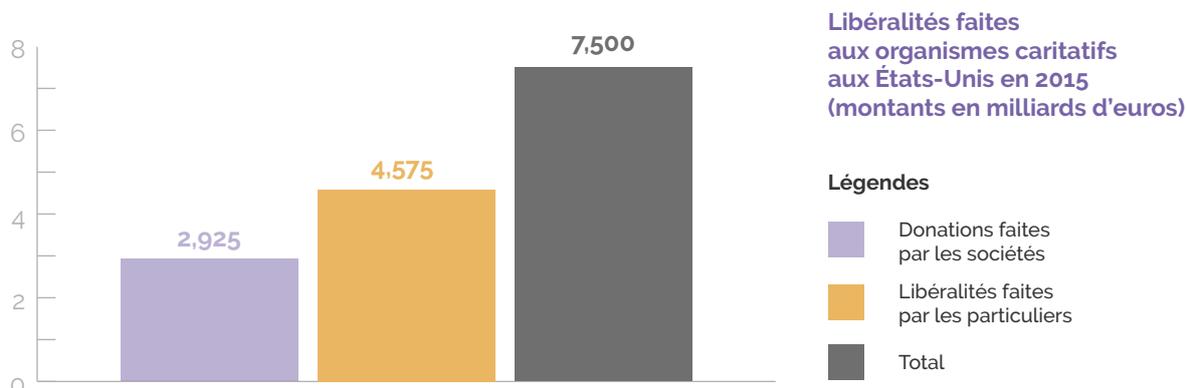
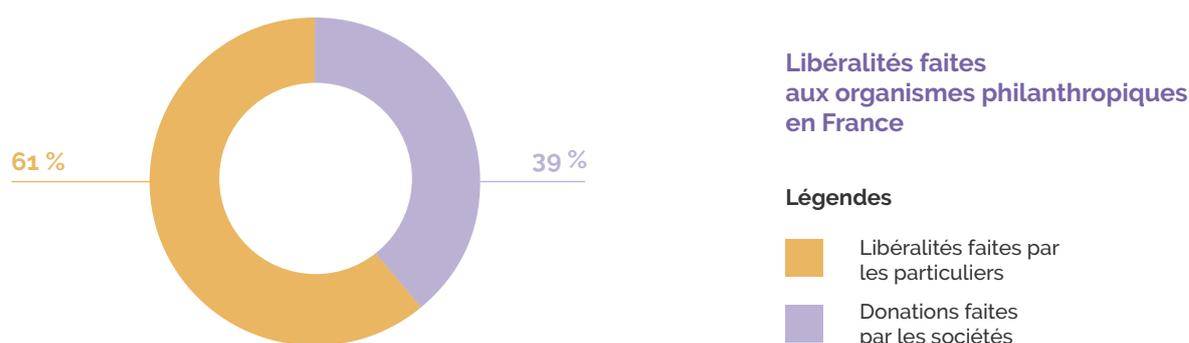
Le montant des libéralités qui leur étaient faites était de 7,5 milliards d'euros. Elles représentaient 0,3% du PIB.

Sur l'ensemble de la période 2007 à 2015, le total des libéralités (dont la répartition est présentée ci-des-

sous) est passé de 2,9 à 5,4 milliards, traduisant une augmentation de plus de 85 % en 9 ans³.

Libéralités aux organismes philanthropiques	Sommes (en milliards d'euros)
Donations faites par les sociétés	2,925
- donations déclarées faites par les sociétés	1,587
- donations non déclarées faites par les sociétés	1,338
Libéralités faites par les particuliers	4,575
- donations faites par les particuliers déclarées	2,866
- legs et donations non déclarés faites par les particuliers	1,709
Total	7,5

Tableau présentant l'origine et le type de libéralités faites aux organismes philanthropiques en France en 2015⁴



Au regard de ces premières données, il est possible de constater tout d'abord que le montant des libéra-

3. Ibid, p. 51.

4 Observatoire de la philanthropie, Fondation de France, Panorama national des générosités, Les études de l'Observatoire, avril 2018.

lités est bien supérieur aux États-Unis. Même en prenant en compte le fait que la population étasunienne est plus nombreuse que la population française, cette différence illustre l'ampleur du phénomène aux États-Unis.

De plus, la proportion des libéralités faites par les particuliers est plus importante aux États-Unis (80% du total des libéralités, 72+8) qu'en France (61%) où les sociétés donnent davantage.

b. En 2018

Aux États-Unis : la loi dite Tax Cuts and Jobs Act⁵ du 22 décembre 2017 a réduit les incitations fiscales à la philanthropie.

Elle a augmenté certaines déductions standards fiscales pour les particuliers. Certaines études⁶ prévoyaient une baisse du nombre des foyers déclarant des donations aux organismes caritatifs en 2018 de 21% à 9%. Les foyers auraient été plus enclins à demander la déduction standard et non l'avantage fiscal des donations aux organismes caritatifs.

De même, les exonérations de l'impôt sur les successions ont été doublées et le taux d'impôt sur les sociétés a été baissé, réduisant l'incitation fiscale aux legs⁷ et aux donations faites par les sociétés.

La réforme a été décriée par les acteurs de la philanthropie.

Toutefois, la baisse drastique annoncée des libéralités aux organismes caritatifs a, en réalité, été limitée. Celles-ci ont représenté 427,71 milliards de dollars en 2018, constituant ainsi une hausse de 0,7% par rapport à 2017. En réalité, en prenant en compte l'inflation, il y aurait eu une baisse de 1,7%.

Types de libéralités aux États-Unis	Impact du Tax Cut and Job Act	Avec prise en compte de l'inflation
Donations faites par les particuliers	-1,10%	-3,40%
Donations faites par les fondations	+7,30%	+4,70%
Legs	±0%	-2,30%
Donations faites par les sociétés	+5,40%	+2,90%

Tableau représentant l'impact de la réforme sur le montant des libéralités entre 2017 et 2018^{8,9}

En France : la loi de finances pour 2018 du 30 décembre 2017⁸ a réduit une incitation fiscale à la philanthropie en remplaçant l'Impôt de Solidarité sur la Fortune (ISF) en Impôt sur la Fortune Immobilière (IFI). Le nombre de personnes assujetties est bien moins important. Selon certaines études⁹, en 2018, le montant des donations réduites d'IFI constituerait seulement 55% des donations réduites d'ISF de 2017. Il faut relativiser ces chiffres car le montant des donations des anciens assujettis à l'ISF n'est pas connu.

Il en résulterait néanmoins une baisse des libéralités faites aux associations, fondations et fonds de dotation de 4,2% en 2018. Une multitude de facteurs peut expliquer cette baisse. Cette dernière ne peut, au regard des données disponibles, être imputée uniquement à cette intervention législative. Cette baisse illustre toutefois la place des politiques fiscales dans le développement du phénomène en France.

5 Officiellement appelée « An Act to provide for reconciliation pursuant to titles II and IV of the concurrent resolution on the budget for fiscal year 2018 ».

6 Staff of the Joint Committee on Taxation, JCX-34-18, Estimates of Federal Tax Expenditures for Fiscal Years 2017-2021, at 49 tbl. 4 (May 25, 2018) ; Staff of the Joint Committee on Taxation, JCX-3-17, Estimates of Federal Tax Expenditures for Fiscal Years 2016-2020, at 45 tbl. 3 (Jan. 30, 2017).

7 J. ROSENBERG, P. STALLWORTH, « The House Tax Bill Is Not Very Charitable to Non-profits », 15 novembre 2017.

8 Loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018.

9 France générosités, Baromètre de la générosité 2018, avril 2019, 22 organisations ont été étudiées.

Aux États-Unis, les libéralités concernées n'auraient pas fortement baissé après la réforme (hausse de 0,7%, baissé de 1,7% en prenant en compte l'inflation) alors qu'en France la réforme aurait eu pour conséquence une diminution notable du montant de celles-ci (4,2%).

2. La description du phénomène

La philanthropie est ainsi très importante aux États-Unis et plus mesurée en France.

Malgré la réduction des incitations fiscales aux États-Unis, les libéralités au profit des organismes caritatifs ont peu diminué en comparaison avec l'impact qu'a eu la suppression de l'ISF en France sur les libéralités.

En France, le remplacement de l'ISF par l'IFI semble, au regard des chiffres, freiner le phénomène philanthropique. Peu de personnes étaient assujetties à l'ISF. Toutefois, les acteurs du secteur philanthropique semblent unanimes quant à l'impact de cette loi sur les libéralités.

Les incitations fiscales semblent donc moins déterminantes aux États-Unis dans le choix de faire des libéralités philanthropiques. Inversement, en France, en particulier pour le mécénat d'entreprise, l'avantage fiscal découlant de ce type de libéralités paraît encourager les disposants. La philanthropie paraît donc rester un phénomène plus ancré socialement aux États-Unis, presque indépendamment de l'évolution des politiques fiscales.

La philanthropie est enracinée dans la société étasunienne. Elle fait partie du mode de vie des Étasuniens, l'American Way of Life. La philanthropie, bien que parfois discrète, est présente à tous les moments de leur vie. Par exemple, il est très souvent proposé aux caisses des supermarchés de donner à des associations. Tous les individus, même ceux ayant des revenus modestes, s'engagent dans cette activité. Il s'agit de la « philanthropie de masse »¹⁰. Cette composante, bien qu'elle se développe, reste moins présente en France.

La philanthropie des personnes fortunées existe aux États-Unis et, dans une moindre mesure, en France.

L'initiative Giving Pledge en est l'exemple topique. Il s'agit de l'engagement des plus riches individus et familles de rendre, « giving back », à la société la majorité de leur fortune. Elle a été créée par Bill et Melinda Gates ainsi que Warren Buffett en 2010. Elle s'adresse expressément aux milliardaires. Ceux-ci s'engagent à donner ou léguer pour différentes causes telles que la réduction de la pauvreté, l'aide aux réfugiés, la santé mondiale ou encore l'éducation. Ils souhaitent « créer un monde meilleur »¹¹ et montrer l'exemple pour que davantage de personnes soient philanthropes. Cette initiative s'inscrit dans une longue tradition philanthropique aux États-Unis¹². Aujourd'hui,²⁰⁴ individus y participent.

Inspirés par cette philosophie, Denis Duverne et Serge Weinberg ont créé « Changer par le Don » à la fin de l'année 2018 en France. Il s'agit d'« une initiative incitant les personnes aisées à consacrer 10% de leurs revenus annuels ou de leur patrimoine à la philanthropie »¹³. Ils souhaitent suivre l'exemple de Bill Gates et Warren Buffett et « bâtir un monde meilleur » en s'engageant « à donner au moins 10% de leurs revenus annuels ou 10% de leur patrimoine à des associations ou fondations »¹⁴. Les personnes concernées par cette initiative sont « les Français dont la situation financière est confortable. »

Bien que la philanthropie des personnes fortunées soit celle qui attire l'attention des media et qui se maintienne le plus au gré des politiques fiscales, la philanthropie aux États-Unis est le résultat de l'alliance des deux types de philanthropie : la philanthropie de masse et la philanthropie des personnes fortunées. Les organismes caritatifs sont gérés à l'aide de « techniques mises au point par les grandes entreprises américaines ». C'est « la marque distinctive de la philanthropie américaine »¹⁵.

10 O. ZUNZ, La Philanthropie en Amérique. Argent privé, affaires d'État, Fayard, 2012.

11 <https://givingpledge.org/>

12 Andrew Carnegie avait fait de même à la fin du XIXe siècle avec son livre : The Gospel of Wealth, 1889.

13 <https://www.changerparledon.com/>

14 Ibid.

15 O. ZUNZ, op. cit., p. 308.

Les États-Uniens ont conscience de cette spécificité. De nombreuses études et statistiques d'origine privée comme publique sont disponibles¹⁶. Elles visent à analyser et dresser un tableau de ce phénomène qu'elles identifient comme un véritable secteur économique¹⁷. Le thème de la philanthropie est récurrent dans la littérature. Il existe des écrits explicites sur les pratiques des acteurs du secteur. Des sites internet tels que Inside Philanthropy permettent de savoir à qui et comment donner. Les essais¹⁸ et articles théoriques sont également nombreux aux États-Unis. Les philanthropic studies se sont développées depuis les années 1980¹⁹.

En France, le mouvement et les études se développent depuis une vingtaine d'années seulement. Cette différence d'ancrage résulte de facteurs multiples.

B. Les facteurs de différence

Les facteurs de différence d'ampleur et d'ancrage sont sociologiques et politico-économiques. Ceux-ci se conjuguent avec des facteurs historiques.

1. Les facteurs historiques

a. La colonisation est un premier facteur d'explication.

L'État des États-Unis s'est construit grâce à l'organisation des individus. La colonisation anglaise de l'Amérique « n'a pas été une politique d'État entreprise, soutenue et financée par la couronne d'Angleterre »²⁰ qui s'est contentée de l'autoriser. Les individus se sont structurés en communautés pour subvenir aux besoins des autres. Ainsi, à cette époque, la « philanthropie devint [une] des composantes indispensables de l'État-nation »²¹. Cela explique pourquoi les États-Uniens n'ont pas, généralement, confiance en le gouvernement et se tournent donc vers des organismes privés pour leurs besoins²². La place de l'État y est faible.

Inversement, en France, les **groupements de personnes** ont longtemps été vus comme des potentiels concurrents de l'État, et donc avec **suspicion**. Par exemple, en 1305, Philippe Le Bel avait interdit toute association de plus de cinq personnes en lieux publics. Une loi du 18 août 1782 interdisait les confréries et associations d'entraide, puis l'article 291 du Code pénal de 1810 disposait que « nulle association de plus de vingt personnes dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués, pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société ». Il existait ainsi des freins au développement des structures philanthropiques, comme les groupements de personnes. La vision française d'un État fort résulte de l'histoire.

b. L'importance traditionnelle des charities,

D'origine anglaise, l'importance des charities explique également l'ancrage du phénomène aux États-Unis. La charité, pratique religieuse anglaise médiévale, a été importée lors de la colonisation. Le Statute of

16 Par exemple, le célèbre rapport de la « Filer Commission » : Giving in America: Toward a Stronger Voluntary Sector, Report of the Commission on Private Philanthropy and Public Needs (1975), l'almanac de l'Urban Institute : Blackwood, Pettijohn, The Nonprofit Almanac, Washington, DC Urban Institute Press, le rapport annuel de la Giving USA Foundation publié depuis 1955 ; Giving USA, les statistiques du service fédéral des impôts (Internal Revenue Service, IRS) : Statistics of Income Division, mais aussi Foundation Giving: Yearbook of Facts and Figures on Private, Corporate and Community Foundations The Foundation Center, plusieurs éditions ou encore Foundation Management Report, Council on Foundations, plusieurs éditions.

17 B. R. HOPKINS, The Law of Tax-Exempt Organizations, John Wiley & Son, 11th Edition, 2016, p. 23.

18 Par exemple : M. P. MOODY, R. L. PAYTON, Understanding Philanthropy. Its Meaning and Mission, Indiana University Press, 2008.

19 Stanley N. KATZ, « Where Did the Serious Study of Philanthropy Come From, Anyway? », Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly, Sage Publications, vol. 28, no. 1, March 1999, p. 74.

20 Elizabeth ZOLLER, Le droit des États-Unis, PUF, Que sais-je ?, 2001, p. 7-8.

21 Peter DOBKIN HALL, "Historical Perspectives on Nonprofit Organizations in the United States", in The Jossey-Bass Handbook of Nonprofit Leadership and Management, Wiley, 2016, p. 31.

22 B. R. HOPKINS, Starting and Managing a Nonprofit Organization: A Legal Guide, Sixth Edition, John Wiley & Sons, 2013, p. 4.

Charitable Uses²³ de 1601 fut appliqué aux États-Unis. Il a pu être décrit comme « le point de départ du droit moderne des organismes caritatifs »²⁴. Il avait plusieurs objectifs. Il devait notamment entériner les pratiques des philanthropes qui agissaient dans un but religieux, éducatif et pour les indigents. Il avait pour but d'encourager les donations et les uses, c'est-à-dire les ancêtres des trusts, au bénéfice de ces charités, c'est-à-dire des organismes qui avaient un des buts caritatifs énumérés par cette loi. La charité devait assister les plus démunis et l'État n'intervenait grâce à des impositions qu'en cas d'urgence²⁵. De cette manière, « l'État comblait les lacunes de la charité plutôt que la charité ne comblait les lacunes de l'État »²⁶.

Les États-Unis suivirent cette voie en encourageant les activités d'aide aux personnes²⁷ au moyen d'organismes caritatifs, charities.

Dans les années 1880, la charité fit place à la philanthropie. L'approche était plus systématique : il ne s'agissait plus d'une forme d'assistance directe aux personnes dans le besoin mais de résoudre des problèmes sociaux durablement.

En France, ce fut à cette époque que commença à se développer l'État-providence, développement qui s'accrut après la seconde guerre mondiale. La philanthropie ne fut pas nécessaire en France comme ce fut le cas aux États-Unis où elle répondit aux besoins que l'État ne satisfaisait pas. Cette prégnance historique se double de causes sociologiques.

2. Les facteurs sociologiques

- Historiquement, les États-Unis sont imprégnés d'une philosophie protestante, composée de plusieurs courants, alors que la France est influencée par une tradition catholique. La structure hiérarchisée de l'Église catholique pourrait être une explication du rapport des Français à un État fort et centralisé. Comme le soulignent certains auteurs²⁸, le dogme de la prédestination a constitué une rupture avec la conception de l'Église comme institution de salut. La religion catholique considère que le salut du croyant se réalise par l'intermédiaire de l'Église. Cela n'est pas le cas dans la pensée calviniste. Chaque croyant y est appréhendé individuellement dans son rapport avec Dieu qui lui accordera le salut ou non. Il en résulte une vision de la société plus individualiste, plus horizontale, aux États-Unis alors que le recours à une institution est plus fréquent en France. La philanthropie étasunienne est liée au protestantisme, notamment évangélique. De surcroît, les motivations des philanthropes ont souvent pu être religieuses²⁹.
- Finalement, si la philanthropie s'est développée si tôt aux États-Unis et avec une telle importance, c'est parce qu'elle fait écho à des **valeurs dans lesquelles se reconnaissent les Étasuniens**³⁰. Il s'agit du volontarisme, c'est-à-dire l'« association paradoxale d'un fort individualisme et d'une forte préférence pour le groupe »³¹, de la croyance selon laquelle l'individu est la cellule de base de la société, de la toute-puissance de la volonté ainsi que du localisme, c'est-à-dire l'idée que les affaires seront mieux gérées de manière locale. La mentalité et le rapport à l'autre est complètement différent en France où la communauté a un rôle beaucoup moins essentiel. Cela explique que la philanthropie ne s'y développe véritablement que depuis une trentaine d'années. Ces valeurs sont à la fois un résultat et une cause des facteurs de différence précédemment cités.

23 Statutes of Charitable Uses, 1601. 43 Eliz. 1. C4.

24 George William KEETON, *The Modern Law of Charities*, London : Pitman, 1962, p. 10.

25 Ibid.

26 Report of the Committee on the Law and Practice relating to Charitable Trusts, December 1952, HMSO, London, Cmd 8710, p. 8. Ce rapport a été rédigé par le Nathan Committee qui était chargé d'étudier les changements du droit et de la pratique relatifs aux charitable trusts en Angleterre et au Pays de Galles.

27 Adde Robert A. Gross, « Giving in America : From Charity to Philanthropy », in Lawrence J. FRIEDMAN, Mark D. MCGARVIE (dir), *Charity, Philanthropy and Civility in American History*, Cambridge, 2003 p. 29 et s.

28 M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, 1905, Flammarion, 3e édition, 2002.

29 É. CHELLE, « La philanthropie aux États-Unis et en France. Retour sur une traditionnelle opposition », *Sociologie* 2017/4 (Vol. 8), p. 395-408.

30 O. ZUNZ, *La Philanthropie en Amérique. Argent privé, affaires d'État*. Fayard, 2012, p. 311.

31 N. DUVOUX, *Les Oubliés du rêve américain. Philanthropie, État et pauvreté urbaine aux États-Unis*, PUF, Collection le lien social, 2015.

C. Les facteurs politiques et économiques

1. La forme de l'État

Les États-Unis sont un État fédéral. La structure fédérale se superpose à celle des États fédérés, mais elle est subsidiaire. Les deux niveaux de gouvernement correspondent à l'idée de localisme des États-Unis. Les affaires sont en priorité gérées au niveau local et elles le sont au niveau fédéral seulement si cela est nécessaire. L'action directe des citoyens est préférée à une construction abstraite, l'État. Le fédéralisme est plus qu'une organisation étatique, il est un mode de pensée. Il est intrinsèquement lié à la liberté, et plus précisément au self-government, c'est-à-dire littéralement le droit de se gouverner soi-même, lequel implique la démocratie locale et le sens de l'autonomie de la communauté à laquelle on appartient. Le fédéralisme peut expliquer le développement de la philanthropie aux États-Unis. Il sous-tend l'idée de se constituer en groupe en vue d'une action collective, comme pour une association.

La France est traditionnellement un État centralisé. Il s'est construit tout à fait différemment des États-Unis. Louis XIV, Napoléon I^{er} et les dirigeants de la III^e République sont autant d'exemples ayant contribué au développement d'un pouvoir centralisé. Aujourd'hui, la décentralisation est inscrite à l'article 72 de la Constitution. Certaines compétences de l'État ont ainsi été transférées durant les années 1980 à des entités distinctes – les collectivités territoriales principalement – dotées de la personnalité morale de droit public. Malgré ce mouvement, la France reste un État au pouvoir central fort. Ainsi, le rôle des acteurs privés est traditionnellement subsidiaire dans la réalisation des missions d'intérêt général.

2. Les modalités de l'intervention publique

La philanthropie est en réalité **un mode de redistribution des richesses**.

Aux États-Unis, dans un premier temps, les individus agissent librement pour s'élever socialement et s'enrichir. Ainsi, les personnes aux plus faibles revenus peuvent atteindre un certain niveau social par le biais de bourses au mérite alimentées par les mécanismes philanthropiques. S'ils parviennent à l'atteindre, dans un second temps, ils participent eux-mêmes à cette redistribution des richesses afin de rendre à la société « give back » ce qui leur a permis leur ascension. L'ensemble de la société étasunienne s'engage dans cette activité à proportion de leurs facultés.

En France, les citoyens, par leurs contributions, cotisations, taxes et impôts, participent à la redistribution des richesses mais c'est l'État, non les personnes privées, qui décide de leur allocation. Ce système est irrigué par un idéal démocratique fort. L'État est garant de la volonté générale. Il a la légitimité démocratique. Les citoyens, par le biais de leurs représentants élus, choisissent la manière dont seront redistribuées les richesses. Les impositions permettent de financer les politiques sociales. Il s'agit d'un **État-Providence**. L'aide publique est un moyen privilégié.

Pour autant, aux États-Unis, l'État intervient par le biais d'exonérations et de réductions fiscales, théorisées comme des « dépenses fiscales » dès 1967. Ce sont autant de recettes auxquelles l'État renonce, constituant un « État-providence dissimulé », **hidden welfare state**. La philanthropie s'inscrit dans ce système de redistribution des richesses et cette vision de l'intervention de l'État.

3. Le lien avec le capitalisme

L'émergence de la philanthropie aux États-Unis a pu être analysée comme **une réponse aux excès du capitalisme**³². Elle y est indissociablement liée.

Les « barons voleurs » de l'ère industrielle, comme Henry Ford, Andrew Carnegie ou John Rockefeller, ont été accusés de prendre d'une main et de donner avec l'autre. Ils s'étaient enrichis grâce à l'industrie du pétrole et de l'acier, en étant intransigeants avec leurs salariés. Puis, ils ont dépensé leur fortune dans l'éducation et les arts.

³² Z. J.ACS, *Why Philanthropy Matters*, Princeton University Press, 2013.

Dès lors les expressions « philanthro-capitalisme » ou « creative capitalism » parfois utilisées³³ peuvent être l'objet de deux analyses.

Elles peuvent être considérées comme redondantes, la philanthropie faisant partie intégrante du système capitaliste, constituant un secteur économique entre l'État et le marché.

Elles peuvent aussi renvoyer à la confusion entre les deux étapes³⁴ du parcours de l'individu : d'une part, l'enrichissement et, d'autre part, le give back. Les nouveaux entrepreneurs se serviraient de leurs actions philanthropiques afin d'améliorer leur image et, in fine, de s'enrichir ou bien de former des personnes dans des pays en voie de développement qui diffuseraient ensuite leur idéologie ou qu'ils pourraient employer. La séparation entre la logique de profit et la logique de philanthropie serait alors brouillée.

Tous ces facteurs de différence sont liés. C'est leur ensemble qui permet d'expliquer le fait que la philanthropie est un phénomène de grande ampleur plutôt ancien aux États-Unis alors qu'il ne se développe que depuis peu en France.

La philanthropie présente ainsi un caractère culturel se traduisant par des manifestations juridiques différentes.

II. L'approche juridique

Pour aborder des questions plus techniques, il faut garder en tête que le système juridique des États-Unis a des fondements, pour partie, différents du nôtre. Deux avertissements au lecteur français peuvent être exposés :

1 Le droit des États-Unis est en réalité composé de 51 droits, à savoir le droit des 50 États fédérés et le droit fédéral.

2 Il s'agit d'un système juridique de common law. Les sources du droit sont appréhendées d'une manière particulière. La jurisprudence a une place importante au sein de celles-ci.

Comme le résume un éminent auteur³⁵, les lois viennent corriger ou compléter les principes dégagés par la jurisprudence. Elles portent souvent sur des points spécifiques et n'ont pas une portée aussi générale que la loi française.

Le phénomène de la philanthropie est complexe. Il sera envisagé, dans les développements suivants, les outils juridiques des États-Unis et leur potentielle introduction en droit français. Il convient alors de distinguer les structures juridiques (A) et les mécanismes de financement (B).

33 V. SEGHERS, La Nouvelle philanthropie (ré)invente-t-elle un capitalisme solidaire ?, éditions Autrement, collection Acteurs de la société, 2009.

34 E. MOROZOV, « Vous avez dit philanthrocapitalisme ? », 26 octobre 2016, Le Monde diplomatique.

35 Selon Roscoe Pound, « la common law considère un acte législatif comme destiné à établir une règle, à prescrire une conséquence de détail pour faire face à une situation de fait de détail, mais non pas comme un point de départ pour un raisonnement juridique. Tandis que le droit civil considère que le rôle de la décision judiciaire est de fournir une règle et qu'il se reporte au code ou au recueil de lois pour trouver des analogies, le praticien de common law trouve une règle dans la disposition législative et se livre à des déductions tirées des décisions judiciaires. Et il ne s'arrête pas là. Il admet que l'acte législatif n'est pas destiné à changer la common law, ou tout au moins qu'il est destiné à ne la changer qu'aussi peu que possible ; de cette façon, il tend, s'il le peut, à le considérer déclaratoire et, en tout cas, lorsqu'il réalise un changement, à l'interpréter strictement », R. POUND, « La législation dans la période de formation du droit américain », in Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert, Paris : Recueil Sirey Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1938, tome I, § 34, p. 415.

A. Les structures juridiques

1. Les structures juridiques traditionnelles

Le droit fiscal fédéral réserve un régime particulier à ces organismes en leur octroyant des avantages fiscaux. Il permet de les catégoriser. Il est, à cet égard, essentiel. Toutefois, c'est le droit des États fédérés qui régit les structures civiles.

a. La taxinomie fédérale par le droit fiscal : charitable organizations ou charities

1. Présentation générale

L'article 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code (IRC), le code fédéral des impôts, définit les charities, ou charitable organizations, comme des personnes morales, caisses de bienfaisance, fonds ou fondations qui sont organisés et fonctionnent exclusivement pour certains buts énumérés, notamment « religieux », « caritatif » ou encore « scientifique ». La Cour suprême des États-Unis³⁶ exige ainsi que toutes les charities remplissent les conditions du code fédéral pour être qualifiées de charitable en common law. Il s'agit des charitable criteria développés par la jurisprudence. L'adjectif « charitable » ou « caritatif », utilisé de façon générique pour qualifier tous ces organismes, englobe l'ensemble des buts non-énumérés dans la liste non exhaustive de l'article précité.

Une autre condition, posée par l'article, du régime avantageux est que les revenus de l'organisme caritatif ne reviennent pas à un actionnaire ou une autre personne. Leurs actifs ne peuvent en aucun cas être distribués aux personnes qui contrôlent l'organisme.

Le droit fiscal fédéral accorde une exonération fiscale à ces charities, comme à tous les organismes sans but lucratif³⁷, non profit organizations. La particularité des charitable organizations que n'ont pas les autres non profit organizations est que les libéralités qui leur sont faites sont déduites d'impôts fédéraux³⁸ pour les disposants.

Ainsi, l'IRS est considéré comme le régulateur central de ces organismes et, plus largement, de tous les organismes sans but lucratif.

En France, l'équivalent de ces charities existe. Un premier ensemble est constitué des organismes sans but lucratif (OSBL). Ceux-ci bénéficient d'une exonération fiscale. Ils ne sont pas soumis aux impôts commerciaux³⁹.

Un sous-ensemble de cette catégorie se compose des organismes mentionnés aux articles 200 et 238 bis du CGI et d'autres organismes d'intérêt général avec des caractères énumérés aux mêmes articles. Nous les appellerons « organismes philanthropiques » pour clarifier le propos. Les donateurs de ces organismes peuvent bénéficier d'une réduction de leur impôt sur le revenu (IR)⁴⁰, impôt sur les sociétés (IS)⁴¹ ou IFI⁴². Les personnes qui leur donnent des biens bénéficieront de ces réductions fiscales. Le législateur entend par ce biais favoriser de telles libéralités pour que les ressources de ces organismes soient plus importantes. Les organismes de ce sous-ensemble sont donc l'équivalent des charities. La construction des articles du CGI est assez proche de celle de l'article 501(c)(3) de l'IRC.

Le même procédé est utilisé par le législateur aux États-Unis et en France.

Le premier avantage fiscal pour encourager la création et le fonctionnement d'organismes sans but lucra-

36 Bob Jones University v. U.S. 461 US 574 (1983).

37 Article 501(3) de l'IRC.

38 Les impositions concernées sont l'impôt sur le revenu (article 170(c)(2) de l'IRC), les droits de succession : (article 2055(c)(2) de l'IRC), impôt sur les donations (article 2522(a)(2) de l'IRC).

39 Exonération de l'impôt sur les sociétés : article 206 1 bis du Code général des impôts (CGI), exonération de la Taxe sur la valeur ajoutée : article 261 et suivants du CGI et exonération de la contribution économique territoriale : article 1461 CGI.

40 Article 200 du CGI.

41 Article 238 bis du CGI.

42 Bien que la réduction sur l'IFI ait des conditions un peu plus strictes. Article 978 du CGI.

tif est l'exonération fiscale. Le second avantage pour certains OSBL particuliers qui ont un rôle social important, les charities et organismes philanthropiques, est la déduction fiscale aux États-Unis et la réduction fiscale en France. Le droit français, avec la réduction fiscale est même plus incitatif que le droit des États-Unis. Certains auteurs étasuniens ont notamment proposé de remplacer la déduction par d'autres procédés⁴³ comme des crédits d'impôt⁴⁴.

2. La sous-distinction : private foundations et public charities

L'article 509 de l'IRC distingue deux catégories de charities : les « private foundations » et les « public charities ».

Aux États-Unis, le terme « foundation » n'a pas de définition juridique⁴⁵.

L'article 509(a) de l'IRC pose une présomption : toutes les charities sont des private foundations. Elles ne seront qualifiées de « public charities » que si elles remplissent des conditions spéciales, des tests⁴⁶. Pour simplifier, le critère de distinction entre ces deux catégories est la manière dont l'organisme est financé, plus précisément le caractère ouvert ou non des ressources. Les premières reçoivent leurs ressources d'une seule personne ou d'un contingent limité de personnes. Inversement, les secondes reçoivent des ressources d'un public beaucoup plus étendu.

Peu de personnes finançant et contrôlant les private foundations, le risque des détournements est plus important pour ces dernières. De nombreux abus ont déjà été commis et constatés. De surcroît, l'État fédéral considère que les public charities satisfont des besoins sociaux plus pressants puisque leur cause est davantage soutenue par le public leur faisant des libéralités. Leur régime est donc plus avantageux que celui des private foundations. A titre d'exemples, les libéralités faites aux public charities ont un plafond de 60 pour cent du revenu brut alors qu'il est de 30 pour cent pour les private foundations⁴⁷. Ces dernières ont des obligations comptables plus importantes et des sanctions plus lourdes en cas d'irrespect de ces prescriptions. Les revenus de leurs placements sont également soumis à une imposition de 2 pour cent alors que les publics charities en sont exonérées⁴⁸.

Malgré un régime moins favorable, les private foundations sont très utilisées, en particulier depuis les années 1990.

Les private foundations peuvent avoir elles-mêmes des activités caritatives. On les appelle les operating foundations. Elles peuvent également ne pas exercer ces activités mais répartir leurs revenus entre différentes autres charities qui auront une activité caritative. Elles sont alors qualifiées de grant-making foundations. C'est le cas par exemple de la fondation Gates.

Une telle distinction n'est pas constatée en droit fiscal français. Les distinctions entre les structures se révèlent davantage en droit civil.

43 E. BRODY, « Reforming Tax Policy with Respect to Nonprofit Organizations », in M. HARDING (dir), *Research handbook on not-for-profit law*, Edward Elgar Publishing, 2018.

44 R. COLINVAUX, B. GALLE, E. STEURLE, *Evaluating the Charitable Contribution Deduction and Proposed Reforms*, Urban Institute, June 2012.

45 J. D. COLOMBO, « Internal Revenue Service and State Revenue Department oversight of nonprofit organizations in the United States », in K. J. HOPT, T. VON HIPPEL, *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010, p. 916.

46 Ils sont établis par l'article 509 de l'IRC et surtout développés par la jurisprudence.

47. Articles 170(b)(1)(B) et (G) de l'IRC.

48. Article 4940 de l'IRC.

b. La taxinomie en droit des États fédérés : les charitable trusts et les nonprofit corporations⁴⁹

La Constitution des États-Unis réserve l'essentiel des questions de droit privé, droit des trusts et droit des sociétés aux États fédérés.

En droit des États fédérés, les organismes caritatifs sont des charitable trusts et des nonprofit corporations. Ces structures peuvent être qualifiées de charities en droit fédéral et bénéficient ainsi de régimes fiscaux avantageux. Les États fédérés ont des droits différents mais il est possible de discerner des tendances générales ci-dessous.

1. Le charitable trust

C'est la structure la plus ancienne. Hérité du droit anglais, il est un type particulier de trust.

Le trust est un rapport juridique et non une véritable personne morale. Le constituant, settlor ou trustor, transfère ses biens à une ou plusieurs personnes, trustees, qui ont l'obligation de les gérer et de les utiliser dans l'intérêt exclusif d'un ou de plusieurs bénéficiaires (beneficiaries) ou à une fin particulière.

Un document de constitution, declaration of trust, doit être rédigé. Le trust est opposable aux tiers. Un transfert de propriété est opéré : le trustee est propriétaire des biens, il a le legal title. Toutefois, les biens du trust sont séparés de son patrimoine.

Concernant le charitable trust, le trustee a des devoirs, equitable duties. Il doit gérer les biens dans un but caritatif en respectant les conditions posées par le settlor. Le charitable trust est différent des autres trusts. En premier lieu, quant à ses fins, il doit bénéficier à la communauté et non à des individus. Les biens doivent être gérés dans un but caritatif. Contrairement aux autres trusts, il ne peut donc être annulé en raison de beneficiaries indéfinis ou incertains. Par conséquent, le settlor n'a pas à désigner des beneficiaries. Il doit seulement décrire de manière précise son but, juridiquement qualifié de caritatif, charitable. En second lieu, quant à sa durée, le charitable trust peut ne pas être limité dans le temps.

Le charitable trust est une forme privilégiée pour les grant-making foundations. C'est un outil souple : sa formation est rapide et les formalités durant son fonctionnement sont légères.

Néanmoins, la structure la plus utilisée reste la nonprofit corporation. Il s'agit d'une personne morale. Elle doit être enregistrée. Elle est régie par le droit de l'État dans lequel son enregistrement a été fait. Elle doit se conformer à un nombre plus important de formalités que le charitable trust lors de sa création et de sa dissolution. Cependant, sa gouvernance est plus flexible, en particulier en cas de changement de circonstances. Peu de règles sont impératives en la matière et l'essentiel est supplétif. La nonprofit corporation n'a pas de limitation dans le temps. Ses dirigeants ont des devoirs moins importants que les trustees et ont une responsabilité limitée.

Outre ces généralités qui concernent tous les États fédérés, ces derniers suivent une des deux logiques suivantes.

Une première est de distinguer les sociétés, à but lucratif, et les nonprofit corporations. Les États opèrent ensuite des distinctions entre plusieurs types de nonprofit corporations. Dans la majorité des cas, ces États ont adopté un modèle de loi procédant à ces distinctions, le Revised Model Nonprofit Corporation Act de 1987, lui-même inspiré de la législation des États de New York et de la Californie. La majorité des États fédérés est concernée⁵⁰.

Une seconde logique consiste à ne pas avoir de loi spéciale pour les nonprofit corporations et d'appliquer le droit commun des sociétés à ces entités. C'est par exemple le cas au Delaware.

En droit français, les structures juridiques sur lesquelles s'appuie la philanthropie sont les fondations, asso-

49 M. R. FREMONT-SMITH, *Governing Nonprofit Organizations: Federal and State Law and Regulation*, Harvard University Press, 2004.

50 Arkansas, Indiana, Mississippi, Montana, North Carolina, South Carolina, Tennessee, Washington et Wyoming. En outre, la législation de près de la moitié des États, sans adopter formellement le modèle de loi, suit globalement ses dispositions. Presque tous les États ont ainsi promulgué une loi suivant plus ou moins le modèle.

ciations d'intérêt général et fonds de dotation⁵¹. Il existe plusieurs catégories de fondations : les fondations reconnues d'utilité publique⁵², les fondations dites « abritées » ou « sous égide »⁵³ et les fondations d'entreprise⁵⁴. Elles réalisent une œuvre d'intérêt général. Des fondations spécifiques s'y ajoutent : les fondations de coopération scientifique⁵⁵, les fondations partenariales⁵⁶, les fondations universitaires⁵⁷ et les fondations hospitalières⁵⁸. Si la fondation de coopération scientifique a la particularité de n'intervenir que dans le domaine de la recherche et de l'enseignement, ces trois dernières fondations doivent réaliser une œuvre d'intérêt général dans un domaine particulier : des missions de service public de l'enseignement supérieur, pour les fondations partenariales et les fondations universitaires, et des missions de recherche pour les fondations hospitalières. Toutes les fondations, à l'exception des fondations sous égide et fondations universitaires, ont la personnalité morale. Pour l'obtenir, elles doivent avoir une autorisation des autorités publiques et, pour certaines, leurs statuts doivent avoir été approuvés.

Quant aux associations d'intérêt général, elles peuvent être simplement déclarées⁵⁹ ou bien constituer des associations reconnues d'utilité publique. La reconnaissance d'utilité publique⁶⁰ est accordée par le ministre de l'intérieur, après consultation des diverses autorités et avis du Conseil d'État.

Les fonds de dotation sont en réalité une forme de fondation simplifiée. Ils concourent également à l'intérêt général. Ils sont créés par une simple déclaration en préfecture, et ne nécessitent pas d'autorisation des autorités administratives. Cela illustre le passage d'un système d'autorisation à un système de déclaration, une nouveauté en 2008.

Les structures nécessitant une autorisation sont moins souples que les structures étasuniennes. Les structures civiles françaises demeurent leur équivalent car elles réalisent une œuvre d'intérêt général au même titre que les structures étasuniennes qui ont un but caritatif. Leurs régimes sont également similaires.

- Les nonprofit corporations ont la personnalité morale tout comme la majorité des structures françaises. Leurs formalités lors de la création sont analogues.
- Le charitable trust, n'étant pas une personne morale, semble à première vue très différent des structures françaises. Cependant, comme il a pu être souligné dès 1999⁶¹, les fondations reconnues d'utilité publique (FRUP) et les charitable trusts sont tous deux une affectation de droits à une fin particulière et ont un régime analogue. En particulier ils sont soumis aux mêmes types de contrôles et vérifications lors de leur fonctionnement. Ils répondent convenablement aux mêmes fins.

La FRUP est d'ailleurs directement d'inspiration anglo-américaine comme le précise un avis de la Commission des affaires culturelles au Sénat de 1986. Son régime est la transposition de celui du charitable trust. Le caractère similaire de leur régime a d'ailleurs été confirmé s'agissant d'un charitable trust anglais par la Cour administrative d'appel de Versailles⁶². Il faut néanmoins préciser que la transposition en droit français, ou « greffe juridique », s'est accompagnée d'une adaptation à notre droit en ajoutant un contrôle a priori.

Une autre transposition des règles du trust en droit français est la fiducie. Aux termes de l'article 2011 du Code civil, « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit

51 Pour des développements sur ce dernier, voir infra.

52 Article 18 et suivants de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat.

53 Article 20 de la même loi.

54 Articles 19 à 19-13 de la même loi.

55 Articles L 344-11 et suivants du Code de la recherche.

56 Article L 719-13 du Code de l'éducation.

57 Article L 719-12 du Code de l'éducation.

58 Article 6141-7-3 du Code de la santé publique.

59 Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

60 Articles 10 et 11 de la loi de 1901.

61 F. BARRIERE, « Charitable trust anglo-américain et fondations françaises : des moyens analogues de protection du patrimoine naturel ou culturel », in *Fondation et trust dans la protection du patrimoine*, L'Harmattan, 1999, p. 89-102.

62 CAA Versailles, 6ème Chambre, Arrêt n° 14VE01214 du 19 mai 2016 : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Wellcome Trust se trouve dans une situation objectivement comparable à une fondation française reconnue d'utilité publique ».

d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Les praticiens ont évoqué la nouvelle possibilité d'utiliser cet outil afin de réaliser un projet philanthropique. Ils l'ont appelée « fiducie philanthropique. ». Elle consisterait à confier des biens à une personne, comme un notaire ou une banque, afin de réaliser un objectif d'intérêt général⁶³. Si les textes semblent permettre une telle utilisation, nous n'avons pas connaissance du développement d'une telle pratique en France.

Le trust a donc été l'inspiration des FRUP et de la fiducie. Cependant, les traductions de ces mécanismes en droit français diffèrent sensiblement de leur modèle étasunien. Leur adaptation en France n'a pas permis de développer de manière aussi importante le phénomène qu'il ne l'est aux États-Unis.

Au-delà de ces structures traditionnelles existent nouvellement les structures commerciales utilisées à des fins philanthropiques.

2. Les structures commerciales utilisées pour la philanthropie

Une nouvelle pratique⁶⁴, initiée par Google en 2008 et suivie, notamment, par Mark Zuckerberg en 2015, est celle de choisir une structure commerciale selon le droit des États fédérés et de renoncer aux avantages fiscaux fédéraux. Ils font le choix de ne pas créer de charity. Pour autant, leurs structures peuvent avoir des activités philanthropiques, ne serait-ce qu'en donnant elles-mêmes à des charities. Les structures utilisées ne sont donc pas celles décrites précédemment. Mark Zuckerberg et son épouse Priscilla Chan ont créé une « limited liability company » (LLC)⁶⁵. Pour Google, ce n'est pas une structure spéciale qui a été créée, mais une branche de la société commerciale qui a été dédiée à la philanthropie⁶⁶.

L'utilisation de la LLC s'est répandue parmi les milliardaires de la Silicon Valley qui sont parfois appelés « nouveaux philanthropes ». La LLC est une société qui existe dans plusieurs États fédérés. Selon le droit de ces derniers, leur objet social, souple, n'est pas limité à la réalisation de bénéfices et peut ainsi comprendre des activités philanthropiques.

Ceux-ci trouvent de nombreux avantages à utiliser des LLC et non des structures utilisées traditionnellement pour la philanthropie.

Tout d'abord, ce sont des outils d'une grande flexibilité. Les LLC peuvent faire des grants à des charities, comme le feraient des grant-making foundations, mais elles peuvent également en faire à des sociétés, cette fois à but lucratif. Elles peuvent aussi financer des campagnes électorales et faire du lobbying, alors que les charities ne le peuvent pas⁶⁷. Les créateurs ont un contrôle plus important sur la société qu'ils n'en auraient sur une charity. De surcroît, si le régime fiscal avantageux des charities a pour contrepartie des contrôles importants par l'IRS, les LLC ont l'avantage d'avoir moins d'obligations de transparence. Toutefois, les LLC, qui répondraient à l'ensemble des critères des charities, pourraient bénéficier des avantages fiscaux si elles en font la demande. Cette situation découle du fait que le système des avantages fiscaux aux États-Unis repose sur une démarche volontaire des bénéficiaires. À défaut de demande de leur part, les organismes aux activités philanthropiques n'en bénéficieront pas et ces avantages ne pourront leur être imposés.

Les « nouveaux philanthropes » préfèrent ainsi utiliser une structure commerciale et rester libres d'avoir une activité philanthropique, plutôt que de créer une charity qui aurait des avantages fiscaux, mais dont la gestion serait moins libre ou plus contrôlée. On parle alors d'hybridation car ces structures ont une activité aussi bien commerciale que philanthropique. Certains auteurs⁶⁸ ont pu souligner que ce choix (« exit option ») d'une structure commerciale plutôt qu'une structure caritative réduit l'efficacité du droit pour

63 <http://fiduciephilanthropique.fr/fiduciePhi.htm>.

64 E. FRANKLIN AMARANTEA, « The Perils of Philanthrocapitalism », 78 Md. L. Rev. 1, 2018.

65 D. BRAKMAN REISER, Disruptive Philanthropy: Chan-Zuckerberg, the Limited Liability Company, and the Millionaire Next Door, 70 Florida L. Rev. 2018, p. 921 et s.

66 D. BRAKMAN REISER, « For-Profit Philanthropy », 77 Fordham L. Rev. p. 2437, 2009.

67 Articles 4911 et 4945 de l'IRC.

68 D. J. HEMEL, « Tangled Up in Tax: The Nonprofit Sector and the Federal Tax System », 2019.

réguler la philanthropie. Il faut cependant relativiser l'importance de cette tendance car d'autres philanthropes choisissent toujours les charités comme structure en raison des retombées en termes d'image et de réputation qui leur sont attachées.

Une telle démarche semble possible en France. Toutefois, les avantages fiscaux sont souvent un motif des libéralités, ils sont recherchés dans l'utilisation de la philanthropie en France. C'est pourquoi de tels procédés sont peu utilisés.

Un autre type d'hybridation est admis en droit français. Une FRUP, organisme philanthropique, peut détenir des actions ou parts d'une société de manière majoritaire⁶⁹.

Un nouvel outil juridique a accentué ce mouvement. Le fonds de pérennité a été introduit récemment en droit français⁷⁰. Aux termes de l'article 177, I de la loi PACTE, « le fonds de pérennité est constitué par l'apport gratuit et irrévocable des titres de capital ou de parts sociales d'une ou de plusieurs sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, ou détenant directement ou indirectement des participations dans une ou plusieurs sociétés exerçant une telle activité, réalisé par un ou plusieurs fondateurs afin que ce fonds gère ces titres ou parts, exerce les droits qui y sont attachés et utilise ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de cette ou de ces sociétés et puisse réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général ». Leur but est de détenir des droits et parts de société afin de prévenir des acquisitions hostiles. Ils peuvent également réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général. Ainsi, une même structure peut réaliser une mission d'intérêt général, mais aussi défendre des intérêts particuliers, ceux de la société. Toutefois, ces hybridations sont bien différentes de celle opérée par les philanthropes étasuniens puisque ce sont des structures philanthropiques qui peuvent être utilisées dans des intérêts particuliers.

Les structures commerciales ont leur propre mode de financement qui repose en partie sur les bénéfices réalisés par les sociétés commerciales. Inversement, les structures caritatives ou philanthropiques peuvent réaliser des activités lucratives mais celles-ci sont très encadrées et contrôlées. Elles ont néanmoins besoin de fonds pour poursuivre et réaliser leurs activités philanthropiques. A cette fin, différents mécanismes de financement sont à leur disposition.

B. Les mécanismes de financement

Les structures juridiques ont une palette de possibilités pour obtenir des ressources. Dans le cadre de cette étude ne seront abordés que les mécanismes eux-mêmes philanthropiques. Certains mécanismes sont classiques et d'autres plus évolués.

1. Les mécanismes classiques

a. Présentation générale : les libéralités simples

Les libéralités classiques faites aux structures juridiques philanthropiques constituent des outils sur lesquels s'appuie la philanthropie aux États-Unis. Il s'agit des gifts ou donative transfers of property, c'est-à-dire les transferts volontaires de biens sans contrepartie. Ils comprennent les devises et bequests, correspondant aux transferts volontaires de biens par testament, et les inter vivos gifts, correspondant aux transferts volontaires de biens entre vifs. Ils trouvent leur équivalent en France en les legs et donations. Ces libéralités consenties aux organismes philanthropiques permettent au disposant d'obtenir les déductions fiscales aux États-Unis et les réductions fiscales en France. Traditionnellement, comme l'illustre la célèbre phrase d'Andrew Carnegie, « tout homme qui meurt riche meurt déshonoré ». L'idée est de rendre à la société

69 Loi n° 87-571 du 23 juill. 1987, JO du 24, mod., article 18-3 introduit par la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

70 Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi PACTE ».

– « give back » – et, prioritairement, avant son décès. Il s'agit de faire des donations⁷¹. Mais les legs sont devenus de plus en plus courants. L'initiative Giving Pledge concerne les donations et legs.

S'agissant de ces libéralités, la réserve héréditaire française est parfois présentée comme un frein à la philanthropie car elle réduirait les ressources possibles. Toutefois, il s'agit d'un cas bien précis. Lorsqu'un disposant a un ou plusieurs héritiers réservataires, descendant ou conjoint survivant, et il ne peut pas, sans porter atteinte à la réserve, faire une libéralité dont la valeur dépasse celle de la quotité disponible (cette dernière variant du quart aux trois-quarts de l'ensemble des biens du défunt suivant le nombre d'héritiers réservataires).

Cependant, cette difficulté peut être résolue par la renonciation, anticipée ou non, à l'action en réduction par l'héritier concerné.

Elle peut être faite, expressément ou tacitement dès lors qu'elle n'est pas équivoque, à partir de l'ouverture de la succession. Surtout, elle peut désormais⁷² être faite de façon anticipée⁷³, avant l'ouverture de la succession. Cette dernière possibilité semble une option opportune pour les philanthropes français.

1. Les libéralités planifiées : planned giving

En pratique, se sont développées des techniques permettant aux philanthropes de faire des libéralités tout en bénéficiant d'avantages financiers et fiscaux. Ces techniques sont regroupées sous l'appellation non juridique de *planned giving* ou *deferred giving*.

Il s'agit de libéralités dites de *partial interest in property*, équivalent étasunien du démembrement de propriété français. Ces libéralités bénéficieront d'avantages fiscaux fédéraux seulement si elles sont faites sous la forme d'un *trust*⁷⁴. Ces trusts utilisant le démembrement de propriété s'appellent des *split-interests trusts*. Ils peuvent schématiquement être divisés en deux catégories, les *charitable remainder trusts* et les *charitable lead trusts*.

1.a. Les charitable remainder trusts (CRT)

Le settlor transfère le *remainder interest*, c'est-à-dire la nue-propriété d'un bien à une *charity*. Il garde l'*income interest*, l'*usufruit*, ou le transfère à d'autres bénéficiaires. Ce trust peut être fait de la vie du donateur, *inter vivos*, ou bien par voie testamentaire.

Le settlor bénéficiera d'une déduction fiscale en matière d'impôt sur le revenu. Il existe plusieurs variations de ce trust, le *pooled income fund* ou le *charitable remainder annuity trust* par exemple. Le premier implique un fonds composé de biens transférés par plusieurs personnes, et non une seule personne, à une *charity*. Pour le second, un montant fixe sera distribué à l'*usufruitier*, *income payments*, correspondant à un pourcentage de la valeur du bien transmis.

Ces techniques permettent au settlor de s'assurer du maintien de ses conditions d'existence en s'assurant un revenu, s'il s'agit d'un trust *inter vivos* et de bénéficier de la déduction fiscale.

1.b. Les charitable lead trusts (CLT)

Inversement, pour créer un *charitable lead trust*, le settlor transfère l'*income interest* à la *charity*. Il garde ou transfère à d'autres personnes le *remainder interest*. Il doit être fait *inter vivos*, cela ne peut être qu'un trust *inter vivos*.

71 « The man who dies thus rich dies disgraced. », A. CARNEGIE, *The Gospel of Wealth*, 1889.

72 Possibilité consacrée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

73 Article 929 du Code civil.

74 Article 170(f)(3)(A) de l'IRC.

Les revenus payés à la charity, income payments, seront déduits au titre de l'impôt sur le revenu du settlor. Ces techniques sont développées aux États-Unis et il en existe de nombreuses variantes.

En France, des stratégies patrimoniales similaires existent. Il s'agit des libéralités en usufruit et des libéralités en nue-propriété. Le disposant, plein propriétaire, peut ainsi donner ou léguer l'usufruit à un organisme philanthropique. Sur le plan fiscal, pour les donations d'usufruit de biens immobiliers, le bien est considéré comme compris dans le patrimoine de l'usufruitier pour sa valeur en pleine propriété⁷⁵. Or, l'usufruitier étant une personne morale, il n'est pas assujéti à l'IFI. Par conséquent, le donateur et nu-propriétaire n'a rien à déclarer pour ce bien au titre de l'IFI. Le bien sort ainsi de l'assiette de cet impôt pendant la durée de l'usufruit⁷⁶.

Le disposant, plein propriétaire, peut également disposer de la seule nue-propriété⁷⁷. Le plus souvent, elle sera entre vifs par le biais d'une donation avec réserve d'usufruit. Le donateur ne « sent » ainsi pas la donation et les droits de mutation sont plus faibles.

2. Les mécanismes évolués

a. Les endowment funds

L'endowment fund est un mécanisme très ancien, issu de la common law et très utilisé. Il peut être défini comme une agrégation d'actifs détenus pour être investis par un organisme caritatif. Les revenus de l'investissement de ces actifs sont affectés à cet organisme, pour ses programmes ou son utilisation générale. Les actifs ne doivent, en principe, pas être dépensés. Seuls leurs revenus le seront. L'endowment fund est adossé à l'organisme caritatif qu'il finance, la legal structure.

Ce mécanisme a été introduit en droit français⁷⁸. Il s'agit du fonds de dotation. L'article 140 I alinéa premier de la loi LME en donne une définition : « le fonds de dotation est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général ».

Le fonds de dotation n'est pas uniquement d'inspiration anglo-américaine, il reprend certains éléments des fondations et associations françaises. Contrairement à l'endowment fund, il s'agit d'une personne morale. Il a donc une dénomination, une nationalité et un domicile propre.

Les dépenses du fonds de dotation peuvent être gérées de deux manières différentes. Si le fonds de dotation réalise directement des activités d'intérêt général, il s'agira d'un fonds de dotation opérationnel. Les dépenses du fonds de dotation sont alors directement affectées à cette activité. S'il le fait de manière indirecte en finançant un ou des organismes philanthropiques, il s'agira d'un fonds de dotation de redistribution. Il redistribuera alors les revenus de la dotation à cet organisme.

Le fonds de dotation opérationnel ressemble alors beaucoup à une operating foundation étasunienne qui utiliserait un endowment fund comme mode de financement et le fonds de dotation de redistribution à une grant-making foundation étasunienne utilisant un endowment fund comme mode de financement.

La gestion des dépenses est encadrée par la loi de manière large en France et aux États-Unis.

⁷⁵ Article 968 du CGI.

⁷⁶ Adde BOI-PAT-IFI-20-20-30-10-20180608.

⁷⁷ Article 949 du Code civil.

⁷⁸ Par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, JO du 5, Modernisation de l'économie (LME).

b. Les donor-advised funds

Le fonctionnement de ces nouveaux fonds est simple : un donateur donne un ou plusieurs biens à une charity et bénéficie d'une déduction fiscale, mais garde la prérogative de conseiller la manière dont ses biens vont être utilisés. Il s'agit d'un mécanisme très controversé aux États-Unis qui existait, de fait, avant 2006. Le droit applicable n'était alors pas certain. Il a été défini en 2006 par l'article 4966(d)(2) de l'IRC : « un fonds ou un compte »

- (i) qui est séparément identifié par la référence aux contributions du ou des donateurs,
- (ii) qui est la propriété et qui est contrôlé par un organisme parrain [sponsoring organization], et
- (iii) sur lequel le donateur (ou toute personne nommée ou désignée par un tel donateur) a, ou est raisonnablement présumé avoir, des privilèges de conseils concernant la distribution ou l'investissement des sommes détenues par un tel fonds ou compte en raison du statut de donateur de ce dernier. »

Selon la section 4966(d)(1) de l'IRC, la sponsoring organization ne peut pas être une private foundation. Il s'agira d'une public charity.

Des débats ont eu lieu quant à sa nature juridique. Les praticiens et auteurs se demandaient s'il s'agissait d'une donation. Dans l'affirmative, la déduction fiscale était possible. Si la réponse était négative, aucune déduction fiscale n'en résultait. Une autre incertitude concernait son régime. Ils ne savaient pas si les « conseils » du donateur étaient obligatoires juridiquement.

L'IRS a répondu qu'une fois que le donateur a fait la contribution, c'est l'organisme caritatif qui le contrôle juridiquement. Il s'agit donc d'une véritable donation à une charity. Les donateurs peuvent ainsi bénéficier de la déduction fiscale, deduction for a charitable contribution. Toutefois, le donateur ou son mandataire garde un privilège pour donner des conseils quant à la distribution des fonds et de leur investissement. Ces conseils ne sont pas obligatoires.

De nombreux abus ont déjà eu lieu. Par conséquent, l'IRS a durci sa politique. Il peut interdire les déductions fiscales pour les contributions faites au fonds, imposer des pénalités, excise tax, à la sponsoring organization et aux gestionnaires du fonds et révoquer l'exonération fiscale de la charity.

Malgré ces clarifications, beaucoup d'incertitudes persistent quant à sa réglementation et il faudra probablement attendre des litiges pour pouvoir avoir des précisions par la jurisprudence⁷⁹.

On pourrait penser que l'introduction en droit français d'un tel outil spécifique se heurterait à l'esprit de la donation et de l'exigence du dépouillement actuel du donateur⁸⁰. Toutefois, il est possible de voir en un tel mécanisme une libéralité avec charge, c'est-à-dire une libéralité qui stipule une obligation dont le donataire ou le légataire est débiteur. La charge serait alors, pour l'organisme philanthropique, de prendre connaissance de l'avis du donateur quant à l'utilisation des biens. Toutefois, l'organisme n'aurait pas l'obligation de les suivre.

Un avantage de l'introduction en droit français de cet outil serait d'inciter aux donations. Une personne transférerait des biens plus facilement en sachant qu'elle peut donner des conseils quant à leur investissement. Cela serait bénéfique aux organismes philanthropiques. Toutefois, au vu des tâtonnements et difficultés que rencontre le droit des États-Unis, il n'est peut-être pas pertinent de transposer ces règles.

79 R. COLINVAUX, « Donor Advised Funds: Charitable Spending Vehicles for 21st Century Philanthropy », 92 Wash. L. Rev. 39 (2017).
80 Article 894 du Code civil.

Conclusion

La majorité des outils juridiques philanthropiques étasuniens se retrouvent en droit français, soit parce qu'ils trouvent un équivalent dans des outils juridiques préexistant en France, soit en raison d'une greffe juridique. Dans ce dernier cas, ces outils ont été transposés mais adaptés au système juridique français, comme c'est le cas pour le fonds de dotation.

Malgré l'existence dans notre système juridique de dispositions permettant l'expansion de la philanthropie, celle-ci ne prospère pas en France avec la même ampleur qu'aux États-Unis. Transposer des mécanismes et outils juridiques de common law n'assure pas nécessairement leur succès en France. La cause de leur utilisation aux États-Unis semble plus culturelle que juridique. Cette problématique se retrouve dans le cadre de la réserve héréditaire, tradition juridique française. Bien que pouvant constituer un frein à la philanthropie, son assouplissement ne peut garantir l'expansion du phénomène dans notre pays.

Contribution de Gérard Champenois

Professeur émérite de droit privé
à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

La question posée est celle de l'opportunité et de la légitimité de la réserve héréditaire. Faut-il la maintenir, la réformer ou, au contraire, la supprimer ?

J'essaierai de répondre à ces questions en deux temps :

- en envisageant, tout d'abord, le principe de la réserve ;
- en évoquant, ensuite, quelques points plus particuliers liés notamment à l'articulation entre les régimes matrimoniaux et le sort du conjoint survivant.

I. Le principe de la réserve

Il s'agira ici essentiellement de la réserve des descendants.

A. Les justifications classiques

Deux justifications majeures sont avancées.

1. La solidarité familiale

Le propriétaire n'a pas un pouvoir absolu sur ses biens (v. l'article 544 du code civil qui pose le principe d'une telle limitation). La propriété privée est grevée d'une affectation familiale dans la tradition du droit français. Il existe un devoir envers les générations futures qui consiste à leur transmettre à titre gratuit une partie de ses biens.

2. L'égalité entre les enfants

C'est une égalité relative puisqu'on peut disposer à titre gratuit au minimum du quart de son patrimoine et au maximum de la moitié. C'est donc plutôt une limite à l'inégalité : le droit français réalise ainsi un équilibre entre la protection de la familiale et la liberté de disposer à titre gratuit.

B. Leur remise en cause

Cette remise en cause est-elle justifiée ? Pour ma part, j'en doute.

1°. Sans pouvoir m'appuyer sur des études sociologiques contemporaines, j'ai le sentiment que les Français sont attachés à cette forme d'égalité. Tout donner (ou léguer) à un enfant, ou inversement à un tiers, ne paraît pas juste à la majorité.

2°. Quant à la solidarité (autre valeur fondamentale), personne, à ma connaissance, ne l'écarte de façon absolue. Certains pensent que l'on pourrait remplacer la réserve par un devoir d'entraide au profit d'enfants dans une situation difficile voire misérable, une autre obligation alimentaire contre la succession. C'est la solidarité au niveau minimum. Si je suis bien informé, c'est le système retenu dans les pays de Common Law. Les enfants dans une situation précaire obtiennent des revenus, alors que la réserve, telle que nous la connaissons, donne a priori droit à un capital.

Pour ma part, je ne suis pas séduit par cette proposition, pour deux raisons principales :

- nous ignorons (en tout cas j'ignore) comme cela fonctionne dans les pays de Common Law et avec quels résultats concrets ;
- pratiquement, une intervention du juge est probablement indispensable. On irait alors à contre-courant de la déjudiciarisation actuellement mise en œuvre. Les « quanta » de la réserve et de la quotité disponible (C. civ., art. 913) présentent l'avantage d'échapper à l'arbitrage du juge.

Les deux justifications de la réserve conservent donc leur force. Mais de nouveaux arguments sont avancés aujourd'hui pour limiter voire supprimer la réserve.

c. Les nouveaux arguments contre la réserve

J'en retiendrai deux :

- La réserve serait un obstacle à la transmission des entreprises (surtout type PME, celle qui ne s'épanouissent pas dans le droit des sociétés). L'objection a une certaine force : l'héritier choisi pour succéder peut être dans l'incapacité d'indemniser ses cohéritiers même en bénéficiant de la quotité disponible. La solution est peut-être à rechercher au niveau du financement et dans une nouvelle approche de l'attribution préférentielle qui prendrait en compte les conditions de survie de l'entreprise et leurs incidences sur sa valeur vénale. Le problème est important mais malgré tout trop particulier pour justifier une remise en cause totale de la réserve. Enfin, il ne faut pas oublier que le droit civil peut offrir des solutions, notamment par une utilisation judicieuse de la renonciation anticipée à l'action en réduction.
- Permettre l'épanouissement de la philanthropie : pour le commun des mortels, la quotité disponible actuelle me paraît suffire, d'autant que ces libéralités sont fiscalement favorisées, ce qui accroît la capacité de don (c'est l'argument : un don de 100 euros ne va coûter que 25 euros). La question se pose différemment pour les « grandes fortunes ». On pense aux multimillionnaires ou milliardaires qui créent des fondations en y affectant une partie substantielle de leur patrimoine. Mais il ne me paraît pas possible de bouleverser le droit commun pour une infime minorité, même si celle-ci est tout à fait respectable.

Esquisse d'une conclusion provisoire – Finalement, le status quo me paraît préférable, d'autant que des assouplissements sérieux ont déjà été apportés :

- la RAAR, que j'ai déjà citée ;
- la généralisation de la réduction en valeur, même si, à mon sens, on est allé un peu loin (pourquoi écarter la réduction en nature lorsque ce sont des dispositions testamentaires qui empiètent sur la réserve ?) et un peu vite (la liquidation et le paiement de l'indemnité de réduction sont encore mal fixés) ;
- l'assurance-vie, instrument de transmission du patrimoine : les solutions sont parfois vivement critiquées (elle sert à contourner la réserve) mais elles ne semblent pas remises en cause ;

Si l'on veut malgré tout tenir compte de certaines critiques et élargir la liberté de disposer à titre gratuit, deux réformes sont envisageables :

- 1°. Fixer la quotité disponible ne varietur à $\frac{1}{2}$, comme l'avait proposé il y a une vingtaine d'années Mme Irène Théry. Le droit belge vient d'adopter une réforme de ce type en 2017. Réforme qui ne fait pas l'unanimité (v., par exemple, les critiques du Professeur J.-L. Renchon). Lors de la discussion, a été évoquée une variante : une réserve d' $\frac{1}{2}$ en présence d'un enfant ; une réserve de $\frac{2}{3}$ en présence de deux enfants. La proposition est intéressante : elle tient compte de la composition de la famille, tout en restant forfaitaire et simple. Il est compréhensible de mettre à part l'enfant unique, qui exclut évidemment la question de l'égalité entre les enfants.
- 2°. Prendre en compte le cas des parents totalement délaissés par leurs enfants (voire en conflit durable avec eux). J'avais fait un rapprochement discutable (et même inexact) avec l'indignité successorale. Les enfants (qui ont rompu toute relation avec leurs parents depuis des lustres) resteraient héritiers mais les parents « abandonnés » pourraient s'affranchir, au moins partiellement, des contraintes de la réserve. Cela leur permettrait un surcroît de libéralités au profit, notamment, de ceux qui les accompagnent dans leur vie quotidienne. Une difficulté pourrait surgir en cas de remords de dernière heure et de retour du « fils prodigue ».

II. L'articulation avec les régimes matrimoniaux et la situation du conjoint survivant

S'agissant d'un couple marié, il faut distinguer selon que l'entente ou la discorde règne au sein du couple. En effet, les problèmes liés à la réserve ne sont pas les mêmes.

A. L'affection, l'amour

C'est la réserve des enfants qui est alors concernée.

Le premier élément notable, c'est l'existence d'une quotité disponible spéciale entre époux. Les droits des enfants peuvent être réduits à la nue-propriété à concurrence des $\frac{3}{4}$ de la succession. Ce n'est pas nouveau. Cela remonte à 1963 et ne paraît pas remis en cause aujourd'hui. Toutefois, un problème peut exister en cas de remariage (famille recomposée). Le second conjoint peut avoir le même âge que les enfants nés de la première union. Le droit à la réserve paraît à ces derniers un peu théorique. Cette situation reste minoritaire mais elle est peut-être plus fréquente qu'autrefois. En dépit de cet inconvénient possible, la faveur pour le conjoint survivant semble l'emporter dans l'esprit de la majorité.

Le second élément à retenir concerne l'incidence des avantages matrimoniaux. La question se pose notamment lorsqu'un changement de régime matrimonial conduit les époux à adopter la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale. La succession de celui qui précède peut être vide. La réserve des enfants est alors réduite à zéro. Certes, les enfants ont vocation à recueillir les biens dans la succession du second parent. Mais c'est un pari.

A l'époque où l'homologation judiciaire était systématique, le juge vérifiait la conformité du changement à l'intérêt de la famille, ce qui pouvait protéger les enfants. Aujourd'hui, il faudrait que ces enfants (majeurs) fassent opposition.

Cela dit, ces avantages matrimoniaux ne peuvent être qualifiés de libéralités. En outre, il serait difficile de défendre la réserve, dans un cas limite, alors que la tendance générale est à sa limitation.

B. La discorde, voire la haine

La question de la réserve se pose cette fois à propos du conjoint survivant. Peut-on écarter complètement son conjoint de sa succession.

Lorsqu'il s'agit d'époux simplement « insouciants » (qui n'ont rien prévu), la loi, depuis la réforme de 2001 et de 2006, protège le conjoint survivant. Certains droits sont impossibles ou difficiles à écarter, ce qui évoque un peu l'idée de la réserve : le droit temporaire au logement (qui est d'ordre public) et le droit viager au logement (il faut un testament authentique pour le supprimer).

Remarques : lors de la discussion et au cours de mon audition du 5 septembre, deux questions ont été soulevées.

- 1°. Il est généralement admis que le droit viager au logement ne peut être écarté lorsqu'il porte sur un bien commun. Pour supprimer toute discussion, il est proposé d'inscrire cette solution dans la loi. Je partage ce point de vue.
- 2°. Un arrêt récent (Civ. 1re, 22 mai 2019) a fait apparaître que le droit au logement pouvait disparaître dans l'hypothèse suivante : l'époux à qui appartient en propre le logement en donne la nue-propriété en réservant l'usufruit pour lui seul. On s'est demandé si une correction législative n'était pas souhaitable, soit en exigeant que l'acte de disposition prévoie une réversibilité au profit du conjoint, soit en soumettant l'acte de disposition à la cogestion. Lors de l'entretien, j'avais opiné pour la première solution. Réflexion faite, je penche pour la seconde pour les raisons suivantes :

- il est excessif d'imposer une protection (la réversibilité de l'usufruit) au profit de celui qui peut estimer ne pas en avoir besoin ;
- la cogestion protège le conjoint contre un risque. Si ce risque lui paraît inexistant, il consent à l'acte. Dans le cas contraire, il doit motiver son refus en exigeant une garantie (la réversibilité de l'usufruit ou une garantie analogue). Mais il ne doit pas pouvoir simplement refuser de consentir, car l'époux propriétaire est a priori libre de disposer de la nue-propriété de son bien. Un éventuel désaccord entre époux pourrait relever de l'article 217 du code civil.

De l'oubli on peut passer à l'hostilité. Qu'en est-il si un époux veut dépouiller complètement son conjoint, ce qui est a priori plus facile si les époux sont séparés et non communs en biens ? La loi prévoit dans ce cas une réserve d'un quart, en l'absence de descendant (C. civ., art. 914-1). Ce texte ne semble guère donner lieu à application. Certains suggèrent de l'abroger. Mais il serait utile de connaître les raisons de cette non-application et de préciser les inconvénients résultant de l'existence de ce texte (empêcher la libre disposition de biens au profit de parents plus éloigné ou de tiers ?). Autant il est souhaitable d'encourager les libéralités et les avantages entre époux ; autant une réserve au profit du conjoint laisse quelque peu sceptique, car sur l'union plane la possibilité d'un divorce. Cela crée une différence irréductible avec les enfants : on ne divorce pas de ses enfants.

Pour finir, quelques remarques sur les couples non mariés et, plus précisément, sur le partenaire survivant, dans le cas où le couple est uni par un Pacs.

- 1°.** Pour faire du partenaire un réservataire, il faudrait d'abord en faire un héritier, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. La facilité de la rupture du Pacs (qui peut être unilatérale) ne serait-elle pas un obstacle décisif ?
- 2°.** Les libéralités entre partenaires sont encouragées (depuis 2007, il n'y a plus de droits de mutation par décès, comme pour les époux). N'est-ce pas la bonne voie ?
- 3°.** Les libéralités sont possibles dans les limites de la quotité disponible ordinaire. La réserve des enfants paraît alors mieux protégée.

Une réforme en ce domaine poserait la question de savoir s'il faut ou non davantage « matrimonialiser » le Pacs.

Contribution de Chantal Delsol

Philosophe, Membre de l'Institut
(Académie des sciences morales et politiques)

Mon incompetence est d'emblée totale sur le sujet, c'est pourquoi j'ai demandé à Madame Pérès de la documentation qui a permis de me déniaiser un peu. Par ailleurs je vous prie de pardonner ma méconnaissance de la langue juridique...

L'affaiblissement, voire la suppression éventuelle sur le modèle de la Common Law, de la réserve héréditaire, soulève en premier lieu la question de la protection de la famille face à l'individualisme. La réserve héréditaire protège la communauté familiale dans le temps, et ne concernant qu'une partie de l'héritage, elle laisse une part importante à la liberté individuelle du testateur. En ce sens la loi française est un bon compromis. Néanmoins, l'argument de protection de la famille face à l'individu, n'a plus le moindre sens pour notre contemporain. Toute communauté est suspecte, et même si la famille reste très aimée, elle ne l'est que dans le cadre de la stricte volonté individuelle. A cet égard, il est bien probable que les mentalités nous mènent sûrement à nous aligner sur la Common Law.

Mais la mise en cause de la réserve héréditaire soulève une autre réflexion, qui tient aux attendus de l'individualisme lui-même. Une société individualiste en vient vite au conflit : « ma liberté s'arrête là où commence celle de l'autre ». Autrement dit : à force de privilégier la liberté d'un individu, on va rapidement éborgner celle d'un autre, et privilégier la liberté individuelle des forts plutôt que celle des faibles. Ici : la réserve héréditaire protège en premier lieu la liberté des enfants, à savoir leur indépendance vis-à-vis des parents qui n'ont pas le droit de déshériter. L'un des arguments de Le Play contre le partage forcé (à une époque encore holiste, dont il était un grand défenseur), c'était justement l'indépendance des enfants, qu'il estimait comme un dommage (le père de famille ne pourra plus récompenser et punir !). Le véritable affranchissement des enfants passe par des mesures comme la réserve.

Autrement dit, c'est la liberté des parents qui, dans le cas de suppression de la réserve, passerait avant celle de l'enfant. On doit noter que cette mesure ne ferait que conforter une évolution déjà bien présente dans nos sociétés. En effet, toutes sortes de lois, depuis le divorce par consentement ou la garde partagée, jusqu'à la privation de paternité à travers des mesures comme la PMA, œuvrent en faveur de la liberté individuelle des adultes au détriment des plus faibles, les enfants.

Aussi, cet argument ne doit pas être passé sous silence dans le cas de la réserve héréditaire. Sa suppression serait une prime à l'arbitraire de ceux qui, s'ils n'ont plus autorité sur leurs descendants, jouissent d'une autorité réelle en tant qu'ils sont en possession des biens de famille.

Je verrais dans la suppression de la réserve, plus que le danger d'une liberté individuelle encore davantage déployée, une menace contre la liberté individuelle des plus faibles – en l'occurrence, celle des enfants. Autant je crois que la défense des communautés face à l'individualisme est une sorte de combat d'arrière-garde qui ne trouvera aucun défenseur, pour toutes sortes de raisons qui n'intéressent pas notre question. Autant je crois que la tendance affichée de l'individualisme contemporain à dépouiller les faibles au profit des forts, appelle un véritable désaveu et une véritable résistance, avec des chances d'être entendue dans une société où la morale a littéralement remplacé la religion.

Contribution d'Yvonne Flour

Professeur émérite de droit privé
à l'Université Paris 1, École de droit de la Sorbonne

Je voudrais d'abord exprimer ma surprise. La dernière réforme dans le domaine du droit des libéralités et des successions date de 2006, soit un peu plus de 10 ans. C'est une loi importante, préparée par un travail très approfondi auquel ont été associés de nombreux acteurs du droit. Elle a profondément modifié le droit des libéralités, créé de nouveaux outils, donné une plus large place à la volonté du *de cuius* dans l'organisation de sa propre succession. Or, au cours des travaux qui ont présidé à la préparation de cette loi, à aucun moment, il n'a été question d'abroger la réserve héréditaire. De nombreux aménagements lui ont été apportés, je n'ai pas l'impression que son principe ait été à aucun moment mis en question et débattu. Bien au contraire, cette loi illustre l'actualité de la réserve puisqu'elle l'ouvre à un nouveau bénéficiaire en la personne du conjoint. Dès lors, je trouve déconcertant qu'on s'avise maintenant de rouvrir ce débat. Le doyen Carbonnier, orfèvre en la matière, avait coutume de dire qu'il faut trente ans pour juger des résultats d'une réforme en droit des régimes matrimoniaux : le temps que les couples se forment, vivent et se séparent, par la mort ou par le divorce, sous l'empire du régime nouveau. A mon sens, il faut plus de patience encore pour juger d'une loi successorale : le temps qu'une génération prenne la relève de la précédente, et se demande à son tour comment elle va transmettre ce qu'elle avait reçu. Plus que n'importe quel autre, le droit des successions est celui de la longue durée. Il faut laisser aux lois le temps de s'installer, aux acteurs le temps de s'emparer des instruments qu'elles proposent et d'en rôder l'usage.

Ma surprise est d'autant plus grande que je cherche les raisons qui pourraient expliquer cette soudaine fièvre réformatrice. Elles me semblent s'apparenter à un simple effet de mode, ou bien – et c'est la même chose – à l'attraction de tout ce qui vient d'outre atlantique. Mais justement, je ne crois pas que la réserve soit passée de mode. D'abord, elle n'est pas une spécificité, une particularité française. C'est une institution commune à tous les droits continentaux, elle fait partie de la culture juridique européenne. Certes avec des aménagements qui ne sont pas tous identiques et dont rien n'interdit de s'inspirer. Mais je ne suis pas sûre de comprendre pourquoi il faudrait une fois encore s'aligner sur le « moins-disant » et sur la législation la plus libérale.

Pour aller plus loin, j'ai rassemblé mes observations autour de deux thèmes centraux. En premier lieu, la réserve est en droit français inhérente au système successoral dont elle n'est pas séparable. En second lieu, elle protège et continue de protéger des intérêts et des valeurs qui sont au cœur de notre droit. J'ai ensuite tenté de répondre à des questions plus techniques qui m'avaient été posées.

I. Réserve et succession

De quoi parle-t-on ? Qu'est-ce que la réserve aujourd'hui ? Rappelons en premier lieu cette évidence qu'elle ne limite en rien la liberté de tout un chacun de disposer de ses biens à titre onéreux au cours de sa vie, de les dépenser comme il le veut, voire de les dilapider. Elle ne restreint que les dispositions à titre gratuit, donations ou legs. Quant au cercle de ses bénéficiaires, il a évidemment évolué depuis le Code civil, accompagnant l'évolution de la famille. Les ascendants en ont été exclus de sorte qu'elle protège aujourd'hui à titre principal les intérêts des enfants et descendants du défunt, et secondairement le conjoint, en d'autres termes le cercle restreint des personnes les plus proches, ceux-là même envers qui on a engagé sa responsabilité, par le mariage ou par la filiation. Quant à son étendue, reconnaissons que la réserve du conjoint, un quart des biens du défunt en l'absence d'enfants, est bien peu contraignante. En présence de descendants, la quotité disponible est toujours déterminée selon le nombre des enfants : la moitié des biens du défunt en présence d'un enfant, un tiers en présence de deux enfants, un quart en

présence de trois enfants et plus. Ce dispositif très équilibré assure une protection efficace des intérêts des enfants tout en ménageant un espace raisonnable à la liberté de disposer.

Faut-il y voir une survivance aujourd'hui sans justification? En réalité, il m'apparaît que la question de la réserve n'est pas séparable de celle de la succession elle-même. Je ne crois pas que le sort de nos biens après notre mort relève simplement du pouvoir de disposer. A vrai dire, je ne lis pas sans étonnement que « la liberté testamentaire serait un droit absolu parachevant le droit de propriété »¹. Je n'en crois rien. Je ne suis pas sûre que nous soyons parfaitement légitimes à vouloir décider de ce qui adviendra quand nous ne serons plus là. Je crois plutôt, comme Montaigne et Domat, que, pour décider de ce qui se passera après notre mort, la loi pense probablement mieux que nous-mêmes. De fait, il y a une grande différence entre vendre un bien et le transmettre après son décès. La succession n'est pas un acte de disposition, c'est une opération de transmission. Or, la transmission est un lien. Elle nous inscrit dans une continuité et nous rappelle que ce que nous sommes, nous le devons d'abord à ce que nous avons reçu : d'abord la vie, ensuite une éducation, une culture, des valeurs et des croyances, et bien sûr aussi des biens, un patrimoine. Elle nous rappelle en même temps que ce que nous avons reçu ne nous est pas seulement donné pour nous-mêmes, mais que nous avons le devoir de le transmettre à notre tour. Au fond, la succession, l'institution de l'héritage, me semble exprimer de façon particulièrement forte la responsabilité qui nous incombe envers ceux qui viennent après nous. Je crois que cette idée d'une solidarité nécessaire entre générations qui s'exprime dans la transmission successorale est pour beaucoup de personnes, et pour tous les parents, une motivation très puissante et très concrète. Si donc la réserve apporte en effet une limite à la liberté individuelle, c'est pour nous rappeler que nous ne sommes pas seuls au monde, et que nous avons des devoirs envers ceux que nous avons appelés à l'existence. Par-là, elle préserve aussi pour l'avenir la stabilité des liens entre les personnes. Imagine-t-on ce que seront les relations futures entre les enfants si l'un d'entre eux a été exclu au profit des autres ? Imagine-t-on ce que seront dans l'avenir les rapports des enfants avec leur beau-père ou belle-mère s'ils ont été dépouillés au profit de ce dernier ? Comment un enfant qui aura été déshérité vivra-t-il cette exclusion qui lui fait tout d'un coup prendre conscience qu'en réalité il comptait pour rien aux yeux du défunt ?

Alors, évidemment, l'héritage est en effet facteur d'inégalités économiques et sociales. Cependant, il faut bien prendre conscience que ce qui crée des inégalités, ce n'est en aucun cas la réserve, c'est bel et bien la succession elle-même, c'est l'institution de l'héritage. A supposer que demain on abroge la réserve héréditaire, l'hypothèse la plus probable est que nombreux seront encore ceux qui laisseront tous leurs biens ou l'essentiel d'entre eux à leurs enfants, tout simplement parce que c'est le sentiment et le comportement le plus naturel.

Bien sûr, l'égalité sociale est en soi un objectif éminemment louable. Plus spécifiquement, l'égalité est en droit successoral un principe cardinal – j'y reviendrai. Pour autant, je ne crois pas que l'on puisse construire tout un système juridique sur un principe unique. Le droit est plutôt l'art d'articuler entre eux plusieurs objectifs, tous souhaitables et légitimes, en recherchant entre eux un équilibre, c'est l'art de limiter les principes les uns par les autres. L'égalité n'est pas la seule valeur qui mérite d'être sauvegardée. La solidarité familiale en est une autre. Je ne vois aucun intérêt à ce que, au nom du libéralisme ou d'une prétendue efficacité économique, nous construisions une société dans laquelle nous serons tous réduits à n'être que des individus sans attaches et sans racines, et tous placés dans l'obligation d'avoir à se faire entièrement par eux-mêmes.

II. Liberté, égalité, protection

La réserve est par nature une institution protectrice. Elle est d'abord essentielle à la garantie de l'égalité successorale entre les enfants du défunt. Elle est aussi instrument de la liberté des héritiers dans leurs rapports avec leurs ascendants, mais aussi de la liberté du disposant lui-même contre les pressions qui peuvent s'exercer sur les personnes à l'approche de la mort. On ne voit pas en quoi l'une ou l'autre de ces fonctions aurait perdu de son actualité.

1. Supprimer la réserve héréditaire, Génération libre, mars 2019

La première, c'est la garantie de l'égalité successorale. Dans le contexte de l'éclatement croissant des familles, la réserve héréditaire me semble justement conserver toute sa place et sa justification. Elle assure une égalité minimum, en tout cas elle vient limiter les inégalités qu'un parent pourrait être tenté de créer entre ses enfants, par exemple entre ceux qui sont issus de lits différents ou pourquoi pas entre garçons et filles ? Notamment dans les familles recomposées où parfois les liens se distendent entre les enfants nés d'une première union et, le plus souvent en tout cas, leur père. Je ne peux m'empêcher d'évoquer ici le souvenir de cet étudiant qui était venu me trouver à l'issue d'un cours et me disait : « Je viens seulement d'apprendre que mon père est mort il y a six mois, et je comprends que l'on est en train de régler sa succession sans moi. Que puis-je faire ? ». Il suffit d'ailleurs d'évoquer les débats qu'ont suscités il y a quelques mois, jusque dans le grand public, les dispositions testamentaires de Johnny Hallyday. Or, la réserve héréditaire nous rappelle très opportunément que le lien parental, le lien paternel surtout, n'est pas soluble dans la volonté non plus que dans l'indifférence. Pour faire bref, on divorce de son conjoint, on ne divorce pas d'avec ses enfants. Je crains fort que renverser ce rempart, ce soit fragiliser encore un peu plus les familles, effacer encore la place du père déjà bien malmenée. Que ce soit aussi effacer jusqu'à la conscience de la responsabilité qui est la nôtre envers ceux à qui nous avons donné la vie. Au demeurant, il n'est pas sans intérêt de rappeler ici que, dans le célèbre arrêt Mazurek, le 1er février 2000, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas hésité à élever l'égalité entre enfants dans le partage de la succession paternelle au rang des droits fondamentaux. Comment concilier une affirmation aussi forte avec la faculté qui pourrait être laissée à un parent d'exhérer complètement un ou plusieurs de ses enfants ?

La seconde fonction de la réserve est de protéger la liberté de chacun des acteurs. Elle protège d'abord la liberté de l'héritier, c'est une évidence. Eviter que la volonté des morts ne pèse trop lourdement sur les vivants, ce fut certainement la principale motivation du législateur révolutionnaire, et rien ne permet de comprendre pourquoi cette préoccupation serait aujourd'hui dépassée. Mais à bien y regarder, la réserve est aussi garantie de liberté pour le disposant. Avec l'allongement de la durée de la vie s'accroît la fragilité intellectuelle des personnes qui s'approchent de la mort et leur vulnérabilité à toutes sortes de pression, ou même à leurs propres emportements. Personne n'a sans doute oublié comment Monsieur François-Marie Banier avait su s'introduire dans l'intimité de Madame Bettencourt et en tirer de très grands avantages. Là aussi, si la réserve ne garantit évidemment pas contre toute contrainte ou tout manque de lucidité, du moins a-t-elle le mérite de limiter les dégâts. C'est d'ailleurs une observation souvent faite que là où la réserve n'existe pas, prolifère le contentieux sur l'insanité d'esprit du disposant, les vices du consentement ou la captation d'héritage. Il est plus facile à un héritier d'accepter une disposition qui le dépouille s'il se sait protégé par sa réserve que s'il se sait appelé à tout perdre.

Par ailleurs, il faut bien prendre conscience que si, l'on venait à abroger la réserve, on ne pourrait évidemment pas se contenter de la supprimer sans la remplacer par rien, et laisser ainsi sans aucune protection les descendants du défunt. En font la preuve tant la loi du 3 décembre 2001 que celle du 23 juin 2006. Lorsqu'en 2001 le législateur a supprimé la réserve des ascendants autres que les père et mère, il a concomitamment institué une créance d'aliments qui leur est reconnue contre la succession quand, évincés de celle-ci par la présence d'un conjoint, ils sont dans le besoin (art. 758). Quand en 2006, il a abrogé la réserve des père et mère, il leur a attribué en contrepartie un droit de retour, au demeurant bien compliqué, s'exerçant sur les biens que le défunt avait reçu d'eux (art. 738-2). Le droit comparé confirme cette intuition : tous les systèmes qui ignorent la réserve héréditaire protègent les héritiers proches par d'autres mécanismes, tels que la family provision du droit anglais ou l'elective share du droit américain. En réalité, ces mécanismes forment autant de limites à la liberté de disposer, avec cette caractéristique que leur mise en œuvre, laissée à l'appréciation du juge, est incertaine et aléatoire.

Les arrêts rendus par la Cour de cassation le 27 août 2017, qui ont refusé d'inscrire la réserve dans l'ordre public international se situent dans une logique semblable. Ils prennent soin en effet de préciser que l'ordre public retrouverait sa vocation à écarter la loi étrangère si l'application de celle-ci « laissait l'un ou l'autre des héritiers dans une situation de précarité économique ou de besoin ». Si l'on comprend bien, la réserve qui viendrait à disparaître dans l'ordre international y serait en quelque sorte relayée par une obligation alimentaire post mortem s'exerçant contre la succession.

Observons d'abord que cela change radicalement la signification même du droit successoral. Le droit que j'ai dans la succession de mes parents n'est pas un droit conditionné. Il ne dépend que de mon titre, c'est à dire de la nature du lien qui m'unissait au défunt, et non pas de quelque état de besoin. Constatons ensuite que l'efficacité d'un tel dispositif est pour le moins douteuse. On peut penser ici à la pension alimentaire que la succession du prémourant des époux doit aujourd'hui encore au conjoint survivant « dans le besoin » (art. 767). Instituée par une loi du 9 mars 1891 pour lui assurer des ressources lui permettant de vivre, ce droit, volontiers qualifié d'illusoire par les auteurs, n'a guère contribué à consolider sa situation. En bref, abroger la réserve ne permettrait pas nécessairement d'assurer en toutes circonstances la liberté du *de cuius* de disposer de ses biens comme il le veut, mais ce serait à coup sûr livrer la protection des plus proches de ses héritiers à des mécanismes à géométrie variable qui ne pourront que nourrir le contentieux.

III. Questions

A. Le montant de la réserve

On peut en effet y réfléchir. Pour ma part, j'ai déjà dit en commençant que l'équilibre entre liberté et contrainte tel que l'a agencé le Code civil me paraît plutôt bien pensé et je ne vois pas de raison convaincante d'y toucher. En tout cas, il faut être attentif à ce que le débat sur le *quantum* de la réserve ne soit pas une façon détournée d'évacuer la question de fond et de supprimer la réserve de facto, sans le dire, en faisant en sorte qu'elle devienne purement symbolique. Par exemple, je crois avoir lu une proposition de la réduire à une fraction forfaitaire de 30%. Mais une telle réserve ne servirait plus à rien. Autant dire qu'elle n'existe plus.

À ce sujet, il me semble qu'il faudrait lever une ambiguïté. On dit parfois qu'il n'y a plus de familles nombreuses, ce qui permettrait de modifier sans dommage le taux respectif de la réserve et de la quotité disponible. Je crois que c'est aller un peu trop vite en besogne, parce qu'il faut tenir compte des remariages, ou des nouvelles unions. Par exemple, un homme qui a été marié plusieurs fois, ou qui a eu plusieurs unions successives, peut laisser quatre ou cinq enfants pour lui succéder. Dans un tel contexte, vouloir abaisser de façon sensible le taux de la réserve serait la priver de sa fonction protectrice.

B. La réserve du conjoint

À vrai dire, convenons qu'elle est plutôt déconcertante. C'est une réserve à éclipse, qui ne surgit qu'en l'absence de descendants pour s'évanouir lorsque l'enfant paraît. On comprend bien pourquoi le législateur n'a pas voulu d'un cumul de réserve. Néanmoins on peut s'interroger sur l'utilité d'une réserve aussi intermittente. Le plus souvent lorsqu'il n'y a pas d'enfants, le conjoint recueille la totalité des biens du prémourant, soit par l'effet de la loi, soit par celui d'une donation entre époux. S'il en est privé, c'est probablement le signe que le lien conjugal était, du vivant du *de cuius*, fortement altéré. Une réserve est-elle alors vraiment fondée ? Cela pourrait se discuter... Cela étant dit, on imagine mal d'en envisager la suppression. Ce ne serait pas très politique. En sens inverse, on pourrait au contraire se demander s'il faut l'étendre à d'autres figures de couples, tels que les partenaires d'un PACS, voire aux concubins. Pour ma part il me semble que, s'il y a plusieurs statuts de la conjugalité, ce n'est pas pour qu'ils produisent des effets identiques. Il est dans la logique de la pluralité qu'ils n'ouvrent pas les mêmes droits. Mais surtout la question est mal posée. Une fois encore, ce n'est pas la réserve sur laquelle il faut ici s'interroger, c'est, en amont, sur les droits successoraux eux-mêmes. La question de la réserve ne peut venir qu'en second lieu.

C. La pouvoir de la volonté sur la réserve

J'ai plus de mal à me prononcer parce que je ne suis pas sûre de mesurer comment la pratique s'est emparée des outils que lui a procuré la loi de 2006, et si ces outils paraissent bien ou mal adaptés aux besoins.

- Donation-partage transgénérationnelle. Tout le monde connaît les avantages de la donation-partage, notamment au regard de la mise en œuvre du dispositif de protection de la réserve. Quand elle a été faite de façon consensuelle, les biens donnés sont pris dans les opérations de calcul de la quotité disponible et dans les imputations pour leur valeur au jour de l'acte (art. 1078). Cela signifie qu'il n'y a pas de débat sur la valeur des biens au jour du décès ni du partage, et cela évite d'avoir à s'interroger sur l'origine des plus ou moins values que ces biens ont pu connaître. C'est un élément de simplification considérable des opérations liquidatives et cela contribue beaucoup à la stabilité de cet acte répartitif. C'est aussi un instrument d'une grande souplesse qui offre au disposant une grande liberté : ainsi permet-elle, à la condition justement de respecter la réserve de chacun, de s'affranchir d'une égalité stricte entre les héritiers, de même qu'elle permet sous certaines conditions de faire venir un tiers au partage de la succession. La donation-partage transgénérationnelle, qui bénéficie de tous ces avantages, est une ingénieuse et excellente innovation. D'un côté, elle me paraît très bien adaptée à la démographie de notre temps, caractérisée par l'allongement de la durée de la vie : on hérite de plus en plus tard, au moment de prendre sa retraite plutôt qu'à celui de s'établir dans la vie. Dans ce contexte, favoriser le « saut de génération » est tout à fait opportun et restitue à la transmission successorale sa fonction naturelle de passage de témoin vers les plus jeunes. D'un autre côté, elle a été très bien pensée sur le plan technique et elle est parfaitement adéquate à ses objectifs. Il faut vraiment souhaiter que la pratique s'en empare et la propose aux familles.

- Libéralités graduelles et résiduelles. Je crois les libéralités résiduelles très utiles et je n'ai rien à y redire. Quant aux libéralités graduelles, elles sont peut-être un peu trop rigides pour être réellement pratiques. Notamment l'article 1049 en excluant la subrogation (la libéralité ne produit son effet que sur des biens identifiables et subsistant en nature...) enferme le mécanisme dans des limites très étroites. En outre, l'article 1052 qui abandonne toutes les garanties d'exécution de la charge aux dispositions contractuelles, ou même à la seule volonté du disposant si cette charge est incluse dans un testament, est beaucoup trop vague. Certes, on peut compter sur le notariat pour combler les silences de la loi. Mais un guide un peu moins taiseux serait bien venu. Reste à savoir s'il y a lieu d'assouplir l'ordre public réservataire pour favoriser le développement de ces dispositions. Rappelons que, selon la loi, une clause graduelle ne peut en principe porter sur la réserve. Toutefois, le donataire peut accepter que la charge grève tout ou partie de sa part réservataire, mais en ce cas le disposant perd la liberté de choisir le second gratifié. La charge bénéficie nécessairement à l'ensemble des enfants nés et à naître du grevé (art. 1054). L'inconvénient de cet agencement est qu'il renforce encore la rigidité du dispositif. Il suffirait peut-être de permettre aux descendants du grevé d'agir en réduction sur la base de la part de réserve de leur auteur, lors de la transmission des biens au second gratifié, qui pourrait alors être librement choisi. Quant aux libéralités résiduelles, elles peuvent porter sur la réserve, la seule contrainte étant alors qu'elles ne peuvent priver le premier gratifié du droit de disposer à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, des biens grevés. L'équilibre ainsi obtenu est satisfaisant.

- RAAR. La renonciation à l'action en réduction est entourée par la loi d'un grand luxe de précautions. La question est de savoir si elles sont efficaces ou se révèlent finalement une somme de précautions inutiles. En particulier, selon l'article 929, la renonciation est nécessairement ciblée, puisqu'elle est faite au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées. Pour autant, elle est faite sans que le renonçant sache quelle est ou quelles sont la ou les libéralités au regard desquelles cette renonciation est consentie, puisqu'en réalité celles-ci n'existent pas encore. C'est un peu bizarre et cela signifie que l'ampleur de la renonciation est difficile à mesurer. En fait on ne sait pas vraiment à quoi on renonce. Il serait donc plus logique d'exiger qu'elle soit faite non pas seulement au bénéfice d'une personne mais au vu d'une libéralité déterminée. Du même coup, on peut se demander s'il ne serait pas plus opportun d'aller vers le pacte de famille où tout le monde se retrouve dans un accord global et mesure exactement les sacrifices qu'il consent plutôt que de passer par cette juxtaposition de renonciations unilatérales. Reste qu'on peut penser aussi que ces renonciations séparées faites par chacun au cours d'« un colloque singulier »

avec les notaires assure une meilleure protection des renonçants contre les pressions familiales. Là-dessus ma conclusion est incertaine parce qu'il me semble qu'il faudrait une expérience un peu plus solide de la pratique de ce mécanisme.

D. La sanction des atteintes à la réserve

La mise en œuvre du dispositif de protection de la réserve a été très largement facilitée sur le plan technique par une double innovation de la loi du 23 juin 2006 : la généralisation de la réduction en valeur d'un côté, et de l'autre la faculté de cantonnement. La première évite non seulement de remettre en cause des droits qui ont pu être consentis depuis longtemps, mais aussi d'aboutir à des indivisions complexes entre réservataires et bénéficiaires de libéralités. Le second permet au bénéficiaire d'un legs universel ou d'une donation à cause de mort de limiter lui-même l'étendue de la disposition qui lui est faite et ainsi de couper court à la réduction.

Néanmoins, il me semble que, s'agissant de la réduction en valeur, on est peut-être allé trop loin en l'étendant même aux dispositions universelles. Cette extension n'est nullement nécessaire. Appliquée à un legs, la réduction, serait-elle en nature, ne menace aucune situation acquise. Appliquée à un legs universel, elle ne démembrerait a priori aucun bien. Elle ramène simplement le droit du légataire à une quote-part indivise de l'actif successoral, de même nature que celui des héritiers légaux, et qui se réalisera tout simplement dans le partage de la succession. En revanche, une telle extension de la réduction en valeur transforme de façon substantielle non seulement le droit à réserve, mais le sens de la succession elle-même, produisant ainsi un mouvement de « déréalisation » du droit des biens en même temps que de « défamilialisation » de la succession. Tout devient virtuel et abstrait. En même temps, elle soulève sur le plan technique des questions difficiles telles que celle des garanties dont bénéficient les réservataires pour obtenir le règlement des indemnités de réduction dont ils sont créanciers. Je ne sais pas comment on peut revenir en arrière sur une jurisprudence qui me paraît s'être complètement emballée. Mais il est clair que si l'on prolonge les conséquences de cette solution, on arrive à une altération très profonde de la position des héritiers et de la nature de leur droit.

E. Réserve et transmission des entreprises

C'est une idée parfois avancée que la réserve héréditaire serait un obstacle à la transmission des entreprises familiales. A mon sens, ce n'est qu'un mythe facile. Si vraiment il y a des obstacles juridiques, il faut les chercher dans la loi fiscale plutôt que dans la loi civile. En tout cas, les outils qui permettent d'organiser une transmission rationnellement planifiée existent : sur le plan civil, ils combinent entre eux le droit des sociétés et celui des libéralités, tels que la donation-partage ou la RAAR, déjà évoquées ; sur le plan fiscal, le pacte Dutreil est d'une mise en œuvre certes complexe mais efficace.

En définitive, les obstacles à la transmission me paraissent être d'ordre culturel plutôt que juridiques. Pour celui ou celle qui a créé une entreprise, l'investissement personnel qu'il lui a fallu consentir est tel que sa préoccupation première est d'en assurer la survie, en la transmettant à ses enfants, qui au demeurant souvent y travaillent avec lui. Or, s'il ne parvient pas à organiser une transmission familiale, il sera contraint de céder l'entreprise à un grand groupe. Or, cette option qui s'apparente à un renoncement représente une perte pour l'économie nationale. Un rapport adressé en 2009 au secrétaire d'état chargé du commerce, de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises² avaient souligné que les entreprises familiales se distinguent des entreprises capitalistiques par un ensemble de comportements particulièrement favorables, notamment à la sauvegarde des emplois et à l'équilibre des territoires. Elles cherchent à élaborer des stratégies à long terme en vue de développer et pérenniser l'entreprise plutôt que d'en tirer immédiatement les revenus les plus élevés. Elles licencient moins et créent plus d'emplois. Enracinées dans leur région d'origine, elles ont la volonté d'y maintenir l'activité et ne délocalisent pas. Or, à cet égard, la France

2. O. Mellerio, La transmission des entreprises familiales, La documentation française, 2009.

présente dans l'environnement européen un vrai retard. Un autre rapport, adressé à la commission européenne celui-là³, met en relief de très importantes disparités entre les pays de l'union. En Pologne et en Italie, plus de 80% des PME sont transmises à l'intérieur de la famille, en Allemagne, 50%. Tous ces pays pourtant connaissent la réserve héréditaire... En France, c'est moins de 10% de transmissions intrafamiliales. S'intéresser aux raisons qui expliquent ce décalage et favoriser la transmission dans la famille me paraît par conséquent un objectif plus urgent que de s'en prendre à la réserve.

F. Réserve et philanthropie.

L'un des arguments aujourd'hui souvent mis en avant à l'appui d'une suppression de la réserve héréditaire est qu'elle empêcherait le développement de la philanthropie. Et de citer Bill Gates qui, après avoir créé la fondation Bill et Melinda Gates, aurait promis de lui léguer 95% de sa fortune. Franchement cela ne me paraît pas sérieux. D'abord, parce qu'il n'y a pas tant de Bill Gates en France et qu'on ne légifère pas pour la frange la plus favorisée de la population, mais pour le plerumque fit. Ensuite, parce que, aux plus ou moins grandes fortunes préoccupées de générosité, la loi offre un espace qui, s'il n'est pas sans limites, n'est pas non plus inexistant. La quotité disponible est justement là pour cela. Enfin parce que je persiste à penser que nous avons d'abord des devoirs envers ceux qui nous sont les plus proches et au premier rang nos enfants, avant de vouloir soutenir de grandes causes, certes louables, mais qui ne me semblent venir qu'après que nous nous soyons acquittés de nos devoirs premiers.

3. Commission européenne, Direction générale des entreprises, La transmission des petites et moyennes entreprises, mai 2002.

Contribution de la Fondation de France



Rédacteurs : A. HENRY / I. BOURDEL
Direction Juridique et Fiscale Fondation de France

Date : septembre 2019

Objet : La réserve héréditaire

La réserve héréditaire

En droit des successions français, la réserve héréditaire est une part du patrimoine du défunt qui est réservée par la loi à certains héritiers protégés, les héritiers réservataires. Le droit français ne permet donc pas d'exhérer certains héritiers tels que les enfants. Elle est d'ordre publique.

Le principe de la réserve héréditaire existe dans quelques pays en Europe comme l'Espagne, le Portugal, l'Italie, l'Allemagne ou la Belgique.

En cas d'atteinte à cette réserve par donation ou testament, ces derniers doivent être réduits au jour de la liquidation de la succession afin de protéger les héritiers réservataires.

La question posée concerne l'évaluation du frein potentiel que représente cette réserve héréditaire au développement du mécénat privé et le risque de réduction de donations ou legs au profit d'organisme à but non lucratif en cas d'atteinte à cette part réservée.

I- Les enjeux pour la Fondation de France

1- La philanthropie au service de l'action

La Fondation de France est une fondation reconnue d'utilité publique créée en 1969 qui met en œuvre ses missions sociales grâce à la générosité de donateurs et testateurs privés.

Elle intervient à la fois à travers ses propres programmes d'actions principalement dans le cadre d'appels à projets, et en accompagnant le travail des 857 fondations qu'elle abrite.

Au total, plus de 180 000 projets d'intérêt général ont été soutenus depuis 1969, année de sa création.

2- Les ressources de la Fondation de France

Les ressources de la Fondation de France se décomposent de la manière suivante :

	Legs et libéralités	Dons manuels (entreprises et particuliers)
2017	57 M€	145 M€
2018	53 M€	114 M€

Au fil des années, la Fondation de France a acquis une réelle expérience dans la gestion des legs et libéralités et peut ainsi partager sa vision, étayée par de multiples exemples. Le principe présidant aux décisions à prendre est le respect de la volonté des donateurs et des testateurs, tout en maintenant autant que possible un climat familial apaisé.

II- La réserve héréditaire et les ressources de la Fondation de France

La réserve héréditaire est source d'entente familiale.

Il convient de distinguer dans les ressources de la Fondation de France les legs et les donations.

1- Les legs

En France, il existe un nombre restreint de contestations de testament de la part des héritiers puisque ces derniers ne peuvent être exhéredés d'une part de la succession de leurs parents, grâce au principe de la réserve héréditaire.

Par ailleurs, los de l'ouverture de succession, la volonté intentionnelle de la part du testateur d'exhéredier un de ses enfants, est souvent représentatif d'un climat familial non apaisé. Les organismes qui défendent l'intérêt général ne doivent pas être au cœur d'un conflit familial.

2- Les donations

Les donations ne posent en général que peu de difficulté. La volonté du donateur de donner ou de créer une fondation abritée au sein de la Fondation de France résulte d'une volonté philanthropique clairement exprimée.

Il peut le faire soit de manière individuelle pour soutenir un projet qui lui tient à cœur, soit en concertation familiale. En effet, dans de nombreux cas de création de fondation abritée, le projet philanthropique est un projet familial au profit d'une cause commune à la famille. Les héritiers réservataires sont souvent dans l'organe de gouvernance de la fondation abritée.

Pour les donations de 200 K€, nécessaires à la création d'une fondation abritée, la Fondation de France s'assure que cette somme est en adéquation avec le patrimoine du donateur. De surcroit, les donations supérieures à 100 K€ font régulièrement l'objet d'une procédure de renonciation anticipée à l'action en réduction.

A ce jour, la Fondation de France n'a pas d'action de contestation de donation effectuée à son profit pour atteinte à la part réservataire.

Cependant, la question se pose de sécuriser certaines donations réalisées au profit des fondations reconnues d'utilité publique.

En effet, prenons l'exemple d'un donateur qui pour réduire son IFI (ISF) a effectué tous les ans des dons au profit de la Fondation de France de 50 K€ et ce pendant 15 ans. A son décès, la somme de 750 K€ pourrait être réduite en cas d'atteinte à la réserve héréditaire.

De même, dans certaines situations le donateur ne souhaite pas faire signer à ses héritiers une renonciation anticipée à l'action en réduction. La première raison réside dans la lourdeur administrative de cette procédure. De surcroit, l'héritier réservataire doit être majeur pour renoncer à son droit de bénéficier de la réserve héréditaire par anticipation, incompatible avec des enfants mineurs.



Les donateurs sont de plus en plus jeunes et souhaitent s'engager dans une action philanthropique de plus en plus tôt. Ils ne souhaitent ou ne peuvent pas toujours engager leurs enfants dans leur démarche.

Il semble ainsi nécessaire de pouvoir sécuriser les donations réalisées au profit de fondation reconnue d'utilité publique.

III- Cartographie des legs à la Fondation de France avec des héritiers réservataires.

Les legs à la Fondation de France sont traditionnellement consentis par des personnes sans enfants, les legs avec des héritiers réservataires sont exceptionnels. Toutefois, ils tendent à augmenter et nous pouvons considérer un nombre de 4 à 5 dossiers par an.

Les patrimoines concernés sont très variables, de quelques milliers d'euros à environ cinq millions pour le plus important. Aucune des successions importantes (au-delà de 10 000 000 €) reçues par la Fondation de France ne comptaient des héritiers réservataires.

Nous avons identifié 12 legs reçus par la Fondation de France avec des héritiers réservataires.

	Qualité des héritiers	Montant de la succession en €	Refusé/accepté	Procédure judiciaire	Difficulté de règlement avec les héritiers	Testament préparé avec un notaire	Liens familiaux distendus	Héritiers en difficulté financière
Mme C	2 petites filles	5 000 000	Accepté	non	non	oui	oui	Oui
XX	2 filles	500 000	Accepté	non	non	non	oui	Oui
Mme CA	1 petite fille	500 000	Accepté	non	non	non	oui	non
Mme S	3 enfants	2 700 000	Accepté	non	Non évité	oui	oui	non
Mme M	1 petite fille	1 500 000	Refusé	non	non	oui	non	non
M S	1 petite fille	400 000	Accepté	non	non	non	oui	
M G	3 petits-enfants	180 000	Accepté	non	non	non	non	oui
Mme P	2 petites filles	152 000	Accepté	non	non	Oui authentique	oui	oui
M A	2 enfants		En cours d'instruction	non	En cours	non	oui	?
M B	1 fils et 2 petits-enfants	30 000	accepté	non	non	oui	oui	?

M G	2 enfants	770 000	accepté	non	non	oui	oui	non
M G	1 fille	118 288	Accepté	non	non	non	oui	?

Sur ces douze dossiers :

- Le nombre de testateurs et de testatrices est égal.
- Les patrimoines successoraux se situent entre 30 000 € et 5 000 000 €
- Les legs ont été acceptés à l'exception d'un qui a été refusé pour atteinte à la réserve à la suite de donations antérieures à des tiers.
- Aucune procédure judiciaire n'a été initiée de la part des héritiers réservataires. La réserve a joué son rôle de contrefort dans ces situations familiales conflictuelles, les enfants n'étant pas totalement déshérités.
- 6 testaments ont été élaborés avec l'aide d'un notaire
- Dans 6 dossiers les enfants sont prédécédés, les héritiers sont les petits-enfants, dans un contexte de liens familiaux distendus voir conflictuels et datant du vivant des enfants.
- Dans 4 dossiers les héritiers étaient en grande difficulté financière, leur situation aurait probablement justifié l'attribution d'un secours à l'époque de la procédure administrative d'interpellation des héritiers.

IV- Propositions d'aménagement de la réserve héréditaire

1- La dispense de prise en compte des donations réalisées au profit de Fondations reconnues d'utilité publique pour le calcul de la réserve

Les donations faites au profit de fondations reconnues d'utilité publique du vivant du donateur doivent être sécurisées. Il est difficilement concevable qu'une fondation puisse devoir rembourser des héritiers réservataires d'une donation réalisée plusieurs années auparavant de la volonté du défunt.

Il serait souhaitable pour sécuriser les donations réalisées au profit d'organisme reconnu d'utilité publique, que celles-ci ne soient pas prises en compte pour le calcul de la quotité disponible et ne puissent être réduites pour atteinte à la réserve.

La qualité du bénéficiaire de la donation, organisme d'organisme reconnue d'utilité publique, garant de l'intérêt général et de la pérennité de son action, pourrait justifier l'absence d'atteinte à la réserve.

2- La modification du taux de la quotité disponible

La quotité disponible dépend du nombre d'héritiers réservataires.

Il pourrait être envisagé de fixer un taux unique de quotité disponible quel que soit le nombre d'héritiers réservataires.

Par exemple, la quotité disponible serait de la moitié du patrimoine du défunt, que ce dernier ait 2 ou 3 héritiers réservataires.

La part réservataire serait de la moitié du patrimoine du défunt à diviser en fonction du nombre d'héritiers réservataires.

3- Assouplissement de la renonciation anticipée à l'action en réduction

Un héritier réservataire peut renoncer à son droit de bénéficier de la réserve héréditaire par anticipation. Cette renonciation est aujourd'hui peu utilisée car elle nécessite une procédure lourde. Une procédure allégée de la renonciation anticipée de l'action en réduction permettrait de développer cet outil qui permet une ouverture de la part réservataire.

Cette renonciation pourrait être faite devant un notaire uniquement, au lieu de deux, en présence du donateur et du renonçant à sa part réservataire par exemple.

Contribution de Nicolas Frémeaux

Maître de conférences en sciences économiques
à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

De nombreux modèles théoriques ont été développés par les économistes dès les années 1960-1970 afin de comprendre les décisions patrimoniales et notamment l'utilisation de la liberté testamentaire. Les études empiriques, si elles existent, ont été relativement moins nombreuses.

Il existe deux manières principales d'étudier ce type de question. Premièrement, l'analyse peut porter sur des successions ou donations effectives. La source de ces données est le plus souvent fiscale. L'avantage de cette approche est de limiter les erreurs de mesure par rapport à des enquêtes reposant sur des déclarations de patrimoine qui sous-estiment généralement les montants en jeu. L'inconvénient est qu'en fonction des changements de législation, les comparaisons internationales ou intertemporelles peuvent s'avérer complexes. La tendance générale à la suppression de l'impôt successoral conduit à la disparition de ces données. Il est aussi difficile de recueillir des informations sur les acteurs de la transmission ce qui est pourtant central pour comprendre les déterminants des comportements successoraux. Deuxièmement, les enquêtes sur les projets de transmission sont une autre source d'information utile. L'idée est d'interroger un échantillon représentatif d'individus sur différents aspects des successions à venir : intention de rédiger un testament, nature du partage... La limite de ces informations est qu'elles ne sont que des intentions et peuvent donc ne pas se réaliser. L'avantage est la possibilité de croisement avec d'autres variables afin de comprendre les décisions individuelles.

Ces deux méthodes ont été utilisées dans la littérature économique et peuvent donc permettre d'analyser la réalité de l'utilisation de la liberté testamentaire avec des résultats parfois différents voire contradictoires. On peut utiliser ces méthodes pour s'intéresser à deux aspects en particulier : 1) la proportion de transmissions en ligne directe, 2) la proportion de partages inégaux au sein des transmissions en ligne directe.

Les statistiques relatives au poids de la ligne directe montrent que celle-ci concentre la majorité des transmissions quel que soit le degré de liberté testamentaire du pays étudié. D'après les dernières données disponibles, le conjoint survivant et les enfants du défunt concentrent environ 85% des montants transmis¹. Cette proportion s'élève à 73% aux États-Unis², 68% au Royaume-Uni³ et 65% en Suède⁴. De ce point de vue, il semble y avoir un lien entre le degré de liberté testamentaire et le partage entre ligne directe et indirecte. Il faut toutefois rester prudent dans l'interprétation car ces agrégats ne permettent pas de distinguer les transmissions volontairement effectuées en ligne indirecte des transferts « accidentels » dus à l'absence de conjoint survivant et d'enfants. Dans le cas du Royaume-Uni par exemple, si on se concentre sur les décédés mariés uniquement alors la proportion de transmission en ligne directe atteint 85% soit un niveau proche de la France. Les données disponibles ne permettent cependant pas d'effectuer le même travail pour les autres pays cités.

Nous pouvons ensuite étudier la proportion de partages inégaux entre héritiers. Avant d'entrer dans le détail des statistiques, il est important de revenir sur les modèles élaborés par les économistes pour expliquer ces partages inégaux. Il existe de nombreux modèles mais nous pouvons en retenir deux. Premièrement,

1. Conseil des Prélèvements Obligatoires (2009), *Le patrimoine des ménages*. Cette proportion est relativement stable depuis les années 1960 (Clément Dherbécourt (2019), « L'évolution de long-terme des transmissions de patrimoine et de leur imposition en France », *Revue de l'OFCE* (161).)

2. David Joulfaian (1994), « The distribution and division of bequests : evidence from the collation study », *OTA paper 71*, US Department of the Treasury.

3. Calcul de l'auteur à partir des statistiques fiscales de 2000-2001

4. Mikael Elinder, Oscar Erixson, Sebastian Escobar et Henry Ohlsson (2014), "Estates, bequests, and inheritances in Sweden – A look into the Belinda database", *Working paper 2014:14*. Uppsala center for fiscal studies.

on peut justifier un partage inégal à partage d'une logique altruiste. En tant que parent, il peut être plus satisfaisant de voir ses enfants avoir des situations économiques similaires. Dans ce cadre, on pourrait transmettre davantage à l'enfant ayant le moins bien réussi afin de le mettre au même niveau que les autres membres de la fratrie. Ces partages peuvent aussi suivre une logique d'échange. L'idée ici est d'inciter les enfants à aider leurs parents ou de récompenser les enfants aidants. La promesse d'un partage inégal peut permettre de « s'assurer » d'une prise en charge des enfants.

Les études portant sur les intentions de partage montrent que la norme reste le partage égalitaire entre les enfants. Dans le cas des États-Unis, les études divergent sur la proportion de partages inégaux qui varie de 8 à 30%⁵. Cette différence s'explique notamment par les différences d'échantillon entre les études. Il n'y a pas de motif clair qui se dégage. On retrouve toutefois une volonté de partage inégal plus fréquent dans familles recomposées et quand le lien avec certains enfants a été rompu. Le même type d'étude a été effectué dans plusieurs pays asiatiques (Japon, Chine et Inde) où la proportion de partage égalitaire se situe entre 70 et 85% et répond en partie à une logique d'échange⁶.

Les études portant sur les partages effectifs à partir d'échantillon de successions tendent à confirmer la prédominance des partages égaux. Un aspect important de ces études concerne la définition d'un partage inégal. D'une étude à l'autre, la définition peut se révéler plus ou moins stricte. Pour les États-Unis, on observe des partages égaux qui varient entre 70 et 92% des cas (avec des différences assez importantes concernant la qualité des données utilisées)⁷. Les analyses similaires pour la Suède concluent à une proportion de partages inégaux situées entre 2 et 12%⁸ (selon les définitions utilisées) quand cette proportion est égale à 7% en France⁹. Quel que soit le pays observé, aucun consensus clair n'apparaît sur les motifs de ces partages inégaux. Dans le cas de la France, les auteurs de l'étude notent des inégalités plus fréquentes dans les fratries nombreuses. Le montant de la succession et la présence d'actifs professionnels sont aussi des facteurs d'inégalité. Dans la plupart des cas, le partage tendant à favoriser un des enfants plutôt que de défavoriser un des membres de la fratrie.

Ces travaux souffrent cependant de plusieurs limites qui tiennent notamment à la qualité des données disponibles. Certains partages inégaux peuvent échapper aux données fiscales utilisées quand ils sont générés par certains actifs exonérés ou par des donations préalables non reportées dans les données.

En conclusion, malgré la difficulté rencontrée dans la comparabilité des études existantes, on note une utilisation relativement limitée de la liberté testamentaire¹⁰ que ce soit dans la part des transmissions en ligne indirecte ou dans la proportion de partage inégaux entre les héritiers. Sur ces deux points, il existe au final des différences relativement limitées entre pays dans lesquels la liberté testamentaire varie pourtant de manière significative. On observe donc un fort attachement à la ligne directe et à l'égalité entre les héritiers. C'est d'ailleurs ce que confirment des enquêtes d'opinion¹¹ sur la fiscalité successorale mettant en avant une volonté des Français de réduire l'imposition des transmissions en ligne et à l'inverse un alourdissement de l'imposition des transmissions à des individus extérieurs à la famille ainsi qu'aux associations ou œuvre d'utilité publique.

5. Marco Francesconi, Robert A. Pollak et Domenico Tabasso (2015), « Unequal Bequests », IZA DP N° 8813 et Charles Yuji Horioka (2014) « Are Americans and Indians more altruistic than the Japanese and Chinese? Evidence from a new international survey of bequest plans », *Review of The Economics of Household*, 12, p. 411-437.

6. Horioka (2014), op. cit.

7. Mark O. Wilhelm (1996), « Bequest Behavior and the Effect of Heirs' Earnings: Testing the Altruistic Model of Bequests », *The American Economic Review*, 86(4), p.874-892 et Jere R. Berhman et Mark R. Rosenzweig (2004), "Parental Allocations to Children: New Evidence on Bequest Differences among Siblings", *The Review of Economics and Statistics*, 86(2), p. 637-640.

8. Oscar Erixson et Henry Ohlsson (2014), « Estate division: Equal sharing as choice, social norm, and legal requirement », Working paper 2014:02, Uppsala center for fiscal studies.

9. Luc Arrondel et Anne Laferrère (1992), « Les partages inégaux de successions entre frères et sœurs », *Economie et statistique*, n°256, Juillet-Août 1992, pp. 29-42

10. On peut aussi évoquer ici la proportion de décès sans testament se situe entre 30 et 40% aux États-Unis (Francesconi et al (2015), op. cit.).

11. Pauline Grégoire-Marchand (2018), « Fiscalité des héritages : connaissances et opinions des Français », Document de travail N°2018-02.

Contribution de Jean Gasté et Xavier Ricard

Notaires à Nantes,
Membres du 110^e Congrès des notaires

Le regard porté ici sera celui de deux praticiens du droit en rapport **quotidien** avec nos concitoyens. En 2014, lors du 110^e Congrès des notaires de France à Marseille, nous avons réfléchi à la place de la Réserve Héritaire, à cet égard, nous regrettons l'absence de notre Rapporteur Général, Maître Mickaël Dadoit qui ne pouvait être présent aujourd'hui. Nous avons traité à l'époque de la Réserve Héritaire prise dans la globalité au sens des **articles 912** et suivants du Code civil. Notre propos devant vous aujourd'hui est de répondre à une question simple : Comment équilibrer la liberté testamentaire et les vertus de la Réserve héréditaire des descendants ? Le **DISPOSANT**, futur défunt, est au **cœur de notre raisonnement** et de nos préoccupations.

PARTIE I. la place de la réserve héréditaire au XXI^e siècle

I. Les vertus pratiques de la réserve héréditaire au XXI^e siècle

A. Les vertus sociales¹

- Faire que chacun ait une place dans une famille, que chaque individu puisse se construire en tant que maillon, élément favorisé par la présence de la réserve.
- Eviter l'individualisme = **la solidarité collective** ne doit pas effacer **la fraternité familiale**. La Réserve Héritaire en est **l'expression juridique**.
- La Réserve Héritaire protège le testateur **contre l'influence de l'entourage** ; Le vieillissement est une cause de perte du libre arbitre.
- Lors de la **rédaction** d'un Testament, nous regardons les conséquences, non pas seulement **pour celui qui recevra** mais aussi **pour celui qui recevra moins** (protection de la partie faible). Très peu de nos clients veulent déshériter leurs enfants et en général nous cherchons à en comprendre les raisons.

B. Les vertus économiques de la Réserve Héritaire

- La Réserve Héritaire doit éviter la **judiciarisation** ; cf. exemple des pays de Common Law qui oblige a posteriori à une family provision avec une reasonable financial provision².
- Si une part est déjà réservée pour mes descendants, la part de liberté qui m'est laissée va me permettre de favoriser :
 - Mon conjoint survivant,
 - Ma volonté de transmettre à d'autre (philanthropie) ce qui est rare en pratique,
 - Voir permettre une transmission plus aisée de certains biens (entreprise/maison de famille...).

1. Saint Luc 14 la loi est faite pour l'homme

2. « Empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi et enlèvent aux hommes cupides avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation. »

- La Réserve Héritaire permet de **transmettre un capital** qui est un **facteur de stabilité économique** (l'actionariat privé est plus stable pour les grandes entreprises).

La Réserve Héritaire apparaît ainsi comme l'expression de la volonté de l'État d'être un **État protecteur**. La Réserve Héritaire doit être **conservée** en raison de ses vertus sociales et économiques. Il n'en demeure pas moins, que la Réserve Héritaire doit **évoluer**.

II. Une évolution nécessaire

A. Evolution liée à la concurrence des droits

1. En droit interne il existe des droits spéciaux

Ces droits spéciaux permettent au futur défunt de **contourner** la Réserve Héritaire. Citons ici notamment :

- Les dangers de l'Assurance-vie (fiscalité et conséquences juridiques),
- L'aliénation avec abandon du capital contre rente viagère,
- La Tontine,
- Les avantages matrimoniaux...

2. Concurrence des droits liée au droit comparé

- Le règlement successions dans le temps va entraîner l'application sur notre territoire de législations qui ne connaissent pas ou connaissent une Réserve Héritaire différente.
- Le législateur belge (L. 20 juill. 2017) ne s'y est pas trompé en modifiant l'article 913 du Code civil belge. (modification *quantum* et le développement des pactes successoraux).
- Mais ne pas oublier que la majorité des états du monde connaissant le droit continental, dispose d'une Réserve Héritaire. En UE 90% des États connaissent la Réserve Héritaire.
- Ce n'est pas la Réserve Héritaire qui doit évoluer mais son application.

B. L'évolution des familles : elles deviennent protéiformes

- Les nouvelles formes de famille, mariée, pacsée, concubinage, enfants d'union différentes... justifient de l'évolution.
- Les familles évoluent et attendent **une part plus importante** de liberté pour organiser leur succession. Nous allons vers un principe de contractualisation : pour un développement des pactes successoraux (étude du testament conjonctif lors du congrès de 2014).

Nous avons donc besoin que la Réserve Héritaire évolue.

En conclusion, il est traditionnel de présenter TROIS types d'évolutions possibles :

- **D'abord sur la nature** : Une dérive est de considérer la Réserve Héritaire comme un subside post mortem. La garantie d'une créance n'est pas la même que celle de la Réserve Héritaire.
- **Sur les bénéficiaires** et **les modalités** de la réserve Héritaire.

PARTIE II. VERS UNE SOLUTION ÉQUITABLE

I. Les pistes de réflexion pour accroître la liberté testamentaire

Comme déjà dit, nous avons fait le choix de placer le DISPOSANT au centre de nos préoccupations. C'est donc la liberté testamentaire que nous cherchons à accroître, SANS aller jusqu'à une liberté totale en proposant **une suppression pure et simple** de la Réserve Héritaire. Dès lors, nous avons exclu :

- **Une augmentation du *quantum* de la Réserve Héritaire** qui aurait pour conséquence une diminution de la liberté testamentaire = idée allant à l'encontre des souhaits des concitoyens.
- Une augmentation de la Quotité Disponible Spéciale entre époux
 - Cette option ne concerne que le Conjoint survivant, or nous cherchons à replacer le DISPOSANT au centre de nos préoccupations,
 - Et changer la Quotité Disponible Spéciale entre époux aurait des conséquences dans les familles recomposées.
- **Une extension de la Quotité Spéciale à d'autres bénéficiaires** (aux concubins ou aux partenaires pacsés par ex.)
 - La liberté testamentaire n'est pas modifiée et cela ne concerne pas les héritiers réservataires directement,
 - Là encore le DISPOSANT n'est pas au centre des préoccupations,
 - De surcroît, cela aurait pour effet de gommer **les différences successorales avec le mariage**.

Finalement, la meilleure solution pour offrir plus de liberté au DISPOSANT tout en conservant les vertus de la Réserve Héritaire, reste **l'aménagement de son *quantum***.

II. La solution retenue : une évolution de son *quantum*

A. Un seul et même *quantum* invariable quel que soit le nombre d'enfant

- Vous le savez, d'après les écrits de l'époque, c'est Jean-Jacques Régis Cambacères, qui est à l'origine de la variabilité de la Réserve Héritaire selon le nombre d'enfants.
- Mais, à notre connaissance il n'existe pas trace d'une réelle justification.
- Ce que l'on sait, c'est qu'originellement, la Réserve Héritaire avait pour vocation de protéger les enfants pour l'avenir, et donc, plus il y en avait, plus la part qui leur était réservée devait être importante.
- Dans le cadre de notre réflexion, nous avons **abandonné** cette vision qui nous a semblée dépassée et avons placé volontairement le DISPOSANT au **centre de la réflexion**.
 - Dès lors, le nombre d'enfants ne doit plus être un critère de variabilité de la Réserve Héritaire.
 - Aussi, nous proposons un seul et même *quantum* quel que soit le nombre d'enfant.

B. Quantum ramené à un moitié pour allier liberté et contrainte

- Dans le prolongement des propos précédents de Jean GASTE sur la nécessité de faire évoluer la Réserve Héritaire, l'aménagement que nous proposons consiste à établir **un parfait équilibre** entre la Réserve héritaire qu'il faut conserver, et la liberté testamentaire qu'il faut accroître.
- Cet **équilibre** consiste à figer **invariablement** le *quantum* de la Réserve Héritaire à hauteur de **moitié** des biens du disposant.
- Quoi de **plus égalitaire** lorsque, **deux conceptions** que tout opposent, doivent coexister dans l'intérêt de tous que de retenir **une position médiane = Permettre au DISPOSANT autant de liberté qu'il n'a de contrainte**.

- Dès lors la liberté testamentaire du DISPOSANT est l'égal de la Réserve Héritaire.
- Nous arrivons ainsi à **l'équilibre des droits** en présence, pour **l'équilibre du Droit français**.

En guise de conclusions, quelques impacts de notre proposition...

DROITS DES DESCENDANTS

Nbre d'enfants	% de la population*	QD actuelle	RH actuelle	RH projetée	Différence
			%/enfant	%/enfant	%/enfant
1	46%	1/2 PP	1/2 PP 50,0%	1/2 PP 50,0%	0
2	37%	1/3 PP	2/3 PP 33,33%	1/2 PP 25,0%	- 8,33%
3	13%	1/4 PP	3/4 PP 25,0%	1/2 PP 16,66%	- 8,34%
4	4%	1/4 PP	3/4 PP 18,75%	1/2 PP 12,50%	- 6,25%
5	4%	1/4 PP	3/4 PP 15,0%	1/2 PP 10,0%	- 5,0%

Source : INSEE

* France, population des ménages, familles selon le nombre d'enfants (sans limite d'âge) en 2015

- Pour chaque enfant, la comparaison des nouveaux droits issus de la proposition par rapport à la situation actuelle n'entraîne pas de profond bouleversement
 - Ainsi, vous le constatez, près de la moitié des français n'a qu'un enfant (46%). La proposition n'entraîne aucun changement pour eux.
 - En présence de 2 ou 3 enfants, les droits de chacun d'eux ne sont modifiés que d'environ 8%, voire moins, de la masse totale des biens successoraux.
 - Au-delà de 3 enfants, le pourcentage ne cesse de baisser
 - Sachant que le DISPOSANT reste libre de continuer de gratifier les descendants de la même façon qu'aujourd'hui s'il le souhaite en utilisant la Quotité Disponible.
- Le nouveau *quantum* proposé permet de rapprocher la Réserve Héritaire française des descendants de la **majorité des quanta des autres pays de l'Union européenne**.
 - Il rend ainsi notre droit plus attractif au regard de la liberté testamentaire
- Enfin, une question en **Droit International Privé** : la proposition ne permettrait-elle pas de changer la qualification de la Réserve Héritaire française afin qu'elle devienne d'Ordre Public International ?

CONCLUSION

Pour conclure, nous vous proposons de diminuer le *quantum* de la Réserve Héritaire des descendants pour la sacrifier en vue de la préserver et citant Victor Hugo « Rien n'arrête une idée dont le temps est venu ».

Contribution de Marcel Gauchet

Philosophe, Historien,
Directeur d'études émérite à l'EHESS

Je n'ai évidemment aucune compétence pour traiter en juriste du problème de la réserve héréditaire. Je ne parlerai que du phénomène qui se situe à l'arrière-plan de la discussion et qui constitue à mes yeux un événement civilisationnel majeur : la désinstitutionnalisation de la famille dans le cadre de l'avènement de la société des individus. Des notions galvaudées auxquelles il s'agit de donner leur signification rigoureuse.

La désinstitutionnalisation de la famille est communément décrite comme une déformalisation des rôles sociaux classiques : la femme au foyer et le père pourvoyeur. En réalité cette déformalisation est la manifestation de surface d'un phénomène bien plus profond. La famille a cessé d'être une institution dans l'entente collective du fonctionnement social. Elle le demeure dans les textes, pour des raisons sur lesquelles nous allons revenir, mais elle ne l'est plus dans l'esprit des acteurs sociaux.

La famille a cessé d'être un rouage de l'ordre social. Elle ne contribue plus à la production de la société, à l'institution de l'être-ensemble, avec les contraintes que cela suppose et qui déterminaient les rôles de chacun dans son cadre. La famille n'est plus la fameuse cellule de base de l'organisation collective qu'il était banal d'y voir il n'y a pas si longtemps. Il y va d'un changement de structure de l'existence collective.

Pour le faire ressortir je procéderai à une mise en perspective historique rapide de la famille occidentale en trois étapes, correspondant à trois cas de figure.

Premier cas de figure : le partage des tâches entre société domestique et société politique. La société domestique veille à la subsistance économique et à la reproduction biologique et culturelle. L'articulation entre les deux sociétés est fournie par le chef de famille : il est magistrat politique dans la société domestique, comme dans l'autre sens le roi est d'une certaine manière le chef de famille du royaume, bien qu'en charge d'une fonction politique d'un autre ordre.

Deuxième cas de figure : il apparaît avec l'émergence de la « société civile bourgeoise » à la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^e siècle, en lien avec la révolution industrielle et l'émergence de la société économique, la société du marché et du contrat. De la bipartition, on passe à une tripartition.

La description classique en est fournie par les trois sphères de la philosophie du droit hégélienne : la société domestique (la famille), la société civile (la sphère des besoins) et la société politique (l'État).

C'est le cadre théorique à l'intérieur duquel nous vivons toujours, alors que nous sommes passés insensiblement depuis les années 1970 dans un troisième cas de figure.

La caractéristique majeure de ce troisième cas de figure est la disparition de la société domestique. Elle existe en fait, mais elle n'existe plus en droit dans la tête des acteurs, dans la compréhension tacite qu'ils ont l'organisation de leur collectivité. Retour à une bipartition d'un autre genre : Il n'y a plus que la société civile des individus privés et l'État.

Il y a toujours trois sphères pour autant. Mais la société domestique a été remplacée par la sphère de l'intime—une sphère extra-sociale, pour ainsi dire, puisqu'elle ne regarde que ce qui se passe entre les individus qui la composent. Elle ne donne pas lieu à la définition de rôles sociaux plus ou moins standardisés. C'est ici que nous retrouvons son ambiance déformalisée. La société n'a pas à y mettre son nez. Elle ne représente qu'une subdivision de la société civile privée au sens économique.

C'est dans ce cadre qu'il faut comprendre l'évolution du mariage : il n'y a plus de familles avec chef, mais des couples, des couples qui ne se soucient guère de la reconnaissance légale de leur union qu'en fonction de l'enfant. « C'est l'enfant qui fait la famille », selon une formule bien connue.

Autre illustration du phénomène : la famille ne fait pas société. Cela change totalement son rapport à l'éducation des enfants. Elle était chargée de produire des êtres pour la société, elle est là désormais pour les protéger contre la société, au nom de leur épanouissement personnel. Tout notre problème éducatif sort de cette situation.

Mais il y a une butée à cette logique de l'intime. La société des individus privés est rattrapée par le problème de l'héritage, de la transmission des biens et des patrimoines.

Ce problème conduit à redécouvrir le fait social primordial : la transcendance temporelle de la société par rapport à l'individu. Les individus meurent, la société continue. Il s'ensuit une tension très forte à l'intérieur de ce couple avec enfants, s'agissant du sort des enfants. Ce sont les enfants de leurs parents, qui en disposent souverainement comme ils l'entendent. Cela se marque dans la manière de leur assigner une identité, de leur communiquer une culture, éventuellement de les mettre à l'abri de règles sociales comme la vaccination.

Mais ces enfants sont par ailleurs des individus qui doivent être traités et respectés comme tels. Ils doivent à ce titre bénéficier d'une protection de la société, une protection qui ne peut être assurée que par la puissance publique. En dernier ressort l'État est le garant public de cet enfant privé. C'est dans cette ligne qu'il faut comprendre l'apparition d'une idée comme celle récemment avancée d'un « permis de procréer ». Une idée provocatrice, mais parfaitement logique dans le nouveau cadre qui se met en place.

Cette tension se retrouve à propos de l'héritage et de votre « réserve héréditaire ». Celle-ci a été conçue typiquement pour l'époque de la famille institution, en fonction du souci de la perpétuation du nom et de la préservation des patrimoines.

On conçoit par conséquent qu'elle soit contestée au nom de la logique de l'intime. La toute-puissance subjective des individus privés ne peut qu'être heurtée par cette limite à la capacité de disposer de leurs biens comme ils l'entendent, en fonction de leurs rapports affectifs avec leurs enfants dont la chose publique n'a rien à connaître.

Certes, mais ce n'est qu'une des faces du problème. Car, de l'autre côté, ces enfants sont des individus de droit, du point de vue de la société. Ils doivent donc être traités formellement comme des égaux, quels qu'aient été leurs rapports avec leurs parents. Nous arrivons devant une contradiction majeure entre la logique intime des individus chacun pour eux-mêmes et la logique publique de la société des individus en général.

Une contradiction qui va se retrouver d'ailleurs sur le plan fiscal, avec l'impôt sur les successions. Celui-ci tend à être récusé spontanément par les individus privés, mais il retrouve sa pleine justification sur un autre plan, en fonction non seulement des besoins de la chose publique et de la justice fiscale, mais de la logique individualiste elle-même. Car en bonne logique individualiste l'héritage n'a aucune justification, chacun ne devant être que l'enfant de ses propres œuvres. Telles sont les contradictions qui sont au travail derrière cette question de la réserve héréditaire et avec lesquelles il faut compter.

L'arbitrage à rendre face à cette contradiction est donc de savoir quel est le point de vue qu'on privilégie : le point de vue de la sphère intime ou le point de vue de la logique fondamentale de la société des individus de droit. C'est ce dernier qui me semble devoir l'emporter puisqu'il fournit la formule générale du monde où nous vivons. À ce titre il me semble que l'idée de la réserve héréditaire conserve toute sa signification dans le nouveau cadre où nous évoluons, en dépit des transformations majeures subies par la sphère familiale et le statut des personnes qui la composent.

Contribution d'Anne Gotman

Sociologue,
Directrice de recherche émérite au CNRS-Cerlis

I. La question de l'égalité : dimension pratique, dimension symbolique

« L'affaire Johnny Halliday » a une fois de plus soulevé dans le public la question de l'inégalité successorale et plus précisément du déshéritage. « Peut-on déshériter un enfant ? » est la question qui revenait sur toutes les bouches. Le législateur, lui, pense tout autrement, non pas à la possibilité de priver un héritier de tout ou partie de son héritage, mais à celle d'avantager celui ou celle qui en aurait le plus besoin ; ou encore à la possibilité d'orienter le patrimoine là où son utilité sociale serait la plus grande.

Les uns pensent à la faculté de sanctionner l'ingrat, le défaillant, l'absent. L'autre à accroître le rendement économique du patrimoine. Dans un cas, c'est l'héritier qui est au centre de la réflexion, dans l'autre c'est le patrimoine. Dans un cas, on se préoccupe de justice sociale (intrafamiliale), dans l'autre d'utilité économique.

De fait, ces deux dimensions sont toujours présentes (et parfois mélangées) dans la réflexion sur la liberté testamentaire.

II. Utilité philanthropique vs justice familiale

Parmi les arguments invoqués en faveur d'un assouplissement de la réserve, le réformateur contemporain aime à citer l'argument utilitariste de la philanthropie. Introduire une dose de liberté testamentaire favoriserait une politique de redistribution des richesses qui ne transiterait pas par l'État, mais serait laissée à l'initiative des particuliers détenteurs de patrimoine et qui serait, comme telle, mieux gérée que par les pouvoirs publics. Dans un domaine voisin, celui de l'imposition successorale, on entend ce même argument de la compétence des acteurs privés en matière de redistribution des richesses à laquelle il conviendrait de faire droit. Les familles estiment être plus expertes que l'État pour ce qui est de l'utilisation du patrimoine familial. « Nous on sait comment aider et où va notre argent », disent les parents. Autrement dit, laissons aux familles le soin d'arbitrer et de définir les termes de la justice familiale, elles feront mieux que l'État avec leurs impôts. Il y va d'un savoir-aider individuel qui serait supérieur au système d'aides publiques. Mais si les familles ne sont pas opposées, de principe, à pouvoir disposer de davantage de latitude pour gratifier les leurs, est-ce à dire qu'elles utiliseraient cette marge de manœuvre supplémentaire pour gratifier différemment leurs membres et faire du « sur mesure » ?

III. Le cas de l'enfant handicapé

Ce cas emblématique est mis en avant chaque fois qu'il s'agit d'introduire un peu plus de souplesse dans les règles de dévolution, comme ce fut encore le cas lors de la réforme de 2006, en particulier sur le chapitre des renonciations successorales. On constate, de fait, que la présence d'un enfant handicapé est le seul cas reconnu par les familles comme justifiant d'avantager un héritier. Toutefois, si l'on en juge par notre enquête sur la pratique des renonciations successorales, l'enfant handicapé ne paraît guère être le destinataire de la renonciation anticipée à l'action en réduction, et encore moins motiver, aux yeux des notaires interrogés, l'adoption de la renonciation à fin de transmission (citée par 8% des notaires interrogés seulement)¹. De fait, en présence de successions importantes, gratifier l'enfant handicapé risque de compromettre le bénéfice des aides qui lui sont allouées.

1. Renonciations et successions: quelles pratiques?, sous la direction de Cécile Pérès, Université Panthéon-Assas (Paris 2) Laboratoire de sociologie juridique et Mission de Recherche «Droit et Justice », Décembre 2016.

IV. Avec la réserve, nous touchons à l'ADN de la culture française

Du côté des héritiers. L'attachement à l'égalité est, on le sait, une « passion française », et la réserve en est la concrétisation par excellence. Nous l'avons dit, si le frère ou la sœur handicapée bénéficie de l'indulgence de ses cohéritiers, tel n'est pas le cas des frères et sœurs moins bien lotis, moins chanceux ou auteurs de choix discutables, en tout cas jugés responsables de leur sort. Les héritiers présomptifs ne sont favorables à l'inégalité de partage que s'ils ont des raisons de penser que celle-ci leur sera profitable. Dans tous les autres cas, l'égalité est jugée préférable. Enfin, il est à parier qu'en milieu fortement urbanisé, le cas de l'enfant qui s'occupe des parents âgés (et qui bénéficierait pour cette raison d'une part supérieure à celles de sa fratrie) devienne de plus en plus rare.

Du côté des testateurs. Quant aux parents, toutes les enquêtes montrent qu'ils répugnent à « faire des différences » entre leurs enfants. À peine admettent-ils admettent la possibilité de préférences affectives, mais, à supposer que celles-ci existent, il n'est pas question de leur faire droit. Les parents souhaitent avant tout éviter les problèmes et à avoir à s'expliquer. L'objectif reste celui de se protéger et de protéger la famille contre les conflits potentiels, et la meilleure politique pour y parvenir consiste à ne pas faire de testament. Une formule résume parfaitement cette politique : « On laisse faire la loi ».

Les données contemporaines de l'évolution familiale. Les familles, on le sait, sont cependant de plus en plus nombreuses à comporter des enfants de lits différents. Et potentiellement traversées de conflits affectifs et patrimoniaux. On peut s'interroger sur le fait de savoir si la possibilité de tester plus librement serait utilisée pour amortir les ruptures familiales ou si, au contraire, elle ne risquerait pas d'en redoubler les effets.

V. La fonction « instituante » de la réserve

Lorsque les gens déclarent « on laisse faire la loi », ils disent davantage que la volonté de se prémunir contre les conflits potentiels soulevés par un partage inégalitaire. Laisser faire la loi, c'est aussi faire jouer la fonction symbolique (ou instituante) de la loi successorale qui est la réplique de la loi de la filiation, c'est indiquer aux héritiers que c'est la loi qui les fait tels et non un choix individuel. Autrement dit, la réserve institue l'héritier davantage que la liberté individuelle.

On rappellera ici l'argument de Robespierre (ce dernier admiré de Tocqueville, ne l'oublions pas), sur la véritable légitimité de l'institution successorale. Celle-ci, disait-il en substance, n'est pas d'ordre privé mais bien d'ordre public. « La propriété de l'homme peut-elle s'étendre au-delà de la vie ? [...] Peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée lorsqu'il est lui-même réduit en poussière ? Non, la propriété de l'homme après sa mort doit retourner au domaine public de la société. Ce n'est que par l'intérêt public qu'elle transmet ses biens à la postérité du premier propriétaire »². L'héritier hérite donc non pas directement de ses ascendants mais de la société à laquelle les biens de famille reviennent et qui lui en remet sa part. La transmission n'est pas un face à face entre *de cuius* et héritiers, mais elle implique la présence du tiers concrétisé par la loi.

A noter enfin que le contexte dans lequel a été conçue la réserve héréditaire et le contexte dans lequel sa réforme est envisagée aujourd'hui ne sont pas comparables ; ils sont même jusqu'à un certain point opposés. En 1804, la fonction symbolique de l'institution et l'objectif de perpétuation sont dominants. Aujourd'hui, c'est à la consommation et même à la liquidation des biens qu'on travaille, alors que par ailleurs on déplore la désymbolisation rampante des institutions.

VI. Les besoins économiques : est-ce-là la bonne entrée?

Dans un récent article sur une proposition de loi³ peu remarquée visant à modifier la règle de la primogéniture introduite au Parlement britannique en 1836⁴, Lloyd Bonfield note que l'intensité des débats tenait à l'enjeu-même de la réforme, infiniment plus vaste que la simple dévolution de la terre. La controverse qui

2. Discours du 5 avril prononcé devant l'Assemblée nationale; Nos italiques.

3. the Landed Property of Intestates Bill

4. Bonfield Lloyd, "Farewell Downton Abbey, Adieu Primogeniture and Entail: Britain's Brief Encounter with Forced Heirship", *American Journal of Legal History*, Volume 58, Issue 4, December 2018. Pages 479–504. <https://doi.org/10.1093/ajlh/njy019>

avait pris place aux Commons abordait le large spectre des objectifs que toute loi successorale est censée servir. Sous-jacent à ce débat, était un dilemme bien plus abstrait : « la conception de la loi successorale devait-elle prioritairement servir des fins politiques, en l'occurrence, la constitution, ou convenait-il plutôt de la calibrer afin de promouvoir des objectifs sociaux, économiques et familiaux désirables ? »

Une réforme de la réserve en France, aussi partielle et « technique » fût-elle, mobiliserait nécessairement l'un et l'autre de ces deux registres d'action.

Contribution de Nicolas Laurent-Bonne

Agrégé des facultés de droit,
Professeur d'histoire du droit à l'Université de Clermont Auvergne

Notations historiques sur l'avenir de la réserve héréditaire

La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités avait notamment pour ambition d'accroître la liberté de disposition et d'adapter le droit des successions à la nouvelle configuration des familles recomposées, au vieillissement de la population ainsi qu'à la réalité économique de l'entreprise. Pour remplir de tels objectifs et répondre aux attentes des praticiens, la loi a ainsi procédé à une retouche des règles gouvernant la réserve héréditaire. La réserve des ascendants a tout d'abord été supprimée afin de privilégier le conjoint survivant et les successions descendantes, spécialement au sein des familles recomposées lorsque l'enfant n'a plus aucun lien affectif avec l'un de ses parents. La réduction en valeur des libéralités excessives a par ailleurs été généralisée en vue de sécuriser la propriété de ceux qui ont été gratifiés par le défunt. Par dérogation à la prohibition des pactes sur successions futures, le législateur a enfin investi l'héritier réservataire présomptif du pouvoir de renoncer, par anticipation, à exercer une éventuelle action en réduction.

Les dispositions de cette loi ont bien souvent été regardées par la doctrine comme une rupture, sinon comme une « fracture »¹ dans la longue histoire du droit des successions. Selon l'expression de Pierre Catala, ce texte aurait même rompu « avec mille ans de réserve coutumière et deux siècles de code civil »². D'aucuns estiment par ailleurs que la loi aurait diminué la force et plus encore altéré la nature de la réserve héréditaire, dont la disparition est parfois même prophétisée³. En somme, le législateur aurait tourné le dos à la tradition et dénaturé une institution du droit français des successions. Cette critique de la loi du 23 juin 2006 appelle de ma part une série de remarques qui guideront ma réflexion sur l'avenir de la réserve héréditaire.

I. L'historicité de la réserve héréditaire

Cette critique de la loi de 2006 repose tout d'abord sur le postulat théorique que la réserve héréditaire et les règles qui la gouvernent baignent dans un temps unique et homogène. Ce régime d'historicité, propre à la dogmatique juridique, nous assure alors que notre droit contemporain des successions procède, d'une manière ou d'une autre, du droit romain et du droit coutumier que le code civil aurait consacrés⁴. La plupart des manuels de droit des successions s'attache en effet à présenter, en guise d'introduction, le compromis auquel serait parvenu le Code Napoléon en matière de réserve héréditaire, progressivement démantelée par l'esprit libéral : le Code aurait trouvé un terme moyen entre la solidarité familiale promue par les coutumes et la liberté testamentaire offerte par le droit romain ; l'élan libéral aurait quant à lui sapé cet équilibre au profit de l'autonomie de la volonté individuelle. Cette présentation est évidemment discutable, sinon contestable : l'histoire du droit ne décrit pas un temps homogène, pas plus qu'elle ne décrit une ligne continue et ininterrompue, orientée vers la décadence ou le progrès. Dépourvue de toute trajectoire, l'histoire est accidentelle : elle est faite de ruptures, de révolutions et de conséquences inattendues. Disons-le sans détour, il est historiquement faux d'affirmer que les rédacteurs du code civil, au sommet d'une évolution, ont trouvé un terme moyen entre les règles romaines et le droit coutumier. Comme l'a

1. M. Nicod, « Vingt ans d'évolution de la législation applicable aux successions et aux libéralités », *Droit de la famille*, 2016, n° 12, dossier 53, n. 12.

2. P. Catala, « Prospective et perspectives en droit successoral français », *JCP N* 2007, p. 1206, n. 12.

3. P. Cénac et C. Peyroux, « La mort de la réserve héréditaire ? », *JCP N* 2011, p. 1092.

4. N. Laurent-Bonne, « Observations sur la fonction de l'histoire dans la doctrine contemporaine », *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, dir. T. Bonneau et D. Mazeaud, Paris, 2016, p. 11-28 et, en dernier lieu, la critique de M. Xifaras, « Comment rendre le passé contemporain », *Penser l'ancien droit privé*, dir. X. Prévost et N. Laurent-Bonne, Paris, 2018, p. 13-38.

démontré Marta Peguera Poch, la réserve du code civil est la consécration de la légitime romaine, telle qu'elle fut comprise à la fin de son acclimatation en pays de coutumes⁵. Dans cette littérature de manuels, l'histoire de la réserve héréditaire est également mobilisée afin de souligner la Majesté du Code, « solide et enraciné dans nos mœurs »⁶, ainsi que ses modèles et ses vérités qu'il conviendrait de préserver. Cette édifiante mise en scène de l'histoire n'est pas dépourvue de conséquences normatives : en inscrivant fictivement des choses passées et présentes dans une même temporalité, la doctrine enchaîne alors le législateur à des choses mortes. C'est en effet le sentiment que me laisse la lecture de ces ouvrages qui pourraient renoncer à présenter les choses présentes comme procédant des choses passées et à présenter les choses passées comme immédiatement présentables. Savoir s'affranchir d'un héritage, lui opposer l'oubli, n'est pas toujours une mauvaise chose. C'est la leçon de Nietzsche que les juristes gagneraient à lire⁷.

Cette critique de la loi du 23 juin 2006 repose également sur le postulat théorique que la réserve héréditaire, qualifiée d'institution, est dotée d'une nature, hypostasiée sous la forme d'une essence, dont l'histoire serait le creuset. On lit en effet couramment dans la littérature juridique que la réserve serait la traduction d'un devoir moral, visant à garantir la solidarité familiale, à préserver les enfants contre les risques d'un abus d'autorité de leurs ascendants ou encore à préserver certains biens dans la famille. C'est du reste l'analyse qu'en fait Gustave Boissonade dans son Histoire de la réserve héréditaire publiée en 1873⁸. Il est néanmoins historiquement faux et théoriquement discutable d'écrire, comme on le lit encore sous la plume d'éminents civilistes, que la réserve héréditaire a toujours eu pour finalité, par-delà l'espace et le temps, et ce depuis l'époque romaine, le devoir familial, la conservation des biens dans les familles et une certaine égalité entre les enfants. En vérité, la réserve héréditaire du code civil et ses équivalents fonctionnels des époques antérieures n'ont pas la même finalité, ni le même régime juridique qui évoluent sans cesse depuis l'antiquité romaine, au gré des circonstances politiques, des idéologies dominantes et des mutations de l'économie et de la société. Je souscris à l'inverse, sans réserve, au rapport du 108^e Congrès des notaires de France qui rappelle ainsi que « la réserve évolue avec la société dans son régime et son expression ». Ces observations liminaires sur l'historicité de la réserve pourraient guider l'action du Gouvernement engagé sur la voie d'une réforme.

Qu'est-ce qu'un historien du droit peut raisonnablement dire de l'avenir de la réserve héréditaire ? Il y a évidemment plusieurs façons d'écrire l'histoire de la réserve. On peut s'intéresser tout d'abord aux fondements ou aux origines historiques de cette dernière. Il s'agit là d'une approche généalogique, fort répandue dans la doctrine juridique, qui inscrit les règles de droit dans un rapport de filiation. Une telle approche ne permet cependant pas de sortir du giron de la dogmatique qui conçoit le passé comme un présent perpétuellement disponible. Une autre manière, plus historienne, consiste à décrire le passé pour lui-même, de manière plus savante et désintéressée. Il s'agit de décrire, à l'inverse, des règles qui furent positives qui n'ont pas nécessairement d'échos dans les législations positives. Une telle approche présente le risque de produire un savoir qui ne contient aucune méthode pour les juristes – un dialogue de sourds entre le juriste dogmaticien et l'historien antiquaire.

Comment produire le récit de notre passé afin qu'il nous soit effectivement contemporain ? Une autre manière de faire consiste à rapporter la réserve héréditaire aux problèmes qui la précèdent. Partons en effet du postulat suivant : une règle de droit est une solution donnée à un problème. Avant la règle, il y a donc le problème : il la précède, la domine ; elle y répond. L'analyse positive des normes en vigueur ou d'un droit qui fut positif est en effet insuffisante, notamment parce que les règles de droit ne se présentent jamais comme des données purement autonomes ou comme le produit d'une rationalité indifférente aux contingences sociales. En matière de réserve héréditaire, deux problèmes de législation peuvent être dégagés. Un premier problème interroge tout d'abord l'idéal de justice particulière, entendue ici comme une vertu sociale au sens aristotélico-thomiste : est-il juste de réserver une part indisponible du patrimoine

5. M. Peguera Poch, Aux origines de la réserve héréditaire du code civil : la légitime en pays de coutumes, XVIe-XVIIIe siècles, Aix-en-Provence, PUAM, 2009.

6. P. Malaurie et C. Brenner, Droit des successions et des libéralités, Paris, LGDJ, 2016, p. 417, n° 716.

7. F. Nietzsche, Seconde considération inactuelle, de l'utilité et des inconvénients de l'histoire pour la vie (1874), trad. H. Albert, édition électronique, Les échos du maquis, 2011, cité par M. Xafaras, « Comment rendre le passé contemporain », loc. cit., p. 15, n. 9.

8. G. Boissonade, Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique, Paris, 1873, p. 363 s.

d'un défunt à certaines catégories d'héritiers ? Un second problème interroge ensuite l'efficacité économique de la règle de droit, spécialement dans un contexte de compétition normative, de libre-échange et de mobilité accrue des personnes et des capitaux : est-il économiquement efficace d'entraver la liberté de tester en rendant indisponible une partie du patrimoine d'un défunt ? Cette manière de procéder suppose alors de dissocier la règle posée des motifs employés pour la justifier sur lesquels portera précisément mon attention. L'expérience juridique romaine, le droit canonique médiéval et les débats doctrinaux de la seconde moitié du XIX^e siècle livrent une série de réponses à ces problèmes de législation qui se présentent aux juristes contemporains.

II. L'expérience juridique romaine

Historiquement, le droit romain fait primer le testament sur la dévolution légale, et ce dès avant la loi des XII Tables. La succession légale est en effet présentée dans les sources juridiques romaines comme un palliatif pour celui qui a omis de tester ou commis des erreurs dans l'accomplissement du formalisme testamentaire. Le testament occupe à Rome une importance capitale : c'est un acte politique de souveraineté individuelle et de puissance que tout Romain doit rédiger. Il est conçu comme la manifestation de la libre volonté de testateur, comme un acte d'immortalité dont l'expression la plus évidente est l'institution d'héritier. Le testateur a théoriquement toute latitude dans le choix du ou des héritiers qu'il institue. Il peut également écarter certains descendants ; mais, en pareil cas, l'exhérédation doit être expresse. Dit autrement, le testateur dispose de la liberté la plus absolue pour instituer ou exhériter, à condition qu'il le fasse de manière expresse.

Rome a cependant apporté plusieurs correctifs à cette liberté testamentaire. La quarte falcidie, créée à la fin de la République, est le premier d'entre eux. En 40 avant notre ère, la loi Falcidia fixe en effet la quotité disponible aux trois quarts de l'actif de la succession, évaluée au jour du décès⁹. Si les legs grevant l'héritier excèdent la quotité disponible, ces derniers sont réduits de plein droit, proportionnellement à leur importance¹⁰. L'héritier institué a également la possibilité de consentir à l'exécution du testament en déléguant les legs qui excèdent la quotité disponible.

La querella inofficiosi testamenti, née de la pratique judiciaire, est le second de ces correctifs ; à la différence de la quarte falcidie, elle permet d'obtenir l'anéantissement du testament fondé sur un sentiment d'affection qui doit porter un père de famille à laisser une portion de son patrimoine à certains parents, plutôt qu'à des étrangers. Les juristes et les rhéteurs de l'Époque classique estiment en effet qu'il existe entre les membres d'une même famille un devoir de piété réciproque. Dès l'époque de Cicéron († 43 av. J.-C.), et vraisemblablement sous l'influence des stoïciens, les termes pietas et humanitas ou encore l'expression officium pietatis reviennent constamment sous la plume des rhéteurs, notamment chez Quintilien († 96), ou encore sous le règne de Tibère (14-37), dans l'œuvre de l'historien moraliste Valère-Maxime (ca. 14-31)¹¹. On estime alors, à la charnière de la République et de l'Empire, que l'exhérédation arbitraire de certaines catégories d'héritiers est contraire au devoir de piété qui sert d'étalon éthique et moral à la société romaine. Dès le II^e siècle, la doctrine juridique romaine esquisse par ailleurs le régime juridique de la querella inofficiosi testamenti (qui peut être intentée, non de manière autonome, mais dans le cadre d'une action en pétition d'hérédité). Pour agir, tout d'abord, il faut être héritier légitime, c'est-à-dire appartenir à un cercle

9. Sur le testament en droit romain, la bibliographie est relativement abondante : pour une synthèse, en langue française, v. M. Humbert, « L'acte à cause de mort en droit romain », Actes à cause de mort. Antiquité, Bruxelles, De Boeck Université (coll. Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, t. 59), 1992, p. 131-162 ; v. également les deux volumes de P. Voci, Diritto ereditario romano, t. I, Introduzione. Parte generale, Milano, Giuffrè, 1960 et Id., Diritto ereditario romano, t. II, Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria, Milano, Giuffrè, 1963 ainsi que les principaux manuels de droit romain : M. Kaser, Das römische Privatrecht, t. I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München, Beck, 1971, p. 678-693 ; A. Watson, The law of succession in the later roman Republic, Oxford, Clarendon Press, 1971 ; P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, rééd. J.-P. Lévy, Paris, Dalloz, 2003 ; J. Gaudemet et E. Chevreau, Droit privé romain, Paris, Montchrestien, 2009.

10. Les accroissements ou les dégradations postérieurs sont sans effet (D., 35, 2, 73, pr.).

11. D., 35, 2, 73, 5.

12. Parmi les textes juridiques invoquant l'officium pietatis, on peut notamment se reporter à un fragment de Marcianus inséré dans le Digeste de Justinien (D., 5, 2, 2). V. également E. Chevreau, Le temps et le droit : la réponse de Rome. L'approche du droit privé, Paris, De Boccard, 2006, p. 218-219.

déterminé d'héritiers : les descendants¹³, les ascendants¹⁴ et les frères et sœurs à conditions que ces derniers soient consanguins et dépouillés au profit d'une personne de mauvaise vie (tels les prostituées et les acteurs)¹⁵. D'abord laissé à l'appréciation du juge, la part du légitimaire a ensuite été fixée au quart de l'actif de la succession du défunt, sans qu'il ne soit possible de procéder au rapport des donations entre vifs consenties antérieurement. À défaut de pouvoir procéder au rapport des donations antérieures (à l'exception des donations à cause de mort), ce mécanisme a été complété à la fin de l'Époque classique, sous le règne d'Alexandre Sévère (222-235) par la querella inofficiosi donationis qui permet d'obtenir la réduction, non la nullité, des donations entre vifs qui, au décès du disposant, se révèlent porter atteinte à la légitime des héritiers¹⁶.

Le taux de la légitime est ensuite révisé au Bas Empire ; dans une Nouvelle prise en 536, Justinien (527-565) fixe la part des légitimaires de la manière suivante : un tiers du patrimoine lorsque le testateur a quatre ou moins de quatre enfants ; la moitié du patrimoine lorsque le testateur a cinq ou plus de cinq enfants¹⁷. S'agissant par ailleurs de la sanction, le testament inofficieux est susceptible d'être annulé (« rescindé » nous disent les textes romains)¹⁸ : les tribunaux et la doctrine estiment en effet que le manquement au devoir de piété fait présumer l'insanité d'esprit du testateur. C'est une sanction évidemment très grave qui anéantit le testament dans sa globalité et entraîne, dans son sillage, l'ouverture de la succession ab intestat. Des réformes ultérieures ont cependant adouci la rigueur de cette sanction. Dans une constitution prise en 361, l'empereur Constance II (337-361) a tout d'abord écarté la querella inofficiosi testamenti lorsque le testateur a prescrit dans son testament de compléter la part de l'héritier légitimaire, « par l'arbitrage d'un homme de bien » (boni viri arbitrato), si celui-ci n'en est pas rempli¹⁹. La référence à l'homme de bien, employée de manière abstraite comme un standard de comportement, a ici vraisemblablement une valeur objective qui ne se concrétise pas par l'intervention d'un tiers mais dans l'évaluation du juge²⁰. En 531, Justinien consacre cette action en complément de part contre l'héritier institué toutes les fois qu'un légitimaire n'a pas reçu totalement la part à laquelle il pouvait prétendre en vertu de la loi, y compris lorsque le *de cuius* n'a pas expressément prévu dans son testament que ses héritiers légitimaires pourraient intenter une telle action²¹. La nullité est cependant toujours encourue en cas d'exhérédation totale d'un héritier légitimaire qui conserve par ailleurs la possibilité de consentir à l'exécution du testament et ainsi renoncer à sa part.

En droit romain, trois mécanismes permettent alors de faire échec aux dispositions testamentaires qui portent atteinte aux droits des héritiers légitimaires : la nullité du testament à la demande du légitimaire qui a été totalement exhérédié ; la réduction à l'initiative d'un héritier institué grevé de legs qui excèdent les trois-quarts du patrimoine du défunt ; le complément de part à l'initiative de l'héritier légitimaire qui a reçu moins que la part réservée par la loi.

Ces correctifs ont été inventés à Rome à une époque où les captations d'héritage sont décrites par les sources littéraires comme un fléau de la société romaine. C'est l'un des thèmes favoris des satiristes, tels Martial († ca. 102-104) et Pétrone qui, malgré leurs exagérations, témoignent de l'ampleur de ce phénomène. Ces mécanismes avaient alors pour finalité de protéger la volonté du testateur contre les manigances de son entourage : à Rome, c'est donc un rempart, et non une limite, de la liberté testamentaire et de la volonté du disposant²². Dans la Nouvelle prise en 536 qui a réévalué le taux de la réserve, Justinien expose par ailleurs que ses réformes ont été adoptées en vue de corriger l'injustice que subissent certains héritiers exhérédiés ou privés de la part qui leur revient²³. Les juristes et le législateur romains connaissent et ont soin de mettre en vedette la définition de la justice explicitée par Aristote : la justice est cette vertu

13. Même pour les descendants en ligne féminine (D., 5, 2, 5).

14. D., 5, 2, 15, pr.

15. Cette exception pour les frères et sœurs est introduite par Constantin, dans une constitution prise en 319 et insérée dans le Code de Justinien (C., 3, 28, 27).

16. Cette constitution est évoquée dans un fragment de Paul, inséré dans le Digeste (D., 31 [2], 87, 3).

17. Nov. 18, 1.

18. Le testament est « ispo jure rescissum » écrit Ulpien, dans un fragment inséré dans le Digeste (D., 5, 2, 18, 6).

19. Cette constitution est insérée dans le Code Théodosien (C. Th., 2, 19, 4).

20. Sur cette question du bonus vir, voir la thèse (à paraître) d'E. Giannozzi, *Le vir bonus en droit romain*, thèse droit dactyl., Université Paris 2, 2015, p. 350-354.

21. C., 3, 28, 36, pr.

22. E. Chevreau, *Le temps et le droit*, op. cit., p. 219.

23. Nov. 18, 1.

dont l'objet est d'attribuer à chacun la part qui lui revient. La référence à la justice, dans le texte de Justinien, n'est évidemment pas neutre : dans la législation justinienne, l'objet propre des équivalents fonctionnels romains de la réserve héréditaire est d'attribuer à chacun son dû en vue de préserver une certaine harmonie sociale ; que soit effectué un partage convenable, où chacun ne reçoit ni plus ni moins que ce qu'exige la bonne mesure. En somme, ces mécanismes juridiques romains ont trois finalités qui concernent l'individu, la famille et la société toute entière : protéger la volonté du testateur face aux captations d'héritage ; garantir un devoir de piété dans les rapports familiaux ; préserver un idéal de justice particulière et distributive. Tels sont les matériaux dévolus aux juristes médiévaux.

III. L'apport des canonistes médiévaux

Le Moyen Âge central (XII^e-XIII^e s.) est une période déterminante, sinon essentielle, pour l'histoire des droits privés européens. Cette période coïncide tout d'abord avec la renaissance du droit romain. Dès l'aube du XII^e siècle, dans l'ombre des premières universités, les juristes redécouvrent en effet les techniques et les concepts juridiques romains qui constituent l'une des matrices de la culture juridique européenne. Toutes les branches du droit bénéficient de l'apport romain : le droit des contrats, en premier lieu, support de l'économie marchande ; mais aussi le droit de la famille et du patrimoine familial, comme en témoigne la redécouverte du consensualisme matrimonial, du testament et des règles relatives aux donations entre vifs. Cette période coïncide, par ailleurs, avec un mouvement de réforme de l'Église qui exerce sur l'Europe occidentale, dès le XII^e siècle, un pouvoir de domination spirituelle et politique. En matière familiale, l'Église dispose en effet d'un double monopole juridictionnel et législatif qui contribue, profondément, à la diffusion des règles romaines ainsi qu'à l'érection d'un *ius commune* européen.

Les juristes de l'Église sont tout particulièrement intéressés par le régime juridique des legs pieux. Ces legs, qui deviennent au Moyen Âge l'une des dispositions centrales de la plupart des testaments, ont évidemment un objectif sacré – l'expression de la piété du disposant, le rachat de ses péchés – mais aussi un résultat profane puisqu'ils constituent une source non négligeable de revenus pour l'Église. Les règles juridiques qui gouvernent ces legs pieux sont évidemment incitatives. Le testament canonique est par exemple soumis à un formalisme moins rigoureux que ne l'est le testament romain – il s'agit de sauver de la nullité les legs pieux qui ne respectent pas les conditions de forme exigées par le droit romain (comme le nombre de témoins ou la formalité de la dictée)²⁴. J'émetts alors l'hypothèse que les legs pieux sont au Moyen Âge ce que le mécénat et la philanthropie sont à l'époque contemporaine : un système incitatif de don au profit d'une institution d'utilité publique, fondé, non sur une réduction d'impôt, mais sur l'économie du salut. Au Moyen Âge, les juristes de l'Église se posent une question peu ou prou comparable à celle que se pose aujourd'hui le Gouvernement en matière de mécénat et de philanthropie : un legs pieux peut-il porter atteinte aux droits des héritiers légitimaires ? Le débat s'amorce, en droit canonique, autour d'un fragment d'un sermon de saint Augustin, inséré au XII^e siècle dans le Décret de Gratien²⁵, puis commenté au sein des universités médiévales. Parmi les commentateurs du sermon d'Augustin, Étienne de Tournai († 1203) estime que le testateur n'est pas dans l'obligation de distribuer ses biens, entre l'Église et ses descendants, selon des quotes-parts égales. Le testateur doit seulement, écrit-il, préserver la légitime de ses descendants qui leur est due en vertu du droit naturel²⁶. Étienne de Tournai reprend par ailleurs le taux de la légitime tel qu'il a été fixé par la législation de l'empereur Justinien : un tiers du patrimoine lorsque le testateur a quatre ou moins de quatre enfants ; la moitié du patrimoine lorsque le testateur a cinq ou plus de cinq enfants. Selon Rufin de Bologne († ca. 1191), autre commentateur du Décret de Gratien, le père ne peut laisser à l'Église plus qu'il ne devrait laisser à ses enfants²⁷. Cette position doctrinale, consacrée par

24. Sur quelques aspects du formalisme du testament canonique, v. N. Laurent-Bonne, « La dictée du testament authentique, un succédané de formalisme rituel », *Le formalisme. Sources et technique en droit privé positif*, dir. S. Tisseyre et N. Laurent-Bonne, Paris, Lextenso (coll. Contextes. Culture du droit), 2017, p. 11-54. Il convient par ailleurs de signaler une thèse en cours de rédaction, à l'université Paris 2 Panthéon-Assas, par Sarah Bakkali-Hassani.

25. [Decretum Gratiani] C. 13, q. 2, c. 8 et C. 13, q. 2, d. p. c. 8.

26. Stephanus Tornacensis, *Summa ad C. 13, q. 2* : « Non autem cogitur eos instituere in partes aequales, dummodo nullum instituet in minorem partem quam legitimam, id est in eam quae ei deberetur jure naturae » (éd. J. F. von Schulte, *Die summa des Stephan von Doornick über das Decretum Gratiani*, Giessen, 1891, p. 219).

27. Sur les interprétations de ce fragment du Décret, voir J. Hallebeek, « Dispositions ad pias causas in Gratian's Decretum. Should the portio Christi

la législation des papes Alexandre III (1159-1181) et Innocent III (1198-1216)²⁸ ainsi que par la doctrine des siècles suivants, appelle une série d'observations.

Les canonistes et la législation pontificale contribuent à la diffusion de l'idée romaine qu'une partie du patrimoine du défunt est indisponible et réservée aux héritiers légitimes²⁹. Sans que l'on puisse parler pour le Moyen Âge d'ordre public successoral, on relève cependant que les règles relatives à la légitime ne peuvent être écartées par des dispositions testamentaires, même lorsque ces dernières sont prises en faveur de l'Église : est par exemple réputée nulle et non écrite la clause pénale insérée par un père dans son testament qui lègue à un héritier légitime une portion inférieure à celle à laquelle il aurait pu prétendre en vertu de la loi et lui fait défense d'agir contre l'Église en complément de part sous peine d'exhérédation totale. La coutume et la législation statutaire ne peuvent pas même déroger à ce principe qui relève du droit naturel³⁰, à l'exception du taux de la légitime fixé par le droit séculier. Dès le XIII^e siècle, les juristes opèrent en effet une distinction entre le principe même et ses modalités : la détermination de la portion légitime relève du droit civil si bien qu'elle peut varier d'une législation territoriale à l'autre ; dans son principe, la légitime est quant à elle immuable de jure naturali. Les canonistes médiévaux relient en effet les droits des héritiers légitimes au droit naturel ainsi qu'au devoir de charité qui incombe à tout chrétien ; ils considèrent par ailleurs la portion légitime comme la continuité de l'obligation alimentaire qualifiée d'obligation naturelle des parents vis-à-vis de leurs enfants³¹. Cette référence au droit naturel, sous la plume des canonistes, n'est évidemment pas neutre : dès la seconde moitié du XII^e siècle, juristes et théologiens conjuguent en effet l'apport romain aux Écritures saintes pour forger l'idée d'un droit naturel, institué par un Dieu ordonnateur, dont la justice est la principale finalité. En somme, en droit canonique médiéval, la réserve des héritiers légitimes est instituée en vue de préserver un idéal de justice, au sein des familles et dans un ordre naturel voulu par Dieu. Elle est l'expression du juste naturel ; en fixant le taux de la réserve, le droit séculier en est le prolongement. Cette opinion doctrinale, sécularisée par l'école du droit naturel moderne, est massivement reprise par la doctrine du XIX^e siècle.

IV. Les controverses doctrinales du XIX^e siècle

En consacrant la réserve héréditaire selon des modalités peu ou prou comparables à celles que nous connaissons aujourd'hui, le Code Napoléon a opéré une transaction entre plusieurs intérêts juridiquement protégés : d'un côté, la liberté de tester et le droit de propriété ; de l'autre, l'égalité entre les héritiers et le droit à l'héritage. Au fond, les dispositions du Code Napoléon constituent une transaction entre la liberté du défunt et l'égalité des héritiers. Pour paraphraser Tocqueville († 1859), c'est aussi une transaction entre la famille aristocratique et la famille démocratique, entre la puissance paternelle et les relations affectives, trait d'union entre l'Ancien Régime et la Révolution. Les commentateurs du code civil estiment que la réserve héréditaire relève du droit naturel, conçu comme étalon éthique et moral des rapports familiaux. Demolombe († 1887) conçoit ainsi la réserve comme un « devoir naturel » né de l'obligation alimentaire³². C'est encore l'opinion de Troplong († 1869) estimant que la réserve est un droit naturel qui assure aux enfants une part certaine dans le patrimoine des pères³³ ; elle traduit selon lui un acte d'amour et de justice. Les premiers commentateurs du code civil, qui citent massivement les juristes romains mais aussi les auteurs de l'école du droit naturel moderne, font du droit naturel et de la justice distributive la source et la finalité de la loi positive.

be restricted to the child's share ? », *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, éd. R. Zimmermann, Tübingen, Mohr, 2012, p. 79-102.

28. O. Condorelli, « The *ius decretalium* and the development of the law of succession in medieval Europe. Some examples from Denmark and Sweden (XII-XIII c.) », *Succession law, practice and society in Europe across the centuries*, éd. M. G. di Renzo Villata, Cham, Springer, 2018, p. 120-123.

29. Qualifiée de part ou de portion naturelle, la légitime est bien souvent confondue avec la quarte falcidie que les canonistes et les théologiens peinent à distinguer.

30. Benedictus Capra, *Repetitio super cap. Rainutius* [X, 3, 26, 16] : « *Tales consuetudinem vel statutum sit contra naturalem equitatem* » (Bologna, Coll. di Spagna, ms. 200, fol. 304ra). Je dois la référence à ce manuscrit bolonais à Sarah Bakkali-Hassani que je remercie vivement.

31. Panormitanus, *Com. ad X*, 3, 26, 16, n° 12 : « Et finaliter, concludit quod potest diminui, non autem in totum tolli, quia esset contra equitatem naturalem. Item, quia haec portio succedit in locum alimentorum, quae de jure naturali debetur filiis ab ipsis parentibus » (*Commentaria in Tertium Decretalium Librum*, Venetiis, 1617, fol. 118va).

32. C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XIX, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. II, Paris, 1868, p. 4.

33. R.-T. Troplong, *Droit civil expliqué des donations entre-vifs et des testaments ou commentaire du titre II du livre III du Code Napoléon*, Paris, 1855, t. II, p. 324 s., n° 737 s.

À compter des années 1860, une contestation s'élève cependant contre la réserve héréditaire. Cette contestation tient tout d'abord à une série d'arrêts rendus par la Cour de cassation qui délimitent en effet les contours de la réserve. Dans l'arrêt Laviolle, rendu en chambres réunies, le 27 novembre 1863, la Cour de cassation a estimé que la donation en avancement de part successorale faite à un héritier réservataire renonçant devait être traitée comme une libéralité préciputaire et ainsi s'imputer exclusivement sur la quotité disponible ; c'est la règle du non cumul qu'a consacrée le législateur en 1971 à l'ancien article 864, alinéa 3, devenu 919-1 par la loi du 23 juin 2006. Dans l'arrêt Dufeu, rendu par la chambre civile le 13 août 1866, la Cour de cassation a également estimé que la quotité disponible était invariable et déterminée d'après le nombre d'enfants existant au décès du disposant (« le renonçant fait nombre pour le calcul de la réserve »). L'activité de la Haute Cour stimule donc le débat doctrinal. Cette contestation de la réserve héréditaire tient surtout au développement d'idées nouvelles, à la fin du Second Empire et au début de la III^e République, dans des cercles républicains, libéraux et leplaysiens³⁴. Parmi les républicains, le juriste Émile Acolas († 1891) en est probablement le plus représentatif. Il ne mâche pas ses mots vis-à-vis du code civil, qu'il qualifie de mélange de liberté et d'autocratie. Républicain, individualiste et libéral, il est influencé par des économistes comme John Stuart Mill († 1873) ou Jean-Gustave Courcelle-Seneuil († 1892) : Acolas défend la propriété et la liberté testamentaire ; il critique encore le caractère arbitraire de la justice distributive présentée traditionnellement comme le fondement moral de la réserve héréditaire du Code Napoléon. Ce juriste républicain préfère la liberté et l'autonomie, à l'oisiveté et à l'opulence de l'héritier consommateur qu'il qualifie d'inutile et même de « nuisible » à la société³⁵. Sous la plume d'Acolas, la critique est donc politique, fondée sur un idéal démocratique ; elle est aussi économique, fondée sur l'incitation au travail. Parmi les économistes libéraux, Courcelle-Seneuil s'engage avec autant de vigueur en faveur de la liberté testamentaire et la suppression de la réserve. Pour l'économiste, la quotité disponible « éloigne le père de famille du travail [...]. À quoi bon acquérir une fortune plus grande, écrit-il, si ayant ce qu'on estime nécessaire, on ne peut faire de ses biens l'usage que l'on voudrait ? »³⁶ Courcelle-Seneuil dénonce également les stratagèmes et les subterfuges techniques qui permettent de contourner la réserve, tels que les ventes fictives et les emprunts simulés qui échappent bien souvent à la requalification en libéralité rapportable. Courcelle-Seneuil regrette enfin que des pères soient contraints à l'exil en Angleterre, afin de recouvrer leur liberté naturelle de tester ; le contexte libre-échangiste de la fin du XIX^e siècle contribue évidemment à inscrire le droit successoral dans un rapport de compétition normative. Cette contestation de la réserve doit enfin beaucoup à l'intervention de Frédéric Le Play († 1882) qui évacue toute réflexion relative à la justice et au droit naturel, préférant s'attacher aux effets concrets de la loi successorale dans la société et l'économie du XIX^e siècle³⁷. Dans le discours des leplaysiens, la liberté testamentaire présente tout d'abord une vertu morale et éducative : si l'enfant n'est pas certain d'hériter, il travaillera d'autant plus à s'assurer une situation. La liberté testamentaire présente surtout une vertu économique : les leplaysiens insistent en effet sur les conséquences néfastes de la réserve qui détruirait les grandes maisons de commerce et d'industrie et contribuerait au morcellement des sols ainsi qu'à la division de la propriété. Au fond, libéraux et leplaysiens font porter au code civil la responsabilité du déclin de la France, face à l'Angleterre industrielle et développée³⁸. Cette querelle autour de la liberté de tester manifeste la guerre que se mènent, au XIX^e siècle, la science du droit et la science économique, entre la recherche du juste et la recherche de l'efficacité économique de la loi successorale.

34. Sur ces questions, voir, en premier lieu, F. Audren, « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire. Aux origines de l'analyse économique du droit », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 48 (2014), p. 47-61 ainsi qu'O. Descamps, « Leplaysiens et juristes : la querelle du droit successoral (1864-1914) », *Les études sociales [Les juristes et l'école de Le Play]*, 135-136 (2002), p. 67-95. Sur les idées économiques, le lecteur pourra utilement se reporter à P. Steiner, « L'héritage au XIX^e siècle en France. Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Revue économique*, 59/1 (2008), p. 75-97.

35. É. Acolas, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris, 1869, t. II, p. 410.

36. J.-G. Courcelle-Seneuil, « Du droit de tester et de ses limites », *Journal des économistes*, 46/2 (1865), p. 321-345, spéc. p. 333.

37. Sur Le Play et ses émules, v. L. Guerlain, *L'école de Le Play et le droit : contribution à l'histoire des rapports entre droit et science sociale*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, spéc. p. 115-118.

38. F. Audren, « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire », loc. cit., spéc. p. 45-58.

V. Un arbitrage entre justice et économie

La longue histoire du droit tend à démontrer que les règles relatives à la réserve héréditaire sont le fruit d'un affrontement entre des intérêts juridiquement protégés, des considérations morales, religieuses et économiques qui irriguent le droit des successions. Revenons-en alors aux problèmes de législation qui nous occupent : est-il juste de réserver une part indisponible du patrimoine d'un défunt à certaines catégories d'héritiers ? Est-il économiquement efficace d'entraver la liberté de disposer en rendant indisponible une partie du patrimoine d'un défunt ? Il existe, sans nul doute, de nombreux arguments qui permettraient d'établir la plus grande efficacité économique de la loi californienne par rapport à la loi française ou la plus grande moralité de la loi française par rapport à la loi californienne. Je doute, pour ma part, que la doctrine soit juridiquement investie du pouvoir de prescrire des réponses. Tout au plus l'historien du droit et le comparatiste peuvent-ils exposer les différentes solutions apportées par des législations qui furent positives ou par des droits étrangers, sans cependant présenter ces solutions comme une boussole qui devrait guider l'action du législateur et l'interprétation du juge. Ces questions de législation ne relèvent pas, en effet, de la théorie juridique mais de la politique législative et jurisprudentielle.

Dans les successions des deux compositeurs Maurice Jarre et Michel Colombier, la jurisprudence a très récemment redessiné les contours de la réserve héréditaire à l'usage du droit international privé. Les deux compositeurs, de nationalité française, décèdent en Californie où ils sont établis de longue date et où ils ont développé une activité professionnelle qui leur a permis de constituer un patrimoine mobilier et immobilier situé, pour l'essentiel, sur le territoire de l'État californien, à l'exception de quelques meubles situés en France. Ces biens sont affectés en totalité à un family trust dont le contrôle et le profit sont assignés par testament à la veuve ainsi qu'aux enfants communs, au détriment des enfants français nés d'unions précédentes. Au décès de leurs pères, les héritiers français constatent alors que la loi californienne du dernier domicile des défunts et du lieu de situation des immeubles, qui régit la succession dans son ensemble, ne connaît pas la réserve héréditaire. Devant les juridictions françaises, les héritiers de Maurice Jarre et de Michel Colombier invoquent notamment la contrariété à l'ordre public international français de la loi étrangère qui ignore la réserve. Leurs arguments n'ont cependant pas été suivis par le juge du partage. Dans ces deux affaires, la Cour de cassation, approuvant la Cour d'appel de Paris, a en effet jugé compatible avec l'ordre public la privation de tout droit à la succession, sous la condition toutefois que la loi étrangère ne laisse pas les enfants exclus « dans une situation de précarité économique ou de besoin »³⁹. Dans des motifs particulièrement limpides, la Cour de Paris a par ailleurs estimé que les modifications apportées en France par la loi du 23 juin 2006 ainsi que l'entrée en vigueur du règlement européen du 4 juillet 2012 « ont fait évoluer le sens de la réserve héréditaire » ; « la fonction alimentaire de celle-ci prend désormais le pas sur sa fonction de conservation des biens dans la famille »⁴⁰. Les juges procèdent alors à une redéfinition de la réserve ainsi qu'à une réévaluation de ses fonctions dans la société et l'économie contemporaines. Tout en reconnaissant que la réserve héréditaire est, en droit interne, « un principe ancien »⁴¹, les juges font produire des effets nouveaux aux règles qui la gouvernent. Ces arrêts ont évidemment été reçus de manière nuancée par la doctrine. Bertrand Ancel estime ainsi que ces décisions confirment la volonté des magistrats du quai de l'Horloge de « s'éloigner de l'ancien monde » et de soustraire la réserve « à l'emprise du passé » en « la polarisant sur la fonction "subsidiative" ou alimentaire »⁴². Sans revendiquer une position privilégiée, l'historien du droit pourrait cependant porter un autre regard sur ces arrêts : en recentrant la réserve héréditaire sur sa fonction alimentaire, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation renouent en vérité avec la définition canonique de la légitime, telle qu'elle fut érigée sur des fondements romains et théologiques, à la charnière des XII^e et XIII^e siècles. Sans soustraire la réserve à l'emprise du passé, les

39. Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, nos 16-13151 et 16-17198, D. 2017, p. 2185, note J. Guillaumé ; AJ fam. 2017, p. 595 ; *ibid.* p. 510, obs. A. Boiché ; *ibid.* p. 598, obs. P. Lagarde, A. Meier-Bourdeau, B. Savouré et G. Kessler ; RTD civ. 2017, p. 833, obs. L. Usunier ; Rev. crit. DIP 2018, p. 87, obs. B. Ancel ; JCP 2017, p. 1230, note C. Nourissat et M. Revillard ; JCP N 2017, p. 1305, note É. Fongaro ; Defrénois 2017, n° 22, p. 1, obs. M. Grimaldi ; *ibid.* p. 26, note M. Goré ; RLDC 2017, n° 153, p. 30, note S. Torricelli-Chrifi.

40. CA Paris, 16 décembre 2015, RG n° 13/17078.

41. CA Paris, 11 mai 2016, RG n° 14/26247.

42. B. Ancel, « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », Rev. crit. DIP, 2018, p. 87 s.

juges ont alors procédé à une opération d'actualisation de matériaux juridiques anciens ; sans opérer la moindre rupture, les juges ont représenté la réserve héréditaire sous les traits rassurants d'un corps vivant dont les éléments se transforment, tout en conservant l'identité de sa structure.

Il appartient désormais au législateur d'en tirer les conséquences, sans cependant projeter dans le passé l'avenir qu'il a choisi. Poursuivant l'élan interprétatif amorcé par les juges, il pourra moduler le taux de la réserve en fonction des besoins des héritiers dignes de recevoir une telle protection et ainsi accroître la liberté testamentaire en vue de développer le mécénat ou de faciliter la transmission d'entreprises. Mais il pourra encore décider de ne rien changer et de privilégier ainsi une solidarité familiale inconditionnée qui serait la traduction, dans l'ordre juridique, d'un devoir moral. Quelle que soit l'option retenue par le législateur, il est fort à parier que l'avenir de la réserve ne s'écrira, en droit interne, que par un arbitrage politique entre justice et économie.

Contribution de Diane Le Grand de Bellerocche

Avocate à la Cour (barreau de Paris),
Solicitor (England and Wales)

Note à l'attention du Groupe de travail sur la réserve héréditaire

Madame le Professeur, Mon Cher Maître, Mesdames et Messieurs les membres du groupe de travail,

Vous m'avez demandé, à l'occasion d'une audition récente qui s'est tenue au Ministère de la Justice, de vous exposer mon analyse du mécanisme français de la réserve héréditaire, au vu de mon expérience d'avocate internationale spécialisée notamment dans les questions successorales franco-anglaises (je suis avocate au Barreau de Paris, ainsi que Solicitor en Angleterre et au Pays de Galles), et des échanges que j'ai avec mes clients, surtout anglais et français, qui détiennent généralement un patrimoine non seulement en France mais aussi en Angleterre. Ce faisant, vous avez souhaité que je procède à certaines comparaisons avec la Inheritance (Provisions for Family and Dependants) Act 1975 (ci-après « la loi anglaise de 1975 ») et que j'évoque également la question de la philanthropie.

J'avais bien noté que vous étiez déjà informés dans le détail des dispositions de la loi anglaise de 1975 et je n'ai donc pas procédé à une présentation détaillée de celle-ci.

Je tiens avant tout à vous remercier pour l'échange très intéressant que nous avons eu, sur ces questions de droit comparé, à l'occasion de cette audition.

A titre préliminaire, il est important de rappeler que la succession des français vivant en Angleterre reste souvent soumise au droit français, compte tenu des règles de droit international privé qui sont applicables et du renvoi qui est souvent opéré au droit français pour le patrimoine mobilier (sur le fondement de la notion anglaise spécifique de « domicile ») et pour les immeubles situés en France. Leurs héritiers sont également rarement confrontés à l'application de la loi anglaise de 1975, compte tenu de l'exigence essentielle qui est posée par la loi, pour son application, d'un « **domicile** » anglais que les français vivant en Angleterre possèdent assez rarement (le « domicile » étant un concept de droit anglais très spécifique, et distinct de la notion française de « domicile »).

Lorsque les clients français évoquent la question de la réserve de droit français, ce n'est pas, de manière générale, pour la remettre intégralement en cause mais plutôt pour en regretter l'étendue, ainsi que les conséquences, notamment fiscales, qu'elle peut avoir (voir infra).

Pour ce qui est des anglais, en application des règles susmentionnées de droit international privé, la dévolution des droits qu'ils détiennent dans des biens immobiliers situés en France est généralement soumise au droit français (sauf choix de loi anglaise, effectué sur le fondement de l'article 22 du Règlement européen 650/2012 sur les successions).

BeFair Avocats AARPI

49 boulevard de Courcelles, 75008 Paris - France ☎ Tél. +33 (0)1 44 29 23 23 ☎ Fax + 33 (0)1 42 27 90 85 ☎ www.befair-avocats.com

Membre d'une association agréée – Règlements par chèques acceptés N° intracommunautaire : FR 49 831337704 ☎ N° SIRET : 831 337 704 00017

Leurs successions restent par ailleurs parfois confrontées à des risques d'utilisation de la loi anglaise de 1975, compte tenu de leur « domicile » anglais qui n'est remplacé par un autre « domicile » que dans des circonstances bien déterminées. Or lorsqu'ils évoquent la question de la réserve de droit français, leur réaction est le plus souvent très négative, le principe de réserve étant très éloigné de la philosophie successorale anglaise, et de la liberté de transmission dont ils bénéficient habituellement, ceci étant noté que l'absence de réserve en droit anglais n'a pas en général d'aboutir à une exhérédation massive des descendants.

Vous avez par ailleurs sollicité des informations précises **sur le nombre de contentieux impliquant chaque année, en Angleterre, la loi anglaise de 1975.**

Selon les statistiques annuelles des Royal Courts of Justice, le nombre de contentieux dans ce domaine a varié au fil des années et était, pour ce qui est des six dernières années, de 88 en 2013, 104 en 2014, 116 en 2015 et 158 en 2016 (nombre record depuis le début des années 2000, découlant certainement de la très grande publicité que les médias avaient fait de la décision *Ilott v Mitson* qui avait été rendue par la Cour d'appel en juillet 2015), avant de décroître à nouveau en 2017 (145) puis en 2018 (128), reflétant là encore certainement l'application plus stricte de la loi anglaise de 1975 qui avait finalement été retenue dans la décision de la Cour Suprême britannique rendue dans ce même contentieux successoral (*Ilott v The Blue Cross*, 15 mars 2017). Il convient bien sûr de souligner que ces statistiques n'incluent bien sûr pas les nombreuses situations dans lesquelles des demandes fondées sur la loi anglaise de 1975 ont fait l'objet de transactions précontentieuses.

1. Considérations générales sur le mécanisme de la réserve héréditaire de droit français

1.1 Les aspects positifs de la réserve

De manière générale, il me semble, à l'aune de ma pratique franco-anglaise, que la notion française de réserve héréditaire présente les caractéristiques positives suivantes :

- La réserve est, dans l'ordre interne (à distinguer bien sûr d'un contexte international dans lequel une loi successorale étrangère serait applicable : voir infra), **d'ordre public**, ce qui permet de protéger ses bénéficiaires, puisque le testateur ne peut y déroger, sauf exceptions limitées.
- Mais ce mécanisme de la réserve ne donne pour autant **qu'un droit**, celui de **demandeur la réduction des libéralités excessives**, que le bénéficiaire de la réserve décide d'utiliser ou non au jour du décès. Il y a là une flexibilité post-décès qui permet, dans les familles au sein desquelles règne une bonne entente et où la succession a été préparée en amont, de pallier certains des effets négatifs du mécanisme de la réserve héréditaire, en acceptant parfois des transmissions allant au-delà de la quotité disponible.

Cette flexibilité se retrouve dans la loi anglaise de 1975, qui impose qu'une demande soit formulée pour que ses dispositions soient prises en compte, sans toutefois de garantie, côté anglais, que la demande aboutisse, ce qui la distingue du droit français dans laquelle toute demande de réduction doit en principe être retenue.

- La reconnaissance du droit de bénéficier de la réserve, en droit français, ne nécessite en effet **aucune action judiciaire préalable**, ce qui constitue bien sûr une différence importante avec les demandes qui, en Angleterre et au Pays de Galles, découlent de la loi anglaise de 1975 et qui nécessitent un investissement financier de la part du demandeur dont la demande ne serait pas acceptée par la succession et qui devrait la porter en justice (avec toutefois, en fin de procès, une répartition souvent plus équitable et généreuse des frais de justice, qui restent souvent majoritairement à la charge de la partie qui succombe).
- Lorsque ses bénéficiaires sont les descendants, la réserve tend également à opérer **une égalité stricte entre eux**, en tenant également compte des **branches familiales**, ce qui est important.

A l'inverse, le juge anglais n'étendra pas les droits qu'il reconnaîtra parfois au demandeur aux autres membres de la famille. La demande fondée sur la loi de 1975 reste personnelle et seule la situation du demandeur est prise en compte.

- Le droit français permet par ailleurs d'opérer **un accroissement de la part du conjoint survivant** (selon les dispositions de l'article 757 du Code civil lorsque la succession est ab intestat, et sinon selon celles de l'article 1094-1 du Code civil), en permettant de **retarder la décision de l'option au jour du décès**, ce qui donne une flexibilité très utile à la protection du conjoint survivant, qui bénéficie parallèlement le plus souvent du droit de continuer à **bénéficier du logement** (pour une durée plus ou moins longue). L'utilisation du **cantonement**, autre outil permettant une grande flexibilité, avec des avantages fiscaux très pertinents, est également très intéressante, le conjoint survivant étant enfin **réservataire en l'absence de descendants**.

Il s'agit là d'un ensemble de règles d'une grande pertinence qui permet de limiter les effets parfois négatifs de la réserve française.

- Enfin, **le principe du rapport en valeur**, plutôt qu'en nature, est une autre composante essentielle du mécanisme de la réserve, et permet d'apporter une plus grande sécurité des transactions en imposant une obligation de restitution en valeur, et qui ne porte donc plus sur le bien même qui a été transféré.

Cette sécurité n'existe pas par contre en droit anglais, la loi anglaise de 1975 donnant aux tribunaux des pouvoirs particulièrement larges pour modifier la dévolution successorale et octroyer des droits à un demandeur dont la demande serait reconnue.

Le juge anglais peut ainsi utiliser, de manière discrétionnaire, des moyens très divers pour aboutir à cette fin (modification des termes du testament ou de tout trust, transmissions de propriété spécifiques, ...).

1.2 Parallèlement à ces aspects positifs, la réserve héréditaire de droit français soulève toutefois un certain nombre de difficultés

- **L'étendue de la réserve**, même si elle peut être adaptée en présence d'un conjoint survivant (voir supra), suscite tout d'abord des difficultés puisqu'elle peut grever **jusqu'aux trois quarts du patrimoine**, ce qui est considéré comme très excessif par de nombreux justiciables. La réduction forte de la réserve qui a été adoptée dans certains autres systèmes juridiques qui la connaissent, comme la Belgique qui l'a récemment limitée à 50%, pourrait certainement constituer une piste de réflexion intéressante.

Or cette étendue trop large de la réserve me semble avoir un impact direct sur les questions de **philanthropie** (même si le réflexe philanthropique est aussi une question de culture, avec une tradition qui est moins présente en France mais qui se développe de plus en plus). On ne peut en effet que constater qu'un justiciable qui ne peut transmettre librement qu'une partie limitée de son patrimoine est généralement plus réticent à encore réduire la quotité disponible bénéficiant aux non-réservataires (comme le conjoint survivant, lorsqu'il y a des descendants) par des legs à des institutions caritatives.

- S'il est par ailleurs important qu'il existe des exceptions au principe de la réserve (comme l'assurance-vie) et que certaines transmissions soient prises en compte pour éviter des fraudes graves, par le mécanisme du rapport, il existe aujourd'hui **une inégalité entre les justiciables**, selon qu'ils détiennent principalement un patrimoine liquide (avec une possibilité d'utiliser le mécanisme de l'assurance-vie et des règles de rapport qui sont plus lisibles et donc empreintes de plus de sécurité) ou un patrimoine immobilier (avec notamment des règles de rapport qui peuvent être très défavorables, les justiciables n'étant par ailleurs pas toujours conscients des règles de rapport qui sont assez complexes).

S'il est donc absolument essentiel de conserver ces exceptions au jeu de la réserve, peut-être pourraient-elles être étendues à de nouvelles situations dont les familles détenant des patrimoines immobiliers pourraient profiter (peut-être à travers la réforme de l'exception de la tontine, pour enfin permettre aux personnes la mettant en œuvre d'en sortir en cas de difficulté) ?

- Le fait **que les enfants se retrouvent en principe à détenir un patrimoine à leur 18^e anniversaire** soulève également des difficultés très importantes, alors qu'ils sont protégés, pendant toute leur minorité, par l'administration de leur patrimoine qui est alors confiée à un tiers (parent ou autre).

A l'inverse, en n'imposant par une telle réserve et en prévoyant des mécanismes, tels que les trusts familiaux (dans lesquels le trustee gère alors ce patrimoine successoral transmis par le biais du trust), pour éviter de telles situations, le droit anglais accroît la protection de ces personnes vulnérables, et la loi anglaise de 1975 permet par exemple de modifier les dispositions des trusts par le biais desquels certains biens successoraux sont détenus, pour les adapter à la situation spécifique de la succession et protéger au mieux le demandeur dont la requête est admise par le tribunal.

Cela soulève également la question si importante d'une **ouverture, enfin, de l'utilisation de la fiducie dans un contexte libéral**, ainsi que celle d'une **ratification, enfin, de la Convention de La Haye de 1985 relative aux trusts**. Mais je présume que nous allons ici au-delà des questions directement liées à la réserve héréditaire et auxquelles la présente note doit se limiter.

Le fait par ailleurs **que le rapport des libéralités consenties du vivant du défunt ne soit pas limité dans le temps** soulève des difficultés importantes et aboutit à une grande insécurité (avec, parallèlement, d'autres difficultés découlant des règles de rapport fiscal).

L'absence de limite dans le temps (qui, me semble-t-il, est exceptionnelle parmi les systèmes connaissant le mécanisme du rapport, qui, comme le droit belge, le limitent généralement dans le temps) génère, en France, des pratiques discutables, comme celle qui consiste à faire intervenir à un acte de donation tous les héritiers présomptifs, ce qui aboutit parfois à des blocages importants et impose finalement une limite non acceptable au droit de propriété, et ce alors que le rapport se fait maintenant de toute façon en valeur (voir supra).

Il est important de rappeler que cette absence de limite, dans le temps, du rapport fait partie des raisons qui avaient poussé le Royaume-Uni à ne pas adopter le Règlement européen sur les successions, alors qu'il était très actif dans les discussions préalables à l'adoption de ce Règlement.

En comparaison, si la loi anglaise de 1975 n'inclut aucun principe de « rapport » tel que nous l'entendons, son article 10 notamment prévoit un mécanisme de retour éventuel des biens qui auraient été transmis par le défunt, sans contrepartie intégrale, dans les 6 ans précédant son décès afin de faire échouer toute demande qui serait ensuite faite sur le fondement de la loi de 1975 : la protection est donc là, mais elle est limitée dans le temps afin de limiter l'insécurité en découlant.

La longueur de la prescription française me semble encore ajouter à l'insécurité juridique déjà constatée sur d'autres points.

En comparaison, la loi anglaise de 1975 prévoit un court délai de 6 mois (à compter du « grant », qui est l'ordonnance d'ouverture de la succession) pour formuler une demande, tout en laissant, et c'est essentiel compte tenu de ce délai court, un pouvoir discrétionnaire au tribunal d'accueillir toute demande qui serait présentée hors délai, lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigent.

La jurisprudence montre d'ailleurs que les tribunaux utilisent ce pouvoir discrétionnaire lorsque cela est nécessaire.

- **L'appréciation in abstracto de la réserve héréditaire** (sauf exception très limitée de l'indignité successorale) aboutit parfois aussi à des situations inacceptables, le comportement du bénéficiaire de la réserve ou du défunt, et les rapports qui existaient entre eux, n'étant pas pris en compte. Ainsi, un enfant ayant totalement délaissé ses parents depuis de nombreuses années pourra bénéficier de sa part de réserve de manière automatique.

A l'inverse, dans leur application de la loi anglaise de 1975, les tribunaux anglais considèrent diverses informations relatives à la succession en cause. Il s'agit non seulement d'éléments objectifs comme la situation financière (actuelle et à venir) du demandeur et les forces de la succession, mais aussi de points plus subjectifs comme la conduite du demandeur envers le défunt (point qui avait ainsi longuement été débattu dans la célèbre décision susmentionnée de *Ilott v the Blue Cross* rendue par la Cour suprême britannique le 15 mars 2017).

A titre d'exemple, un conjoint qui était séparé judiciairement du défunt ne pourra pas présenter de demande sur le fondement de la loi anglaise de 1975, alors que, en l'absence de descendant, il pourra bénéficier de sa part de réserve en droit français.

De manière plus générale, au-delà des catégories spécifiques de demandeurs qui sont mentionnées dans la loi anglaise de 1975, le tribunal considérera, de manière concrète, la situation de toute personne qui était dans un rapport de dépendance financière avec le défunt (situation factuelle qui nécessitera une appréciation in concreto des faits), qui pourra présenter une demande contre la succession et se voir octroyer des droits si ses droits successoraux sont considérés comme non raisonnables («unreasonable»), que la succession soit ab intestat ou testamentaire.

On peut opposer à cette vision abstraite de la réserve en droit interne français le principe d'une appréciation « in concreto » de la réserve **dans un contexte international**, qui a été validé par la Cour de cassation dans deux arrêts relatifs au concept d'ordre public international, rendus en 2017 et qui, si elle soulève une certaine incertitude, aboutit à appréhender le concept de réserve, dans le contexte d'une succession gouvernée par une loi étrangère, avec une vision plus « alimentaire » qui la rapproche davantage de la loi anglaise de 1975 (et ce même si elle en reste distincte sur de nombreux autres points).

2. La réserve héréditaire ne semble plus par ailleurs adaptée aux réalités sociologiques d'aujourd'hui

Trois exemples sur ce point :

- **Les beaux-enfants** tout d'abord, à une époque où les familles recomposées sont si nombreuses et dans lesquelles les souhaits de transmission aux beaux-enfants se heurtent souvent aux problèmes de réserve dont les enfants bénéficient (et qui, contrairement au conjoint survivant, ne peuvent pas être réduits pour laisser une place aux beaux-enfants, à moins de limiter la quotité disponible dont le conjoint survivant bénéficie généralement) et à la fiscalité très lourde de 60% qui s'applique dans de telles exceptions (sauf utilisation du concept de legs graduel ou résiduel, il est vrai utile sur ce point).

En comparaison, la loi anglaise de 1975, qui protège bien sûr le conjoint survivant et les enfants, étend aussi sa protection, dans certaines circonstances, à d'autres personnes, dont une catégorie spécifique de demandeurs qui étaient « traités comme des enfants de la famille ».

- **Les (arrière) petits-enfants**, qui ne peuvent en principe bénéficier de la succession qu'avec l'accord du ou des descendants les précédant dans la branche familiale, alors que l'espérance de vie a beaucoup augmenté au fil des dernières années et que les descendants les plus proches se sont souvent constitué un patrimoine avant le décès de leur père ou mère, tout en ayant parallèlement parfois bénéficié de donations de leur vivant, et ont donc alors moins de besoins financiers ... Les conditions fiscales de telles transmissions soulèvent bien sûr également des difficultés.

En comparaison, parce que le droit anglais ne connaît pas la réserve héréditaire et impose en principe un même taux de fiscalité sans distinguer selon le degré de descendance, les anglais ont toute latitude de prévoir des transmissions à leurs descendants plus éloignés, et donc aux plus jeunes qui ont en général des besoins financiers plus importants, ce qu'il font par ailleurs souvent **par le biais de trusts familiaux** tout à fait légaux, qui leur permettent d'adapter leurs transmissions dans le temps et aussi de protéger ces descendants les plus jeunes des dangers d'un patrimoine dont ils disposeraient sinon trop tôt (voir supra).

- **La situation du partenaire pacsé survivant**, qui ne dispose d'aucun droit de réserve (et qui n'a même pas de droits dans la succession en l'absence de testament, ce que nombre de justiciables ignorent), soulève également des difficultés, à une époque où un nombre croissant de personnes recourent au partenariat civil de solidarité plutôt qu'au mariage. Le partenaire pacsé ne peut même pas voir ses droits accrus en présence de descendants bénéficiant d'un droit de réserve, ce qui le met dans une situation beaucoup moins favorable que le conjoint survivant d'un point de vue juridique... alors que le traitement fiscal est bien heureusement similaire dans les deux cas.

A titre de comparaison, la loi anglaise de 1975 protège expressément aussi les partenaires de partenariats enregistrés (« civil partnerships ») et prévoit même des règles spécifiques pour les ex-partenaires de partenariats enregistrés non engagés dans de nouveaux liens, et, sous certaines conditions, pour les concubins qui vivaient ensemble avant le décès.

3. Les conséquences fiscales de la réserve héréditaire

Finalement, plusieurs points développés ci-dessus montrent qu'il est difficile d'envisager une réforme profonde de la conception française de la réserve héréditaire sans tenir compte de ses conséquences fiscales, et donc des règles fiscales qui trouvent à s'appliquer, en France, au moment du décès, lorsque surgit cette question de la réserve héréditaire.

L'un des effets principaux de l'application de la réserve héréditaire à l'occasion de chaque décès est bien sûr **le morcellement des patrimoines à chaque génération**, avec tout d'abord un nombre d'autant plus important de redevables des droits de succession, qui se retrouvent parfois dans l'obligation de liquider le patrimoine successoral dans des conditions précipitées pour faire face à ces droits souvent très élevés.

Mais ce morcellement des successions accroît également les situations d'indivision, régime dont la mise en œuvre soulève de nombreuses difficultés juridiques (et des blocages parfois insurmontables au sein des familles), avec un problème du **droit de partage** élevé qui doit en principe être acquitté pour mettre fin à l'indivision et qui vient finalement se rajouter aux droits de succession.

En conclusion, l'analyse de la notion française de réserve héréditaire au regard du droit comparé, et notamment de la loi anglaise de 1975, peut permettre de dégager des pistes de réflexion intéressantes pour améliorer notre droit et peut-être faire en sorte qu'il reflète les besoins de la société actuelle, dans cette période d'essor de **la contractualisation du droit de la famille et des successions** qui me semble essentiel et qui permet aussi que des discussions importantes ait lieu, en amont des transmissions et des décès, au sein des familles et entre les personnes concernées.

Nous avons ainsi évoqué, lors de l'audition, la piste d'une ouverture des **pactes successoraux** en droit français, qui pourrait également, parallèlement à d'autres points de réforme de la réserve héréditaire, permettre à toute personne de bénéficier de plus de liberté et de souplesse pour la planification de sa succession, tout en continuant de protéger certains membres de son entourage dans le cadre de sa succession.

Ce fut un honneur de pouvoir contribuer, par mon audition et la présente note, aux travaux de votre groupe de travail, et à la préparation de ce rapport très attendu.

A Paris, le 24 septembre 2019.

Diane Le Grand de Belleruche

Contribution de Raymond Le Guidec

Professeur émérite de droit privé à l'Université de Nantes

Madame la Présidente, Monsieur le Président,

Comme vous m'y invitez, vous remerciant vivement de me recevoir, je ferai quelques observations sur l'état du droit de la Réserve Héréditaire, en qualité d'enseignant en droit patrimonial de la famille, en droit des successions, théorique et pratique.

Depuis longtemps la Réserve Héréditaire est ancrée dans notre droit successoral, avant le code civil, dans le code civil de 1804. Il s'agit d'une protection de certains membres de la famille du défunt, que la loi assure de recevoir une partie de son patrimoine, conduisant le cas échéant à réduire les libéralités excédant la quotité disponible (C civ art 912). Telle conçue à l'origine, des fondements divers lui ont été donnés pour fixer son domaine et déterminer sa mise en œuvre dans la liquidation de la succession :

- expression d'une solidarité familiale que l'on doit à ses proches. Sont héritiers réservataires les membres de sa famille, créanciers alimentaires, les enfants, descendants, les parents ascendants.
- moyen de conservation du patrimoine dans la famille, la réserve étant en nature, se rapportant aux biens eux-mêmes, la réduction se faisant en nature.
- respect d'une certaine égalité entre les enfants, la part de réserve étant individuelle, l'inégalité ne pouvant avoir lieu que dans la mesure de la quotité disponible.

Pendant longtemps, la réserve héréditaire ainsi comprise a été stable dans son domaine comme dans son fonctionnement. On relèvera cependant la longue marche des enfants naturels, des enfants adultérins par la suite, vers la reconnaissance de la qualité d'héritiers réservataires, aboutissant à une égalité absolue par la loi du 3 décembre 2001 (suite législative contrainte de la jurisprudence Mazurek, CEDH 1^{er} février 2000). Un aboutissement désormais bien intégré dans notre droit de la filiation, de la famille, par la disparition définitive de la distinction famille légitime, famille naturelle.

C'est la loi du 23 juin 2006, réforme des successions et des libéralités, mais pas seulement, qui a le plus bousculé l'ordonnancement traditionnel de la réserve héréditaire, les débats précédant le vote de la loi ayant donné lieu à des interrogations sur l'opportunité, la nécessité de la réserve héréditaire. Plusieurs modifications ont été apportées, pour les héritiers réservataires eux-mêmes, pour la consistance de la réserve, passant d'une réserve en nature à une réserve en valeur, la possibilité de renoncer par avance à l'action en réduction, etc.

Parmi ces changements, je retiendrai particulièrement trois aspects sur lesquels il est toujours possible de s'interroger dans la perspective d'une réforme du droit de la réserve héréditaire, avant de donner mon avis à propos de la réserve des enfants :

- suppression de la réserve des ascendants,
- institution de la réserve héréditaire du conjoint survivant,
- réserve et familles recomposées d'aujourd'hui.

La suppression de la réserve des ascendants a été faite par la loi du 23 juin 2006 (abrogation des articles 914, 1094). On peut toujours douter de la justesse de cette disposition de la loi. A ce propos, on peut relever un paradoxe dans la loi, les ascendants sont sollicités pour procéder par anticipation successorale, appelant leur générosité, et pourtant évincés du droit de réserve. Il y a là, sur le principe, une rupture flagrante avec le fondement originnaire de la réserve. Certes, « un substitut de réserve » leur a été concédé avec ce nouveau droit de retour sur les biens par eux donnés (C. civ art 738-2). Mais cela suppose des donations

antérieures. Autrement ils peuvent être totalement évincés de la succession. Il est sans doute rare que les parents soient appelés à la succession de leur enfant décédé sans postérité. Cependant le cas peut se produire avec la longévité remarquable que nous connaissons, cette longévité étant souvent significative de besoins de vie accrus. Il est sans doute exclu de la rétablir. On pourrait songer à rétablir une créance alimentaire à la charge de la succession, à l'instar de ce que prévoit l'article 758, pour les ascendants autres que les père et mère dans le besoin.

A l'inverse on peut s'interroger sur la pertinence de la réserve du conjoint survivant (C civ art 914-1), introduite par la loi du 3 décembre 2001 et maintenue par la loi de 2006. Elle paraît pour le moins insolite, supposant une situation particulière. Il n'y a pas d'enfant, le mariage s'est maintenu, mais l'époux défunt s'est employé à consentir des libéralités à des tiers, un « mort mariage » aurait dit le doyen Carbonnier. Le conjoint survivant peut alors se prévaloir d'une réserve d'un quart ! En présence d'enfants, communs ou non, il n'est pas réservataire, au-delà il l'est. Cette réserve du conjoint survivant n'a pas beaucoup de défenseurs et pourrait être supprimée. En cas de besoin dans la situation supposée, il suffirait de faire application de l'article 767 du code civil, le conjoint étant créancier alimentaire sur la succession...

La loi de 2006 a maintenu, purement et simplement, la quotité disponible spéciale entre époux, avec les modalités possibles, énoncées par l'article 1094-1 du code civil. Elle est très souvent utilisée par le biais des donations entre époux, pour favoriser le conjoint survivant, au-delà de ce que prévoit la loi, souvent 1/4 en propriété, 3/4 en usufruit, ou encore la totalité en usufruit. Aujourd'hui, les familles dites recomposées sont de plus en plus nombreuses (800000 ?), le conjoint gratifié se trouvant en présence d'enfants issus d'unions antérieures de l'époux défunt. Celui-ci peut choisir la quotité qu'il entend attribuer au conjoint, ou lui laisser le choix, pour aboutir souvent à la quotité la plus étendue (1/4, 3/4, ou tout en usufruit). En conséquence, la réserve des enfants est transformée. Ils ne sont que nu-propriétaires, à un âge qui peut être très voisin de celui du conjoint gratifié ! Leur réserve devient illusoire, un leurre. En 2006, le législateur avait pressenti ces déséquilibres, qui peuvent envenimer les rapports familiaux, en suggérant des moyens de conciliation des intérêts en présence : conversion de l'usufruit en capital (ou en rente viagère), cantonnement (C. civ art 1094-1). Mais ces arrangements sont toujours subordonnés au bon vouloir du conjoint gratifié. Il en est de même quand au lieu de donation entre époux, les avantages matrimoniaux sont établis, pour se heurter à l'action en retranchement (C. civ art 1527 al 2). Lors du vote de la loi de 2006, il avait été proposé, momentanément, d'établir une quotité spéciale pour les situations du genre, mais la proposition n'a pas été retenue. S'il y a réforme de la réserve héréditaire, la question pourrait être débattue à nouveau, mais il est peu probable que la loi générale soit modifiée. Il reviendra au notaire de développer ses talents de médiateur.

En l'état, il y a donc essentiellement comme héritiers réservataires les enfants du défunt qui peuvent se prévaloir d'une part de réserve en valeur, amenant le cas échéant à une réduction, dont l'organisation d'ensemble a été renouvelée par la loi de 2006.

Des voix s'élèvent pour proposer la suppression de la réserve afin de donner au propriétaire une totale liberté pour organiser la transmission de son patrimoine, au profit de qui il choisirait souverainement, comme bon lui semble. Cette doctrine s'inspire aussi de législations étrangères qui ne comportent pas de réserve héréditaire, et que l'on rencontre de plus en plus dans les successions internationales. A l'heure actuelle les opinions demeurent très partagées.

Pour ma part, je suis délibérément opposé à la suppression de la réserve des enfants, des descendants. Comme beaucoup d'aspects contemporains du droit de la famille, l'aspiration à la liberté totale, la consécration de l'individualisme sont dans l'air du temps. Mais il n'est pas nécessaire d'y souscrire.

Deux raisons, d'ailleurs complémentaires, me conduisent à donner cet avis.

- En premier lieu, la suppression de la réserve héréditaire des enfants atteindrait de manière dangereuse la famille, qui se révèle déjà souvent fragile, à notre époque. C'est le lien familial, la responsabilité inhérente à la parenté qui pourraient être bouleversés, au moins potentiellement. En général, et constamment, nous sommes attachés à la transmission familiale du patrimoine. Dans l'esprit commun, toujours vivace, l'enfant est héritier de son parent. Si ce lien filiation -héritage est rompu le lien fami-

lial perd de sa substance, psychologiquement, sociologiquement, humainement. On pourrait ainsi déshériter ses enfants, préférer certains au détriment des autres. L'idée est périlleuse pour la famille.

- En second lieu, la suppression de la réserve mettrait aussi en cause, potentiellement au moins, une fonction économique de la famille. La réserve est la réalisation d'une solidarité intergénérationnelle dans et par la famille. Exclure un enfant, pour favoriser d'autres ou d'autres personnes est dangereux pour la cohésion familiale, et donc la cohésion sociale. Si cet enfant exclu est économiquement faible, qui pourvoira à ses besoins de vie, dans notre époque où l'État-Providence a définitivement disparu.

On peut ajouter que la suppression de la réserve des enfants peut perturber profondément l'anticipation successorale sur laquelle le législateur a beaucoup escompté pour moderniser la transmission en faveur des nouvelles générations.

Il faut donc certainement conserver la réserve héréditaire des enfants, pour préserver la mission économique et sociale de la famille.

Contribution d'Yves Lequette

Professeur émérite de droit privé
à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Quelle destinée pour la réserve héréditaire ?

A résumer aussi simplement que possible l'état du droit, on ne peut que rappeler que dans tout système juridique coexistent deux grands modes de désignation des successeurs : la loi ou la volonté du *de cuius*. L'articulation de ces modes de désignation varie selon la famille de droit à laquelle ces systèmes appartiennent.

Dans les systèmes apparentés à la *common law*, le *de cuius* est libre de choisir son ou ses successeurs. Il n'est fait application de la dévolution légale que s'il n'a pas usé de cette liberté. Dans les systèmes relevant de la famille romano-germanique, la loi détermine la part de liberté laissée au *de cuius*. Totale en l'absence de proches, celle-ci est limitée en leur présence. La succession est alors découpée en deux masses : la quotité disponible dont le *de cuius* peut librement disposer, la réserve héréditaire dont la dévolution obéit aux seules règles légales. Autrement dit, le droit des successions recherche alors un *point d'équilibre* entre le volontaire et le légal, entre le pouvoir de la volonté et les devoirs envers les proches. Telle est la position du droit français, ainsi que le rappelle l'article 721, alinéa 2 du Code civil, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 3 décembre 2001 : « Elles (les successions) peuvent être dévolues par les libéralités du défunt dans la mesure compatible avec la réserve héréditaire ». Au terme d'une longue évolution, les héritiers réservataires sont aujourd'hui en droit français, uniquement les descendants et, en l'absence de descendant, le conjoint. En présence de descendants, l'importance de la quotité disponible varie selon leur nombre, sans qu'elle puisse excéder la moitié ni être inférieure à $\frac{1}{4}$. En l'absence de descendant et en présence d'un conjoint, le disponible est de $\frac{3}{4}$.

Deux justifications sont traditionnellement invoquées au soutien de l'existence d'une réserve héréditaire : 1) La proche famille ne doit pas pouvoir être totalement dépouillée par des libéralités adressées à des tiers ; c'est la fonction familiale de la réserve ; 2) un enfant ne peut être avantagé au-delà d'un certain seuil par rapport à ses cohéritiers ; la réserve fait ainsi régner un minimum d'égalité entre les enfants.

C'est cette institution, issue d'une tradition deux fois millénaire ainsi que de deux cents ans de code civil, dont le bien fondé est aujourd'hui en question. Alors même qu'on a pu qualifier la réserve héréditaire de « colonne du temple » ou encore d'« épine dorsale » du système successoral français, des voix s'élèvent pour demander sa suppression. Afin d'essayer de nourrir la réflexion sur cette question, on essaiera de répondre successivement aux interrogations suivantes :

- Les justifications traditionnelles de la réserve héréditaire conservent-elles leur pertinence ?
- Quelles considérations nouvelles seraient susceptibles de justifier sa remise en cause ?
- Quelle répercussion aurait la suppression de la réserve héréditaire sur le droit successoral français ?

I.- Les justifications traditionnelles de la réserve héréditaire conservent-elles leur pertinence ?

A reprendre les justifications traditionnellement avancées, il ne semble pas que celles-ci aient perdu de leur force.

S'agissant de la fonction familiale de la réserve, le fait que celle-ci empêche un *de cuius* de procéder à l'exhérédation totale de ses enfants est, semble-t-il, perçu comme un point positif en France. Les enquêtes d'opinion auxquelles il a été procédé dans le passé ont montré que les Français étaient majoritairement favorables à la solution d'équilibre incarnée par la réserve

héréditaire. Et, plus récemment, l'épisode très médiatisé de la succession de Johnny Halliday a indiqué que l'opinion publique majoritaire en France paraissait choquée par le fait qu'un *de cuius* puisse déshériter totalement ses enfants, scier au profit de son conjoint. Cette considération est particulièrement prégnante lorsqu'on est en présence d'enfants de lits précédents et d'un conjoint épousé plus récemment.

L'idée que la réserve héréditaire serait l'expression d'une solidarité familiale qui se traduirait par le passage obligé d'une partie des biens aux enfants conserve une actualité certaine. Certes, on a parfois évoqué le rôle de plus en plus important joué par l'Etat-providence pour contester cette fonction familiale de la réserve. Mais, dans le contexte de libéralisation de l'économie, l'Etat-providence n'a plus le vent en poupe. Et une récente étude indiquant que 2/3 des grands-parents retraités aident ponctuellement ou assistent régulièrement leurs enfants ou petits-enfants montre que cette dimension de solidarité familiale reste très présente à l'époque contemporaine dans la société française.

Quant au fait que la réserve garantit une égalité minimale entre les enfants, il paraît également en plein accord avec les grandes tendances de fond de la société française. Celle-ci ne semble pas prête à s'accommoder d'un système qui permettrait la restauration du droit d'aînesse, la primauté des enfants légitimes sur les enfants hors mariage ou encore des garçons sur les filles. Cette dernière donnée paraît d'autant plus devoir retenir l'attention que si les deux premières considérations ne sont susceptibles de se traduire dans les faits qu'à la marge, il existe une fraction non négligeable de la population qui, guidée par des considérations religieuses, pourrait être portée à lui donner un relief certain.

Enfin, il convient de rappeler que la fonction familiale de la réserve comme la défense d'une égalité minimale constituent un utile contrepoids à la liberté testamentaire du *de cuius*, en lui évitant de dégénérer en ce qu'on a pu appeler un « instrument de tyrannie domestique ». Grâce à la réserve héréditaire, un *de cuius* ne peut totalement exhériter un descendant au prétexte que son mode de vie ou ses opinions lui déplairaient. En d'autres termes, la réserve héréditaire est un efficace instrument de protection des libertés individuelles des descendants, donnée qui, là encore, paraît devoir mériter considération.

En revanche, ces justifications traditionnelles perdent toute valeur en ce qui concerne la réserve héréditaire du conjoint. Celle-ci n'assure, en effet, ni la conservation des biens dans la famille ni l'égalité des héritiers. En réalité, elle tend à maintenir les conditions d'existence du conjoint sans pour autant avoir la nature d'une dette d'aliments, en sorte qu'il aurait été bien préférable d'avoir recours à un droit à la maintenance plutôt qu'à une réserve détournée de ses fonctions. Autant la revalorisation de la vocation légale du conjoint réalisée en 2001 emporte la conviction, autant son entrée dans le cercle des réservataires apparaît discutable. A notre sens la réserve héréditaire n'a de solides fondements qu'à l'égard des descendants.

Reste encore à savoir s'il n'existe pas des données nouvelles dont le poids serait tel qu'il pourrait justifier la remise en cause de l'institution à l'égard de ceux-ci.

II.- *Quelles considérations nouvelles seraient susceptibles de justifier la remise en cause de la réserve héréditaire ?*

Il a été bien souvent souligné que le droit des successions s'inscrit dans un environnement socio-économique mouvant. La période contemporaine est marquée par des mutations importantes. Resserrement et plus grande fragilité des familles ont conduit à la multiplication des familles monoparentales et des familles recomposées. L'allongement de la durée de la vie a entraîné un recul de l'âge où l'on hérite. La transmission d'une entreprise peut, à une époque de chômage de masse, présenter une utilité particulière pour certains héritiers et constituer un enjeu important du règlement successoral.

Afin de répondre aux besoins engendrés par ces multiples situations, on a eu tendance à considérer qu'il fallait libéraliser les libéralités et donner ainsi au *de cuius* plus de liberté pour organiser sa succession. D'où l'apparition, à côté des instruments traditionnels, d'instruments nouveaux - donation-partage conjonctive permettant d'allotir un enfant non commun, donation-partage transgénérationnelle permettant de réaliser un saut de génération, mandat à effet posthume...- qui ont été introduits dans notre droit à l'occasion de la réforme de 2006. Mais pour que la liberté ainsi reconnue au *de cuius* puisse atteindre ses objectifs, encore faut-il qu'elle ne soit pas bridée de façon excessive par la réserve héréditaire. Tel a été, là encore, l'un des objets de la loi de 2006. Le jeu de la réserve a été considérablement assoupli, « affadi » disent certains, par toute une série de mesures – renonciation anticipée à l'action en réduction, réduction en valeur, etc.- qui laissent une plus grande latitude au *de cuius* et qui visent à ce que les dispositions prises ne soient pas remises en cause après l'ouverture de la succession. Aussi bien s'est-on interrogé, au lendemain de la loi de 2006, pour savoir si ces assouplissements n'altéraient pas la réserve héréditaire au point de porter atteinte à ses fonctions traditionnelles.

Dans ce contexte et au regard des problèmes précédemment rappelés, il semble qu'il serait dans l'immédiat de bonne méthode d'étudier la façon dont ces instruments et ces assouplissements sont reçus en pratique afin éventuellement de les améliorer plutôt que de procéder à une remise en cause de l'institution de la réserve héréditaire. L'étude conduite sous l'égide du Laboratoire de sociologie juridique de Paris II sur le thème « Renonciations et successions : quelles pratiques ? » (Defrénois, 2017, direction Cécile Pérès) apparaît à cet égard exemplaire et très représentative des travaux à conduire. Comment expliquer dans ces conditions qu'à peine plus de dix ans après la réforme opérée par la loi de 2006, on envisage de supprimer la réserve héréditaire ?

Ainsi que cela a été relevé, c'est « toujours en fonction d'une explication globale du monde que sont pensés les fondements du droit successoral ». A suivre cette piste, cette explication pourrait se trouver dans un mouvement qui, tout en affectant la société française, la dépasse et imprègne plus ou moins profondément l'ensemble de la société occidentale. On peut le résumer en deux mots : postmodernisme et néolibéralisme. A résumer à grands traits la philosophie politique postmoderne, au risque de la caricaturer, on dira que la valeur qui la guide est non plus le bien commun mais l'épanouissement individuel, rompant ainsi l'équilibre traditionnel entre l'individuel et le collectif. Quant au néolibéralisme, il prône le triomphe du marché et de la concurrence. Dans un tel contexte, la réserve héréditaire apparaît comme une institution à bannir. Foin des devoirs envers une famille ! Il n'y a plus, dans le champ de la vie privée, qu'à laisser chaque homme libre de déterminer ses valeurs, ses orientations, ses choix afin qu'il puisse « maximiser » ses satisfactions individuelles. Prônant la libre concurrence, le néolibéralisme vise à promouvoir l'esprit d'entreprise. Imposer la transmission d'une partie du patrimoine des parents aux enfants lui apparaît contreproductif car ce serait priver ceux-ci d'esprit d'entreprise et d'esprit d'initiative. Mieux, la suppression de la réserve favoriserait la méritocratie et donc une meilleure égalité des chances. Au confluent de ces courants, l'individu qui a valeur de modèle et auquel vont toutes les sympathies du pouvoir est celui qui, grâce à une idée neuve, donne naissance à de nouvelles richesses. C'est le culte de la « *start up* ». Celle-ci est d'ailleurs aujourd'hui le seul moyen de faire fortune en France : créer son entreprise, la développer et la céder permet, à la différence d'un travail, si qualifié, si prenant et si lourd de responsabilité soit-il mais dont les fruits sont grevés par les charges sociales et confisqués par le fisc, de se constituer un capital important. Et la fortune ainsi constituée étant l'œuvre de son auteur, celui-ci doit pouvoir sur le plan successoral en disposer librement. A l'appui de ce courant et pour en renforcer la séduction, il est souligné qu'une telle orientation permettrait d'accroître les libéralités adressées à des

œuvres caritatives. Dans cette perspective, le modèle absolu est Bill Gates qui, ayant grâce à ses inventions constitué une des premières fortunes mondiales, a créé une fondation, la fondation Bill et Melinda Gates laquelle déploie son action principalement dans le domaine de l'agriculture et de la santé, et qui s'est engagé à léguer 95% de sa fortune à des œuvres caritatives, en sorte qu'il apparaît à certains comme « le plus grand bienfaiteur de tous les temps ».

Reste à savoir si un tel tableau présente bien toutes les qualités qu'on lui prête. Le modèle offert par Bill Gates et sa fondation est, à cet égard, particulièrement intéressant car il a fait récemment l'objet d'investigations qui permettent de constater que celui qui est présenté comme une « icône de la générosité » est en réalité entouré de zones d'ombre importantes et que le système qu'il incarne, le « philanthro-capitalisme », présente de graves dangers pour la société. On empruntera donc les développements qui suivent à l'ouvrage de M. Lionel Astruc qui est le résultat de ces investigations : « *L'art de la fausse générosité, la fondation Bill et Melinda Gates* », publié en 2019 par les éditions Actes Sud.

A essayer de résumer les résultats de ces investigations, on soulignera d'abord que l'origine de cette fortune fabuleuse est moins avouable que le discours dominant ne le laisse entendre. A envisager le problème en amont, celle-ci a sa source, plus encore que dans les inventions de l'intéressé, dans le brevetage et l'utilisation abusive des monopoles donnant ainsi naissance à une « économie de rente ». Microsoft s'approprie des techniques développées par d'autres en *open source*, les modifie à la marge puis empêche quiconque de continuer à les développer en les faisant breveter. En aval, le contournement du fisc et le recours aux paradis fiscaux permet de maximiser les profits et prive les Etats des ressources auxquelles ils auraient pu prétendre. On soulignera ensuite que la fondation créée est loin d'atteindre les objectifs altruistes auxquels elle est ordonnée. Les fonds qui lui sont affectés sont gérés par un trust et investis dans des entreprises privées qui, guidées par le seul calcul économique, font jouer à plein la concurrence en matière sociale, fiscale et environnementale, ce qui les conduit à localiser leur production dans des pays où la protection sociale est inexistante, où les contraintes environnementales sont faibles et où la fiscalité est légère, déclenchant et entretenant ainsi en matière de législation une véritable « course vers le bas ». Pis, les fonds ainsi dégagés sont mis au service de politique qui, sous couvert du développement de l'agriculture ou de protection de la santé, servent très directement les intérêts des grandes multinationales : promotion des semences brevetées, campagne de vaccination destinée à lutter contre des maladies déjà éradiquées. En d'autres termes, les aides données par cette fondation obéissent à une logique autre que celle de l'altruisme et servent à asseoir le pouvoir des multinationales sur les marchés mondiaux. Cette politique faussement altruiste s'accompagne de campagnes de communications et de l'achat de médias qui visent à dissimuler la réalité derrière les apparences de la générosité. En bref, le *charity business* est là pour redorer l'image de quelques super-riches qui font assaut de générosité. C'est à qui aura fait le plus gros don et sera à la tête de la fondation la plus généreuse. Ne serait-il pas préférable que les groupes qui sont à l'origine de ces dons et de ces fondations aient moins pratiqué l'optimisation fiscale, ce qui aurait permis au budget des Etats de disposer de ressources suffisantes ? Comme l'avaient fort bien relevé certains intellectuels anglo-saxons, dès l'entre-deux-guerres, face à la multiplication des fondations (Rockefeller, Carnegie, etc.), « il n'y a pas d'erreur plus désastreuse que d'attendre de la charité qu'elle remplace la justice sociale ».

Il est curieux, au demeurant, de voir aujourd'hui nos gouvernants s'orienter vers un système que notre droit a jadis expérimenté sous l'ancien régime et avec lequel le Code civil avait entendu rompre. Dans l'ancien droit, les libéralités au profit de l'Eglise et de ses œuvres avaient entraîné un accroissement très important des biens de mainmorte, ce qui n'était satisfaisant ni du point de vue économique car la libre circulation des richesses s'en trouvait

entravée, ni du point de vue politique, la puissance de l'Eglise s'en trouvant accrue de manière excessive. La suppression de la réserve héréditaire ne pourrait que favoriser le développement d'un philanthro-capitalisme dont on a pu écrire qu'il fait « plus de mal que de bien » et qu'il devrait être soumis à un « droit de regard des Etats et des citoyens, tant son pouvoir est grand et sa menace lourde sur nos démocraties ». Enfin, sous couvert d'un discours favorable à l'égalité des chances et à la méritocratie, les fondations peuvent être mises au service de la promotion des intérêts des membres de la famille du fondateur.

On voit ainsi qu'à scruter les données nouvelles qui sont parfois invoquées pour justifier la remise en cause de la réserve, il n'est nullement évident qu'il faille s'engager dans cette direction. Il en va, au demeurant, d'autant plus ainsi que cette suppression aurait sur les équilibres du droit successoral français de lourdes répercussions.

III.- *Quelle répercussion aurait la suppression de la réserve héréditaire sur le droit successoral français ?*

A supposer que la réserve héréditaire soit un jour supprimée, cette suppression ne pourrait pas s'opérer sans qu'elle s'accompagne de l'introduction de certaines mesures qui auraient pour conséquence une profonde mutation du droit français des successions.

La réserve héréditaire vient en droit français équilibrer la liberté de disposer du *de cuius*. Les pays qui ne la connaissent pas ont recours à d'autres mécanismes pour encadrer cette liberté et éviter qu'elle ne dégénère en abus. Afin de protéger les proches contre des captations d'héritage, ils ont une conception plus extensive des vices du consentement et procèdent à un contrôle serré de la qualité du consentement, notamment au moyen de l'*undue influence* qui permet de remettre en cause les dispositions de dernière volonté dès lors qu'elles s'éloignent de la normalité telle que la dévolution légale la définit et qu'elles s'accompagnent de certaines circonstances (par exemple relations entre le testateur et le bénéficiaire), ce qui laisse un très grand pouvoir d'appréciation au juge. Autre contrepois à la liberté de disposer : dans les pays de *common law* l'institution des *Family provisions* permet à des proches qui sont dans le besoin de se faire attribuer une partie de la succession. Mais l'institution ne va pas sans beaucoup d'incertitudes, car ni le cercle des bénéficiaires, ni ce à quoi correspond le besoin, ni la consistance de la part allouée ne sont clairement définis, en sorte que ce mécanisme de correction des dispositions de dernière volonté est laissé à l'appréciation quasi discrétionnaire du juge. C'est dire que la suppression de la réserve héréditaire si elle était accompagnée des contrepois que sont l'*undue influence* et les *Family provisions* entraînerait une profonde modification de l'esprit du droit successoral français. Traditionnellement, celui-ci relève, en effet, plus du juridique que du judiciaire. On entend par là que le juge n'y intervient qu'exceptionnellement, à la marge, le rôle essentiel étant confié au notaire lequel trouve des directives claires dans la loi qui fixe les droits de chacun. Tout autre est l'esprit de la *common law* qui laisse un pouvoir considérable aux juges encourageant ainsi un contentieux qui peut se révéler très onéreux. Il est loin d'être sûr qu'il y aurait là un progrès par rapport au modèle français. Autrement dit, la suppression de la réserve héréditaire ne serait tolérable que si elle s'accompagnait de la définition de nouveaux tempéraments à la liberté de disposer conformes à la logique et à l'esprit du droit successoral français.

Enfin, à replacer la question dans un contexte plus général, on peut s'interroger sur la cohérence de la politique qui guide l'évolution du droit civil français. Il y a peu le divorce a été réformé en vue d'alléger la charge des tribunaux. Est-il de bonne méthode, au regard de cet objectif, de supprimer la réserve héréditaire et de la remplacer par des institutions dont la mise en oeuvre entraînera presque nécessairement une charge supplémentaire pour les juges ? Il est vrai qu'un pas a déjà été accompli en ce sens à l'occasion de la réforme du droit des

contrats. Celle-ci a, en effet, introduit la révision pour imprévision, alors que la tradition confiait, de manière très efficace, la solution de cette question aux intéressés eux-mêmes qui la réglaient par des clauses sur mesure. En d'autres termes, et à dire les choses un peu brutalement, la question qu'on peut se poser est : Y a-t-il un pilote dans l'avion ?

En conclusion, la réserve héréditaire repose en droit français, quoi qu'on en ait dit, sur des fondements solides. Elle évite que les descendants ne soient exhérédés au profit de tiers et fait régner entre eux une égalité minimale. Il n'y a là rien de dérisoire. Les aménagements qui lui ont été apportés en 2006 devraient permettre qu'elle ne fasse pas obstacle au jeu des nouveaux instruments qui ont été mis en place pour répondre aux nouveaux besoins résultant d'un changement des données familiales, démographiques et économiques. Quant à la volonté de favoriser les libéralités à des œuvres caritatives, elle trouve une réponse satisfaisante pour la très grande majorité des Français dans l'existence de la quotité disponible laquelle s'étend à la totalité du patrimoine dès lors que le *de cuius* décède sans descendant ni conjoint. A supposer qu'il faille favoriser les libéralités, cela ne devrait jouer que pour les très gros patrimoines. On retrouverait alors une proposition jadis faite par le Premier Consul qui suggérait que la réserve décrût au fur et à mesure que croissait le patrimoine. Mais on risque alors de se heurter à la difficulté de définir des seuils et de faire en sorte qu'ils conservent un caractère pérenne.

Enfin, d'un point de vue strictement européen, il serait curieux que le droit français bascule vers un système très apparenté à celui de la *common law* au moment où la Grande-Bretagne choisit le grand large avec le *Brexit* et alors que l'Allemagne a reconnu valeur constitutionnelle à la réserve héréditaire dans son propre système juridique.

Paris, le 19 avril 2019



Yves Lequette

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Contribution de Rémy Libchaber

Professeur de droit privé
à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Observations proposées devant la Commission de réflexion sur la réserve héréditaire

Vous êtes réunis pour envisager le devenir de la réserve héréditaire en droit français, et vous m'avez fait l'honneur de me demander de m'exprimer sur ce sujet. C'est là une tâche redoutable, car la réserve est tellement intriquée dans les règles du droit français des successions que l'on a du mal à imaginer ce corps de règles en faisant abstraction d'elle. Il faut pourtant s'y essayer en partant de l'idée qu'elle est aujourd'hui menacée.

On opposera immédiatement que la réserve paraît conserver une certaine faveur dans l'opinion, si l'on en juge par les enquêtes d'opinion disponibles. Je ne suis pas certain que ce soit exact, car il me semble qu'un biais intervient dans la façon de poser les questions. Dans les enquêtes, les Français refusent majoritairement le phénomène de l'exhérédation, ce qui peut d'ailleurs peut-être se comprendre parce qu'ils s'identifient alors à l'enfant exhérédé. Si on leur demandait si, en tant de *de cuius*, ils accepteraient des limites à leur propre droit à disposer librement de leurs biens, je ne suis pas sûr que le résultat serait le même — mais j'ignore si de telles enquêtes ont été entreprises. Au vrai, on n'aborde jamais la réserve en elle-même parce que c'est un phénomène complexe ; on l'envisage toujours par ses effets, mais encore faut-il savoir lesquels on choisit de retenir. Dès lors, les réponses aux enquêtes ne sont-elles pas avant tout fonction de l'accent placé sur tel ou tel aspect de l'institution ?

Pour présenter mon point de vue sur la réserve de la façon la plus simple, je dirais que la réserve est une institution qui me paraît en décalage avec l'esprit de notre temps ; pour autant, je ne suis pas certain qu'il soit opportun de la supprimer de façon brutale. Je crois plutôt à la nécessité d'un effacement en douceur. Il se peut qu'elle ne soit plus très justifiable sur le plan des principes, ce qui ne suffirait pas à la rayer d'un trait de plume : quand bien même elle ne se soutiendrait plus que par la seule force des habitudes, ce ne serait pas rien pour une institution que les individus doivent considérer pour envisager leur avenir patrimonial, et qui continue ainsi de peser sur leurs conceptions successorales.

Afin de justifier cette opinion, je commencerai par diversifier les points de vue. La réserve est une contrainte pour le *de cuius* et un avantage pour les bénéficiaires qui en sont investis ; mais elle est aussi une institution d'ordre public, qui constitue l'épine dorsale du droit successoral français. Elle intéresse donc le *de cuius*, ses bénéficiaires, et la société tout entière qui en a établi l'impérativité. Pour faire un tour d'horizon de l'institution, il faut l'examiner dans ces trois composantes.

Aux yeux du *de cuius*, tout d'abord, la réserve héréditaire est une contrainte qui est devenue difficile à admettre, compte tenu de l'air du temps. Elle objecte à sa liberté fondamentale à disposer librement de son patrimoine, à une époque où les droits fondamentaux sont devenus la clef de l'organisation normative — que cela nous plaise ou non.

De son vivant, le *de cuius* avait le sentiment d'être pleinement maître de ses biens, libre d'en jouir et d'en disposer comme il l'entendait. Et voilà qu'on lui dit que cette liberté n'existe plus à son décès, et même qu'elle ne s'exerçait de son vivant que de façon conditionnelle, puisque toutes les libéralités qu'il consentait au fil du temps pourront être mises en cause in fine.

Comment peut-on justifier ce refus d'une libre disposition du patrimoine ? Dans une perspective désormais ancienne, on pouvait chercher les fondements de la réserve dans les contraintes de l'organisation fami-

liale, pour en apprécier la justification. Dans les conceptions actuelles, il n'est plus très facile de raisonner en termes politiques — surtout à une époque de recompositions où la famille n'est plus une valeur sociale bien vaillante. Si l'on admet la primauté du raisonnement fondamentaliste, la justification de la réserve est commandée par un certain type de raisonnement : pour bloquer un droit fondamental, il faut pouvoir lui opposer un ou plusieurs droits d'égale dignité. Je ne les vois pas, parce qu'il n'y a pas de droit fondamental d'un héritier à bénéficier d'une part du patrimoine de son auteur !

À ces difficultés s'ajoute, toujours pour le *de cuius*, que cette entrave à sa volonté est très lourde par son importance, puisque c'est toujours au moins la moitié de son patrimoine qui échappe à sa libre-disposition, soit une part majoritaire. Mais il n'est pas seulement question de la lourdeur des taux : il ne faut pas oublier que la quotité disponible est très difficile à connaître du vivant du *de cuius*, de sorte que la liberté dont il dispose est incertaine pendant une bonne partie de sa vie.

Aux yeux du *de cuius*, la réserve est à la fois difficile à justifier, et peut-être inopportune dans la gestion patrimoniale de la vieillesse. En contrepartie, il n'est pas facile de distinguer les principes nouveaux qui permettraient de la justifier sans artifice.

La réserve est a priori plus facile à défendre pour certains bénéficiaires, encore qu'il faille ici faire une distinction entre ses deux composantes actuelles.

Je ne parlerai pas de la réserve du conjoint, qui me paraît absolument injustifiable. D'abord, parce que dans un pays où les couples sont très majoritairement mariés en communauté, la protection du conjoint est suffisamment assurée par le régime matrimonial, sans compter l'ajout décisif des droits successoraux ab intestat. Ensuite, parce que compte tenu de l'importance acquise par la divortialité, le survivant n'est en quelque sorte que le dernier en date des conjoints : pourquoi la loi devrait-elle lui garantir une part successorale ? Enfin, parce dans sa généralité, la réserve me paraît conserver une fonction familiale qu'elle perd avec le conjoint : les droits successoraux qu'il a progressivement acquis organisent la fuite de certains biens vers sa propre famille ; cela ne devrait pas être inévitable, ce qui met en cause l'institution même de la réserve. À quoi l'on peut ajouter que la réserve du conjoint s'est comme substituée à celle des ascendants, ne leur laissant en échange que des droits de reprise qui paraissent un peu dérisoires.

La seule réserve dont il importe de traiter, c'est celle qui a toujours existé et qui intéresse les descendants. Je ne sais pas si elle est justifiable en elle-même, mais elle présente un certain nombre de mérites plus faciles à constater, que ce soit entre parents et enfants ou dans la relation entre les enfants.

Dans les relations entre parents et enfants, la réserve présente un double bénéfice. Son avantage principal est qu'elle évite l'exhérédation, ce dernier message du *de cuius* qui exprime un rejet désormais irréparable : aucune forme de réconciliation n'est plus possible. La réserve permet ainsi une vérité des sentiments mutuels, bons ou mauvais, qui ne sont pas surdéterminés par la perspective successorale puisque les droits des héritiers sont garantis par la loi. De surcroît, compte tenu de l'allongement actuel de la durée de vie, la réserve présente un avantage secondaire qui tient à l'assurance qu'elle confère aux descendants. Sociologiquement, les parents ont accumulé au long de leur vie des fonds dont leurs enfants auraient besoin, ce qui crée une tension générationnelle. La réserve assure aux enfants qu'ils recevront leur part plus tard, ce qui peut éviter des tensions trop vives dues aux besoins. À cet égard, on pourrait d'ailleurs imaginer un assouplissement de la prohibition des pactes sur succession future, pour permettre aux héritiers de mobiliser leur réserve sans attendre un décès par trop tardif — ce qui serait évidemment une opération aléatoire pour les prêteurs.

La réserve est encore très utile dans les relations mutuelles des enfants, en évitant d'excessives différences entre eux. Un *de cuius* vieillissant peut vouloir surprotéger un enfant préféré, sans tenir compte de la sensibilité des autres. Précisément, la croyance dans l'impossibilité de l'avantager au-delà de la quotité disponible limite ce risque — et l'on peut même se demander si l'attribution de la quotité disponible à un seul enfant ne devrait pas être interdite, ou du moins limitée, de sorte à réduire les sentiments mutuels d'injustice.

Dans son état actuel, la réserve pacifie donc les relations au sein de la famille, en évitant le débordement des sentiments sur le terrain patrimonial. Il semble néanmoins que le problème de principe soit ailleurs :

ces mérites sont en réalité des effets collatéraux de la réserve, bien plus qu'une justification de l'institution. Mais peut-elle encore recevoir une justification forte ?

Pourquoi les ascendants devraient-ils quelque chose à leurs descendants, qui s'incarnerait après leur décès ? Qui fait l'enfant doit le nourrir disait Loysel ; mais faut-il aller jusqu'à lui garantir une part de succession, à l'autre bout de la vie, une fois que les enfants sont élevés et qu'ils ont acquis leur indépendance ? Sans compter que cette prétendue dette a été quelque peu désarmée par la disparition de la réserve des ascendants, qui a retiré une assise symbolique à la réserve. Les avantages de la réserve se constatent, mais on ne parvient pas facilement à la fonder sur des principes actuels et incontestables.

La réserve est enfin une institution d'ordre public, ce qui signifie qu'elle intéresse aussi la société dans son ensemble ; mais pourquoi ?

Les justifications anciennes à la réserve ont disparu, qui étaient avant tout politiques : il s'agissait d'éviter un certain nombre de privilèges, primogéniture ou masculinité, comme d'éroder les fortunes familiales en les divisant, génération après génération. Ces objectifs sont désormais réalisés — sauf peut-être pour certaines parties de la population, dont les traditions culturelles demeurent attachées à l'idée de privilège successoral¹ —, et le rôle redistributeur de l'impôt se charge désormais de la répartition des fortunes.

Quels sont alors les intérêts actuels à la réserve, du point de vue de la société ? Dans la ligne de ce que l'on a dit, on pourrait admettre que la réserve joue un rôle de pacification familiale ; mais à une époque où la famille est devenue une notion bien incertaine, peu portée par le droit, qui se soucie qu'elle soit paisible ? La famille est désormais conçue comme une affaire privée, dont le droit se désintéresse pour l'abandonner à la libre organisation de chacun. Qu'elle soit décomposée ou recomposée, monoparentale ou nucléaire, le droit ne prescrit plus rien mais se contente de constater qu'il s'agit avant tout d'une affaire privée : pourquoi le droit se soucierait-il d'une contrainte si tard venue, au décès des ascendants ?

On se demande même si ces idées n'ont pas pénétré la population. Récemment, au lendemain du décès d'un chanteur célèbre, on apprenait que ses enfants d'un premier lit s'étaient trouvés déshérités par un trust établi aux USA, pays où la résidence du défunt s'exerçait apparemment. Or les premiers commentaires journalistiques, émanant donc d'une frange normalement informée de la population, avaient été très éloquents : sous le coup de la nouvelle, personne ne voyait le problème qu'il pourrait y avoir pour un Français à déshériter ses enfants, car chacun est a priori libre de disposer de ses biens. Ce n'est que dans un second temps, un certain nationalisme aidant d'ailleurs, que les journaux convoquèrent la réserve pour contester vertueusement le recours à une manigance américaine — le trust.

Il semble même que le sentiment d'utilité collective s'inverse, puisque depuis 2006 et la possibilité de renoncer de façon anticipée à la réduction des libéralités, le désarmement de la réserve est engagé. Mais il l'est d'une manière qui choque, et cette RAAR peut difficilement satisfaire. Sur le plan technique, parce que cette renonciation déjoue des principes forts du droit français : c'est un pacte sur succession future, qui permet de renoncer à un droit d'ordre public qui n'est pas encore entré dans le patrimoine du renonçant. Au fond, parce que la contrainte de la réserve est ainsi épargnée à ceux qui peuvent se faire conseiller, et organiser de façon concertée la dévolution de leur succession en évitant les rigidités bonnes pour le tout-venant. Derrière la renonciation et les vertus qui lui sont attribuées, c'est tout de même un droit de faveur que l'on entrevoit.

Par ailleurs, un autre signe de la désaffection de la réserve vient de ce que M. Gabriel Attal, Secrétaire d'État dans l'actuel gouvernement de M. Édouard Philippe, a récemment estimé que la réserve empêchait les Français de faire des donations à des Associations, ce qui limiterait la philanthropie dans notre pays. L'argument ne me paraît absolument pas convaincant : il me semble que si les Français ne donnent pas assez — du moins aux yeux de M. Attal —, c'est pour des raisons qui tiennent à l'organisation de notre pays : c'est parce que la France est un pays où l'État est omniprésent, de sorte que les donations faites

1. De ce point de vue, on pourrait considérer que les objectifs de la réserve ne sont pas encore tout à fait réalisés. La question législative qui se pose est alors de savoir si l'on doit légiférer de façon générale, tout en ayant à l'esprit des groupes particuliers de la population.

au profit de grandes causes apparaissent comme une sorte de contribution déguisée à la fiscalité. Les Français donneraient peut-être plus s'ils pouvaient favoriser des projets qui leur importent véritablement, par exemple en étant autorisés à faire des dons et legs à des associations non reconnues d'utilité publique. Au lieu qu'ils ne peuvent financer que des associations reconnues qui, par leurs missions, se substituent si bien à l'État qu'elles vivent en permanence sous son contrôle — au point d'être devenues des espèces d'auxiliaires du service public.

Tout cela étant dit, que faut-il faire de la réserve, de lege ferenda ? Les propositions qui suivent ne sont que des idées qui n'ont pas forcément été mûrement pesées, je m'en excuse.

J'avoue que même si je ne parviens pas à justifier la réserve, je reste attaché aux effets familiaux qu'elle produit. Je n'aurais aucun regret à voir disparaître la réserve du conjoint, qui m'apparaît comme une conquête symbolique indéfendable, que ce soit sur le plan technique ou celui des principes. Pour la réserve des descendants, c'est autre chose : je la crois inactuelle, car je ne vois pas quel principe fondamental peut s'opposer à la libre-disposition du *de cuius* sur son patrimoine ; mais la supprimer d'un seul coup serait très brutal, et nous plongerait dans un système de liberté patrimoniale totale, qui n'est peut-être pas souhaitable sans transition.

J'évoquerai successivement deux ou trois voies qui s'ouvrent en conséquence :

1. si l'on supprimait la réserve comme principe, il faudrait à mes yeux la remplacer par une obligation qui poursuivrait une sorte de solidarité familiale, peut-être même au-delà du cercle des héritiers. Il y a deux pistes en ce sens, qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre. D'abord, on pourrait songer à maintenir la réserve pour les mineurs et les jeunes adultes, ainsi que pour les majeurs incapables. Ensuite, plus fondamentalement, on pourrait imaginer une réserve judiciaire de solidarité pour les membres impécunieux de la famille : dans chaque cas, il appartiendrait au juge de dire si le demandeur a besoin d'une allocation réservataire, et pour quel montant.

Dans les transformations du droit français, l'article 758 du Code civil a organisé une créance d'aliments au profits des ascendants lointains qui seraient dans le besoin, qui s'exerce contre la succession du prédécédé. Il m'est difficile de savoir si cette institution fonctionne de façon satisfaisante, mais le principe qu'elle établit me paraît intéressant pour la réserve. Dans cette ligne, il ne devrait pas s'agir d'un droit à déclenchement mécanique mais d'un avantage que l'on envisagerait in situ, compte tenu de la situation patrimoniale des héritiers et de la famille en général. Faudrait-il la limiter aux seuls aliments ? Ce serait peut-être une coupe un peu trop étroite pour être satisfaisante pour les destinataires.

2. si l'on devait conserver la réserve, il me semble qu'il faudrait diminuer son emprise pour mieux cibler les objectifs qu'elle assume. Pour diminuer cette emprise, on peut bien sûr songer à réduire les taux applicables, qui sont aujourd'hui excessifs. La quotité disponible devrait être au moins égale à la moitié du patrimoine, quel que soit le nombre des enfants. Et par ailleurs, il pourrait y avoir des taux différenciés en fonction du montant du patrimoine successoral : plus il est élevé, plus la réserve individuelle peut être réduite en proportion car nul héritier n'a vraiment besoin d'un tel avantage quantitatif. Ce qui laisse d'ailleurs dans l'ombre la question des fuites que l'on constate face aux successions : l'assurance-vie par exemple permet aujourd'hui un certain détournement d'institution qui n'est pas forcément satisfaisant.

Toujours dans le but de diminuer l'emprise de la réserve, on peut éviter de remonter trop en arrière dans la prise en compte des libéralités passées. Une formule souple consisterait à prévoir une sorte de prescription libératoire qui permette de ne pas tenir compte des libéralités les plus anciennes, ou à en tenir compte de façon dégressive. C'est dans cette voie que l'on pourrait peut-être aller pour favoriser les donations philanthropiques de M. Attal : il suffirait peut-être de les mettre à l'abri d'une remise en cause ultérieure pour les stimuler — si le problème de l'insuffisance se trouve bien là. On irait plus loin en ne calculant la réserve que sur les biens existants, c'est-à-dire en refusant toute reconstitution du patrimoine. Une telle modification aurait des implications puisqu'il serait impossible d'exhérer un enfant par des legs, sans pour autant revenir sur les donations qui auraient été faites à d'autres qu'aux enfants. En revanche, pour rétablir l'égalité, on devrait prendre en considération les libéralités faites aux enfants, qui sont également réservataires.

3. une possibilité intermédiaire serait de conserver la réserve en l'étendant, au-delà du descendant concerné, à ses propres descendants. C'est la logique qui a été suivie dans l'organisation des donations partages dites transgénérationnelles, qui permet de faire bénéficier la souche de la réserve, et non la seule personne de l'héritier, ce qui est certainement satisfaisant. Une façon de commencer à dissoudre la réserve consisterait sans doute à en faire un privilège plus général, qui permettrait de faire oublier l'idée de créance de l'héritier au profit d'une obligation familiale plus large — ce qui renouerait un peu avec la logique d'origine.

On aimerait ajouter un dernier mot, car il semble qu'il y a quelque chose d'un peu dépassé dans la réserve, qui est d'ailleurs inhérent au phénomène successoral lui-même : elle intervient toujours in fine. Or l'époque actuelle favorise davantage les donations faites par les ascendants au fur et à mesure de la détection des besoins de leurs héritiers : compte tenu des crispations intervenant désormais au cours des existences individuelles, la nécessité d'une transmission in extremis s'affaiblit au profit des libéralités effectuées au fil de l'eau, lors de la détection des besoins.

Si votre Commission parvenait à imaginer une façon de faire entrer l'idée de réserve dans ce cadre de libéralités continues, ce que je ne parviens pas à concevoir, il me semble qu'elle aurait fait œuvre particulièrement utile en induisant une transformation décisive des successions, qui inclue l'idée de réserve héréditaire.

Contribution de Pierre Manent

Philosophe,
Directeur d'études émérite à l'EHESS

Je suis très honoré de l'invitation que vous m'avez adressée, et qui m'avait d'abord effarouché. Madame la Professeure Cécile Pérès m'a rassuré : vous n'attendez pas de moi des vues informées et pertinentes sur la question précise de la réserve héréditaire qui fait l'objet de votre réflexion. C'est donc au titre de généraliste, si j'ose dire, que j'interviens devant vous, un généraliste qui s'intéresse tout particulièrement à la place de la loi et de la règle dans une vie commune dominée de plus en plus exclusivement par le principe des droits de l'individu. Cette évolution, autant le dire tout de suite, me paraît chargée de périls dans la mesure où je ne crois pas qu'une société puisse s'organiser sur la base d'un principe unique, surtout lorsque ce principe, comme c'est ici le cas, est un principe séparateur. Je n'ignore pas qu'il est devenu difficile de faire entendre un argument qui implique de mettre certaines limites aux libres choix individuels. En l'absence de telles limites cependant, les agents que nous sommes, sont privés d'éléments d'orientation objectifs et partagés, et la perplexité qui les assaille, multiplie les occasions de malentendus et de dissensions.

L'argument que je m'appête à soutenir brièvement devant vous pourra donc être dit conservateur, à condition de préciser le sens de l'adjectif. Si, dans les circonstances présentes, je tends à défendre l'état ancien de la loi contre les réformes visant à une extension des droits, ce n'est pas par une préférence esthétique ou sentimentale pour la coutume, le statu quo ou l'ordre ancien, c'est parce que cet ordre me semble présenter un équilibre raisonnable entre les réquisits de l'institution et les droits individuels, tandis que l'extension des droits, où beaucoup voient la définition même du progrès, est en train de déséquilibrer notre assiette sociale au détriment de plus en plus marqué de l'institution. Si nous voulons faire valoir nos droits et jouir librement des biens qu'apporte l'institution, encore faut-il que cette institution continue d'exister.

Cet argument général paraîtra peut-être déplacé, ou disproportionné, dans la mesure où la réforme même la plus radicale de la réserve héréditaire ne semble pas susceptible de mettre en cause l'existence même de l'institution familiale, ni sa solidité. Après tout, il n'existe aux États-Unis ni réserve héréditaire ni même Family provision. L'enjeu reste modeste. Soit. Ce n'est ni le lieu ni le moment de considérer la forme et d'évaluer la solidité de l'institution familiale aujourd'hui. J'accorde volontiers que la réforme éventuelle de la réserve héréditaire ne saurait être qu'anecdotique en comparaison de la réforme introduite par la loi de 2013. Cela est vrai, mais, précisément, on peut se demander si la réserve héréditaire ne revêt pas une importance accrue à la suite de cette loi. Dans l'ordre antérieur à cette loi, le mariage et la famille formaient l'institution qui articulait l'une sur l'autre la différence des sexes et celle des générations. Dès lors que la nouvelle loi abolit la différence des sexes comme critère objectif de l'institution et ne retient que les choix individuels, l'objectivité de la famille, si je puis ainsi m'exprimer, ce qui lui donne sa forme concrète, se rassemble dans la différence des générations. En l'absence de la filiation biologique, la filiation concrétisée par l'héritage prend une valeur accrue. En tout cas, quelle que soit la forme de l'association familiale, la nature objective et contraignante de la réserve héréditaire renforce cette association en la rendant indépendante, au moins dans une certaine mesure, de l'arbitraire et des irrégularités de l'affection parentale.

On le sait, c'est une des expériences les plus constantes et les plus troublantes de l'humanité, la proximité familiale aiguise d'un côté la tentation de préférer et d'avantager, de l'autre la crainte d'être lésé et désavantagé, bref l'enfer des préférences et des ressentiments. Avec la réserve héréditaire, quelque chose, une certaine quantité de biens, c'est-à-dire aussi une certaine partie de l'association familiale échappe à la liberté ou à l'arbitraire de son membre le plus puissant – père ou mère – qui se trouve, pour employer le beau langage de nos rois, dans l'« heureuse impuissance » d'ôter sa part à aucun de ses enfants. Peut-être le droit français a-t-il traditionnellement montré une certaine partialité en faveur des enfants et au détriment du conjoint survivant et de la liberté du testateur. Le conjoint survivant est désormais mieux protégé et le testateur peut toujours disposer gratuitement du quart de ses biens au minimum. Ces dispositions me semblent équilibrées. J'ajouterai que l'allongement de la durée de la vie conduit à ce que de plus en plus de personnes passent de nombreuses années dans un état de confusion ou de faiblesse mentale qui risque de conduire à des libéralités erratiques, que la réserve héréditaire permet de limiter.

Ces arguments ne sont pas démonstratifs – ils ne le sont jamais entièrement quand on débat des choses humaines – mais ils me semblent raisonnables et persuasifs. En tout cas, si l'on décide d'abolir ou réduire la réserve héréditaire, ce ne sera pas parce que ces arguments auront été trouvés déficients. Ce sera plutôt, je crois, parce qu'un argument contraire aura paru, lui, irrésistible, l'argument de la mobilité internationale.

Il est indiqué dans la documentation que j'ai reçue et qui est fort bien faite. De plus en plus de sociétaires vivent et travaillent à l'étranger, souvent dans des pays qui ignorent la réserve héréditaire et laissent la plus grande latitude au testateur : « La question se pose de savoir si un juge français peut refuser d'appliquer une loi étrangère qui priverait des Français des droits réservataires » que la loi française lui attribue. On comprend que nous changeons ici entièrement de terrain. Les mérites intrinsèques de l'institution dont nous parlons n'entrent plus en considération. Le débat ne porte plus sur l'équilibre à trouver entre la règle de l'institution et les droits individuels. Il porte sur la relation entre la loi française et la loi étrangère, entre le droit français et le droit étranger. On trouve une situation analogue, sur un sujet plus grave, à propos de la GPA, où la tendance des juridictions françaises, à l'incitation de la CEDH, est d'admettre la transcription à l'état civil français d'actes de naissance résultant d'une démarche qui, si elle est légale dans certains pays, est jusqu'ici strictement interdite en France. Dans les deux cas, la délibération sur les mérites de la question posée, réserve héréditaire ou GPA, n'a plus lieu d'être, puisqu'elle rencontre un cas de force majeure, enfant présent en France ou citoyen français vivant et travaillant à l'étranger. On dira qu'il n'y a pas de raison de préférer la loi ou le droit d'un pays étranger à la loi ou au droit de notre pays, puisque précisément tout le sens du régime démocratique consiste à obéir à la loi que nous nous sommes donnée. Ce n'est pas ainsi que l'on raisonne aujourd'hui, ou de moins en moins. La loi étrangère n'est pas la loi d'un pays étranger qui est dans la même classe ou catégorie que notre pays, elle accompagne pour ainsi dire un sujet mobile qui vient du « monde » et dont l'« intérêt » doit prévaloir sur toute autre considération. Les effets de la loi étrangère finissent toujours par l'emporter car le sujet de cette loi vient à nous avec l'autorité irrésistible que nous accordons au « monde » et à la mobilité dans le monde.

Je ne jurerais donc pas de notre capacité à résister à cet entraînement dans le cas de la réserve héréditaire. Je soulignerai seulement les conséquences de ce mouvement. Ce n'est pas seulement l'indépendance nationale qui est en cause, c'est la raison même d'exister du corps collectif que nous formons et à propos duquel et au nom duquel nous délibérons. Si, en raison de la « force majeure » que représente pour nous la mobilité internationale, toutes nos délibérations sont frappées de nullité dès lors qu'elles soutiennent des institutions ou des façons de faire qui entravent ou gênent en quelque façon cette mobilité, ce n'est pas seulement la tradition ou l'indépendance du droit français qui est en cause, c'est l'emploi et l'exercice de nos facultés qui deviennent superflus. Il est certes indispensable de tenir compte des problèmes causés ou rendus plus urgents par la mondialisation, mais je crois qu'il est démoralisant et qu'il sera de plus en plus dommageable de renoncer à faire prévaloir les raisons qui nous paraissent bonnes lorsqu'elles nous paraissent bonnes. Dès lors, la réserve héréditaire, qui donne consistance à l'institution familiale tout en laissant une latitude appréciable aux libéralités du testateur, me semble une composante du droit civil français qui mérite d'être conservée. Je vous remercie de votre attention.

Contribution de Julie Mouty-Tardieu

Magistrate, Conseillère référendaire
à la première chambre civile de la Cour de cassation

Contentieux relatif à la réserve héréditaire : quelques chiffres

Le contentieux judiciaire lié à l'existence de la réserve héréditaire est difficile à mesurer. En effet, les statistiques annuelles produites par le Ministère de la Justice détaillent peu les affaires civiles, appréhendées de façon globale. Les chiffres clés de la Justice répertorient ces affaires, sans identifier le contentieux relatif aux successions, ni celui en lien avec l'existence de la réserve héréditaire. Il est inclus dans le contentieux de la famille¹.

Par ailleurs, figure sur le site Internet du Ministère de la Justice la publication Infostats Justice qui, depuis sa création en mars 1989, n'a consacré aucune étude au contentieux des successions². Ici aussi, les affaires de droit de successions sont incluses dans la rubrique « droit de la famille »³.

Seules deux bases de données, non accessibles au public, permettent d'appréhender le nombre d'affaires judiciaires dans lesquelles la réserve héréditaire est en cause :

- JURICA : la base de données répertorient, en principe, les arrêts rendus par les cours d'appel depuis 2008 (hébergée sur l'Intranet Justice),
- JURINET : la base de données répertorient tous les arrêts rendus par la Cour de cassation depuis 1995 (hébergée sur l'Intranet Justice).

1/ Etude de JURICA

Une première recherche sur JURICA avec les mots clés « décédé + succession » donne les résultats suivants :

- en 2016 : 2 278 décisions en droit des successions sur 240 673 affaires civiles et commerciales jugées par les cours d'appel⁴,
- en 2017 : 2 758 décisions en droit des successions sur 248 647 affaires civiles et commerciales jugées par les cours d'appel⁵,
- en 2018 : 2 656 décisions en droit des successions, le nombre d'affaires civiles jugées par les cours d'appel n'est pas encore connu.

Une seconde recherche sur JURICA ciblant plus précisément les difficultés liées à la réserve héréditaire donne les résultats suivants :

- depuis le 1^{er} janvier 2016, 1 454 arrêts ont été rendus par les cours d'appel dans des affaires de succession où il était également question d'un ou de plusieurs contrats d'assurance sur la vie,
- depuis le 1^{er} janvier 2016, 607 arrêts ont été rendus par les cours d'appel au sujet de la réduction des libéralités,

1 Chiffres clés de la Justice, année 2017, page 10

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Chiffres%20Clés%202017.pdf

Chiffres clés de la Justice, année 2018, page 10

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/justice-chiffres-cles-2018.pdf

2 <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/infostats-justice-10057/infostat-justice-liste-de-tous-les-numeros-14305.html>

3 Voir Infostats Justice n°55 page 3, Infostats Justice n°71 page 3

4 Voir chiffres clés de la Justice 2017, indiquant les statistiques 2016, page 11

5 Voir chiffres clés de la Justice 2018, indiquant les statistiques 2017, page 11

- depuis le 1^{er} janvier 2016, 195 arrêts ont été rendus par les cours d'appel dans des affaires de succession où il était également question d'un testament et d'une éventuelle atteinte à la réserve héréditaire.

Il ne m'a pas été possible de procéder à un tri plus fin des décisions rendues par en appel en raison de leur nombre trop important.

2/ Etude de JURINET

L'étude de JURINET, soit les arrêts rendus par la Cour de cassation, est plus aisée et permet d'obtenir des résultats plus détaillés, le nombre de décisions à étudier étant réduit.

Depuis le 1^{er} janvier 2014⁶, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a rendu 50 arrêts motivés relatifs à des affaires de successions dans lesquelles la réserve héréditaire était en cause.

Les sujets les plus fréquents sont les suivants :

- la réduction des libéralités et le calcul de l'indemnité de réduction : 10 arrêts motivés⁷,
- la préservation de la réserve héréditaire en présence d'un ou plusieurs contrats d'assurance sur la vie : 7 arrêts motivés,
- le rapport des biens donnés et les difficultés d'évaluation de ceux-ci : 6 arrêts motivés,
- la réserve héréditaire en droit international privé : 5 arrêts motivés,
- la préservation de la réserve héréditaire en présence d'un ou plusieurs testaments : 4 arrêts motivés,
- la réserve héréditaire et la quotité disponible entre époux : 2 arrêts motivés.

Au cours de cette même période, la Cour de cassation a rendu :

- en 2014, 20 072 décisions en matière civile⁸ (rendues par trois chambres civiles, une chambre commerciale, une chambre sociale, englobant les dossiers jugés et les radiations),
- en 2015, 18 304 décisions en matière civile,
- en 2016, 21 777 décisions en matière civile,
- en 2017, 20 667 décisions en matière civile,
- en 2018, 21 865 décisions en matière civile.

En résumé, il est possible de déduire de ce petit survol statistique que les affaires judiciaires mettant en cause la réserve héréditaire représentent une très faible part du contentieux civil. Les juges du fond sont essentiellement saisis de questions en lien avec les contrats d'assurance sur la vie. La Cour de cassation juge peu d'affaires portant sur des questions plus variées et souvent techniques.

Julie Mouty-Tardieu
conseiller référendaire, Cour de cassation
3 juillet 2019

6 Recherche statistique sur les arrêts motivés rendus entre le 1^{er} janvier 2014 et le 1^{er} mai 2019

7 La mention arrêt motivé signifie que les arrêts de rejet non spécialement motivés (article 1014 du code de procédure civile) ne sont pas pris en compte dans ces chiffres.

8 Voir statistiques 2018 de la Cour de cassation : <https://www.courdecassation.fr/IMG///Statistiques%20-%202018.pdf>

Contribution d'Élodie Mulon

Avocate à la Cour,
Présidente de l'Institut du droit de la famille et du patrimoine,
membre de la commission Famille du Barreau de Paris,
Secrétaire du bureau du Conseil National des Barreaux (2018-2020)

I. Le principe et les raisons du maintien de la réserve héréditaire dans notre droit à la lumière de l'évolution sociologique contemporaine

S'interroger sur le principe et le maintien ou non de la réserve héréditaire au regard de l'évolution de notre société conduit à se poser une première question : l'objectif recherché aujourd'hui avec la réserve.

Quelques pistes de réflexion se dessinent assez rapidement :

Garantir la solidarité familiale. La réserve permettrait, par l'impossibilité (ou tout au moins la difficulté, compte-tenu des contournements possibles) qu'il y aurait de déshériter un enfant, de le protéger d'un état de besoin. Telle qu'elle est conçue actuellement, si c'est ce seul objectif qui doit être poursuivi, nous pouvons considérer qu'elle va bien au-delà, compte-tenu de l'importance du patrimoine parfois transmis. On pense à cet égard à la solution proposée par nos voisins anglais (Inheritance Provisions of Family Law Act de 1975). La réserve n'existe pas mais est prévue la possibilité de demander au tribunal une part de la succession correspondant à une provision financière nécessaire sous forme d'une rente en cas d'état de besoin. La réserve aujourd'hui en France va bien plus loin que cet objectif.

Peut-on considérer que cette solidarité familiale s'entend par le lien qu'elle crée autour du défunt ? Elle induit, en effet, un sentiment d'appartenance à une même famille ou la reconnaissance du lien avec celui-ci. Un lien qui va au-delà de la volonté, elle permet en quelque sorte une continuité avec lui à travers cette obligation qu'il a dû remplir, « il est encore un peu là ... ». Elle est la reconnaissance d'une place particulière dans la famille.

Cependant, cet objectif semble avoir été assez mis à mal avec la suppression de la réserve aux ascendants avec la loi de 2006. Pour autant, sans doute reste-il quelque chose de cette idée de solidarité dans l'objectif poursuivi à travers la réserve.

Protection des enfants et du *de cuius*. Cet objectif me semble double :

- Protéger les enfants contre une certaine forme de « tyrannie » parentale, même si le terme est sans doute exagéré. Il existe toujours la possibilité de favoriser un enfant par rapport à un autre mais cela en limite considérablement les effets (même si cette affirmation est atténuée par les nombreuses possibilités qui existent aujourd'hui pour échapper en partie à cette réserve). Déshériter un enfant est quelque chose qui est vécu en France comme particulièrement choquant. Cette protection de l'enfant à travers la réserve est importante et limite les conflits intra-familiaux, notamment au sein d'une fratrie. A cet égard, elle contribue à la paix des familles.
- Protéger le *de cuius*. A une époque où l'on vit de plus en plus âgé, où les familles sont de plus en plus mobiles et vivent de moins en moins proches de leurs aînés, il semble nécessaire de les protéger de ceux qui pourraient tirer avantage de leur faiblesse pour détourner tout leur patrimoine au moment de leur décès, voire dans les mois ou années qui précèdent. La quotité disponible leur donne la possibilité de gratifier ceux qui ont été à leurs côtés, mais dans certaines limites.

Maintien et continuité du patrimoine du patrimoine familial. C'était sans doute l'un des objectifs majeurs au début. On se souvient dans l'ancien droit du droit d'ainesse qui poussait jusqu'au bout cet objectif. Cependant, la généralisation de l'indemnité de réduction depuis la loi du 23 juin 2006 laisse penser que cet objectif n'est plus une priorité pour le législateur, avec le bémol du droit de retour, mais qui lui aussi peut, dans certains cas, s'exercer en valeur.

La réserve emprunte sans doute à chacun de ses objectifs, peut être encore à d'autres, mais on le voit, de moins en moins. Pour autant, peut-elle être remise en question aujourd'hui ? la réponse est non.

Car au-delà de cette question relative à l'objectif poursuivi, un constat existe : les français sont très attachés à la réserve et n'envisagent pas l'idée qu'il soit possible de déshériter ses enfants. On l'a vu avec l'affaire Johnny Hallyday. En réalité, la question du maintien ou non de la réserve se pose surtout à l'égard du conjoint survivant car qu'est ce qui justifie qu'il puisse bénéficier, en l'absence d'enfant, de cette réserve, si la raison de celle-ci se situe en réalité, et de manière plus inconsciente peut-être, dans le besoin quasi viscéral que nous ressentons de transmettre à nos enfants ?

Car la réserve n'est-elle pas l'une des illustrations de ce que les parents ont pour vocation de donner à leurs enfants, de transmettre que ce soit patrimoniallement ou extra-patrimoniallement. Car ceux qui n'ont pas de patrimoine à transmettre transmettent aussi ce que chaque parent a à cœur de donner à ses enfants : ses valeurs morales, éducatives, sa conception du monde, ce qu'il faut faire et ne pas faire...etc... La réserve s'inscrit dans cet objectif de transmission désintéressée et sans contrepartie à notre descendance. C'est sans doute cette responsabilité, même inconsciente, que nous avons de ce devoir à leur égard qui rend si choquant le fait que l'on puisse leur préférer quelqu'un en les déshéritant. C'est une manière, dans l'inconscient collectif, de leur dire qu'on les aime moins que celui qui aura été choisi à leur place ou même avantagé. Cela est ressenti d'ailleurs comme une violence inouïe de la part des enfants et cela peut donner lieu à de profondes blessures. Cette réserve est aussi une forme de réparation pour ceux qui n'ont pas été assez ou mal aimés. Elle est également une manière de leur dire, même lorsqu'ils sont plus âgés « je suis toujours à tes côtés ». C'est une manière d'accompagner nos enfants au-delà de la disparition.

Alors, certes, cette conception de la réserve ne se justifie que pour les enfants. Mais à vrai dire, je n'ai pas trouvé de raison, en tout cas majeure, à celle instaurée au bénéfice du conjoint survivant, et ce d'autant plus qu'actuellement, il n'en bénéficie qu'en l'absence d'enfant, commun ou non alors qu'il n'a jamais partagé les soucis liés à leur existence et éducation.

Ainsi, en tous cas concernant la réserve aux enfants et leurs descendants, l'évolution sociologique contemporaine ne change rien. Je dirais même que cette évolution, qui est marquée par des modes de filiations de plus en plus variés, rend nécessaire qu'une institution instaure une égalité même relative et la protection de chaque membre de la fratrie.

L'évolution de la société doit en revanche, me semble-t-il, conduire à nous interroger sur la fragilité croissante des liens entre les époux et le caractère de moins en moins pérenne du mariage et l'incongruité qu'il y a à protéger plus le dernier conjoint en date, sans enfant qu'il soit commun ou né d'un précédent lit du défunt, que celui qui aura élevé à ses côtés les enfants, soit qu'ils étaient les siens, soit qu'ils étaient ceux du défunt, ce dernier pouvant être purement et simplement exhérité. Et d'exclure de la protection que confère la réserve les ascendants, voire les collatéraux, privilégiés.

II. Les réflexions que m'inspire le cas particulier de la réserve héréditaire du conjoint survivant

Vous avez utilisé la formule « le cas particulier » de la réserve héréditaire du conjoint survivant et le terme me semble assez juste car cette énorme faveur faite à celui qui a survécu sans descendance commune ou issue du défunt par rapport à celui qui se trouve en concurrence avec des enfants communs ou non, me semble pour le moins particulière. Surtout quand parallèlement, la réserve des ascendants qui existait avant 2006 en l'absence de descendants a été purement et simplement supprimée par la loi du 23 juin 2006. On comprend mal la logique de ces dispositions et de cette suppression lorsque l'on réfléchit à la logique initiale de la réserve qui s'inscrivait dans la protection de l'ordre public familial.

Il est choquant de constater - et c'est une préoccupation courante dans les divorces - que le conjoint avec enfants peut être exhérité d'un coup de plume. Cela rend la situation particulièrement anxiogène pour l'épouse en procédure de divorce, qu'elle en soit à l'origine ou non, mariée sous le régime de la séparation de biens et qui a eu ou élevé des enfants avec son conjoint. Elle peut se retrouver sans un centime si ce

dernier décède en pleine procédure alors que, dans le même temps, celle qui a pu rester mariée juste quelques années, avec le *de cuius* qui était sans enfant, est protégée et n'a rien à craindre d'un décès prématuré de l'époux en cours de procédure de divorce. Cela est d'autant plus illogique que les droits qu'elle tirerait du divorce s'il allait jusqu'au bout pourraient être inférieurs à l'épouse qui a eu ou élevé pendant des années les enfants du couple. Ces cas sont loin d'être des hypothèses d'école et l'objectif de protection de la réserve me semble devoir conduire à penser les choses différemment pour le conjoint survivant. J'ajouterais que les dispositions actuelles qui consistent à potentiellement laisser des femmes en état de besoin, du fait de l'exhérédation intervenue en cours de procédure de divorce et du décès de l'époux en cours de cette même procédure, conduisent à les laisser soit à la charge de leurs enfants, ce qui est assez difficile à vivre pour elle, soit à la charge de la société, lorsque les enfants dont l'existence lui barre l'accès à la réserve sont des enfants d'un autre lit qui peuvent être assez indifférents à l'état de précarité de leur belle-mère.

On peut d'ailleurs s'interroger aussi sur la possibilité pour le *de cuius* de vider totalement de sa substance la réserve en donnant à son conjoint l'usufruit de l'intégralité de son patrimoine (article 1094-1 du code civil). On voit bien la difficulté quand la dernière épouse est à peine plus âgée que ses beaux-enfants. Il me semble assez hypocrite de s'extasier sur la qualité de la réserve en France quand on sait que bénéficiaire de la réserve en nue-propiété équivaut en réalité à ne bénéficier de sa part de succession qu'à la fin de sa vie, voire jamais.

Il me semble assez curieux également de prévoir que dans l'hypothèse où il existe des enfants communs et que l'épouse peut opter soit pour la totalité en usufruit soit pour un quart en nue-propiété (Article 757 du code civil), elle soit présumée faire le choix de l'usufruit, a priori plus contraignant pour les héritiers, si elle a été sommée de faire son choix et qu'elle n'a pas répondu dans un délai de trois mois (article 758-3). La présomption inverse eut été plus logique. C'est d'ailleurs la seule option ouverte au conjoint qui n'a pas d'enfant commun avec le défunt.

Enfin, on peut s'interroger sur la pertinence, au bénéfice du conjoint survivant, de l'usufruit du droit d'exploitation des œuvres de l'artiste décédé (L123-6 CPI) qui, dans certains cas, lui confère un avantage excessif et empiète de manière significative et injustifiée sur les droits des réservataires. Certes, ce droit ne peut empiéter sur la réserve mais si les héritiers ne bénéficient que de la nue-propiété du droit d'exploitation, autant dire qu'il s'agit, sur le plan patrimonial, d'une coquille vide. Donner un droit qui peut s'avérer viager à quelqu'un suppose un lien qui s'est inscrit dans le temps avec la personne dont elle tire cet avantage. Or, il peut s'agir d'une épouse qui ne sera restée mariée que très peu de temps avec le défunt, mais dans les dernières années de sa vie.

Il me semble donc que le traitement actuel du conjoint survivant est loin d'être satisfaisant. Il doit être beaucoup mieux protégé dans certains cas mais il n'a pas de prime abondante, me semble-t-il, à bénéficier d'une réserve pour laquelle, à son égard, on ne trouve aucune des justifications qui existent pour les descendants, voire même les ascendants. Il n'est pas normal non plus que face à lui, aucune place ne soit laissée aux collatéraux privilégiés dont le lien, en principe, avec le défunt est un lien qui s'est inscrit dans le temps. Certes, il est difficile, si on veut réfléchir à une meilleure protection du conjoint survivant dans certaines hypothèses, d'exclure par principe le mécanisme de la réserve mais les modalités actuelles me semblent devoir être repensées et ne pas conduire à des situations iniques, comme cela est le cas aujourd'hui.

Réfléchir à son statut est rendu nécessaire du fait l'évolution sociologique contemporaine et la mobilité de la société et des couples, voire s'adapter aux différents modes de conjugalité.

III. Améliorations susceptibles d'être éventuellement apportés au droit positif, notamment afin d'améliorer la situation de l'héritier réservataire, face à un légataire universel (généralisation de la restitution en valeur)

La généralisation de la réduction en valeur issue de la loi du 23 juin 2006 (article 924 du code civil) a fait couler beaucoup d'encre, notamment suite à l'arrêt du 11 mai 2016¹. On le comprend. Cette généralisation de la réduction en valeur constitue en réalité le déni de l'un des objectifs initiaux, à l'origine en tous cas, poursuivi par la réserve : la pérennité du patrimoine familial via sa transmission.

Cependant, on peut comprendre cette évolution face à la mobilité familiale déjà évoquée, qui concerne également les biens. Le patrimoine est de moins en moins intergénérationnel et l'idée que la réserve n'a plus pour objectif majeur la conservation du patrimoine familial mais la transmission d'un soutien financier (proportionnel au patrimoine du parent décédé) rend acceptable l'idée d'une indemnité en réserve, même si l'on perd en symbole. Elle est aussi plus simple à gérer en pratique car elle peut permettre d'éviter, en cas de réduction partielle, des indivisions difficiles.

On peut cependant s'émouvoir du fait – et c'est encore plus vrai lorsque qu'on est face à un légataire universel – que l'héritier réservataire soit titulaire d'un simple droit de créance à l'égard du légataire au lieu d'être purement et simplement propriétaire d'un patrimoine plus sûr (exemple : immeubles).

Les garanties dont ils disposent ne sont pas satisfaisantes (droit de rétention / privilège spécial de l'article 2374 3° du code civil). Et celle qu'il tient de l'article 924-4 du code civil pose question au-delà du fait qu'elle présente un caractère d'incertitude juridique. Autoriser l'héritier réservataire à poursuivre en cas d'insolvabilité du légataire, un tiers (au motif que celui-ci a acquis un bien sans s'inquiéter de l'accord des héritiers réservataires présomptifs, au moment de la cession) revient à lui donner une indemnité en nature, et ce même si l'acquéreur peut aussi régler l'indemnité en valeur pour conserver le bien, ce qui en fait va le conduire à payer deux fois le bien.

On voit mal pourquoi cette possibilité de l'indemnité en nature ne pourrait pas exister également à l'égard du légataire insolvable, et pas seulement dans le cadre du droit de suite dont bénéficie l'héritier réservataire en cas de cession du bien aux termes de l'article 924-4.

La jurisprudence s'oppose clairement à cette possibilité en l'état puisqu'elle a, le 11 mai 2016, puis à nouveau le 23 novembre 2016², jugé que le principe de l'indemnité en nature interdit toute indivision entre le légataire universel et l'héritier réservataire et donc une demande d'attribution ou de licitation du bien. Or, de fait, cette indivision pourrait, en l'état, exister, et en plus compliqué encore, avec le tiers acquéreur.

Il semble donc nécessaire que la loi soit modifiée pour permettre à l'héritier réservataire de poursuivre la réduction en nature quand le légataire est insolvable et dispose toujours du bien. Cette option n'est actuellement ouverte qu'au gratifié lui-même (924-2). Cela n'est pas normal. L'héritier réservataire supposé être privilégié dans la succession de son parent doit se plier au bon vouloir du gratifié. La réduction en valeur constitue déjà un recul par rapport à la volonté de protéger le patrimoine familial, elle ne doit pas en plus conduire à un renversement des forces en présence et à une moindre protection de l'héritier réservataire lui-même.

IV. La question de la philanthropie, en lien avec l'idée, parfois entendue, qu'elle serait freinée par la réserve héréditaire

Au-delà de la complexité elle-même du droit des successions qui rend souvent totalement opaque et imprévisible pour les héritiers l'évaluation de ce qu'ils auront ou non en bout de course, (même si cette complexité fait la joie intellectuelle des praticiens et juristes) et qui justifierait une simplification, un point me semble également devoir être réaménagé qui pourrait permettre d'ailleurs d'apporter une réponse à votre

1. Cass.civ.1^{ère} 11 mai 2016 n°14-16.967 – Cass.Civ.1^{ère} 23 novembre 2016 n° 15-28.931

2. Cass.civ.1^{ère} 11 mai 2016 et Cass.Civ.1^{ère} 23 novembre 2016 précités

question relative à la philanthropie qui serait freinée par la réserve héréditaire : l'imputation des libéralités (et leur réductibilité) au-delà d'un certain nombre d'années.

L'idée que l'on puisse revenir sur des libéralités (à l'exception de celles faites aux héritiers réservataires rapportables ou non compte-tenu de la nécessité de préserver une certaine égalité entre eux) faites des dizaines d'années plus tôt m'apparaît comme un facteur d'insécurité juridique important et une atteinte disproportionnée au droit de disposer du *de cuius* par rapport à l'objectif de protection et de transmission poursuivi avec la réserve.

Ainsi, une limite pourrait être prévue, de 10 ou 15 ans, au-delà de laquelle les libéralités ne viendraient plus accroître fictivement la masse successorale au moment de l'ouverture la succession. Trois tranches pourraient même être prévues :

- Au-delà de 10 ou 15 ans avant le décès, les donations ne seraient pas rapportables à la succession, à l'exception de celles faites aux héritiers réservataires.
- De 5 à 10 ans avant le décès, elles ne seraient imputées à la succession que dans l'hypothèse où :
 - Elles seraient excessives par rapport au patrimoine du défunt (condition un peu calquée sur les règles relatives à l'assurance vie. (L132-13 du code des assurances)
 - Ou elles ne seraient faites que dans l'objectif manifeste de faire échapper une partie du patrimoine à la succession.
- . Une troisième condition pourrait être prévue pour cette période : lorsque leur absence pourrait conduire à placer l'héritier dans une situation précaire ou trop éloignée de la situation de fortune du *de cuius*, ces donations faites pendant cette période seraient rapportées.
- En deçà de 5 ans, les libéralités seraient rapportables et dès lors, réductibles si elles portent atteinte à la réserve.

Aussi, une liberté plus grande serait donnée au *de cuius* de disposer de ses biens dans que les donataires aient à craindre que l'on vienne des années plus tard les rechercher. Des donations pourraient ainsi être faites à des associations ou fondations philanthropiques de manière plus sécurisée. Ces règles seraient d'application générale et pas seulement liées à ces donations particulières.

Pour faciliter les transmissions à visée la philanthropique, il pourrait être prévu, même si cela peut sembler à première vue difficile à mettre en œuvre, la possibilité de porter atteinte à la réserve mais seulement dans une certaine limite ou un certain pourcentage (reste à définir lesquels) afin de permettre au *de cuius* de disposer librement d'une partie de ses biens et dans des proportions plus importantes que la quotité disponible, mais uniquement si les libéralités sont faites au bénéfice d'associations ou fondations à objet philanthropiques ou liées à la recherche.

Ces possibilités ne pourraient toutefois pas avoir pour effet de mettre les héritiers réservataires en difficulté et des garde-fous doivent donc être prévus.

Le sujet de la réserve héréditaire est passionnant, à la croisée de plusieurs chemins : droit des successions, droit patrimonial, droit des régimes matrimoniaux, droit international, arsenal juridique dont la mise en œuvre est rendue plus complexe par le fait qu'il s'y mêle une large part d'humanité et toute l'ambivalence que l'on trouve souvent dans les rapports familiaux. Ambivalence qui se retrouve également dans la volonté de chacun de bénéficier d'une plus grande liberté de disposer de son patrimoine mais de la volonté parallèle d'être protégé par les lois, dans une société partagée entre son individualisme et sa volonté d'une plus grande solidarité. Tout cela conduit à un cocktail un peu compliqué à manier mais justifie que la réserve soit maintenue tout en offrant, en l'encadrant, des possibilités d'y porter en partie atteinte dans des cas particuliers et définis par la loi. N'oublions pas qu'il existe déjà des possibilités pour la contourner en pratique et y porter ainsi atteinte, dont certaines doivent être revues comme certains droits accordés au conjoint survivant qui vident la réserve de sa substance. Supprimer la réserve serait à contre-courant de ce que veut notre société et porterait une atteinte significative à la vie des familles. Cela pourrait conduire également des héritiers à se trouver à la charge de la société, ce qui serait non seulement contre-productif mais absurde si le patrimoine familial était de nature à les sécuriser financièrement.

Notre société doit continuer à protéger les familles, toutes les familles, et la réflexion qui doit être menée à cet égard et notamment sur le sujet de la réserve doit prendre la mesure de l'évolution du paysage familial, tant en ce qui concerne la filiation que les différentes formes de conjugalité. Sans que les conséquences attachées au choix de telle ou telle forme d'union ne soient calquées, il serait utile de prévoir une sorte de tronc commun qui laisse à la charge des particuliers le soin, lorsque cela est possible, de préserver leurs proches après leur décès, au lieu de laisser cette charge à la société.

Contribution de Marta Peguera-Poch

Professeur d'histoire du droit
à l'Université de Lorraine

I. Sources de la réserve héréditaire du Code civil

Elle s'est construite à partir d'un double héritage, le droit romain et le droit coutumier.

A. Le droit romain

Le droit romain connaît la succession testamentaire et la succession *ab intestat*. La seconde, comme son nom l'indique (en absence de testament), est supplétive.

Dès avant la Loi des Douze Tables (450 av. J.-C.), le principe est la liberté du testateur pour disposer de ses biens mais également pour choisir ses héritiers. Le testament doit comporter l'institution d'héritier, sous peine de nullité. Si le testateur n'institue pas ses héritiers légaux les plus proches, il doit les exhériter explicitement.

A la fin de la République romaine (I^e siècle av. J.-C.), la famille évolue. Les liens du sang prennent plus d'importance, et la *potestas* du *paterfamilias* diminue. On protège alors les parents les plus proches contre un testament qui les exclut et qui, de ce fait, est considéré comme étant fait par un fou. Cette pratique aboutit aux II^e-III^e siècle après J.-C. à une procédure, la *querela inofficiosi testamenti*. Elle permet aux parents exhérités sans juste cause de demander aux héritiers institués la délivrance d'une partie des biens du *de cuius*. On appelle cela une part légitime au sens de juste.

Par extension, le terme légitime en est venu à signifier, à la fois, le droit de l'enfant à une part des biens dans la succession testamentaire de son père et la part des biens paternels elle-même, la légitime.

Le fondement de l'action est l'affection présumée du père pour ses enfants et parents proches, exigence morale de la piété familiale.

Techniquement la légitime est

- Une dette de la succession au profit du légataire.
- Une part des biens de la succession.
- Bénéficiaire de la légitime les descendants, les ascendants et, si l'héritier institué est une personne infâme, les frères et sœurs.

B. Le droit successoral coutumier

En droit coutumier, la préférence va à la dévolution légale. La nature désigne de manière exclusive les héritiers : les descendants, les collatéraux et en général les ascendants, chacun ayant des droits successoraux différentes. Il n'y a donc pas d'institution d'héritier par voie testamentaire. Il est en revanche possible de choisir un héritier par contrat de mariage parce qu'il s'agit alors d'un arrangement solennel entre les familles, en principe irrévocable, et parce que le caractère indissoluble du mariage le rend stable.

De même que seule la nature choisit les héritiers, on considère que certains biens sont destinés à la famille. Ainsi, le patrimoine est divisé en plusieurs masses de biens selon leur nature (meubles ou immeubles), leur mode d'acquisition (propres ou acquêts) et leur origine sociale (nobles ou roturiers).

Chaque masse a des règles successorales propres, à combiner avec les règles de l'état des personnes (nobles ou roturiers) et, le cas échéant, avec celles qui régissent les conflits de coutumes, compte tenu de la diversité coutumière.

L'assise principale du patrimoine familial est la masse des biens propres, c'est-à-dire, les immeubles reçus des ancêtres. Ils sont destinés à la famille. Pour cette raison, ils sont protégés contre les actes de disposition, qu'ils soient à titre onéreux ou à titre gratuit (testaments et donations entre vifs).

Dans le cadre des testaments, l'institution protectrice des biens propres est la réserve. Si le nom date du XVIII^e siècle, la réalité est bien plus ancienne.

La réserve est un compromis entre deux logiques.

Une logique communautaire, qui donne des droits au lignage sur les biens présents dans la famille depuis au moins une génération.

Une logique favorable à liberté individuelle, apparue avec la redécouverte du droit romain et du testament.

Le compromis se fait en réservant au lignage la majorité des biens propres et en fixant la quotité de biens propres dont on peut disposer par testament au profit d'un tiers (en général un cinquième sauf les coutumes de l'ouest qui prévoient un tiers).

Si au lieu d'un testament, on dispose de ses biens propres par donation entre vifs, en général il n'y a pas de limite. Le principe coutumier donner et retenir ne vaut, qui oblige le donateur à se dessaisir de manière immédiate et irrévocable du bien donné, est considéré une protection suffisante contre des donations irréfléchies ou excessives.

Ainsi, la réserve ne protège qu'un type de biens, les biens propres, et en général contre une certaine manière d'en disposer, le testament.

Ses caractéristiques techniques diffèrent de celles de la légitime

- La réserve est une part de la succession (*pars hereditatis*).
- En principe, elle doit être délivrée en nature.
- Pour en bénéficier il faut être lignager, successible et se porter héritier.
- Les bénéficiaires sont les descendants directs et les collatéraux. Les ascendants ne sont pas réservataires en vertu du principe propres ne remontent.

La logique de la réserve est de ménager les droits de la famille prise dans son ensemble et les droits de l'individu de disposer de ses biens. Elle ne se préoccupe pas des droits individuels à l'intérieur du lignage, c'est-à-dire, de l'équilibre entre les parts échues à chacun. Sur ce point, les coutumes ont trois réponses différentes.

Dans les coutumes préciputaires (minoritaires), le *de cuius* peut donner librement la quotité disponible à qui il veut, y compris à un enfant hors part, qui viendra à la succession du père sans rapporter le don.

Dans les coutumes d'égalité stricte, il y a une égalité rigoureuse entre les enfants. Si un enfant reçoit un don de son père, il a l'obligation de le rapporter à la succession.

Dans les coutumes d'égalité simple ou d'option, le principe est aussi l'égalité entre les enfants. Mais l'enfant gratifié par son père peut, à l'ouverture de la succession, choisir de manière discrétionnaire entre rapporter le don reçu et venir à la succession de son père, ou garder le don et renoncer à la succession.

De manière extrêmement schématique, ces observations rendent compte de l'essence des sources du droit successoral en France avant le XVI^e siècle.

Les deux institutions fondatrices sont chacune le fruit d'un compromis entre deux droits opposés. La légitime procure un équilibre entre droits individuels équivalents mais opposés (liberté de disposition, droit de chaque enfant à une part de la succession du père). La réserve établit un équilibre entre la famille prise dans son ensemble et l'individu.

Ce double héritage s'est rencontré au XVI^e siècle, donnant lieu à une institution hybride et complexe qu'on a encore du mal à cerner aujourd'hui.

II. Facteurs de complexité de la réserve héréditaire

La complexité tient aux transformations subies par la légitime en arrivant en pays de coutumes, et aux deux logiques antagonistes qui traversent cette institution.

A. Caractère hybride de la légitime en pays de coutumes

Au XVI^e siècle, un certain nombre de facteurs tels que l'augmentation considérable de la fortune mobilière et la correspondante diminution des propres, les progrès de l'individualisme au détriment de la logique communautaire, etc., rendent la protection offerte par la réserve peu efficace. Pour ne pas frustrer les lignagers des biens dans la succession, les juristes ont ponctuellement recours à la légitime romaine parce qu'elle permet de protéger la famille contre des dispositions des biens meubles (non protégés par la réserve) et contre les donations des propres.

En outre, elle va au-delà de la réserve, car elle permet de veiller à l'équité dans les partages internes à la fratrie. Dans les coutumes d'option, il est devenu choquant que l'enfant gratifié garde le don reçu lorsque celui-ci dépasse de beaucoup ce que l'enfant aurait eu dans la succession. La légitime permet de corriger cela en mettant des bornes à l'option et en veillant de ce fait à une certaine équité entre les enfants.

Peu importe que les deux techniques, réserve et légitime, répondent à des logiques différentes. Ce qui intéresse est le résultat : protéger les droits de ceux qui ont une vocation successorale.

C'est ainsi que, à la fin du XVI^e siècle, la légitime romaine est introduite comme une auxiliaire de la réserve dans quelques coutumes, dont la coutume de Paris réformée en 1580.

L'article 298 de la nouvelle coutume de Paris dispose que la légitime est la moitié de ce que l'enfant aurait eu dans la succession si le *de cuius* n'avait pas disposé entre vifs ou par testament. La coutume de Paris compte désormais deux quotités : la quotité d'un cinquième des propres (la réserve, art. 292) et la quotité de moitié propre de la légitime, au bénéfice de chaque enfant (art. 298). Le droit d'option de l'enfant gratifié ne disparaît pas, mais il est limité par le droit à la légitime des autres enfants (art. 307 de la nouvelle coutume de Paris : l'enfant gratifié peut garder son don et renoncer à la succession, sous réserve de la légitime des autres enfants).

Le caractère auxiliaire de la légitime par rapport à la réserve entraîne des modifications techniques pendant le XVII^e et le XVIII^e siècle.

- La légitime devient *pars hereditatis*, comme la réserve.
- Elle bénéficie seulement aux enfants légitimes, alors que le droit romain ouvrait le bénéfice de la légitime également aux ascendants et parfois aux frères et sœurs.

C'est un écho de la règle coutumière qui exclut les ascendants de la succession des propres (propres ne remontent). Les bâtards et les ascendants sont en revanche admis au droit aux aliments, car la fonction alimentaire de la légitime n'est qu'accessoire.

- Elle a un caractère subsidiaire.

Les enfants doivent d'abord demander la réserve et, si elle n'est pas suffisante, demander la légitime. Mais, paradoxalement, c'est la légitime qui détermine le caractère suffisant ou insuffisant de la réserve. Elle est à la fois la mesure et le complément de la réserve.

- En principe, elle doit être délivrée en pleine propriété et en nature, comme la réserve.

Il existe des exceptions à ce principe, par exemple, dans le cas des prodigues qui risquent de dilapider les biens. Dans cette hypothèse, la jurisprudence admet que la légitime soit délivrée seulement en usufruit et que la nue-propriété soit donnée aux petits enfants.

Si la légitime se transforme techniquement en réserve, elle agit pourtant sur la réserve.

Les juristes prennent l'habitude de considérer la réserve et la légitime comme deux modalités d'un même principe : établir une part indisponible de biens dans le patrimoine d'une personne, au profit de certains membres de la famille.

La notion d'indisponibilité est clé. Elle est vraie pour la réserve, qui pose l'indisponibilité a priori d'une quotité de propres selon un mode de disposition précis, le testament.

Mais la légitime ne rend pas les biens indisponibles. Elle est un correcteur a posteriori d'un abus ou d'un excès dans l'exercice de la liberté testamentaire.

Cependant, le résultat pratique est semblable, et cela contribue à identifier les deux techniques sous l'étiquette « portion indisponible ».

Ainsi, si la technique de la réserve s'impose (*pars hereditatis*), c'est l'esprit de la légitime qui triomphe (garantir une proportion des droits individuels à l'intérieur de la fratrie).

Apparaît ainsi une catégorie générique, la légitime, qui englobe toute protection successorale et se décline en plusieurs espèces, dont la réserve. C'est un renversement complet de la logique initiale selon laquelle le recours à la légitime romaine a pour but de venir en aide à la réserve coutumière.

L'émergence de la catégorie générique de légitime a simplifié les aspects techniques, mais au prix de rendre plus obscure la nature de la réserve héréditaire : est-elle le principe ou la correction ?

À la veille de la Révolution, cette institution hybride, devenue générique, domine le droit successoral français. Elle est depuis lors traversée par des forces antagonistes, les mêmes qui amènent aujourd'hui à se poser la question de sa réforme.

B. Les forces antagonistes traversant la réserve héréditaire

Sous la Révolution, le droit successoral est totalement bouleversé. La loi du 17 nivôse an II (10 janvier 1794) fait pratiquement disparaître la liberté testamentaire. Ses principales dispositions sont les suivantes :

- Quotité disponible d'un dixième des biens du *de cuius* s'il y a des descendants, un sixième s'il y a seulement des collatéraux.
- Tous les dons reçus des parents sont obligatoirement soumis au rapport.
- Interdiction de donner la quotité disponible à un héritier.

C'est un retour à la logique des coutumes d'égalité stricte les plus rigoureuses. Aucun enfant ne peut être déshérité et l'égalité entre héritiers ne peut être altérée.

Par ailleurs, les révolutionnaires unifient le patrimoine et suppriment la catégorie des propres. Ainsi, la grande majorité des biens revient aux héritiers désignés par la dévolution légale, sans différence selon l'origine des biens ou leur mode d'acquisition.

Le code civil revient à un certain équilibre entre le pouvoir individuel de tester et les droits héréditaires. Il prend comme modèle la légitime telle qu'elle a été transformée en pays de coutumes. Comme dans les coutumes, il y a une quotité disponible des biens, et une masse indisponible. La part indisponible est considérée en bloc, à répartir à égalité entre tous les réservataires.

Comme les coutumes, le code ne parle pas de réserve. Le mot est dû à ses commentateurs. Il manifeste la qualité essentielle qu'avait acquise la légitime en pays de coutumes à la fin du XVIII^e siècle : part indisponible de l'hérédité, réservée aux enfants.

Il existe un contrôle a priori de la liberté, comme c'était le cas pour la réserve. Mais dans le but d'accomplir une obligation morale, fondement de la légitime : préserver l'égalité ou du moins l'équité dans le partage entre enfants.

La réserve est donc une institution complexe, issue de l'équilibre entre deux tendances opposées, elles-mêmes fruit d'autres arrangements.

Comme tout compromis, elle est régulièrement attaquée par une des tendances en présence. Sous la Révolution c'est le testament qui est remis en question. Aujourd'hui, personne n'est favorable à l'abolition du droit de tester ; c'est le droit d'héritier qui est remis en cause.

Aux dires de ses détracteurs, la réserve serait une « entrave à la liberté », une « difficulté pour le mécénat et la philanthropie », une difficulté « dans les successions transfrontières »... inadaptée à une époque où on préférerait « une solidarité élective à la place d'une solidarité imposée ».

Ce que peut dire l'historien du droit sur ce point est qu'aucune de ces questions n'est inédite. Certes, il y a eu des changements, mais les questions qui se posent aujourd'hui se sont déjà posées par le passé. La liberté de la volonté individuelle existait à Rome, et a fini par faire émerger la légitime, comme un correctif à l'excès. Pour des causes différentes d'aujourd'hui, les familles recomposées sont nombreuses sous l'ancien droit et la question de l'égalité entre les enfants des différents lits est récurrente en matière de successions. Le Parlement de Paris appliquait en permanence des règles de conflit de coutumes, dont les dispositions étaient diverses et certaines ignoraient la légitime.

La logique de la protection des droits individuels s'est introduite dans la réserve dès le XVI^e siècle, par la juxtaposition de la logique collective (certains biens destinés à la famille) et la logique égalitaire (chaque enfant ayant droit à un minimum de biens dans la succession de son père, si celle-ci a un actif net).

La réserve héréditaire s'est adaptée techniquement aux nécessités des différentes époques. Sa complexité est aussi peut-être sa force, celle de ne pas céder totalement à une des deux tendances antagonistes qui la tiraillent : la liberté totale sans égard pour les droits de la famille, les droits collectifs et individuels de chaque membre de la famille sans égard pour la liberté de disposition.

Contribution d'Hélène Peisse

Notaire à Paris

Sur le plan juridique, la réserve héréditaire française n'est pas une notion extraordinaire ni singulière dans un contexte international : un dispositif quasi-équivalent existe de fait dans une majorité de pays et sa portée en France doit être relativisée (1^{ère} partie). Dans la pratique, la fiscalité est un facteur beaucoup plus important que la RH dans l'organisation et la planification des transmissions, que ce soit au sein de la famille ou à titre philanthropique. Plus de liberté testamentaire ne conduirait pas nécessairement à un développement de la philanthropie, en tous les cas en l'absence de modification de la fiscalité. Néanmoins, certains aménagements apparaissent souhaitables pour dynamiser les transmissions et la circulation du patrimoine (2^e partie). Enfin, je rappellerai que la RH participe aujourd'hui à l'équilibre du système successoral français (3^e partie).

I. La réserve héréditaire française n'est pas une notion extraordinaire ni singulière dans un contexte international : un dispositif quasi-équivalent existe de fait dans une majorité de pays (A), et sa portée en France doit être relativisée (B)

A. L'équivalent d'une RH existe dans les pays anglo-saxons. Elle est définie et appliquée in concreto

En Angleterre, il existe des limites à la liberté testamentaire au profit de la famille proche.

- Le Family Provision Act 1975 vient encadrer la liberté testamentaire.
- Il n'y a pas de réserve héréditaire mais il existe la possibilité pour certains proches évincés par le testament ou par les règles ab intestat d'introduire une action en justice qualifiée d'action familiale (family provision).
- La loi donne au juge un pouvoir discrétionnaire lui permettant de prendre des mesures raisonnables lorsque l'application du testament laissé par le défunt, ou l'application des règles de la succession ab intestat, produisent des effets particulièrement injustes.
- La liberté du testateur comporte en fait une « responsabilité » implicite : la responsabilité de recourir au testament dans un sens qui est favorable à la protection de la famille.
- Parmi les proches qui peuvent recourir à cette action familiale figure le conjoint survivant. Le juge tiendra compte de son âge, de la durée du mariage et de la contribution du demandeur au bien-être de la famille, y compris de la contribution consistant à prendre en charge le foyer et les enfants.
- Les mesures que le juge peut prendre sont assez similaires à celles disponibles en cas de divorce : versement d'une rente ou d'un capital, transfert d'un bien au profit du conjoint, acquisition d'un bien déterminé avec des deniers prélevés sur la succession, etc.
- À la différence des autres demandeurs qui ne peuvent obtenir qu'une « créance raisonnable » (just share) contre la succession, l'époux peut réclamer « le montant auquel il aurait eu droit au vu des circonstances, que cette somme soit nécessaire ou pas à assurer son entretien ». La loi précise notamment que le juge doit considérer la somme qui aurait été versée au conjoint si l'union s'était dissoute par un divorce. Dans les deux cas, le législateur veille à protéger l'époux vulnérable.

Aux États-Unis :

- Le recours aux trusts (révocables ou irrévocables) est très fréquent pour « sécuriser » du son vivant une partie du patrimoine au bénéfice du CS et des enfants.
- En l'absence de trust, le pouvoir discrétionnaire du juge dans les procédures de règlement de la succession (probate) est considérable et basé sur une approche en équité.
- La planification successorale s'appréhende quasi-exclusivement par la volonté ou la liberté testamentaire et la fiscalité intervient peu car il existe un abattement de 5 millions de dollars (par succession) et la succession se règle essentiellement au décès du CS (abattement de 10 millions de dollars).
- Dans certains États, en l'absence de contrat de mariage, au décès du conjoint, le survivant peut prélever certaines allocations statutaires (statutory allowances) qui en principe sont à l'abri des créanciers du défunt. Ces indemnités sont spécifiques à chaque l'État. A titre d'exemple, dans certains États, l'époux survivant a droit à une part de la succession (homestead allowance), une allocation familiale durant l'administration de la succession (family allowance), et certains biens meubles et appareils électroménagers (exempt properties). En sus de toutes les indemnités statutaires, chaque État a ses propres règles relatives aux successions ab intestat, comme celles qui permettent au conjoint survivant d'opter pour une part statutaire de la succession du conjoint décédé.

B. La portée de la RH en France doit être relativisée.

- Dans un contexte international, s'agissant des **étrangers vivant en France**, la RH peut être évitée par un choix de loi applicable (Règlement Européen) permettant de choisir une des lois nationales du défunt.
 - De plus, une loi étrangère qui ignore la réserve n'est pas par principe contraire à ordre public international français. Il appartient au juge de vérifier si l'application de la loi étrangère aboutit in concreto à une solution qui contrevient aux valeurs fondamentales de l'ordre international pour le juge français (arrêt « Jarre »).
- S'agissant de **situations familiales complexes** (familles recomposées) en France, la portée de la RH peut être fortement diminuée voire annulée :
 - L'exercice par un CS jeune de son option pour la totalité en usufruit atténuée considérablement la portée de la réserve.
 - D'autant plus quand le CS n'est pas le parent des enfants ou qu'il est plus jeune que les enfants du défunt (cf. J. Halliday) : quelle est la valeur de la RH pour les enfants du défunt ?
 - A noter qu'avec l'allongement de la durée de vie, les enfants héritent de plus en plus tard (à leur retraite), atténuant le fondement de la réserve.
 - Enfin, la portée de la RH peut être limitée par l'utilisation de mécanismes propres au droit français (assurance-vie, comptes joint, vente viagère, don manuel).
- S'agissant de **successions inégalitaires** :
 - La RH est légale, mais la réduction n'est pas automatique, c'est aux héritiers réservataires de demander son application.
 - Un partage inégal est toujours possible avec l'accord de l'ensemble des héritiers réservataires.
 - Ma pratique des successions américaines m'indique que les héritiers respectent la volonté du défunt. En général, les parents traitent également les enfants. Il existe des « no contest clauses » qui dissuadent les enfants d'agir en justice. Le juge peut prendre en considération les raisons pour lesquelles le parent a souhaité une disparité.

Je souhaitais montrer dans cette première partie que la réserve héréditaire française n'est pas une notion extraordinaire ni singulière dans un contexte international : un dispositif quasi-équivalent existe de fait dans une majorité de pays, et sa portée en France doit être relativisée.

Je souhaiterais maintenant montrer que :

II. Malgré les évolutions récentes, la fiscalité reste un facteur beaucoup plus important que la RH dans l'organisation et la planification des transmissions et dans l'incitation à donner

A. Évolution récente et observations pratiques

- Les opportunités récentes sont-elles utilisées en pratique ?

- Libéralités graduelles, résiduelles et trans-générationnelles : Oui, mais dans un but fiscal et pour les patrimoines importants quasi-exclusivement.
- RAAR : Non, du fait du formalisme beaucoup trop rigide.

- La société exprime-t-elle une **demande pour une plus grande liberté de disposer** ?

- En règle générale non : l'anticipation et la fiscalité dominent les préoccupations des gens ; les questions relatives à la liberté de disposer concernent surtout les personnes sans héritiers.
- Dans tous les cas, la recherche d'une plus grande liberté de disposer ne s'inscrit pas dans un souci de philanthropie mais au sein de la famille ou pour des proches.
- À titre de comparaison, dans les pays anglo-saxons, la liberté de disposer est essentiellement exercée au sein de la famille ou pour des proches. La philanthropie y concerne des legs particuliers ou trusts représentant uniquement une fraction du patrimoine.
- En France, on souhaite surtout garantir au CS le même niveau de vie. On le fait par le biais de l'usufruit surtout pour une raison fiscale pour transmettre en deux étapes (pour preuve, on dispense de fournir caution). La philanthropie n'existe que lorsqu'il n'y a pas d'enfants/ de famille proche ou pour des très grands patrimoines.
- Les Français même vivant à l'étranger sont attachés aux règles françaises et « attendent » leur part de la succession.
- Au niveau des transmissions d'entreprise, il n'y pas de souhait de favoriser l'enfant repreneur (il sera dirigeant et les autres seront actionnaires). En revanche, je constate à travers l'accompagnement de famille de PME que la philanthropie est un souhait exprimé par les familles entrepreneuriales, à travers l'entreprise familiale. La jeune génération souhaite que l'entreprise familiale s'engage dans des actions type RSE, investisse dans des projets pour un environnement durable responsable / écologie / etc. avant d'accepter de la rejoindre. Il y a un sentiment de devoir rendre quelque chose à la société lorsque l'on hérite d'un patrimoine professionnel qui ne se ressent pas lorsqu'il s'agit du patrimoine privé. Au niveau de la société que l'on leur transmet. Pas du patrimoine familial. Ils veulent donner un sens à l'action de l'entreprise ou de leur famille.

B. Importance de la fiscalité et propositions pour dynamiser les transmissions et la circulation du patrimoine.

- C'est la fiscalité qui dicte la philanthropie et non pas la RH.

- En **régime anglo-saxons**, c'est la succession qui est taxée et non pas chaque héritier en tenant compte de son lien de parenté.
 - En transmettant au CS, il est possible de reporter l'abattement du premier parent décédé au deuxième décès : le conjoint ne paie pas de droit mais cela ne se fait pas au détriment de la fiscalité puisqu'au décès du 2ème parent, les enfants bénéficient des deux abattements de leurs auteurs.
 - Ne connaissant pas la notion d'usufruit et même si la notion de « life interest » existe, elle n'a pas d'intérêt fiscal puisque la taxation de pleine propriété est reportée au deuxième décès.
- **En France**, il est déjà possible de donner dans un but philanthropique
 - À concurrence de la quotité disponible.
 - Certains mécanismes civils existent : associations qui sont légataire universel avec charge

de délivrer un legs particulier, ce qui permet de baisser les droits (là encore, la fiscalité prime sur – voire brime – la liberté de disposer).

- Pour les transmissions d'entreprise, les questions de gouvernance priment celles de la RH. C'est au niveau du mécénat d'entreprise qu'il faut agir et non pas de la philanthropie individuelle.

- Propositions pour dynamiser les transmissions et la circulation du patrimoine.
 - Alléger la RAAR : permettre aux enfants de participer à l'acte (philanthropique ou autre) des parents en renonçant à l'action en réduction.
 - Favoriser les transmissions en pleine propriété de son vivant.
 - Diminuer les droits de mutation, remettre la réduction d'impôt de 50% pour les donations en pleine propriété.
 - Si les parents donnent en pleine propriété de leur vivant, les laisser libre de disposer à titre philanthropique à leur décès.
 - Si on devait augmenter la QD, que ce soit au bénéfice d'organisme d'utilité public dans un but de politique sociale (et non pas au profit d'un tiers ce qui n'aurait comme conséquence que de fragiliser la solidarité familiale).
 - Encourager les donations lorsque les enfants s'établissent (acquisition immobilière, financement d'entreprise).

Pour conclure sur ce point, dans la pratique notariale, je constate que la fiscalité reste un facteur beaucoup plus important que la RH dans l'organisation et la planification des transmissions et dans l'incitation à donner.

Je finirai en replaçant la réserve dans notre système juridique et l'équilibre à trouver entre le rôle de l'état, philanthropie et réserve héréditaire.

III. La RH participe aujourd'hui à l'équilibre du système successoral français.

A. Le système civiliste français est basé sur la prévisibilité : la société n'est pas prête à accepter l'imprévisibilité et le coût juridique accompagnant la liberté anglo-saxonne.

- Entre recevoir une réserve en nue-propriété ou avoir la possibilité qu'un juge rétablisse l'égalité, il n'est pas évident que le système français soit plus protecteur qu'un régime anglo-saxon.
- La grande différence est que le système français est basé sur la prévisibilité de la loi, dont découle un contentieux moindre – et moins onéreux.
- Dans une perspective de désengorger les tribunaux, il faut rappeler le rôle du juge dans les systèmes anglo-saxons.
- Ce qui ressort de mes expériences à l'étranger, c'est le manque de prévisibilité des conséquences des actes (contrat de mariage, planification successorale) pour les personnes et les praticiens. Le juge, qui peut être non professionnel et élu, a un rôle très important. Ses jugements dépendent de sa politique, il veut être réélu, il ne cherche pas à appliquer simplement une loi. Le contentieux est important et coûte extrêmement cher.
- Il est important de rappeler que dans notre système le juge est garant de l'exécution de la loi. Il ne vient pas contrôler en équité les excès de chacun.
- Dans l'arrêt « Jarre » du 27 septembre 2017, la Cour de cassation ouvre la porte pour une appréciation in concreto par le juge. Cela ne semble pas être une solution aisément compatible avec notre système. Il n'y a pas d'erreur à conclure, si la RH n'est pas d'OPI, qu'une loi étrangère qui la méconnaît, peut s'appliquer telle qu'elle en France. Introduire une appréciation in concreto nuit à notre système où le notaire et le juge appliquent la loi sans recherche d'équité.

- Le système français constitue un équilibre entre la succession légale et la succession testamentaire. Il reflète les valeurs fondamentales du for.

B. Rôle de l'état, philanthropie et réserve héréditaire : un équilibre à trouver.

- L'État en France est le premier réservataire, héritier privilégié du fait de la fiscalité.

- Cela n'est pas une critique, c'est une conséquence d'un rôle de l'État plus important en France, qui assure plus de missions qu'il faut financer.
- Aux États-Unis, la philanthropie a cette importance car la fiscalité le permet et les fondations assument une partie du rôle de l'État. C'est possible quand la succession bénéficie d'un abattement de 10 millions de dollars. De plus, les trusts sont souvent constitués dans un but de financer l'enseignement supérieur des enfants (legs à des universités).
- Si l'État prélevait moins, peut-être les gens donneraient plus :
 - En PP de leur vivant à leurs enfants ;
 - À leur décès ou de leur vivant à des associations.

- La fiscalité actuelle incite à donner graduellement (NP) en optimisant les dispositifs et abattements

- En cela, elle constitue un frein à la circulation du patrimoine (on hérite en PP au décès des parents autour de 60 ans).
- Supprimer la RH ne permettrait pas de dynamiser les successions sans une réforme simultanée de la fiscalité.
- La philanthropie bénéficie d'un résiduel du patrimoine : on n'imagine pas les gens donner à une association avant de pouvoir donner à leurs enfants et payer les droits.
- C'est au niveau de l'entreprise que la philanthropie est le plus demandée et exercée/mécénat d'entreprise. Si le but de la réflexion de la commission est d'augmenter la philanthropie, je pense que c'est plus à ce niveau qu'il faut faire des propositions plutôt que de toucher à la RH.

Contribution de Nicole Prieur

Philosophe et psychothérapeute

C'est à partir de mon expérience de thérapeute familial et de thérapeute d'enfants, éclairée par ma formation de base en philosophie, que je me suis intéressée très tôt à cette question. Et c'est au sein du CECCOF, centre de formation à la systémie, à la thérapie familiale et de couple, que, sensibilisés par les multiples évolutions de nos sociétés, nous menons depuis plusieurs années des travaux sur ce thème.

Les héritages et les processus de transmission sont un véritable carrefour qui met en jeu tout à la fois les dimensions culturelles, politiques, économiques, juridiques et bien entendu familiales et psychiques, et cette complexité place chaque sujet en tension entre ces différentes dimensions, dimensions dans lesquelles il est impliqué et qui en même temps le constituent.

C'est à propos des domaines psychique et familial que je vais partager avec vous 3 points essentiels ressortant de nos réflexions.

-La spécificité de la place et la fonction de l'argent dans les couples et les familles.

Le vécu d'un héritage est intimement lié au rapport que chaque membre de la famille a eu avec l'argent qui a circulé dans sa famille tout au long de son histoire. La spécificité de la fonction de l'argent en famille sert de creuset aux enjeux qui se manifestent au moment du décès du parent.

- Les enjeux psychologiques de l'héritage du côté des parents, de l'héritier, de la fratrie

- Incidence des nombreuses évolutions sociétales sur le vécu des héritages :

- Prolongation de l'espérance de vie, une génération pivot entre plusieurs solidarités familiales
- Transformation de la représentation de l'héritage
- Évolution des structures familiales, notamment recomposée.

Tout au long de ces réflexions, nous mesurerons les enjeux identitaires, émotionnels et relationnels impliqués dans ces différents points.

I. La spécificité de la place et la fonction de l'argent dans les couples et les familles

En famille, l'argent ce n'est pas que de la monnaie. Lorsque l'argent circule dans une famille, il a une valeur extra-économique, symbolique, fantasmatique bien plus importante que sa seule valeur économique.

Tout en demeurant tabou, il n'en n'est pas moins un facteur organisateur des liens. Selon la manière dont il est gagné, reçu, hérité, acquis, distribué, retenu, il structure les relations, participe à la construction identitaire d'un sujet, il distribue des places et des fonctions. Il engendre des émotions fortes et finalement entretient une certaine forme de frustration et d'insatisfaction, ne pas en avoir angoisse, en avoir n'est jamais suffisant et n'apaise pas les inquiétudes. Dans un couple, l'inégalité fréquente de revenus peut engendrer culpabilité, mauvaise image de soi, un vécu de dépendance douloureux.

Ainsi quand les liens d'argent s'articulent aux liens de sang et de cœur, les enjeux financiers se chargent inévitablement d'enjeux subjectifs puissants.

Il n'a pas tout à fait les mêmes fonctions selon les différents cycles de la vie familiale.

Sans doute est-ce au moment des héritages, qu'ils soient conséquents ou minimes, que sa charge symbolique et fantasmagique est la plus importante et que cette double valence suscitera confusions et malentendus.

L'argent en famille, c'est un fait de langage, il véhicule des messages non exprimés en tant que tels, des attentes, des désirs, des volontés de pouvoir, de contrôle....

A travers l'argent qui circule, on attend de l'autre une attestation de ce que l'on représente pour lui, une confirmation que l'on a de la valeur pour lui. La charge affective est lourde, dans une forme de confusion où recevoir de l'argent, c'est recevoir de l'amour, et de la reconnaissance.

C'est un marqueur de différences. Il est le support d'angoisses existentielles et exprime un certain rapport à la vie, au manque, au temps. Certains veulent prévoir, anticiper, et auront tendance à épargner d'avantage que ceux qui préfèrent profiter du moment présent. Certains s'angoissent s'ils n'organisent pas l'avenir, d'autres au contraire ne peuvent le penser ! Le moment des héritages qui active encore davantage ces angoisses face à la mort renforcera ces différences de rapport à l'argent, notamment dans un couple

La circulation de l'argent s'inscrit dans le vaste mouvement des dons, dettes et loyautés, il y participe.

Dès sa naissance l'enfant reçoit une infinité de choses, bonnes et mauvaises, dons de la vie déjà, puis transmissions matérielles et immatérielles.

Ces dons créent des dettes, qui à leur tour créent des loyautés, c'est à dire des dettes symboliques bien plus difficiles à honorer que de strictes dettes financières.

Selon l'anthropologue Marcel Mauss, le don est au service du lien, selon trois séquences : donner, recevoir, rendre. Or, dans une famille cette circulation est spécifique.

Les parents ne cessent de donner à leurs enfants, depuis la naissance de leurs enfants jusqu'au-delà de leur propre mort. Ils donnent sans compter à des enfants qui ne cessent de compter ce qu'ils n'ont pas !

Ces mouvements massifs de dons descendants vers les générations nouvelles instituent une asymétrie, unique en son genre et exclusive à la relation parents/enfants. Car ce que les parents reçoivent en retour ne fait pas le poids par rapport à tout ce qu'ils donnent.

Nous sommes, dans le système familial, dans une véritable disproportion de moyens. Dons et dettes ne pourront jamais s'équilibrer. Ce que reçoit un enfant est tellement incommensurable qu'il ne pourra jamais - quoiqu'il fasse -s'acquitter de sa dette. Le don est tellement profusion qu'il est sans commune mesure avec ce qui pourrait être « rendu ». On restera toujours peu ou prou débiteur, à l'égard des générations passées.

Au cœur de cette asymétrie, on comprend que le sentiment de justice soit difficile à établir.

L'asymétrie des dons engendre un déséquilibre irréductible, ainsi, en famille, quoiqu'on fasse, nous ne serons jamais quittes. Dans ce lien, nul ne pourra « ramener » les compteurs à zéro. C'est la spécificité absolue du lien parent-enfant. C'est une des lois humaines qui inscrit l'individu inéluctablement dans une relation d'obligations envers les ascendants. Cela est source de souffrance, déceptions, frustration, insatisfaction, aussi bien chez les parents qui pourraient attendre un « juste » retour, au moins sous forme de gratitude, de loyauté ; que chez les enfants qui peuvent chercher toute leur vie à éponger une dette irréductible, ils s'y perdent. Lorsqu'on n'accepte pas cette position de redevabilité alors des loyautés invisibles, inconscientes peuvent se mettre en place et le sujet se soumet à des missions et mandats transgénérationnels.

Donner à son tour institue la dimension éthique. C'est en donnant à son tour, notamment aux générations suivantes que l'équilibre s'institue, qu'un sentiment d'équité peut se faire sentir et l'éthique s'introduire. Dans ce système spécifique, ne pas avoir la possibilité de « rendre » à la hauteur de ce que l'on a reçu, s'équilibre par le fait de donner à d'autres, c'est ainsi que peut s'inscrire un sentiment de justice. Donner à

son tour engendre du temps et de l'avenir et entretient le cycle de la vie. On peut considérer que l'héritage s'inscrit dans cette représentation du cycle des loyautés.

L'argent en famille n'est pas évaluable....

Dans ce vaste réseau d'échanges, certains donnent du temps, et espèrent recevoir de l'affection ; d'autres donnent de l'argent, et aimeraient recevoir de la reconnaissance ; quelques-uns donnent de leur personne, et voudraient compter sur la fidélité. Ce qui s'échange n'est pas comparable et pourtant on ne cesse de comparer. On ne peut rien quantifier, ni chiffrer, ni mesurer. Personne dans une famille n'a la même base de calcul, la même unité de valeur. Il n'y a aucune équivalence possible. Ce qui circule demeure non mesurable. Il s'agit d'affectif, de symbolique, de regards, d'attention, des données impalpables.

....Ni la plupart des dons qui demeurent difficilement objectivables

En fait nul ne mesure vraiment ce qu'il donne, ni ce qu'il reçoit. La subjectivité règne et quelquefois l'irrationnel.

Les comptes familiaux sont donc autant inéluctables qu'infaisables ! Ce qui constitue le creuset de sentiments d'injustice profondément ancrés, qui risquent de ressortir au moment des héritages

L'existence d'une calcullette inconsciente

Depuis le plus jeune âge, existe dans la tête des enfants une calcullette inconsciente. Elle enregistre les manques, les loupés, les absences parentales. Or psychiquement, le poids du négatif est bien plus lourd que celui de ce qui a été effectivement reçu. En effet, la souffrance vient de ce qui n'est pas advenu. Et tant qu'on n'élabore pas ces mécomptes, ils s'emmagasinent dans la calcullette inconsciente et risquent de l'immobiliser un jour sur le mode « règlements de comptes. » notamment au moment des successions. Inévitablement, au moment de l'héritage, il y a un brusque retour de tous ces mécomptes enregistrés, et les sentiments d'injustice du passé resurgissent avec une acuité émotionnelle très vive, s'ils n'ont pas été élaborés entre temps.

Il s'inscrit dans l'histoire familiale et participe largement aux relations intergénérationnelles

On pourrait dire que chaque génération hérite symboliquement des héritages précédents. Les sentiments de dettes, de dûs se transmettent inconsciemment. Lorsque dans l'histoire familiale, quelqu'un s'est senti lésé, a été défavorisé, que des fratreries se sont fâchées et ont rompu les liens, cela peut représenter un véritable trauma qui circulera entre les générations nourrissant l'inconscient familial.

Ce qui est transmis alors aux nouvelles générations, plus ou moins explicitement, « officiellement » ce sont des mandats et missions transgénérationnelles, autour de demande de réparation, voire de vengeance ; chacun, justement par loyauté au parent fragilisé, blessé va reprendre à son compte un combat qui ne lui appartient pas.

Comme si chaque génération devait être chargée de « faire justice » et de rétablir une équité dans une histoire où elle a fait défaut.

On comprend alors que tous ces imbroglios ne permettent pas un abord paisible des successions. Au deuil lié à la perte d'un parent, viennent se surajouter tous ces enjeux.

Le poids du tabou de l'argent en famille

Toutes ces transmissions inconscientes se glissent et germent dans le fait que l'argent, malgré son incidence puissante sur les relations familiales, reste tabou. Entre autres, on a constaté que l'on critique peu sa famille d'origine sur sa gestion de l'argent. Il arrive fréquemment que l'on reproduise sans s'en rendre compte le même rapport à l'argent que ses parents, soit en s'y conformant soit en s'y opposant.

Ainsi les héritiers abordent ce moment de l'histoire familiale, chargés, encombrés par ces mécomptes, ces attentes déçues, ces sentiments d'injustice, un inconscient familial chargé de missions souvent impossibles.

Et la double valence de l'argent, économique et extra-économique, crée, et entretient des attentes illusoires, des fausses croyances fortement ancrées et inconscientes, comme si les biens hérités devaient venir compenser, réparer ce que l'on n'a pas reçu sur le plan identitaire, affectif, reconnaissance. Dans ce dramatique mélange des genres, on attend que le niveau économique de l'argent

vienne apaiser les souffrances d'un autre ordre, équilibrer un système de dons et de dettes résolument asymétriques, éponger les dettes et les dus des générations précédentes.

Pour aborder le plus sereinement possible un héritage, il faudrait plutôt que d'être dans une logique de règlements de comptes, s'être préparé tout au long de sa vie à « solder les comptes », c'est-à-dire accepter que ce qui n'est pas advenu n'advient pas, admettre finalement l'imperfection de la famille, se libérer des loyautés inconscientes et du poids de combats qui ne nous appartiennent pas. Chemin libérateur mais ardu et peu fréquenté !

II. Les enjeux psychologiques et relationnels de l'héritage

Quelles sont les incidences d'un héritage sur la constitution d'une identité ?

Valeur économique et valeur symbolique des biens hérités.

Les processus psychologiques mis en œuvre par un héritage procèdent davantage de la valeur symbolique du bien reçu que de sa valeur économique. Un bien investi affectivement par le parent défunt, qui aura représenté quelque chose d'important pour lui sera plus chargé symboliquement qu'un autre.

L'héritage renforce le sentiment de filiation. Constitué de biens immatériels et de biens matériels il participe à l'héritage culturel d'une famille, à l'élaboration de la conscience morale, citoyenne et politique d'un sujet, construit en partie son rapport au monde, et aux autres. Recevoir de sa famille permet peut-être de moins attendre de la société, de moins considérer que celle-ci est en dette au regard des manques qui font souffrir. Car on peut avoir tendance à reporter sur le monde extérieur, la société un sentiment de dette, de dû quand on estime ne pas avoir suffisamment reçu de sa famille.

L'héritage, qui renforce les inégalités sociales, peut cependant construire un rapport au monde, à la société plus apaisé, à partir du moment où il est vécu comme juste et équitable.

L'héritage structure le sentiment d'appartenance, inscrivant le sujet dans une généalogie, dans une histoire familiale, Il permet de partager le récit des origines. Les biens hérités, aussi minimes soient-ils, matérialisent ce lien à l'origine. Il renforce la cohésion interne de la famille, traçant les frontières du « nous » et des autres.

L'héritage est un marqueur de durée, il place le sujet dans un temps qui le dépasse, un temps qui a existé avant lui, et un temps qui existera après, il place l'individu dans un continuum. Ces 3 éléments participent à un sentiment de sécurité, sécurité intérieure d'un sujet.

A. Du côté des parents, quels mouvements psychiques la perspective d'un héritage entraîne-t-elle ?

Pour un parent, laisser une trace peut atténuer les angoisses existentielles, Se représenter la vie après soi apaise.

L'objet transmis préserve fantasmatiquement un lien, voire une fonction parentale.

C'est une manière de ne pas tout à fait mourir, de continuer à vivre à travers les objets. Cette trace de soi laissée donne l'impression de continuer à veiller sur son enfant, le protéger post-mortem. L'héritage, vécu comme un don suprême - on donne la vie, on donne après la mort - maintiendrait la fonction parentale du « care ». Grâce à l'héritage, on peut avoir le sentiment de ne pas perdre tout à fait sa place de parent, sa responsabilité.

L'héritage atténue la perte

Le fruit de son travail, l'argent et le patrimoine acquis par son travail ne se perd pas grâce à cette transmission. Ce que l'on a construit perdure. Imaginer que tout ce que l'on a construit dans sa vie, qui concrétise une forme d'aboutissement, d'accomplissement de soi se perde, n'aille pas à sa descendance peut engendrer des angoisses de morcellement, d'anéantissement, d'inutilité.

Il donne du sens à la vie

Vouloir laisser quelque chose à ses enfants, cela oriente quelquefois toute une vie, crée un but, donne du sens à l'existence.

B. Du côté de l'héritier

Hériter à la mort de ses parents n'est pas un acte facile psychiquement, cela suppose l'acceptation de la mort des parents, la fin d'une époque familiale, la perte aussi de sa propre enfance.

On accède à une autre place dans l'enchaînement des générations, cela appelle un certain nombre de réaménagements internes, et identitaires, avec un sentiment de perdre un soubassement existentiel et de se retrouver à une place plus chargée de responsabilités. Une relecture de l'histoire familiale s'élabore plus ou moins consciemment.

Le deuil ne renvoie pas seulement à une perte affective, il y aura aussi un travail psychique à faire, s'il n'a pas été fait auparavant. La mort des parents ne libère pas des mauvaises relations qu'on a pu avoir avec eux de leur vivant, et les biens reçus ne compenseront pas les blessures identitaires. Il y a un deuil « psychique » à faire, qui permet de « grandir » : accepter que ce que l'on n'a pas reçu de ses parents, désormais on ne pourra plus le recevoir, de manière à ne pas l'attendre d'autres personnes, enfants, amis, amoureux, société...

L'héritage reçu peut avoir une fonction de réparation.

L'héritage, pour bienvenu qu'il puisse être, n'est pas un bien providentiel

Cela demande un véritable travail de réception, d'appropriation des biens, quelle que soit leur valeur.

Il peut y avoir une certaine jouissance matérielle mais toujours plus ou moins empreinte d'un sentiment de dette par rapport à ce don et de tristesse par rapport à la perte d'un parent.

C. Du côté de la fratrie, cela constitue une zone de turbulence

Les biens hérités sont le support de multiples fantasmes, projections, interprétations.

L'argent retrouve sa dimension de « fait de langage ». Les enfants ressentent l'héritage comme un ultime message envoyé post mortem à chacun d'entre eux. Les héritiers ont tendance à attribuer une valeur symbolique à ce qui est reçu, parce que l'objet hérité représente le défunt, porte sa trace. Aucun objet légué n'est neutre, ils portent tous l'empreinte du défunt.

L'héritage aussi égalitaire soit-il semble désigner à chaque enfant, au-delà de la mort des parents, la place qu'il a ou avait dans la famille. Il peut être ressenti par certains comme la confirmation explicite et définitive, radicale et insoutenable que « Décidément les parents ne m'ont jamais compris, reconnu, aimé peut-être ». Selon l'interprétation que l'on en fait, il semble objectiver les préférences d'antan. Mais, bien entendu, il ne s'agit que d'un conte que l'on se raconte, les parents pensaient-ils à tout cela quand ils ont organisé la succession, ont-ils voulu lui donner le sens que leurs enfants lui attribuent ? Plus on supposera qu'il y a un message « caché », plus on connotera symboliquement les biens, plus on risque de s'enfermer dans une logique de guerres de succession !

Si les héritages sont un moment propice aux règlements de comptes, ce n'est pas un hasard. La mort des parents fait remonter bien des choses de l'enfance.

Il y a un véritable retour du refoulé. Tous les mécomptes resurgissent, longtemps tapis dans la mémoire dormante, la calcullette inconsciente se remet fébrilement en marche. Bien des choses reviennent en surface : la jalousie, les rivalités, les haines, les sentiments d'injustice, de manque de reconnaissance, toutes les frustrations de l'enfance resurgissent, le cadeau d'anniversaire de ses 6 ans qui était bien plus modeste que celui du frère ou de la sœur, le sentiment de ne pas avoir été suffisamment aidé, soutenu, reconnu... avec une acuité émotionnelle très forte, comme si l'injustice venait de se produire.

L'inconscient prend le pas sur le rationnel.

En bref, tout ce qui a été plus ou moins bien refoulé fait retour. Les pulsions mal refoulées voient dans l'héritage une excellente occasion pour évincer l'autre, l'éliminer ou réduire sa part à une portion congrue.

L'héritage constitue une aubaine extraordinaire pour l'inconscient, il favorise le retour des processus primaires, processus qui avaient été plus ou moins bien contenus du vivant des parents.

À ceci s'ajoutent les insatisfactions d'adulte, les frustrations de la vie affective, les échecs amoureux, les difficultés dans sa fonction de parents, et peut-être la pression du compagnon ou de la compagne...

Tout se passe comme si l'absence des parents faisait exploser le « surmoi fraternel » insuffisamment intégré. Il n'y a plus de contenant psychique aux débordements pulsionnels dans la fratrie, rien ne fait obstacle à l'agressivité des uns et des autres. Le face-à-face fraternel peut alors avoir lieu dans toute sa cruauté. La loi du respect mutuel s'évapore sous la pression d'autres lois, celle du profit, de la revanche. Les visages se dévoilent, les masques tombent en même temps que le contrôle sur soi. « Je ne connaissais pas mon frère sous ce jour sordide. » « Ma sœur révèle tous les mauvais côtés de son âme... » La haine peut s'y déployer ouvertement et l'héritage est alors le lieu où le fantasme fratricide retrouve une vigueur inégalée. On peut être tenté de présenter aux frère et sœur, la facture de ce que l'on estime ne pas avoir eu, reçu du vivant des parents. Mais la fratrie ne peut honorer ni solder les dettes antérieures !

Le décès des parents libère les enfants de certaines obligations familiales. En dehors de toute dimension financière, et même au-delà d'un sentiment d'injustice ; la question se pose à chacun de savoir quelle place accorder désormais au fraternel. « Je n'ai plus rien à voir avec mes frères et mes sœurs, on vit dans des planètes différentes. On se réunissait encore chez ma mère à certaines occasions, mais maintenant rien ne m'oblige à les voir. »

La mort des parents interroge l'appartenance : ai-je envie de préserver cette appartenance ? La fratrie, c'est ce qui après la mort des parents relie à l'histoire familiale, à l'origine. Si on a besoin de tourner la page du passé, d'une histoire familiale lourde et encombrante, cela risque de passer par un éloignement ou une rupture plus ou moins radicale et temporaire avec les frères et sœurs, indépendamment là aussi de tout problème d'argent.

Le décès des parents place chaque enfant devant des choix de vie importants. L'héritage ne fait pas seulement resurgir le passé, il projette chacun dans le futur. Des choix de vie s'affirment, des valeurs s'opposent. Quand, par rapport à un bien, l'un veut le garder parce que ce serait une déchirure de le vendre et l'autre a besoin de l'argent pour se lancer enfin dans un projet qui lui tient à cœur, que faire ? Il ne s'agit pas seulement d'intérêt financier, mais de conflits de valeurs. Pour certains, l'héritage devrait être avant tout facteur de continuité d'une lignée. Pour d'autres encore, l'héritage sert surtout à aider les nouvelles générations, ce qui suppose se défaire de certains biens. Ces représentations sont de véritables croyances, profondément ancrées, qu'il est difficile de faire évoluer, d'assouplir. Elles sont souvent toutes légitimes, comment trancher ?

Équité et égalité, la grande question !

Car, une des grandes difficultés de l'héritage, c'est que l'égalité des parts ne suffit pas à donner le sentiment d'équité. Une part même égale peut être jugée « seulement égale », on pensait par exemple, bénéficier d'une position privilégiée.

A contrario, quand un parent utilise la quotité disponible pour aider un enfant en difficulté ou handicapé, comment faire en sorte que cette inégalité soit perçue par la fratrie comme instituant de l'équité ? Ce sont, à ce moment-là davantage des facteurs subjectifs, psycho-affectifs qui entreront en jeu, selon que les enfants ont eu suffisamment le sentiment d'être reconnus à leur juste valeur, d'avoir eu leur place à côté du frère ou de la sœur en difficulté ou handicapé.

On savourera d'autant plus son héritage qu'on le libère du poids du passé, qu'on ne le maintient pas en mausolée érigé à la mémoire des parents, de l'histoire, en citadelle imprenable. On respectera d'autant mieux la valeur de l'héritage qu'on le soumettra aux processus vivants du changement.

C'est bien sûr, avant tout et surtout, l'occasion de transformer son vécu de l'histoire familiale, se donner la possibilité de trouver une place plus légère au sein de la fratrie. Il peut être une formidable chance pour liquider ses dettes familiales.

Transformer son héritage, c'est oser se libérer des choses inutilement encombrantes de son histoire familiale, qu'elles soient matérielles ou psychiques.

III. Incidence des nombreuses évolutions sociétales :

- Prolongement de l'espérance de vie, une génération pivot entre plusieurs solidarités intergénérationnelles
- Transformation de la représentation de l'héritage
- Évolution des structures familiales, notamment famille recomposée.

A. Prolongation de l'espérance de vie, une génération pivot entre plusieurs solidarités

Augmentation des conflits de loyauté.

La prolongation de l'espérance de vie fait apparaître de manière marquée, une génération pivot, celle des séniors entre 55 ans et 65 ans environ, tiraillés entre des loyautés vis-à-vis d'une part de leurs enfants et petits-enfants à aider, et d'autre part vis-à-vis de leurs parents vieillissants à aider également. Ils peuvent aussi se trouver entre 2 successions - l'héritage de leurs parents et les questions qu'ils peuvent commencer à se poser quant à leur propre succession- ce qui les amène à devoir tenir 2 positions différentes, donateur et donataire, et être alors également en prise avec leur propre fratrie. Bien des niveaux identitaires sont ainsi interpellés, enfant de/ parent de/ frère, sœur de/ grand-parent... suscitant des conflits internes susceptibles de fragiliser le sentiment d'unité du sujet, se manifestant par des symptômes tels que angoisses, mouvements dépressifs, apparition de maladies.

D'autant que cette génération, qui a toujours été très sensible à son autonomie, à la réalisation de soi, se sent entravée par toutes ces questions à régler, encombrée, au moment où ces séniors pensaient « profiter » de leur retraite. Leur temps libre n'est pas libéré !

Fragilisation des couples

Tout cela aura inévitablement des répercussions sur les couples qui ont déjà une certaine durée de vie commune. C'est un moment de grande fragilité car les différences de valeurs, de positions, de représentation de la succession, les différences de relations avec les familles d'origine, de conception de l'aide à apporter aux parents, aux enfants, le rapport à la fratrie, le rapport à l'argent, les caractères plus ou moins combattifs...et bien d'autres choses encore, vont s'opposer.

Les partenaires auront, non seulement, s'ils sont à la retraite, à apprendre ou réapprendre à vivre ensemble, conjuguer des rythmes et besoins quotidiens différents, mais encore à gérer l'héritage de leurs parents respectifs et la manière dont ils entendent ou non gérer leur propre succession.

Les couples vont se trouver face à de nombreux arbitrages, l'un voudra « profiter et après lui le déluge » ; l'autre voudra aider les enfants... L'un voudra envisager des donations de son vivant, l'autre sera angoissé de penser à sa mort.

Et si le couple finit par se mettre d'accord sur les priorités, il faudra aussi trouver une entente sur la proportion à attribuer aux dépenses personnelles, aux loisirs, aux solidarités intergénérationnelles, à la prévention du risque de perte d'autonomie. En effet, souvent cette génération pivot souhaite ne pas être une charge pour leurs enfants au moment du 4^o ou 5^o âge.

Arbitrages délicats car avec un sentiment que le temps est désormais compté, et il n'est plus question de faire des concessions.

Vie de couple ou vie de famille ?

Si le moment de la retraite représente le 2^o pic du nombre de divorces ou séparations, c'est aussi de plus en plus fréquemment une période de nouveaux mariages et de nouvelles expériences de vie commune. Dans ce cas, les couples veilleront à aplanir leurs différences, tâcheront de protéger cette nouvelle union par rapport aux familles d'origine, la fratrie, les « ex » de manière à ne pas se sentir envahi.

Ils peuvent manifester une forme de désinvestissement des autres liens, la question de la succession sera secondaire, les loisirs, les plaisirs de la vie seront prioritaires.

B. Transformation de la représentation de l'héritage

L'héritage n'est plus considéré comme une fonction centrale de la famille qui, longtemps, s'est sentie davantage dépositaire que propriétaire du patrimoine familial, chargée de le préserver et si possible l'accroître pour mieux le transmettre à son tour.

Transmettre un héritage devient une option possible parmi d'autres

Héritage, peut-être. Solidarité intergénérationnelle, oui.

En même temps, et cela peut paraître paradoxal, cette génération pivot aide autant que possible leurs enfants qui accèdent de plus en plus tard à leur autonomie financière (difficulté à trouver un emploi stable, précarité de leur situation amoureuse...) Les aides ainsi apportées sont considérées comme « normales » car elles incombent à la responsabilité des parents qui sont censés accompagner leurs enfants jusqu'au moment où ils peuvent voler de leurs propres ailes.

L'âge de l'héritage recule

Dans la mesure où justement on hérite de plus en plus tard, les aides apportées aux jeunes adultes sont les bienvenues au moment où ils en ont le plus besoin. L'héritage reçu quand l'enfant adulte est déjà bien installé a moins de sens économique, les futurs héritiers l'attendent moins et on constate fréquemment que les biens hérités sont alors rapidement transmis à la 3^e génération.

Vision individualiste de l'argent gagné.

L'argent ou le patrimoine acquis durant sa vie est conçu davantage comme un « bien » personnel dont on peut disposer à sa guise. Pour cette génération, garder ses prérogatives sur « son » argent, peut-être, est-ce un moyen de regagner une forme de liberté. L'argent retrouve alors une de ses fonctions premières en tant que facteur d'accès à l'autonomie.

À qui appartient l'argent des parents dépendants ?

Quand les parents vieillissent, qu'ils sont peut-être sous mesure de tutelle, la question se pose de plus en plus aux enfants de savoir « à qui désormais appartient l'argent des parents ».

Il apparaît que tant que les parents, quel que soit leur âge sont vaillants, autonomes, l'argent est considéré par les enfants comme appartenant aux parents et les enfants estiment ne pas avoir de droit de regard. À partir du moment où la santé des parents vacille, qu'ils deviennent dépendants, certains enfants considèrent qu'ils peuvent à présent en prendre le contrôle, comme par anticipation sur leur futur héritage.

C. Évolution des structures familiales, familles recomposées

L'argent, nerf de la guerre lors des séparations.

L'argent dans les séparations est souvent considéré comme une arme de guerre, outil de vengeance. Il a donc une fonction de séparateur. Mais il peut tout aussi bien être réparateur, à condition de bien distinguer ce qui appartient au registre de l'économique et ce qui appartient au registre extra-économique.

Dans les séparations conflictuelles, dans lesquelles, par exemple, le père ne verse pas de pensions, un enfant se sent « abandonné », son estime de soi est souvent entamée : « aux yeux de mon père, je ne compte pas, je n'ai pas de valeur ». Un éventuel héritage pourrait en partie réparer cette blessure.

Recomposition familiale, une nouvelle place à trouver

Une recomposition familiale, suite à une nouvelle union, porteuse d'espoir pour le nouveau couple, met à l'épreuve les enfants, qui vont devoir dépasser et affronter plusieurs enjeux psychiques.

Après la souffrance de la séparation, ils seront confrontés à un réaménagement de leurs loyautés familiales et filiales. Quelle que soit la qualité des liens affectifs présents, une recomposition familiale réorganise les loyautés des enfants, vis-à-vis du parent resté seul, du beau-père ou de la belle-mère, de ses

enfants, de l'éventuel petit dernier né du nouveau couple... quelle place va-t-il prendre d'une part auprès du parent resté seul, et d'autre part dans cette nouvelle famille ? Dans les deux foyers ayant des règles de vie différentes ? Comment vivre le partage du temps et de l'espace ?

Fragilité identitaire, filiation interrogée, appartenance troublée

Souvent une recomposition représente une menace quasi existentielle pour un enfant d'une première union : « A présent que mon père ou ma mère vit avec ce nouvel amoureux/amoureuse, qu'il ou elle investit et prend soin de son nouveau couple, donc forcément des enfants de l'autre, vais-je continuer à exister pour lui/elle ? », avec le risque d'un vacillement identitaire, « Qui suis-je désormais pour ma mère, mon père ». Le sentiment de filiation est pour le moins interrogé, mis en doute : « Suis-je encore son fils et sa fille alors qu'il/elle consacre beaucoup de temps aux autres enfants, est-ce que je ne vais pas être remplacé dans son cœur »

Tout ceci peut se doubler d'un trouble dans le sentiment d'appartenance, « je suis plus souvent invité par les grands parents de mon demi-frère, est ce que les autres ne m'ont pas oublié ? »

On constate que les enfants d'une première union élevés dans des familles recomposées partent plus tôt du foyer, et notamment quand celui-ci est constitué de leur père et de leur belle-mère.

Immense besoin de réassurance

Face à tous ces enjeux psychiques, on comprend que les enfants, quel que soit leur âge, aient d'immense besoin de réassurance affective, symbolique, relationnelle. Là aussi, l'argent peut avoir un impact sur la qualité des liens et les rendre plus ou moins sécurisants, sa valeur économique peut être ici au service de ses fonctions extra-économiques.

L'argent au service des liens ?

La manière dont l'argent va être géré et circuler dans les familles recomposées dépend de nombreux facteurs : l'histoire familiale, les antécédents conjugaux et parentaux, la naissance d'un enfant issu du nouveau couple, le milieu socio-professionnel, le niveau de revenus, l'âge des enfants, les pensions versées ou reçues qui sont autant de rappels constants, plutôt mal venus de l'ancienne union...

Selon la manière dont la gestion financière va s'organiser, l'argent peut être un facteur de consolidation des liens ou au contraire marqueur des différentes lignées. Nous avons observé plusieurs modalités de gestion.

La plus prudente obéit à la logique de la primauté donnée à la lignée, « chacun paie pour ses enfants », l'argent trace alors des lignes de démarcations rendant difficile l'a-filiation à cette nouvelle configuration. Une autre forme de gestion, la plus fréquente, s'organise dans une volonté affirmée de réussir la recomposition, la gestion obéit à la logique de « la priorité du vivre ensemble », un compte commun est ouvert pour les dépenses communes, et chaque partenaire garde une part de son autonomie avec un compte personnel. L'argent, ici facilite les relations, et permet une reconnaissance plus précise des besoins, attentes des uns et des autres.

Une 3^e logique apparaît, surtout dans les milieux plus favorisés et notamment quand le beau-père a une situation confortable, elle est au service du « tout ce qui est à moi, est à nous », en essayant de gommer les différences entre les lignées des enfants.

Ces modalités ne sont pas fixées une fois pour toutes et il arrive qu'elles évoluent.

Quand les enfants grandissent, la primauté du lien biologique.

Cependant, il s'avère que, quelle que soit la modalité adoptée, lorsque la question de l'avenir des enfants commence à se poser -le coût des études, l'aide à l'autonomie, la solidarité intergénérationnelle...- à ce moment-là souvent la primauté du lien biologique est réinterrogée, soit par les adultes, souvent par la belle-mère ; soit par les enfants eux-mêmes. Ces derniers, toujours à la recherche de réassurance ont besoin de « tester » si le parent est « capable d'en faire un peu plus pour ses enfants », il n'est pas rare que le parent resté seul soit l'instigateur ou pour le moins appuie cette demande.

L'entente au sein de la famille recomposée peut être très bonne, néanmoins ce besoin de « tester le lien » resurgit au moment où il est question de quitter le nid.

Des inégalités et des différences irréductibles

Dans les familles recomposées, structurellement, existent des différences irréductibles pouvant générer des sentiments d'inégalité et d'injustice.

- « Le petit dernier » a la chance d'avoir ses parents au quotidien, alors que ses demi-frères et sœurs, sont séparés de l'un de ses parents.
- Lorsque la famille d'origine d'un enfant d'une première union a des moyens financiers plus élevés que ceux de la famille recomposée, qu'il a la chance de partir à toutes les vacances, voyage, a de beaux vêtements, pourra aller dans des grandes écoles, aura un studio lorsqu'il sera en âge de partir... inévitablement cette inégalité peut être source de difficultés et rancœurs relationnelles.

Conclusion, réserve héréditaire ou réserve identitaire ?

Être déshérité, un fantasme angoissant !

En dehors de toute considération de la réalité du droit en France, la menace d'être déshérité, à la manière du théâtre de Molière demeure un fantasme très angoissant et très présent.

La réserve héréditaire est peu connue du grand public. Même quand elle l'est, sa connaissance reste floue, comme si dans un premier temps, elle était difficilement intégrable psychiquement, sous l'effet de la puissance émotionnelle de ce fantasme.

Il semble toucher à quelque chose de très archaïque, comme lié à un cordon ombilical qui serait violemment détruit par cette menace fantasmagorique.

Lorsque cette mesure est connue, la réserve héréditaire est considérée comme un « contre-pouvoir » à l'éventuelle volonté de toute-puissance parentale.

Dans les fratries, quel que soit l'âge des héritiers, elle est perçue comme pouvant atténuer les conséquences des « préférences » déjà douloureusement vécues lorsqu'elles ont été ressenties du vivant des parents.

Elle est considérée comme pouvant garantir et préserver une place dans la fratrie, l'inscrire définitivement même quand on estime que cette place n'a pas été reconnue à sa juste valeur, du moins à la hauteur de ses attentes.

Elle est vécue comme une protection contre les abus potentiels. Même si son application n'est pas toujours certaine du fait des contournements possibles, elle rassure en tant qu'elle peut préserver ou rétablir de la justice, là où les risques d'injustice demeurent.

Les enfants estiment souvent que l'existence de la quotité disponible représente une liberté « suffisante » pour les parents.

Dans les familles recomposées.

Le fantasme rencontre quelquefois la réalité, quand un parent tente de contourner les règles du droit français, ou quand effectivement les biens échappent à la succession d'une manière ou d'une autre.

Cela est vécu comme un anéantissement, on se sent effacé, gommé de l'histoire familiale, coupé de sa filiation, sans appartenance, le vécu est très violent, et ravageur. Générant de la colère, de la haine qui finit par détruire même les bons moments vécus dans cette famille recomposée.

Cela revient à « être rayé de la carte », au sentiment de ne pas exister, mais pire de n'avoir vraiment jamais compté pour le défunt. Sentiment d'abandon, de dévalorisation, le sol identitaire, le socle de l'histoire familiale s'effondre sous les pieds.

Le risque de « vengeance » ou d'attente de réparation sur plusieurs générations est grand.

C'est un bouleversement profond qui, a posteriori, détruit tout, « finalement quand il/ elle me manifestait de la tendresse, c'était un mensonge, », on réécrit l'histoire, les figures parentales, tout est remis en doute.

La réserve héréditaire est appréciée comme une sécurité pour les enfants d'une première union, et permet, en partie, de répondre à leur besoin de réassurance. Au-delà des inégalités structurelles de la recombinaison familiale, elle peut permettre une certaine équité entre les différentes lignées d'enfants.

Il ne s'agit pas seulement de défendre une place dans une fratrie, mais aussi et peut-être surtout une

existence, la reconnaissance de son rang dans une généalogie, généalogie qui inscrit un sujet dans une histoire repérable, dans une origine qui peut être nommée et racontée, et donc conforte une identité. Si la réserve héréditaire ne peut résoudre totalement chez des enfants blessés des sentiments d'injustice enracinés dans des conflits familiaux plus ou moins anciens, dans des souffrances non élaborables, elle permet cependant de contenir des débordements pulsionnels de certains parents, qui emportés par des logiques de règlements de comptes seraient amenés à déshériter un ou plusieurs de leurs enfants.

L'héritage, vécu comme un don post-mortem à ses descendants, met en œuvre une forme de rééquilibrage dans le système familial asymétrique de circularité des dons, dettes et loyautés, et contribue à y intégrer une dimension éthique en introduisant le souci et la préoccupation de l'équité et d'une justice.

En tant qu'elle préserve le sentiment de filiation, considéré et vécu dans notre société comme un des fondements de l'identité d'un sujet, on pourrait dire que la réserve héréditaire constitue une « réserve » identitaire des membres de la famille et de l'histoire familiale.

Contribution de Rupert Reece

Barrister, Avocat au Barreau de Paris,
Gide Loyette Nouel, Londres

MEMORANDUM

A Professeur Cécile Pérès
Maître Philippe Potentier

De Rupert Reece
Partner
reece@gide.com
Tel:+44 (0)20 7382 5768
Fax:+44 (0) 20 7382-5501

Re Réserve héréditaire - Ministère de la Justice
Le régime en Angleterre et Pays de Galles

Date 05 July 2019

Chère Professeur, Cher Maître,

J'ai l'honneur de vous soumettre ce résumé de la présentation que j'ai proposée au Groupe de Travail lors de notre aimable rencontre au Ministère de la Justice, le 13 juin dernier.

Introduction

La liberté de disposer de son patrimoine lors de son décès aussi bien que pendant sa vie, constitue l'un des piliers du droit anglais.

Nous verrons que cette liberté, dont l'étendue distingue le droit anglais du droit de nombreux pays dont la France, n'est pas remise en cause et *a fortiori* se voit confirmée par la jurisprudence récente, même si le législateur, au moyen d'une série d'*Acts of Parliament* au cours des 80 dernières années a ouvert la possibilité pour certaines catégories de personnes (de plus en plus larges) de mettre en cause ce qui aurait été le résultat du testament, ou du droit commun en l'absence de testament, et ainsi de passer outre la volonté même explicite du défunt.

Les interventions du législateur anglais se sont faites à plusieurs reprises après des études approfondies du droit existant ; de sondages de l'opinion publique anglaise ; et de réflexions philosophiques sur les réformes possibles, notamment en s'inspirant des règles en vigueur dans d'autres pays.

On voit ainsi un équilibre s'opérer entre la liberté de disposer de son patrimoine et la responsabilité sociale de l'individu de s'occuper de sa famille et de ses dépendants.

Cette note abordera une description générale du régime du droit de succession en Angleterre et au Pays de Galles (Partie I) et ensuite une discussion des avantages et inconvénients que nous rencontrons dans la pratique (Partie II), avec l'espoir ainsi d'alimenter utilement les réflexions du Groupe de Travail.

GIDE LOYRETTE NOUËL LLP

125 Old Broad Street - London EC2N 1AR | tel. +44 (0)20 7382 5500 - fax +44 (0)20 7382 5501 | uk@gide.com - gide.com
Gide Loyrette Nouel LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with number OC335508 and is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority
The word "Partner" is used to refer to a member of Gide Loyrette Nouel LLP

Partie I - La liberté testamentaire et ses limites au Royaume-uni

Le principe fondamental du droit anglais des successions est qu'un individu est libre de disposer de son patrimoine à sa mort selon sa volonté.

Nous avons des règles de droit commun qui s'appliquent en l'absence de testament. En résumé, le patrimoine revient dans la quasi-totalité au conjoint survivant et ensuite aux descendants à parts égales. Par définition, ces règles ne jouent que dans la mesure où le défunt n'a pas laissé d'expression de sa volonté légalement valable. Lorsque le défunt s'exprime par un testament, le principe est qu'il a une liberté totale.

Cette liberté est entérinée dans le *Wills Act 1837*, section 3 :

“It shall be lawful for every person to devise, bequeath, or dispose of, by his will executed in manner herein-after required, all real estate and all personal estate which he shall be entitled to, either at law or in equity, at the time of his death”

Le droit anglais ne connaît pas la "réserve héréditaire" du droit français.

Comme l'a rappelé le *Law Commission* en 2011 :

“The law of England and Wales, in common with many other Commonwealth countries and others whose law derives in part from ours, differs from that of our European neighbours. English law lacks the concept often referred to as “forced heirship”: the principle that certain relatives are entitled to inherit on the basis of kinship alone, regardless of the deceased’s wishes. That concept is alien to our legal tradition, and we note that responses to our consultation did not support any move closer to forced heirship.”¹

En présence de cette liberté, néanmoins, l'expérience montre que la pratique quasi-constante est de reproduire un résultat qui est très similaire, à savoir de léguer la totalité de son patrimoine à l'époux survivant, et ensuite aux enfants dans des parts *a priori* égales, éventuellement en apportant des modifications à la marge.

Par contre, d'un strict point de vue juridique, on a absolument le droit de tout donner à des associations philanthropiques comme de tout laisser à un seul enfant – ou à son chien.

Cette liberté a été totale jusqu'en 1938 avec l'introduction de l'*Inheritance (Family Provision) Act*.

Par cette loi, le Parlement a créé une exception en ouvrant la possibilité pour une catégorie limitée de personnes (l'époux et les enfants) de demander au Tribunal de modifier les dispositions qui auraient résultées du testament du défunt ou des règles de droit commun en l'absence de testament afin d'accorder au plaignant une "provision financière raisonnable" (*reasonable financial provision*).

¹ *Intestacy and Family Provision Claims on Death (Law Com. No.331)*: para 1.21

Par la suite, le Parlement a adopté des amendements à cette loi à plusieurs reprises². Elle est maintenant connue sous le nom de *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* (ci-après "la Loi de 1975"). Ces amendements ont principalement eu pour objet d'une part d'élargir la catégorie de personnes qui peuvent intenter une action au titre de la Loi.

Ces amendements ont été instruits par des études, consultations et rapports par la *Law Commission*, dont les travaux donnent une illustration fascinante de l'évolution des mœurs et de l'opinion public au cours des derniers décennies³.

Nous pouvons résumer le régime comme suit.

La Loi s'applique si le défunt est domicilié en Angleterre & Pays de Galles au moment de son décès, et ce quelle que soit la loi applicable au testament.

Les personnes qui sont en droit de saisir le Tribunal sont :

- (a) L'époux ou partenaire (actuel ou ancien) ;
- (b) Les enfants (mineurs ou adultes, naturels ou adoptés) ;
- (c) Toute personne que le défunt aurait traitée comme enfant pendant son vivant ;
- (d) Toute autre personne qui était dépendante du défunt au moment du décès.

Les personnes qui entrent dans l'une des catégories précitées sont en droit de saisir le Tribunal si le résultat du testament ou des règles du droit commun en l'absence de testament ne sont pas de nature de leur accorder une provision financière raisonnable (*reasonable financial provision*).

La phrase "provision financière raisonnable" est définie différemment selon la catégorie de plaignant concernée :

- (a) Dans le cas d'un époux ou partenaire actuel au moment du décès, il s'agit d'une provision « raisonnable dans toutes les circonstances du cas » que ce soit nécessaire ou non pour son entretien (*maintenance*) ;
- (b) Dans le cas de toute autre personne, la Loi la définit comme une provision raisonnable pour l'entretien de la personne concernée.

La Loi précise des éléments factuels que le Tribunal peut prendre en compte dans sa prise de décision, notamment :

- (a) Les ressources financières et les besoins financiers, actuels et futurs, du demandeur;
- (b) les ressources financières et les besoins financiers, actuels et futurs de tout autre bénéficiaire;
- (c) l'importance et la nature du patrimoine du défunt;
- (d) toute autre circonstance, "y compris le comportement du demandeur ou de toute autre personne", que le tribunal pourrait considérer comme pertinente;
- (e) dans le cas particulier d'un époux ou partenaire, l'âge du demandeur et la durée du mariage, ainsi que la contribution faite par le demandeur au soutien du défunt et de sa famille.

Ces éléments décrits dans la loi laissent donc une large discrétion pour le tribunal dans son appréciation de la situation et des besoins du demandeur. Ces éléments peuvent comprendre les souhaits exprimés par le défunt pendant son vivant et les raisons qui l'ont motivé à organiser son testament de la manière qu'il l'a fait. Cependant, la Loi ayant précisément pour objet de protéger la famille et les dépendants que

² Law Reform (Succession) Act 1995 ; Civil Partnership Act 2004 ; Trustee Powers Act 2014

³ *Family Law: Second Report on Family Property, Family Provision on Death (Law Com. No.61), 1974 ; Intestacy and Family Provision Claims on Death (Law Com. No.331)*

le défunt ait même pu vouloir déshériter entièrement, le Tribunal n'est aucunement obligé de respecter les souhaits de celui-ci.

Les remèdes que peut accorder le Tribunal sont d'ordres très variés. Ils comprennent:

- (a) le paiement d'une rente ;
- (b) le paiement d'un montant forfaitaire ;
- (c) le transfert du titre de tout propriété mobilière ou immobilière comprise dans le patrimoine du défunt.

Dans la pratique, les tribunaux ont généralement accordé à un époux une provision équivalente à ce que celui-ci aurait vraisemblablement reçu si le mariage s'était terminé par un divorce plutôt que la mort du défunt.

Pour les autres demandeurs, les tribunaux ont accordé une provision limitée aux seuls besoins d'entretien de l'individu et dans les limites de ce qui était raisonnable compte tenu de la taille du patrimoine à répartir et des besoins des autres bénéficiaires. Il est important de noter que, dans ce cas, la Loi ne permet pas au Tribunal de réajuster les dispositions du testament entre les différents bénéficiaires (par exemple, enfants) par rapport à ce que le Tribunal pourrait considérer comme juste ou équitable. Il ne s'agit pas d'un pouvoir pour le juge de refaire le testament du défunt. Le pouvoir d'intervention est strictement limité aux mesures qui seraient nécessaires pour accorder au demandeur une provision financière raisonnable pour son entretien, c'est à dire pour lui permettre de vivre convenablement.

Le remède le plus fréquent est un ordre de paiement d'une somme forfaitaire. La somme ainsi ordonnée vient en réduction du patrimoine disponible pour les autres bénéficiaires.

Les statistiques publiées par la *Law Commission* en 2011 indiquaient qu'il y a eu un peu plus d'un millier de demandes au titre de la Loi de 1975 dans les trois ans de 2008-2010.

Les procès peuvent durer plusieurs mois, voire plusieurs années. Ils sont coûteux et les frais de représentation en cas de réussite s'imputent partiellement ou totalement sur le patrimoine du défunt. En cas de demande qui échoue, le demandeur en général supporte seul ses propres frais et ceux de "l'estate" du défunt.

Dans certains cas, un demandeur démuné peut bénéficier de l'aide juridictionnelle. Dans d'autre cas, des avocats proposent leurs services sur une base "*no win no fee*".

Partie II - Avantages et inconvénients :

Un cas récent illustre bien le fonctionnement de la Loi, ainsi que des dérives possibles en cas de contestation.

Ce dossier montre d'une part, l'équilibre qui est opéré entre la liberté testamentaire et la responsabilité sociale imposée par la Loi. On y voit la possibilité réelle pour une personne d'invoquer la Loi et d'obtenir une aide financière dans une situation où sa mère souhaitait la déshériter définitivement. On voit également l'approche mesurée du tribunal mais aussi la flexibilité dans les remèdes qui sont à sa disposition. Enfin, on constate la lourdeur de la procédure, et les coûts qu'on imagine facilement dépasser le montant finalement obtenu si ce n'est même la valeur totale du patrimoine du défunt.

Dans le cas de *lott v The Blue Cross and others*⁴, la Demanderesse, Mme lott a déposé une demande concernant le testament de sa mère Mme Jackson, morte en juillet 2004, par lequel celle-ci a légué l'ensemble de son patrimoine (d'une valeur d'environ £450,000) à des associations caritatives pour des animaux domestiques abandonnés. Au moment de la mort de Mme Jackson, les deux femmes ne se parlaient plus depuis 26 ans. Mme lott avait 5 enfants et dépendait des aides familiales.

Par une décision du 7 août 2007, le Tribunal de première instance a ordonné le paiement d'un montant forfaitaire de £50,000. Considérant cette somme insuffisante, Mme lott a fait appel, et les associations ont déposé un appel croisé pour contester le principe même d'une allocation. Le High Court a décidé en faveur des associations. Mme lott a fait appel à la Cour d'Appel qui lui a donné raison et a remis la question au Tribunal de première instance pour fixation d'un nouveau montant de provision. Un deuxième juge a accordé le même montant de £50,000. Mme lott fait appel de nouveau.

La Cour d'Appel, saisie pour la deuxième fois, fait maintenant sa propre évaluation de la demande et accorde (1) £143,000 pour permettre à Mme lott d'acheter la maison dans laquelle elle vivait; et (2) l'option de recevoir encore £20,000 par échéances. Les associations ont fait appel à la Cour Suprême. Par une décision du 15 mars 2017, la Cour Suprême a revu toute l'historique du litige, les dispositions applicables de la loi, et l'état de la jurisprudence, avant de casser le jugement de la Cour d'Appel et de réinstaurer la décision du juge de première instance, à savoir l'ordre de paiement forfaitaire de £50,000.

Les parties ont conclu un accord confidentiel sur les frais de procédure, qui ont dû être significatifs.

Au-delà du résultat, plusieurs passages du jugement intéresseront le Groupe de Travail.

Le jugement a commencé par rappeler l'importance de la liberté pour toute personne de disposer de son patrimoine à son gré, liberté qui ne connaît d'exception que par la Loi de 1975:

Au premier paragraphe du jugement, Lord Hughes écrit :

"Unlike some other systems, English law recognises the freedom of individuals to dispose of their assets by will after death in whatever manner they wish. There are default succession rules in the event of intestacy, but by definition those only come into play if the deceased left no will. Otherwise the law knows of no rule of automatic succession or forced heirship. To this general rule, the statutory system of family provision imposes a qualification. It has provided since 1938 for the court to have power in defined circumstances to modify either the will or the intestacy rules if satisfied that they do not make reasonable financial provision for a limited class of persons. That power was first introduced by the Inheritance (Family Provision) Act 1938 ("the 1938 Act"). The present statute is the Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 ("the 1975 Act")."

Lord Hughes a ensuite expliqué que le pouvoir d'intervention du juge était limité ; qu'il bénéficiait d'une large discrétion ; et que, à son avis, le juge de première instance était parfaitement compétent pour arriver à la décision qu'il a prise et que rien ne justifiait de remettre en cause la solution qu'il avait adoptée.

⁴ [2017] UK SC 17

Dans son avis complémentaire⁵, Lady Hale a dressé l'histoire de l'évolution du droit et des mœurs qui l'ont influencé, avec une explication éclairée qui nous recommandons vivement. Enfin, Lady Hale exprime le regret que la Loi, dans son état actuel, laisse autant de discrétion au juge sur la question de savoir si le demandeur mérite ou non une provision financière supplémentaire, avec le résultat que la décision est nécessairement influencée par l'opinion personnelle du juge, opinion qui pourrait être contestable et en tout cas sera très différente d'un juge à l'autre:

"The point of mentioning all this is to demonstrate the wide range of public opinion about the circumstances in which adult descendants ought or ought not to be able to make a claim on an estate which would otherwise go elsewhere. That range of opinion may very well be shared by members of the judiciary who have to decide these claims. The problem with the present law is that it gives us virtually no help in deciding how to evaluate these or balance them with other claims on the estate." (para 58)

Lady Hale conclut:

"I have written this judgment only to demonstrate what, in my view, is the unsatisfactory state of the present law, giving as it does no guidance as to the factors to be taken into account in deciding whether an adult child is deserving or undeserving of reasonable maintenance. I regret that the Law Commission did not reconsider the fundamental principles underlying such claims when last they dealt with this topic in 2011." (para. 66)

Malgré les regrets exprimés par Lady Hale, nous n'avons pas connaissance de propositions de "guidance" pour les Tribunaux. Pour l'instant donc, les tribunaux continuent de statuer avec une très large discrétion.

Par ailleurs, les sondages indiquent que les praticiens et le public général considèrent que le régime actuel fonctionne plutôt bien et correspond aux souhaits de la plus grande partie du public.

Le système encourage les individus à préparer un testament. Dans ce cas, la formule prise le plus souvent est de léguer l'ensemble du patrimoine à l'époux survivant et ensuite aux enfants dans des parts plus ou moins égales.

Dans d'autres cas, le régime permet des dispositions importantes à des associations philanthropiques et structurées de manière à minimiser les droits de succession, sans toutefois ignorer les responsabilités de chacun envers ses proches.

Les cas difficiles se posent finalement rarement dans la pratique. Il est en effet relativement peu fréquent qu'une personne souhaite léguer à son époux actuel moins que ce qu'il ou elle aurait reçu en cas de divorce, ou qu'un parent souhaite laisser à son enfant moins que le nécessaire pour lui permettre de vivre convenablement.

L'existence même de la Loi de 1975, donne une motivation pour le testateur avisé de faire une provision correcte pour sa famille et ses dépendants afin d'éviter une remise en cause après sa mort. Les praticiens chargés d'écrire un testament sont en mesure d'expliquer l'effet de la Loi à leurs clients et structurer les legs de manière appropriée pour éviter toute contestation. Par ailleurs, le coût et

⁵ Aux paragraphes 49 et suivants

lourdeur d'une procédure judiciaire décourage les bénéficiaires mécontents d'intenter un procès, sauf dans les cas les plus extrêmes où ils ont une perspective sérieuse d'obtenir gain de cause.

Ni la doctrine ni les praticiens de notre connaissance ne se plaignent d'un nombre excessif de contentieux, ni d'un encombrement déraisonné des tribunaux à ce titre.

Enfin, cette Loi a évidemment fait couler de l'encre dans la presse juridique. Des ajustements législatifs se font au fil des années, mais on ne constate pas de réclamation de réforme substantielle.

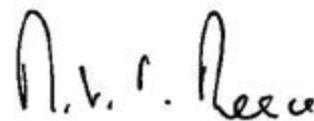
En revanche, nombreux auteurs se réjouissent que la liberté testamentaire reste au centre du droit anglais dans ce domaine.

Conclusion :

Le système anglais qui reconnaît une grande liberté à l'individu d'organiser son testament à son gré sous réserve de restrictions statutaires finalement plutôt limitées n'est sûrement pas parfait, mais le régime semble fonctionner sans contestations sérieuses depuis maintenant presque un siècle.

Le régime préserve la liberté de l'individu tout en permettant de mitiger des abus trop flagrants.

Des *guidelines* pour l'exercice de la discrétion par les juges, telles que voulues par Lady Hale dans *Ilott v Blue Cross*, paraîtrait bienvenues dans l'idéal. Par contre, nous n'avons pas connaissance d'une proposition concrète et il nous semble difficile pour le législateur d'imaginer un texte susceptible de s'adapter à toutes les situations familiales, sauf à adopter un régime de réserve héréditaire à pourcentages fixes prévus par la loi – à la lumière des règles qui s'opèrent en France et ailleurs - ce que les *Law Commissions*, juges et parlementaires ont rejeté à de maintes reprises.



Rupert Reece
Barrister, England & Wales
Avocat au Barreau de Paris

Contribution d'Anne Röthel

Professeur de droit civil, de droit européen
et de droit international privé, Bucerius Law School, Hambourg
et directrice du Centre notarial pour les entreprises familiales

La réserve héréditaire existe en droit allemand.

Elle est une institution juridique très stable, issu d'un compromis considéré comme satisfaisant entre la liberté de disposer et les considérations familiales.

On dit d'ailleurs souvent en Allemagne que le livre du code civil relatif aux successions est la partie la plus réussie du code.

Cela explique la remarquable longévité de ces dispositions législatives : depuis l'adoption du BGB en 1900, les règles allemandes relatives à la réserve héréditaire n'ont pour ainsi dire pas été modifiées.

Une seule réforme a été réalisée en 2010 et il ne s'agit que d'une réforme ponctuelle.

En Allemagne, la réserve représente la restriction la plus importante à la liberté de tester.

Dans l'opinion populaire, ce n'est pas la réserve qui est discutée mais bien plus l'impôt successoral, qui est pourtant beaucoup moins élevé en Allemagne qu'en France.

Précisons à cet égard que le montant de l'impôt varie selon le degré de parenté et l'actif de la succession.

A titre d'exemple, les enfants bénéficient d'un abattement de 400 000 euros. Au-delà de 400 000 euros, le tarif est de 7% (jusqu'à un montant transmis au-delà de l'abattement de 75 000 euros), de 11% (de 75 000 à 300 000 euros au-delà de l'abattement), de 15% (de 300 000 à 600 000 euros au-delà de l'abattement). On estime qu'en moyenne, l'impôt correspond à 4% environ de la valeur des successions transmises chaque année.

I. Bénéficiaires et montant

En droit allemand, sont héritiers réservataires les descendants et le conjoint survivant ainsi que le partenaire enregistré.

Les ascendants sont réservataires en l'absence de descendants.

Le montant de la réserve varie selon les configurations familiales et le régime matrimonial des époux : en règle générale, la réserve est égale à la moitié de la part ab intestat.

Pour déterminer le montant de la réserve, il faut donc d'abord fixer les droits légaux auxquels auraient pu prétendre les héritiers.

S'agissant de la réserve du conjoint survivant, on distingue plus précisément suivant le régime matrimonial des époux en application des § 1931 BGB et § 1371 BGB :

- la part légale d'un conjoint qui était marié sous le régime légal de la communauté aux acquêts (Zugewinnngemeinschaft) est de la moitié de la succession (un quart au titre du régime matrimonial et un quart au titre de la succession) si le *de cuius* laisse également des enfants. Ainsi, la réserve du conjoint survivant est-elle alors d'un quart ;
- si les époux étaient mariés sous la séparation de biens (Gütertrennung), la part légale du conjoint survivant n'est que d'un quart si le *de cuius* laisse au moins trois enfants. La réserve du conjoint est alors égale à un huitième. Si le *de cuius* laisse un ou deux enfants, la part légale du conjoint est d'un tiers (s'il y a deux enfants) ou un demi (s'il y a un enfant). En ce cas, la réserve du conjoint est égale à un sixième ou un quart ;
- si le *de cuius* ne laisse pas d'enfant mais laisse des parents ou des frères et sœurs, le conjoint survivant aurait droit à une part légale de trois quarts (s'il était marié sous le régime légal de communauté) ou de la moitié (s'il était marié sous la séparation de biens). En ce cas, la réserve du conjoint est des trois huitièmes (s'il était marié sous le régime légal de communauté) ou d'un quart (s'il était marié sous la séparation de biens).

Exemple : le défunt laisse son épouse et deux enfants. Si les époux étaient mariés sous le régime légal de la participation aux acquêts, l'épouse aurait droit ab intestat à la moitié de la succession tandis que les enfants auraient recueilli un quart chacun. La réserve du conjoint survivant est d'un quart des biens tandis que la réserve individuelle de chaque enfant est d'1/8.

Exemple : si le défunt laisse son épouse et quatre enfants. La réserve du conjoint survivant est toujours d'un quart si les époux étaient mariés sous le régime légal alors que la réserve individuelle de chaque enfant n'est plus que de 1/16^e.

Pour fixer le montant de la réserve, on prend en compte les personnes exhérédées et celles qui sont indignes de succéder ; en revanche, on exclut les renonçants.

II. Mise en œuvre de la réserve

La réserve allemande est une *pars bonorum* : elle donne droit à une créance monétaire.

La réserve est calculée à partir de l'actif successoral net au jour de l'ouverture de la succession.

Le droit à la réserve prend naissance à cette date mais le débiteur peut bénéficier d'un report pour payer sa dette.

La prescription est de trois ans à compter de la fin de l'année au cours de laquelle le réservataire a eu connaissance de son droit, c'est-à-dire la mort du *de cuius* et son exhérédation.

III. Constitutionnalité de la réserve héréditaire

La question de la constitutionnalité de la réserve en droit allemand a été discutée.

Ce débat a été tranché par la Cour constitutionnelle fédérale dans une décision rendue le 19 avril 2005.

La Cour ne s'est prononcée que sur la réserve héréditaire des enfants et devait déterminer si la loi relative à la réserve était contraire à la norme constitutionnelle protégeant la liberté de tester.

La Cour constitutionnelle a rejeté l'idée selon laquelle la réserve porterait atteinte à une norme constitutionnelle.

Surtout, elle a décidé à cette occasion que la réserve elle-même, en tant que droit inconditionnel, détaché de toute condition liée au besoin ou de toute autre condition, est de nature constitutionnelle (« *bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung* »).

Pour ce faire, la Cour a fait le lien entre la protection constitutionnelle de la famille (art. 6) et celle de la propriété (art. 14) : la réserve est de nature constitutionnelle en ce qu'elle lie famille et patrimoine.

Précisément la Cour a d'abord considéré que la réserve héréditaire n'a pas perdu sa raison d'être en dépit de l'évolution des données sociologiques.

Selon la Cour, en effet, « il est vrai que les bénéficiaires de la réserve sont en général déjà économiquement indépendants au moment de l'ouverture de la succession. Cependant, il n'en allait pas autrement autrefois. Aujourd'hui, l'espérance de vie est plus élevée et l'âge auquel on hérite est plus avancé ; cependant, à l'époque de l'entrée en vigueur du code, la formation était plus courte et l'on entrait donc plus précocement dans la vie active »¹.

Elle a également souligné que l'abolition de la réserve héréditaire « toucherait particulièrement les enfants illégitimes », dont l'égalité avec les enfants nés en mariage n'a été consacrée qu'en 1977.

Selon la Cour, « la participation économique minimale, inaliénable et indépendante des besoins, des enfants du testateur à sa succession est garantie sur le fondement du droit à hériter protégé par l'article 14 (1), alinéa 1 et l'article 6 (1) de la Loi fondamentale ».

Elle ajoute que ce droit de succession a « pour fonction de ne pas laisser la propriété privée périr avec le décès du propriétaire » mais « d'assurer sa pérennité par voie de succession légale. A cet égard, le droit du droit de succession est un complément de la propriété privée »².

Quant à la réserve, elle exprime, selon la Cour, la « solidarité familiale qui existe de manière fondamentalement indissoluble entre le testateur et ses enfants. Le paragraphe 1 de l'article 6 de la Loi fondamentale protège cette relation en tant que communauté permanente au sein de laquelle les parents et les enfants ont non seulement le droit mais aussi le devoir d'être responsables les uns envers les autres, tant matériellement que personnellement. Tout comme l'obligation alimentaire, la réserve héréditaire est attachée au lien de filiation entre le testateur et ses enfants et assure le respect de cette solidarité entre les générations à travers la succession. La liberté de disposer du testateur est donc constitutionnellement encadrée par les liens familiaux qui découlent de la filiation. Cette solidarité mutuelle justifie que l'on assure à l'enfant une part dans la succession de son parent décédé ».

1. Cour constitutionnelle fédérale, 19 avril 2005, BvR 1644/00, §53.

2. Ibid, §62.

Dès lors, ajoute la Cour « le droit à une réserve héréditaire a pour fonction de permettre la préservation du lien idéal et économique entre la propriété et la famille – indépendamment de tout besoin concret de l'enfant – par-delà la mort du propriétaire »³.

La Cour a par ailleurs pris le soin de souligner l'importance de la réserve héréditaire en lien avec la situation de l'enfant né hors mariage.

Selon la Cour, en effet, cette « fonction de la réserve héréditaire qui, d'une part, restreint la liberté et, d'autre part, protège la famille, est particulièrement importante s'il y a des enfants issus d'un mariage ou d'une relation antérieurs qui souvent seraient exclus de la succession si la réserve n'existait pas. Cela vaut en particulier pour les enfants illégitimes du père » qui doivent « bénéficier d'une participation appropriée à la succession paternelle sous la forme d'un droit successoral ou, en tout état de cause, d'une créance monétaire »⁴.

Par voie de conséquence, la marge du législateur en la matière est désormais réduite : le législateur allemand ne pourrait pas abolir la réserve héréditaire des enfants.

Il ne pourrait pas davantage supprimer la liberté de tester, laquelle a également une valeur constitutionnelle.

Selon la Cour constitutionnelle, il appartient donc au législateur de régler le conflit entre deux normes constitutionnelles contraires : la réserve héréditaire, d'un côté ; la liberté de tester, de l'autre.

Pour réaliser ce compromis, le législateur dispose, selon la Cour, d'une large marge de manœuvre.

« Par exemple, souligne la Cour, au lieu de consacrer une part réservataire sous la forme d'une créance pécuniaire, la loi pourrait consacrer un droit portant sur les biens héréditaires. Le montant de la réserve n'est pas non plus strictement prescrit par le droit constitutionnel ; seule une participation appropriée et irrévocable des enfants à la succession du testateur doit être garantie. En tout état de cause, le législateur n'est pas tenu de renforcer la réserve actuelle des enfants »⁵.

Cette décision a tari les débats en Allemagne : la réserve héréditaire des enfants n'est plus contestée dans son principe même. Elle a été ainsi revigorée.

IV. Les débats actuels en Allemagne

Depuis la décision de la Cour constitutionnelle fédérale, l'idée d'une suppression de la réserve héréditaire est devenue marginale en doctrine.

Elle n'est plus sérieusement soutenue.

Les débats se sont orientés vers des points plus limités tels que :

- la réserve héréditaire des père et mère : la décision de la Cour constitutionnelle n'ayant constitutionnalisé que la réserve des enfants, certains auteurs mettent en doute la légitimité de la réserve des père et mère ;
- les libéralités philanthropiques : l'idée selon laquelle il conviendrait de favoriser les libéralités consenties à des organismes reconnus d'intérêt général est parfois avancée ;
- la transmission des entreprises : la question se pose de savoir s'il conviendrait d'adopter des dispositions législatives visant à favoriser la transmission des entreprises familiales.

V. La réforme législative entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010

Pour répondre à quelques-unes de ces préoccupations, le droit des successions a été réformé en 2009. Ce texte est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

La réforme a réaffirmé l'importance de la réserve héréditaire pour les enfants issus de précédentes unions ou nés hors mariage ainsi que pour les enfants qui sont pour d'autres raisons « éloignés » de leur parent.

3. Ibid, §73.

4. Ibid, §75.

5. Ibid, §77.

Ce faisant, le législateur a entendu clairement rejeter les propositions visant soit à faire varier la réserve en fonction de la valeur de la succession (une solution retenue dans les droits scandinaves), soit à exclure de la réserve ou à limiter les droits réservataires des enfants ayant rompu tout lien affectif avec leurs parents (une solution actuellement retenue en droit autrichien : § 776 ABGB⁶).

Le législateur a par ailleurs considéré qu'il n'était pas nécessaire de diminuer le montant de la réserve, actuellement fixé à la moitié de la part légale. Selon le Bundestag, en effet, « la constitutionnalité de la diminution du taux de la réserve ne suffirait pas à légitimer une telle proposition. D'une part, une simple réduction ne résout pas les problèmes de la pratique ... Le reproche fondamental exprimé par certains testateurs quant à l'atteinte que la réserve héréditaire porte à leur liberté de tester ne saurait être satisfait par une simple réduction du taux de la réserve. Répondre à cette critique supposerait d'abolir complètement la réserve héréditaire, ce qui n'est ni constitutionnellement possible ni socialement souhaitable. D'autre part, l'importance de la solidarité familiale exprimée par la réserve héréditaire et la fonction de protection de la famille du droit à la réserve, sur laquelle la Cour constitutionnelle fédérale a fondé sa décision, plaident en faveur du maintien du taux actuel de la réserve »⁷.

Le législateur n'a pas abrogé la réserve des père et mère.

En revanche, il a assoupli à certains égards la réserve dans le but de mieux préserver les intérêts des associations et des organismes philanthropiques et des entreprises.

A. Les libéralités philanthropiques

C'est un litige qui a mis en lumière les difficultés particulières auxquelles la réserve héréditaire peut exposer les organismes d'intérêt général.

Il s'agit de l'affaire de la « Dresdner Frauenkirche » (Église Notre-Dame de Dresde). Le père d'une fille unique avait consenti à une fondation une libéralité de 2,4 millions d'euros afin de restaurer cette église et avait exhéredé sa fille.

La fille invoque son droit à la réserve. La Fondation a été condamnée à lui verser non seulement sa réserve mais également un complément calculé sur les libéralités que son père avait effectué en son vivant en faveur de la fondation⁸. Ce litige a déclenché une controverse assez vive. Certains ont en effet fait valoir que la fille n'était pas dans le besoin et que la mise en œuvre de son droit à la réserve exposait la Fondation à de sérieuses difficultés, celle-ci ne disposant plus des liquidités, issues de la libéralité que le *de cuius* lui avait consentie, dès lors que ces sommes avaient déjà été investies dans la reconstruction de l'église. Cette affaire et le débat qu'elle a suscité expliquent la réforme réalisée en 2010. Depuis lors, en effet, la loi prévoit que le montant de l'indemnité à laquelle le réservataire peut prétendre dépend de la date à laquelle la donation a été consentie⁹. C'est un système prorata temporis : dans les opérations de liquidation, une donation consentie neuf ans avant l'ouverture de la succession n'est prise en compte que pour le 1/10^e de sa valeur ; une donation consentie huit ans avant l'ouverture de la succession n'est prise en compte que pour les 2/10^e de sa valeur, etc.

Exemple : une donation d'un montant de 100 000 euros faite neuf ans avant la mort du défunt n'est prise en compte que pour une valeur de 10 000.

6. Selon le § 776 ABGB : (1) Le disposant peut réduire de moitié la part obligatoire par testament si lui-même et le bénéficiaire de la part obligatoire n'ont à aucun moment, ou au moins pendant une longue durée avant le décès du disposant, entretenu une relation telle qu'elle existe habituellement entre ces membres de la famille. 2) Le droit à une réduction de la part obligatoire n'est pas applicable si l'inexistence ou la rupture des relations est imputable au seul disposant.

7. Drucksache 16/8954 du 24.4.2008, p. 8 et s., spéc. p. 10.

8. Précisons à cet égard que la réserve est calculée à partir du patrimoine que la fondation a reçu *mortis causa* ; le complément de la réserve est calculé à partir de la libéralité (qui a diminué le patrimoine lors du décès). Voir § 2325 BGB : (1) Lorsque le *de cuius* a fait une donation à un tiers, le réservataire peut exiger, à titre de complément de sa part de réserve, le montant dont s'augmente celle-ci lorsque l'on comprend l'objet donné dans la succession. (2) 1. Une chose consomptible est prise en compte pour la valeur qu'elle avait au moment de la donation. 2. Un autre objet est pris en compte pour la valeur qu'il a au moment de l'ouverture de la succession ; s'il avait une valeur moindre au moment de la donation, celle-ci seule est retenue.

9. § 2325 (3) BGB : (3) 1. La donation est prise en compte pour toute sa valeur, si elle a été faite dans l'année qui précède l'ouverture de la succession, et autrement, de dixième en moins par an avant l'ouverture de la succession. 2. Lorsque dix ans se sont écoulés depuis la donation, la donation n'est pas prise en compte. 3. Si la donation a été faite à l'époux du *de cuius*, le délai ne commence à courir qu'à la dissolution du mariage.

Seules les donations consenties durant l'année ayant précédé le décès sont prises en compte pour l'intégralité du bien donné. Cette solution est complexe au plan liquidatif.

Elle est cependant destinée à faciliter la situation des organismes charitables en leur permettant de mieux planifier les risques liés à la réserve au regard de leur trésorerie.

Quoi qu'il en soit, si cette réforme a été adoptée dans le but de faciliter la situation des organismes d'intérêt général, la solution du code civil a une portée générale : elle n'est pas limitée aux donations à but philanthropique.

Le législateur n'a pas voulu créer de privilèges au profit de ces organismes.

B. La transmission des entreprises

Le milieu des entreprises familiales est puissant en Allemagne.

Il relaie régulièrement des critiques contre la réserve héréditaire. Il est notamment reproché à la réserve de menacer la pérennité des entreprises en les exposant au risque de démantèlement. Pour répondre à ce grief, le législateur a réagi, quoique de façon mesurée. La réforme a consisté à permettre à l'héritier débiteur de l'indemnité due au titre de la réserve à reporter son paiement en présence de difficultés déraisonnables (§ 2331a BGB). Il en est notamment ainsi lorsque le paiement immédiat obligerait l'héritier à vendre des biens qui assurent sa subsistance ou celle de sa famille.

En définitive, aujourd'hui trois séries d'éléments sont avancés dans les débats relatifs à la réserve héréditaire en Allemagne :

- l'argument familial (évolution contemporaine de la famille ; multiplication des familles recomposées ; séparation des couples). S'agissant en particulier des familles recomposées, des études ont été réalisées qui ont montré que les pères ont souvent tendance à vouloir déshériter les enfants d'un précédent lit alors que les mères ont souvent des relations plus égalitaires entre leurs enfants nées d'unions successives. A cet égard, la multiplication des familles recomposées est un argument contemporain en faveur du maintien de la réserve héréditaire pour assurer l'égalité entre les enfants ;
- l'argument philanthropique ;
- l'argument économique (à travers le rôle majeur des entreprises familiales pour l'économie et l'identité nationale allemande).

Trois séries de raisons invitent à maintenir la réserve héréditaire dans son état actuel :

- la décision de la Cour constitutionnelle fédérale de 2005 qui a reconnu la valeur constitutionnelle de la réserve héréditaire des enfants ;
- la réponse apportée par le législateur en 2009 aux préoccupations des organismes à but philanthropique, tout en évitant de leur accorder une forme de privilège ;
- la réponse apportée par le législateur en 2009 aux préoccupations des entreprises familiales, en suivant la même méthode.

À cela s'ajoute, au regard du vieillissement de la population, que la réserve héréditaire est perçue comme un moyen de lutter contre les captations d'héritage et de limiter le contentieux de la nullité du testament.

De manière générale, la doctrine juridique allemande est aujourd'hui favorable au maintien de la réserve héréditaire :

- la nécessité d'assurer la stabilité du droit des successions est régulièrement affirmée (« verträgt nicht viel hin und her »);
- fondamentalement, la légitimité même de l'héritage n'est pas contestée en Allemagne : la succession fait l'objet d'un consensus ;
- en Allemagne, les positions de Thomas Piketty, qui sont au fond hostiles à l'héritage, sont certes connues et suscitent un certain débat dans la sphère de la philosophie politique mais pas au sein de la communauté juridique.

Sans doute est-ce dû à la réserve héréditaire elle-même qui assure un minimum d'égalité en même temps qu'elle prévient un excès de concentration des richesses.

Contribution de Ronald J. Scalise, Jr

Professeur de droit civil, Université de Tulane,
Louisiane, États-Unis

La Réserve Héritaire :

A report from the United States of America

La réserve héréditaire or forced heirship has never been part of the law in the United States, and it is unlikely to be so in the future¹. Because succession law is a matter of state rather than federal law, freedom of testation in the United States should more properly be described as freedom of testation in the individual states, as fifty different state laws govern this matter. With the exception of Louisiana – the one state with a significant and abiding civil law heritage – the law throughout the other forty-nine states is fairly uniform in, at least, theoretically allowing testators near complete freedom to dispose of their estate at death.² While the above statement is an accurate recitation of the blackletter law, the law in action, however, is more nuanced. Although more liberal than other countries, American law does contain both fixed rules (i.e., hard law) and common practices (i.e., soft law) that moderate the seemingly extreme nature of the American position on freedom of testation. Moreover, the laws of on charitable giving and philanthropy must also be considered in this picture, as American law on these matters allows accumulation of wealth but encourages dissemination of that wealth for social good rather than for dynastic accrual. In the end, the picture of freedom of testation in America is more nuanced than it may at first seem.

I. Freedom of Testation in the United States

As has been noted before, “[t]he organizing principle of the American law of donative transfers is freedom of disposition. Property owners have the nearly unrestricted right to dispose of their property as they please...”³ Although modern European systems seek to balance freedom of testation with family support and obligation, blackletter American law does not. It decisively and unqualifiedly tilts the balance in favor of the decedent being able to dispose of his estate as he sees fit with few or any constraints. As has been observed elsewhere, “[t]here is no requirement that a testator leave any property to a child, not even the proverbial one dollar.”⁴ Eminent authority has also noted that “[t]he fact that the disposition of the testator’s property made by the will is capricious, unjust, spiteful, eccentric, revengeful or injudicious does not of itself render the will invalid.”⁵

Part of rationale for this difference between American and European law may be the distinction between common law and civil law, but surely that is not the complete – or even a significant part – of the answer. In the modern day, even common law systems commonly provide for family maintenance or support obligations on the part of the decedent.⁶ Instead of simplistically asserting that common law systems favor individual freedom and civil law systems that favor regulation,⁷ the real answer for the American preference for free testation appears more nuanced and is likely a combination of both historical, philosophical, and practical differences.

1. Ronald J Scalise Jr, Freedom of Testation in the United States, in Freedom of Testation/Testierfreiheit 146 (Reinhard Zimmermann ed. 2012).

2. For treatment of Louisiana’s law of forced heirship, which is beyond the scope of this report, see Ronald J. Scalise Jr., Family Provision in the United States, in Comparative Succession: Family Claims and Freedom of Testation (vol. 3) (Kenneth Reid, Marius de Waal, and Reinhard Zimmermann eds.) (forthcoming)

3. Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers § 10.1 cmt a, c (2003).

4. Jesse Dukeminier and Robert Sitkoff, Wills, Trusts, and Estates 556 (9th ed. 2013).

5. 1 Page on the Law of Wills § 3.11 (2003).

6. See, e.g., United Kingdom Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act § 1 (1975).

7. Firstly, from a historical perspective, the belief in freedom of testator appears deeply embedded in the English/DB04-FullReport.pdf

historical psyche of America⁸. At the time of American independence, English law provided for complete freedom of testation with respect to personal property or chattels and allowed for disinheritance, at the time, of children.⁹ Although English law has subsequently changed its approach, American law developed with that philosophy as its foundation.¹⁰

Secondly, from a philosophical perspective, the belief in freedom of testation may be justifiable from a variety of theoretical arguments offered in favor of the approach¹¹. Under one theory, the right to dispose of one's property is a natural right inherent in the right of property itself and derivative of the right of self-ownership.¹² If one owns one's labor and, derivatively, one's property, then one should be able to dispose of it at death just as in life, i.e., as one best sees fit. This theory may have philosophical appeal to some, but it hardly appears justified by proclamations from courts. In *Irving Trust v. Day*, the United States Supreme Court concluded that the "[r]ights of succession to the property of the deceased, whether by will or by intestacy, are of statutory creation.... Nothing in the Federal Constitution forbids the legislature of a state to limit, condition, or even abolish the power of testamentary disposition over property within its jurisdiction¹³". The opinion of the Court reflects the historical opinion of Blackstone who observed that "[w]ills ... and testaments...are ... creatures of the civil or municipal laws¹⁴...".

Others have argued that an expansive right of testation encourages individuals to save and invest their property, which in turn benefits not only themselves but society in general¹⁵. Restrictions or limitations on one's testamentary power would do the reverse and encourage consumption of property while the testator was alive, if he knew that upon his death his power of disposal was restricted. In addition, decedents who are prevented from distributing their property in the manner they chose at death would likely find other, less efficient ways of transmitting their property while alive¹⁶.

Still others – perhaps those even less enthusiastic about unfettered testation – argue that the American system is the least worst system of wealth transmission. In other words, although allowing unfettered freedom of testation may not be an ideal outcome, the alternatives are even worse. European civil law systems tend to award fixed shares to certain relatives¹⁷. While these approaches may achieve a type of formal equality, they do not account for the need of the beneficiary or the myriad of nuanced considerations that a parent might undertake in making a gift to a child or close relative. In short, "when a parent cares enough to write a will, the parent more often than not will know better how to dispose of his property than will the state by imposing an inflexible blanket rule."¹⁸ While discretionary maintenance claims do exist in various common law jurisdictions,¹⁹ critics have argued that the "American experience with discretionary distribution on divorce should make us extremely wary of any system that would encourage a variety of friends and relatives to challenge wills and permit a probate judge to rearrange estate plans"²⁰.

Thirdly, from a practical perspective, the belief in freedom of testation may be explained insofar as the real-world application is not as extreme as it first may appear. As will be further explained below, there is little evidence to suggest that American testators disinherit minor children in significant numbers. In addition, American law contains a number of hard and soft law institutions that ameliorate the American doctrine of unfettered freedom of testation.

8. Ralph Brashier, *Inheritance Law and the Evolving Family* 15 (2004).

9. *Id.*

10. Scalise, *Freedom of Testation*, *supra* note 1, at 146.

11. See generally Adam J Hirsch and William K S Wang, *A Qualitative Theory of the Dead Hand*, 68 *Indiana L. J.* 1 (1992).

12. John Locke, *Two Treatises of Government*, Book II, ch 5 § 28, (1821).

13. *Irving Trust Co. v. Day*, 314 U.S. 556 (1942).

14. 2 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 11.

15. Hirsch & Wang, *supra* note 11, at 7.

16. *Id.* at 11.

17. See, e.g., Fr. Code Civ. arts 912 & 913; BGB § 2303.

18. Max Nathan, *An Assault on the Citadel: A Rejection of Forced Heirship*, 52 *Tulane L. Rev.* 5, 19 (1977).

19. *United Kingdom Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* (1975).

20. Mary Ann Glendon, *Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law*, 60 *Tulane L. Rev.* 1165, 1189 (1986).

II. Sociological Evidence

From a practical perspective, **freedom of testation appears not to be exercised – at least not often exercised – in an irresponsible manner.** Although there are no comprehensive statistics on inheritance, will studies and polling suggests that **most people want or intend to favor their close family members in their wills.** Certainly, however, cases can be found in which testators do commit unjust and unnatural bequests,²¹ but it is not the norm. **Some have noted that the American ability to disinherit one's minor children is only allowable because it "rarely occurs."**²² In one study that examined 163 wills in the State of Wisconsin over a five-year period, the authors observed **"[i]n only three cases were relatives completely cut off; in two instances the entire estate was given to churches and in one case to non-relatives."**²³ Others studies that have examined wills have noted that there is often "one common factor" in wills that omit some of the testator's children, namely, that "the decedent lived with one of this children," suggesting, perhaps, that the testator seeks to favor or recompense children who lived or cared with them prior to their death.

To the extent that testators do make seemingly unnatural dispositions that omit relatives such as children, some testators are likely to favor a surviving spouse over children, rather than a stranger or a distant relative. Inheritances left to spouses rather than to minor children are often used by the surviving spouse to care for the children.²⁴ Such an approach is both practical and justifiable. **It is recognized in the law of intestate distribution in the United States, which generally awards all of the assets of a decedent to his surviving spouse when all the children of the decedent and the surviving spouse are common to both parties.**²⁵ In addition, such an approach avoids the expense of an appointment of a guardian over property that has been inherited by one not old enough to manage it.²⁶ It also allows an older spouse, who may face increased medical costs and additional expenses of care, to obtain the funds necessary to carry out such treatment. In the Wisconsin will study mentioned above, the authors noted that **"in 37.4% of all wills one or more heirs is not provided for" ; they quickly qualified the statement, however, by observing that in 40 % of these cases the will devised all or practically all the estate to the surviving spouse – a not unnatural distribution.**"²⁷

Although older, adult children are likely disinherited or treated unequally with more frequency, the motivations of the testator need not be spiteful ; rather, their actions may be completely justifiable.²⁸ **There is little evidence to suggest that testators distinguish among their children based upon arbitrary factors. In one study that surveyed 182 participants in Illinois regarding their likely preferences at death, the overwhelming majority of respondents desired to treat their children identically and make an equal distribution among them at death, prompting the authors to note that their research "supports the rule that for inheritance purposes the law should treat children equally. Sex, previous marriage, or legitimacy does not seem to affect the respondents' preferences."**²⁹ **In another will study, the authors found that in 47% of the wills examined the children were named as the sole successors and inherited equally.³⁰ In 57% of the remaining cases, the children inherited equally, but the will also named others (such as grandchildren, siblings, friends, stepchildren, or others) as legatees.³¹**

21. 1 Page, supra note 5, at § 3.11 (citing cases of enforceable but "eccentric ... or injudicious" wills from various states).

22. Paul G Haskell, Restraints Upon the Disinheritance of Family Members, in *Death, Taxes and Family Property* 105, 114 (Edward C Hallbach, Jr, ed. 1977).

23. Edward H. Ward and J.J. Beuscher, *The Inheritance Process in Wisconsin*, 1950 *Wisconsin L. Rev.* 393, 413 (1950).

24. Nathan, supra note 18, at 13-15.

25. Lawrence Waggoner, *The Multiple-Marriage Society and Spousal Rights Under the Revised Uniform Probate Code*, 76 *Iowa L. Rev.* 223, 232 (1991)

26. William M McGovern, Sheldon F Kurtz, and David M English, *Wills, Trusts and Estates* 134 (4th ed 2010); *Unif. Prob. Code* § 2-102. See also Ronald J Scalise Jr, *Intestate Succession in the United States of America*, in *Comparative Succession Law: Intestate Succession* 401, 406 (vol. 2) (Kenneth G C Reid, Marius J de Waal, and Reinhard Zimmermann 2015).

27. Ward and Beuscher, supra note 23, at 413.

28. Nathan, supra note 18, at 9.

29. Mary Louise Fellows, Rita J. Simon, Teal E. Snapp, & William D. Snapp, *An Empirical Study of the Illinois Statutory Estate Plan*, *University of Illinois L. Forum* 717, 737 (1976).

30. Marvin B. Sussman, Judith N. Cates, and David T. Smith, *The Family and Inheritance* 98 (1970).

31. *Id.*

Although a study of two years of wills filed in Cook County, Illinois, found that a significant number of testators provide for unequal distributions among their children,³² plausible reasons may exist for such unequal distributions. Namely, with increasingly life expectancies among the general populace, older spouses or other relatives or children may have more need for an inheritance than a "middle-aged child at the height of his earning capacity."³³ In addition, some evidence suggests that testators may treat their children differently because they include "others, such as grandchildren and wives of children, who would not take under the intestate succession laws."³⁴ Finally, many parents undoubtedly provide for the children while they are alive, through food, shelter, and education, and may believe that the decision not to give further resources to their children will force, or at least, encourage self-sufficiency and responsibility.³⁵

III. The Limits on Freedom of Testation in the United States

Even though American testators have, by many standards, unparalleled rights of free testation, **it does not appear that those rights are often exercised in irresponsible ways. So while the law may be devoid of de jure constraints, the de facto constraint of good judgment often prevails. Nonetheless, some de jure limitations and considerations do exist that merit mention below.**

A. Spouses

With respect to spouses, the de jure constraints are clear.³⁶ All states, except Georgia, provide that a surviving spouse is – to some degree – protected against complete disinheritance by a testator.³⁷ Firstly, nine states – making up roughly 33% of the population – maintain a marital or community property system whereby property acquired during marriage by one spouse is owned jointly by both spouses, even if the property is titled solely in the name of one spouse.³⁸ The practical importance of community property rights at death is obvious. When one spouse dies, he may dispose only of his half of the community property, with the surviving spouse maintaining her interest in the other half. Consequently, even if all assets acquired during marriage are titled solely in the name of the husband, he may at his death dispose only of his half of the community property with his wife retaining her own half. The system of community property is based upon an idea of marriage being a partnership and thus both partners or spouses contribute to and are necessary for the success of the partnership.³⁹ Consequently, both retain an equal ownership share in the assets accumulated during the partnership.

Secondly, **the remaining states that do not have a system of community property on marriage, maintain a separate property system whereby the property titled in the name of each spouse is owned solely by that spouse.** Such a system, however, has obvious risks for a non-income earning spouse, who potentially could be left destitute at the death of the income-earning spouse who acquires and titles the assets in his own name and who writes a will bequeathing his property to someone other than his non-income earning spouse. In an attempt to forestall such an outcome, **forty-one states maintain an "elective share" approach, which statutorily allows a surviving spouse to "elect" against a will and claim a guaranteed statutory share at the death of a decedent spouse.**⁴⁰

There is great diversity among the states, however, as to what property the "elective share" encompasses and how much of it a surviving spouse is guaranteed. A somewhat old-fashioned approach still in use in a

32. Allison Dunham, *The Method, Process and Frequency of Wealth Transmission at Death*, 30 *University of Chicago L. Rev.* 241, 254 (1963) (finding that of the eight wills examined from 1957, six or 75%, avoided the equality principal and finding the same for 18 of 27 wills (or 66.6 percent) from a sample in 1953).

33. Scalise, *Family Provision*, supra note 2; Brashier supra note 8, at 7.

34. Dunham, supra note 32, at 254.

35. Brashier supra note 8, at 7.

36. For a historical examination of the development of these rights, see Scalise, *Family Provision*, supra note 2.

37. Georgia Code Annotated § 53-4-1 ("A testator, by will may make any disposition of property that is not inconsistent with the laws or contrary to the public policy of the state and may give all the property to strangers, to the exclusion of the testator's spouse and descendants.")

38. Scalise, *Family Provision*, supra note 2; Scalise, *Freedom of Testation*, supra note 1, at 144-46.

39. Scalise, *Family Provision*, supra note 2.

40. Scalise, *Family Provision*, supra note 2; Scalise, *Freedom of Testation*, supra note 1, at 158-60.

few states grants a life estate in one-third of the decedent's property or realty.⁴¹ Still some other states grant a surviving spouse either a fraction of the property owned by the decedent at this death or the intestate share the spouse would have received, had the decedent died intestate.⁴² **The most popular approach in the United States, however, is the one adopted by the 1969 version of the Uniform Probate Code, which guarantees a percentage or fractional interest to the surviving spouse in the “augmented estate” of the decedent.**⁴³ Some states grant the surviving spouse a one-half interest in augmented estate, 44 while others (like the Uniform Probate Code) grant only a third.⁴⁵ In a few states, the fractions fluctuates if the decedent leaves children at his death.⁴⁶

Despite the popularity of the elective share approach of the original Uniform Probate Code, **its rigid “one-third” share has been viewed by some as based upon “support” and incompatible with the modern view of marriage as a partnership in which both spouses share equally.**⁴⁷ As a result, the more recent revision to the Uniform Probate Code suggests a new approach, namely, **that the percentage interest allocable to the surviving spouse in the decedent's augmented estate increase over time.**⁴⁸ Specifically, for marriages lasting between one and two years, a surviving spouse is awarded a 3% interest in the decedent's augmented estate, but that percentage increases to 50% after 15 years. The practical effect is to mirror the outcome of community property jurisdictions, insofar as spouses in community property jurisdictions will likely have accumulated very little community property in a short-term marriage but substantial amounts after a longer period of time (e.g., 15 years), in which case half should be awarded to the surviving spouse.⁴⁹ Although this sliding scale approach has been adopted by a number of states,⁵⁰ they have not all done so in a uniform way. Some have provided, as does the Uniform Probate Code, that the percentage interest will vary from year to year although again many variations exist. Although some states provide a specific and detailed percentage varying from year to year, others have sacrificed nuance for ease and allowed the percentage interest to change only every five or ten years.⁵¹

B. Descendants

Unlike spouses, children or descendants more generally have **no guaranteed right to a forced or reserved share of the decedent's property at death.**⁵² Although this rule may seem harsh, it is **softened by a number of practical or pragmatic considerations,**⁵³ not the least of which is that few parents seem to exercise this power to the prejudice of their minor children. Moreover, as one commentator has noted, **a testator “should think twice or, better, three times, before exercising the power” to disinherit his child-**

41. See, e.g., Connecticut General Statutes § 45a-436(a); Rhode Island General Laws §§ 33-24-3 & 33-24-4.

42. DC Code Annotated §19-113e; Kentucky Revised Statutes § 392.080(1); Michigan Compiled Laws Annotated § 700.2202; Mississippi Code Annotated § 91-5-29.

43. Unif. Prob. Code § 2-202 (1969). See, e.g., Alabama Code §43-8-90; Alaska Statutes §13.12.202(a); DC Code Annotated §19-113e; Delaware Code Annotated title 12, §§ 901 and 902; Florida Statutes § 732.2065; Illinois Compiled Statutes ch 755, 5/2-8; Indiana Code Annotated § 29-1-3-1; Iowa Code § 633.238; Maine Revised Statutes title 18-A, § 2-201; Maryland Code Annotated, Estates & Trust § 3-203; Massachusetts General Laws Annotated ch 191, § 15; Missouri Revised Statutes § 474.160; Nebraska Revised Statutes § 30-2313; New Hampshire Revised Statutes § 560:10; New Jersey Statutes Annotated § 3B:8-1; New York Estates, Powers & Trusts Law § 5-1.1; North Dakota Century Code § 30.1-04-02; Oklahoma Statutes title 84, § 44B2; Ohio Revised Code § 2106.01(C); 20 Pennsylvania Consolidated Statutes § 2203; South Carolina Code Annotated §§ 62-2-201 and 62-2-202; Utah Code Annotated § 75-2-202; Vermont Statutes Annotated title 14, § 42:319; Wyoming Statutes § 2-5-101.

44. Nebraska Revised Statutes § 30-2313; North Dakota Century Code § 30.1-04-02; Oklahoma Statutes title 84, § 44B2; Vermont Statutes Annotated title 14, § 42:319.

45. Alabama Code § 43-8-90; Alaska Statutes § 13.12.202(a); Delaware Code Annotated title 12, §§ 901 and 902; Iowa Code § 633.238; Maine Revised Statutes title 18-A, § 2-201; New Jersey Statutes Annotated §3B:8-1; New York Estates, Powers & Trusts Law § 5-1.1; 20 Pennsylvania Consolidated Statutes §2203; South Carolina Code Annotated §§ 62-2-201 and 62-2-202; Utah Code Annotated § 75-2-202.

46. Illinois Compiled Statutes ch 755, 5/2-8; Maryland Code Annotated, Estates & Trust § 3-203; Massachusetts General Laws Annotated ch 191, § 15; Missouri Revised Statutes § 474.160; Ohio Revised Code § 2106.01(C); Wyoming Statutes § 2-5-101.

47. Unif. Prob. Code § 2-202 (1990) (“Elective-share law in the common-law states . . . has not caught up to the partnership theory of marriage.”).

48. Unif. Prob. Code § 2-202.

49. Dukeminier and Sitkoff, supra note 4, at 539. “In 2008, the approach was refined again to make clear that the marital property portion of the decedent's estate is always 50% but the relevant percentage of augmented estate still continues to vary depending upon the length of the marriage. Thus, the graduated augmented estate currently ranges from 3% to 100% based upon the length of the marriage, but the marital portion of that percentage is always 50%.” Scalise, Family Provision, supra note 2 (citing Unif. Prob. Code; UPC § 2-203 (rev'd 2008)).

50. Hawaii Revised Statutes § 560:2-202; Kansas Statutes Annotated § 59-6a202(a); Minnesota Statutes Annotated § 524.2-209(a)(3); North Carolina General Statutes § 30-3.1; Oregon Revised Statutes title 12, § 114.605; South Dakota Codified Laws Annotated § 29A-2-202; Tennessee Code Annotated § 31-4-101; West Virginia Code § 42-3-1(b).

51. North Carolina General Statutes § 30-3.1; Oregon Revised Statutes title 12, § 114.605; Tennessee Code Annotated § 31-4-101.

52. Dukeminier and Sitkoff, supra note 4, at 511.

53. Id.

ren.⁵⁴ If, for no other reasons, “[w]ills that unreasonably omit the natural objects of a testator’s bounty, such as children of the deceased, are more susceptible to challenges based upon lack of mental capacity, fraud, or undue influence.”⁵⁵

Of course, American law is not unique in allowing wills or transactions in general to be challenged if the relevant actor lacks the requisite mental status or free consent; after all, all jurisdictions maintain laws for capacity, fraud, and duress. But “[t]estamentary capacity, undue influence, and fraud are all subtle and elastic doctrines.”⁵⁶ **Judges and juries faced with “selfish and cruel testators” and sympathetic disinherited children may sometimes use the flexibility inherent in the above doctrines to “rewrite the testator’s distributive plan in an attempt to do justice.”**⁵⁷ This is perhaps even more true for the doctrine of undue influence in American law, under which a court can invalidate a gift or testamentary bequest, “if the wrongdoer exerted such influence over the donor that it overcame the donor’s free will and caused the donor to make a donative transfer that the donor would not otherwise have made.”⁵⁸ Many have noted that defining the exact parameters of undue influence is “notoriously difficult”⁵⁹ and often results in “nothing more than platitudes about ‘substituting one’s volition for another’ and generalities concerning whether a testator is ‘susceptible’ to a kind of influence considered ‘undue’ by the law.”⁶⁰ Because of the difficulty in detecting undue influence, courts have sometimes jurisprudentially crafted a four factor test to aid in its detection. “That is, (1) the testator must be susceptible of such influence, (2) the influencer must have the opportunity to exercise such influence, (3) the influencer must have the disposition to do so, and (4) the influencer must achieve the coveted result.”⁶¹ Unfortunately, as is likely obvious, **the above test is vague, nonspecific, and often unhelpful.** As a result, a number of states, **following the lead of the Restatement, apply a presumption of undue influence if there is both a “confidential relationship” between the donor and the wrongdoer and “other suspicious” circumstances exist.**⁶²

Confidential relationships between the donee and the wrongdoer, of course, increase the risks of abuse of a testator by the donee, given the dependent relationship between the parties.⁶³ The Restatement defines a confidential relationship, as do many states, “not only in the traditional way of a lawyer/client or doctor/patient relationship, but also in the context of other trusting relationships such as parent/child, husband/wife, or other instances in which the donee cares for an ailing donor.”⁶⁴ As some have noted, a confidential relationship can be “[a]ny type of relationship between two human beings in which the parties do not keep each other at arm’s length ..., if one of the parties shows any type of trust or confidence in the other.”⁶⁵

The risk of abuse of the testator by a donor, of course, is doubly concerning in situations where the confidential relationship is surrounded by other “suspicious circumstances,” such as when the donor is in a weakened physical or mental condition, when there is a discrepancy between a new will and a former one, or when the disposition of property appears unreasonable or unjust, such as when a donor abruptly and inexplicably “disinherit[s] a faithful and deserving family member.”⁶⁶ **No doubt the flexibility in the “undue influence” test has, in part, prompted one scholar to note that the emphasis on free testation in America is overblown, as disinheritance from the “formal family structure is only countenanced when the family has done something to ‘deserve’ being disinherited.”**⁶⁷

54. *Id.* at 556.

55. Scalise, Family Provision, *supra* note 2 (citing Dukeminier and Sitkoff, *supra* note 4, at 556).

56. Dukeminier and Sitkoff, *supra* note 4, at 556.

57. *Id.* see also Scalise, Family Provision, *supra* note 2

58. Restatement, *supra* note 3, at § 8.3. See also Scalise (n 33) 163.

59. Ronald J Scalise Jr, Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis, (2008) 19 *Duke Journal of Comparative and International Law* 41, 44 (2008); See also Scalise (n 33) 163.

60. Scalise, Undue Influence, *supra* note 59, at 53; see also Scalise, Freedom of Testation, *supra* note 1, at 163.

61. Scalise, Undue Influence, *supra* note 59, at 55; see also Scalise, Freedom of Testation, *supra* note 1, at 163.

62. Restatement, *supra* note 3, at § 8.3, cmt f; see also Scalise, Freedom of Testation, *supra* note 1, at 163.

63. Scalise, Freedom of Testation, *supra* note 1, at 163.

64. *Id.* at 163-164.

65. Eunice L Ross and Thomas J Reed, *Will Contests* § 7.5 (1999); see also Scalise, Freedom of Testation, *supra* note 1, at 164.

66. Scalise, Freedom of Testation, *supra* note 1, at 164.

67. Ray D. Madoff, Unmasking Undue Influence, 81 *Minnesota L. Rev.* 571, 582 (1997).

C. Other Family Protective Laws

Perhaps because of the lack of adequate statutory safeguards for disinherited family members, American law – somewhat uniquely – has **created additional laws that also guarantee inheritance of the family home and certain personal property either to the spouse or to the spouse and descendants of the decedent.** Some scholars have explained this right as originating in “the feeling of a pioneer society that the family should be protected against the economic misfortunes and follies of the head of the family.”⁶⁸ Unfortunately, however, the right is not always as meaningful and robust as it appears. “Some states grant a surviving spouse the **right to remain in the home for his or her life or a fixed period of time, while others grant only a right to a specified dollar amount in the value of the homestead.**”⁶⁹ Under the Uniform Probate Code – and thus the law of many states – **the homestead right is “absurdly small”⁷⁰ and is not a right to the home itself but only a right to \$22,500 in the homestead.**⁷¹

In addition to the above **homestead right**, states also provide rights to the surviving spouse in varying amounts of personal property of the decedent. The Uniform Probate Code makes an award of **\$15,000 in the personal property** of the decedent to the surviving spouse.⁷² Not all states, however, provide the same monetary amount in the decedent’s property.⁷³ Other states make the award not in monetary terms, but in **actual items**, such as motor vehicles, clothing, and even sentimental items, such as the family bible.⁷⁴ Other states grant the award not only to the surviving spouse, but also to the children of the decedent.⁷⁵

Finally, many states provide short-term maintenance awards to the surviving spouse and children of the decedent, designed primarily to provide support to the decedent’s close family members while the decedent’s estate is being administered.⁷⁶ Under the Uniform Probate Code, “the decedent’s surviving spouse and minor children whom the decedent was obligated to support and children who were in fact being supported by the decedent” are entitled to **“a reasonable allowance in money out of the estate for their maintenance.”**⁷⁷

IV. Philanthropy

As should be evident from the above, although American testators have an unrivaled freedom of testation, it is not unfettered. **Legal doctrines, such as community property, the elective share, and various homestead and maintenance statutes operate as functional limits on the decedent’s testamentary freedom. Practical doctrines, such as undue influence, also serve as a kind of protective function for the decedent’s children and close family members. Perhaps, most importantly, sociological evidence suggests that there is not a great desire to idly disinherit one’s close family members without sufficient cause.**

Nonetheless, it should not be doubted that American testamentary freedom is extensive. And, in making testamentary dispositions, decedents have the ability to and often do favor not only family members and friends, but also **philanthropic organizations** and charitable purposes. The tendency to leave testamentary

68. Thomas E. Atkinson, *Handbook of the Law of Wills* 99 (1937). See also McGovern, Kurtz, and English, *supra* note 26, at 150 (suggesting that the “homestead allowance” goes back to an 1839 statute from the Republic of Texas).

69. Scalise, *Family Provision*, *supra* note 2; Compare Iowa Code § 633.240 and Minnesota Statutes Annotated § 524.2-402, with Alaska Statutes § 13.12.402; Colorado Revised Statutes Annotated § 15-11-403; Hawaii Revised Statutes § 560:2-402; Maine Revised Statutes title 18-A, § 2-401; Michigan Compiled Laws Annotated § 700.2402; Missouri Revised Statutes § 474.290; Montana Code Annotated § 72-2-412; Nebraska Revised Statutes § 30-2322; Utah Code Annotated § 75-2-402; Virginia Code Annotated § 64.2-311.

70. Dukeminier and Sitkoff, *supra* note 4, at 554.

71. Unif. Prob. Code § 2-402.

72. Unif. Prob. Code § 2-403. Personal property rights under the Uniform Probate Code are primarily taken in “household furniture, automobiles, furnishings, appliances, and personal effects.” *Id.* Only if those items are insufficient to satisfy the \$15,000 amount can a claimant obtain rights in “other assets of the estate.” *Id.*

73. DC Code Annotated § 19-101.03; Hawaii Revised Statutes § 560:2-403; Kentucky Revised Statutes § 391.030; Maine Revised Statutes title 18-A, § 2-402; Nebraska Revised Statutes § 30-2323.

74. McGovern, Kurtz, and English, *supra* note 26, at 101; Missouri Revised Statutes § 474.250; New Jersey Statutes Annotated § 3B:16-5.

75. McGovern, Kurtz, and English, *supra* note 26, at 104.

76. *Id.* at 103.

77. UNIF. PROB. CODE § 2-404(A).

bequests to charity is, undoubtedly, influenced by a number of factors in addition to free testation, not the least of which are **tax benefits or incentives**.

Although the complexities of American tax law are beyond the scope of this report, for present purposes it is important to note that lifetime charitable contributions are incentivized through tax law by allowing an individual who donates property to a qualified charity to deduct the relevant donated amount from his income, thus creating an income-tax savings as a result of the donations.⁷⁸ For instance, if the ordinary donor is subject to a 30% income tax rate and donates \$100 to charity, the donor reduces his income by \$100, thus savings \$30 in taxes and making the functional cost of the charitable contribution only \$70 rather than \$100. Of course, the greater the applicable income tax rate, the greater the absolute savings in terms of tax dollars. Moreover, lifetime giving has an additional benefit of reducing the size of a decedent's taxable estate at death and therefore helping to avoid further assessment of taxation by applicability of the estate tax.

Like lifetime gifts, **charitable bequests or gifts to charities that take effect or continue on or after death also have the effect of reducing a decedent's overall taxable estate. That is, amounts given to charity at death are not considered part of the decedent's estate that is subject to estate tax.**⁷⁹ Consequently, an individual who dies with an estate of \$1 million and who, at death, donates \$300,000 to charity, has effectively reduced his estate to \$700,000. The tax benefits are not only a function of the reduction of the amount of assets owned by the decedent and thus subject to taxation, **but charitable bequests may also have the effect of eliminating the estate tax altogether, as the estate tax applies only to particularly large estates above a certain dollar value. Thus, if a testator is able to reduce his estate below that level, no estate tax is due at all for the assets he transmits to his successors.**

To a large extent, **the various tax incentives to spur charitable giving have been successful, and large amounts of money are given to charity by donors both during their lifetimes and at death.** In a study that examined charitable giving among those 55 years of age and older, one author concluded that **over the period of 1998 to 2008, there was an increase from 8.28% to 10.12% of the population who made charitable bequests in wills or trusts.**⁸⁰ This increasing trend may be the **result of tax incentives**, but others have suggested that it may be due in part to the **"growing levels of education and childlessness** among this age group as both have been associated with increased likelihood of charitable estate planning."⁸¹ Whatever the cause, the charitable giving figures are significant. In 2014, private American charitable contributions, which had already been on the rise, reached a level of \$358.38 billion.⁸² In 2017, total charitable giving again increased to **\$410 billion.**⁸³ The vast bulk of that philanthropic giving, approximately \$281.86 billion, comes from charitable contributions from individual citizens,⁸⁴ and eight percent, or approximately \$30.36 billion, was donated by individual bequests at death.⁸⁵ **It is estimated that between the period of 1998 and 2052, \$6.6 trillion will be given in charitable bequests.**⁸⁶

Charitable contributions, however, are not evenly distributed either among decedents or among charitable causes. Some publications have reported that according to IRS records, "the 400 highest tax-paying Americans donated between 8 percent and 11 percent of their income in 2010, and many estimates of total lifetime giving land in the same ballpark."⁸⁷ Although charitable giving during life appears widely spread throughout the populace, **charitable giving at death, on the other hand, seems "heavily concentrated**

78. 26 U.S.C. § 170.

79. 26 U.S.C. § 2055.

80. Russell James, *American Charitable Bequest Demographics: 1992-2012* 17 (2013).

81. *Id.* at 17.

82. Brian S. McKeever, *The Nonprofit Sector in Brief 2015* 9 (October 2015).

83. Nonprofit Source, *The Ultimate List Of Charitable Giving Statistics For 2018*, available at <https://nonprofitssource.com/online-giving-statistics/>

84. *Id.*

85. *Id.* See also Jon M. Bakija and William G. Gale, *Effects of Estate Tax Reform on Charitable Giving*, 6 *Urban-Brookings Tax Policy Center: Tax Policy Issues and Options* 1 (July 2003) (concluding that bequests comprised 8% of \$212 billion in charitable giving in 2001).

86. Iain Hay and Samantha Muller, *Questioning Generosity in the Golden Age of Philanthropy: Towards Critical Geographies of Super-Philanthropy*, 38 *Progress in Human Geography* 637, 639 (2013).

87. Kelsey Piper, *The Giving Pledge, the Campaign to Change Billionaire Philanthropy, Explained* (July 10, 2019), available at <https://www.vox.com/future-perfect/2019/7/10/18693578/gates-buffett-giving-pledge-billionaire-philanthropy>

among [decedents with] the wealthiest estates."⁸⁸ In 2001, it was estimated that **64% of all charitable bequests came from only the 1900 individuals who had gross estates greater than \$5 million.**⁸⁹ Of those with estates in excess of \$20 million, approximately \$6.8 billion was given to charity.⁹⁰ In short, "[h]igh net worth households contribute between 65% and 70% of all individual giving in the USA...."⁹¹ In addition, charitable contributions are not made equally to all charitable causes, as **almost 50% of all charitable contributions are made either to religious or educational institutions.**⁹²

Without doubt, though, decades of statistical data indicate that **the estate tax has a "stimulative effect" on charitable giving, such that charitable bequests increase as the estate tax rises.**⁹³ Of course, the opposite effect exists as well. That is, as the estate tax declines so too does charitable giving. According to the National Council of Nonprofits, the recent functional doubling of the estate tax exemption was estimated not only to reduce federal revenues by tens of millions of dollars but also to reduce charitable giving by \$4 billion per year.⁹⁴ Others have estimated that an outright repeal of the estate tax would reduce charitable bequests by between 22 and 37 percent.⁹⁵

In fact, many predicted that the recent federal estate tax revision, which increased the size of the minimum taxable estate, would negatively impact charitable giving. **As recently as 2005, the federal estate tax applied to anyone who died with gross assets in excess of \$1,500,000.**⁹⁶ By 2017, however, that minimum threshold for the application of the estate tax had jumped to \$5,490,000.⁹⁷ In 2018, it dramatically increased again, such that the federal estate tax applied only to those individuals with a gross estate of \$11,180,000.⁹⁸ Today, **in 2019, the federal estate tax applies only to those who have gross assets in excess of \$11,400,000.**⁹⁹

Given the recent reform of many of the above tax changes, the net effects on charitable giving are still unclear. After all, while tax incentives are part of the reason why people donate to charity, **they are not, of course, the entire reason.** As part of an effort to increase philanthropic culture among the wealthiest, Warren Buffet and Bill and Melinda Gates have attempted to "collectively set a new standard of generosity among the ultra-wealthy."¹⁰⁰ Specifically, they have begun an initiative, known today as the "Giving Pledge," which was created in August of 2010 and under which "40 of America's wealthiest individuals and couples joined together in a commitment to give more than half of their wealth away."¹⁰¹

Although the "Giving Pledge" is a relatively new initiative, **the idea of "big philanthropy" or "philanthrocapitalism"** is not. The famously wealthy industrialist from the 19th century, Andrew Carnegie, amassed what some say is still the largest fortune in the world, and toward the latter part of his life gave much of it away for the establishment of libraries, foundations, educational institutions, and for other charitable and philanthropic purposes. Carnegie, himself, wrote that "surplus wealth should be considered as a sacred trust, to be administered during the lives of its owners, by them as trustees, for the best good of the community in which and from which it had been acquired."¹⁰² In fact, he even went so far as to suggest that for wealthy decedents large bequests to family members were "an improper use of their means."¹⁰³ According

88. Bakija and Gale, *supra* note 85, at 2.

89. *Id.*

90. *Id.*

91. Hay and Muller, *supra* note 86, at 639.

92. McKeever, *supra* note 82, at 10.

93. Jon M. Bakija and William G. Gale, *Effects of Estate Tax Reform on Charitable Giving*, 6 *Urban-Brookings Tax Policy Center: Tax Policy Issues and Options* 3 (July 2003).

94. National Council of Nonprofits, *Tax Cuts and Jobs Act, H.R. 1 Nonprofit Analysis of the Final Tax Law 2* (April 5, 2018), available at <https://www.councilofnonprofits.org/sites/default/files/documents/tax-bill-summary-chart.pdf>

95. Jon M. Bakija and William G. Gale, *Effects of Estate Tax Reform on Charitable Giving*, 6 *Urban-Brookings Tax Policy Center: Tax Policy Issues and Options* 1 (July 2003).

96. <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/estate-tax>

97. *Id.*

98. *Id.*

99. *Id.*

100. <https://givingpledge.org/About.aspx>

101. *Id.*

102. Andrew Carnegie, *The Gospel of Wealth* 19 (1889).

103. *Id.* at 7.

to Carnegie, “[H]e who dies rich dies disgraced...”¹⁰⁴

Although the “Giving Pledge” initiative has enjoyed some success and today includes 204 of the world’s wealthiest individuals in countries ranging from Australia to the United States and in between,¹⁰⁵ **it is not universally celebrated. A minority of critics have argued that large charitable contributions by billionaires have created a type of “philanthrocapitalism” that “serves to legitimize capitalism” and to provide “moral cover [for big corporations] to act in quite exploitative and socially damaging ways.”**¹⁰⁶ “Big philanthropy,” critics argue, has served to shift the power and the responsibility for public goods and services from the government and other democratic institutions **to a system that is “administered by an executive class.”**¹⁰⁷ **Others have suggested that big philanthropy undermines democratic values, insofar as it allows private capitalists to exercise public influence that is both tax-advantaged and unaccountable.**¹⁰⁸ **Large private charitable foundations are often donor-directed and, in the past, were viewed skeptically as a way “to cleanse your hands of the dirty way you’d made your money.”**¹⁰⁹ Still others critique big philanthropy for serving as **“the social justification for extreme wealth inequality,** rather than any kind of antidote to it.”¹¹⁰ They argue that big “[p]hilanthropists are central to some societies’ toleration of inequalities associated with the super-rich possessing a disproportionate share of the economic pie.”¹¹¹ In the end, they suggest, “we should also be asking about the extent to which super-philanthropy is diverting attention and resources away from the failings of contemporary manifestations of capitalism.”¹¹²

While private philanthropy has, undoubtedly, achieved many great benefits for society, **some critique it as a poor substitute for a more extensive system of wealth distribution.** There is evidence that “the super-rich tend to make donations to causes with which they identify personally or which somehow offer direct benefits...”¹¹³ Moreover, some evidence suggests that the super-rich also may tend to give locally, such that the money benefits the communities in which they live and work.¹¹⁴ Philanthropy also “tends not to redistribute wealth to those who are much less well-off” and instead often “appears likely to consolidate the position of the wealthy” by **large donations to schools and colleges in which the donor was an alumnus.**¹¹⁵

Undoubtedly, the true explanation for the expansive right of testation in America is a combination of **America’s historical origins favoring free testation,** supplemented by a number of plausible and **sometimes convincing arguments,** tempered, of course, **with practical limitations** that make the resulting outcome of freedom of testation often more palatable than it otherwise might sound. Sociological data on patterns of testation and statistics on charitable giving similarly suggest that **freedom of testation in America, while expansive, is not broadly abused.** Although potential for misuse exists, free testation appears to generally be handled in a responsible manner to favor close family members, friends, and worthy charitable causes.

104. *Id.* at 37.

105. <https://givingpledge.org/About.aspx>

106. Carl Rhodes and Peter Bloom, *The Trouble with Charitable Billionaires*, *The Guardian* (May 24, 2018), available at <https://www.theguardian.com/news/2018/may/24/the-trouble-with-charitable-billionaires-philanthrocapitalism>

107. *Id.*

108. Rob Reich, *Just Giving: Why Philanthropy Is Failing Democracy and How it Can Do Better* (2018).

109. Alexis C. Madrigal, *Against Big Philanthropy* (June 27, 2018).

110. Rhodes and Bloom, *supra* note 106.

111. Hay and Muller, *supra* note 86, at 636.

112. *Id.* at 649.

113. *Id.* at 639.

114. *Id.* at 640.

115. *Id.* at 643.

Contribution de Fabienne Tainmont

Maître de conférence invitée à l'Université catholique
de Louvain (UCL), Belgique

Aperçu de droit successoral belge

Paris, 13 juin 2019

La loi du 31 juillet 2017 « modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière » apporte plusieurs changements importants aux règles relatives à la réserve héréditaire, déjà partiellement annoncés dans l'accord du gouvernement fédéral du 10 octobre 2014.

Cet accord prévoit que le droit successoral sera réformé « compte tenu des développements sociaux et des nouvelles formes de vie commune. On aura plus de liberté de choix pour déterminer qui sera le bénéficiaire de l'héritage, tout en veillant à trouver un équilibre entre le respect de la solidarité familiale et la liberté de disposition de l'individu. La possibilité d'augmenter la quotité disponible de l'héritage sera examinée. (...) Le gouvernement entamera une réflexion sur la parentalité sociale et réfléchira entre autre (sic) aux conséquences personnelles et financières, plus particulièrement aux conséquences successorales qui peuvent découler du lien qui existe entre une personne qui est ou a été impliquée dans l'entretien et l'éducation d'un enfant sans que cela ne porte atteinte au lien et à la responsabilité première des parents ».

I. L'étendue de la quotité disponible et de la réserve des enfants (et des descendants)

A. Préalable : le maintien de la réserve des enfants et des descendants

La loi du 31 juillet 2017 maintient les enfants et les descendants dans le cercle des héritiers réservataires.

Longtemps considérée comme intouchable, la réserve des descendants avait pourtant été remise en cause par un certain courant libéral néerlandophone¹.

Les attaques ont d'abord été dirigées contre le régime juridique de la réserve, jugé inefficace².

Plus nettes et tranchées, elles ont ensuite porté sur le principe même de l'octroi d'une réserve aux descendants.

Deux arguments principaux ont été avancés.

Un premier argument est lié au caractère d'inconditionnalité du lien de filiation. L'inconditionnalité du lien de filiation n'est pas en tant que telle remise en question mais serait bornée d'un point de vue temporel. Inconditionnel pendant le temps nécessaire pour accomplir les tâches éducatives de l'enfant, le lien de filiation deviendrait conditionnel une fois ces tâches menées à terme de telle manière que dès leur achèvement, le parent recouvrerait une liberté de disposer pleine et entière. Des aliments à charge de la succession pourraient toutefois être accordés si l'enfant était dans le besoin au moment du décès. Rien ne justifierait en revanche l'automatisme de l'attribution à l'enfant d'une part successorale minimale, vue comme la trace indélébile du lien de filiation au-delà de la mort³.

Un second argument a trait au non-respect du droit de propriété.

1. Voy. notamment A.-L. Verbeke, « To reserve or not to reserve ? », T.E.P., 2013, pp. 3 à 14.

2. Voy. notamment M.Coene, « Doorlichting van de reservebescherming. Enkele bedenkingen », in Examen critique de la réserve successorale, t. II, Droit belge, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 129 et suiv.

3. En ce sens, M. Puelinckx-Coene, Erfrecht, Malines, Kluwer, 2011, pp.485 et 486, n°473; A.-L. Verbeke, « De legitime ontbroot of dood ? Leve de echtgenoot ! », T.P.R., 2000, pp. 1111 et suiv.

La réserve constituerait une atteinte grave portée à libre disposition des biens par son propriétaire alors que le droit à la propriété est garanti par l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme qui date du 20 mars 1952.

Une atteinte à un droit fondamental n'est acceptable que si elle repose sur un fondement légal et légitime. Elle doit en outre se limiter à ce qui est nécessaire pour réaliser le but légitime poursuivi.

Selon le professeur A.-L. Verbeke⁴, la parenté ne constitue pas un fondement légitime qui justifierait une atteinte au droit de propriété. Le meilleur argument réside dans le fait que le contrôle de proportionnalité sur la base de ce critère est difficilement praticable. Les juges ne seraient pas en mesure de fixer la part réservataire des enfants de manière uniforme et non arbitraire.

Les partisans d'une réserve en faveur des enfants demeureraient toutefois nombreux, comme le relève une étude récente de la Fondation Roi Baudouin qui indique très clairement l'attachement des personnes interrogées à la réserve héréditaire, à tout le moins en leur qualité de bénéficiaires⁵.

Notre législateur ne s'est pas embarrassé de toutes ces considérations « anti-réserve » et « pro-réserve ».

Le maintien de la réserve au profit est rapidement justifié par « le devoir moral du défunt de transmettre une partie de (la valeur de) ses biens à ses enfants, quoique la réserve ne doive pas servir à assurer la sécurité d'existence à des enfants adultes » et par « la conviction encore fortement ancrée socialement que les enfants sont les successibles évidents et naturels de leurs parents. La transmission d'une partie (de la valeur) du patrimoine de leurs parents les confirme dans leur lien filial et leur identité familiale »⁶.

B. L'étendue de la quotité disponible

1. Le Code civil de 1804

En vertu de l'article 913 ancien du Code civil, la quotité disponible était égale :

- à une moitié, si le *de cuius* ne laissait à son décès qu'un enfant ;
- à un tiers, s'il laissait deux enfants ;
- à un quart, s'il en laissait trois ou un plus grand nombre.

2. La loi du 31 juillet 2017

a. L'instauration d'une quotité disponible unique d'une moitié et sa justification

À l'instar de l'Allemagne et de l'Autriche, le législateur belge a instauré une quotité disponible invariable d'une moitié, quel que soit le nombre d'enfants, ce qui a pour effet de réduire la part réservataire des enfants, sauf lorsque le défunt ne laisse qu'un enfant.

La volonté a été de tenir compte de la diversité des situations familiales conduisant au constat « d'impossibilité d'envisager un droit successoral unique (qui) serait immanquablement inadapté dans des hypothèses de plus en plus nombreuses » et de l'attente des citoyens qui seraient de plus en plus nombreux à attendre du législateur « qu'il leur accorde plus d'espace pour décider eux-mêmes comment ils envisagent le transfert de leur patrimoine à leurs enfants. Ces citoyens veulent en effet pouvoir tenir compte de la nature réelle de leur relation avec leurs enfants, des besoins et des talents de leurs enfants, de l'âge de leurs enfants. Ils veulent tenir compte aussi de leurs enfants fragilisés, de leurs petits-enfants, éventuellement des enfants de leur conjoint, des œuvres et des associations au profit desquelles ils se sont engagés pendant des années, etc. (...) Ils veulent donc plus de latitude que ce la loi leur laisse actuellement, pour décider comment (...) transmettre [leur patrimoine], selon leurs propres vues et selon leurs propres convictions, à leur propre mesure. Ils disposeront de cette latitude si la quotité disponible est étendue à la moitié de la succession »⁷.

4. A.-L. Verbeke, « To reserve or not to reserve ? », T.E.P., 2013, p. 6.

5. Perception et attentes de la population belge en matière de succession. Rapport de la Fondation Roi Baudouin, février 2016, pp. 20 et suiv. Selon cette étude, 67% des personnes interrogées estiment qu'une partie de l'héritage doit automatiquement revenir aux enfants. Lorsqu'elles endossent le rôle de futur défunt, elles sont toutefois 54% à estimer qu'on devrait toujours pouvoir choisir librement de déshériter un enfant.

6. Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière (ci-après « Proposition »), Doc. Parl., Chambre, session 2016-2017, n°54-2282/001, p.73.

7. Proposition de loi, Doc. Parl., Chambre, session 2016-2017, n°54-2282/001, p.74.

b. Une quotité disponible d'une moitié déjà appliquée antérieurement

Il est intéressant de relever que la fixation de la quotité disponible à une moitié était le système retenu dans l'ancien droit coutumier par l'article 298 de la coutume de Paris.

Lors de la rédaction du Code civil, certains jurisconsultes avaient défendu avec force les avantages de pareille quotité face à celle, fixe, d'un quart qui était initialement proposée⁸.

Ils ont d'abord mis en avant que ce système était simple et juste.

Simple car il est identique quel que soit le nombre d'enfants.

Juste car il s'agit de la moitié (en quotité) de ce que les enfants auraient recueilli ab intestat. Une balance des intérêts est donc effectuée entre le droit du propriétaire de disposer de ses biens et les devoirs du père ou de la mère envers leurs enfants. Les droits et les devoirs des pères et mères sont considérés comme « également sacrés (...), également « fondamentaux de l'ordre social », formant entre eux « un équilibre parfait », et si « l'un ne doit pas l'emporter sur l'autre, le cours des libéralités doit naturellement s'arrêter quand la moitié des biens est absorbée »⁹. « Un individu isolé ne souffre que de ses maux personnels ; mais il n'en est pas ainsi d'un père ; il est malade de la maladie de ses enfants, tourmenté de leurs chagrins, dés-honoré par leurs mauvaises conduites. Pourquoi les droits ne seraient pas en proportion avec les devoirs ? Pourquoi les peines seraient-elles toutes du côté des pères, et les avantages du côté des enfants ? »¹⁰.

Par ailleurs, une telle latitude permet au parent d'exercer une certaine autorité domestique sur ses enfants tout en lui laissant la faculté de venir au secours de ceux qui en auraient davantage besoin, par exemple à la suite de circonstances malheureuses. Il est indispensable de laisser au parent une liberté importante dans la fixation des droits de chacun de ses héritiers car la loi « ne peut régir que la masse des citoyens, et non l'intérieur des familles. (...) elle ne doit s'occuper que de ce qu'elle peut bien régler par elle-même ; donc, ne pouvant ici établir une règle générale, il est utile qu'elle s'en rapporte au père »¹¹.

Si une liberté de disposer importante semble apporter une certaine forme d'équité au sein de la famille, Portalis souligne également l'avantage qu'est susceptible d'en tirer la société : « ce droit est avantageux à la société ; car le père, en donnant moins aux enfants engagés dans une profession lucrative, réserve une plus forte part à ceux que leurs talents appellent à des fonctions utiles à l'État, inutiles à leur fortune. Là où le père est législateur dans sa famille, la société se trouve déchargée d'une partie de sollicitude »¹².

Les rédacteurs du Code civil n'ont finalement pas retenu le système de la coutume de Paris car ils ont estimé qu'il fallait, ensuite, restreindre la liberté de disposer dans la proportion qu'exigeait le nombre d'enfants¹³. Selon Bigot-Préameneu, il s'agit du meilleur système car « on a égard au nombre d'enfants, en même temps qu'on laisse aux pères et mères toute la liberté compatible avec la nécessité d'assurer le sort des enfants »¹⁴.

8. L'article 16 du projet préparé par les commissaires était libellé de la manière suivante : « Les donations soit entre vifs, soit à cause de mort, ne peuvent excéder le quart des biens du donateur, s'il laisse à son décès des enfants ou des descendants (...) » (M. Peguera Poch, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVIe - XVIIIe siècles)*, coll. d'histoire du droit, série « Thèses et Travaux », n°17, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p.304). La section de législation du Conseil d'État avait ensuite proposé une autre formulation, destinée à éviter l'équivoque 'donations à cause de mort' tout en gardant le même disponible : « S'il y a des enfants ou descendants au temps du décès, ils auront, à titre de légitime, les trois quarts de ce qu'il leur reviendrait par succession, s'il n'y avait pas eu de donations entre vifs ou testamentaires » (Ch. Brocher, *Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*, Paris, Thorin, 1868, pp.314 et 315).

9. Procès-verbal de la séance du 30 nivôse an XI (20 janvier 1803) au Conseil d'État, in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.12, Paris, Videcoq, 1836, p.247.

10. Procès-verbal de la séance du 30 nivôse an XI (20 janvier 1803) au Conseil d'État, in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.12, Paris, Videcoq, 1836, p.255. Voy. aussi Procès-verbal de la séance du 21 pluviôse an XI (10 février 1803) au Conseil d'État, in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.12, Paris, Videcoq, 1836, pp.308 à 311. Maleville relève aussi la nécessité de laisser au père le pouvoir de maintenir « la subordination et la tranquillité d'où dépend le repos de l'État ». Il fait en effet le constat de l'« accroissement de l'insubordination et de la dépravation des mœurs de la jeunesse. Qu'on vérifie dans les greffes des tribunaux criminels l'âge des condamnés, et l'on trouvera qu'ils sont presque tous au-dessous de trente ans » (p.309).

11. Procès-verbal de la séance du 21 pluviôse an XI (10 février 1803) au Conseil d'État, in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.12, Paris, Videcoq, 1836, p.311.

12. Ibidem.

13. Présentation au Corps législatif du projet de loi formant le titre II du livre III du projet de Code Civil lors de la séance du 2 floréal an XI (22 avril 1803), in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.12, Paris, Videcoq, 1836, p.526.

14. Présentation au Corps législatif du projet de loi formant le titre II du livre III du projet de Code Civil lors de la séance du 2 floréal an XI (22 avril 1803), in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.12, Paris, Videcoq, 1836, p.525. A cet égard, la liberté de disposer laissée par la loi du 4 germinal an VIII est expressément rejetée car elle est considérée comme « trop bornée ».

c. Appréciation de la fixation de la quotité disponible à une moitié

Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi du 25 janvier 2017, il est frappant de constater que le choix politique d'une quotité disponible fixe d'une moitié paraît avant tout guidé par le souci de laisser une marge de manœuvre appréciable au futur défunt. En d'autres termes, la problématique a été abordée exclusivement sous l'angle de la liberté de disposer. La place minimale qu'il est légitime que les enfants revendiquent dans le cadre de la succession de leur parent semble accessoire. Il n'y a pas eu, comme par le passé, de réelle réflexion sur une balance des intérêts à effectuer entre les droits et les devoirs de la parenté.

Il y a également lieu de relever que la question de l'extension de la quotité disponible à une moitié, même si elle est davantage politique que technique, est loin d'avoir fait l'unanimité auprès des experts consultés par le Ministre de la Justice. Plusieurs amendements ont également été déposés au cours des travaux préparatoires pour en revenir à la quotité disponible telle qu'elle avait été fixée en 1804¹⁵.

Une quotité disponible de moitié nous paraît personnellement opportune pour les deux raisons principales suivantes.

D'abord, un équilibre est respecté entre les devoirs liés à la parenté et la faculté de disposer.

- À cet égard, les propos des rédacteurs du Code civil, favorables à une quotité fixe de moitié, conservent toute leur actualité, même si certains développements peuvent sembler anachroniques. Il est, à notre estime, essentiel que le lien de filiation continue à se manifester au-delà de la mort du père ou de la mère, par le biais d'une réserve 'significative', quel que soit l'âge de l'enfant, même si les devoirs d'éducation et d'entretien de l'enfant ont été menés à leur terme. Par ailleurs, il est tout aussi légitime de laisser au disposant une certaine latitude dans le pouvoir de disposition de ses biens.
- Une quotité disponible d'une moitié signifie concrètement que chaque enfant est assuré de recevoir une part successorale minimale correspondant, en quotité, à la moitié de sa part successorale légale et ce, peu importe le nombre de (demi-) frères et sœurs avec lesquels il entre en concours.
- Il est exact d'affirmer que la fixation de la quotité disponible à une moitié ne permet pas de réguler cette quotité en fonction du nombre d'enfants mais le montant de la réserve des enfants dépend, lui, toujours du nombre d'enfants de la même manière que la part successorale légale dépend aussi du nombre d'enfants. Plus les enfants sont nombreux, plus leur part légale et réservataire est moindre, ce qui correspond à une certaine logique.

Ensuite, une quotité disponible de moitié permet au disposant de bénéficier d'une marge de manœuvre plus importante dans la répartition de son patrimoine dès qu'il laisse deux enfants ou plus.

- La quotité d'un quart qui lui était garantie, quel que soit le nombre d'enfants, et qui a été maintenue dans la réforme du droit successoral français du 23 juin 2006, ne nous paraissait pas suffisante, principalement compte tenu des évolutions familiales actuelles et très certainement futures. Les liens d'affection qui se nouent au sein des familles recomposées, voire multi-recomposées et qui se matérialisent par le souhait du disposant de gratifier ses beaux-enfants, sont une réalité qui ne doit pas uniquement être prise en compte sur un plan fiscal mais qui doit également être appréhendée par le législateur civil.
- Elargir, dans une certaine mesure, la quotité disponible, semble en tout cas nettement préférable au système suggéré par une proposition de loi, d'inspiration néerlandaise et déposée à trois reprises¹⁶, qui visait à permettre au beau-parent de prévoir dans son testament que ses beaux-enfants hériteront au même titre que ses propres enfants. Symboliquement et politiquement, il s'agissait d'une proposition extrêmement 'forte' puisqu'il aurait été de la sorte permis à un homme ou une femme, par sa propre volonté, de puiser dans le droit de la filiation certains de ses effets pour les attribuer à une

15. Amendements 46 et 49, Doc. parl., Ch., session 2016-2017, n°54-2282/003, p.84 et 91.

16. Proposition de loi modifiant le Code civil afin de pouvoir désigner les beaux-enfants comme héritiers, déposée le 10 juin 2005 par A. Alfons et M. Taelman (DOC 51, 1853/001), Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le droit successoral des beaux-enfants, déposée le 8 avril 2008 par C. Van Cauteur, S. Lahaye-Battheu et B. Tommelein (DOC 52 1038/001) et Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne le droit successoral des beaux-enfants, déposée le 17 janvier 2011 par C. Van Cauteur, S. Lahaye-Battheu, P. Dewael et W.-F. Schiltz (DOC 53 1047/001).

personne qui n'est pas son enfant. L'impact de pareille possibilité sur la confusion identitaire qu'elle risquait d'opérer dans le chef des enfants 'naturels' nous avait amené à apprécier cette initiative avec la plus grande circonspection¹⁷.

De manière plus fondamentale, il nous semble que ce qui importe, ce n'est finalement pas tellement le montant de la fraction minimale qui doit revenir à chaque héritier réservataire car c'est avant tout un rôle identitaire que la réserve est appelée à jouer.

Bien sûr, ce sont des revendications patrimoniales qui seront portées par l'héritier réservataire mais derrière ce que d'aucuns considéreront comme de basses prétentions matérielles se cache en réalité une toute autre quête, celle de la prise en considération du lien de filiation au moins dans la même mesure que la liberté de disposer du défunt. À cet égard, la fixation d'une quotité disponible de moitié et l'octroi d'une part réservataire correspondant, en quotité, à la moitié de la part légale, sont susceptibles, à notre estime, de correspondre aux attentes tant des enfants que des parents.

Il y a toutefois lieu d'ajouter - et ce point est important - que cette augmentation de la quotité disponible et la diminution de la part réservataire des enfants qui en résulte ne sont acceptables que si la réserve protège effectivement les héritiers réservataires contre des actes qui créent manifestement un appauvrissement dans le chef du disposant.

On songe aux avantages matrimoniaux dont la nature en principe onéreuse (cfr art. 1458, al. 2 et 1464, al. 2 du Code civil) empêche, encore actuellement, les enfants de revendiquer leurs droits réservataires. L'extension de la théorie des avantages matrimoniaux aux régimes de séparation de biens, introduite par la réforme des régimes matrimoniaux du 22 juillet 2018 est, à cet égard, préoccupante.

Si la part du prémourant des époux dans les biens « communs » peut être attribuée au conjoint sans qu'il ne soit aucunement tenu compte de la réserve des enfants et si ce conjoint est assuré de recevoir en outre, par application de l'article 1094, alinéa 1^{er} du Code civil demeuré inchangé, la pleine propriété de la moitié du patrimoine propre du prémourant et l'usufruit de l'autre moitié (s'il existe effectivement un patrimoine propre), la réserve des enfants est en réalité réduite à peau de chagrin de telle manière qu'on serait même tenté de soutenir que la réserve des enfants communs n'existe souvent de facto plus en présence d'un conjoint.

d. Recours en annulation devant la Cour constitutionnelle

Un recours en annulation a été introduit par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone contre l'article 46 de la loi du 31 juillet 2017 qui a modifié l'article 913 du Code civil¹⁸.

Il vient d'être rejeté par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 17 octobre 2019 (arrêt n°137/2019).

La Cour ne s'est malheureusement pas prononcée sur le fond. Elle a en effet jugé que l'Ordre des barreaux francophones et germanophone ne justifiait pas de l'intérêt requis pour demander l'annulation de l'article 46 du Code civil. Elle a notamment estimé que cette disposition ne contenait aucune règle relative au statut de l'avocat ou aux justiciables.

e. Suggestions de points d'attention dans le cadre d'une éventuelle réforme en France

1. La problématique des assurances-vie

En Belgique, les assurances-vie ont longtemps été le moyen par excellence pour contourner la réserve héréditaire. Tel semble encore être le cas en France.

17. F. Tainmont, « Filiation et succession » in Filiation et parentalité, XIII^{ème} colloque de l'Association Famille et Droit organisé le 29 novembre 2013, à Louvain-la-Neuve, par le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'U.C.L., J.-L. Renchon et J. Sosson eds, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 175 et 176, n°26.

18. Le recours visait également les articles 54 et 57 de la loi du 31 juillet 2017 qui ont respectivement modifié les articles 920 et 924 du Code civil (qui introduisent une réserve en valeur en lieu et place d'une réserve en nature).

Il serait sans doute opportun de profiter de la réflexion autour de la réserve héréditaire pour envisager de modifier la législation française sur ce point. L'éventuelle diminution de l'étendue de la réserve héréditaire serait en quelque sorte compensée par une protection plus effective de la réserve.

Vous trouverez ci-dessous un résumé de l'évolution de la matière en Belgique.

L'article 124 de la loi du 25 juin 1992 sur les assurances terrestres excluait de la réduction pour atteinte à la réserve les primes payées par le défunt aux fins de constituer une prestation d'assurance sur la vie attribuée en cas de décès à un de ses héritiers légaux ou à une tierce personne, sauf si et dans la mesure où les versements effectués avaient été « manifestement exagérés eu égard à sa situation de fortune ».

En vertu de cette disposition légale, on ne devait dès lors pas inclure dans la masse de calcul de l'article 922 du Code civil le bénéfice d'une telle assurance, à tout le moins lorsque les primes régulièrement payées par le défunt pendant sa vie pouvaient être considérées comme « normales » au regard de ses revenus ou de son patrimoine.

Par son arrêt du 26 juin 2008¹⁹ la Cour constitutionnelle a considéré que « l'article 124 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que cette disposition a pour effet que la réserve ne peut être invoquée à l'égard du capital en cas d'opérations d'épargne par le *de cuius* sous la forme d'une assurance vie mixte ».

En vertu de cet arrêt, il y avait donc lieu de réintégrer dans la masse de calcul de l'article 922 du Code civil, le capital (et non pas les primes payées) d'une assurance vie mixte attribuée au jour du décès à un des héritiers du défunt ou à une tierce personne lorsque ce contrat d'assurance vie pouvait être considéré comme une opération d'épargne.

L'article 124 de la loi du 25 juin 1992 a finalement été modifié par la loi du 10 décembre 2012. Cette disposition prévoit qu'« en cas de décès du preneur d'assurance, la prestation d'assurance est, conformément au Code civil, sujette à réduction (...) ».

La règle contenue à l'article 124 de la loi du 25 juin 1992 a ensuite été déplacée à l'article 188 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances. Le contenu de la disposition est demeuré le même.

On notera qu'actuellement, la question de la qualification du contrat d'assurance est au cœur des débats judiciaires. L'article 188 de la loi du 4 avril 2014 ne présume pas l'existence d'une donation. Il se contente d'indiquer que c'est conformément au Code civil qu'il y a lieu d'apprécier si on est ou non en présence d'une donation. C'est à la partie qui prétend qu'il s'agit d'une donation à le démontrer, la difficulté résultant dans la preuve de l'intention libérale. Il est en effet possible que le preneur n'ait pas agi *animus donandi* mais ait accompli un devoir de prévoyance (une obligation naturelle), auquel cas la prestation d'assurance ne sera pas reprise dans la masse de calcul²⁰.

2. La problématique du droit transitoire

À la suite de l'entrée en vigueur de la loi, plusieurs notaires se sont posé la question de savoir quelle quotité disponible il y avait lieu d'appliquer lorsqu'un testament avait été rédigé avant l'entrée en vigueur de la réforme et qu'il prévoyait que la quotité disponible devait être léguée à telle ou telle personne. S'agit-il de la quotité disponible applicable au moment de la rédaction du testament ou de celle applicable au jour du décès ?

Dès lors que les nouvelles règles – dont la nouvelle quotité disponible – sont applicables aux successions ouvertes à partir du 1er septembre 2018, il semble que c'est la nouvelle quotité disponible qui doit être retenue. Tel est à tout le moins l'avis des rédacteurs de la loi.

19. Cass., 26 juin 2008, J.T., 2008, p. 601, voy. Y.H. Leleu et J.-L. Renchon, « Assurances vie et réserve héréditaire : égalité et solidarité ? », J.T., 2008, p. 597.

20. Pour davantage de développements par rapport à la qualification de la désignation bénéficiaire dans le cadre d'une assurance-vie, voy. F. Tainmont, « La qualification de certains transferts patrimoniaux ou services au sein de la famille », *Tapas de droit notarial 2016*, F. Tainmont et J.-L. Van Boxstael eds., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 73 et suiv.

J'attire votre attention sur le fait que les notaires ne sont pas forcément de cet avis... Dans certains cas, il semblerait que le legs de la quotité disponible ait été consenti en considération de son importance à l'époque de la rédaction du testament. La difficulté est évitée si le testateur a évoqué la quotité disponible d'un tiers ou d'un quart ou la quotité disponible telle que fixée par la loi au jour de la rédaction du présent testament (cette dernière formule n'ayant en pratique jamais été utilisée à ma connaissance tant les règles ont été stables pendant plus de deux siècles...).

Des problèmes surgiront probablement et peut-être serait-il important que vous preniez une disposition transitoire spécifique (mais comment la libeller dès lors qu'il s'agit a priori d'une question d'interprétation selon les rédacteurs de la loi...).

3. L'imputation des donations rapportables

La manière d'imputer une donation rapportable – soit sur la réserve individuelle soit sur la réserve globale – a également un impact sur la réductibilité des donations.

Une donation rapportable qui s'impute sur la réserve individuelle a plus de risque d'être réduite qu'une donation rapportable qui s'impute sur la réserve globale.

Les techniques d'imputation n'étaient pas fixées dans le Code civil et les praticiens belges imputaient les donations rapportables tantôt sur la réserve individuelle, tantôt sur la réserve globale...

La volonté du législateur a été de clarifier les choses et d'atteindre une uniformisation au niveau des pratiques.

Il a été opté pour une imputation sur la réserve globale SANS possibilité de prévoir une imputation sur la réserve individuelle. L'article 922/1, §2 C. civ. prévoit ainsi que les libéralités faites à titre d'avance d'hoirie s'imputent sur la réserve globale des héritiers réservataires et subsidiairement sur la quotité disponible, l'excédent étant sujet à réduction.

L'article 919-1 du Code civil français prévoit un autre système, celui de l'imputation sur la réserve individuelle de l'héritier réservataire tout en laissant la faculté de prévoir une imputation sur la réserve globale.

Afin d'augmenter indirectement la liberté de disposer tout en ne touchant pas aux quotités disponibles actuelles, une possibilité serait de prévoir une imputation impérative sur la réserve globale.

C. L'étendue de la réserve des descendants

Dans le Code civil de 1804, le montant de la réserve globale s'élevait à une moitié en présence d'un enfant, à deux-tiers en présence de deux enfants et à trois-quarts en présence de trois enfants ou plus. Il n'était pas indiqué tel quel mais était déduit du montant de la quotité disponible.

En vertu de l'article 914 du Code civil, les enfants ou descendants d'un enfant prédécédé, indigne ou renonçant étaient comptés « ensemble » pour l'enfant à la place duquel ils venaient à la succession par le support de la substitution.

Depuis le 1^{er} septembre 2018, le montant de la réserve globale est passé de manière uniforme à une moitié, quel que soit le nombre d'enfants laissés par le défunt et, ce conformément à l'article 913 nouveau du Code civil. Ainsi, en présence d'un enfant, la réserve individuelle sera, comme aujourd'hui, d'une moitié. Elle ne sera plus que d'un quart par enfant en présence de deux enfants, d'un sixième en présence de trois enfants, d'un huitième en présence de quatre enfants, ...

L'article 913, §2 nouveau du Code civil confirme que sont compris sous le nom d'« enfants », les descendants en quelque degré que ce soit étant entendu que ces descendants ne sont comptés que pour l'enfant auquel ils se substituent dans la succession du disposant.

II. Le pacte « global »

L'article 1100/7 du Code civil insère la possibilité pour le défunt de conclure un pacte successoral global avec ses héritiers présomptifs en ligne directe descendante.

Ce pacte a pour vocation de constater l'existence d'un équilibre entre les héritiers présomptifs eu égard notamment aux donations et aux avantages que leur père et/ou leur mère leur a respectivement consentis antérieurement au pacte, en avance d'hoirie ou par préciput et hors part, aux donations et avantages consentis aux termes du pacte lui-même et, le cas échéant, à la situation de chacun des héritiers présomptifs.

Le pacte successoral global peut concerner la succession d'un parent uniquement ou les successions des deux parents.

A. Les parties

1. Les personnes qui doivent obligatoirement comparaître

Les personnes suivantes doivent comparaître au pacte successoral global :

- dans l'hypothèse où le pacte successoral concerne les successions des deux parents : les père et mère et l'ensemble de leurs héritiers présomptifs en ligne directe descendante (communs et non communs) ;
- dans l'hypothèse où le pacte successoral concerne la succession d'un seul parent : le parent en question et l'ensemble de ses héritiers présomptifs en ligne directe descendante.

Pour être valable, un pacte successoral global doit ainsi réunir la signature de l'ensemble des héritiers présomptifs en ligne directe descendante sur la base des règles de dévolution légale applicable si le père et/ou la mère venait à décéder le jour du pacte. Si un seul des héritiers concernés refuse de signer le pacte, il n'est pas envisageable de conclure valablement un pacte successoral global.

Un pacte successoral ne peut être conclu avec des héritiers présomptifs en ligne directe ascendante ou en ligne collatérale (par exemple entre une tante et ses neveux).

2. Les personnes qui peuvent comparaître

Les personnes suivantes peuvent comparaître au pacte successoral global :

- Les enfants du conjoint ou du cohabitant légal (à l'exclusion de ceux du cohabitant de fait), dans le cadre d'une famille recomposée. L'article 1100/7, § 5 du Code civil prévoit que « sans préjudice de l'équilibre entre les héritiers présomptifs en ligne directe descendante signataires du pacte (...), le disposant peut également, aux termes du pacte, allouer un ou plusieurs enfants de son conjoint ou cohabitant légal ».

Le consentement des parties au pacte emporte renonciation, dans le chef de chacune d'elles, à l'action en réduction portant sur les libéralités visées par le pacte (art. 1100/7, § 6 du Code civil) si celles-ci devaient porter atteinte à leur « réserve ».

- Le conjoint du disposant peut intervenir au pacte pour y consentir (art. 1100/7, § 7 du Code civil). Sauf disposition contraire contenue dans le pacte, le consentement de celui-ci emporte renonciation, dans son chef, à l'action en réduction à l'égard des libéralités visées dans le pacte. Ainsi, l'intervention du conjoint n'est conçue qu'en vue de consentir aux donations réalisées aux héritiers en ligne directe. Il n'est pas question du contraire (un consentement, par les héritiers en ligne directe, relatif aux donations consenties au conjoint).

Dès lors que le texte prévoit que cet effet s'applique « sauf disposition contraire contenue dans le pacte », les parties au pacte pourraient convenir que le consentement du conjoint du disposant n'emporte pas la renonciation à l'action en réduction ou ne les emporte que dans une certaine mesure.

B. L'objet du pacte

1. Constat d'un équilibre

Le pacte a pour vocation de constater l'existence d'un équilibre entre les héritiers présomptifs eu égard notamment :

- Aux donations que leur père ou leur mère leur a respectivement consenties antérieurement au pacte, en avance d'hoirie ou par préciput et hors part. Ce pacte successoral peut concerner des donations réalisées avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 31 juillet 2017, c'est-à-dire avant ou après le 1^{er} septembre 2018.
- Aux avantages que leur père ou leur mère leur a respectivement consentis antérieurement au pacte. L'article 1100/7, § 1^{er}, al. 2, stipule en effet qu'« à l'effet de constater cet équilibre, les parties peuvent convenir d'assimiler à des donations d'autres avantages consentis aux héritiers présomptifs antérieurement au pacte ou aux termes du pacte lui-même ». Il ne s'agit donc pas d'une obligation mais bien d'une possibilité.

Les avantages ne sont pas juridiquement des donations mais, selon les termes de l'article 1100/7, § 1^{er}, al. 2, les parties peuvent convenir d'assimiler de tels avantages à des donations. Il pourrait s'agir du paiement de frais d'études ou de formation à l'étranger d'un héritier, de l'occupation gratuite d'un immeuble...

- Aux donations et avantages consentis aux termes du pacte lui-même aux héritiers présomptifs en ligne directe.
- Aux créances au moyen desquelles un ou plusieurs héritiers présomptifs est (sont) alloti(s) aux termes du pacte. L'article 1100/7, § 1, al. 3, nouveau du Code civil précise en effet que « Le pacte peut également allotir un ou plusieurs héritiers présomptifs en ligne directe descendante au moyen d'une créance à charge des parties expressément désignées par le pacte ».

Cette créance peut être payée immédiatement ou à terme (du décès le cas échéant).

Il faudra songer à préciser dans le pacte les modalités de paiement de cette créance et à constituer, le cas échéant, des garanties de paiement de cette créance.

- Le cas échéant, à la situation de chacun des héritiers présomptifs (art. 1100/7 nouveau du Code civil). Cela signifie que l'équilibre à atteindre est subjectif et qu'il doit être adapté à la situation concrète de chacun des héritiers. Ainsi, les travaux parlementaires précisent qu'il est envisageable qu'un héritier présomptif en ligne directe descendante estime qu'il est justifié qu'il reçoive considérablement moins que les autres d'un point de vue mathématique, voire qu'il ne lui soit rien attribué du tout, parce que sa situation personnelle et/ou professionnelle le permet.

L'établissement du pacte successoral ne suppose pas nécessairement l'existence d'une égalité parfaite entre les héritiers présomptifs mais, à tout le moins, l'existence d'un équilibre entre eux, lequel est apprécié subjectivement.

Lorsque le pacte concerne la succession des deux parents, l'équilibre peut être atteint en tenant compte globalement des donations et avantages respectivement consentis par chacun des disposants (art. 1100/7, § 2 du Code civil). Ainsi, le pacte peut constater un équilibre si un enfant a été gratifié par sa mère uniquement et l'autre par son père exclusivement mais qu'ils ont reçu un même montant au total.

2. Possibilité de saut de génération

Le nouvel article 1100/7, § 4, nouveau du Code civil organise légalement le saut de génération dans le cadre de l'établissement du pacte global.

Ainsi, chacun des héritiers présomptifs en ligne directe descendante du disposant peut consentir à ce que ses propres enfants soient allotés en ses lieu et place. Toutefois, dans cette hypothèse, la loi impose que

l'ensemble des enfants de l'héritier présomptif désireux de voir la génération suivante gratifiée en ses lieu et place, soit comprise dans le pacte.

Exemple : pacte relatif à la succession future de Raymond.

Un de ses héritiers présomptifs = son fils = Frédéric.

Frédéric a deux enfants = Jules et Juliette

Dans la succession de l'héritier présomptif en ligne directe descendante (Frédéric) qui a consenti à ce que ses propres enfants (Jules et Juliette) soient allotis en ses lieu et place, les biens que ceux-ci ont reçus du disposant (Raymond) sont traités comme s'ils les tenaient de leur auteur direct (Frédéric). La renonciation, par l'héritier en ligne directe descendante (Frédéric) à être alloti personnellement au bénéfice de ses propres enfants (Jules et Juliette), est ainsi traitée comme une donation indirecte consentie par lui à ces derniers, laquelle donation indirecte (présumée rapportable) devra dès lors être prise en compte lors de la liquidation de la succession de l'héritier présomptif ayant accepté le « saut de génération ».

3. Mentions

L'article 1100/7, § 1er, al. 4 du Code civil prévoit que le pacte doit :

- Mentionner l'ensemble des donations et avantages actuels ou antérieurs pris en compte. Ceci implique que ces donations et avantages soient valorisés. L'article 1100/7, § 9 du Code civil indique que ladite valorisation est définitive. Si une donation n'est pas mentionnée dans le pacte, celle-ci sera susceptible de réduction.
- Décrire l'équilibre tel qu'il est conçu et accepté par les parties. Il convient par conséquent d'expliquer comment l'équilibre atteint a été justifié, à la lumière notamment de la situation de chacun des héritiers.

C. Les effets du pacte

1. À l'égard des parties

En vertu de l'article 1100/7, §6 du Code civil, le consentement des parties au pacte emporte renonciation, dans le chef de chacune d'elles, à demander le rapport et la réduction portant sur les libéralités mentionnées dans le pacte.

Si une des parties du pacte est un enfant mineur, son consentement au pacte n'entraîne pas les effets susmentionnés (à savoir la renonciation au rapport et à l'action en réduction) à l'égard des donations visées dans le pacte et consenties à ses cohéritiers. Le consentement a en revanche lesdits effets à l'égard des donations visées dans le pacte et consenties au mineur (art. 1100/7, § 6, al. 2, nouveau du Code civil).

En outre, le pacte global ne peut être rescindé pour lésion.

2. À l'égard des tiers

L'article 1100/7, § 6, al. 3 et 4 prévoit que, nonobstant la renonciation à l'action en réduction, la valeur des donations (et pas les avantages) mentionnées dans le pacte reste comprise dans la masse de calcul de l'article 922 du Code civil. Le montant de la quotité disponible ne sera dès lors pas affecté par l'existence d'un pacte successoral global.

Dans le prolongement de cette idée, l'alinéa 4 de l'article 1100/7, § 6, confirme le principe selon lequel l'existence d'un pacte global doit demeurer sans incidence sur la situation des tiers ayant bénéficié de libéralités de la part du *de cuius*. Ainsi, les libéralités visées dans le pacte devront, bien qu'elles ne sont pas susceptibles de réduction, être imputées, à leur date (sur la réserve globale s'il s'agit de libéralités rapportables et sur la quotité disponible s'il s'agit de libéralités non rapportables), afin que l'existence d'un pacte global demeure sans incidence sur les libéralités consenties au bénéfice de tiers.

Exemple

- Monsieur X décède en 2020 – deux enfants

BE : 20.000 € (pas de dettes)

Donations :

- en 2002 : 40.000 € (montant indexé) à un tiers
- en 2007 : 8.000 € (montant indexé) à E1, hors part

- En 2019 : pacte global visant la donation à E1.

- Masse de calcul = 20.000 € (BE) + 40.000 € (donation 2002) + 8.000 € (donation 2007) = 68.000 €

QD = 34.000 €

Le défunt a donné en tout 48.000 €, soit un excédent de 14.000 € par rapport à la QD

Ordre de réduction = en principe, d'abord celle de 2007 (réduction intégrale à concurrence de 8.000 €), puis celle de 2002 pour 6.000 €

MAIS : pacte global Donation de 2007 = immunisée pas réduite

Toutefois, la donation de 2002 ne subira pas une réduction plus importante
réduction de 6.000 € (et non de 14.000 €).

D. Formalisme

1. Les règles

Le législateur, conscient des pressions qui pourraient s'exercer sur les héritiers présomptifs en vue d'obtenir leur signature du pacte « global », a prévu un formalisme rigoureux (applicable en principe également aux pactes « ponctuels »).

L'article 1100/5, § 1^{er}, nouveau du Code civil pose toute d'abord le principe selon lequel tout pacte successoral ponctuel ou global doit faire l'objet d'un acte notarié.

L'article 1100/5, § 2, nouveau du Code civil reprend ensuite la procédure à respecter pour la conclusion d'un tel pacte :

- Le projet de pacte doit être communiqué par le notaire à chacune des parties.
- La communication du projet doit s'accompagner :
 - d'une information des parties quant à la possibilité, pour chacune d'elles, de faire choix d'un conseil distinct ou de bénéficier d'un entretien individuel avec le notaire instrumentant.
 - de la fixation d'une réunion à laquelle l'ensemble des parties sont conviées (étant entendu que les parties ne sont nullement contraintes s'y participer). La réunion ne peut être tenue avant l'écoulement d'un délai de 15 jours à partir du jour de la communication du projet de pacte.
 - Si, à l'issue de la réunion, le projet de pacte est modifié sur des éléments essentiels, les travaux préparatoires précisent qu'« un nouveau projet de pacte devra être adressé aux parties moyennant le respect d'un nouveau délai d'un mois entre ledit envoi et la signature du pacte. En revanche des modifications non essentielles ou de pure forme ne nécessitent pas la reprise du processus ab initio. L'appréciation de la portée des modifications qui seraient, le cas échéant, apportées au projet de pacte postérieurement à son envoi est laissée au notaire instrumentant, en concertation avec les parties ».
- La signature du pacte ne peut intervenir avant l'écoulement d'un délai d'un mois prenant cours à partir du jour de la réunion. Chaque partie peut demander l'intervention d'un autre notaire qui l'assistera lors de la réception de l'acte. La date d'envoi du projet du pacte ainsi que la date à laquelle s'est tenue la réunion doivent être mentionnées dans le pacte.

Le législateur a veillé, par ce processus, à laisser à chaque partie le temps de la réflexion.

Il ne peut être dérogé aux délais repris ci-dessus, même de l'accord des parties. Il n'est donc pas envisageable de signer un pacte successoral in extremis, c'est-à-dire dans les derniers jours ou semaines qui précèdent un décès.

E. Recours en annulation devant la Cour constitutionnelle

Un recours en annulation a été introduit par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone contre l'article 63 de la loi du 31 juillet 2017 qui a introduit (notamment) les articles 1100/5 et 1100/7 du Code civil. Selon l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, « les articles 1100/5 et 1100/7 combinés, permettent qu'il soit porté atteinte au principe d'égalité entre les enfants à l'occasion de la conclusion d'un pacte successoral entre les parents et les enfants ». Selon lui, « le législateur n'a pas pris en compte le risque, pourtant avéré, que l'objectif de garantir les intérêts de toutes les parties concernées ne soit pas atteint et que le pacte successoral conclu crée au contraire un déséquilibre réel entre les héritiers ». Il est fait reproche au législateur « de ne pas avoir prévu que chacune des parties doit être assistée par un conseil qui lui est propre, avocat ou notaire, de façon à prévenir le risque de profonds déséquilibres entre enfants ». Selon lui également, le notaire « n'est pas à même de conseiller chacune des parties indépendamment des autres ».

Le recours a été jugé recevable mais non fondé.

La Cour juge en substance que « le législateur a entouré la possibilité de conclure un pacte successoral de suffisamment de conditions et de règles procédurales visant à garantir que chaque partie au pacte est informée de la portée et des conséquences de celui-ci, ainsi que de la faculté dont elle dispose de se faire assister et conseiller adéquatement, de sorte que la disposition attaquée ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des héritiers présomptifs invités à participer à un pacte successoral ».

F. Illustrations

Voici quelques cas dans lesquels un pacte successoral « global » a été conclu.

1. Des parents ont fait des donations inégalitaires à leurs enfants sur une durée plus ou moins longue. Les donations sont identifiées et valorisées dans le pacte et l'équilibre est rétabli moyennant une donation complémentaire au profit de l'un ou de l'autre ou bien au moyen d'une créance à terme à charge d'un des enfants.
2. Des parents ont financé des études coûteuses au profit d'un de leurs enfants (études de pilote) et avaient compensé ce financement par une donation d'un même montant au profit de leur autre enfant. Le pacte global permet d'éviter que celui qui a reçu la somme d'argent doive « rapporter » et l'autre pas.
3. Des parents ont fait à un enfant une donation de leur exploitation agricole avec interdiction d'aliéner de leur vivant ladite exploitation. Ils ont fait à l'autre enfant donation d'une somme d'argent correspondant à la valeur de l'exploitation agricole. Le pacte global permet d'éviter tout décompte au jour du décès (selon les nouvelles règles applicables, l'exploitation agricole doit être valorisée au jour du décès – en raison de l'interdiction d'aliéner – et la somme d'argent doit être indexée).
4. Des parents ont épongé les dettes d'une fille prodigue qui a, par ailleurs, bénéficié d'avantages (notamment la mise à disposition gratuite d'un logement). Les autres enfants ont reçu des montants moindres. Les enfants acceptent de reconnaître l'existence d'un équilibre compte tenu de la situation particulière de leur sœur prodigue.

G. Freins à la conclusion d'un pacte successoral « global »

Il résulte d'une enquête menée par la Fédération des notaires auprès de notaires que 80% des notaires interrogés n'ont jamais eu ou rarement eu des demandes spontanées à ce sujet. Sans doute est-ce en partie par méconnaissance, en partie par désintérêt et en partie encore en raison de différents freins liés à la conclusion d'un pacte successoral « global ».

Quels sont ces freins ? J'ai interrogé personnellement différents notaires et avocats. Voici ce qu'ils ont m'indiqué comme « freins » et ce que j'ai pu personnellement constaté de ma propre expérience d'avocate.

1. Peur, dans le chef des enfants, que la démarche ne crée plus de conflits qu'elle en résoudra.
2. Prise de conscience, dans le chef des parents, du risque de conflits mais pas d'envie d'essayer de les résoudre anticipativement et/ou pas envie de songer à leur décès.
3. Crainte, dans le chef des enfants, que certains d'entre eux ne « jouent pas le jeu » et ne déclarent pas tout ce qu'ils ont reçu.
4. Difficultés relatives à la présence d'un « incapable ». Un incapable ne peut effectuer aucune renonciation (mais peut bénéficier d'une renonciation, d'où déséquilibre).
5. Réticences face aux frais engendrés par la conclusion d'un pacte : honoraires du notaire (et éventuellement, en amont, de l'avocat), incertitudes face à l'éventuel impact fiscal du pacte (les donations antérieures, reprises dans le pacte, ne sont pas taxées mais incertitude concernant la créance à terme de décès).
6. Réticences, dans le chef du notaire, en raison du temps consacré aux négociations sans certitude d'aboutir (et sans certitude de rentrer dans ses frais... le « time-sheet » étant très peu pratiqué).
7. Déception face à l'objet limité du pacte (pas de possibilité de procéder à la répartition des biens laissés au jour du décès).
8. Réticences face aux formalités très lourdes entourant la conclusion du pacte.
9. Absence de volonté de rechercher un équilibre (au contraire, volonté du « paterfamilias » de museler certains de ses enfants qui, par la signature du pacte, perdront la possibilité de demander le rapport et la réduction des libéralités).
10. Difficultés relatives à l'intervention des beaux-enfants, pas toujours par bien ressentie par les enfants (en raison de leur gratification face à laquelle ils s'engagent à ne pas invoquer leur réserve).
11. Difficultés relatives à la recherche d'un équilibre (qu'est-ce qui est équilibré ?) et/ou impossibilité pour le parent de rétablir cet équilibre par l'octroi de nouvelles libéralités (impossibilité financière ou impossibilité « psychologique », le parent craignant qu'on ne s'occupe plus bien de lui s'il consent de nouvelles donations).
12. Difficultés relatives au règlement de certaines questions (prise en charge des frais de notaire, quid de la résolution d'une donation visée dans le pacte en raison d'un droit de retour conventionnel activé en raison du prédécès de l'enfant donataire, quid en cas de l'existence d'une donation non révélée et découverte par après, quid en cas de nullité d'une donation, ...).

III. Le caractère d'ordre public international de la réserve

Ce point n'est pas réglé dans la loi et n'a fait l'objet d'aucune discussion, en amont du dépôt de la proposition de loi, au sein du groupe d'experts.

Ceci est regrettable compte tenu de l'article 35 du Règlement européen successions (n°625/2012) lequel permet au juge national d'écarter les effets d'une loi successorale étrangère si son application est « manifestement incompatible avec l'ordre public du for »²¹.

A notre connaissance, aucune décision n'a été publiée par rapport à cette question si ce n'est, déjà ancienne mais très « progressiste », rendue le 25 avril 1955 par la Cour d'appel de Liège et récemment (à nouveau) publiée, enrichie de l'éclairage précieux de J.-L. Van Boxstael. La Cour a jugé qu'une disposition de la loi étrangère (en l'espèce, la loi allemande, d'application à Malmedy durant l'occupation allemande pendant

21. Voy. notam. pour plus de précisions sur cette disposition, A. Bonomi et P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n°650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 575 et suiv. et V. Rosenau, « Le règlement successoral européen : la réserve et les pactes successoraux », in *Les après-midis d'études du CEFAP*, coll. Cahiers du CEFAP, Bruxelles, Larcier, 2015, pp.25 et suiv.

la seconde guerre mondiale) qui limite dans le temps²² le droit pour les héritiers réservataires d'exercer l'action en réduction des legs n'est pas contraire à l'ordre public international parce que les règles mêmes de la réserve héréditaire ne sont pas d'ordre public international.

Selon la Fédération royale du notariat belge, l'ordre public international ne peut être invoqué que dans des situations exceptionnelles, par exemple à l'encontre une loi étrangère qui consacrerait des discriminations entre les successibles, notamment en raison de leur religion, de leur sexe ou de leur naissance. Il n'est donc pas certain qu'elle considérerait que l'ordre public international permettrait au juge de refuser d'appliquer une loi étrangère qui ne connaîtrait pas la réserve héréditaire (à tout le moins si le droit étranger connaît d'autres mécanismes de protection tels qu'une créance alimentaire au profit de l'enfant dans le besoin).

22. En l'espèce, la prescription était de trois ans, à compter de la connaissance par l'ayant droit du cas d'hérédité et de la disposition qui lui cause préjudice et sans qu'on prenne en considération cette connaissance, par trente ans à partir du cas d'hérédité.

Contribution de Paul Tour-Sarkissian

Avocat aux barreaux de New York et de Californie, États-Unis

TOUR-SARKISSIAN LAW OFFICES, LLP

211 GOUGH STREET, THIRD FLOOR
SAN FRANCISCO, CALIFORNIA 94102
TELEPHONE (415) 626-7744
FACSIMILE (415) 626-8189
Email paul@tslo.com

From the desk
of Paul Tour-Sarkissian
Member of CA and NY Bars;
Certified in estate planning, probate
and trust

San Francisco, le 4 septembre 2019

Groupe de travail sur la réserve héréditaire
Bureau du droit des personnes et de la famille
Sous-direction du droit civil
Direction des affaires civiles et du sceau
Ministère de la justice
13, Place Vendôme - 75042 Paris cedex 01

Ref. Audition devant le groupe de travail portant sur la réserve héréditaire

Chère Madame, Cher Monsieur,

En réponse à votre invitation pour une audition, j'ai l'honneur de vous soumettre par écrit mes observations générales sur la réserve héréditaire en France et la liberté de tester pratiquée aux États-Unis.

En une première partie, je vous présenterai brièvement les règles de droit américain sur la liberté de tester et les limites établies à cette dernière par les États pour la protection de la famille. En une deuxième partie, je vous communiquerai mon opinion sur les avantages et désavantages de la liberté de tester (me basant sur une approche comparative entre les principes régissant le droit américain et le droit français),¹ et son impact sur la philanthropie.

¹ Notons que la pratique générale de ne pas déshériter ses enfants n'est pas basée sur les contraintes légales et fiscales, comme en France, puisqu'elle s'observe pareillement aux États-Unis, où de telles contraintes n'existent pas. Elle traduit plutôt aujourd'hui, dans les deux pays, le désir des parents de préserver les liens familiaux et la paix au sein de la famille.

I. Absence de la réserve héréditaire aux Etats-Unis

Pour le droit américain et les systèmes soumis à l'influence anglaise, l'attachement à la liberté testamentaire est essentiel.

A l'opposé, la transmission en France est une affaire de partage des biens au sein de la famille. La répartition égale des biens entre les enfants, aux capacités ou besoins souvent inégaux, est actuellement la règle. Les enfants bénéficient d'une « réserve » constituant une partie importante des montants transmis. La liberté de tester dans ou hors de la famille, ne concerne qu'une « quotité disponible » relativement limitée. La fiscalité, prélevée sur la part d'héritage reçue est fondée sur le droit du sang : elle dresse ainsi une véritable barrière successorale en faveur des transmissions en ligne. On est bien loin de *l'estate tax* pratiquée aux États-Unis où l'impôt progressif, pris sur le montant de la succession², renforce la liberté testamentaire, y compris la liberté de déshériter ses enfants.

A. Liberté de tester

En droit interne Français, la réserve héréditaire a une finalité de protection en matière familiale et individuelle, consacrant un devoir d'assistance tout en assurant une égalité minimale entre les héritiers. Cette notion de réserve héréditaire est inexistante dans certaines juridictions et notamment les pays de *Common Law*. Le droit américain dans son ensemble ignore la réserve héréditaire. La règle qui régit le droit américain est la liberté de disposer de ses biens³ et de choisir celui ou celle qui le succédera. Certains auteurs considèrent

² Les États-Unis perçoivent, au niveau fédéral, à la fois un impôt sur les donations entre vifs (*federal gift tax*) et sur les transferts à la suite d'un décès (*federal estate tax*). L'assiette fiscale de la *federal estate tax* et de la *federal gift tax* est déterminée par la valeur vénale (*fair market value*) du patrimoine transféré à la date du décès ou à la date de la donation. Notons que le transfert de patrimoine au conjoint survivant américain n'est pas imposé, en application de la « déduction maritale » (*marital deduction*).

³ RESTATEMENT (THIRD) OF PROP.: WILLS AND OTHER DONATIVE TRANSFERS § 10.1 cmt. a (2003); see also Robert H. Sitkoff, *Trusts and Estates: Implementing Freedom of Disposition*, 58 ST. LOUIS U. L.J. (2014) (“*The organizing principle of the American law of succession, both probate and nonprobate, is freedom of disposition.*”).

N.B En 1923, l'American Law Institute ("ALI") a été organisée dans le but de promouvoir la clarification et la simplification de la loi et sa meilleure adaptation aux besoins sociaux, pour assurer une meilleure administration de la justice, et pour encourager la poursuite de recherches juridiques de qualité. L'ALI est constitué de juges, d'avocats, et professeurs de droit. Depuis sa création, l'ALI s'est engagé dans la formulation de règles de droit qui constituent une partie intégrale du système juridique des États-Unis. En raison de la complexité et de la fragmentation de la jurisprudence aux États-Unis, les *Restatements* représentent un moyen de clarification et une reformulation des principes de droit applicables aux domaines qu'ils couvrent. Lors de sa création, l'ALI adoptait principalement les règles de droit applicables dans la majorité des États (*majority rule*) même lorsqu'il existait un consensus parmi ses membres pour dire que les règles adoptées par une minorité d'États (*minority rule*) étaient plus appropriées. A contrario, la pratique récente de l'ALI est d'adopter la position que ses membres considèrent la plus appropriée, même si celle-ci est adoptée par une minorité d'États. Les *Restatements* consistent donc à formuler les règles applicables, suivies de commentaires et d'exemples d'application. La règle qui prévaut généralement sur un sujet est indiquée et lorsqu'il existe un conflit, l'ALI adopte le point de vue qu'elle considère comme étant le plus juste.

Voir : <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=membership.membership>

la liberté testamentaire comme une conséquence logique du droit de propriété, d'autres l'associent au droit naturel. C'est pourquoi la volonté du propriétaire y est prédominante.

Le droit successoral américain accorde au donateur un droit presque illimité de disposer de ses biens comme bon lui semble.⁴ Il privilégie « la volonté du donateur » en tant qu'élément principal pour l'interprétation d'un instrument en matière de donation ou succession.⁵

« La loi n'accorde aux tribunaux aucun pouvoir général lui permettant de remettre en cause la sagesse, l'équité ou le caractère raisonnable des décisions du donateur quant à la répartition de ses biens ». ⁶ Le droit successoral a pour fonction de « faciliter plutôt que de régler ». ⁷

De même, l'*Uniform Probate Code* (UPC)⁸ prévoit que l'un des objectifs du Code est « de découvrir et de concrétiser la volonté d'un défunt dans la distribution de son patrimoine. »⁹

La liberté de disposer de ses biens s'applique aussi bien au testament qu'au trust.

Le *Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers* souligne toutefois que « le droit américain ne restreint la liberté de tester que dans la mesure où le donateur tente de prendre une décision ou d'atteindre un but prohibé ou limité par une règle de droit prépondérante. » Mais quels sont les dispositions et objectifs que la loi interdit ou restreint? Le *Restatement (Third) of Property* fournit une liste non-exhaustive des situations dans lesquelles la loi restreint la liberté testamentaire :

« Parmi les règles de droit qui interdisent ou restreignent la liberté de tester dans certains cas, figurent celles relatives aux **droits des époux**; droits des créanciers; restrictions déraisonnables à l'aliénation ou au mariage; dispositions favorisant la séparation ou le divorce; restrictions raciales ou autres restrictions catégoriques inacceptables;

⁴ Id. § 10.1 cmt. a

⁵ Id. § 10.1 ("[A] donor's intention is given effect to the maximum extent allowed by law.")

⁶ Id. § 10.1 cmt. c

⁷ Id.

⁸ Dans un effort d'uniformisation, un code commun, l'*Uniform Probate Code* (UPC), a été rédigé et proposé en 1969. Il a depuis été modifié, la dernière révision datant de 2010. Le souhait de ses rédacteurs était l'adhésion des 50 États à ce texte. Bien que cet objectif n'ait pas été atteint, l'UPC a toutefois permis de rapprocher partiellement les divers droits

⁹ UNIF. PROBATE CODE § 1-102(b)(2)

dispositions encourageant les activités illégales; et les règles contre les perpétuités et les accumulations. »

Dans chacune de ces situations, il existe une politique compensatoire consistant à ne pas suivre les souhaits du défunt. De la même manière, l'UPC restreint la liberté de tester dans plusieurs situations, y compris en présence de *l'elective share de l'époux survivant*, la règle contre les perpétuités (*rules against perpetuities*) et les droits des créanciers.

Les protections prévues généralement par les lois étatiques en faveur de l'époux survivant et des enfants (d'une manière beaucoup plus limitée) seront exposées ci-dessous.

B. Protection de l'époux survivant et des enfants

Le champ d'exercice de la liberté de tester se heurte aux règles de protection de l'époux survivant et subsidiairement des enfants.¹⁰ La liberté « illimitée » de tester ne permet pas d'assurer une protection économique minimale à l'époux survivant et aux enfants à la suite du décès. Pour cette raison, chaque État a mis en place un mécanisme de protection pour « corriger » la liberté absolue de tester. Donc, la conception purement personnelle du patrimoine est généralement limitée pour assurer la protection de la famille.

Soulignons toutefois que ces mécanismes ne suppriment pas la liberté de tester mais restreignent son exercice au profit de l'époux survivant et des enfants.

1. Protection de l'époux survivant

Le système juridique américain, aussi bien en droit civil qu'en droit fiscal, protège principalement l'époux survivant. Il existe deux principaux systèmes de droit régissant les régimes matrimoniaux. Une minorité d'États, principalement dans l'ouest des États-Unis, ont adopté le système de la communauté (*community property law*). Les autres États ainsi que Washington DC suivent le système du *common law* qui se rapproche d'un système séparatiste. Au décès de l'un des époux, les droits accordés au survivant dépendent du régime matrimonial applicable.

i. Protection de l'époux survivant dans le système de la communauté

- Dans les 9 États¹¹ qui ont adopté le système de *community property law*, la communauté est composée de tous les biens acquis à titre onéreux

¹⁰ Daniel B. Kelly, *Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante Versus Ex Post Justifications*, 82 Fordham L. Rev. 1125 (2013)

¹¹ Les 9 États sont les suivants : Arizona, Californie, Idaho, Louisiane, Nevada, New Mexique, Texas, Washington, et Wisconsin

pendant le mariage, quelque que soit le nom indiqué sur le titre d'acquisition. Les revenus des époux constituent des biens communs. Tous les biens que les époux acquièrent par succession, donation ou legs pendant le mariage leur restent propres. Les revenus de ces biens propres sont considérés généralement comme biens propres. Néanmoins, si l'époux se consacre à la gestion active de ses biens propres au détriment de la communauté, cette dernière aurait droit dans certains États à une compensation pour le temps consacré par l'époux au bénéfice de son propre bien au détriment de la communauté.

- L'époux survivant a droit à la moitié de la communauté. En l'absence d'un testament, l'époux survivant hérite de la moitié de la communauté du *de cuius*.

- Si le défunt a mis en place les instruments de transmission de son patrimoine avant son mariage, omettant ainsi son époux de son testament et/ou des bénéficiaires de son trust, le conjoint survivant (*pretermitted spouse*) peut réclamer la part de la communauté et quasi-communauté du défunt et jusqu'à la moitié de ses biens propres lors de sa succession.¹²

- De plus, l'époux survivant peut obtenir une allocation familiale durant l'administration de la succession (*family allowance*).¹³

ii. Protection de l'époux survivant dans le système de Common Law

- Les principes du *common law* sont dérivés du droit anglais où, à l'époque féodale, le mari était propriétaire de tous les biens matrimoniaux, et sa femme avait peu de droits pour accéder à la propriété, ne pouvant même pas léguer ses biens par testament. Encore aujourd'hui, dans les pays de *common law*, le conjoint qui a des revenus ou qui acquiert des biens en son nom les possède séparément et exclusivement, à moins, bien sûr, qu'il ne les transfère aux noms des deux époux. Ces États ont mis en place des protections empêchant un conjoint de déshériter l'autre.

- Le régime des États de *common law* est assimilable au régime de séparation de biens de droit français. Chaque époux reste propriétaire des biens qu'il acquiert au cours du mariage et de ses revenus. Les époux conservent l'administration, la jouissance et la libre disposition de leurs biens personnels. Chacun reste seul tenu des dettes nées de son chef, avant ou pendant le mariage.

- Dans les États de *common law*, le conjoint survivant a droit à une part réservataire entre un tiers et la moitié de la succession (*elective share*). Certains États prévoient que tous les biens du conjoint décédé, y compris ceux qui ont été transférés par d'autres moyens qu'un testament, sont intégrés dans le

¹² Par exemple voir CA Probate Code § 21610

¹³ Par exemple voir CA Probate Code §§ 6540 - 6545

calcul pour la détermination de la part de réserve du conjoint survivant. D'autres États incluent dans le calcul les biens de l'époux survivant (le total des biens retenus pour déterminer la part du conjoint survivant est appelé *augmented estate*). Ces États construisent une sorte de reconstitution du patrimoine cumulé des époux.¹⁴ Le principe de protection est commun à tous ces États mais les techniques et la mise en œuvre de cette protection diffèrent dans leurs méthodes de calcul et d'application. Ainsi, un époux ne pourrait léguer l'ensemble de son patrimoine personnel à un tiers que ce soit par le biais d'un testament ou d'un trust. Si le défunt ne laisse rien à son conjoint ou lui laisse moins que ce à quoi il aurait droit en vertu de la loi, le conjoint survivant a le choix entre ce qui est prévu dans le testament et le trust du défunt à son profit ou ce qui lui est réservé par la loi, d'où l'expression « *taking against the will* ».

- De plus, la plupart des États de *common law* offrent d'autres protections pour le conjoint survivant et les enfants. Ces protections varient d'un État à l'autre. En général, ces dispositifs visent à assurer que le conjoint et les enfants ne soient pas privés de tous revenus, en leur assurant une protection temporaire, tel que le droit d'occuper la maison familiale ou leur attribuer, à leur demande, une pension alimentaire raisonnable s'ils sont dans le besoin (*reasonable financial provisions for dependants*), ou s'ils ne reçoivent pas une part suffisante du de cujus, généralement à la discrétion du juge. Dans ce cas, le tribunal peut ordonner soit le versement unique d'une certaine somme soit un versement périodique des sommes déterminées durant l'administration de la succession. L'objectif est notamment de satisfaire les besoins alimentaires correspondant au niveau de vie. Ce système instaure une « soupape de sécurité », une sorte de créance alimentaire en fonction de la situation financière de la famille et de l'importance de la succession.

2. Protection plus limitée des enfants

- Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le système juridique américain attribue la plus grande importance à la liberté de tester. En général, les enfants, qu'ils soient légitimes, naturels ou adoptés, ne sont pas considérés comme des héritiers réservataires de leurs parents.

- En revanche, si les enfants ont été omis dans le testament ou trust "par inadvertance", ils ont droit à une part successorale légale. De plus, s'ils sont mineurs, ils pourraient avoir un droit à une pension alimentaire à prélever sur la masse successorale.

¹⁴ Ces règles sont héritées du droit anglais qui a mis en place une protection du conjoint survivant totalement déshérité à travers les concepts juridiques connus sous le nom de *dower* et *courtesy*, *dower* se référant aux droits d'une épouse survivante, et *courtesy* à ceux du mari survivant. À ce jour, l'ensemble des États de *common law* conservent certaines versions de *dower* et *courtesy*, même si beaucoup ont abandonné l'ancienne terminologie et prévoient simplement des droits de protection entre conjoints.

- De nombreuses juridictions ont adopté des règles qui permettent à un enfant connu comme *pretermitted child* de recevoir une partie de la succession. Certains États permettent à l'enfant de réclamer sa part ab intestat, tandis que d'autres limitent la part réservataire à un montant égal à celui prévu dans le trust ou le testament pour les autres enfants en vie lors de la rédaction du document. Cela peut être accompli en réduisant proportionnellement la part des autres enfants, ou en réduisant la part des non-membres de la famille. Une exception commune à de nombreux États interdit à un enfant déshérité (*pretermitted child*) de réclamer une part de la succession si le défunt cède la quasi-totalité de la succession à son conjoint survivant et celui-ci est l'un des parents de l'enfant déshérité. Certaines juridictions offrent les mêmes droits à un enfant qui a été déshérité parce que, bien que né avant que le testament ou le trust n'aient été exécutés, le défunt ne connaissait pas son existence. Par exemple, si le défunt pensait que l'enfant était décédé ou s'il a adopté l'enfant déshérité après avoir mis en place son trust et rédigé son testament.¹⁵

- La Louisiane, ayant conservé une grande partie du droit civil français, est le seul État des États-Unis qui a conservé la part réservataire des enfants. Tous les enfants de moins de 24 ans ou enfants handicapés ou incapables, ont le droit de recevoir une part réservataire, appelé la légitime, sauf si l'enfant commet un crime grave, ne communique pas avec le parent pendant deux ans, l'accuse injustement d'un crime grave, se marie sans l'autorisation de ses parents durant sa minorité, ou même s'imisce dans la tentative d'un parent de rédiger son testament.

- Un enfant conçu après la mort d'un parent pourrait avoir droit à une part réservataire. Avec l'évolution rapide des technologies médicales, il est désormais possible pour un enfant d'être conçu après le décès de la mère ou du père biologique (*posthumously conceived children*). Si le sperme ou les embryons sont congelés avant le décès du père ou de la mère et par la suite utilisés pour amorcer une grossesse, un enfant peut naître d'un père déjà décédé. De même, l'embryon peut être porté par une autre femme bien après le décès de la mère biologique. En raison de cette évolution médicale, des litiges ont surgi auprès les tribunaux dans de nombreux d'États, produisant des résultats souvent contradictoires. Dans certains États, les *posthumously conceived children* pourraient, alors qu'ils ne sont pas mentionnés dans le trust ou le testament du défunt, hériter de leur mère ou père biologique même si le testament ou le trust du défunt les avait omis.¹⁶

¹⁵ Un testament ou un trust peut cependant contenir une clause qui déshérite explicitement les héritiers inconnus au moment où le testament ou le trust est exécuté, ou bien les héritiers qui ne sont pas nommés dans le testament. Un *pretermitted child* peut également être privé du droit de bénéficier des dispositions testamentaires s'il a reçu du défunt une donation entre vifs d'un montant équivalent à ce que l'enfant pourrait recevoir en tant que *pretermitted child*.

¹⁶ Cal.Prob.Code § 249.5

II. Avantages and inconvénients de la liberté testamentaire

A. La liberté de tester, est-ce une bonne idée ?

La plupart des juristes américains mettent l'accent sur la liberté testamentaire qui est ancrée dans le droit positif et justifiée par des considérations fonctionnelles.¹⁷

Cette perspective se base sur la « protection sociale » des parties et cherche à déterminer les meilleurs moyens d'incitation, aussi bien au donateur qu'au donataire. Dans le cadre de cette approche économique ou fonctionnelle, il existe plusieurs raisons pour privilégier la liberté testamentaire.¹⁸ Toutefois, même ceux qui favorisent ladite liberté jugent que même si le droit positif doit être une transposition du droit naturel, il doit respecter certaines règles morales, notamment celles de protéger la famille, et spécialement l'époux survivant.

1. Le plein respect des souhaits du donateur tend à optimiser le bonheur de ce dernier.

Les auteurs américains en majorité jugent que la liberté de tester optimise la satisfaction des donateurs. Comme Edward Halbach l'affirme,

« [L]a société devrait se préoccuper de la qualité globale du bonheur qu'elle puisse offrir, et pour beaucoup de ses membres, c'est une grande source de confort et de satisfaction de savoir de son vivant, que même après sa mort, ceux qu'on aime peuvent être en mesure de jouir d'une meilleure vie grâce à l'héritage qui puisse leur être légué. »¹⁹

« Léguer un bien est tout simplement un moyen de l'utiliser. »²⁰ Par conséquent, l'interférence avec les legs « tend à réduire l'utilité à la personne » parce qu'une personne « tirera moins d'utilité du bien qu'elle souhaite léguer mais en est empêchée. »²¹

¹⁷ Pamela R. Champine, *My Will Be Done: Accommodating the Erring and the Atypical Testator*, 80 NEB. L. REV. 387, 432 (2001)

¹⁸ KELLY, *supra* à 1135

¹⁹ Edward C. Halbach, Jr., An Introduction to Chapters 1–4, in DEATH, TAXES AND FAMILY PROPERTY 3, 5 note 6 (Edward C. Halbach, Jr. ed., 1977)

²⁰ Steven Shavell, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 71 (2004) p. 65, note 10

²¹ 53. *Id.*; voir aussi Gordon Tullock, Inheritance Justified, 14 J.L. & ECON. 465, 474 (1971) (“*Individuals before their death would be injured if they are prohibited from passing on their estate to their heirs because it eliminates one possible alternative which they might otherwise choose.*”)

Dans la mesure où les intérêts d'un donateur peuvent converger avec ce qui est socialement optimal, le donateur aura une incitation à promouvoir le bien-être social.²²

L'argument principal pour restreindre la liberté testamentaire est l'équité intergénérationnelle. Cette équité n'est pas pleinement pratiquée aux États-Unis. Les lois visent principalement à assurer que les enfants ne sont pas privés de tous revenus en leur procurant une protection temporaire au décès du défunt. Les États protègent principalement l'époux survivant à des niveaux différents (voir ci-dessus).

Il est souvent dit que la réserve garantit la solidarité familiale en prolongeant l'obligation alimentaire dans la succession. Mais contrairement à la solidarité alimentaire du vivant, la réserve n'est pas subordonnée à la condition financière de l'héritier réservataire ni à son dévouement envers le défunt. Cette approche n'est pas pratiquée aux États-Unis.

En règle générale, les américains transmettent leur patrimoine à leurs enfants, tout en préservant la liberté de les déshériter. La liberté de tester, malgré les « garde-fous » mise en place pour la protection de l'époux survivant et plus rarement des enfants, est un principe fondamental en droit successoral américain.

2. La liberté de tester promeut le désir d'accumuler un patrimoine

La liberté testamentaire promeut l'augmentation du patrimoine. « Une personne ne travaillera pas aussi dur pour accumuler un actif si elle ne peut pas léguer comme elle le veut. »²³ Certains commentateurs considèrent que la liberté de tester encourage l'épargne et les « activités productives. »²⁴

« Si un donateur a la liberté de tester, l'incitation à travailler, à épargner et à investir converge avec le résultat optimal. »²⁵

3. La liberté de tester facilite la libre circulation des biens

La liberté de tester promeut la libre circulation des biens. L'argument principal contre la réserve est d'ordre économique et consiste principalement à affirmer qu'elle entrave la libre circulation des biens en empêchant le défunt de

²² KELLY, *supra* p. 1135-1138

²³ Shavell, *supra* p. 65 note 10

²⁴ Halbach, *supra* à 4 note 6 ; Jeffrey E. Stake, Darwin, *Donations, and the Illusion of Dead Hand Control*, 64 TUL. L. REV. 705, 749 (1990); voir aussi Robert C. Ellickson, *Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights*, 64 WASH. U. L.Q. 723, 735-63 (1986); KELLY, *supra* p. 1136

²⁵ *Id.*

disposer librement de sa succession. Elle aggrave ainsi les inégalités de patrimoine. En dressant un mur successoral, la réserve héréditaire vise à favoriser la famille du défunt en limitant la part du patrimoine que le défunt pourrait ou voudrait léguer en dehors de sa famille.

En imposant le lignage familial au-dessus de la liberté individuelle, la réserve héréditaire préserve le patrimoine au sein de la famille, sans tenir compte de la condition économique des héritiers réservataires et les relations que ces derniers entretenaient avec le défunt.

4. Le vieillissement de la population renforce les arguments en faveur de la liberté testamentaire

La transformation de la société moderne favorise la liberté de tester, car la réserve héréditaire ne présente plus la fonction économique traditionnelle qui justifiait son application. Auparavant, la succession permettait aux enfants de s'établir à un jeune âge. De nos jours, l'utilité de la réserve est fortement amoindrie, car les enfants héritent de leurs ascendants beaucoup plus tard qu'auparavant. L'héritage ne représente plus le coup de main qui était utile et parfois nécessaire aux enfants au début de leur vie active, au moment où ils en avaient le plus besoin.

5. Un donateur est plus qualifié que le juge ou le législateur à déterminer la répartition optimale de ses biens entre les membres de sa famille ou autres donataires de son choix

A priori, une personne possède de meilleurs renseignements qu'un législateur ou un juge sur la condition économique des membres de sa famille et les autres donataires de son choix, ainsi que la manière la plus optimale de léguer ses biens. Les tribunaux n'ont ni le temps ni la capacité institutionnelle d'enquêter les circonstances de chaque défunt pour déterminer la répartition optimale du patrimoine de ce dernier.²⁶

6. La liberté testamentaire est plus facile à gérer

Le droit des successions en France est un droit factuel qui soulève de nombreuses problématiques. Par exemple, un testateur en France pourrait déshériter par testament ses héritiers réservataires du montant de la quotité disponible. Il conviendra alors de déterminer la proportion du patrimoine réservé aux héritiers réservataires, ainsi que la part de chacun, tout en prenant en considération les donations effectuées par le défunt de son vivant (pour l'imputation des libéralités). En l'absence de la réserve héréditaire (ce qui est le cas aux États-Unis), le règlement de la succession devient plus facile. En

²⁶ KELLY, supra à 1136-1137

France, si les enfants héritiers réservataires estiment que la succession de leurs parents porte atteinte à leur réserve héréditaire, ils peuvent intenter une action en réduction pour faire rétablir leurs droits. Dans le système américain, l'action en réduction ne leur serait pas disponible en de telles circonstances.²⁷ En France, les donations ou legs consentis par le défunt avant son décès peuvent aussi être annulés à posteriori par les enfants au nom de leur réserve héréditaire. L'action en annulation ne leur serait pas accessible aux États-Unis sans prouver un vice de consentement.

7. La liberté de tester permet d'éviter l'indivision

Le décès d'une personne fait naître souvent une indivision entre les héritiers réservataires. Chacun devient propriétaire d'une fraction non individualisée des biens composant la succession. La liberté de tester permet souvent d'éviter un tel morcellement des héritages en permettant le testateur de déterminer la distribution de ses biens d'une façon optimale, en fonction de la composition de son patrimoine et de sa famille. Le testateur est alors plus apte à décider qui doit recueillir ses biens pour éviter les conflits familiaux.

8. La liberté de tester permet d'éviter une société d'héritiers ou de bénéficiaires de trust

Durant mes 33 ans de pratique du droit, j'ai remarqué que le souci majeur de mes clients a souvent été que leurs enfants compteraient sur la fortune de leurs parents et ne seraient pas assez motivés pour réussir et percer dans la vie. Selon les défenseurs de la réserve héréditaire, cette dernière permet de garantir la solidarité familiale en soulageant la solidarité nationale. On pourrait opposer à cet argument que la réserve pourrait encourager dans certaines familles le manque de motivation des héritiers réservataires, et ceci porterait atteinte aussi bien aux intérêts des enfants qu'à la société en général qui aurait en conséquence moins de membres productifs. La cession automatique du patrimoine à ses enfants assure qu'il reste entre leurs mains. Mais elle pourrait permettre ainsi de perpétuer une société d'héritiers et de rentiers, en limitant l'esprit d'entreprise. La succession devient une forme automatique d'acquisition de la propriété, en circonscrivant la circulation du patrimoine à l'intérieur de la famille.

9. La liberté de tester permet d'encourager les enfants à prendre soin de leurs parents, mais elle est souvent perçue comme un « instrument de tyrannie domestique »

Il est souvent dit que la réserve protège les enfants contre un risque d'abus d'autorité de leurs ascendants. La liberté de déshériter peut constituer un instrument de tyrannie domestique. On pourrait opposer à cet argument qu'en

²⁷ En général, les délais prévus par la loi pour contester un trust ou un testament sont beaucoup plus courts aux États-Unis.

imposant le lignage familial au-dessus de la liberté individuelle, la réserve ne donne aucun « encouragement » aux héritiers réservataires de se rapprocher de leurs parents et de les assister durant leur vieillesse ; la cohésion familiale en pâtit.

Ce sujet soulève des questions philosophiques et morales concernant les relations intergénérationnelles, et le devoir des descendants et ascendants durant les différentes phases de leur vie. Une discussion plus développée à ce sujet dépasse la portée de cette étude.

B. La liberté de tester favorise la philanthropie

La philanthropie est très répandue aux États-Unis.²⁸ Avec un budget qui dépasse celui du Pentagone, elle touche toutes les dimensions de la société et fait partie intégrante de la vie quotidienne des Américains.²⁹ La liberté testamentaire en droit successoral et les règles fiscales applicables en la matière renforcent la culture philanthropique.

Aux États-Unis, la philanthropie repose forcément sur l'exercice par une personne de sa liberté de disposer de son patrimoine comme elle le souhaite. Chacun a donc la possibilité d'utiliser son patrimoine pour servir une cause plus générale que sa propre famille.

Les américains ont donné plus de 427,71 milliards de dollars en 2018 (une augmentation de 0.7% de l'année précédente) aux associations et autres organismes d'intérêt général. Il est évident que la réserve héréditaire aurait freiné ou ralenti la culture philanthropique en plaçant des limites sur la liberté de choisir les légataires et en imposant une transmission linéaire et obligatoire du patrimoine. La souplesse de la liberté de tester permet à ceux qui le souhaitent de donner davantage au service de l'intérêt général, sans être fiscalement pénalisés avec des taux plus élevés.

Plusieurs études statistiques, utilisant principalement des données américaines, confirment que la baisse d'impôts a un effet incitatif en philanthropie. Mais la

²⁸ « Pour comprendre les États-Unis, il faut d'abord comprendre ce qu'est le philanthropisme », explique l'écrivain Guy Sorman, auteur du livre *Le Coeur américain* (2013). Selon lui, pas moins de 90% des Américains s'y adonnent. <https://frenchmorning.com/philanthropisme/>

²⁹ *La Philanthropie en Amérique, Argent privé, Affaires d'État*, Olivier Zunz, Fayard (2012) <https://journals.openedition.org/transatlantica/5883>; « La philanthropie est une pratique sociale et politique née en Europe et développée aux États-Unis. L'État français a longtemps contenu ces corps intermédiaires dont les intérêts particuliers étaient entourés de suspicion en ce qu'ils concurrençaient l'administration centrale sur le terrain de la production de l'intérêt général. La France et les États-Unis sont traditionnellement opposés quant à la forme de l'État, la religion dominante et la conception de la démocratie. https://www.academia.edu/35788065/La_philanthropie_aux_%C3%89tats-Unis_et_en_France; *Philanthropie culturelle et économie du don aux États-Unis Un modèle exportable ?* Laurent Mellier (2009) https://www.centre-francais-fondations.org/ressources-pratiques/bibliographie/philanthropie-culturelle-et-economie-du-don-aux-etats-unis-un-modele-exportable/at_download/file

fiscalité n'est pas à l'origine du développement de la philanthropie aux États-Unis. Plusieurs facteurs expliquent sa prédominance. Le premier est d'origine culturelle. Le statut de philanthrope est valorisant aux États-Unis. Les Américains, à partir d'un jeune âge, participent à des activités philanthropiques. Dans certains États, leur scolarité comprend des heures de bénévolat qu'ils doivent compléter avant d'être admis à l'université.³⁰ La philanthropie n'est pas seulement une affaire des super-riches mais une pratique populaire aux États-Unis: Les dons des particuliers représentent approximativement 68% du montant total des dons.³¹ Le total des donations s'élève à 2.1 % du PIB.³² Les moyens de stimuler les dons de particuliers en faveur des associations et des œuvres philanthropiques seraient donc de développer la culture du mécénat, tout en offrant des outils favorables en droit civil et fiscal. En France, sauf renoncement expresse des héritiers à leur droit de réserve, un philanthrope ne peut pas choisir de donner ou de léguer la majorité ou l'intégralité de sa fortune à une œuvre d'intérêt général. Pour cela, une exception à la réserve ou une réduction de celle-ci pourrait être envisagée pour offrir la liberté et la flexibilité de tester en faveur de la philanthropie.

Je me tiens à votre entière disposition pour tout complément d'information.

Veillez agréer, Madame, Monsieur, mes salutations distinguées.

Paul Tour-Sarkissian

Paul Tour-Sarkissian

Avocat à la Cour

³⁰ Approximativement, 77 million d'américains, soit 30% de la population adulte, participent à des actions bénévoles. <https://www.nptrust.org/philanthropic-resources/charitable-giving-statistics/>

³¹ <https://givingusa.org/giving-usa-2019-americans-gave-427-71-billion-to-charity-in-2018-amid-complex-year-for-charitable-giving/>

³² <https://www.nptrust.org/philanthropic-resources/charitable-giving-statistics/>

Contribution de Guillaume Wicker

Professeur de droit privé à l'Université de Bordeaux,
Directeur de l'Institut de Recherche en Droit des Affaires
et du Patrimoine (IRDAP)

I. Les fondements actuels de la réserve héréditaire

Les fondements actuels de la réserve héréditaire peuvent être envisagés à partir du triptyque : solidarité, liberté, égalité.

La solidarité – Traditionnellement, l'institution de la réserve héréditaire était fondée sur le souci d'assurer la conservation des biens dans la famille. Cela correspondait à une société encore très largement rurale où l'essentiel d'un patrimoine était composé de biens immobiliers, le plus souvent de nature agricole, dont il convenait d'assurer la transmission au bénéfice de la famille puisque ces biens étaient de nature à satisfaire les besoins les plus essentiels. Actuellement, le développement des biens mobiliers, l'intensification des échanges économiques et la mobilité géographique des personnes font que l'intérêt d'un patrimoine ne tient plus tant à l'identité des biens qui le composent qu'à sa valeur globale. C'est au demeurant ce qui a justifié que la réduction des libéralités portant atteinte à la réserve se fasse désormais en valeur et non plus en nature. Pour autant, même si la forme en a changé, la réserve héréditaire demeure en tant qu'expression d'un devoir de solidarité intergénérationnelle.

D'une part, en dépit d'exemples certes éclatants mais rares, même les fortunes créées trouvent généralement à leur base un apport familial, même si celui-ci est limité. Ainsi, notamment, l'achat d'un bien immobilier n'est souvent rendu possible que grâce à un apport familial qui rend possible l'accès au crédit. Par ailleurs, et plus généralement, l'idée souvent avancée que la réserve ne se justifierait plus à une époque où la plus grande part d'un patrimoine provient des revenus du travail néglige ce fait que de nouveau, depuis quelques années, les revenus du capital représentent à l'échelle nationale une part plus importante que les revenus du travail.

D'autre part, même si les transmissions familiales interviennent au bénéfice d'héritiers ayant atteint un âge plus avancé qu'autrefois, cela ne signifie pas qu'est disparue leur fonction de solidarité interindividuelle. Simplement, là où auparavant la transmission héréditaire était le moyen d'établir les héritiers – encore que les donations en avancement de part successorale continuent de remplir cette fonction –, les transmissions actuelles sont le moyen d'assurer à l'héritier déjà âgé un capital lui permettant de prévenir sa situation éventuelle de dépendance.

Au demeurant, il convient de relever le caractère paradoxal de certaines critiques développées à l'encontre de la réserve héréditaire. Selon une philosophie d'inspiration libérale qui tend à accorder la primauté à la propriété, certains estiment que la réserve porterait une atteinte excessive au droit du propriétaire en ce qu'elle le priverait de la liberté de décider de l'attribution de ses biens pour après sa mort ; ce qui renvoie de fait la solidarité à la seule compétence de l'État. Or, là apparaît le paradoxe, car ce sont les mêmes qui demandent moins d'État, ou au moins une diminution des dépenses de l'État, et qui revendiquent une plus grande liberté de disposer en renvoyant la solidarité à la charge de l'État sans que les familles aient, dans la mesure de leur patrimoine, à en assumer la charge. Aussi bien, il convient d'observer qu'il y a quelque chose de spécieux à parler de solidarité imposée à propos de la réserve, car de deux choses l'une : soit il s'agit d'abandonner toute solidarité, ce qui n'est guère vraisemblable ; soit il s'agit de substituer à la solidarité familiale, interindividuelle, une solidarité collective par l'impôt, laquelle n'est pas moins imposée.

La liberté – Limitant la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit, la réserve apparaît de prime abord comme une institution qui porte atteinte à la liberté individuelle. Mais il ne s'agit pas de la liberté en général, mais bien plus spécialement de la liberté du *de cuius* pris en tant que propriétaire. En revanche, par d'autres aspects, la réserve héréditaire préserve la liberté, qu'il s'agisse de celle du *de cuius* comme de celle de ses héritiers.

S'agissant du *de cuius*, l'institution de la réserve est une protection contre la rapacité. Elle protège les personnes âgées contre les pressions de tous ceux qui cherchent à capter leur patrimoine : contre ceux de leurs enfants qui les pressent de les avantager au détriment de leurs frères et sœurs ; contre le marketing sans cesse plus agressif de certains groupements caritatifs.

S'agissant des héritiers, la réserve protège les enfants contre les parents qui visent à leur imposer des choix de vie – de carrière, de mœurs, de famille – par un chantage à l'héritage, lequel est d'autant plus puissant et efficace que le patrimoine est important.

L'égalité – Outre la protection des intérêts qui coexistent au sein de la famille, l'institution de la réserve héréditaire a aussi pour fondement le principe d'égalité entre héritiers, lequel ne se réduit pas à une dimension individualiste mais traduit également une conception politique de condamnation des privilèges. Destinée notamment à mettre fin aux pratiques d'ancien régime, la réserve a constitué le moyen de faire obstacle à un retour des privilèges de primogéniture et de masculinité. Or, à l'opposé de certaines assertions contemporaines, il est faux de croire que cette fonction politique de l'institution aurait disparu et qu'il n'y aurait plus lieu de lutter ou de prévenir les discriminations en matière successorale.

D'une part, la réserve permet aujourd'hui d'assurer l'effectivité du principe d'égalité des filiations ; et il y aurait fort à craindre que sa suppression ou son recul se réalise au détriment des enfants nés hors mariage, naturels ou adultérins, spécialement lorsque leur naissance n'a pas été voulue par le père. A quoi s'ajoute que la pratique constate, à l'occasion de remariages, une revendication croissante des nouveaux couples d'écarter de la succession les enfants des précédentes unions, soit au seul profit du nouveau conjoint, soit au profit des enfants du nouveau couple ; ce qui correspondrait, si la loi venait à le rendre possible, à une nouvelle forme d'inégalité des filiations.

D'autre part, dans un moment où se développent certains communautarismes d'inspiration religieuse, fondés sur une doctrine qui enseigne la primauté, y compris en matière successorale, de l'homme sur la femme, il y aurait à craindre qu'un effacement, total ou partiel, de la réserve ouvre la porte à une nouvelle forme de privilège de masculinité.

II – L'obstacle prétendu au mécénat et à la philanthropie et à la transmission des entreprises

A. Concernant le mécénat et la philanthropie

Le remplacement de l'ISF par l'IFI a eu pour conséquence une diminution des dons aux associations et fondations poursuivant un but d'intérêt général. Aussi bien l'idée a été avancée par certains que, pour favoriser la philanthropie et le mécénat, il conviendrait de supprimer la réserve héréditaire, ou au moins de la diminuer. Or ni l'expérience, ni aucune étude ne vient attester qu'une réforme de la réserve produirait un tel effet ; de sorte que cette idée, ne s'appuyant sur aucune donnée objective, procède en réalité de l'idéologie.

En matière d'ISF, les dons réalisés par les contribuables n'étaient pas le produit d'une intention libérale spontanée, mais représentaient en réalité une forme particulière, et prévue par la loi, de contournement de l'impôt ; ou tout au moins le moyen pour les contribuables de décider de l'emploi de leur impôt. En outre il faut bien voir que la diminution observée suite à la suppression de l'ISF, de l'ordre de 150 millions d'euros, représente un montant dérisoire si on la compare au flux successoral annuel, lequel était par exemple de 237 milliards d'euros en 2015. Sachant qu'en présence de la réserve la plus élevée, la quotité disponible minimale susceptible d'être employée pour de tels dons est égale au quart de la succession, il n'est pas sérieux de prétendre que la suppression ou la diminution de la réserve serait une nécessité pour retrouver ces 150 millions d'euros perdus qui représentent moins de 0,07% du flux successoral annuel.

De façon plus générale, hormis de simples affirmations non étayées, il n'a jamais été établi que la réserve constitue un obstacle au mécénat et à la philanthropie. Au demeurant, il y a matière à s'interroger sur la revendication à une plus grande liberté de disposer quand se multiplient les fonds de toutes sortes, tels que le fonds de dotation créé par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et le fonds de pérennité créé par la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises. En effet, pour ces fonds, la loi ni ne régleme leur gouvernance, ni n'interdit la rémunération des administrateurs. Il s'ensuit qu'à la différence des fondations, non seulement un fondateur peut conserver un rôle prépondé-

rant dans la gestion et contrôler de génération en génération la désignation des administrateurs, lesquels sont donc susceptibles d'être choisis au sein de sa famille, mais encore les administrateurs peuvent être rémunérés pour leurs fonctions. Si l'utilité de ces fonds n'est pas douteuse, il n'en reste pas moins qu'en cas d'effacement de la réserve ils pourraient être le moyen d'isoler une part considérable du patrimoine pour la soustraire aux règles de la dévolution successorale, tout en permettant au fondateur de choisir ceux des membres de sa famille qu'il appellera à exercer le pouvoir au sein du fonds et qui percevront une rémunération à cet effet ; étant observé que les rémunérations susceptibles d'être ainsi octroyées par le fondateur aux personnes de son choix ont vocation à être d'autant plus élevées que la valeur des biens affectés au fonds est importante. S'agissant par exemple de l'affectation d'un pourcentage important des titres d'un groupe de dimension nationale ou internationale à un fonds de pérennité, le pouvoir et les rémunérations attachés aux fonctions attribuées par le fondateur représenteraient pour leurs bénéficiaires un avantage considérable qui leur serait acquis hors succession, quand le reliquat du patrimoine du fondateur soumis aux règles de la dévolution successorale pourrait en regard sembler dérisoire.

L'idée de favoriser le transfert d'une part plus importante qu'actuellement du patrimoine des particuliers au bénéfice d'associations, fondations ou fonds de toutes sortes appelle encore deux observations. D'une part, de tels transferts concourent à un développement de la main-morte, c'est-à-dire à la multiplication de patrimoines possédés par des personnes morales et marqués par une accumulation de richesses soustraites au jeu des mutations successorales et économiques. Or, caractéristique de la société d'ancien régime, le phénomène de la main-morte présente le risque soit de l'immobilisme économique, soit de voir apparaître des puissances n'ayant d'autre fin qu'elles-mêmes et qui se dressent en rivales de l'État. D'autre part, et corrélativement, il convient de relever que la comparaison souvent faite en matière de mécénat et de philanthropie avec les systèmes anglo-saxons, et spécialement avec le système américain, est biaisée car les mentalités ne peuvent être envisagées sans que soit précisément considéré le rôle de l'État.

B. Concernant la transmission des entreprises

Chaque année, de très nombreuses entreprises disparaissent suite au décès du chef d'entreprise, certains ont avancé l'idée que l'une des causes de ces disparitions résiderait dans l'institution de la réserve héréditaire en ce qu'elle ne laisserait pas assez de liberté au chef d'entreprise pour en organiser la transmission dans les meilleures conditions. Mais il s'agit là encore de simples affirmations dépourvues de fondement, car jamais aucune étude n'a établi que la réserve constituerait un obstacle à la transmission des entreprises. Aussi bien il y a une absence totale de rigueur scientifique à mettre en relation le phénomène des disparitions d'entreprises et l'institution de la réserve pour prétendre en tirer un rapport de causalité.

En réalité, le plus souvent, la disparition de l'entreprise suite au décès de l'entrepreneur trouve deux types d'explications. Soit il s'agissait d'une TPE dont l'existence était liée à la personne de l'entrepreneur et à ses compétences particulières, par exemple en matière artisanale, de sorte que sa transmission lors du décès n'est pas envisageable en présence d'héritiers ne présentant pas les mêmes compétences. Soit, s'agissant d'une entreprise plus importante, sa transmission n'a pas été anticipée antérieurement au décès, parce que le décès est intervenu prématurément ou parce que l'entrepreneur n'a jamais voulu envisager sa propre fin. Le risque de disparition de l'entreprise n'est alors en rien lié à la réserve, mais à la soultte que l'héritier éventuel candidat à la reprise de l'entreprise pourrait avoir à verser à ses cohéritiers si la valeur de l'entreprise est supérieure à sa part successorale. Fréquemment, l'héritier débiteur de la soultte ne peut procéder à son paiement immédiat et a besoin d'obtenir un délai. Or la loi ne prévoit rien, à défaut d'accord entre les héritiers, concernant les délais de paiement de la soultte.

Le véritable problème en matière de transmission d'entreprise n'est donc pas celui de la réserve héréditaire, mais celui de l'anticipation de la transmission. Aussi bien, lorsque la transmission de l'entreprise a fait l'objet d'une anticipation dans une perspective successorale, les techniques du droit des sociétés permettent, au besoin en les combinant avec les techniques du droit des libéralités, de désigner un repreneur au sein de la famille, voire un repreneur extérieur à la famille, sans que la réserve constitue un obstacle. La très forte plasticité des techniques sociétaires permet notamment de dissocier la transmission du pouvoir

au sein de l'entreprise et la transmission de la propriété de l'entreprise, de sorte qu'une répartition plus ou moins égalitaire du capital entre héritiers laisse admettre que le repreneur recueille un pouvoir de gestion prépondérant au sein de l'entreprise. Or, du point de vue de la pérennité de l'entreprise, c'est la transmission du pouvoir qui est essentielle. Dans cette perspective, deux techniques sociétaires parmi les plus usuelles peuvent être évoquées.

Tout d'abord, l'entreprise dont la transmission est envisagée peut revêtir la forme sociale de la SAS – société par actions simplifiée –, laquelle présente l'intérêt d'autoriser une répartition des droits de vote entre associés, et donc du pouvoir, totalement distincte de la répartition du capital social entre eux. Ainsi, par exemple, un associé possédant 25% du capital peut être investi de 60% des droits de vote. Sachant que la quotité disponible minimale est de 25%, le recours à la SAS laisse admettre que le chef d'entreprise puisse librement transmettre la gestion de son entreprise à la personne de son choix, y compris à un tiers à la famille.

Également, la transmission de l'entreprise peut être réalisée par le jeu d'une holding de reprise. En s'en tenant à l'exemple le plus simple, 51 % des titres de la société dont la transmission est envisagée peuvent être apportés à une holding, laquelle a donc le contrôle de la société ; et il suffit alors d'attribuer 51 % des titres de la holding à l'héritier repreneur pour que celui-ci contrôle la holding et, par voie de conséquence, la société dont il s'agit d'organiser la transmission. Dans ce schéma, le repreneur obtient ainsi le contrôle de la société en détenant des titres représentant seulement 26% (51% x 51%) du capital de cette société. C'est dire que la réserve ne peut être un obstacle à l'obtention de ce résultat.

III – Les voies d'amélioration

Si les inconvénients d'ordre économique ou philanthropique que certains attachent à la réserve héréditaire procèdent d'une pétition de principe, il n'en reste pas moins que certains des instruments du droit des successions et des libéralités relatifs à la réserve ou à la transmission des entreprises pourraient être utilement améliorés.

A. La renonciation anticipée à l'action en réduction – la RAAR

Préciser l'objet de la RAAR – S'agissant de l'objet de la RAAR, l'article 929 du Code civil énonce que « Tout héritier réservataire présumé peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte », cette renonciation pouvant notamment « viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement ».

Si un raisonnement a fortiori laisse admettre que la renonciation puisse seulement consister en l'acceptation d'un délai pour le paiement d'une éventuelle indemnité de réduction, ce qui permettrait d'anticiper la question du délai de paiement des soultes, il n'en reste pas moins que cette interprétation semble ne recevoir aucun écho dans la pratique. Par conséquent, il pourrait être utile de modifier le texte de façon à indiquer expressément que la renonciation peut être la renonciation à un paiement immédiat de l'indemnité de réduction, tout en prévoyant que cette renonciation soit le cas échéant conditionnée à l'octroi de garanties.

Faire de la RAAR un véritable pacte de famille – Dans son régime actuel, la RAAR a moins été conçue comme un véritable pacte de famille que comme le moyen pour le *de cuius* d'obtenir de ses héritiers présumés qu'ils lui accordent le droit d'organiser sa succession en s'affranchissant de la réserve. D'une part, la renonciation ne requiert que l'engagement du renonçant et son acceptation par le *de cuius*, le bénéficiaire n'intervenant en aucune façon dans cette renonciation. D'autre part, l'article 929, alinéa 3, interdit que la renonciation ait pour contrepartie un engagement ou un acte du *de cuius*. Or, dans la pratique, il n'est pas rare que cette interdiction soit en fait démentie, mais la contrepartie doit demeurer occulte à peine

de nullité, ce qui vient fragiliser les renonciations qui demeurent sous la dépendance d'une révélation de cette contrepartie occulte.

Afin qu'il s'agisse véritablement d'organiser collectivement la succession du *de cuius*, et non seulement de libérer ce dernier des contraintes de la réserve, il pourrait être opportun de modifier la RAAR pour qu'elle devienne un véritable pacte de famille. Cela supposerait notamment qu'elle fasse intervenir les trois parties intéressées : l'héritier présomptif renonçant, le *de cuius* et le tiers bénéficiaire de la renonciation. Également, afin d'en renforcer la sécurité en la mettant à l'abri des conséquences d'une éventuelle simulation, il conviendrait d'admettre que, selon la volonté des parties, la RAAR peut être consentie soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, le renonçant bénéficiant dans ce cas d'une contrepartie fournie par le *de cuius* ou par le tiers bénéficiaire. On observera qu'admettre la licéité d'une contrepartie serait également le moyen de protéger le renonçant qui, dans le régime actuel de la RAAR, ne peut en pratique qu'espérer que les assurances d'une contrepartie qui pourraient lui avoir été données ne seront pas de vaines promesses.

Admettre la gratuité de la renonciation *post mortem* – Dans le cadre de la RAAR, la renonciation a seulement été conçue comme un instrument d'anticipation successorale, instrument dont l'efficacité se trouve renforcée par l'exclusion générale de la qualification de libéralité quelles que soient les modalités de la renonciation. Pourtant, après l'ouverture de la succession, l'utilité d'une renonciation à la réserve, et plus largement aux droits successoraux prévus par la loi, peut être très forte en l'absence de toute anticipation successorale, notamment s'il s'agit de régler la transmission d'une entreprise, et spécialement si celle-ci est de taille modeste. Or, réalisée de l'accord des héritiers, et non plus sous l'autorité du *de cuius*, une telle renonciation sera, à la différence de la RAAR, soumise au régime ordinaire des renonciations *in favorem*, ce qui implique notamment que s'y applique les droits de mutation à titre gratuit, lesquels peuvent s'avérer dissuasifs de l'opération.

Aussi bien il serait opportun d'exclure également la qualification de libéralité pour les renonciations *post mortem*, au moins lorsqu'est en jeu la transmission d'une entreprise.

Permettre au tuteur, sous condition d'autorisation, de consentir une RAAR – Selon l'article 509 1° du Code civil, le tuteur en charge de la gestion du patrimoine de la personne protégée ne peut, même avec une autorisation, consentir une RAAR au nom de celle-ci. Il est pourtant des hypothèses où l'état de la personne protégée excluant qu'elle puisse avoir une descendance, il serait conforme à ses intérêts qu'elle reçoive l'usufruit de l'ensemble des biens du *de cuius* quand les autres héritiers n'en recueilleraient que la nue-propriété. Par l'effet de ce démembrement, qui contrevient aux règles de la réserve héréditaire, serait assuré au mieux l'entretien de la personne protégée. Partant, il serait utile de les textes actuels soient modifiés pour que la RAAR soit incluse dans les actes que le tuteur peut accomplir avec une autorisation, de façon que la solution soit dictée par la situation concrète de la personne protégée.

1. L'octroi de délai par le juge pour le paiement de la soulte en matière de transmission d'entreprise

L'échec de la transmission d'une entreprise tenant souvent à l'absence d'anticipation et, en pareil cas au problème du paiement de la soulte par l'héritier candidat à la reprise, il serait opportun que la loi autorise le juge, à défaut d'accord entre les héritiers, à accorder un délai de paiement de la soulte si l'octroi de celui-ci est nécessaire à la reprise de l'entreprise par l'héritier et à la pérennité de celle-ci.

2. Prévoir une déchéance de l'héritier indigne de son droit à la réserve

L'une des critiques fréquemment élevée contre la réserve est qu'à l'occasion elle vient protéger un héritier qui a méconnu tous ses devoirs à l'égard de son auteur, et cela parfois en anéantissant totalement ou partiellement la libéralité dont a bénéficié un autre héritier qui lui n'a pas démérité. Si la critique est parfaitement légitime, elle ne justifie ni la suppression, ni la réduction de la réserve, mais fait ressortir la nécessité que soit institué dans les textes un mécanisme de déchéance de l'héritier indigne. A l'exemple du § 2333 du BGB, il pourrait ainsi être prévu que le *de cuius* puisse priver de la réserve celui qui a commis contre lui des faits de maltraitance ou de violence, ou qui sans excuse légitime a contrevenu à son obligation d'entretien ou rompu toute relation



Sommaire

Lettres de mission de Madame Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice

Composition du groupe de travail

Méthode de travail

Auditions et consultations réalisées

Liste des principales abréviations

Synthèse

Synthèse des propositions

Préambule

Première partie : La réserve héréditaire aujourd'hui

Chapitre 1 : La réserve héréditaire, une constance dans le temps

Chapitre 2 : La réserve héréditaire, un large rayonnement dans l'espace

Chapitre 3. Les fondements de la réserve héréditaire en droit français

Chapitre 4 : La réserve héréditaire et le pouvoir de la volonté

Seconde partie : La réserve héréditaire demain

Chapitre 1 : Les bénéficiaires de la réserve héréditaire

Chapitre 2 : Le montant de la réserve héréditaire

Chapitre 3 : L'assiette de la réserve héréditaire

Chapitre 4 : La sanction de la réserve héréditaire

Chapitre 5 : Le pouvoir de la volonté

Chapitre 6 : La philanthropie

Chapitre 7 : Les dispositions transitoires

Table des matières

Annexes

Lettres de mission



MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Paris, le 28 MARS 2019

LA GARDE DES SCAUX,
MINISTRE DE LA JUSTICE

N°RÉP DPHC1452-2019/2.1.1/AF3MLV201910004836

Madame la Professeure, *Chère collègue,*

Située à la croisée du droit d'hériter et du droit de disposer, la réserve héréditaire est un des principes fondateurs de la matière successorale, régulièrement remis en lumière pour en dénoncer soit son contournement dans les successions transfrontières soumises à une loi étrangère qui méconnaîtrait un tel principe soit, au contraire, sa rigidité, comme frein au développement du mécénat et de la philanthropie ainsi qu'à la transmission d'entreprise.

Face aux évolutions contemporaines des familles, et plus généralement des parcours de vie, la question de l'utilité et de la pertinence de ce modèle de solidarité imposée est ainsi régulièrement soulevée. Il convient de s'interroger sur l'opportunité et les modalités d'une évolution vers un modèle de solidarité plus élective, dans lequel chacun pourrait voir accroître sa liberté de transmettre son patrimoine.

Compte tenu de la forte sensibilité que revêt cette matière, il m'apparaît nécessaire de dresser un état des lieux de ce que permet aujourd'hui notre droit patrimonial en termes de transmissions au-delà de la quotité disponible d'une part, et de dessiner d'autre part les évolutions possibles à droit non constant, qui permettraient de prendre en compte la demande sociale qui s'exprime pour une plus grande liberté de disposer.

A cette fin, je souhaite constituer un groupe de travail pluridisciplinaire, chargé d'examiner la question de la réserve héréditaire selon les axes de réflexion suivants : l'existant, ce qui se pratique en dehors de nos frontières, et les évolutions qui pourraient être envisagées.

En premier lieu, il importe en effet de réinterroger les justifications juridiques, historiques et sociologiques de la réserve héréditaire (conservation des biens dans la famille, protection de l'égalité entre les enfants, expression d'un devoir d'assistance familiale prolongeant les obligations alimentaires post mortem...), afin de les confronter aux évolutions de notre société (allongement de la durée de vie, coexistence de plusieurs générations, recompositions familiales, évolution du patrimoine familial et de ses conditions de transmission, évolution des solidarités familiales etc.).

Madame Cécile PERES
Professeure de droit à l'Université Panthéon-Assas
Centre Panthéon
Université Paris 2 Panthéon-Assas
12 place du Panthéon
75005 PARIS

13, place Vendôme
75042 Paris Cedex 01
Téléphone : 01 44 77 60 60
www.justice.gouv.fr

Un bilan des opportunités offertes par les évolutions récentes de la réserve doit également être dressé: disparition de la réserve des ascendants, revalorisation des droits du conjoint, favorisation des pactes familiaux au travers des libéralités graduelles, résiduelles et trans-générationnelles ainsi que de la renonciation anticipée à l'action en réduction, etc. Ce bilan conduira à évaluer si nos concitoyens se sont emparés de ces dispositifs, afin d'en apprécier la pertinence et l'adéquation par rapport aux attentes qui avaient justifié leur mise en place.

En second lieu, la mobilité croissante des citoyens nécessite de disposer d'un panorama comparatif de la réserve héréditaire « à la française » avec certaines législations représentatives des systèmes de *common law* et de droit civil, afin d'apprécier dans quelle mesure la conception française de la réserve est partagée par d'autres États ou au contraire s'en éloigne. Ce panorama recensera les différents types de modèles existants, les bénéficiaires et les possibilités d'aménagement pour les pays qui connaissent la réserve, ou les gardes fous et leviers de protection subsidiaires éventuels pour les pays qui l'ignorent.

Une analyse de la manière dont le droit français reconnaît et réceptionne les droits étrangers, notamment en application du règlement européen 650/2012, permettra par ailleurs d'apprécier si l'internationalisation croissante des questions successorales justifie une évolution du modèle français.

La réflexion doit enfin être engagée quant à des scénarii de réforme de la réserve héréditaire, qui permettent de lever les freins constatés à certains projets (philanthropie, transmission d'entreprise, sécurisation de la situation d'un proche...). La constitutionnalité des options proposées au regard du droit de propriété et du principe d'égalité devant la loi devra être sécurisée. Les implications sociétales des propositions devront également être mises en exergue.

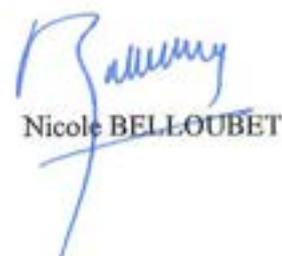
J'ai l'honneur de vous proposer de conduire les travaux de ce groupe de travail. Vous veillerez à réunir autour de vous d'éminents juristes et praticiens du droit des successions, de la transmission d'entreprise et de la philanthropie. Les auditions que vous mènerez devront vous permettre d'appréhender les attentes concrètes des acteurs qui s'expriment en faveur d'un assouplissement de la réserve héréditaire, afin d'en apprécier le bien-fondé et d'y apporter une réponse appropriée.

La direction des affaires civiles et du sceau apportera son entier concours à ce groupe de travail et contribuera à la réflexion en apportant son analyse et les données techniques nécessaires.

Afin qu'une telle réflexion puisse rapidement être murie sur le plan politique, nous ne verrons qu'avantage à ce qu'un rapport d'étape puisse être remis d'ici le 30 juin 2019 et à ce que le rapport définitif puisse être remis d'ici le 15 octobre 2019.

Je vous prie d'agréer, Madame la Professeure, l'expression de ma considération distinguée et

Très cordiale -


Nicole BELLOUBET



MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Paris, le 28 MARS 2019

LA GARDE DES SCEAUX,
MINISTRE DE LA JUSTICE

NBRE.DPJC1/RS2-2019/2.1.MAF/MLV201910004036

Maître,

Située à la croisée du droit d'hériter et du droit de disposer, la réserve héréditaire est un des principes fondateurs de la matière successorale, régulièrement remis en lumière pour en dénoncer soit son contournement dans les successions transfrontières soumises à une loi étrangère qui méconnaîtrait un tel principe soit, au contraire, sa rigidité, comme frein au développement du mécénat et de la philanthropie ainsi qu'à la transmission d'entreprise.

Face aux évolutions contemporaines des familles, et plus généralement des parcours de vie, la question de l'utilité et de la pertinence de ce modèle de solidarité imposée est ainsi régulièrement soulevée. Il convient de s'interroger sur l'opportunité et les modalités d'une évolution vers un modèle de solidarité plus élective, dans lequel chacun pourrait voir accroître sa liberté de transmettre son patrimoine.

Compte tenu de la forte sensibilité que revêt cette matière, il m'apparaît nécessaire de dresser un état des lieux de ce que permet aujourd'hui notre droit patrimonial en termes de transmissions au-delà de la quotité disponible d'une part, et de dessiner d'autre part les évolutions possibles à droit non constant, qui permettraient de prendre en compte la demande sociétale qui s'exprime pour une plus grande liberté de disposer.

A cette fin, je souhaite constituer un groupe de travail pluridisciplinaire, chargé d'examiner la question de la réserve héréditaire selon les axes de réflexion suivants : l'existant, ce qui se pratique en dehors de nos frontières, et les évolutions qui pourraient être envisagées.

En premier lieu, il importe en effet de réinterroger les justifications juridiques, historiques et sociologiques de la réserve héréditaire (conservation des biens dans la famille, protection de l'égalité entre les enfants, expression d'un devoir d'assistance familiale prolongeant les obligations alimentaires post mortem...), afin de les confronter aux évolutions de notre société (allongement de la durée de vie, coexistence de plusieurs générations, recompositions familiales, évolution du patrimoine familial et de ses conditions de transmission, évolution des solidarités familiales etc.).

Maître Philippe POTENTIER
Notaire
26 Rue du Maréchal Foch
27400 LOUVIERS

Un bilan des opportunités offertes par les évolutions récentes de la réserve doit également être dressé: disparition de la réserve des ascendants, revalorisation des droits du conjoint, favorisation des pactes familiaux au travers des libéralités graduelles, résiduelles et trans-générationnelles ainsi que de la renonciation anticipée à l'action en réduction, etc. Ce bilan conduira à évaluer si nos concitoyens se sont emparés de ces dispositifs, afin d'en apprécier la pertinence et l'adéquation par rapport aux attentes qui avaient justifié leur mise en place.

En second lieu, la mobilité croissante des citoyens nécessite de disposer d'un panorama comparatif de la réserve héréditaire «à la française» avec certaines législations représentatives des systèmes de *common law* et de droit civil, afin d'apprécier dans quelle mesure la conception française de la réserve est partagée par d'autres Etats ou au contraire s'en éloigne. Ce panorama recensera les différents types de modèles existants, les bénéficiaires et les possibilités d'aménagement pour les pays qui connaissent la réserve, ou les gardes fous et leviers de protection subsidiaires éventuels pour les pays qui l'ignorent.

Une analyse de la manière dont le droit français reconnaît et réceptionne les droits étrangers, notamment en application du règlement européen 650/2012, permettra par ailleurs d'apprécier si l'internationalisation croissante des questions successorales justifie une évolution du modèle français.

La réflexion doit enfin être engagée quant à des scénarii de réforme de la réserve héréditaire, qui permettent de lever les freins constatés à certains projets (philanthropie, transmission d'entreprise, sécurisation de la situation d'un proche...). La constitutionnalité des options proposées au regard du droit de propriété et du principe d'égalité devant la loi devra être sécurisée. Les implications sociétales des propositions devront également être mises en exergue.

J'ai l'honneur de vous proposer de conduire les travaux de ce groupe de travail. Vous veillerez à réunir autour de vous d'éminents juristes et praticiens du droit des successions, de la transmission d'entreprise et de la philanthropie. Les auditions que vous mènerez devront vous permettre d'appréhender les attentes concrètes des acteurs qui s'expriment en faveur d'un assouplissement de la réserve héréditaire, afin d'en apprécier le bien-fondé et d'y apporter une réponse appropriée.

La direction des affaires civiles et du sceau apportera son entier concours à ce groupe de travail et contribuera à la réflexion en apportant son analyse et les données techniques nécessaires.

Afin qu'une telle réflexion puisse rapidement être murie sur le plan politique, nous ne verrons qu'avantage à ce qu'un rapport d'étape puisse être remis d'ici le 30 juin 2019 et à ce que le rapport définitif puisse être remis d'ici le 15 octobre 2019.

Je vous prie d'agréer, Maître, l'expression de ma considération distinguée. *et affective*


Nicole BELLOUBET

Composition du groupe de travail

Nathalie Baillon-Wirtz

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Reims, Directrice du Master 2 Droit notarial, Consultante auprès du Conseil supérieur du notariat

Sophie Gaudemet

Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Directrice du Master 2 Gestion de patrimoine

Sara Godechot-Patris

Professeur de droit privé à l'Université Paris-Est-Créteil

Marc Nicod

Professeur de droit privé à l'Université de Toulouse-Capitole, Directeur du Master 2 Droit notarial

Cécile Pérès

Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Membre du Laboratoire de sociologie juridique

Philippe Potentier

Notaire à Louviers, Président du 108^e Congrès des notaires de France

*Ont également participé aux réflexions du groupe de travail
sans que les positions de celui-ci ne les engagent :*

Dominique Reygnier

Magistrate, Conseillère à la première chambre civile de la Cour de cassation

Audrey Ferré

Magistrate, Rédactrice au bureau du droit des personnes et de la famille, Sous-direction du droit civil, Direction des affaires civiles et du sceau, ministère de la justice

Guilaine Ganry

Rédactrice au bureau du droit des personnes et de la famille, Sous-direction du droit civil, Direction des affaires civiles et du sceau, ministère de la justice

Pierre Rohfritsch

Adjoint au Chef du bureau de la stabilité financière, de la compatibilité et de la gouvernance des entreprises, Sous-direction du financement des entreprises et du marché financier, Direction générale du Trésor, ministère de l'Economie et des Finances

Paul-Henri George

Inspecteur principal, Adjoint au chef de section, sous-direction de la fiscalité des personnes, direction de la législation fiscale, direction générale des finances publiques, ministère de l'action et des comptes publics

Bastien Lignereux

Maître des requêtes au Conseil d'État, chef du bureau de la fiscalité et du patrimoine, sous-direction de la fiscalité des personnes, Direction de la législation fiscale, Direction générale des finances publiques, ministère de l'Action et des comptes publics

Mikaële Carli

Inspectrice principale, adjointe au chef de section, sous-direction de la fiscalité des personnes, direction de la législation fiscale, Direction générale des finances publiques, ministère de l'Action et des comptes publics

Claire Corenflos

Inspectrice des finances publiques, sous-direction de la fiscalité des personnes, direction de la législation fiscale, direction générale des finances publiques, ministère de l'action et des comptes publics

Justine Moine

Inspectrice des finances publiques, sous-direction de la fiscalité des personnes, direction de la législation fiscale, direction générale des finances publiques, ministère de l'action et des comptes publics

Méthode de travail

La méthode suivie par le groupe de travail a consisté à articuler la réflexion sur deux plans.

D'une part, conformément aux termes des lettres de mission, le groupe de travail a procédé à une série d'auditions dans une perspective pluridisciplinaire.

Mettant directement en jeu la transmission entre les générations, la réserve héréditaire pose fondamentalement la question de l'articulation entre la liberté individuelle de celui qui envisage de définir le sort de ses biens après sa mort et les devoirs susceptibles de lui incomber à ce titre vis-à-vis de ses proches. Dans cette mesure, le droit est ici la traduction d'une certaine vision des rapports de l'individu, de la propriété privée, de la famille et du rôle que la société et l'État, à travers la loi, peuvent légitimement prétendre jouer en la matière.

Aussi a-t-il semblé nécessaire de solliciter l'éclairage de représentants de diverses sciences humaines et sociales : philosophie, sociologie, économie, histoire, psychologie. Ont également été recueillies les observations des milieux associatifs ainsi que de think tanks ayant pris récemment position sur le sujet.

Des juristes d'horizons variés ont été entendus - français et étrangers ; universitaires et praticiens ; notaires, magistrats et avocats - dont les observations ont grandement nourri la réflexion du groupe de travail au plan théorique et pratique.

Près de quarante auditions ou consultations ont été réalisées entre avril et septembre 2019.

Les contributions écrites des personnes auditionnées ou consultées sont reproduites, avec l'accord de leurs auteurs, en annexe du présent rapport.

Sont également reproduits dans le rapport ou en annexe des données réunies et des documents élaborés par le bureau du droit des personnes et de la famille de la Direction des affaires civiles et du Sceau ainsi que par la délégation aux affaires européennes et internationales du Ministère de la Justice.

Que tous ceux qui ont accepté d'éclairer ainsi notre réflexion soient chaleureusement remerciés.

D'autre part, et c'est le second axe méthodologique, le groupe de travail s'est réuni à plusieurs reprises au cours de l'année 2019 afin d'approfondir les discussions sur certains aspects juridiques particuliers :

- le 8 avril, pour une séance d'installation et d'identification des axes ;
- le 13 mai, pour une séance consacrée au droit international privé et aux droits étrangers ;
- le 7 juin, pour une séance consacrée au membre survivant du couple ;
- le 27 juin, pour une séance consacrée aux descendants et aux ascendants ;
- le 22 juillet, pour une séance consacrée, d'une part, au domaine et à la sanction des atteintes à la réserve héréditaire et, d'autre part, au pouvoir de la volonté individuelle ;
- le 26 septembre, pour une séance portant sur l'ensemble des propositions faites par le groupe de travail ;
- le 12 octobre, enfin pour une séance de clôture.

L'étude de thèmes spécifiques a par ailleurs été plus spécifiquement confiée à certains membres du groupe de travail afin d'en permettre l'approfondissement.

Les développements relatifs à chacun de ces thèmes leur doivent donc beaucoup.

Nathalie Baillon-Wirtz :

situation juridique des ascendants

majeurs protégés et mineurs

Audrey Ferré :

réduction

Sophie Gaudemet :

conjoint survivant

renonciation anticipée à l'action en réduction, donation-partage, libéralités graduelles et résiduelles

dispositions transitoires

fiscalité

Sara Godechot-Patris :

droit international privé, droit de l'Union européenne et droit européen des droits de l'homme

philanthropie

libéralités graduelles et résiduelles

Marc Nicod

montant de la réserve

réduction

quotité disponible spéciale entre époux

libéralités graduelles et résiduelles

Qu'ils en soient vivement remerciés.

Le groupe de travail adresse également ses sincères remerciements à **Audrey Ferré** et **Guilaine Ganry**, rédactrices au sein du bureau du droit des personnes et de la famille de la direction des affaires civiles et du Sceau, pour leur aide précieuse.

Les développements qui suivent sont le fruit d'une discussion et d'une réflexion véritablement collective.

Quelques points n'ont pas fait l'unanimité et cela est alors indiqué.

Auditions et consultations réalisées

Le groupe de travail a procédé à des consultations ayant pris le plus souvent la forme d'auditions dans les locaux du ministère de la Justice.

Ont été ainsi auditionnés ou consultés :

- Bernard Beignier, Professeur de droit privé à l'Université de Toulouse, Recteur de l'Académie d'Aix-Marseille, Recteur de la région académique Provence-Alpes-Côte d'Azur
- Samy Benzina, Professeur de droit public à l'Université de Poitiers
- Julien Boisson, Maître de conférences à l'Université de Bretagne Occidentale
- Gilles Bonnet, Notaire à Paris, Rapporteur général du 116e Congrès des notaires de France
- Daniel Borillo, Maître de conférences en droit privé, Chercheur associé au CNRS
- Claude Brenner, Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
- Mathilde Broquet-Courboillet, Directrice des relations publiques du think tank « Génération libre »
- Marie Chabrol, Attachée temporaire d'enseignement et de recherche, Doctorante à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), en cours de rédaction d'une thèse intitulée « La philanthropie et le droit : étude comparative France – États-Unis »
- Gérard Champenois, Professeur émérite de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
- Chantal Delsol, Philosophe, Membre de l'Institut (Académie des sciences morales et politiques)
- Yvonne Flour, Professeur émérite de droit privé à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)
- Fondation de France
- Nicolas Frémeaux, Maître de conférences en sciences économiques à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
- Jean Gasté, Notaire à Nantes, Membre du 110e Congrès des notaires de France
- Marcel Gauchet, Philosophe, Historien, Directeur d'études émérite à l'EHESS
- Anne Gotman, Sociologue, Directrice de recherche émérite au CNRS
- Michel Grimaldi, Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
- Nicolas Laurent-Bonne, Professeur d'histoire du droit à l'Université d'Auvergne
- Diane Le Grand de Belleruche, Avocate à la Cour (barreau de Paris), Solicitor (England and Wales)
- Raymond Le Guidec, Professeur émérite de droit privé à l'Université de Nantes

- Yves Lequette, Professeur émérite de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
- Rémy Libchaber, Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)
- Pierre Manent, Philosophe, Directeur d'études émérite à l'EHESS
- Julie Mouty-Tardieu, Magistrat, Conseillère référendaire à la première chambre civile de la Cour de cassation
- Benoit Morel, Notaire à Paris et membre du think tank « Génération libre »
- Elodie Mulon, Avocate à la Cour, Présidente de l'Institut du droit de la famille et du patrimoine, membre de la commission Famille du Barreau de Paris, Secrétaire du bureau du Conseil National des Barreaux (2018-2020)
- Marta Peguera-Poch, Professeur d'histoire du droit à l'Université de Lorraine
- Hélène Peisse, Notaire à Paris
- Nicole Prieur, Philosophe et psychothérapeute
- Jean-Pierre Prohaszka, Notaire à Villeurbanne, Président du 116e Congrès des notaires de France
- Xavier Ricard, Notaire à Nantes, Membre du 110e Congrès des notaires de France
- Rupert Reece, Barrister, Avocat au Barreau de Paris, Gide Loyrette Nouel, Londres
- Anne Röthel, Professeur de droit civil, de droit européen et de droit international privé, Bucerius Law School, Hambourg, Directrice du Centre notarial allemand pour les entreprises familiales, Allemagne
- Ronald J. Scalise, Jr., Professeur de droit civil, Université de Tulane, Louisiane, Etats-Unis
- Fabienne Tainmont, Maître de conférences invitée à l'Université catholique de Louvain (UCL), Belgique
- Paul Tour-Sarkissian, Avocat aux barreaux de New York et de Californie, Etats-Unis
- Bernard Vareille, Professeur de droit privé à l'Université de Limoges, Rapporteur de synthèse du 116e Congrès des notaires de France
- Christophe Vernières, Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)
- Vincent Vigneau, Magistrat, Conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation
- Guillaume Wicker, Professeur de droit privé à l'Université de Bordeaux, Directeur de l'Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine (IRDAP)

Synthèse

1. En présence de certains héritiers, la succession se trouve divisée en deux : la quotité disponible, dont le défunt peut librement disposer par des libéralités, et la réserve héréditaire, dont la loi assure la dévolution aux héritiers dits réservataires. La quotité disponible et la réserve héréditaire expriment un point d'équilibre entre la liberté individuelle - amarrée à la propriété privée- et la famille - cellule de solidarités sociales. En droit positif, il n'existe que deux catégories d'héritiers réservataires : les descendants et, à défaut de descendant, le conjoint survivant.

2. La réserve héréditaire est aujourd'hui controversée. Certains demandent sa suppression au nom d'une liberté revendiquée comme absolue de disposer de ses biens à titre gratuit ; d'autres invitent à son évolution en lien avec les mutations sociologiques contemporaines ou encore avec la volonté de favoriser le développement de la philanthropie.

3. La réflexion ainsi que les consultations menées par le groupe de travail le portent d'abord à souligner que, telle qu'elle existe aujourd'hui dans le code civil, la réserve héréditaire n'est pas la survivance intacte d'un lointain passé. L'histoire enseigne en effet que cette institution a constamment évolué au fil du temps ; elle montre aussi que la question fondamentale à laquelle elle s'efforce de répondre s'est posée à toutes les époques. A l'échelle de l'histoire, aucun des éléments aujourd'hui en débat – pas même celui de la philanthropie – n'est inédit.

4. C'est ensuite le rayonnement dans l'espace de la réserve héréditaire qu'il importe de souligner. La réserve héréditaire n'est en aucun cas une singularité française ; elle est au contraire très répandue dans le monde puisqu'elle existe dans la quasi-totalité des droits de tradition civiliste. Dans certains pays, notamment en Allemagne, elle a même une valeur constitutionnelle. L'argument selon lequel la réserve héréditaire devrait être supprimée parce qu'elle serait une institution juridique isolée sur la scène internationale est tout simplement infondé. L'observation des droits étrangers enseigne aussi que, là où la réserve héréditaire fait défaut, existent des équivalents fonctionnels. La liberté de disposer gratuitement de ses biens n'est nulle part absolue. Les droits de Common Law encadrent aussi cette liberté mais ils le font avec d'autres instruments juridiques. La véritable question est donc d'identifier les fondements des limites que chaque système érige à cette liberté afin de déterminer s'ils sont adaptés à la société et aux valeurs qu'elle promeut ; elle est aussi de bien mesurer au-delà des discours les avantages et les inconvénients respectifs de ces différentes techniques juridiques. Or, les défauts des mécanismes des droits de Common law sont réels : dans la plupart de ces droits, c'est le juge qui apprécie au cas par cas si un proche du défunt, au regard de son état de besoin, a reçu une part raisonnable de la succession. L'orientation de notre droit vers un tel mécanisme alimentaire et judiciaire conduirait à importer les faiblesses inhérentes à cet instrument : coût des procès pour les justiciables, judiciarisation des successions, aléa judiciaire, imprévisibilité des critères et des solutions, possible remise en cause des dispositions du défunt à la faveur des transactions entre les parties pour éviter le procès. Ce serait renoncer à de précieux avantages attachés à la réserve héréditaire : si le contentieux successoral est marginal dans notre pays, cela tient notamment au fait que la réserve héréditaire fixe, dans la loi, des bornes claires et connues de tous à la liberté de disposer gratuitement de ses biens. Chacun peut ainsi agir en conséquence et déployer une stratégie patrimoniale selon les objectifs qu'il poursuit. La sécurité juridique est assurée et elle l'est uniformément pour tous.

5. Au demeurant, le droit international privé des successions préfigure bien ce que pourrait être notre droit s'il abandonnait la réserve héréditaire. La Cour de cassation considère aujourd'hui que la réserve héréditaire n'est pas en elle-même d'ordre public international ; elle ne l'est que dans sa dimension alimentaire, l'exception d'ordre public n'étant susceptible d'être mise en œuvre que dans l'hypothèse où l'application de la loi étrangère laisserait un héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin. En résultent aujourd'hui de nombreuses incertitudes tant pratiques que théoriques qui sont d'autant plus regrettables que cette interprétation jurisprudentielle ne s'impose pas à la lumière des fondements de la réserve héréditaire en droit interne. Ceux-ci en effet ne se réduisent pas à une simple fonction alimentaire.

6. Les fondements de la réserve héréditaire des descendants demeurent en vérité aussi solides que parfaitement actuels. Le groupe de travail n'a pas identifié de forte demande sociale en faveur de sa suppression. Au contraire, les données sociologiques traduisent l'attachement général des Français à la réserve héréditaire ainsi qu'aux valeurs dont elle porte le symbole.

Effet légal de la filiation, la réserve héréditaire contribue à la construction de l'identité de l'enfant et à son statut juridique. Supprimer la réserve héréditaire serait fragiliser grandement la filiation elle-même, à l'heure où elle devient

plus élective, et méconnaître l'intérêt de l'enfant dont la considération oriente constamment la politique juridique en matière familiale. La réserve héréditaire exprime aussi la solidarité familiale entre les générations, une solidarité qui est toujours bien à l'œuvre dans la société française et sur laquelle comptent les pouvoirs publics dans un contexte financier délicat pour les dépenses publiques et la solidarité nationale. Elle est encore au service de la liberté individuelle. Liberté du futur défunt, qu'elle protège contre le risque de captation d'héritage, un risque dont le vieillissement de la population ne fait qu'accentuer aujourd'hui la fréquence ; liberté des héritiers réservataires présomptifs contre les menaces d'exhérédation que leurs parents pourraient agiter pour s'opposer à leurs opinions politiques, à leur orientation sexuelle, au choix de leur conjoint ou à leur mode de vie. La réserve héréditaire assure enfin une égalité minimale entre frères et sœurs. A ce titre, elle apaise les tensions familiales et les rapports sociaux. Son utilité se trouve aujourd'hui renforcée par la crainte que la suppression de la réserve héréditaire ne fasse ressurgir de nouvelles discriminations entre les enfants : discriminations au détriment des enfants d'une première union dans les familles recomposées ; discriminations en lien avec des préceptes religieux fondés sur le sexe, la nature de la filiation ou la religion de l'enfant. La réserve héréditaire est ici directement au service du principe civil d'égalité.

Pour l'ensemble de ces raisons, le groupe de travail considère que la réserve héréditaire des descendants doit être fermement maintenue en son principe.

7. D'apparition récente dans notre droit, la réserve héréditaire du conjoint survivant est irréductible à la réserve héréditaire des descendants. A chercher ses fondements propres, ceux-ci apparaissent délicats à identifier. Le mariage est un lien juridique électif, soluble et fragilisé par la très grande facilité avec laquelle le divorce peut être aujourd'hui obtenu. Le caractère subsidiaire de la réserve héréditaire du conjoint survivant n'est pas satisfaisant. En vérité, la réserve n'est pas un outil juridique adéquat pour protéger le conjoint survivant et d'autres mesures, plus adaptées, pourvoient mieux à ses besoins concrets. Au-delà, le groupe de travail estime qu'une protection accrue du conjoint est affaire de volonté individuelle. Aussi propose-t-il, tout en envisageant par ailleurs une amélioration de ses droits sur le logement, de supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant.

8. Maintenir en son principe la réserve héréditaire des descendants n'interdit pas de réfléchir aux améliorations susceptibles d'être apportées au droit positif en gardant à l'esprit que, d'une part, la loi du 23 juin 2006 a déjà considérablement rénové la matière dans un sens libéral et que, d'autre part, le recul manque sans doute encore, cette loi n'ayant pas déployé tous ses effets dans la pratique. Dans cette perspective, la réflexion s'est engagée autour de sept axes : les bénéficiaires de la réserve héréditaire, son taux, son assiette, sa sanction, le pouvoir de la volonté, la philanthropie et les dispositions transitoires. Parmi quelques évolutions proposées, on mentionnera ici celle qui consisterait, si le législateur le souhaitait, à augmenter le taux de la quotité disponible en limitant à deux branches le montant de la réserve héréditaire de manière à ce qu'elle soit de la moitié de la succession en présence d'un enfant et des deux tiers en présence de deux enfants ou plus ainsi que celle qui ferait évoluer la renonciation anticipée à l'action en réduction des libéralités excessives vers un véritable pacte de famille propre à favoriser une succession plus contractuelle dans un meilleur respect des principes du droit des successions et des libéralités.

9. S'agissant de la philanthropie, la réflexion menée porte le groupe de travail à considérer que la réserve héréditaire, telle qu'elle existe actuellement, n'est pas un obstacle à son développement. La population dans son ensemble ne demande ni la suppression de la réserve héréditaire, ni un profond réaménagement des règles du droit des successions en vue de favoriser les libéralités philanthropiques. Les données sociologiques disponibles enseignent que les Français souhaiteraient surtout une réforme de la fiscalité de l'héritage afin de pouvoir transmettre davantage à leurs enfants. Ceux qui disposent gratuitement de leurs biens au profit d'œuvres philanthropiques le font soit parce qu'ils n'ont pas de descendant, soit dans des proportions nettement inférieures à la quotité disponible actuelle. En pratique, la philanthropie familiale s'exprime semble-t-il plus volontiers dans le cadre sociétaire en exploitant les ressources du mécénat d'entreprise. Quant aux milieux philanthropiques, ils jugent la réserve héréditaire très utile en présence de dispositions à cause de mort et n'en demandent pas la suppression. Leurs inquiétudes viennent essentiellement des donations entre vifs qui leur ont été consenties et qu'ils souhaiteraient voir sécurisées. Pour ce faire, il n'est pas nécessaire d'introduire un régime de faveur au profit des libéralités philanthropiques, lequel ne répondrait ni aux vues ni aux pratiques de la population française dans son ensemble. En outre, si la liberté de disposer doit être renforcée par le législateur, elle doit l'être selon le groupe de travail au moyen de dispositions à portée générale afin d'assurer une véritable liberté de disposer, c'est-à-dire indifférenciée quant à ses bénéficiaires. Orienter l'exercice de la liberté individuelle vers un gratifié serait ne reconnaître qu'une liberté limitée. Les propositions faites par le groupe de travail permettent pour l'essentiel de répondre aux préoccupations des milieux philanthropiques tout en respectant la nécessaire généralité de la loi civile.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

al.	Alinéa
AJ fam.	Actualité juridique famille
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cass. civ.1re, 2 ^e ou 3 ^e	Première, Deuxième ou Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
D.	Recueil Dalloz
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)
Def.	Defrénois
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. fisc.	Revue de droit fiscal
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
JCP	Semaine juridique édition Générale
JCP E	Semaine juridique édition Entreprise
JCP N	Semaine juridique édition Notariale
JDI	Journal du droit international Clunet
Louisiana LR	Louisiana Law Review
LPA	Les Petites Affiches
OUP	Oxford University Press
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RDC	Revue des contrats
RJPF	Revue juridique personnes famille
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Rev. not. b.	Revue du notariat belge
RRJ	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

Synthèse

des propositions

Axe 1 :

Les bénéficiaires de la réserve héréditaire

DES DESCENDANTS

Réaffirmer la réserve héréditaire des descendants

- Maintenir la réserve héréditaire des descendants en son principe (**proposition n° 1**)
- Reconnaître que la réserve héréditaire est d'ordre public international (**proposition n° 2**)
- Considérer qu'est contraire à l'ordre public international la loi étrangère dont l'application conduirait à priver de tout droit un descendant en rang utile pour succéder lorsque le défunt ou l'héritier est de nationalité française ou réside en France au moment du décès (**proposition n° 3**)
- Adopter éventuellement une démarche plus large en étendant ces rattachements à tous les ressortissants d'un Etat membre ou ayant leur résidence dans un Etat membre (**proposition n° 3 bis**)

Conforter l'ancrage de la réserve héréditaire dans la filiation

- Protéger les descendants contre l'instauration de motifs d'exhérédation soumis à l'appréciation de la volonté du défunt (**proposition n° 4**).
- Ne pas étendre le bénéfice de la réserve héréditaire aux enfants et descendants du conjoint, partenaire ou concubin et mettre en place un régime fiscal adapté aux libéralités dans les familles recomposées (**proposition n° 5**)
- Modifier la date des effets successoraux de la révocation de l'adoption simple pour l'application de l'article 1527, alinéa 2 du code civil (**proposition n° 6**)

DU MEMBRE SURVIVANT DU COUPLE

Réaffirmer le pluralisme des modes de conjugalité

- Ne reconnaître au partenaire survivant ni la qualité d'héritier légal, ni *a fortiori* celle d'héritier réservataire (**proposition n° 7**)
- Ne pas étendre au partenaire survivant le bénéfice du droit viager au logement que l'article 764 du code civil attribue au conjoint survivant (**proposition n° 8**)
- Ne pas reconnaître l'existence d'une quotité disponible spéciale entre partenaires qui leur permettrait de gratifier le partenaire survivant de l'usufruit de toute la succession (**proposition n° 9**)
- Favoriser l'application de l'article 917 du code civil afin de faciliter l'exécution des libéralités en usufruit entre concubins ou partenaires (**proposition n° 10**)

Réformer la réserve héréditaire du conjoint survivant

- Supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant (**proposition n° 11**).
- A défaut de suppression de la réserve héréditaire du conjoint survivant, modifier l'article 301 du code civil et priver le conjoint séparé de corps de sa réserve héréditaire (**proposition n° 11 bis**)
- A défaut de suppression de la réserve héréditaire du conjoint survivant, ajouter l'article 914-1 du code civil aux textes mentionnés par l'article 301 du même code (**proposition n° 11 ter**)

Renforcer les droits du conjoint survivant sur le logement

- Inscrire à l'article 363 du code civil qu'une disposition avec réserve d'usufruit ou d'usage et d'habitation au profit exclusif du disposant, si elle est valable sans le consentement du conjoint, ne fait cependant pas obstacle au droit annuel du conjoint survivant (**proposition n° 12**)
- Compléter l'article 764 du code civil afin que le défunt ne puisse priver le conjoint survivant de son droit viager lorsque le bien assurant le logement appartenait aux deux époux (**proposition n° 13**)

DES ASCENDANTS

- Supprimer le droit de retour légal de l'article 738-2 du code civil (**proposition n° 14**)
- Accorder en contrepartie aux père et mère dans le besoin une créance alimentaire (**proposition n° 15**)
- Élargir le droit à pension des ascendants ordinaires (**proposition n° 16**)

Axe 2 : Le montant de la réserve héréditaire

DE LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE DU CONJOINT SURVIVANT

- A supposer la réserve héréditaire du conjoint survivant maintenue, la fixer, à l'article 914-1 du code civil, au choix du disposant, au quart en propriété ou à la moitié en usufruit (**proposition n° 17**)

DE LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE DES DESCENDANTS

- Écarter toute idée qui consisterait à faire dépendre le montant de la réserve héréditaire du niveau de fortune (**proposition n° 18**)
- Envisager l'éventualité d'une limitation à deux branches du montant de la réserve héréditaire de manière à ce qu'elle soit de la moitié de la succession en présence d'un enfant et des deux tiers en présence de deux enfants ou plus (**proposition n° 19**)

Axe 3 : L'assiette de la réserve héréditaire

DES BIENS

- Réaffirmer la généralité de la réserve héréditaire et ne pas introduire de distinction entre les biens pris en compte dans le cadre des opérations visant à détecter les libéralités réductibles (**proposition n° 20**)

DES ACTES

- Ne pas exclure les donations entre vifs de la masse de calcul de la réserve héréditaire (**proposition n° 21**)
- Ne pas distinguer entre les donations entre vifs selon leur date (**proposition n° 22**)
- Soumettre, pour les seuls aspects civils, l'assurance-vie au droit commun des successions et des libéralités (**proposition n° 23**)
- Mentionner dans la loi, afin de guider le juge et de limiter le contentieux, les critères permettant d'identifier en droit civil les assurances-vie constitutives de libéralités en droit civil (**proposition n° 24**)
- Préciser à l'article 918 du code civil que la présomption qu'il édicte n'est qu'une présomption simple (**proposition n° 25**)

Axe 4 :

La sanction de la réserve héréditaire

- Consacrer le principe de l'imputation en assiette des libéralités en démembrement de propriété (**proposition n° 26**)
- Maintenir la réduction en nature contre le tiers acquéreur au cas d'insolvabilité du gratifié (**proposition n° 27**)
- Instaurer à l'article 924-4 du code civil un mécanisme d'interpellation de l'héritier réservataire présomptif assorti d'un délai au-delà duquel celui-ci sera réputé avoir consenti à l'aliénation (**proposition n° 28**)
- Permettre à une personne vulnérable de consentir à l'aliénation du bien donné dans le cadre de l'article 924-4 du code civil (**proposition n° 29**)
- Admettre que l'héritier réservataire peut demander la réduction en nature lorsque le gratifié, entre les mains duquel se trouve les biens donnés ou légués, n'a pas payé l'indemnité de réduction (**proposition n° 30**)
- Consacrer à titre subsidiaire un droit de rétention au profit de l'héritier réservataire (**proposition n° 30 bis**)

Axe 5 :

Le pouvoir de la volonté

DE LA RENONCIATION ANTICIPÉE A L'ACTION EN RÉDUCTION (RAAR)

- Faire évoluer la RAAR vers un véritable pacte de famille (**proposition n° 31**)
- Confirmer à l'article 929 du code civil que le renonçant ne renonce pas à ses droits dans la réserve héréditaire mais uniquement à sa part dans l'indemnité de réduction (**proposition n° 32**)
- Préciser dans la loi la faculté de stipuler dans le pacte familial une renonciation anticipée au paiement immédiat de l'indemnité de réduction (**proposition n° 33**)
- Confirmer dans la loi la faculté d'une renonciation définitive à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs (**proposition n° 34**)
- Permettre, pour le cas où ce droit serait maintenu, aux père et mère de renoncer au droit de retour légal de l'article 738-2 du code civil du vivant de l'enfant donataire (**proposition n° 35**)
- Maintenir l'exigence d'un second notaire à l'article 930 du code civil dans le pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction (**proposition n° 36**)
- Permettre l'expression simultanée des consentements dans le pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction (**proposition n° 37**)
- Permettre au majeur protégé de conclure un pacte de famille avec l'autorisation du juge (**proposition n° 38**)
- Sécuriser la renonciation anticipée à l'action en réduction en l'absence de représentation du renonçant (**proposition n° 39**)

DES DONATIONS ATTRIBUANT DES DROITS INDIVIS

- Permettre de stabiliser dans une donation ordinaire comportant des biens en indivision la valeur des biens donnés au jour de l'acte pour le calcul de la réserve et le rapport des libéralités moyennant la gratification et l'accord de tous les héritiers réservataires présomptifs (**proposition n° 40**)
- Apporter une correction aux articles 748, 750, II et 150 U, IV du Code général des impôts afin d'aligner la fiscalité des partages et licitations portant sur des biens donnés en indivision sur celle des « biens indivis résultant d'une donation-partage » (**proposition n° 41**)

DE LA DONATION-PARTAGE

- Confirmer la possibilité d'incorporer le lot d'une donation-partage unanime dans une donation-partage transgénérationnelle sans remettre en cause l'évaluation dérogatoire de la première (**proposition n° 42**)
- Confirmer qu'une donation-partage conjonctive peut être conclue par deux parents non mariés (**proposition n° 43**)
- Modifier l'article 1077-2, alinéa 2 du code civil afin de sécuriser les conséquences liquidatives de la donation-partage conjonctive (**proposition n° 44**)
- Préciser dans la loi la méthode de rétablissement de la réserve héréditaire ou permettre de la définir dans la donation-partage (**proposition n° 45**)

DES LIBÉRALITÉS GRADUELLES ET RÉSIDUELLES

- Supprimer l'obligation de conservation en nature des biens reçus et admettre à l'article 1049 du code civil le jeu de la subrogation réelle dans la libéralité graduelle, sauf clause contraire (**proposition n° 46**)
- Envisager dans le cadre de la réforme du droit des sûretés les garanties minimales susceptibles d'être prévues à l'article 1052 du code civil en conséquence de la faculté reconnue au grevé de disposer à titre onéreux des biens donnés ou légués dans une libéralité graduelle (**proposition n° 47**)
- Assouplir le formalisme de l'article 1054, alinéa 2 du code civil et se contenter d'un seul notaire, que le consentement du réservataire soit recueilli dans la donation ou dans un acte ultérieur (**proposition n° 48**)
- Permettre à l'héritier réservataire de bénéficier de la même protection de sa part de réserve que la charge soit graduelle ou résiduelle (**proposition n° 49**)
- Affirmer la liberté de désignation de l'appelé en l'absence de descendant du grevé dans la libéralité graduelle (**proposition n° 50**)
- Préciser les règles liquidatives applicables aux libéralités graduelles (**proposition n° 51**)

DE LA CLAUSE D'EXCLUSION DE L'ADMINISTRATION ET DE LA JOUISSANCE LÉGALE

- Cesser de faire de la clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale l'accessoire nécessaire d'une libéralité (**proposition n° 52**)

Axe 6 : La philanthropie

- Ne pas consacrer de régime de faveur au profit des organismes philanthropiques (**proposition n° 53**)
- Inviter les organismes philanthropiques à bénéficier des espaces de liberté supplémentaires possiblement ouverts à tout gratifié par les précédentes propositions (**proposition n° 54**).

Préambule

1. Chacun peut librement disposer de ses biens. Les morts peuvent ne laisser qu'un maigre héritage ou une succession déficitaire. Les proches d'une personne dispendieuse, piètre gestionnaire, endettée ou bénéficiaire d'une aide sociale récupérable ne pourront venir s'en plaindre. Aussi est-il d'ailleurs permis aux héritiers appelés à une succession de l'accepter à concurrence de l'actif net afin de limiter leur obligation au passif à hauteur de la valeur des biens recueillis¹ ou encore tout simplement d'y renoncer². Cette liberté de disposer qu'implique la propriété privée individuelle connaît cependant une limite : c'est la réserve héréditaire. La réserve héréditaire restreint en effet un usage *particulier* de la liberté de disposer, celui qui consiste, pour le futur défunt, à disposer *gratuitement* de ses biens, c'est-à-dire à s'appauvrir sans contrepartie en consentant à autrui une libéralité, par donation entre vifs ou à cause de mort³. La limite consiste en ce qu'en présence de certains héritiers - ceux qui sont considérés comme ses plus proches - la part des biens dont le défunt peut disposer par de tels actes n'atteint pas tout son patrimoine mais une fraction seulement de celui-ci. En ce cas, la succession se trouve divisée en deux : la *quotité disponible*, « dont le défunt a pu librement disposer par des libéralités »⁴, et la *réserve héréditaire*, « dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers, dits réservataires »⁵. La quotité disponible et la réserve héréditaire expriment ainsi une tension, un compromis ou un point d'équilibre entre deux éléments : d'un côté, la liberté individuelle, amarrée à la propriété privée ; et, de l'autre, la famille, cellule de solidarités sociales.

2. Il n'existe aujourd'hui que deux catégories d'héritiers réservataires : les descendants⁶ et, à défaut de descendant, le conjoint survivant⁷. La réserve héréditaire leur est attribuée en qualité d'héritier. Pour en bénéficier, il faut, mais il suffit, qu'ils soient appelés à la succession en application des règles de la dévolution légale et qu'ils l'acceptent. Aucune autre condition n'est requise. En particulier, ils n'ont pas à prouver qu'ils dépendaient financièrement du défunt et qu'ils se trouvent désormais dans un état de besoin auquel celui-ci n'aurait pas pourvu. La réserve héréditaire est attribuée à partir du seul lien de parenté ou du mariage, comme une conséquence légale de cet état. Lorsqu'il existe plusieurs réservataires au même degré, par exemple plusieurs enfants, la réserve se divise par souche entre les enfants, chacun prenant la même part individuelle dans la réserve globale. Lorsqu'il a été disposé au-delà de la quotité disponible, l'atteinte à la réserve héréditaire est sanctionnée non par la nullité mais par la réduction des libéralités excessives. Plus précisément, la libéralité excessive n'est pas réduite automatiquement ; elle est seulement réductible, à la demande de l'héritier réservataire, qui peut toujours renoncer, une fois la succession ouverte, à la sanction de sa réserve. En l'absence de descendant et de conjoint survivant, il n'y a pas de réserve héréditaire : la quotité disponible atteint toute la succession et le défunt peut librement disposer de tous ses biens au profit du bénéficiaire de son choix. Tels sont, ramenés à l'essentiel, les principaux traits juridiques de la réserve héréditaire en droit positif.

3. Si elle est une technique juridique, la réserve héréditaire est aussi un enjeu politique. Articulant au plus près la famille et le patrimoine, la loi et la volonté individuelle, elle structure en profondeur la société et façonne le citoyen. La dimension politique du droit des successions a d'ailleurs toujours été bien perçue par les penseurs et les gouvernants. Tocqueville l'avait particulièrement mise en relief en soulignant que, bien que relevant du droit civil, les lois relatives aux successions « devraient être placées en tête de toutes les institutions politiques car elles influent incroyablement sur l'état social des peuples, dont les lois politiques ne sont que l'expression. Elles ont de plus une manière sûre et uniforme d'opérer sur la société ; elles saisissent en quelque sorte les générations avant leur naissance. Par elles, l'homme est armé d'un pouvoir presque divin sur l'avenir de ses semblables. Le législateur règle une fois la succession des citoyens, et il se repose pendant des siècles : le mouvement donné à son œuvre, il peut en retirer la main ; la machine agit par ses propres forces, et se dirige comme d'elle-même vers un but indiqué d'avance »⁸. Or, la réserve héréditaire constitue une pièce maîtresse de notre droit des successions. Comme le souligne justement Yvonne Flour, elle « est évidemment dans le système juridique français au cœur du droit successoral »⁹.

1. C. civ., art. 791 et s.

2. C. civ., art. 804 et s.

3. C. civ., art. 893, al. 2.

4. C. civ., art. 912, al. 2.

5. C. civ., art. 912, al. 1^{er}.

6. C. civ., art. 913.

7. C. civ., art. 914-1.

8. De la démocratie en Amérique, t. I, Gallimard, Folio Histoire, 1961, 96.

9. Y. Flour, Remarques sur la généralisation de la réduction en valeur, *Dr. fam.* 2019, dossier 22, n°1.

4. La réserve héréditaire est cependant aujourd'hui controversée. Elle serait selon certains dépassée par l'évolution sociologique contemporaine laquelle justifierait d'accroître la liberté de disposer à titre gratuit, voire de la libérer de tous ses freins. Elle empêcherait la réalisation d'opérations socialement utiles au premier rang desquelles figureraient la transmission des entreprises et la conclusion de libéralités dites philanthropiques, c'est-à-dire consenties à des personnes morales afin de contribuer à des œuvres caritatives ou d'intérêt général. Elle serait enfin remise en cause sur la scène internationale sous l'influence des systèmes juridiques de *Common Law* dans lesquels la réserve héréditaire proprement dite n'existe pas. Multipliant les successions transfrontières – estimées à environ 10% des successions –, la mobilité internationale des personnes et des biens semble en effet par contrecoup fragiliser la loi française et inviter à un alignement de notre droit sur des solutions étrangères favorables à un plus grand libéralisme économique dans les relations familiales.

En définitive, ces différents éléments devraient, selon certains, conduire le législateur à supprimer la réserve héréditaire. De manière moins radicale, ces facteurs peuvent constituer une invitation à réévaluer à la lumière des évolutions contemporaines les termes de l'actuel compromis entre la liberté de disposer du défunt et les considérations familiales.

5. La réflexion sera ici menée en deux temps. Il importe d'abord d'envisager la réserve héréditaire telle qu'elle se présente *aujourd'hui* afin de déterminer si elle doit être conservée dans son principe (**première partie**). On pourra ensuite se demander si la réserve héréditaire pourrait évoluer *demain* dans certaines de ses modalités (**seconde partie**).

01

PREMIÈRE PARTIE

La réserve héréditaire aujourd'hui

PREMIÈRE PARTIE

La réserve héréditaire aujourd'hui

6. Envisager la réserve héréditaire aujourd'hui suppose de l'appréhender d'abord *dans le temps* pour retracer ses origines et en souligner la *constance historique* (chapitre 1) puis *dans l'espace* afin de la confronter aux droits étrangers et de relever cette fois son *large rayonnement géographique* (chapitre 2). Cela nécessite encore d'analyser ses *fondements* dans notre droit et d'interroger le bien-fondé du principe même de son maintien (chapitre 3). Enfin, l'on ne saurait prendre l'exacte mesure de la réserve héréditaire aujourd'hui sans dresser un bilan du pouvoir actuel de la volonté individuelle dans ses rapports avec cette institution juridique (chapitre 4).

CHAPITRE 1

La réserve héréditaire, une constance dans le temps

7. C'est la loi du 23 juin 2006¹⁰ qui, la première, a défini la réserve héréditaire dans le code civil. Suivant l'article 912 C. civ., « la réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ». Si la définition dans le code civil est récente, l'institution ne l'est pas. Telle qu'elle existe aujourd'hui, la réserve héréditaire est le fruit d'une longue tradition historique.

L'évoquer ici ne présente pas seulement un intérêt rétrospectif. L'histoire est en effet riche d'un double enseignement pour le législateur contemporain. D'une part, à travers le rayonnement de la réserve héréditaire dans le temps, elle souligne la permanence de ses enjeux fondamentaux. Pour autant, la réserve héréditaire n'a jamais été figée. Bien au contraire, elle a constamment évolué. Elle a toujours su s'adapter aux besoins et aux évolutions de la société. Fruit de compromis successifs, elle est le produit des influences réciproques d'institutions juridiques d'inspiration distincte. Comme le résume Nicolas Laurent-Bonne lors de son audition, « la réserve a évolué dans son régime et son expression »¹¹. D'autre part, l'histoire enseigne que toutes les questions qui interrogent aujourd'hui se sont déjà posées par le passé. Comme le relève Marta Peguera-Poch en évoquant les divers éléments actuellement en débat, « ce que peut dire l'historien du droit sur ce point, c'est qu'aucune de ces questions n'est inédite »¹². C'est ce qu'observe aussi Nicolas Laurent-Bonne en soulignant que la réserve héréditaire vise à répondre à toutes les époques à des « problèmes de législation » identiques¹³.

C'est ce dont on cherchera à rendre compte en suivant la réserve héréditaire au cours des principales étapes de sa genèse. Seront ainsi tour à tour envisagés le droit romain (§I), l'ancien droit (§II), le droit révolutionnaire (§III), puis la période allant du code civil de 1804 à la loi du 23 juin 2006 (§IV).

10. L. n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

11. V. contribution reproduite en annexe.

12. V. contribution reproduite en annexe.

13. V. contribution reproduite en annexe.

§1. Le droit romain

8. A Rome, rédiger son testament est un acte primordial pour tout citoyen car de cet acte dépend l'immortalité du défunt : sans héritier, institué par le testament et chargé d'assurer sa survie *post-mortem* par ses soins et ses prières¹⁴, le défunt s'expose « à l'oubli, ressenti comme la mort absolue et anonyme »¹⁵. Celui qui est mort *ab intestat*, c'est-à-dire sans avoir testé, est considéré comme ayant manqué à son devoir. La loi remédie bien à sa défaillance en désignant à sa place les héritiers qui recueilleront ses biens mais cette dévolution légale n'est envisagée que comme un pis-aller¹⁶. Réciproquement, « le titre d'héritier testamentaire implique un lien de droit indéfectible avec le défunt, source d'honneur et de devoir sous l'angle social »¹⁷.

9. Dans ce système, fondé sur la toute-puissance de la volonté du testateur, la liberté de disposer du défunt était initialement absolue. Le *paterfamilias* était libre de priver ses proches parents, et notamment ses enfants, de tout droit dans sa succession. Il suffisait pour cela qu'il désigne un héritier dans son testament. Cette liberté absolue venait prolonger sur le terrain patrimonial la puissance du *paterfamilias* (*patria potestas*) sur la personne de l'enfant et l'ensemble de la *domus*.

10. Cependant, « le formalisme qui caractérise le testament romain (sept témoins minimum) en même temps que le sentiment du devoir ont en général limité l'omnipotence du disposant »¹⁸. Surtout, quant au fond, des limites ont été progressivement apportées à la liberté de tester, sous la forme d'une action, appelée la *querela inofficiosi testamenti*¹⁹. Cette action importe en effet, car :

- elle montre à sa manière que des limites existent toujours à la liberté de disposer, y compris dans les systèmes juridiques dans lesquelles cette liberté constitue un principe essentiel de départ ;
- elle est à l'origine d'une institution au destin exceptionnel, appelée la *légitime*. Celle-ci pénétrera sous l'ancien droit dans les pays de droit écrit à la faveur de la renaissance du droit romain et inspirera ensuite les rédacteurs du code civil.

11. Aussi convient-il de l'examiner d'un peu plus près. Au cours du I^{er} siècle ap.-JC, le tribunal des Centumvirs²⁰ admet qu'un testament qui prive sans motif un proche parent de tout droit dans la succession du disposant ne peut être que l'œuvre d'« un fou ». Le proche exhérédé, appelé légitimaire, peut ainsi obtenir la nullité du testament. Celle-ci ne peut cependant être prononcée que si le légitimaire n'a pas reçu une part légitime (*legitima* ou *debita portio*) - « au sens de juste²¹ » - soit comme héritier, soit comme légataire. Peuvent agir à ce titre : les descendants, les ascendants et les frères et sœurs à condition, pour ces derniers, qu'ils aient été dépouillés au profit d'une personne « de mauvaise vie »²². Cette part légitime a pendant longtemps été laissée à l'appréciation du juge avant d'être fixée au quart de la succession²³, cette portion constituant la quarte légitime. Au Bas-Empire, la légitime évolue : son taux devient variable et dépend du nombre d'enfants²⁴ ; de justes motifs d'exhérédation sont limitativement fixés ; elle est sanctionnée par une action en complément analogue à notre actuelle action en réduction²⁵ ; le légitimaire est désormais également protégé contre les donations excessives à la faveur de la création complémentaire d'une *querela inofficiosae donationis*²⁶.

14. C. Bahurel, *Les volontés des morts, Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, thèse Paris 2, 2012, n°21 : pour un Romain, la mort « est la continuation de la même vie dans un autre lieu, dans les terres inférieures c'est-à-dire sous la terre. Cette vie réclame les mêmes soins, amour, nourriture, repos et il revient aux héritiers de les procurer au défunt par des prières, des offrandes et une digne sépulture. A défaut de tels services funéraires, le défunt, négligé, affamé et errant, sera en souffrance ».

15. E. Chevreau, *Le Temps et le droit : la réponse de Rome, l'approche du droit privé*, éd. De Boccard, 2006, p. 210.

16. Sur l'antériorité historique de la succession testamentaire à Rome, v. : M. Humbert, L'acte à cause de mort en droit romain, in *Actes à cause de mort*, 1^{re} partie, Rec. soc. J. Bodin, 89, 1992, p. 131 s.

17. A. Laquerrière-Lacroix, Honneur de l'héritier, déshonneur du renonçant. Le pragmatisme de Rome, in C. Pères (dir.), *Renonciation et successions : quelles pratiques ?*, Mission de recherche Droit et Justice, Defrenois, coll. Expertise notariale, 2017, p. 355s, spéc., n°497.

18. A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n°189, p. 256.

19. Que l'on peut traduire par « plainte contre un testament immoral » : J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n°955, p. 1338.

20. Juridiction compétente en matière successorale.

21. M. Peguera-Poch, contribution reproduite en annexe.

22. Une prostituée ou un comédien par exemple.

23. Ce par imitation de la quarte Falcidie issue de la loi Falcidia (40 av. J.-C) qui, pour inciter l'héritier institué à accepter la succession, lui garantissait qu'il conserverait au moins le quart de la succession après liquidation des legs stipulés par le défunt.

24. Sur ce point, v. not. la contribution reproduite en annexe de N. Laurent-Bonne : « Dans une Novelle prise en 536, Justinien (527-565) fixe la part des légitimaires de la manière suivante : un tiers du patrimoine lorsque le testateur a quatre ou moins de quatre enfants ; la moitié du patrimoine lorsque le testateur a cinq ou plus de cinq enfants ».

25. La nullité restant possible lorsque le légitimaire a été totalement exhérédé. Sur ce point, v. la contribution reproduite en annexe de N. Laurent-Bonne.

26. Sur cette évolution, v. : J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., n°58, pp. 1340-1341.

12. Quant aux **fondements** de la légitime romaine, ils peuvent être recherchés dans deux directions. D'une part, les sources romaines font état d'un **devoir de piété** – *pietas, officium pietatis* – réciproque : piété paternelle, piété filiale. « Les philosophies stoïciennes notamment ont exercé là leur influence. L'idée est développée durant toute l'époque classique, et sert de thème aux exercices de rhéteurs comme Quintilien. Valère Maxime, à propos d'un testament déshéritant les enfants déclare qu'il est « plein de folie ». Sur ce point, les Romains ont rejoint un précédent grec : il existait une action en justice, la *diké manias* (littéralement : action de folie) qui permettait de faire tomber un testament dépouillant les enfants »²⁷. C'est encore ce que souligne Nicolas Laurent-Bonne lors de son audition en relevant que « les juristes et les rhéteurs de l'Époque classique estiment [...] qu'il existe entre les membres d'une même famille un devoir de piété réciproque. Dès l'époque de Cicéron († 43 av. J.-C.), et vraisemblablement sous l'influence des stoïciens, les termes *pietas* et *humanitas* ou encore l'expression *officium pietatis* reviennent constamment sous la plume des rhéteurs, notamment chez Quintilien († 96), ou encore sous le règne de Tibère (14-37), dans l'œuvre de l'historien moraliste Valère-Maxime (ca. 14-31). On estime alors, à la charnière de la République et de l'Empire, que l'exhérédation arbitraire de certaines catégories d'héritiers est contraire au devoir de piété qui sert d'étalon éthique et moral à la société romaine »²⁸. Au terme du droit romain, la légitime reflète l'influence des idées chrétiennes – les parents doivent aimer leurs enfants – et sert à assurer une égalité minimale entre eux, ce qui lui donne une dimension individuelle.

13. D'autre part, la légitime romaine ne saurait être envisagée que comme une limite à la liberté de disposer ; elle est d'abord et avant tout **au service de la liberté de tester**. Il s'agit d'un contrôle judiciaire de l'intégrité du consentement du disposant dans des situations dans lesquelles le contenu du testament fait craindre une **captation d'héritage**. Ainsi que le relève un auteur, « on ne saurait interpréter les interventions législatives et jurisprudentielles qui restreignent la liberté de tester comme des dispositions à caractère comminatoire visant à endiguer les effets pervers d'une volonté purement arbitraire et démesurée [...] On ne trouve d'ailleurs jamais de telles allégations dans les sources » tandis que celles-ci décrivent, à l'époque de la création de la *querela*, des pratiques quasi-professionnelles de captation d'héritage alors présentées « comme le fléau de la société romaine »²⁹. Comme le souligne également Nicolas Laurent-Bonne, les correctifs romains avaient « pour finalité de protéger la volonté du testateur contre les manigances de son entourage : à Rome, c'est donc un rempart, et non une limite, de la liberté testamentaire et de la volonté du disposant »³⁰. Cette vision historiquement positive de la réserve héréditaire en lien avec la liberté individuelle du futur défunt est souvent occultée dans les débats contemporains alors que, comme on le verra, la période actuelle souligne tout son intérêt³¹.

§II. L'ancien droit

14. L'ancien droit est marqué par les divergences entre les pays de droit écrit au sud de la France et les pays de coutume au nord du royaume. Les premiers connaissent la légitime dite de droit, c'est-à-dire de droit romain (II) ; les seconds la réserve coutumière (III). Les deux institutions vont progressivement évoluer au contact l'une de l'autre par suite de l'utilisation, comme technique d'appoint, de la légitime romaine en pays coutumiers (IV). Cette présentation ne rend cependant pas compte de la variété des particularismes locaux, le droit successoral de l'ancienne France s'apparentant à une véritable mosaïque³². Quoi qu'il en soit, pour comprendre la réserve héréditaire sous l'ancien droit, il faut d'abord compter sur l'apport des canonistes médiévaux qui la fondent sur le droit naturel. Cette idée sera en effet largement reprise au fil des siècles et marquera de son empreinte la tradition juridique, française et européenne (I).

I. La réserve héréditaire, expression du droit naturel

15. Nicolas Laurent-Bonne le souligne, le Moyen âge central (XII^e-XIII^e s.) est une « période déterminante, sinon essentielle, pour la formation des droits privés européens »³³. Elle coïncide en effet non seulement avec la renaissance du droit romain mais aussi avec « un mouvement de réforme de l'église qui exerce sur l'Europe occidentale, dès le XII^e siècle, un pouvoir de domination spirituelle et politique » particulièrement marqué en matière familiale en raison du « double monopole juridictionnel et législatif »³⁴ qu'y détient alors l'Église.

27. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n°956, p. 1338.

28. V. contribution reproduite en annexe.

29. E. Chevreau, *Le Temps et le droit : la réponse de Rome, l'approche du droit privé, op. cit.*, p. 215.

30. V. contribution reproduite en annexe.

31. V. *infra* n°1375.

32. Pour une étude plus détaillée, v. not. : J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n°959 s, p. 1341 s.

33. V. contribution reproduite en annexe.

34. *Ibid.*

16. C'est dans ce contexte que les canonistes médiévaux se livrent à l'analyse de la légitime telle qu'ils la découvrent dans les textes romains et dans les législations locales. Or, ils en font une **expression du droit naturel qui s'impose au législateur** séculier. « Dès le XIII^e siècle, les juristes opèrent en effet une distinction entre le principe même et ses modalités : la détermination de la portion légitime relève du droit civil si bien qu'elle peut varier d'une législation territoriale à l'autre ; dans son principe, la légitime est quant à elle immuable *de jure naturali*. Les canonistes médiévaux relient [...] les droits des héritiers légitimaires au droit naturel ainsi qu'au devoir de charité qui incombe à tout chrétien ; ils considèrent par ailleurs la portion légitime comme la continuité de l'obligation alimentaire qualifiée d'obligation naturelle des parents vis-à-vis de leurs enfants »³⁵. En d'autres termes, « en droit canonique médiéval, la réserve des héritiers légitimaires est instituée en vue de **préserver un idéal de justice**, au sein des familles et dans un ordre naturel voulu par Dieu. Elle est l'expression du *juste* naturel ; en fixant le taux de la réserve, le droit séculier en est le prolongement »³⁶. Cette opinion doctrinale sera ensuite « sécularisée par l'Ecole du droit naturel moderne » avant d'être « massivement reprise par la doctrine du XIX^e siècle »³⁷ à l'occasion du commentaire des textes du code civil relatifs à la réserve héréditaire.

II. La légitime de droit

17. Dans le Midi, la légitime romaine est redécouverte en même temps que le droit romain et le testament au XII^e siècle. Elle se heurte à de fortes résistances locales en raison de l'attachement de certaines coutumes, notamment languedociennes, à la liberté de disposer.

Ses conditions et son régime se fixent au XVI^e siècle à peu près autour des principes consacrés dans le dernier état du droit romain.

Sont légitimaires, comme à Rome, les descendants, les ascendants et les frères et sœurs³⁸ avec cette précision que les filles dotées à l'occasion de leur mariage sont d'abord exclues de cette liste – on considère que leur dot constitue un forfait qui suffit à les pourvoir – avant d'y figurer – on considère cette fois que, dotées ou non, elles doivent avoir leur légitime. Le montant de la légitime – qui va d'un tiers à la moitié et dépend du nombre d'enfants – est repris du dernier état du droit romain. Sa sanction varie : si le légitimaire n'a pas été nommé dans le testament ou s'il a été exhéredé sans juste motif, le testament est nul ; dans les autres cas, il a droit à un complément à hauteur de sa légitime.

18. C'est surtout la nature du droit du légitimaire qui divise alors la doctrine. La controverse porte sur le point de savoir si la légitime est une part de la succession elle-même (*pars hereditatis*) ou une part des biens (*pars bonorum*). *Pars hereditatis*, c'est une portion réservée de la succession fondée sur la qualité d'héritier et un droit réel portant sur une fraction des biens successoraux. *Pars bonorum*, c'est un droit de créance fondé sur la seule parenté et sur un devoir d'assistance ou de solidarité familiale : celui qui renonce à la succession n'en conserve pas moins sa légitime. Dans l'ensemble, l'analyse en termes de *pars bonorum* semble l'avoir emporté : le légitimaire n'agit pas comme héritier mais *contre* l'héritier institué par testament. Les discussions se prolongeront cependant jusqu'au dix-neuvième siècle à propos de la réserve héréditaire dans le code civil.

III. La réserve coutumière

19. Dans les pays de coutume, c'est l'institution de la réserve coutumière³⁹ qui assure la protection des proches du défunt. Elle procède d'un principe de départ différent : « en droit coutumier, la préférence va à la dévolution légale. La nature désigne de manière exclusive les héritiers : les descendants, les collatéraux et en général les ascendants, chacun ayant des droits successoraux différents. Il n'y a donc pas d'institution d'héritier par voie testamentaire [...] De même que seule la nature choisit les héritiers, on considère que certains biens sont destinés à la famille. Ainsi, le patrimoine est divisé en plusieurs masses de biens selon leur nature (meubles ou immeubles), leur mode d'acquisition (propres ou acquêts) et leur origine sociale (nobles ou roturiers). Chaque masse a des règles successorales propres, à combiner avec les règles de l'état des personnes (nobles ou roturiers) et, le cas échéant, avec celles qui

35. N. Laurent-Bonne, contribution reproduite en annexe.

36. *Ibid.*

37. *Ibid.* Sur ce point, v. aussi : A. Lefebvre-Teillard, *Introduction au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n°237.

38. A la condition, pour ces derniers, qu'ils soient exhéredés par une *persona turpis* (une personne infâme).

39. Sur laquelle, v. : J. de Laplanche, *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*, Sirey, 1925.

régissent les conflits de coutumes, compte tenu de la diversité coutumière »⁴⁰. Or, « l'assise principale du patrimoine familial est la masse des biens propres, c'est-à-dire, les immeubles reçus des ancêtres. Ils sont destinés à la famille. Pour cette raison, ils sont protégés contre les actes de disposition, qu'ils soient à titre onéreux ou à titre gratuit (testaments et donations entre vifs) »⁴¹. S'agissant des testaments, c'est la réserve coutumière qui assure la protection de la famille.

20. La réserve coutumière est bien différente de la légitime romaine. *Pars hereditatis*, elle est une portion indisponible de la succession réservée à ses bénéficiaires en leur qualité d'héritiers⁴² ; elle appartient à tous les membres du lignage⁴³ ; destinée à assurer la conservation des biens dans la famille, elle ne porte à cette fin que sur certains biens - les **biens propres** - qui sont dans la famille depuis au moins une génération. Souvent fixée aux quatre-cinquièmes des propres⁴⁴, elle limite fortement la liberté de disposer à une époque où la terre et la fortune immobilière forment l'essentiel des richesses. Pour autant, la réserve coutumière ne menace que les dispositions à cause de mort à l'exclusion des donations entre vifs⁴⁵.

21. Contrairement à la légitime romaine, la réserve coutumière, d'une part, ne se comprend que par référence à un principe d'indisponibilité à titre gratuit des biens d'origine familiale et, d'autre part, ne se préoccupe pas de la situation individuelle des membres de la famille du défunt. Sa finalité est uniquement de **protéger la famille**, envisagée comme un ensemble. Comme le souligne Marta Peguera-Poch⁴⁶, la question, d'esprit individualiste, de l'égalité entre les enfants est réglée autrement par le droit coutumier à travers une triple distinction⁴⁷ entre :

-les coutumes dites *préciputaires*, lesquelles sont minoritaires, dans lesquelles le défunt peut disposer librement de la quotité disponible y compris au profit d'un enfant qu'il peut gratifier hors part successorale, qui viendra ainsi à la succession du père sans rapporter le don ;

-les coutumes dites *d'égalité stricte*, dans lesquelles l'égalité entre les enfants est conçue rigoureusement : l'enfant qui a reçu une donation de son père doit la rapporter à la succession ;

-les coutumes dites *d'égalité simple* ou *d'option* dans lesquelles le principe d'égalité entre les enfants peut être aménagé : l'enfant gratifié par son père peut, à l'ouverture de la succession, choisir librement soit de rapporter la donation et de venir à la succession, soit de conserver la donation et de renoncer à la succession.

En pratique, cette question concerne alors essentiellement les filles dotées ainsi que, dans une moindre mesure, « les fils mariés ou partis du foyer familial après avoir reçu une donation »⁴⁸.

22. Quoi qu'il en soit, à partir du seizième siècle, la réserve coutumière se trouve affaiblie. La famille-lignage et les pratiques communautaires déclinent à la faveur d'un esprit plus individualiste en matière familiale sous l'influence de l'humanisme juridique ; la fortune mobilière se développe et, avec elle, le poids des acquêts dans les patrimoines ; les meubles ne sont plus le seul siège des dettes de la succession lesquelles peuvent désormais être payées sur les immeubles. Le remède va consister à utiliser la légitime de droit dans les pays de droit coutumier.

IV. La légitime de droit en pays de coutumes

23. A partir du seizième siècle, la réserve coutumière est dépassée par l'évolution de la famille et des patrimoines. Pour y remédier, les juristes, notamment Dumoulin, proposent d'utiliser la légitime des pays de droit écrit à côté de la réserve coutumière comme une **protection d'appoint**⁴⁹. Il s'agit de protéger la famille, d'une part, contre les donations de biens propres et, d'autre part, contre les libéralités portant sur des meubles. C'est la voie qu'empruntent les

40. M. Peguera-Poch, contribution reproduite en annexe.

41. *Ibid.*

42. Ce qui suppose qu'ils viennent à la succession et qu'ils la reçoivent en nature.

43. Mais les ascendants en sont exclus en raison du principe *propres ne remontent*.

44. On l'appelle la réserve des *quatre-quints* et la quotité disponible forme le *quint datif*. Dans les coutumes de l'Ouest, la réserve est d'un tiers des propres.

45. Comme le souligne Marta Peguera-Poch dans son audition reproduite en annexe, « le principe coutumier *donner et retenir ne vaut*, qui oblige le donateur à se dessaisir de manière immédiate et irrévocable du bien donné, est considéré une protection suffisante contre des donations irréflechies ou excessives ».

46. V. contribution reproduite en annexe.

47. Sur laquelle, v. plus précisément : J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., n°801s., p. 1162 s.

48. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., n°801, p. 1162.

49. Sur cette question, v. : M. Peguera-Poch, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e- XVIII^e siècle)*, préf. A. Lefebvre-Teillard, PUAM, 2009.

coutumes de Paris et d'Orléans, lesquelles formeront le droit commun coutumier. Ainsi, la nouvelle coutume de Paris de 1580 prévoit-elle qu'à la réserve des quatre-cinquièmes sur les propres (art. 292) s'ajoute une légitime de moitié sur les meubles et acquêts (art. 307).

24. Cette légitime en pays coutumiers se distingue sous divers aspects de la légitime romaine : seuls en bénéficient les descendants ; son montant est de la moitié de la part légale individuelle ; elle n'intervient que si la réserve est insuffisante, ce qui donne lieu à des calculs liquidatifs complexes⁵⁰. Du seizième au dix-huitième siècles, réserve et légitime s'influencent et se transforment au contact l'une de l'autre. La légitime emprunte à la réserve coutumière sa technique – elle devient une *pars hereditatis* dévolue à l'héritier – mais elle impose son esprit – elle traduit un **devoir moral du défunt envers ses proches parents**, ce qui lui confère désormais une dimension individuelle. C'est ce que résume Lebrun lorsqu'il écrit que « la légitime n'est pas due, parmi nous, en gros à tous les enfants mais en détail à chaque enfant en particulier »⁵¹.

25. A la fin de l'Ancien Régime, la **synthèse entre les deux institutions** est achevée et la réserve coutumière est pratiquement absorbée par la légitime. Désormais, le mot légitime devient un terme générique et la réserve coutumière est elle-même devenue une sorte de légitime⁵². En 1804, « c'est sous le nom de réserve que la légitime sera consacrée par le code civil »⁵³. Entre-temps, l'institution aura traversé la tourmente de la période révolutionnaire.

§III. Le droit révolutionnaire

26. Le testament est mal vu par les Révolutionnaires : il est perçu comme l'arme aristocratique des pères réactionnaires dont il faut protéger les jeunes générations censées être mieux disposées à l'égard du nouveau régime. Pour ce faire, la liberté de disposer doit être réduite et la réserve héréditaire renforcée. Il s'agit aussi par ce biais de **réaliser pleinement l'objectif d'égalité qui est au cœur de l'idéal révolutionnaire** : égalité dans la famille entre les enfants en interdisant aux parents d'avantager l'un au détriment de l'autre ; égalité entre les citoyens, en imposant le morcellement des biens à chaque génération et en évitant ainsi la constitution ou le maintien de grandes fortunes. La réserve héréditaire est donc perçue et utilisée sous la Révolution comme un instrument contribuant mécaniquement à **réduire les inégalités sociales**, à ruiner l'esprit aristocratique pour la conservation des biens de famille et à lui substituer une société progressiste composée de petits propriétaires individuels⁵⁴.

Cette considération est particulièrement intéressante : elle permet de contredire l'opinion avancée par ceux qui font valoir aujourd'hui que la réserve héréditaire pourrait être supprimée en tant qu'elle favoriserait la reproduction des inégalités sociales⁵⁵. **L'histoire enseigne en effet que la réalité est tout simplement à l'opposé.**

27. Dans son *Discours sur l'égalité des partages dans les successions directes*⁵⁶, Mirabeau livre une attaque en règle contre le testament tandis qu'au cours de la même séance, Benjamin Constant, incarnant le courant libéral, défend la liberté de disposer. Rejetées par la Constituante, soutenues par Robespierre, les propositions de Mirabeau sont adoptées par la Convention : le défunt ne peut plus tester qu'au profit d'étrangers ; il lui est interdit d'avantager l'un de ses enfants⁵⁷. La loi des 17 et 21 nivôse an II réduit pratiquement la quotité disponible à néant : la réserve est portée aux neuf-dixièmes de la succession en présence de descendants ; aux quatre-dixièmes en présence de collatéraux. Toutes ces mesures sont rétroactives, ce qui entraîne de nombreux désordres.

28. Après la Terreur, le Directoire et le Consulat redonnent au père de famille une marge de liberté. Au fil des projets (3^e projet de Cambacérès en l'an IV, projet de Jacqueminot en l'an VIII, puis de la commission présidée par Tronchet) et des textes⁵⁸, les bénéficiaires et le montant de la réserve diminuent⁵⁹ et la quotité disponible peut être attribuée à un enfant et ainsi l'avantager au détriment de ses frères et sœurs.

50. Sur la méthode, v. : J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., n°967, p. 1349.

51. *Traité des successions*, 3^e éd., 1714, sect. VI.

52. M. Peguera-Poch, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e- XVIII^e siècle)*, op. cit., n°283.

53. M. Peguera-Poch, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e- XVIII^e siècle)*, op. cit., n°296.

54. Ce qu'à nouveau avait très bien analysé Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. I, Gallimard, Folio Histoire, 1961, p. 97.

55. Sur ce point, v. *infra* n°81.

56. Sur lequel, v. : C. Pérès, in W. Mastor, J. Benetti, P. Egéa et X. Magnon (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, préf. R. Badinter, Dalloz, 2017, p. 42.

57. D. des 7 mars 1793 et 5 brumaire an II.

58. Notamment L. 4 germinal an VIII.

59. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., n°971, p. 1352 : « les collatéraux jusqu'au quatrième degré, puis seulement les frères et sœurs, puis finalement aucun collatéral ».

§IV. Du Code civil de 1804 à la loi du 23 juin 2006

I. Le Code civil de 1804

29. Les fondements de la réserve héréditaire dans le code civil de 1804 seront envisagés (A) avant ses principaux traits (B).

A. Les fondements de la réserve héréditaire

30. Si les opinions des rédacteurs du code civil ont été divisées relativement à son montant⁶⁰, **le principe même d'une réserve héréditaire⁶¹ a fait l'unanimité⁶²**.

Présentant le projet de texte relatif à « la légitime des enfants », Bigot-Préameneu s'en explique en ces termes : « Quoique le droit de disposer de ses biens ne soit que l'exercice du droit de propriété, auquel il semblerait au premier coup d'œil que la loi ne devrait, en aucun cas, porter atteinte, il est cependant des bornes qui doivent être posées, lorsque les sentiments naturels et l'organisation sociale ne permettent pas à celui qui dispose de les franchir [...] Ce sont [l]es transmissions successives qui fixent principalement le rang et l'état des citoyens. **Les pères et mères qui ont donné l'existence naturelle ne doivent pas avoir la liberté de faire arbitrairement perdre, sous un rapport aussi essentiel, l'existence civile** ; et si le père doit rester libre de conserver l'exercice de son droit de propriété, il doit aussi remplir les devoirs que la paternité lui a imposés envers ses enfants et envers la société »⁶³. La réserve héréditaire apparaît ainsi avant tout comme un **devoir que la loi impose aux parents envers les enfants qu'ils ont fait venir au monde**. Quant à la quotité disponible, elle est présentée par Portalis comme « un moyen de récompense » ; le droit de disposer étant « encore un droit d'arbitrage, par lequel le père répartit son bien entre ses enfants, proportionnellement à leurs besoins. Et il faut remarquer que ce droit est avantageux à la société ; car le père, en donnant moins aux enfants engagés dans une profession lucrative, réserve une plus forte quote-part à ceux que leurs talents appellent à des fonctions utiles à l'État, inutiles à leur fortune »⁶⁴.

31. Ainsi conçues, les « dispositions du Code Napoléon constituent une transaction entre la liberté du défunt et l'égalité des héritiers. Pour paraphraser Tocqueville [...], c'est aussi une transaction entre la famille aristocratique et la famille démocratique, entre la puissance paternelle et les relations affectives, trait d'union entre l'Ancien Régime et la Révolution »⁶⁵. Prolongeant la tradition de l'ancien droit, les juristes du dix-neuvième siècle voient souvent dans la réserve héréditaire un élément découlant du droit naturel. C'est ce qu'observe Nicolas Laurent-Bonne selon qui « les commentateurs du code civil estiment que la réserve héréditaire relève du droit naturel, conçu comme étalon éthique et moral des rapports familiaux. Demolombe [...] conçoit ainsi la réserve comme un « devoir naturel » né de l'obligation alimentaire⁶⁶. C'est encore l'opinion de Troplong [...] estimant que la réserve est un droit naturel qui assure aux enfants une part certaine dans le patrimoine des pères⁶⁷ ; elle traduit selon lui un acte d'amour et de justice. Les premiers commentateurs du code civil, qui citent massivement les juristes romains mais aussi les auteurs de l'école du droit naturel moderne, font du **droit naturel** et de la **justice distributive** la source et la finalité de la loi positive »⁶⁸.

60. Sur ce point, v. *infra* n°362.

61. Du point de vue terminologique, les rédactions primitives de l'article 913 du code civil et les rédacteurs dans leurs débats ne font pas référence à la réserve héréditaire mais à la légitime. Des interprétations contradictoires ont été avancées relativement aux raisons qui expliquent que le mot réserve, s'il est peu employé dans le code qui préfère parler de la quotité disponible (suivant en cela les anciennes coutumes) l'ait tout de même emporté sur celui de légitime. Parmi d'autres, une explication d'ordre politique a été avancée : « garder le nom de réserve, c'était ménager la sensibilité des pays de coutumes, qui perdaient l'essentiel de l'ancienne réserve : la distinction des biens en propres et acquêts » (M. Peguera-Poch, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e- XVIII^e siècle)*, *op. cit.*, n°125).

62. Cambacérès relève ainsi « qu'on est d'accord sur la nécessité d'accorder une légitime aux enfants ; on ne se divise que sur la quotité » : P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, 1836, p. 260.

63. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, *op. cit.*, p. 245.

64. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, *op. cit.*, pp. 258-259.

65. N. Laurent-Bonne, contribution reproduite en annexe.

66. C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XIX, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. II, Paris, 1868, p.4.

67. R.-T. Troplong, *Droit civil expliqué des donations entre-vifs et des testaments ou commentaire du titre II du livre III du Code Napoléon*, Paris, 1855, t. II, p. 324 s., n° 737 s.

68. N. Laurent-Bonne, contribution reproduite en annexe.

B. Les principaux traits de la réserve héréditaire

32. Telle que la consacre le Code civil en 1804, la réserve héréditaire est en réalité la légitime conçue, à l'instar de l'ancienne réserve coutumière, comme une part même de la succession⁶⁹, ce qu'affirmera la Cour de cassation dans un célèbre arrêt⁷⁰.

Ses principaux traits peuvent être résumés de la manière suivante :

- **bénéficiaires** : comme la légitime, la réserve héréditaire exprime un devoir de famille du défunt envers ses plus proches parents, ses **descendants et ascendants**, en qualité d'héritiers. Les collatéraux en sont exclus. La réserve des ascendants se comprend par une logique de réciprocité entre les deux lignes, descendante et ascendante ;
- **étendue** : la réserve héréditaire du code civil porte sur l'ensemble de la succession et protège les héritiers réservataires non seulement contre les dispositions à cause de mort mais aussi contre les libéralités entre vifs ;
- **montant** :
 - en ce qui concerne les **descendants**, il dépend du nombre d'enfants. La loi ne précise pas le montant de la réserve héréditaire. Elle fixe celui de la quotité disponible d'où résulte indirectement le taux de la réserve. Suivant l'article 913 du code civil, la quotité disponible est :
 - de la moitié de la succession si le défunt laisse **un enfant** à son décès, la réserve héréditaire correspondant à l'autre **moitié** de la succession ;
 - du tiers de la succession s'il laisse **deux enfants**, la réserve héréditaire étant des **deux tiers** ;
 - du quart de la succession s'il laisse **trois enfants ou plus**, la réserve héréditaire étant des **trois quarts**. Ce montant, assez élevé, souligne cette fois l'influence du droit coutumier.

Au-delà de trois enfants, la réserve héréditaire est invariablement fixée aux trois quarts de la succession. Le défunt peut donc **au minimum disposer du quart de ses biens à titre gratuit**. Ce taux est resté inchangé depuis 1804.

- en ce qui concerne les **ascendants** : suivant qu'il y avait des ascendants dans une seule ligne ou les deux, la réserve était d'un quart ou de la moitié de la succession, soit un quart par ligne⁷¹.
- **sanction** : les libéralités portant atteinte à la réserve héréditaire sont **réductibles en nature**, par réintégration physique des biens dans la succession.

II. Les réformes ultérieures

33. Jusqu'au début du vingt-et-unième siècle, les réformes législatives ont eu pour objet d'adapter la réserve héréditaire à l'évolution du droit des successions, en particulier à la conquête de l'égalité entre les descendants et à l'amélioration du sort successoral du conjoint survivant, et de mieux prendre en compte les considérations économiques liées à l'instabilité monétaire et à la circulation des richesses. La loi du 25 mars 1896 a ainsi attribué la qualité d'héritier réservataire à l'enfant naturel. Les lois des 13 juin 1930 et 13 juillet 1963 ont augmenté successivement la quotité disponible spéciale entre époux, c'est-à-dire la part de sa succession dont le défunt peut disposer au profit de son seul conjoint par des libéralités.

34. Surtout, l'importante loi du 3 juillet 1971 a modifié les règles applicables à l'évaluation de la réserve héréditaire et à la réduction des libéralités excessives. Tandis que le code civil de **1804** avait imposé la **réduction en nature** des libéralités portant atteinte à la réserve, de sorte que l'héritier avait droit au titre de sa réserve à une partie des biens mêmes composant la succession, cette solution systématique est apparue économiquement néfaste. La réduction en nature, comme sanction du dépassement de la quotité disponible, a donc reculé au profit d'une distinction fondée sur le type de libéralité et la qualité de son bénéficiaire. Il en résultait que la réduction se faisait toujours en principe en nature lorsque la libéralité avait été consentie à un tiers, ce qui permettait de protéger collectivement la famille. En revanche, la réduction se faisait désormais en principe en valeur, c'est-à-dire en argent, lorsqu'une libéralité entre vifs avait été consentie à un héritier réservataire acceptant. Cette solution permettait de ne pas remettre en cause rétroactivement les donations entre vifs dans un souci de sécurité juridique tout en assurant efficacement le respect d'une égalité minimale entre les réservataires.

69. Même si les discussions se prolongeront au 19^e siècle à ce sujet.

70. Cass. Ch. réunies 27 nov. 1863, *Lavialle, GAJC*, t. 1, 13^e éd., Dalloz, 2015, n°139.

71. C. civ., ancien art. 914 al. 1^{er}.

35. La loi du 3 janvier 1972 portant réforme de la filiation a adapté la réserve héréditaire au principe de l'égalité entre les filiations légitime et naturelle, tout en laissant subsister des discriminations au détriment des seuls enfants adultérins. Celles-ci disparaissent avec **la loi du 3 décembre 2001**. Ce texte a également attribué, pour la première fois, la **qualité d'héritier réservataire au conjoint survivant en l'absence d'autre réservataire**, c'est-à-dire à l'époque en l'absence de descendant et d'ascendant, sa réserve étant fixée à une quotité d'un quart de la succession en pleine propriété⁷²

III. La loi du 23 juin 2006

36. La loi du 23 juin 2006 n'a pas modifié le montant de la réserve héréditaire, lequel est resté intact pour les descendants depuis 1804. Il est donc aujourd'hui de la moitié, des deux tiers ou des trois-quarts de la succession selon que le défunt laisse un, deux ou trois enfants et plus. Cependant, en pratique, dans la configuration habituelle dans laquelle le défunt laisse des enfants et un conjoint survivant, **la réserve des enfants est souvent amoindrie par la présence du conjoint**. Elle l'est d'abord toutes les fois que les enfants sont communs et que le conjoint survivant, appelé légalement à la succession, choisit de recueillir l'usufruit de la totalité des biens existants plutôt que son quart légal en propriété⁷³. En ce cas, l'usufruit du conjoint survivant grève la réserve héréditaire des enfants, laquelle se trouve ramenée à une nue-propriété. Au décès du conjoint survivant (c'est-à-dire leur père ou leur mère), les enfants recouvrent leur pleine propriété. Elle l'est ensuite, même en présence d'enfants non communs, lorsque le défunt, comme l'y autorise l'article 1094-1 du code civil, a gratifié le conjoint survivant d'une libéralité portant sur l'usufruit de toute la succession ou lorsqu'il lui a délégué le choix entre les différentes quotités ouvertes par ce texte et que le conjoint survivant, comme cela est souvent le cas, opte pour l'usufruit. Dans cette hypothèse répandue aujourd'hui, en raison de la multiplication des recompositions familiales, les enfants non-communs doivent donc attendre le propre décès de leur beau-père ou belle-mère pour voir se reconstituer à leur profit la pleine propriété de leur réserve héréditaire. L'attente peut être longue lorsque la différence d'âge est faible, voire inexistante, entre le conjoint survivant et l'enfant réservataire.

37. Si elle n'en a pas modifié le montant, la loi du 23 juin 2006 a cependant apporté à la réserve héréditaire des modifications importantes visant à **libéraliser** le droit des successions et des libéralités. D'abord, la promotion du conjoint survivant dans le cercle des réservataires s'est accentuée avec la **suppression de la réserve des ascendants**⁷⁴ : selon l'article 914-1 du Code civil, le conjoint survivant est désormais réservataire « à défaut de descendant ». En ce cas, les libéralités consenties par le défunt ne peuvent excéder les trois quarts des biens. Ensuite, la volonté individuelle a conquis un pouvoir inédit avec la consécration de la validité de **la renonciation anticipée par l'héritier réservataire à l'action en réduction des libéralités** portant atteinte à sa réserve⁷⁵. Par ailleurs, la loi a permis au futur défunt de conclure un **mandat à effet posthume** et de désigner un mandataire successoral ayant pour mission de gérer à son décès tout ou partie de la succession, y compris la réserve⁷⁶. Enfin, la réforme a parachevé l'évolution engagée en 1971 : en principe, la **réduction** des libéralités qui dépassent la quotité disponible se fait désormais **en valeur**, sous la forme d'une **indemnité de réduction**⁷⁷. La réduction en nature est devenue exceptionnelle. La généralisation de la réduction en valeur renforce la liberté individuelle du futur défunt, qui peut librement disposer de ses biens en nature, et favorise la circulation des richesses de même que la sécurité juridique.

La réserve héréditaire a évolué au fil de sa longue histoire. Elle n'est pas une institution figée ; elle s'est renouvelée à partir de traditions variées. Aussi ne faut-il pas aujourd'hui, lorsque l'on s'interroge sur son avenir, l'envisager comme une survivance intacte d'un lointain passé ni raisonner de manière trop abrupte.

L'histoire invite surtout à souligner, en même temps que la permanence de la question fondamentale à laquelle ils s'efforcent de répondre, la forte capacité d'adaptation des mécanismes juridiques qui opèrent derrière ce que nous appelons aujourd'hui la réserve héréditaire.

72. C. civ., art. 914-1.

73. C. civ., art. 757.

74. V. *infra* n°340.

75. V. *infra* n°227 et n°460s.

76. C. civ., art. 812 et s. A l'inverse, les pouvoirs des exécuteurs testamentaires sont limités en présence d'héritiers réservataires (C. civ., art. 1030-1).

77. C. civ., art. 924 al. 1^{er}.

CHAPITRE 2

La réserve héréditaire, un large rayonnement dans l'espace

38. Il s'agit ici d'apprécier la réserve héréditaire à la lumière des droits étrangers, d'une part (§I), et du droit international privé, d'autre part (§II).

§I. Aspects de droit comparé

39. La réflexion sera menée en trois temps. Il importe d'abord de souligner que la réserve héréditaire est loin d'être une singularité française comme cela est parfois injustement affirmé⁷⁸. Elle est au contraire une institution juridique très répandue dans le monde (I). Il convient ensuite d'insister sur le fait que là où la réserve héréditaire n'existe pas, la liberté de disposer n'est pas pour autant absolue : partout des limites à cette liberté existent, qui traduisent bien ce qu'une liberté dénudée aurait ici d'illusoire ; simplement ces limites prennent ailleurs d'autres formes (II). Enfin, l'on s'efforcera de mettre en lumière quelques tendances contemporaines qui caractérisent l'évolution de la matière à l'échelle internationale (III).

I. Une institution juridique répandue

40. A envisager la réserve héréditaire à l'aune du droit comparé, une première conclusion se dégage rapidement, à la seule lecture des cartes géographiques reproduites ci-dessous⁷⁹ : **la réserve héréditaire n'est en aucun cas une singularité française**. Elle est au contraire **très répandue** puisqu'elle existe dans la quasi-totalité des droits de tradition civiliste⁸⁰, c'est-à-dire les droits inspirés de la tradition juridique européenne continentale. Si l'on met à part quelques exceptions ponctuelles, qui s'expliquent par des raisons historiques particulières, la réserve héréditaire est **présente dans tous les systèmes juridiques de tradition civiliste européens, latino-américains ainsi dans de nombreux droits africains ou asiatiques**, tel que le Japon par exemple⁸¹. Comme le relève un auteur, « en Europe continentale et en Amérique latine, les exceptions sont rares »⁸². La réserve existe encore dans certains **droits dits mixtes**, notamment en Ecosse, ainsi que dans **tous les pays de droit arabo-musulman**⁸³.

78. V. par exemple : Inspection générale des finances, *Le rôle économique des fondations*, rapport n°2017-M-009, 4.5.2., p. 40 : « le dispositif français de réserve héréditaire connaît peu d'équivalents à l'étranger »

79. Que soient ici particulièrement remerciés les membres du bureau du droit des personnes et de la famille de la Direction des affaires civiles et du Sceau ainsi que la Délégation aux affaires européennes et internationales du Ministère de la Justice pour le travail réalisé en termes d'identification, d'analyse du contenu des droits étrangers et de réalisation d'outils cartographiés permettant d'illustrer le rayonnement de la réserve héréditaire dans le monde.

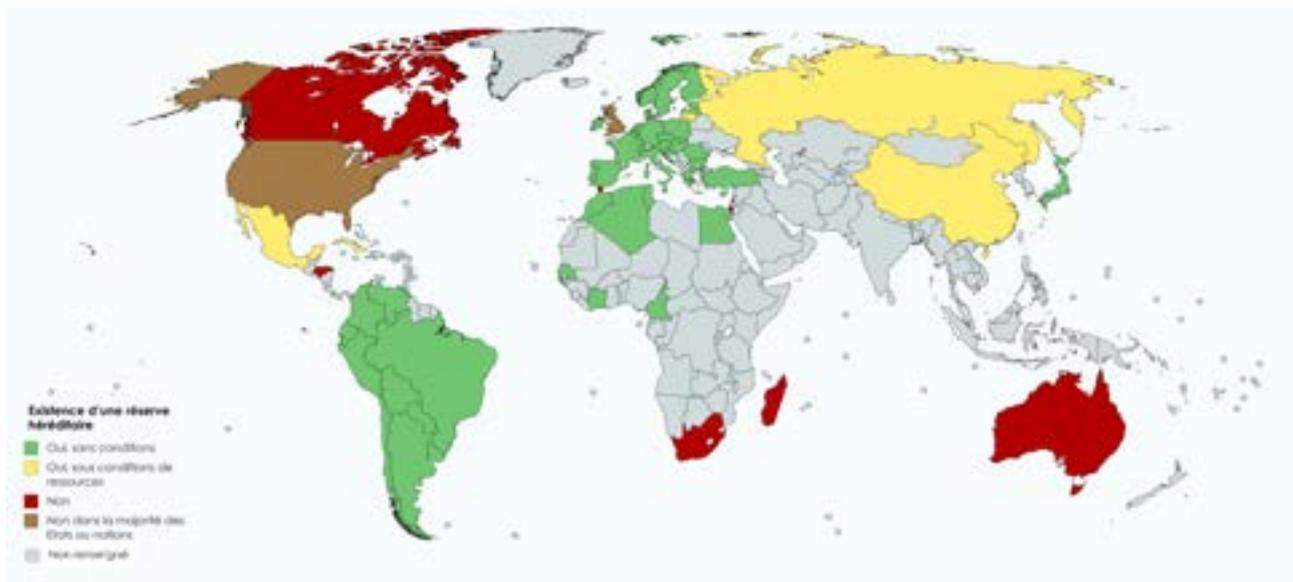
80. J.-P. Decorps, La réserve héréditaire en droit comparé, *Dr. fam.* 2019, dossier 21, spéc. n°5 soulignant « la généralité de son existence, dans tous les pays de droit continental. Très peu ne la connaissent pas, souvent pour des raisons liées à leur histoire, parfois récente, parmi lesquels, par exemple, Madagascar, le Honduras et la province de Navarre en Espagne ».

81. En droit japonais, sont réservataires le conjoint survivant, les descendants et les ascendants (C. civ., art. 1042, al. 1^{er}). Sur ce point, v. : T. Saito, La réforme du droit des successions et des libéralités au Japon : présentation de la loi du 13 juillet 2018, *RJPF* 2019-9/1

82. A. Bonomi, P. Wautelet et al., Le droit européen des successions : Commentaire du règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012, Bruylant, 2013, art. 23, n°82.

83. J.-P. Decorps, La réserve héréditaire en droit comparé, *op. cit.*, spéc. n°17 et s.

Existence d'une réserve héréditaire



La réserve héréditaire



La réserve héréditaire en Europe



La réserve héréditaire en Amérique du Nord



41. De là se dégage immédiatement une autre conclusion : **l'argument selon lequel il conviendrait de supprimer la réserve héréditaire parce qu'elle serait une institution soit proprement française, soit même isolée sur la scène internationale serait totalement infondé.** Ce point n'appelle en réalité guère de discussion.

42. Encore faut-il préciser que ce que l'on entend ici par réserve héréditaire se décline de deux manières différentes. Tantôt, les limites à la liberté de disposer consistent en une part de la succession réservée par la loi à certains héritiers⁸⁴. C'est le modèle du code civil français de 1804 encore suivi aujourd'hui notamment en Italie, en Espagne⁸⁵ ou en Ecosse. Tantôt, elles prennent la forme d'une créance monétaire attribuée par la loi à certains proches du défunt contre la succession⁸⁶. C'est le modèle autrichien, ayant ensuite inspiré les droits allemand, suédois, finlandais, polonais, hongrois ou encore certains droits foraux espagnols.

Dans tous les cas, ce qui caractérise l'existence d'une réserve héréditaire dans ces différents pays, c'est :

- d'une part, **l'existence de droits fixes prévus par la loi** au profit de certains proches du défunt ;
- et, d'autre part, **l'absence de condition tenant à la preuve de l'état de besoin** dans lequel ces proches devraient se trouver pour bénéficier de droits dans la succession lorsque le défunt les en a privés.

43. Par-delà ces deux traits communs, les différences sont nombreuses entre les systèmes juridiques relativement aux bénéficiaires de la réserve héréditaire, à son montant ainsi qu'aux sanctions applicables lorsque les libéralités consenties par le défunt excèdent la quotité disponible. Sans pouvoir entrer ici dans le détail des différentes législations nationales, deux séries d'observation peuvent être faites. En premier lieu, s'agissant des bénéficiaires, soulignons que, là où la réserve existe, **les descendants sont toujours réservataires**. La réserve héréditaire des descendants constitue donc le **socle de base** de l'institution à l'échelle internationale. Au-delà, la liste des bénéficiaires varie. Les père et mère sont souvent réservataires. Tel est le cas par exemple en Espagne⁸⁷, en Italie⁸⁸, en Suisse⁸⁹, au Portugal⁹⁰, en Afrique francophone et en Amérique du Sud⁹¹. Le conjoint s'est également vu reconnaître la qualité d'héritier réservataire dans divers systèmes, en lien avec sa promotion successorale au cours du vingtième siècle. Tel est le cas notamment en Belgique⁹², en Suisse⁹³, en Italie⁹⁴ ou en Allemagne⁹⁵. Tel est encore le cas dans la plupart des pays d'Amérique du Sud et notamment au Pérou, au Paraguay ou au Chili⁹⁶. La réserve du conjoint est le plus souvent en propriété, parfois en usufruit. En second lieu, s'agissant du montant de la réserve héréditaire, celui-ci est tantôt une fraction intangible de la succession, quel que soit le nombre d'enfants⁹⁷ ; tantôt une fraction de la succession qui varie selon le nombre d'enfants – c'est le système du droit français⁹⁸ - ; tantôt enfin une fraction de la part légitime à laquelle l'héritier réservataire aurait pu prétendre en application des règles de la dévolution *ab intestat*⁹⁹.

II. Des équivalents fonctionnels ailleurs

44. Ce sont essentiellement aux **pays de Common Law** que l'on songe lorsque l'on évoque les droits qui ignorent la réserve héréditaire. Le défunt y a par principe la liberté de priver ses proches de tout droit dans sa succession. Cette

84. Ce que l'on appelle *forced heirship* dans les travaux en langue anglaise portant sur le droit comparé des successions.

85. Quoique la question y soit controversée.

86. Ce que l'on appelle cette fois *compulsory portion* dans ces mêmes travaux comparatistes rédigés en langue anglaise.

87. C. civ., art. 810.

88. C. civ., art. 538 et 544.

89. C. civ., art. 470 et 471.

90. C. civ., art. 2161-2.

91. J.-P. Decorps, La réserve héréditaire en droit comparé, *op. cit.*, n°12.

92. C. civ., art. 915 *bis*.

93. C. civ., art. 471.

94. C. civ., art. 735.

95. BGB, § 1931 et § 1371.

96. J.-P. Decorps, La réserve héréditaire en droit comparé, *op. cit.*, n°14.

97. C'est le cas désormais en Belgique depuis la loi du 31 juillet 2017. C'est aussi le cas en Suisse et dans plusieurs pays d'Amérique du Sud. C'est encore le cas en droit français à partir de trois enfants ou plus.

98. C. civ., art. 913.

99. C'est par exemple le cas en Allemagne où la réserve est égale à la moitié de la part légitime de chaque enfant. Cette méthode est suivie par la plupart des pays d'Europe centrale.

approche libérale n'est pas sans lien, dans ces systèmes, avec la valeur primordiale attribuée à la propriété privée individuelle ainsi qu'avec le rôle de la loi et de l'Etat. Pour dire ici les choses rapidement, on considère, dans la culture anglo-saxonne, qu'il n'appartient pas à l'Etat de s'immiscer dans les testaments. Désigner ses héritiers et fixer le sort de ses biens est un acte de liberté que le propriétaire accomplit seul ; c'est lui, et non la loi, qui est le mieux à même de déterminer ce qu'est une juste dévolution successorale entre les membres de sa famille ou à leur détriment.

45. Cependant, et contrairement à ce qui est souvent trop rapidement affirmé, ces pays ne connaissent pas pour autant une liberté absolue de disposer au détriment des proches. En réalité, ce qu'enseigne ici l'observation des droits étrangers, c'est **l'existence, là où la réserve fait défaut, d'équivalents fonctionnels**. Aussi bien la question qui est posée par ceux qui considèrent que la réserve héréditaire devrait être supprimée est-elle généralement mal formulée. **Elle suppose en réalité non pas de déterminer si une liberté illimitée doit se substituer à une liberté encadrée mais de dire si les limites actuelles doivent être remplacées par d'autres limites ; elle suppose encore de dire si nos limites, telles qu'elles sont issues de notre culture et de notre droit, doivent être remplacées par les limites qui sont le reflet de la culture et du droit d'autres peuples.**

46. A observer ces équivalents fonctionnels dans les droits de *Common law*, ceux-ci sont essentiellement de deux ordres. Tantôt, la protection est assurée au moyen de droits alimentaires accordés par le juge aux proches du défunt s'ils rapportent la preuve de leur état de besoin. C'est le modèle dit des *Family provisions* suivi à partir de l'exemple néo-zélandais (*Testator's Family Maintenance Act 1900*), ensuite repris dans le *Commonwealth* par l'Australie, plusieurs provinces canadiennes, l'Angleterre et le Pays-de-Galles, en tout une quinzaine de systèmes juridiques¹⁰⁰. On l'évoquera en premier lieu, en insistant en particulier sur l'état actuel de la question en droit anglais (A). Tantôt, en l'absence de mécanisme général de *Family Provisions*, la liberté de disposer est encore plus importante. Cependant, et bien que l'on se garde généralement de le dire en France, la liberté d'exhérer ses proches n'est jamais absolue et cède sur plusieurs terrains. C'est cette fois aux États-Unis que l'on songe et que l'on envisagera en second lieu (B).

A. L'exemple du droit anglais

1. Présentation

47. La réserve héréditaire a existé en Angleterre au Moyen-âge et diverses limites, tenant à la pratique des *trusts* sous la forme de *strict settlements*, ont longtemps empêché la libre transmission de la propriété immobilière afin d'assurer la conservation des biens dans la famille. Ce n'est qu'en 1891 que la liberté testamentaire devient absolue¹⁰¹. Cette parenthèse sera cependant de courte durée. En 1938, malgré l'opposition des conservateurs, le législateur anglais emprunte la voie suivie par plusieurs colonies britanniques, particulièrement la Nouvelle-Zélande¹⁰², et reconnaît aux proches du défunt une action en justice, appelée *Family Provision*¹⁰³. A la différence de la réserve héréditaire des droits de tradition civiliste, la *Family Provision* est un mécanisme judiciaire : ici, les proches du défunt n'ont légalement aucun droit propre prédéfini à faire valoir dans ou contre la succession du défunt ; ils doivent convaincre le juge de ce que le défunt n'a pris aucune mesure raisonnable à leur profit au titre de sa succession. Une action judiciaire est donc toujours nécessaire : c'est le juge qui fait naître le droit du proche du défunt.

48. Ses contours, tels que les a rappelés Rupert Reece¹⁰⁴ devant le groupe de travail, sont globalement les suivants : le demandeur doit prouver que la succession, en application des règles légales ou des dispositions prises par le défunt, ne comporte pas de « mesure financière raisonnable » (*reasonable financial provision*)¹⁰⁵ à son égard. Peuvent agir : le conjoint ou le partenaire¹⁰⁶ ; un enfant du défunt ; toute personne que le défunt aurait traitée comme un enfant de la famille (*child of the family*)¹⁰⁷ et enfin toute autre personne qui dépendait financièrement du défunt avant sa mort. Le conjoint survivant¹⁰⁸ bénéficie d'un régime de faveur : pour avoir gain de cause, il doit simplement prouver qu'il se trouve, par l'effet de la succession, dans une situation financière inférieure à celle qui aurait résulté pour lui d'un

100. R.C. Brashier, Disinheritance and the modern family, *Case Western Reserve Law Review*, 1994, p. 83 et s., spéc. p. 122.

101. B. Sloan, *Borkowski's Law of Succession*, OUP, 3rd ed., 2017, n°3.1.1.1 et s.

102. Qui la première introduit en 1900 un mécanisme judiciaire de correction des dispositions testamentaires déraisonnables : *Testators Family Maintenance Act*, 1900.

103. *Inheritance (Family Provision) Act*, 1938.

104. V. contribution reproduite en annexe.

105. *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* 1975, sec. 1(1).

106. Peuvent agir non seulement le conjoint ou le partenaire dont le mariage ou le partenariat s'est dissous par la mort du défunt mais aussi l'ex-conjoint ou l'ex-partenaire non remarié ou n'ayant pas conclu un nouveau partenariat. Depuis 1995, le concubin peut également agir s'il vivait avec le défunt depuis au moins deux ans au moment du décès.

107. Ce qui correspond notamment à la situation du bel-enfant dans les familles recomposées.

108. Et le partenaire.

divorce¹⁰⁹. L'objectif du législateur est ainsi de remédier à l'absence de régime matrimonial, notamment de communauté de biens, en droit anglais¹¹⁰. Les autres demandeurs doivent prouver, ce qui est plus difficile, qu'il n'a pas été pourvu raisonnablement à ce qui est nécessaire à leur entretien à la lumière des circonstances de l'espèce¹¹¹. Le juge apprécie au cas par cas la demande qui lui est soumise. Ses pouvoirs sont variés, la mesure raisonnable judiciairement ordonnée pouvant prendre la forme soit d'une rente périodique, soit d'une somme d'argent forfaitaire, soit même du transfert au profit du demandeur de la propriété d'un bien qui appartenait au défunt.

2. Appréciation

a. Avantages

49. A observer l'état et la pratique du droit anglais, le mécanisme des *Family provisions* présente divers avantages. Avant tout, ce système suscite semble-t-il l'adhésion de la population et des professionnels du droit outre-Manche. Comme le relève Rupert Reece, « les sondages indiquent que les praticiens et le public général considèrent que le régime actuel fonctionne plutôt bien et correspond aux souhaits de la plus grande partie du public »¹¹². Fondé sur le pouvoir d'appréciation du juge, ce dispositif permet par ailleurs d'individualiser la protection offerte aux proches du juge en fonction des circonstances propres de l'espèce. C'est ce qu'observe Diane Le Grand de Belleruche à la lumière de sa pratique du droit des successions en Angleterre en tant qu'avocate : « dans leur application de la loi anglaise de 1975, les tribunaux anglais considèrent diverses informations relatives à la succession en cause. Il s'agit non seulement d'éléments objectifs comme la situation financière (actuelle et à venir) du demandeur et des forces de la succession, mais aussi de points plus subjectifs comme la conduite du demandeur envers le défunt »¹¹³. De fait, pour apprécier si une mesure raisonnable avait été prise, le juge prend en compte une série de critères énumérés par la loi : les besoins et les ressources actuelles et prévisibles des parties ou de tout autre intéressé ; les devoirs que le défunt assumait vis-à-vis des parties ou de tout autre intéressé ; le montant et la nature des biens compris dans la succession ; l'altération des facultés physiques ou mentales des parties ou de tout autre intéressé ; enfin, tout autre élément, notamment le comportement du demandeur ou de toute autre personne que le juge tiendrait pour pertinent en l'espèce¹¹⁴. Relevons enfin, au titre des avantages du système, que le volume du contentieux des *Family Provisions* semble faible. Diane Le Grand de Belleruche indique ainsi que « selon les statistiques annuelles des *Royal Courts of Justice*, le nombre de contentieux a varié au fil des années et était, pour ce qui est des six dernières années, de 88 en 2013, 104 en 2014, 116 en 2015 et 158 en 2016 [...] avant de décroître à nouveau en 2017 (145) puis en 2018 (128) »¹¹⁵.

b. Nuances

50. Ces données chiffrées doivent cependant être interprétées avec prudence, et ce pour deux raisons. D'une part, elles ne rendent pas compte de l'ensemble du contentieux relatif aux *Family Provisions* aux différents échelons de la procédure civile anglaise. Or, ces informations sont semble-t-il délicates à recenser. La *Law Commission* souligne ainsi qu'il est « étonnamment difficile d'obtenir des renseignements exacts sur le nombre de demandes présentées chaque année »¹¹⁶, les données de certaines juridictions étant indisponibles¹¹⁷. Par ailleurs, la faiblesse quantitative du contentieux est sujette à interprétation. Comme le relève la *Law Commission* elle-même, « ce que l'on ne sait pas, c'est si le nombre relativement faible de demandes traduit un état de satisfaction générale à l'égard du droit positif ou s'il révèle que celui-ci est la source de certaines difficultés qui empêchent ou dissuadent les demandeurs qui pourraient avoir gain de cause à agir »¹¹⁸. D'autre part, ces données ne rendent évidemment pas compte du nombre de cas dans lesquels la menace de saisir le juge conduit les parties à transiger. Or, ces cas sont fréquents. C'est ce qu'a observé Diane Le Grand de Belleruche devant le groupe de travail en faisant référence aux « nombreuses situations dans lesquelles des demandes fondées sur la loi [...] ont fait l'objet de transactions précontentieuses »¹¹⁹. De fait, la pers-

109. *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, sec. 3(2)(b).

110. Le régime matrimonial n'existe pas en droit anglais : le mariage ne modifie pas le régime juridique des biens des époux.

111. *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, sec. 1(2)(b).

112. V. contribution reproduite en annexe.

113. V. contribution reproduite en annexe.

114. *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, sec. 3(1).

115. V. contribution reproduite en annexe. Sur le lien entre l'évolution du nombre de demande avant et après 2016 et l'arrêt *Ilott v. The Blue Cross and others* rendu en 2017 par la Cour suprême du Royaume-Uni, v. *infra* n°51.

116. The Law Commission, *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Consultation paper n°191, 1.9.

117. The Law Commission, *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Consultation paper n°191, 1.9 : « Figures are available for the number of applications issued in the Chancery Division of the High Court but not for the Family Division or for the county courts ».

118. The Law Commission, *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Consultation paper n°191, 1.10 : « What is not known is whether the relatively low number of applications reflects general satisfaction with the current law or indicates that there are problems with the family provision legislation which prevent or deter deserving applicants from pursuing a claim ».

119. V. contribution reproduite en annexe. C'est nous qui soulignons.

pective d'agir en justice constitue en pratique un puissant argument de négociation¹²⁰. On observera, mais l'on glisse ici sur un terrain substantiel, que, dans ces situations, les dernières volontés du défunt ne sont en réalité pas respectées, l'éventuel défendeur renonçant à une partie de l'héritage pour éviter le procès. C'est dire combien le discours libéral qui fonde le système et le fait reposer sur le principe cardinal de la liberté du défunt de disposer de ses biens peut en pratique se trouver écorné par les accords auxquels peuvent parvenir les proches du défunt et les gratifiés. Il importe enfin de souligner combien les limites à la liberté de disposer résultant des *Family Provisions* n'ont en réalité cessé de se renforcer depuis la seconde moitié du vingtième siècle à la faveur des réformes successives réalisées par le législateur en 1952, 1958, 1966, 1975, 2004 et 2014 : élargissement constant et notable du cercle des bénéficiaires ; renforcement considérable des pouvoirs du juge ; assouplissement des critères selon lesquels la demande peut être accueillie¹²¹.

c. Faiblesses

51. Clarté et prévisibilité, telles sont les qualités qui font aujourd'hui défaut au système des *Family Provisions*. C'est ce qu'a bien montré une affaire remarquable ayant récemment donné lieu à un important arrêt de la Cour suprême du Royaume Uni¹²². Cette décision a été rendue au terme du contentieux qui opposait la fille de la défunte – une fille majeure, qui avait depuis longtemps rompu toute relation avec sa mère, vivant dans des conditions matérielles modestes et bénéficiant de plusieurs aides sociales – à diverses associations défendant la cause animale auxquelles celle-ci avait légué tous ses biens. De cet arrêt, on retiendra en substance que la Cour suprême, censurant la décision de la cour d'appel qui avait alloué à la fille la somme de 163 000£ sur une succession d'une valeur de 486 000£¹²³, y réaffirme l'attachement du droit anglais à la liberté testamentaire. Mais l'on ne saurait ignorer que cette décision a aussi été l'occasion pour certains juges de mettre l'accent sur les faiblesses du système anglais. Détaillant diverses mesures concrètes dont un juge aurait pu dire en l'espèce qu'elles étaient toutes « raisonnables » alors qu'elles allaient du rejet de l'action de la demanderesse à la solution généreuse de la cour d'appel, Lady Hale clôt son opinion dans cet arrêt sur le caractère selon elle profondément **insatisfaisant et aléatoire** de son propre droit, le juge ne disposant en vérité, malgré les efforts du législateur pour le guider, d'**aucun critère opératoire et prévisible** propre à déterminer si un enfant majeur indépendant¹²⁴ doit ou non obtenir gain de cause et la mesure dans laquelle il doit être fait droit à sa demande. Aussi s'exprime-t-elle en ces termes : « *I have written this judgment only to demonstrate what, in my view, is the unsatisfactory state of present law, giving as it does no guidance as to the factors to be taken into account in deciding whether an adult child is deserving or undeserving of reasonable maintenance* »¹²⁵. D'autres juristes anglais n'hésitent pas à reconnaître que l'issue du procès, qui dépend en grande partie du talent « des avocats à raconter une bonne histoire au juge »¹²⁶, peut ressembler à une loterie. Cet aléa est en vérité inhérent au pouvoir d'appréciation du juge et au recours à des **standards législatifs par essence indéfinissables, tels que le « raisonnable » ou le « juste »**.

52. Pour clore cette incursion dans le droit anglais, il importe enfin de souligner combien le système des *Family Provisions* est **coûteux pour les justiciables**. Si le coût du procès n'est pas propre au contentieux successoral – les frais de justice sont de manière générale élevés outre-Manche –, le phénomène est suffisamment prononcé pour être ici souligné. Prenant l'exemple d'une affaire dans laquelle un conjoint survivant avait été débouté de son action familiale, un auteur anglais remarque ainsi que le montant cumulé des frais de justice des deux parties s'élevait à peu près à 2,5 millions £ pour une succession dont l'actif net était de 7 millions £, soit environ un tiers de la succession¹²⁷. Dans certaines affaires, l'enjeu successoral est dérisoire par rapport au montant des frais du procès¹²⁸. Dans ces conditions, tout laisse penser qu'un nombre non négligeable de personnes **renoncent à s'engager dans une voie judiciaire** qu'elles savent à la fois **coûteuse et aléatoire**, ce qui ne saurait être considéré comme satisfaisant.

120. B. Sloan, *Borkowski's Law of Succession*, op. cit., n°9.1.

121. En particulier au profit du conjoint survivant.

122. *Ilott (Respondent) v. The Blue Cross and others (Appellants)* [2017] UKSC 17. Sur cette décision, v. not. : C. Pérès, La liberté testamentaire en droit anglais après la décision *Ilott v. The Blue Cross and others* (2017) de la Cour suprême du Royaume Uni, in *Etudes à la mémoire de Ph. Neau-Leduc : Le juriste dans la cité*, Lextenso, 2018, p. 773 et s.

123. La Cour suprême, annulant la décision de la Cour d'appel, a ramené la mesure financière raisonnable au montant qui avait été fixé par les premiers juges, soit ici 50 000 £.

124. Le cas de l'enfant mineur ou du majeur vulnérable ne soulève généralement pas de difficulté : il est systématiquement fait droit à sa demande s'il n'a pas été pourvu suffisamment à ses besoins par le défunt ou par la loi.

125. §66. C'est nous qui soulignons.

126. P. Matthews, United Kingdom, in C. Castelain et al. (dir.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society : five perspectives*, Intersentia, 2009, p. 138.

127. R. Kerridge, Freedom of Testation in England and Wales, in K. Reid, M.J de Waal et R. Zimmermann (dir.), *Comparative Succession : Family Claims and Freedom of Testation*, vol. III, OUP, à paraître.

128. *Ibid.*

B. L'exemple du droit des États-Unis

1. Une liberté apparemment absolue

53. La réserve héréditaire n'a jamais existé aux États-Unis où le droit des successions relève de la compétence des cinquante États fédérés. A l'exception de la Louisiane, dont le droit est inspiré du droit français pour des raisons historiques¹²⁹, les quarante-neuf autres États reconnaissent au moins théoriquement une entière liberté de disposer suivant en cela les préconisations du *Restatement* relatif aux testaments et aux donations¹³⁰. Le système y est donc plus libéral que dans d'autres droits anglo-saxons : ici, il n'existe pas de dispositif général analogue aux *Family Provisions* observé dans de nombreux autres pays de *Common law*. Comme le souligne Ronald Scalise, Professeur à l'Université de Tulane (Louisiane), rien n'oblige le défunt à laisser quoi que ce soit à un enfant, pas même un dollar¹³¹. C'est aussi ce que rappelle Paul Tour-Sarkissian, avocat spécialisé en droit des successions et des *trusts* aux barreaux de Californie et de New-York : « la règle qui régit le droit américain est la liberté de disposer de ses biens et de choisir celui ou celle qui lui succédera »¹³². Un auteur américain souligne encore qu'aux États-Unis, « un testament capricieux, injuste, excentrique, inspiré par la vengeance ou l'imprudence n'en est pas moins parfaitement valable »¹³³.

54. Les raisons de l'attachement du droit américain à la liberté de disposer ne procèdent donc pas d'une opposition, qui serait ici simpliste, entre droits de tradition civiliste et droits de *Common Law*. Comme le souligne Ronald Scalise, elles sont propres à la société américaine et procèdent d'une série de facteurs à la fois historiques, politiques, philosophiques et pratiques¹³⁴ qui ont tous partie liée avec le profond ancrage du libéralisme aux États-Unis dans ses différentes dimensions. Il faut d'abord compter sur le rôle de l'accès aisé à la terre dans l'histoire de la formation des États-Unis ainsi que sur l'importance tout à fait cardinale de la propriété privée individuelle dans la société américaine¹³⁵. La primauté de la liberté de disposer tient aussi au faible rôle de l'Etat, et par conséquent de la loi, dans les relations privées individuelles : l'idée est en l'occurrence fortement ancrée dans la culture américaine qu'il n'appartient pas à l'Etat de se mêler des affaires de la famille et de refaire les testaments. D'un point de vue plus philosophique, certains outre-Atlantique font de la liberté de disposer de ses biens à la mort un droit naturel, découlant de la propriété elle-même¹³⁶. Reste que cette dernière analyse, si elle est parfois avancée en doctrine, ne reflète pas le droit positif. Comme le souligne Ronald Scalise, « dans l'arrêt *Irving Trust v. Day*, la Cour suprême des États-Unis a conclu que « les droits de succéder à la propriété du défunt, par testament ou en application de la loi, sont des créations légales [...] Rien n'interdit dans la Constitution fédérale que la législation d'un Etat limite, conditionne ou même abolisse la liberté testamentaire sur les biens qui relèvent de sa compétence »¹³⁷. Quoi qu'il en soit, l'entière liberté de disposer trouve enfin sa raison d'être dans les avantages qu'on lui prête dans la littérature juridique étatsunienne : elle optimiserait le bonheur individuel du disposant qui aurait ainsi l'assurance de voir sa volonté obéie par-delà la mort¹³⁸ ; elle encouragerait les individus à épargner et à investir, ce qui contribuerait au bien commun en améliorant la prospérité générale tandis que les limites à cette liberté inciteraient soit à consommer, soit à transmettre les biens de son vivant par des voies moins efficaces¹³⁹ ; elle faciliterait la libre circulation des biens et simplifierait le règlement de la succession notamment en évitant l'indivision¹⁴⁰ ; elle serait, non pas idéale, mais le moins mauvais des systèmes de transmission des biens par comparaison aux autres¹⁴¹, notamment ceux dans lesquels la transmission se trouve entre les mains du juge.

129. Regrettant les évolutions législatives ayant conduit à restreindre la réserve héréditaire en Louisiane à la fin des années 1980 : K. Schaw Spaht, K. Venturatos Lorio, C. Picou, C. Samuel et F.W. Swain, Jr., *The New Forced Heirship Legislation: A Regrettable « Revolution »*, *Louisiana Law Review*, 1990, 409. Sur ce point, v. aussi la contribution de P. Tour-Sarkissian reproduite en annexe.

130. Elaborés par une association de juristes (*The American Law Institute*) dans les différentes branches du droit, les *Restatements* sont des modèles de règles de droit, suivies de commentaires et d'exemples, proposés aux législateurs des différents États. En l'occurrence, la liberté de disposer est ainsi énoncée : « [T]he organizing principle of the American law of donative transfers is freedom of disposition. Property owners have the nearly unrestricted right to dispose of their property as they please » (*Restatement (Third) of Property: Wills and other Donative Transfers*, § 10.1 cmt a.c., 2003).

131. V. contribution reproduite en annexe.

132. V. contribution reproduite en annexe.

133. *Page on the Law of Wills*, § 3.11, 2003 cité par R. Scalise, contribution reproduite en annexe.

134. V. contribution reproduite en annexe.

135. R. D. Madoff, *Immortality and the Law: The Rising Power of the American Dead*, Yale Univ. Press, 2010.

136. R. Scalise, contribution reproduite en annexe.

137. *Irving Trust Co. v. Day*, 314 U.S. 556 (1942) cité par R. Scalise, contribution reproduite en annexe : "In *Irving Trust v. Day*, the United States Supreme Court concluded that the "[r]ights of succession to the property of the deceased, whether by will or by intestacy, are of statutory creation... Nothing in the Federal Constitution forbids the legislature of a state to limit, condition, or even abolish the power of testamentary disposition over property within its jurisdiction."

138. V. P. Tour-Sarkissian, contribution reproduite en annexe.

139. V. R. Scalise, contribution reproduite en annexe.

140. V. P. Tour-Sarkissian, contribution reproduite en annexe.

141. R. Scalise, contribution reproduite en annexe : "Perhaps those even less enthusiastic about unfettered testation – argue that the American system is the least worst system of wealth transmission. In other words, although allowing unfettered freedom of testation may not be an ideal outcome, the alternatives are even worse."

Reste que, dans la réalité, la liberté de disposer est bien différente de celle que l'on présente en théorie comme étant absolue, ce qui la rend finalement moralement acceptable. Elle est en effet encadrée par le droit.

2. Une liberté en réalité encadrée

55. Comme l'ont expliqué Ronald Scalise et Paul Tour-Sarkissian devant le groupe de travail, la liberté de disposer est en réalité juridiquement encadrée aux États-Unis, et ce de diverses manières.

a. Les droits impératifs du conjoint survivant

56. Il faut d'abord compter sur les droits impératifs du conjoint survivant. A l'exception de la Géorgie, tous les États protègent le conjoint survivant contre l'exhérédation. Comme l'explique Ronald Scalise¹⁴², les formes de cette protection varient. Dans neuf États, représentant 33% de la population aux États-Unis, elle est assurée par le régime matrimonial de communauté : à la mort du premier époux, la communauté est dissoute et le conjoint survivant recueille une part de la communauté en principe égale à la moitié. C'est un système que nous connaissons parfaitement en France en application des articles 1400 et suivants du code civil qui font de la communauté le régime matrimonial légal applicable en l'absence de contrat de mariage. Dans les quarante-et-un autres États, qui ignorent le régime de communauté et dans lesquels chaque époux conserve la propriété personnelle des biens acquis en cours de mariage, la loi accorde au conjoint survivant un droit impératif appelé *elective share* – en raison de l'option laissée au conjoint survivant de demander sa *forced share* (part forcée). L'*elective share* est une forme de réserve héréditaire : ce mécanisme permet en effet au conjoint survivant d'obtenir une part de la succession malgré les dispositions testamentaires prises à son détriment par le défunt et sans avoir à prouver son état de besoin. Suivant les États, le contenu et l'étendue de cette « part forcée » varient. La formule la plus répandue est celle que préconisait l'*Uniform Probate Code* dans sa version de 1969¹⁴³ : l'*elective share* atteint une fraction (le tiers ou, dans certains États, la moitié) de l'*augmented estate*. Plus récemment, l'*Uniform Probate Code* a été révisé et propose aux États de retenir un mécanisme faisant varier le montant de l'*elective share* en fonction de la durée du mariage et la portant au maximum à la moitié de l'*augmented estate* lorsque le mariage a duré quinze ans. Cette approche aboutit à placer le conjoint survivant dans une situation à peu près identique à celle dans laquelle il se trouverait s'il avait été marié sous le régime de communauté. La solution minimise ainsi les différences de traitement entre les conjoints survivants suivant qu'ils sont ou non mariés sous le régime matrimonial de la communauté et uniformise les solutions sur l'ensemble du territoire des États-Unis¹⁴⁴.

b. Les autres droits impératifs

57. Soulignons ensuite que les législations des différents États accordent soit au conjoint survivant, soit au conjoint survivant et aux descendants **des droits impératifs sur le logement familial (homestead rights)**. Ils varient selon les États : droit viager ou droit temporaire d'usage et d'habitation ; somme d'argent forfaitaire¹⁴⁵. Ces mêmes législations accordent également aux proches du défunt des droits intangibles portant sur certains biens attachés à la personne du défunt, y compris sur des biens de valeur simplement affective. En outre, dans de nombreux États, le conjoint survivant et les enfants dans le besoin peuvent se voir reconnaître le bénéfice d'une **créance alimentaire contre la succession**.

c. L'action en nullité et l'*Undue Influence*

58. A ces freins à la liberté de disposer qui résultent des législations des différents États, s'ajoute la faculté, pour les proches exhérédés et particulièrement pour les enfants, de contester en justice la validité des dispositions prises par le défunt. Souvent combinée avec la méconnaissance des règles de capacité, de forme ou avec la fraude, l'*Undue influence*, sorte d'abus de faiblesse, est un moyen particulièrement invoqué. Il permet en effet d'obtenir l'annulation d'un testament ou d'une donation dans une situation de **captation d'héritage**, lorsque le bénéficiaire de l'acte exerçait sur le disposant une **influence excessive** ayant déterminé ce dernier à le gratifier. Or, l'*Undue influence* ne repose sur **aucun critère précis** et l'influence du gratifié est souvent considérée comme ayant été excessive **lorsque les juges estiment que les enfants ou l'un d'entre eux ont été injustement exhérédés**. Comme par le passé à Rome¹⁴⁶, le

142. V. contribution reproduite en annexe.

143. *Uniform Probate Code*, § 2-202.

144. Sur tous ces points, v. les contributions de R. Scalise et P. Tour-Sarkissian reproduites en annexe.

145. Sur ce point, v. la contribution écrite de R. Scalise qui relève que, lorsqu'il prend la forme d'une somme d'argent sur le logement, celle-ci est faible (\$22,500 selon l'*Uniform Probate Code* et selon plusieurs législations).

146. V. *supra* n°8s.

défunt ayant privé ses enfants ou l'un d'eux de tout droit dans sa succession est facilement considéré comme n'ayant pu exprimer un consentement libre et éclairé. Agiter la menace de l'invoquer est une bonne stratégie pour inciter le gratifié à **transiger** et lui éviter un procès devant un jury civil prompt à s'émouvoir devant l'injustice faite à l'enfant déshérité à qui le défunt ne pouvait sérieusement rien reprocher. Comme le souligne un auteur américain, le testateur « devrait y réfléchir à deux, ou mieux, trois fois avant d'exercer sa liberté d'exhérer ses enfants »¹⁴⁷ tandis qu'un autre estime que « **l'accent mis sur la liberté de disposer aux États-Unis est exagéré** dans la mesure où la faculté d'exhérer les membres proches de la famille n'est en réalité admise que dans les cas où ceux-ci méritaient de l'être »¹⁴⁸. Certains auteurs américains voient en définitive dans l'*Undue influence* un équivalent fonctionnel de la réserve héréditaire mais un équivalent officieux, imprévisible (tant sa définition est vague) et aléatoire entre les mains du juge¹⁴⁹.

C'est dire pour conclure que, même aux États-Unis, où elle est sans doute la plus étendue, la liberté de disposer n'est pas absolue et cède devant diverses limites.

III. Les tendances contemporaines

59. Au titre des tendances qui caractérisent l'évolution contemporaine des systèmes juridiques étrangers, il convient d'insister sur deux mouvements actuels qui opèrent à fronts renversés.

60. Le premier consiste dans le **recul des limites à la liberté de disposer dans les systèmes dans lesquels celles-ci étaient traditionnellement élevées**. Ce phénomène s'observe dans plusieurs directions : suppression, là où elle existait, de la réserve des ascendants¹⁵⁰ ; passage, là où elle existait, d'une réserve héréditaire en corps héréditaires à une simple indemnité en argent¹⁵¹ ; diminution du montant de la réserve héréditaire et augmentation corrélative de la quotité disponible¹⁵² ; création de nouveaux pactes successoraux favorisant une succession contractuelle négociée et emportant renonciation anticipée à la protection qu'offre la réserve héréditaire¹⁵³ ; basculement d'un système de droits fixes accordés par la loi vers un droit d'esprit alimentaire fondé sur le besoin présumé ou établi¹⁵⁴. On observera que le droit français s'est déjà engagé dans cette voie à l'occasion de la loi du 23 juin 2006 en supprimant la réserve des ascendants, en généralisant la réduction en valeur des libéralités excessives¹⁵⁵, en introduisant la renonciation anticipée à l'action en réduction¹⁵⁶ et, de façon plus ponctuelle, en attribuant aux ascendants ordinaires une créance d'aliments en contrepartie de la disparition de leur réserve¹⁵⁷ ou en permettant à l'héritier réservataire renonçant de demander la révocation de sa renonciation anticipée à l'action en réduction lorsqu'il se trouve au jour de l'ouverture de la succession dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires¹⁵⁸.

61. Le second mouvement consiste dans l'**extension des limites à la liberté de disposer**, et ce sous deux formes.

D'une part, on observe un renforcement des droits réservataires du conjoint survivant dans le prolongement de la promotion des liens de couple par le droit des successions. Aujourd'hui, le conjoint survivant compte souvent parmi les réservataires ou se trouve protégé par des équivalents fonctionnels dans les droits de *Common law*. Dans ce dernier cas, l'objectif est de compenser l'absence de régime matrimonial de communauté entre époux. Cette évolution, lorsqu'elle s'accompagne comme en droit français de la suppression de la réserve des ascendants, traduit une réorientation des priorités familiales dans la politique législative plutôt qu'une faveur exclusive à la liberté de disposer.

D'autre part, et le phénomène est assez peu mis en lumière en France, on a assisté à une extension dans un grand nombre de pays de *Common Law* des *Family provisions*, notamment en Angleterre, et ce sur divers fronts : nombre

147. Cité par R. Scalise, contribution reproduite en annexe.

148. R.D. Madoff, *Unmasking undue influence*, *Minn. L. Rev.* 1997, 571 cité par R. Scalise, contribution reproduite en annexe.

149. Sur ce point, v. : M.B. Leslie, *The myth of testamentary freedom*, *Arizona L.R.* 1996, 235. V. aussi : R.D. Madoff, *Unmasking undue influence*, *Minn. L. Rev.* 1997, 571; R. J. Scalise, *Undue influence and the law of wills : a comparative analysis*, *Duke Journal of Comp. & Int. Law* 2008, 41.

150. C'est le cas par exemple aux Pays-Bas (depuis 2003) ou Belgique (depuis 2017). Cette suppression est également à l'étude en Suisse (v. en ce sens le Message à l'intention du Parlement adopté par le Conseil fédéral lors de sa séance du 29 août 2018).

151. C'est le cas par exemple aux Pays-Bas (depuis 2003) et en Belgique (depuis 2017).

152. C'est le cas depuis 2017 en Belgique où la réserve a été abaissée à une quotité fixe de la moitié quel que soit le nombre d'enfants (C. civ., art. 913). La diminution du montant de la réserve est actuellement à l'étude en Suisse.

153. C'est le cas notamment du pacte successoral global introduit en 2017 en Belgique (C. civ., art. 1100/7, § 6, al. 1).

154. C'est le cas par exemple en Louisiane où la réserve héréditaire à la française a disparu en 1989 : seuls les descendants de moins de 23 ans et ceux qui, au-delà de cet âge, sont dans l'impossibilité de pourvoir à leurs besoins en raison de leur état physique ou mental ont droit à une part dans la succession variant selon le nombre d'enfants.

155. C. civ., art. 924.

156. C. civ., art. 929 et s.

157. C. civ., art. 758.

158. C. civ., art. 930-3.

croissant de bénéficiaires (conjoint survivant ; ex-conjoint ; partenaire ; concubin ; enfants ; beaux-enfants ; *dépendants*,...) ; élargissement des critères suivant lesquels la demande peut être accueillie, notamment au profit du conjoint qui n'a pas à démontrer l'existence d'un besoin et doit finalement se retrouver dans la situation qui aurait été la sienne en cas de divorce ; accroissement des pouvoirs du juge quant aux mesures susceptibles d'être ordonnées (notamment sous la forme de l'attribution d'un bien compris dans la succession) ; interprétation parfois large de la notion de besoin. De ce phénomène, qui montre qu'un système de créance alimentaire peut donc ériger de sérieux freins à la liberté de disposer¹⁵⁹, on trouve d'ailleurs un exemple en Nouvelle-Zélande où c'est un critère d'ordre moral – « *moral duty test* » – qui guide le juge : pour faire droit à la demande de *Family provision*, il recherche à la lumière des circonstances de l'espèce si le défunt a méconnu le *devoir moral* qui incombe à une personne « juste » envers ses proches. Or, depuis les années 1980, ce critère assez lâche permet à la jurisprudence d'accueillir largement ces demandes, notamment celles formées par des enfants adultes et financièrement indépendants. De l'avis de juristes néo-zélandais, cette jurisprudence aboutit à des solutions proches de celles qui résulteraient d'une réserve héréditaire de type civiliste mais sans présenter les avantages liés à la clarté et à la prévisibilité de droits fixés par la loi¹⁶⁰.

C'est dire en définitive combien l'idée d'une liberté absolue de disposer de ses biens dans les droits de Common Law est en décalage avec la réalité. Plus généralement, l'observation des droits étrangers enseigne que partout se pose la question à laquelle la réserve héréditaire s'efforce de répondre dans notre droit. S'ils y répondent différemment, tous les systèmes juridiques dressent des bornes à la liberté de disposer du défunt afin de protéger ses proches. Cette liberté n'est nulle part absolue.

La véritable question est d'identifier les fondements des limites que chaque système érige à cette liberté afin de déterminer s'ils sont adaptés à la société et aux valeurs qu'elle promeut ; elle est aussi de bien mesurer au-delà des discours les avantages et les inconvénients respectifs de ces différentes techniques juridiques. Or, ces inconvénients, s'agissant des Family Provisions, sont réels et nombreux (coût pour les justiciables ; aléa judiciaire ; imprévisibilité des critères d'attribution d'une « mesure raisonnable » dans la succession ; méconnaissance possible de la volonté du défunt).

§II. Aspects de droit international privé

62. Soit un Français s'installant en Californie et exhéritant ses enfants, issu d'un précédent lit et résidant en France, au profit de son conjoint et des enfants nés de cette union. La loi californienne applicable à sa succession, qui ignore la réserve héréditaire, peut-elle être écartée par le juge français en tant qu'elle serait contraire à l'ordre public international ?

63. Dans ce genre de circonstances, placées sous les projecteurs de l'actualité par la succession de Johnny Halliday¹⁶¹, la protection des héritiers français était traditionnellement assurée par le droit de prélèvement issu de la loi du 14 juillet 1889. Ce mécanisme autorisait en effet tout héritier français qui, en application de la loi étrangère aurait reçu moins que ce que lui aurait octroyé la loi française si elle avait été applicable à l'entière succession, à prélever la différence sur les biens situés en France. Or, le droit de prélèvement était critiqué comme constituant une discrimination injustifiée au profit des seuls héritiers français, ce que le Conseil constitutionnel a admis en le déclarant contraire au principe d'égalité devant la loi¹⁶². Par la suite, la Cour de cassation a précisé que le droit de prélèvement ne pouvait plus s'appliquer aux successions ouvertes mais non encore partagées au jour de la déclaration d'inconstitutionnalité¹⁶³. La disparition du droit de prélèvement a ainsi conduit à poser véritablement la question du caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire¹⁶⁴.

159. Sur ce point, v. *infra* n°164s.

160. R. Sutton et N. Peart, *Testamentary Claims by Adults Children. The Agony of the « Wise and Just Testator », Otago Law Review*, 2003, 385.

161. Sur laquelle, v. TGI, Nanterre, pôle famille, 3^e sect., 28 mai 2019, n°18/01502 admettant que le défunt avait sa résidence en France et reconnaissant donc la compétence des tribunaux français. Sur cette décision, v. not. : R. Le Guidec et B. Thomas-David, *Succession Johnny Halliday : de la compétence judiciaire à la loi applicable, que vive la réserve héréditaire*, *JCP N* 2019, 1278.

162. Cons. const. déc. 5 août 2011, n°2011-159 QPC.

163. Cass. civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n°16-17198. V. *infra* n°70s.

164. Deux décisions avaient jusqu'alors été rendues. La première (TI, Paris, 3 déc. 1973, *Rev. crit. DIP* 1973, 553 obs. Y. Lequette) avait considéré que la loi canadienne ignorant la réserve était contraire à l'ordre public international ; la seconde (CA Paris, 3 nov. 1987, *JDI* 1990, 109 note J. Héron) avait estimé que « l'exécution en France de l'arrêt de la Cour d'appel de Marrakech comportant le risque d'une atteinte à la réserve héréditaire ne heurte pas la conception française de l'ordre public international dans des conditions propres à interdire tout effet en France à une décision étrangère ». Cependant, ce dernier arrêt devait être interprété avec prudence : d'une part, il s'agissait d'une instance en exequatur et l'ordre public s'y présente

64. Trois points méritent ici d'être tour à tour soulignés : la controverse relative au caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire (I) ; la réponse que lui a apportée la Cour de cassation dans ses deux arrêts du 27 septembre 2017 (II) ; les incertitudes pratiques comme théoriques que ces décisions ont engendrées (III).

I. La controverse relative au caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire

65. Au lendemain de la décision du Conseil constitutionnel, la question du statut de la réserve héréditaire en droit international privé a divisé la doctrine (B). Pour le comprendre, il est de bonne méthode de rappeler brièvement ce qu'est l'exception d'ordre public international afin de mieux circonscrire le débat (A).

A. L'exception d'ordre public en droit international privé

66. En droit international privé, l'exception d'ordre public est un **mécanisme d'éviction d'une loi étrangère reconnue comme applicable**. « Le fait qu'une loi étrangère soit désignée comme applicable à une situation donnée manifeste que celle-ci est plus proche de l'ordre juridique étranger que de celui du for. Mais, appliquée extra-territorialement, une loi étrangère se trouve nécessairement en concurrence avec la loi locale. Si, dans un cas donné, sa teneur heurte des conceptions fondamentales dans l'ordre juridique du for, son application effective peut constituer un trouble ; elle sera alors écartée au nom de l'ordre public. Par exemple, alors que la règle de conflit soumet le statut personnel à la loi nationale, si un ressortissant d'un pays admettant la polygamie prétend contracter en France un second mariage, l'on s'y opposera au nom de la conception fondamentale du mariage en France, s'exprimant dans l'article 147 du code civil »¹⁶⁵. L'exception d'ordre public est ainsi un mécanisme de défense des valeurs fondamentales du for. La Cour de cassation a pu les définir par le passé comme les « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »¹⁶⁶ avant de se référer plus récemment aux « **principes essentiels du droit français** »¹⁶⁷. En ce cas, l'exception d'ordre public correspond à l'hypothèse d'une « divergence fondamentale entre le résultat de l'application de la norme étrangère et les conceptions locales, ce que l'on exprime en parlant d'un défaut de « communauté juridique » »¹⁶⁸.

Mais ce n'est pas tout. En effet, « l'expérience a [...] révélé aussi des interventions de l'ordre public ne se rattachant qu'artificiallement à cette idée, parce qu'il s'agissait au contraire de **défendre une politique législative du for** ne faisant pas l'unanimité dans le corps social »¹⁶⁹ ou susceptible d'être fragilisée en droit interne par la mise en œuvre de la loi étrangère. Il s'agit alors d'éviter que la loi française ne se trouve entravée ou menacée par la loi étrangère. De ce recours à l'exception d'ordre public, on trouve une illustration dans l'accueil que la Cour de cassation a réservé aux lois étrangères interdisant le mariage entre personnes de même sexe¹⁷⁰.

67. Quoi qu'il en soit, ce qui marque l'exception d'ordre public, c'est sa **relativité**. Celle-ci se décline sous plusieurs aspects. Relative, l'exception d'ordre public l'est d'abord en ce qu'elle varie selon le **degré de proximité** avec l'ordre juridique français. L'ordre public, ainsi dit de proximité, permet de laisser s'appliquer la loi étrangère lorsque la situation examinée entretient peu ou pas de liens avec la France tandis qu'au contraire elle l'évince lorsque ces rattachements (nationalité, résidence) sont caractérisés en France. De la même façon, « l'ordre public ne joue pas avec la même force selon qu'il s'agit de créer des droits en France »¹⁷¹ ou, ce qui est moins perturbateur pour l'ordre juridique du for, de laisser produire effet en France à une situation juridique constituée à l'étranger. C'est la distinction entre ordre public dit plein ou atténué. Relative, l'exception d'ordre public l'est encore en ce que sa mise en œuvre suppose une **appréciation in concreto de la loi étrangère** : ce n'est pas tant la loi étrangère qui doit conduire à déclencher l'exception que son **application au cas d'espèce**. En d'autres termes, il faut s'assurer qu'au cas particulier, la mise en œuvre de la loi étrangère conduit à un résultat qui heurte l'ordre public français. A résultats équivalents entre les deux lois, il n'y a pas lieu de mettre en œuvre l'exception. Relative, l'exception d'ordre

traditionnellement sous une forme atténuée ; d'autre part, en l'espèce, les tribunaux étrangers avaient appliqué la loi successorale française.

165. B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, n°386, p. 331.

166. Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1948, *Lautour, Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, n°19.

167. V. par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, n°09-17130, n°09-66486 et n°10-19053. Sur cette évolution de la définition, v. not. J. Guillaumé, *D.* 2014, 2121.

168. B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé, op. cit.*, n°389, p. 335.

169. *Ibid.*

170. Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 2015, n°13-50059, *D.* 2015, p. 464 note H. Fulchiron ; *JCP* 2015, 318 note L. Gannagé ; *AJ fam.* 2015, p. 71 point de vue B. Haftel et p. 172 obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2015, p. 91 obs. P. Puig, p. 343 obs. L. Usunier et p. 359 obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2015, comm. 63 A. Devers et M. Farge ; *Gaz. Pal.* 5 fév. 2015, n°36, p. 11 avis J.-D. Sarcelet.

171. B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé, op. cit.*, n°394, p. 339.

public l'est enfin en ce qu'elle s'apprécie au jour où le juge statue : c'est le principe dit d'actualité de l'ordre public. Il permet de tenir compte de l'éventuel assouplissement de l'ordre public depuis le moment de l'acquisition de droits à l'étranger.

B. Les thèses en présence

68. Aussi n'était-il pas contesté, compte tenu de ce qui précède, que le jeu de l'ordre public international en lien avec la réserve héréditaire supposait que l'ordre juridique français soit effectivement affecté par l'application de la loi étrangère. Les avis ne se sont pas moins divisés sur le principe. En vérité, rares étaient ceux pour qui la réserve héréditaire était totalement étrangère à des considérations d'ordre public¹⁷². Deux approches se sont affrontées. Pour les uns, la réserve héréditaire, en elle-même, relevait de l'ordre public international¹⁷³ ; pour les autres, seule la situation de besoin de l'héritier devait permettre le déclenchement de l'ordre public¹⁷⁴. La question avait été débattue entre les États membres de l'Union européenne dans le cadre des travaux préparatoires du Règlement européen n°650/2012 du 4 juillet 2012. A cette occasion, le Sénat avait adopté en 2009 une résolution par laquelle, « après avoir estimé que le principe de la réserve héréditaire, traduction juridique d'un véritable devoir moral constitue une règle essentielle du droit français », il demandait au gouvernement « de veiller à ce que le texte finalement adopté garantisse que l'application des règles déterminant la loi applicable ne puisse permettre à un ressortissant français de faire échapper sa succession au mécanisme de la réserve héréditaire »¹⁷⁵.

69. Appelée à se prononcer, la Cour d'appel de Paris s'est retranchée derrière la relativité de l'exception d'ordre public en considérant que « ce n'est pas tant l'absence de réserve héréditaire dans la loi étrangère qui doit conduire à déclencher l'exception d'ordre public que le résultat de son application au litige » avant de l'écarter au cas d'espèce après avoir toutefois observé qu'il n'était « ni démontré, ni soutenu que l'application de la loi californienne ignorant la réserve héréditaire laisserait l'un ou l'autre des consorts X [les enfants du défunt], tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin »¹⁷⁶. Avant de parvenir à cette conclusion, la cour d'appel avait relevé que les dernières réformes législatives apportées à la réserve l'avaient selon elle fragilisée et réduite à une simple fonction alimentaire articulée sur l'état de besoin. Selon la cour d'appel en effet, « les modifications apportées en France par la loi du 23 juin 2006 au droit des successions, telles l'exclusion des ascendants du bénéfice de la réserve, la faculté de renoncer de façon anticipée à l'action en réduction, l'exclusion des assurances-vie de la masse successorale, la réduction en valeur et plus en nature, et les mécanismes instaurés par le règlement européen du 4 juillet 2012 marqués par une plus grande liberté de tester et l'anticipation successorale, désormais en vigueur en France, ont fait évoluer le sens de la réserve héréditaire » de sorte que « la **fonction alimentaire** de celle-ci prend désormais le pas sur sa fonction de conservation des biens dans la famille » mais qu'« elle n'en demeure pas moins l'expression d'un devoir de famille et touche en cela aux **fondements de la société** ». Dans un arrêt ultérieur, la même cour d'appel avait ensuite considéré plus directement que « si la réserve héréditaire est en droit interne un principe ancien mais aussi un principe actuel et important dans la société française en ce qu'elle exprime la solidarité familiale, garantit une certaine égalité entre les enfants et protège l'héritier d'éventuels errements du testateur, elle ne constitue pas un principe essentiel de ce droit » et qu'« en conséquence, il n'y a pas lieu d'écarter la loi étrangère normalement applicable au profit de la loi française »¹⁷⁷.

Dans ces conditions, on attendait avec impatience que la Cour de cassation se prononce.

172. Sur ce point, v. S. Godechot-Patris et S. Potentier, *RJPF* 2017, n°12.

173. En ce sens, v. not. : S. Godechot-Patris, Successions internationales, Rapport français, in *Les successions*, TAHC, t. 60, Bruylant, 2010, p. 673 s, spéc. p. 688 ; M. Grimaldi, Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire, *Def.* 2012, p. 755 s. Pourrait notamment être invoquée ici la volonté de sauvegarder la politique législative française et d'éviter « l'effet subversif que présenterait l'application de la loi » (B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, op. cit., n°391, p. 336) étrangère.

174. En ce sens, v. : G. Khairallah, La détermination de la loi applicable à la succession, in *Droit européen des successions internationales*, Defrénois, 2013, p. 56 et s. spéc. n°130 ; P. Lagarde, Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, *Rev. crit. DIP* 2012. 693, spéc. n°20.

175. Sénat, Session ordinaire de 2009-2010, Résolution européenne sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

176. Paris, 16 déc. 2015, *Colombier*, n°13-17078, *JCP N* 2016, 1290, spéc. n°6 obs. E Fongaro.

177. Paris, 11 mai 2016, *Jarre*, n°14-26247, *JCP N* 2016, 1280 note P. Bonduelle, G. Michaux et J. Leforestier.

II. Les arrêts du 27 septembre 2017

70. Par deux arrêts du 27 septembre 2017¹⁷⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation juge qu'« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels », ce qui n'était pas le cas, dans les espèces qui lui étaient soumises, dès lors que les enfants exhérédés ne prétendaient pas « se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin ». De ces arrêts, se déduisent donc un principe et un tempérament.

Le **principe** consiste en ce que **la réserve héréditaire n'est pas en soi d'ordre public international**, alors qu'elle est d'ordre public interne, du moins selon les termes de la Cour de cassation¹⁷⁹ : ainsi, la mise à l'écart de la loi étrangère normalement applicable au seul motif qu'elle ne connaît pas la réserve héréditaire n'est pas possible.

L'ordre public international est ailleurs, non dans la réserve héréditaire, mais dans le **tempérament** : la loi étrangère peut néanmoins être écartée, selon la Cour de cassation, lorsque son application laisserait un héritier exhérédé « dans une **situation de précarité économique ou de besoin** », ce qui serait notamment le cas en présence d'un mineur ou d'un enfant majeur créancier d'aliments du défunt. C'est là, et là seulement selon la Cour de cassation, que résident les « principes essentiels » de notre droit s'agissant de la réserve héréditaire.

71. A observer ses conséquences, la solution retenue par la Cour de cassation fragilise la réserve héréditaire tant il est vrai que le droit international et le droit interne ne sont pas hermétiques ; ils interagissent constamment. Les mutations que connaît le droit interne se prolongent en droit international privé. De fait, on observe à la lecture des arrêts de la Cour d'appel de Paris précédemment évoqués que les réformes apportées à la réserve héréditaire par la loi du 23 juin 2006 ont été interprétées par les juges comme traduisant un recul ou un déclin de l'institution, ce qui a sans doute pesé lourd dans leur arbitrage. Réciproquement, les mutations observées en droit international privé ne sont pas sans conséquence sur le droit interne. En l'occurrence, la Cour de cassation réduit en réalité l'ordre public international à sa plus simple expression à travers la consécration d'un ordre public exclusivement alimentaire destiné à remédier aux seules situations dans lesquelles l'héritier se trouverait dans le besoin. C'est là une approche éminemment réductrice de la réserve héréditaire dont les fondements et les fonctions sont à la fois plus variés et plus élevés¹⁸⁰.

72. Pour n'en donner ici que quelques exemples, cette **contraction de la réserve héréditaire sur une simple finalité alimentaire** instaure « inévitablement un rapport inégalitaire entre les enfants (car tous ne seront pas forcément dans le besoin) alors que tout l'esprit de notre système successoral repose sur un principe d'égalité entre frères et sœurs »¹⁸¹. Ce repli prive également le juge des moyens de sanctionner un acte de dernière volonté tirant parti d'un système juridique libéral en vue de mettre en place une transmission discriminatoire entre les enfants à raison du sexe, de l'ordre des naissances ou de la qualité de la filiation. Car, de la même manière que l'on ne sanctionnera pas celui qui a déshérité ses enfants, dès lors que ceux-ci ne sont pas dans le besoin, on ne pourra pas sanctionner celui qui aura transmis l'intégralité de la succession à son fils aîné, pour autant que ses sœurs ou ses frères puînés ne se trouvent pas dans une situation économiquement précaire. Sans doute le droit européen des droits de l'homme interdit-il que l'on puisse donner effet à un acte de disposition dont la finalité serait ouvertement de créer des discriminations successorales entre les enfants¹⁸². Cependant, « ce contrôle risque d'être fort difficile. Le testateur habile saura taire ou travestir la cause de sa préférence coupable. D'ailleurs comment ne pas relever que, dans l'une des affaires ayant donné lieu aux arrêts du 27 septembre 2017, les dispositions prises par le *de cuius* aboutissaient bel et bien à rompre l'égalité entre les enfants issus de son dernier mariage et les autres, repoussant ainsi l'égalité que le code civil proclame aujourd'hui entre les enfants « issus d'unions différentes » (C. civ., art. 735) »¹⁸³ ?

Enfin, l'actuelle position de la Cour de cassation risque, de proche en proche, de précipiter le droit français vers un système inspiré des droits de *Common law*, étranger à notre tradition juridique, construit de toutes pièces par le juge et remis entre ses seules mains. L'étude des droits étrangers, et spécialement du droit anglais des *Family Provisions*, à laquelle s'est livrée le groupe de travail¹⁸⁴ le conduit à **exprimer son inquiétude** vis-à-vis de cette perspective et des différents dangers auxquels cette **dérive** exposerait notre droit.

178. Cass. civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n°16-17198 et n°16-13151, D. 2017, note J. Guillaumé et 2310 obs. H. Fulchiron ; JCP 2018 doctr. 123, n°2 obs. R. Le Guidec ; Dr. fam. 2017, comm. 230 M. Nicod ; AJ fam. 2017, 598 obs. P. Lagarde, A. Meier-Bourdeau, B. Savouré et G. Kessler ; RTD civ. 2017, 833 obs. L. Usunier et 2018, 189 obs. M. Grimaldi ; RJP 2017, n°12 note S. Godechot-Patris et S. Potentier. *Adde* : C. Deneuille et S. Godechot-Patris, Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire, JCP N 2018, 1239 ; M. Goré, Requiem pour la réserve héréditaire, Def. 2017, n°22, 23.

179. Cass. civ. 1^{re}, 4 juill. 2018, n°17-16515 et 17-16522, D. 2018, p. 2384 obs. C. Grare-Didier et S. Godechot-Patris.

180. Sur lesquels, v. *infra* n°117s.

181. S. Godechot-Patris et S. Potentier, *note précit.*

182. En ce sens, v. : CEDH, 13 juill. 2004, n°69498/01, *Pla et Puncernau c./ Andorre*, D. 2005, 1832 note E. Poisson-Drocourt ; RTD civ. 2004, 804 obs. J.P. Marguénaud.

183. M. Grimaldi, *obs. précit.*, RTD civ. 2018, 189.

184. V. *supra* n°47s et *infra* n°156s.

III. Les incertitudes actuelles

73. La jurisprudence de la Cour de cassation soulève de nombreuses questions, aujourd'hui sans réponse. On en retiendra trois.

La première concerne **l'état de précarité économique et de besoin**. Ce n'est, on l'a vu, que si l'application de la loi étrangère laisse l'héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin que l'exception d'ordre public peut être soulevée. *A contrario*, si la loi étrangère prévoit des outils permettant de remédier à cette situation, l'ordre public n'a pas vocation à jouer. Encore faut-il en amont pouvoir définir précisément les situations de précarité économique et de besoin. A en croire un auteur, ces deux notions seraient « de nature très différente » : tandis que la précarité désignerait « la situation de fragilité et d'instabilité d'une personne qui ne peut subvenir à ses besoins et/ou risque de ne pouvoir assumer ses engagements » et renverrait « à l'idée d'insécurité et d'instabilité », le besoin serait une notion « juridiquement bien construite, à travers les règles de l'obligation alimentaire »¹⁸⁵. Outre que l'on ne voit pas très bien en quoi cela est de nature à différencier nettement ces deux notions, cela ne dit rien de leur agencement. De fait, « deux interprétations sont possibles. La première donnerait à la notion de « précarité économique » une existence autonome. Certes, lorsqu'il s'agit de caractériser cette existence, la notion de besoin surgit rapidement : l'intéressé risque de ne plus pouvoir subvenir à ses besoins ; mais la notion de « besoin » peut être interprétée beaucoup plus largement qu'elle ne l'est en matière d'obligation alimentaire : on rejoint l'idée de « nécessaire » qui permettrait d'inclure des éléments de niveau de vie, au-delà de la stricte « nécessité ». On risque toutefois de se heurter à de délicats problèmes d'appréciation »¹⁸⁶. Autant dire, à ce stade, que les deux **critères** d'activation de l'exception d'ordre public sont **incertains** et leur **articulation mystérieuse**.

Quoi qu'il en soit, la mise en œuvre de l'ordre public international risque bien d'être **très exceptionnelle** dans la mesure où, on l'a vu¹⁸⁷, les systèmes juridiques les plus libéraux qui ignorent la réserve n'en mettent pas moins en place des mécanismes de protection des proches du défunt à vocation alimentaire. De ce point de vue, « la réserve de l'exception » pourrait bien n'être qu'une « simple pétition de principe »¹⁸⁸. En toute hypothèse, cette forme de protection présuppose désormais qu'un juge soit saisi. Concrètement, cela signifie que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public est à présent suspendue à la saisine préalable des juridictions (étrangères ? françaises ?) en vue d'obtenir l'application des dispositions protectrices de la loi étrangère. Une telle solution ne peut que **ralentir le règlement successoral** et le rendre éminemment **aléatoire**.

74. En deuxième lieu, la question se pose de savoir si la mise en œuvre de l'exception d'ordre public suppose un **lien de proximité** avec l'ordre juridique du for. Dans ses arrêts du 27 septembre 2017¹⁸⁹, la Cour de cassation a pris soin de relever non pas les liens avec l'ordre juridique français mais la réalité des liens avec les États-Unis où était domicilié le *de cuius* dans les deux affaires. Cette démarche peut être comprise de deux manières, sans qu'il soit possible à ce jour de trancher. Suivant une première analyse, la Cour de cassation entend souligner, à travers la réalité des liens de rattachement avec l'ordre juridique étranger, l'absence de fraude. Suivant une seconde analyse, la Cour de cassation subordonnerait le jeu de l'exception d'ordre public à l'existence de liens étroits avec l'ordre juridique français. Or, dans ces deux affaires, les liens avec la France étaient incontestables - les héritiers étaient français, certains résidaient en France et le *de cuius* était français - de sorte que « l'on ne s'explique pas pourquoi les liens des héritiers avec la France ont été passés sous silence dès lors que la réserve est un mécanisme visant à les protéger »¹⁹⁰. En d'autres termes, on peine à ce jour à déterminer quel est ici le rôle du critère de proximité.

75. Enfin, l'incertitude plane actuellement sur les **conséquences d'une hypothétique mise en œuvre de l'exception d'ordre public**. A supposer le demandeur dans un état de précarité économique ou de besoin auquel la loi étrangère ne pourvoirait pas, que devrait faire le juge (ou le notaire ?) français ? Deux solutions sont concevables. La première consiste à appliquer les dispositions du code civil relatives à la réserve héréditaire, ce qui serait conforme à l'éviction de la loi étrangère. Comme l'observe un auteur, « l'ennui est que le remède n'est pas adapté au mal, car la réserve n'est *en rien* corrélée à l'état de besoin de l'héritier : elle n'y est point subordonnée et elle ne s'y mesure nullement. A l'héritier nécessiteux, mis à l'abri de la loi étrangère, elle fournira, pour le sortir de son état, peut-être pas assez, peut-être trop »¹⁹¹. Sur cette voie, il faudrait encore déterminer si *seul* l'héritier réservataire ou en situation de précarité

185. H. Fulchiron, Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin, *D.* 2017, 2310.

186. H. Fulchiron, Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin, *op. cit.*

187. V. *supra* n°47s et n°53s.

188. S. Godechot-Patris et S. Potentier, *note précit.*

189. Cass. civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n°16-17198 et n°16-13151, *arrêts précit.*

190. S. Godechot-Patris et S. Potentier, *note précit.*

191. M. Grimaldi, *RTD civ.* 2018, 189.

économique ou de besoin devrait recevoir sa part de réserve – en contrariété avec la loi française pourtant applicable – ou si *tous* les héritiers réservataires, lorsque l'un d'entre eux est en situation de précarité économique ou de besoin, devraient recevoir leur part de réserve – en contradiction cette fois avec le mécanisme de l'exception d'ordre public international « consistant à limiter la substitution de la loi française étrangère à la loi étrangère au strict nécessaire »¹⁹². La seconde solution conduit plutôt à attribuer à l'héritier réservataire en situation de précarité économique ou de besoin une créance alimentaire. Si elle est plus cohérente au regard de la position de la Cour de cassation, cette méthode conduirait le juge à créer de toutes pièces une créance alimentaire qu'aucun texte ne prévoit s'agissant d'un descendant. En d'autres termes, elle « aboutit à ce résultat singulier que le réservataire peut obtenir du juge français ce que ne lui accordent ni la loi étrangère (sans quoi, l'exception d'ordre public ne jouerait pas), ni la loi française (car le droit français n'accorde pas une créance à un descendant) »¹⁹³.

L'orientation strictement alimentaire prise par la Cour de cassation affaiblit et dénature la réserve héréditaire. Elle est à l'origine de nombreuses incertitudes tant pratiques que théoriques que regrette le groupe de travail. Elle risque de précipiter notre droit vers l'importation de mécanismes étrangers, contraires à notre tradition juridique, dont les défauts sont nombreux alors même que rien n'impose une telle évolution.

192. E. Fongaro et E. Naudin, Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public international ?, *JCP N* 2019, 1193.
193. M. Grimaldi, *RTD civ.* 2018, 189.

CHAPITRE 3

Les fondements de la réserve héréditaire en droit français

76. Au titre des fondements de la réserve héréditaire en droit français, la réflexion sera menée en quatre temps. Il convient d'abord de souligner que la réserve héréditaire a toujours été une institution juridique controversée, ce qui ne l'a pas empêchée de traverser les siècles et les secousses en s'adaptant aux besoins de la société (§I). La controverse apparaît aujourd'hui renouvelée par une série de facteurs dont il conviendra d'apprécier la portée (§II). Sur cette base, l'analyse pourra s'orienter vers l'étude de la réserve héréditaire des descendants dont le maintien de principe suscite l'unanimité au sein du groupe de travail (§III). Elle se poursuivra par celle du conjoint survivant dont les fondements apparaissent à tout le moins différents (§IV).

§I. Une controverse classique

77. La réserve héréditaire a toujours été controversée. Nombre des critiques qui lui sont adressées aujourd'hui n'ont en réalité rien d'inédit.

I. Les critiques

78. **Aux yeux de ses adversaires, la réserve héréditaire apparaît d'abord comme une atteinte intolérable à la liberté individuelle et à la propriété privée.** Il n'appartiendrait pas à l'Etat mais aux seuls individus de décider du sort de leur bien après leur mort, comme ils pouvaient librement le faire de leur vivant. C'est ce que relève Rémy Libchaber devant le groupe de travail en observant que « de son vivant, le *de cuius* avait le sentiment d'être pleinement maître de ses biens, libre d'en jouir et d'en disposer comme il l'entendait. Et voilà qu'on lui dit que cette liberté n'existe plus à son décès, et même qu'elle ne s'exerçait de son vivant que de façon conditionnelle, puisque toutes les libéralités qu'il consentait au fil du temps pourront être mises en cause *in fine* »¹⁹⁴. Les parents devraient notamment pouvoir priver de tout droit l'enfant avec lequel ils ont rompu malgré eux toute relation affective et transmettre leurs biens à celui qui leur a apporté soin, tendresse et affection jusqu'à leur mort. De fait, la liberté testamentaire est, pour chaque homme, une manière d'exprimer par-delà la mort ses sentiments et sa reconnaissance. Elle favorise en retour les comportements vertueux, ce qui est moralement et socialement souhaitable, la collectivité dans son ensemble ayant intérêt à ce que les enfants entourent leurs parents dans leurs vieux jours. La réserve héréditaire, en garantissant à son bénéficiaire qu'il héritera nécessairement d'une part de la succession indépendamment de son attitude ou de son dévouement, récompenserait les ingrats. Elle serait une source de discorde et de division des familles. Elle serait encore une survivance anachronique des droits du lignage sur une forme de propriété familiale, de nature collective, qu'il conviendrait de supprimer pour reconnaître enfin le caractère véritablement individuel de la propriété privée dans notre droit¹⁹⁵.

79. **A la réserve héréditaire, on reproche tout aussi traditionnellement d'être économiquement néfaste.** Souvent présentée par ses détracteurs comme un frein à l'initiative et à la créativité, elle ne stimulerait pas l'esprit d'entreprise des enfants, assurés qu'ils seraient de recueillir une part minimale des successions de leurs parents. Elle encouragerait paresse et oisiveté, individualisme et égoïsme. Lorsque par ailleurs des biens professionnels sont compris dans la succession, la réserve contraint, dit-on régulièrement, au démantèlement des exploitations et à une perte d'activité en termes d'emploi. Elle peut encore conduire à placer à la tête d'une entreprise familiale un héritier inexpérimenté ou incompetent. Enfin, on reproche à la réserve héréditaire d'être un instrument de reproduction des inégalités sociales, de favoriser l'endogamie¹⁹⁶ et de porter « atteinte à la juste égalité des chances »¹⁹⁷.

194. V. contribution reproduite en annexe.

195. En ce sens, v. not. : Génération libre, *Supprimer la réserve héréditaire*, mars 2019, pp. 12-13.

196. En ce sens, v. : Génération libre, *Supprimer la réserve héréditaire*, mars 2019, p. 16. V. aussi la contribution écrite de D. Borillo, reproduite en annexe du rapport

197. D. Borillo, contribution reproduite en annexe.

80. Ces critiques, si elles sont remises au goût du jour actuellement¹⁹⁸, ont pour l'essentiel déjà été agitées en France, en particulier dans le dernier tiers du dix-neuvième siècle où elles ont suscité une controverse doctrinale. Ce débat se trouvait alors stimulé, d'une part, par les grands arrêts rendus à partir des années 1860 par la Cour de cassation tranchant diverses questions en lien avec la réserve héréditaire¹⁹⁹ et, d'autre part, par le « développement d'idées nouvelles à la fin du Second Empire et au début de la III^e République dans les cercles républicains, libéraux et leplay-siens »²⁰⁰. Comme le rappelle Nicolas Laurent-Bonne, « cette contestation de la réserve doit [...] beaucoup à l'intervention de Frédéric Le Play [...] qui évacue toute réflexion relative à la justice et au droit naturel, préférant s'attacher aux effets concrets de la loi successorale dans la société et l'économie du XIX^e siècle²⁰¹ »²⁰². Le chef de file de l'Ecole de la Réforme sociale innove en effet en développant une approche sociologique empirique. Menant une série d'enquêtes monographiques sur des familles ouvrières ou paysannes²⁰³, Le Play défend la liberté testamentaire contre la réserve héréditaire²⁰⁴ à qui il reproche de ruiner moralement et économiquement la famille ainsi que la société en sapant l'autorité du père de famille, en morcelant les terres et les exploitations et en menant à la dénatalité. Le Play, très écouté du milieu catholique²⁰⁵, diffuse ses thèses auprès des élites dirigeantes du Second Empire. Cependant, aucune majorité politique ne voulut s'attaquer alors, à travers la réserve héréditaire, au symbole révolutionnaire de l'égalité successorale. Le retour au pouvoir des Républicains coupa court à ces projets²⁰⁶.

II. Les réponses

A. Des griefs erronés

81. Certains de ces griefs procèdent d'une méconnaissance de l'institution de la réserve héréditaire et relèvent d'un discours non étayé.

Premièrement, la réserve n'est pas une source de division et de discorde au sein de la famille. A l'inverse, elle présente le grand intérêt de contribuer à la paix dans les familles et à la paix sociale en minimisant le contentieux successoral²⁰⁷.

Deuxièmement, la réserve n'est pas un facteur de reproduction des inégalités sociales en lien avec l'héritage. Elle est même tout le contraire, raison pour laquelle elle avait été portée à un montant extrêmement élevé sous la Révolution française²⁰⁸. Les révolutionnaires avaient en effet parfaitement compris en quoi la réserve pouvait contribuer à niveler les fortunes en les morcelant entre les enfants à chaque génération et en empêchant les parents de « faire un aîné ».

Supprimer la réserve héréditaire, c'est en effet permettre à un père ou une mère de transmettre l'intégralité de sa fortune à un seul de ses enfants, lequel concentrera entre ses mains une richesse bien plus importante que s'il avait dû en partager une part avec ses frères et sœurs. A cet égard, **l'expérience historique montre que la liberté s'exerce bien davantage au sein de la famille, au profit d'un enfant que l'on avantage, plutôt qu'à l'extérieur de la famille, au profit d'un tiers ou d'une œuvre philanthropique**.

82. Troisièmement, la réserve héréditaire n'a jamais eu pour fondement d'attribuer un droit à l'héritage ; **c'est l'intérêt général, à travers les finalités de la réserve, qui la fonde**²⁰⁹. Techniquement, un tel droit subjectif à l'héritage n'existe pas. C'est ce que souligne Rémy Libchaber devant le groupe de travail en observant qu'« il n'y a pas de droit fonda-

198. V. not. : Génération libre. *Supprimer la réserve héréditaire*, mars 2019 ; D. Borillo, contribution reproduite en annexe.

199. Cass. Ch. réunies 27 nov. 1863, *Lavialle*, *GAJC*, t. 1, 13^e éd., Dalloz, 2015, n°139 jugeant que l'enfant, bénéficiaire d'une donation en avancement de part successorale, qui renonce à la succession du donateur ne peut conserver le don à lui qu'à hauteur de la quotité disponible et ne peut cumuler cette quotité avec la part de réserve à laquelle il aurait eu droit s'il avait accepté la succession ; Cass. civ., 13 août 1866, *Dufeu*, *GAJC*, *op. cit.*, n°138 jugeant que la quotité étant fixée invariablement en fonction du nombre d'enfants que le défunt laisse à sa succession, la renonciation ultérieure d'un enfant ne doit pas être prise en compte pour déterminer le montant respectif de la quotité disponible et de la réserve héréditaire. Cette dernière solution sera remise en cause par la loi du 23 juin 2006 (C. civ., art. 913, al. 2).

200. N. Laurent-Bonne, contribution reproduite en annexe. Sur ce point, plus larg. : F. Audren, Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire. Aux origines de l'analyse économique du droit ?, *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 2014, 240 ; O. Descamps, Le Playsiens et juristes : la querelle du droit successoral (1864-1914), *Les études sociales*, 2002, 67.

201. Sur Le Play et ses émules, v. L. Guerlain, *L'école de Le Play et le droit : contribution à l'histoire des rapports entre droit et science sociale*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, spéc. pp. 115-118.

202. V. contribution reproduite en annexe.

203. V. not. l'étude sur la famille *Mélouga*, observée dans le Béarn en 1856 et en qui Le Play reconnaît une expression du type idéal de la famille-souche.

204. Qu'il ne propose cependant pas de supprimer mais de fixer à la moitié de la succession.

205. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1994, p. 82.

206. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2001, n°67.

207. V. *infra* n°148.

208. V. *supra* n°26s.

209. Sur ce point, v. *infra* n°117s. V. aussi : M.-C. Pégliion-Zika, Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ?, *RTD civ.* 2018, 1.

mental d'un héritier à bénéficiaire d'une part du patrimoine de son auteur »²¹⁰. La vocation successorale fait traditionnellement partie de la catégorie juridique des droits dits éventuels²¹¹, qui n'existent qu'à l'état de simples expectatives. Raison pour laquelle l'acte juridique qui porte sur un tel droit est en principe constitutif d'un pacte sur succession future prohibé²¹². Le futur défunt peut ruiner cette vocation, en vidant sa succession. Aussi la Cour de cassation a-t-elle pu juger, en matière de divorce, que la vocation successorale d'un époux ne constitue pas un droit prévisible au sens de l'article 271 du code civil dont le juge devrait tenir compte pour fixer le montant de la prestation compensatoire²¹³. Elle n'est donc pas un droit, même pour l'héritier réservataire, mais une simple espérance, dépourvue de « consistance, car on ne sait pas s'il survivra au futur *de cujus*, ni s'il ne naîtra pas d'autres réservataires, réduisant ses droits, ni quels biens composeront le patrimoine successoral »²¹⁴.

B. Des objections dépassées

83. **A certaines de ces objections, des réponses ont déjà été apportées.** La réserve héréditaire a déjà évolué dans un sens libéral²¹⁵. Elle s'est contractée dans son étendue avec la disparition en 2006 de la réserve des ascendants et ne profite plus dans la parenté qu'aux seuls descendants. Alors que la réserve, sanctionnée par la réduction en nature des libéralités excessives, donnait traditionnellement droit à une fraction des biens mêmes de la succession, elle n'ouvre plus droit désormais en principe qu'à une réduction en valeur²¹⁶, ce qui évite le démantèlement des biens et laisse toute liberté au futur défunt de décider de leur sort. La réserve héréditaire pouvant désormais prendre la forme d'une simple indemnité en argent, le défunt peut librement désigner qui, d'un enfant, d'un conjoint, d'un amant, d'une maîtresse, d'un ami ou de tout autre tiers recueillera l'entreprise ou la maison familiale²¹⁷, alors même que ces biens seraient dans sa famille depuis plusieurs générations et ce quelle que soit la configuration de sa famille. Pour peu qu'il y ait des liquidités suffisantes pour payer l'indemnité de réduction, les héritiers réservataires peuvent déjà se voir priver de tout droit sur les biens compris dans la succession. Dans cette mesure, la réserve héréditaire n'est plus aujourd'hui un obstacle à la volonté du défunt de priver ses enfants ou l'un d'eux de la possibilité de recueillir des biens dans sa succession et de participer à leur partage²¹⁸. Le risque de démantèlement des biens, enfin, avait davantage partie liée avec la réglementation du partage qu'avec la réserve héréditaire²¹⁹. Or, dans ce domaine, des réformes successives ont permis de juguler le risque de morcellement : faculté d'attribution préférentielle afin d'assurer la reprise de l'exploitation²²⁰, possibilité de maintien provisoire de l'entreprise dans l'indivision²²¹, consécration du mandat à effet posthume qui permet au futur défunt de désigner un mandataire pour gérer tout ou partie de sa succession à la place des héritiers y compris réservataires²²².

C'est dire, en un mot, combien certaines critiques encore faites à la réserve héréditaire n'ont en réalité plus lieu d'être.

C. Un faux obstacle à la transmission des entreprises

1. Les atouts des entreprises familiales

84. La réserve héréditaire est enfin un faux obstacle à la transmission des entreprises. Les critiques développées contre la réserve étant parfois mêlées avec celles portées plus largement contre le caractère familial des entreprises, il n'est pas inintéressant de souligner à titre préalable qu'au plan économique et social, le caractère familial des entreprises n'est pas un frein mais plutôt un atout pour leur développement et pour la collectivité dans son ensemble.

210 V. contribution reproduite en annexe.

211 J.-M. Verdier, *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris, 1955.

212. C. civ. art. 722. Sur la définition du pacte sur succession future nul comme portant sur un droit éventuel (ou « privatif »), v. not. : Civ. 9 mai 1884, *GAJ/C*, t. 1, 13^e éd., Dalloz, 2015, n°134-137 ; Soc., 23 fév. 1961, *Bull. civ.*, V, n°246 ; Civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, n°10-11894, *D.* 2011, p. 2976 note I. Najjar ; *AJ fam.* 2011, p. 619 obs. C. Vernières, *JCP N* 2012, 1065 obs. M. Nicod, *Dr. fam.* 2011 comm. 180 B. Beigner ; 22 oct. 2014, n°13-23657, *D.* 2015, p. 2094 obs. V. Brémont ; *AJ fam.* 2015, p. 64 obs. C. Vernières ; *Dr. fam.* 2014, comm. 186 M. Nicod.

213. Civ. 1^{re}, 21 sept. 2005, n°04-13977 ; *LPA* 3 mai 2006, p. 3 obs. B. Vareille (coord.) ; *RTDciv.* 2005, p. 766 obs. J. Hauser.

214. P. Hébraud, Observations sur la notion de temps dans le droit civil, *Mélanges P. Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 1s, spéc. p. 41, note 846.

215. On peut sans doute faire remonter paradoxalement à la législation familialiste et nataliste du Front populaire de 1938 la première brèche dans l'édifice de la réserve héréditaire du code civil. Initialement prises pour les seules donations-partages, ces mesures ont initié un long processus de substitution de la valeur à l'égalité en nature. Sur cette « contre-révolution leplaysienne », v. J. Carbonnier, Préface, in J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrénois, 2003, p. 8.

216. C. civ., art. 924.

217. Sur la sanction de la réduction, v. aussi *infra* n°234 et n°416s.

218. Sur les conséquences de la réduction en valeur, v. *infra* n°130.

219. C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 912 à 930-5, Fasc. 10, 2017, n°68.

220. C. civ., art. 831 et s.

221. C. civ., art. 821.

222. C. civ., art. 812 s.

85. Les entreprises familiales jouent un rôle essentiel. Un rapport établi par l'Institut Montaigne en 2013 évalue à 83% la proportion d'entreprises familiales en France²²³, parmi lesquelles figurent les plus beaux fleurons de l'économie française. Un autre rapport, établi par le Parlement européen, souligne que 85% des entreprises européennes sont des entreprises familiales et représentent 60% des emplois du secteur privé²²⁴. Or, le regard porté par les économistes sur ces entreprises a changé au cours du vingtième siècle. La dimension familiale de l'entreprise est aujourd'hui perçue comme un atout en termes de résultats et d'emploi. Des chercheurs ont notamment établi « la résilience organisationnelle »²²⁵ des structures familiales, autrement dit « leur meilleure capacité à anticiper et encaisser les choses et à s'approprier ces épisodes difficiles »²²⁶. Une enquête²²⁷ a ainsi comparé « les performances financières d'un panel d'entreprises, familiales et non familiales, sur la période 2002-2009, montrant la supériorité des premières en période de crise »²²⁸. Dans le même ordre d'idées, un rapport souligne qu'« il est souvent oublié que la très grande majorité des entreprises sont des entreprises familiales. Les problématiques liées à cette forme particulière de détention du capital et de management sont centrales dans leur fonctionnement. La plupart de ces entreprises familiales sont des PME, elles obtiennent globalement des performances supérieures aux entreprises non familiales. Au-delà des performances purement économiques et financières, le capitalisme familial a un ancrage solide dans les territoires nationaux et participe donc au maintien de l'emploi et au dynamisme dans les régions. Les entreprises familiales sont par ailleurs des acteurs stables de l'économie et résistent mieux aux crises »²²⁹. Ainsi que le relève un spécialiste du sujet, « la plupart des études affirme que les entreprises familiales réalisent des performances supérieures à celles des entreprises non familiales, tant aux États-Unis qu'en Europe. Dans le cas de la France, diverses études parviennent à des résultats largement convergents »²³⁰, ce qui s'explique notamment par le fait qu'elles s'inscrivent dans le long terme. Cette vision « dépend d'abord du caractère pérenne de l'actionnariat qui les met à l'abri des pressions des marchés » et « s'explique aussi par la conception que les patrons familiaux se font de leur rôle : chaque génération se considère comme le maillon d'une chaîne, ce qui s'accompagne du sentiment aigu [...] d'être responsable des générations passées comme des générations futures »²³¹. On le voit, ces patrons familiaux sont attachés à la transmission familiale de leur entreprise.

86. Au demeurant, les travaux menés par des économistes concluent que les héritiers « ne font pas moins bien (et même un peu mieux) que les *managers* au service de la famille »²³². De fait, « s'agissant de la formation des dirigeants et des pratiques de *management*, voire des modes de recrutement, on observe un rapprochement entre entreprises familiales et firmes managériales car, dans un contexte d'intensification de la concurrence et de diffusion du modèle managérial, les dirigeants familiaux se sont professionnalisés ». Ainsi, « l'efficacité de la gestion des entreprises familiales n'a peut-être pas d'autre explication que la synthèse réussie du sens de la durée propre aux familles et des compétences managériales que les héritiers ont progressivement acquises. Par ailleurs, des familles font appel en plus grand nombre que par le passé à des *managers* salariés, auxquels elles imposent leurs objectifs de croissance, d'indépendance et de pérennité. Néanmoins toute différence ne s'est pas effacée entre dirigeants familiaux et *managers* salariés, puisque ces derniers, et c'est évidemment une affaire de formation et de culture, sont tout à la fois de meilleurs financiers et moins protecteurs vis-à-vis du personnel »²³³.

C'est dire combien une partie des critiques faites à la réserve héréditaire, que l'on peut relier en arrière-plan à un discours parfois négatif vis-à-vis des entreprises familiales, se trouve aujourd'hui contredite par la réalité économique.

2. La réserve héréditaire et la transmission de l'entreprise

87. La survie des entreprises au décès de l'entrepreneur est une préoccupation constante en termes de politiques

223. Ph. d'Ornano (dir.), *Vive le long terme !, Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi*, Institut Montaigne, sept. 2013.

224. Rapport sur les entreprises familiales en Europe, 2014/2210(INI), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0223_FR.html

225. L. Begin et D. Chabaud, La résilience des organisations, *Revue française de gestion*, n°200, 2010 cité par Ph. d'Ornano (dir.), *Vive le long terme !, Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi*, op. cit., p. 12.

226. Ph. d'Ornano (dir.), *Vive le long terme !, Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi*, op. cit., p. 12.

227. A. Bloch, N. Kachaner et S. Mignon, *La stratégie du propriétaire, Enquête sur la résilience des entreprises familiales face à la crise*, Pearson Education Franc, 2012 cité par Ph. d'Ornano (dir.), *Vive le long terme !, Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi*, op. cit., p. 12.

228. Ph. d'Ornano (dir.), *Vive le long terme !, Les entreprises familiales au service de la croissance et de l'emploi*, op. cit., p. 12.

229. O. Mellerio, *Transmission de l'entreprise familiale*, Rapport remis à Hervé Novelli, Secrétaire d'Etat chargé du Commerce, de l'Artisanat, des Petites et Moyennes Entreprises, du Tourisme, des Services et de la Consommation, oct. 2009, p. 99.

230. J.-C. Dumas, Les dirigeants des entreprises familiales en France, 1970-2010, Recrutement, gouvernance, gestion et performances, *Vingtième siècle, Revue d'histoire*, 2012/2, n°114, p. 33 s. *Contra* : T. Philippon, *Le capitalisme d'héritiers*, La République des idées, Seuil, 2007.

231. J.-C. Dumas, Les dirigeants des entreprises familiales en France, 1970-2010, Recrutement, gouvernance, gestion et performances, op. cit.

232. *Ibid.*

233. *Ibid.*

publiques, au plan européen comme national. Or, les entreprises françaises se transmettent difficilement²³⁴. S'il n'est pas le lieu d'en détailler les raisons, il importe ici de souligner que celles-ci ne sont en rien liées à la réserve héréditaire. Les études menées reflètent d'ailleurs des pratiques très hétérogènes de transmission familiale des entreprises dans des pays européens qui connaissent pourtant tous cette institution²³⁵. Comme le relève Guillaume Wicker, « chaque année, de très nombreuses entreprises disparaissent suite au décès du chef d'entreprise, certains ont avancé l'idée que l'une des causes de ces disparitions résiderait dans l'institution de la réserve héréditaire en ce qu'elle ne laisserait pas assez de liberté au chef d'entreprise pour en organiser la transmission dans les meilleures conditions. Mais il s'agit là encore de simples affirmations dépourvues de fondement, car **jamais aucune étude n'a établi que la réserve constituerait un obstacle à la transmission des entreprises**. Aussi bien il y a une **absence totale de rigueur scientifique** à mettre en relation le phénomène des disparitions d'entreprises et l'institution de la réserve pour prétendre en tirer un rapport de causalité »²³⁶.

88. En réalité, poursuit Guillaume Wicker à la lumière de sa connaissance du droit des sociétés et du droit des affaires, « la disparition de l'entreprise suite au décès de l'entrepreneur trouve deux types d'explications. Soit il s'agissait d'une TPE dont l'existence était liée à la personne de l'entrepreneur et à ses compétences particulières, par exemple en matière artisanale, de sorte que sa transmission lors du décès n'est pas envisageable en présence d'héritiers ne présentant pas les mêmes compétences. Soit, s'agissant d'une entreprise plus importante, sa transmission n'a pas été anticipée antérieurement au décès, parce que le décès est intervenu prématurément ou parce que l'entrepreneur n'a jamais voulu envisager sa propre fin. Le risque de disparition de l'entreprise n'est alors en rien lié à la réserve, mais à la soultte que l'héritier éventuel candidat à la reprise de l'entreprise pourrait avoir à verser à ses cohéritiers si la valeur de l'entreprise est supérieure à sa part successorale. Fréquemment, l'héritier débiteur de la soultte ne peut procéder à son paiement immédiat et a besoin d'obtenir un délai. Or la loi ne prévoit rien, à défaut d'accord entre les héritiers, concernant les délais de paiement de la soultte. **Le véritable problème en matière de transmission d'entreprise n'est donc pas celui de la réserve héréditaire, mais celui de l'anticipation de la transmission** »²³⁷.

89. Lorsqu'au contraire la transmission de l'entreprise a été anticipée, nombreux sont les outils juridiques qui permettent de concilier harmonieusement les considérations familiales et celles de la vie des affaires²³⁸. On songe d'abord au **mandat à effet posthume**, créé par la loi du 23 juin 2006²³⁹, que l'entrepreneur peut conclure pour assurer la gestion de son entreprise par-delà sa mort²⁴⁰. Cet acte lui permet de désigner un mandataire²⁴¹ qui recevra, au décès, le pouvoir d'administrer et de gérer son entreprise individuelle ou ses titres sociaux pour le compte et dans l'intérêt des héritiers²⁴², y compris réservataires et « alors même qu'il existe un mineur ou un majeur protégé parmi les héritiers »²⁴³. « Une fois mis en place, le mandat peut se révéler extrêmement utile et pertinent ». Lorsque le mandat porte sur des titres sociaux, « le mandataire va [...] voter aux assemblées générales, approuver les comptes, affecter les résultats ou encore décider des conditions de distribution des dividendes qui sont versés aux héritiers. Le *de cujus* pourrait d'ailleurs élargir ses compétences aux assemblées générales extraordinaires »²⁴⁴. En présence d'une entreprise individuelle, « le mandataire posthume se trouve seul investi des prérogatives afférentes à la gestion de l'entreprise, à l'exclusion de toute autre personne ». Vis-à-vis des héritiers réservataires, le mandataire est certes « tenu de leur rendre compte de sa gestion » mais ceux-ci sont « privés du droit de le révoquer » et « ils n'ont aucun pouvoir leur permettant d'infléchir sa gestion » : « le mandataire gère l'entreprise qui lui est confiée dans la plus grande indépendance »²⁴⁵.

234. Sur ce constat, v. not. : F. Dombre-Coste, *Favoriser la transmission d'entreprise en France : diagnostique et propositions*, Rapport remis le 7 juillet 2015 à Emmanuel Macron, Ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique et à Martine Pinville, Secrétaire d'Etat chargée du Commerce, de l'Artisanat, de la Consommation et de l'Economie sociale et solidaire.

235. V. not. l'étude Transregio réalisée en 2006 et faisant état d'une part des transmissions familiales sur l'ensemble des transmissions d'entreprises à hauteur de 80% en Italie, 72,7 en Autriche, 73,7% en Pologne, 51,7% en Allemagne contre moins de 10% en France. Or, la réserve héréditaire existe dans ces différents pays. Sur ces données, v. : O. Mellerio, *Transmission de l'entreprise familiale*, op. cit., p. 47.

236. V. contribution reproduite en annexe.

237. *Ibid.*

238. Pour une présentation de l'ensemble des outils à la disposition des praticiens en matière de transmission des entreprises, v. not. : *La transmission*, 108^e Congrès des notaires, Montpellier, 2012, n°1007 et s. ; 11. V. aussi, plus récemment : D. Parent et R. Vabres, Holding, quasi-usufruit : solutions nouvelles en matière de transmission d'entreprises, *Rev. fiscale du patrimoine*, nov. 2018, étude 26.

239. C. civ., art. 812 et s. Sur le mandat posthume, v. : G. Wicker, *J.-c. civ.*, art. 812 à 812-7, 2014.

240. Sur ce point, v. not. : A. Bouquémont, Le mandat à effet posthume appliqué aux titres sociaux, *JCP N* 2014, 1209 ; J. Prieur, Mandat à effet posthume et risques liés au décès du dirigeant de société, *JCP N* 2010, 1057.

241. Lequel peut être un héritier ou non, une personne physique ou morale. Le défunt peut désigner un ou plusieurs mandataires posthumes.

242. C. Bahurel, Réserve et sociétés, *Def.* 2019, n°46, 54.

243. C. civ., art. 812-1.

244. C. Bahurel, Réserve et sociétés, op. cit. V. aussi : A. Bouquémont, Le mandat à effet posthume appliqué aux titres sociaux, *JCP N* 2014, 1209.

245. G. Wicker, *J.-c. civ.*, art. 812 à 812-7, op. cit., n°74.

90. Guillaume Wicker observe par ailleurs que « lorsque la transmission de l'entreprise a fait l'objet d'une anticipation dans une perspective successorale, les techniques du droit des sociétés permettent, au besoin en les combinant avec les techniques du droit des libéralités, de désigner un repreneur au sein de la famille, voire un repreneur extérieur à la famille, **sans que la réserve constitue un obstacle**. La très forte plasticité des techniques sociétaires permet notamment de dissocier la transmission du pouvoir au sein de l'entreprise et la transmission de la propriété de l'entreprise, de sorte qu'une répartition plus ou moins égalitaire du capital entre héritiers laisse admettre que le repreneur recueille un pouvoir de gestion prépondérant au sein de l'entreprise.

Or, du point de vue de la pérennité de l'entreprise, **c'est la transmission du pouvoir qui est essentielle**. Dans cette perspective, deux techniques sociétaires parmi les plus usuelles peuvent être évoquées. Tout d'abord, l'entreprise dont la transmission est envisagée peut revêtir la **forme sociale de la SAS** – société par actions simplifiée –, laquelle présente l'intérêt d'autoriser une répartition des droits de vote entre associés, et donc du pouvoir, totalement distincte de la répartition du capital social entre eux. Ainsi, par exemple, un associé possédant 25 % du capital peut être investi de 60 % des droits de vote. Sachant que la quotité disponible minimale est de 25 %, le recours à la SAS laisse admettre que le chef d'entreprise puisse librement transmettre la gestion de son entreprise à la personne de son choix, y compris à un tiers à la famille. Egalement, la transmission de l'entreprise peut être réalisée par le jeu d'une **holding de reprise**. En s'en tenant à l'exemple le plus simple, 51 % des titres de la société dont la transmission est envisagée peuvent être apportés à une holding, laquelle a donc le contrôle de la société ; et il suffit alors d'attribuer 51 % des titres de la holding à l'héritier repreneur pour que celui-ci contrôle la holding et, par voie de conséquence, la société dont il s'agit d'organiser la transmission. Dans ce schéma, le repreneur obtient ainsi le contrôle de la société en détenant des titres représentant seulement 26 % (51 % x 51%) du capital de cette société. C'est dire que la réserve ne peut être un obstacle à l'obtention de ce résultat »²⁴⁶. Ces techniques correspondent à des pratiques très répandues, qui ne relèvent pas d'une ingénierie patrimoniale raffinée, et qui assurent la bonne marche de l'entreprise à la mort de son dirigeant sans remettre en cause l'égalité entre les enfants dans la transmission du capital.

Pour clore ces développements, précisons que Guillaume Wicker a indiqué lors de son audition devant le groupe de travail n'avoir tout simplement **jamais vu une transmission d'entreprise achopper sur un problème de réserve héréditaire**.

§II. Une critique renouvelée

91. On fait parfois valoir que de nouveaux facteurs devraient aujourd'hui conduire à remettre en cause la réserve héréditaire. Les uns sont sociologiques et politiques (I) ; les autres juridiques (II).

I. Des facteurs sociologiques et politiques

A. Des facteurs sociologiques

92. Des raisons sociologiques devraient, entend-on, conduire à supprimer la réserve héréditaire ou à la réformer en substance dans le sens de son allègement²⁴⁷. Si l'on cherche à les résumer, il faudrait en effet :

- prendre en compte le phénomène des familles recomposées et adapter la succession à des situations familiales plus complexes ;
- favoriser davantage encore le conjoint survivant au détriment des enfants, l'essentiel de la fortune individuelle étant désormais constituée d'acquêts issus de l'activité professionnelle des deux époux en lien avec la généralisation du travail des femmes ;
- redéfinir la solidarité familiale, en particulier à partir de cette considération que les parents établissent aujourd'hui leurs enfants en finançant leur formation et leurs études mais qu'ils devraient ensuite recouvrer toute liberté de disposer une fois cette mission parentale accomplie ;
- tirer les enseignements du relâchement et de la dilution des liens familiaux dans la famille élargie à l'heure de comportements sociaux plus individualistes ;

246. V. contribution reproduite en annexe.

247. Sur lesquelles, v. not. : R. Libchaber, *Des successions en quête d'avenir*, RTD civ. 2016, p. 729 s. De façon synthétique, v. : B. Morel et M. Sbaihi, *Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, Génération libre, 2019. V. aussi : D. Borillo, contribution reproduite en annexe.

- adapter la succession à l'allongement de la durée de la vie²⁴⁸, l'héritage advenant à un âge où les enfants sont souvent eux-mêmes peu éloignés de la fin de leur vie active²⁴⁹, ce qui réduirait pour eux son importance ;
- faciliter en conséquence la transmission économiquement plus dynamique et socialement plus juste des biens aux plus jeunes, en incitant au saut de génération ;
- tirer enfin les leçons du recentrage de la famille sur des fonctions plus affectives ou culturelles, l'Etat-providence s'étant substitué à la famille dans nombre de ses fonctions : éducation, santé, solidarité.

B. Des facteurs politiques

93. Plus généralement, la suppression de la réserve héréditaire serait rendue nécessaire par **la désinstitutionnalisation de la famille sur fond de passage d'une société holiste et à une société individualiste**. C'est le sentiment qu'exprime Rémy Libchaber en ces termes : « la réserve est une institution qui me paraît en décalage avec l'esprit de notre temps » ; « dans une perspective désormais ancienne, on pouvait rechercher les fondements de la réserve dans les contraintes de l'organisation familiale, pour en apprécier la justification. Dans les conceptions actuelles, il n'est plus très facile de raisonner en termes politiques – surtout à une époque de recomposition où la famille n'est plus une valeur sociale bien vaillante. Si l'on admet la primauté du raisonnement fondamentaliste, la justification de la réserve est commandée par un certain type de raisonnement : pour bloquer un droit fondamental [...], il faut pouvoir lui opposer un ou plusieurs droits d'égale dignité. Je ne les vois pas, parce qu'il n'y a pas de droit fondamental d'un héritier à bénéficier d'une part du patrimoine de son auteur ! »²⁵⁰.

94. Dans le prolongement de ces considérations, Yves Lequette observe plus largement, pour le regretter personnellement, que les critiques actuelles contre la réserve héréditaire pourraient trouver leur origine « dans un mouvement qui, tout en affectant la société française, la dépasse et imprègne plus ou moins profondément l'ensemble de la société occidentale. On peut le résumer en deux mots : **postmodernisme et néolibéralisme**. A résumer à grands traits la philosophie politique postmoderne, au risque de la caricaturer, on dira que la valeur qui la guide est non plus le bien commun mais l'épanouissement individuel, rompant ainsi l'équilibre entre l'individuel et le collectif. Quant au néolibéralisme, il prône le triomphe du marché et de la concurrence. Dans un tel contexte, la réserve héréditaire apparaît comme une institution à bannir. Foin des devoirs envers une famille ! Il n'y a plus, dans le champ de la vie privée, qu'à laisser chaque homme libre de déterminer ses valeurs, ses orientations, ses choix afin qu'il puisse « maximiser » ses satisfactions individuelles. Prônant la liberté de la concurrence, le néolibéralisme vise à promouvoir l'esprit d'entreprise. Imposer la transmission d'une partie du patrimoine des parents aux enfants lui apparaît contreproductif car ce serait priver ceux-ci d'esprit d'entreprise et d'esprit d'initiative [...] Au confluent de ces courants, l'individu qui a valeur de modèle [...] est celui qui, grâce à une idée neuve, donne naissance à de nouvelles richesses. C'est le culte de la « *start up* ». Celle-ci est d'ailleurs aujourd'hui le seul moyen de faire fortune en France [...] Et la fortune ainsi constituée étant l'œuvre de son auteur, celui-ci doit pouvoir sur le plan successoral en disposer librement »²⁵¹.

Dans le même ordre d'idées, Yvonne Flour indique lors de son audition être très surprise que l'on puisse, aussi peu de temps après l'importante réforme du droit des successions et des libéralités réalisée par la loi du 23 juin 2006, envisager déjà une nouvelle réforme de la réserve héréditaire. En recherchant les raisons, elle considère qu'elles « semblent s'apparenter à un simple **effet de mode** ou bien – et c'est la même chose – à **l'attraction de tout ce qui vient d'outre-Atlantique** » avant d'ajouter : « mais je ne crois pas que la réserve soit passée de mode » et « je ne suis pas sûre de comprendre pourquoi il faudrait une fois encore s'aligner sur le « moins-disant » et sur la législation la plus libérale »²⁵².

248. En 2018, l'espérance de vie à la naissance est de 85,3 ans pour les femmes (une des plus élevées de l'Union européenne derrière l'Espagne) et de 79,4 ans pour les hommes. Au 1^{er} janvier 2019, une personne sur cinq en France a 65 ans ou plus, cette part ayant constamment augmenté depuis 30 ans. En 1985, 12,8 % de la population de France métropolitaine avait 65 ans ou plus. Sur ces données, v. : Bilan démographique 2018, *Insee première*, n°1730, 15 janv. 2019.

249. L'âge moyen auquel on hérite n'a cessé de reculer au cours du vingtième siècle. En 1920, on hérite en moyenne à 30 ans ; en 2006 à 52 ans : *La transmission*, 108^e Congrès des notaires, 2012, n°1005.

250. V. contribution reproduite en annexe. Mais la liberté de disposer, si elle forme avec la propriété un droit fondamental, n'est pas pour autant absolue. V. *infra* n°103s.

251. V. contribution reproduite en annexe.

252. V. contribution reproduite en annexe.

C. Appréciation

95. En dépit de ce contexte qu'il n'ignore pas, il apparaît au groupe de travail qu'**au plan politique** d'abord, la réserve héréditaire forme une condition nécessaire d'une société *des* individus. Le pluriel est ici essentiel car la réflexion en lien avec la liberté individuelle ne saurait être menée exclusivement à partir du seul point de vue du futur défunt. Les individus, ce sont aussi les proches du défunt, à commencer par ses enfants dont la liberté individuelle doit pareillement être prise en compte par le droit, comme on le verra plus loin²⁵³.

96. Au **plan sociologique** ensuite, le groupe de travail observe que les facteurs avancés sont pour certains discutables et pour d'autres sans rapport véritable avec une remise en cause de la réserve héréditaire. A cet égard, relevons notamment que, si le nombre de **familles recomposées** n'est certes pas négligeable, ces familles restent cependant minoritaires en termes quantitatifs²⁵⁴. Selon l'INSEE, en 2013, un enfant sur dix – seulement – vit dans une famille recomposée²⁵⁵. En outre, les recompositions familiales ne sont pas un élément spécifique à la période actuelle. Historiquement, la fréquence des décès des femmes en couches²⁵⁶ ainsi que la faible espérance de vie à la naissance²⁵⁷ ont longtemps favorisé les nouvelles unions après un décès et la naissance d'enfants non communs. De là d'ailleurs les mesures successives prises au cours de l'histoire afin de protéger les enfants de lits différents contre les donations entre époux²⁵⁸. De plus, nombre de consultations menées par le groupe de travail le portent à relever que, dans les familles recomposées, les enfants nés d'une précédente union sont exposés à la volonté de leur père ou, plus rarement semble-t-il selon les consultations effectuées, de leur mère, de les déshériter ou de réduire leurs droits successoraux à portion congrue au profit de leur nouveau conjoint et des enfants nés de cette nouvelle union. Ce risque, sur lequel le groupe de travail reviendra également²⁵⁹, n'est en rien théorique.

C'est dire que l'augmentation du nombre des familles recomposées porte bien plus à réaffirmer l'importance de la réserve héréditaire qu'à l'abandonner.

97. Dans un autre ordre d'idées, le groupe de travail ne voit pas très bien en quoi la dilution des liens familiaux dans la famille élargie devrait conduire à remettre en cause la réserve héréditaire. En effet, cette dilution s'accompagne en réalité corrélativement d'un resserrement des liens familiaux autour de la cellule formée par le couple et ses enfants, suivant un phénomène bien décrit par les sociologues²⁶⁰, c'est-à-dire précisément autour des héritiers réservataires. Le phénomène sociologique évoqué, à supposer que la loi successorale envisage d'en tirer des conséquences, ne concerne en réalité que les ordres les plus éloignés des successibles, lesquels justement ne sont pas héritiers réservataires²⁶¹. On observera enfin à ce stade que l'argument tiré du recul de l'âge de l'héritage en lien avec l'allongement de la durée de vie vise en réalité à remettre en cause, non pas la réserve héréditaire, mais la succession elle-même. A cet égard, et bien que cette réflexion excède les limites du sujet qui lui a été confié, le groupe de travail remarque que d'autres facteurs sociologiques contemporains **justifient pleinement cet héritage plus tardif**, parmi lesquels les **lourdes charges familiales et économiques pesant sur la génération intermédiaire** - qui doit faire face aux dépenses liées à des enfants souvent majeurs mais non encore autonomes -, les perspectives possiblement inquiétantes en termes de retraite ou encore l'anticipation du coût de la dépendance liée au grand âge et au vieillissement de la population.

253. Sur cet aspect, v. *infra* n°145. Précisons que cette considération ne présuppose pas d'attribuer techniquement un droit subjectif à l'héritage.

254 D'après l'enquête *Famille et logements* réalisée par l'INSEE en 2011, 13,7 millions d'enfants âgés de moins de 18 ans vivent en famille en France métropolitaine : 7 sur 10 vivent dans une « famille traditionnelle » avec leurs deux parents, sans demi-frère ni demi-sœur. Les autres vivent soit dans une famille monoparentale (18%), soit dans une famille recomposée (soit 11%) : *Insee Première*, n°1470, 23 oct. 2013. Pour d'autres données allant dans le même sens, v. : *Vivre dans plusieurs configurations familiales*, *Insee Première*, n°1647, 15 mai 2017.

255 *Insee Première*, n°1470, 23 oct. 2013.

256 Sur le sujet v. not. : H. Gutierrez et J. Houdaille, La mortalité maternelle en France au XVIII^e siècle, *Population*, 1983, 975 évoquant un taux de mortalité maternelle de l'ordre d'environ 11 pour 1000 entre 1650 et 1792 et estimant à 6% la proportion des femmes qui mouraient en couches ou des suites de couches. Selon le site Santé publique France, pour la période 2010-2012, 85 décès maternels sont dénombrés, soit 10 décès pour 100 000 naissances.

257 Au milieu du 18^e s., la moitié des enfants meurent avant l'âge de 10 ans et l'espérance de vie ne dépasse pas 25 ans. Elle atteint 45 ans en 1900 mais est inférieure à 30 ans pendant les guerres napoléoniennes et la guerre de 1870. Sur ces données, v. INED, *L'espérance de vie en France à la naissance depuis 1740*.

258 Sur lesquelles, v. J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n°1046, p. 1441. V. aussi, plus larg. : N. Laurent-Bonne, *Aux origines de la liberté de disposer entre époux*, préf. F. Roumy, LGDJ, Bib. d'histoire du droit du droit romain, t. 28, 2014.

259 V. *infra* n°151s et n°181.

260 Suivant la « loi » de la substitution de la famille-ménage à la famille-lignée.

261 En ce sens, v. aussi : J.-L. Renchon, Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions, in P. Moreau (dir.), *La réforme du droit des successions*, Actes du XV^e colloque de l'Association « Famille et Droit », Liège, 20 avril 2018, Larcier, 2019, p. 5, spéc. n°7, p. 11.

II. Des facteurs juridiques

98. Ce sont en second lieu des facteurs juridiques qui expliqueraient que la réserve héréditaire soit aujourd'hui menacée. Les uns tiennent à la fragilité de la réserve héréditaire (A) ; les autres à la valeur de la propriété privée et de la liberté de disposer (B).

A. La fragilité de la réserve héréditaire

99. Les lois des 3 décembre 2001 et 23 juin 2006 auraient « commencé de la mettre en cause » avec pour conséquence qu'elle serait désormais « le dos au mur : alors qu'elle allait de soi dans la tradition, sa survie demande désormais à être justifiée »²⁶². Les fondements de la réserve héréditaire seraient aujourd'hui brouillés en raison, d'une part, de la reconnaissance en 2001 de la qualité d'héritier réservataire au conjoint survivant dont on peinerait à cerner les justifications et, d'autre part, de la suppression en 2006 de la réserve des ascendants, rompant ainsi « le parallélisme » qui faisait de la « réserve le prolongement *post mortem* de l'obligation alimentaire et la justifiait par le rôle protecteur de la famille »²⁶³. De plus, l'introduction en 2006 de la renonciation anticipée à l'action en réduction des libéralités excessives aurait mis à mal le principe même de la réserve héréditaire : permettre à l'héritier réservataire de renoncer à l'avance à un pilier de l'ordre public successoral aurait profondément modifié la nature de ses rapports avec la volonté individuelle et porté un coup sévère à l'institution. Dans un autre ordre d'idées, c'est encore le statut dérogatoire de l'assurance-vie, en raison de l'interprétation qu'en retient une jurisprudence²⁶⁴ critiquée par les spécialistes du droit des successions²⁶⁵, qui fragilise la réserve héréditaire : bénéficiant du régime particulier des articles L. 132-12 et L. 132-13 du code des assurances, le capital assuré et les primes versées échappent en principe à la réduction²⁶⁶. Enfin, l'évolution du droit international privé contribuerait à ce mouvement, la Cour de cassation ayant refusé, comme on l'a vu²⁶⁷, de faire obstacle à l'application d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire.

100. Il est cependant possible de **relativiser** la portée de ces facteurs juridiques dans les débats qui nous occupent.

D'abord, comme cela a été souligné, les réformes introduites en 2006 « ne marquent pas un si grand recul de la réserve qu'on le dit souvent » : la renonciation anticipée à l'action en réduction ne remet pas en cause la protection qu'offre la réserve contre l'exhérédation²⁶⁸ ; par ailleurs, si la réduction en valeur s'est généralisée, le droit « de disposer à titre gratuit n'y a pas gagné d'un pouce »²⁶⁹. En pratique, la réduction en valeur suppose que le gratifié ait des liquidités suffisantes pour payer l'indemnité de réduction et qu'il souhaite les affecter à cet usage. Or, ces conditions sont loin d'être toujours réunies. Bien souvent, le gratifié préfère donc cantonner son émolument sur une partie des biens dont le défunt a disposé en sa faveur²⁷⁰ ou choisir la réduction en nature²⁷¹.

Ensuite, l'histoire en atteste, la réserve héréditaire est une institution suffisamment souple pour continuer aujourd'hui à se renouveler. La période actuelle peut ainsi s'interpréter à plusieurs égards de façon positive en mettant l'accent sur le **processus de redéfinition** qui est à l'œuvre. Pour n'en prendre qu'un exemple, on peut évoquer ici le caractère traditionnellement collectif de la réserve héréditaire, qui veut que celle-ci ne soit pas attribuée privativement à chaque réservataire mais globalement à tous, afin d'assurer la protection de la famille envisagée comme un ensemble. Ce caractère collectif de la réserve découle de la définition retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt *Lavialle*²⁷² voyant dans la réserve la succession elle-même, diminuée de la portion disponible. Il s'exprime notamment à travers la fixation par la loi de la quotité disponible²⁷³ – d'où l'on déduit la réserve globale – et non des parts de réserve individuelle. La période actuelle traduit cependant un mouvement d'individualisation de la réserve héréditaire : la part du renonçant n'accroît plus celle de ses cohéritiers lorsqu'il n'est ni représenté, ni tenu au rapport

262 R. Libchaber, *Des successions en quête d'avenir, op. cit.* n°9 et n°8.

263 R. Libchaber, *Des successions en quête d'avenir, op. cit.*, n°10.

264 Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *Bull. civ.*, ch. mixte, n°5 à 8 ; rapp. A.-E. Credeville, Qualification des contrats d'assurance-vie, *RGDA* fév. 2005, 71 ; avis R. de Gouttes, *Bulletin des conclusions fiscales*, 2005, 47 ; *AJ fam.* 2005, 70 obs. F. Bicheron ; *JCP* 2005, I, 111 note J. Ghestin ; *RLDC* 2005/1, n°504 note M. Leroy ; *Resp. civ. et ass.* 2005 repère 1 obs. Ph. Pierre ; *Resp. civ. et ass.* 2005, comm. 42 H. Groutel ; *RGDA* 2005, 110 note L. Mayaux ; *RJPF* fév. 2005, 25 note Ph. Delmas Saint-Hilaire ; *RDC* 2005, 297 obs. A. Bénabent ; *RTD civ.* 2005, 434 obs. M. Grimaldi.

265 V. en particulier : M. Grimaldi, L'assurance-vie et le droit des successions, *Def.* 2001, 3.

266 V. *infra* n°215s.

267 V. *supra* n°62s.

268. En ce sens : M. Grimaldi, Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire, *Def.* 2012, 755.

269. *Ibid.*

270. C. civ., art. 1000-2 et 1094-1, al. 2.

271. C. civ., art. 924-1.

272. Cass. ch. réunies 27 nov. 1863, *Lavialle*, *GAJC*, t. 1, 13^e éd., Dalloz, 2015, n°139.

273. C. civ., art. 913 s.

par application de l'article 845 du code civil²⁷⁴ ; l'héritier réservataire peut, avant même l'ouverture de la succession, prendre une série de décisions individuelles de nature à affecter ses droits dans la réserve²⁷⁵. Or, au lieu d'être envisagée négativement comme un recul de la réserve héréditaire, cette évolution peut être analysée différemment, comme l'avènement d'une nouvelle dimension collective de la réserve, se déployant en l'occurrence au niveau de la **souche** fondée par l'enfant du futur défunt. Une dimension revisitée qui s'exprime par exemple dans les libéralités graduelles²⁷⁶ ou dans le saut de génération que permettent de réaliser la représentation de l'héritier renonçant²⁷⁷ et les libéralités transgénérationnelles²⁷⁸. Or, la réserve de souche instaure « de **nouvelles solidarités au sein de la famille** »²⁷⁹ car elle « n'est pas seulement destinée à protéger les enfants appelés à la succession » mais « tend aussi à défendre les intérêts de leur descendance »²⁸⁰.

B. La valeur de la propriété privée et de la liberté de disposer

101. **Reste l'objection tirée de la propriété privée et de la liberté de disposer** que résume en ces termes la *think-tank* « Génération libre »²⁸¹ dans sa note intitulée « *Supprimer la réserve héréditaire* »²⁸² : « malgré ses dernières volontés, un citoyen français ne peut décider librement de disposer de son patrimoine à sa mort comme le permettrait son droit de propriété de son vivant » ; « en considérant qu'une partie de son patrimoine est indisponible après la mort, l'Etat se substitue de manière abusive à la volonté individuelle » ; « la suppression de la réserve héréditaire rétablira la propriété privée individuelle et garantira enfin le respect des dernières volontés »²⁸³. Les auteurs de cette note proposent ainsi de « supprimer du Code civil le chapitre intitulé « *De la réserve héréditaire, de la quotité disponible et de la réduction* » qui contient les articles 912 à 930-5 et d'y substituer un nouvel article 912 proclamant : « *La liberté testamentaire est un droit inviolable et absolu qui parachève le droit de propriété. Le défunt peut librement disposer de son patrimoine par donation ou par testament* »²⁸⁴. Un amendement sénatorial récent en est directement inspiré²⁸⁵.

1. Une question ancienne

102. Le groupe de travail observe d'abord que **la question est au fond de savoir si la propriété privée entraîne automatiquement la transmission à cause de mort**. Les philosophes et les juristes en ont longuement débattu au cours de l'histoire.

Ainsi **Pufendorf** considérait-il que « le droit de disposer par testament ne s'étend au-delà de la vie du propriétaire qu'en vertu de la loi civile. Elle seule peut servir de fondement au testament »²⁸⁶, qu'elle peut donc limiter. Pour ces philosophes, qui s'interrogent constamment sur ce qui relève de l'état de nature et ce qui procède du contrat social, le droit de propriété n'entraîne donc pas « automatiquement la transmission à cause de mort. C'est un point essentiel : la propriété est définie comme « droit naturel » mais sa durée est inhérente à la vie du propriétaire, sa transmission dépend de la loi civile. Elle gagne en intensité ce qu'elle perd en durée. Le courant qui assigne à toute succession un fondement civil est également renforcé par la théorie du contrat social telle qu'elle est conçue notamment par **Hobbes** qui attribue au souverain la répartition du « tien et du mien », c'est-à-dire de la propriété ». « Pour **Rousseau**, comme pour Pufendorf, le droit de propriété ne s'étend pas au-delà de la vie du propriétaire et en réglementant son droit de disposer à cause de mort, la loi civile bien loin de l'altérer l'étend » ; « le courant philosophique dominant au XVIII^e siècle [...] fait de la Loi le véritable fondement du droit des successions »²⁸⁷.

Dans le *Discours préliminaire* du code civil, **Portalis** rend hommage à cette tradition : « Le droit de succéder a-t-il sa base dans la loi naturelle, ou simplement dans les lois positives ? De la solution de ce grand problème dépend le système que l'on doit établir ». Or, selon Portalis, « le droit de propriété en soi [...] est une institution directe de la nature » ;

274. C. civ., art. 913 al. 2.

275. V. *infra* n°225 s.

276. C. civ., art. 1054, al. 4.

277. C. civ., art. 754.

278. C. civ., art. 1078-8, le texte évoquant explicitement « la part de réserve revenant à leur souche ».

279. *La transmission*, 108^e Congrès des notaires de France, 2012, n°2147.

280. E. Fongaro et M. Nicod, *Rép. civ.*, v° Réserve héréditaire – Quotité disponible, Dalloz, 2011, n°48.

281. Lequel se définit comme un « *think tank* indépendant qui vise à promouvoir les libertés. Toutes les libertés ».

282. B. Morel et M. Sbaihi, *Supprimer la réserve héréditaire, Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, mars 2019. Cet argument est également développé par D. Borillo (lui-même membre de *Génération Libre*) dans sa contribution reproduite en annexe.

283. B. Morel et M. Sbaihi, *Supprimer la réserve héréditaire, Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, op. cit., p. 10 et 16.

284. B. Morel et M. Sbaihi, *Supprimer la réserve héréditaire, Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, op. cit., p. 17.

285. Proposition de loi visant à adapter la fiscalité de la succession et de la donation aux enjeux démographiques, sociétaux et économiques du XXI^e siècle déposée au Sénat le 9 septembre 2019, amendement n° COM-11 rect., présenté par MM. Cadic et Janssens.

286. A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n°237, p. 312.

287. A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., n°237, pp. 312-313.

« mais le droit de propriété finit avec la vie du propriétaire » ; « le droit de succéder en général, est donc d'institution sociale »²⁸⁸. Il revient donc à la loi de dire si les dernières volontés du défunt relativement au sort de ses biens doivent être respectées et jusqu'à quel point. Dans cette approche, la réserve héréditaire n'est pas à proprement parler une limite à la propriété privée puisque celle-ci s'éteint à la mort du propriétaire : c'est la loi qui fixe la mesure dans laquelle il est socialement souhaitable que les dernières volontés soient respectées lorsque le défunt laisse des proches.

2. La valeur supra-législative de la quotité disponible

103. Pourtant, l'on admet aujourd'hui, d'une part, que la propriété est un droit de valeur constitutionnelle²⁸⁹, également protégée par la Convention européenne des droits de l'homme sur le fondement du droit au respect des biens²⁹⁰ et que, d'autre part, la liberté de disposer est un attribut du droit de propriété, de sorte qu'elle se trouve ainsi garantie par les droits fondamentaux. C'est ce que précise, pour la jurisprudence constitutionnelle, Samy Benzina qui indique que « le Conseil constitutionnel reconnaît [...] que le « droit de disposer [est un] attribut essentiel du droit de propriété »²⁹¹ et que « l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine [...] est lui-même un attribut essentiel du droit de propriété »²⁹². Aussi est-il admis que **le législateur ne saurait supprimer toute quotité disponible**²⁹⁴. Quant à la jurisprudence européenne, elle considère que « le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété »²⁹⁵.

104. Le groupe de travail remarque toutefois que, **pas plus que les autres droits fondamentaux, la propriété privée en général et la liberté de disposer en particulier ne sont absolues**. Elles connaissent diverses restrictions dont la constitutionnalité ou la conventionnalité n'est pas douteuse. Comme le relève un auteur à propos de « la liberté de disposer de son patrimoine », « cette liberté n'est aucunement absolue et il y a au contraire à **concilier à tout instant la juste propriété** qu'on a pu légitimement acquérir sur ses biens et la juste jouissance et disposition de ses biens **avec l'intérêt général et le respect des droits humains d'autrui**. C'est au demeurant ce qu'exprime clairement l'alinéa 2 de l'article 1 du Protocole n°1. Ainsi, tous les jours, chaque être humain, si nous voulons « survivre ensemble » sur notre planète mondialisée, doit et va devoir accepter de sévères restrictions à la libre acquisition, production, jouissance ou disposition de ses biens »²⁹⁶. C'est aussi ce que souligne Yvonne Flour devant le groupe de travail en ces termes : « Je ne crois pas que le sort de nos biens après notre mort relève simplement du pouvoir de disposer. A vrai dire, je ne lis pas sans étonnement que « la liberté testamentaire serait un droit absolu parachevant le droit de propriété »²⁹⁷. Je n'en crois rien. Je ne suis pas sûre que nous soyons parfaitement légitimes à vouloir décider de ce qui adviendra quand nous ne serons plus là. Je crois plutôt, comme Montaigne et Domat, que, pour décider de ce qui se passera après notre mort, la loi pense probablement mieux que nous-mêmes. De fait, il y a une grande différence entre vendre un bien et le transmettre après son décès. **La succession n'est pas un acte de disposition, c'est une opération de transmission** »²⁹⁸.

105. Au titre des **limites au droit de disposer**, la **Cour européenne des droits de l'homme** considère que, si le droit de disposer est un élément du droit au respect des biens, « en son deuxième alinéa, l'article 1²⁹⁹ autorise pourtant les États contractants à « mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ». Il les érige ainsi en seuls juges de la « nécessité » d'une telle loi. Quant à « l'intérêt général », il peut dans certains cas conduire le législateur à « réglementer l'usage des biens » dans le domaine des libéralités entre vifs ou à cause de mort »³⁰⁰. Comme le rappelle Samy Benzina devant le groupe de travail, le **Conseil constitutionnel** mène pour sa part « un contrôle différencié selon la nature de l'atteinte au droit de propriété. Si une disposition législative prive le propriétaire de sa propriété, le Conseil constitutionnel contrôlera si une néces-

288. Sur cet extrait et son commentaire, v. : M. Grimaldi et P. Catala, in *Le Discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 375 s.

289. C. constit., déc. n°81-132 DC du 16 janv. 1982, D. 1982. 169 note L. Hamon ; F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, Dalloz, 13^e éd., 2015, n°2. Plus larg., v. : J.-F. de Montgolfier, Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées, *NCCC*, 2011, n° 31, p. 35 ; R. Libchaber, La propriété, droit fondamental, in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 25^e éd., 2019, p. 919, spéc. n°965 s.

290. Premier Protocole additionnel à la Conv. EDH, art. 1^{er}.

291. CC, n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (§22).

292. CC, n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions* (§40).

293. V. contribution reproduite en annexe.

294. F. Luchaire, Les fondements constitutionnels du droit civil, *RTD civ.* 1982, p. 245, spéc. n°43.

295. CEDH, 13 juin 1979, n°6833/74, *Marcks c./ Belgique*, n°63.

296. J.-L. Renchon, Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions, in P. Moreau (dir.), *La réforme du droit des successions*, Actes du XV^e colloque de l'Association « Famille et Droit », Liège, 20 avril 2018, Larcier, 2019, p. 5, spéc. n°18, p. 18.

297. *Supprimer la réserve héréditaire*, Génération libre, mars 2019.

298. V. contribution reproduite en annexe.

299. Du Premier protocole additionnel à la Conv. EDH.

300. CEDH, 13 juin 1979, n°6833/74, *Marcks c./ Belgique*, n°64.

sité publique a été légalement constatée et que le propriétaire bénéficie d'une indemnité juste et préalable. En cas de simples limitations du droit de propriété, et son corollaire le droit de disposer, le Conseil s'attachera à vérifier que l'atteinte est justifiée par un objectif d'intérêt général et qu'elle est bien proportionnée. Les atteintes au droit de disposer du disposant s'appréhendent, en tout état de cause, comme de simples limitations du droit de propriété dans la mesure où celui-ci n'est pas privé de son droit de propriété, mais simplement de sa liberté d'en disposer comme il l'entend »³⁰¹.

106. Selon Samy Benzina, « cette valeur constitutionnelle du droit de disposer emporte [des] conséquences [...] en matière de réserve héréditaire ». Précisément, « le droit de disposer du *de cuius* étant garanti par la Constitution, le législateur ne peut donc limiter ce droit qu'en remplissant deux conditions. Il doit tout d'abord pouvoir justifier la limitation de ce droit, au minimum, par un objectif d'intérêt général. Cette première condition n'est pas difficile à remplir » dans la mesure où « **la protection de la réserve héréditaire constitue [...] un objectif d'intérêt général que le législateur [peut] poursuivre afin de limiter le droit de disposer** »³⁰². Quant à la seconde condition, elle « implique que les limites au droit de disposer ne soient pas disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. Pour effectuer ce contrôle de proportionnalité, le Conseil constitutionnel va mettre en balance la gravité de l'atteinte au droit de disposer avec les garanties légales prévues par le texte afin de maintenir l'effectivité de ce droit ». A cet égard, souligne Samy Benzina, « il apparaît certain qu'une disposition législative qui priverait le *de cuius* de tout droit de disposer serait jugée inconstitutionnelle dans la mesure où elle conduirait à porter une atteinte disproportionnée au droit de disposer. Le législateur ne pourrait ainsi pas introduire une réforme qui conduirait à ce que la réserve héréditaire porte sur la totalité des biens du *de cuius* en excluant ainsi toute quotité disponible. Afin de garantir le droit de disposer, la loi doit en effet maintenir au bénéfice du *de cuius* un pouvoir de disposition à titre gratuit sur une portion de ses biens. Le législateur ne peut par conséquent supprimer toute quotité disponible. Mais ici encore, le pouvoir discrétionnaire du législateur demeure très conséquent. Il pourrait réduire ou augmenter librement le *quantum* de cette quotité disponible à condition dans l'un et l'autre cas de ne pas porter une atteinte disproportionnée au droit de disposer et au droit de succession en les privant de toute effectivité »³⁰³.

107. En définitive, d'un point de vue juridique, la valeur supra-législative de la propriété privée et de la liberté de disposer ne condamne en rien la réserve héréditaire. Elle interdit seulement au législateur de supprimer toute quotité disponible.

La réserve héréditaire a toujours été controversée. Une part non négligeable des arguments avancés à son encontre aujourd'hui n'ont en vérité rien d'inédit et ne résultent pas de considérations nouvelles qui seraient effectivement liées aux caractéristiques propres de la société contemporaine. D'autres sont discutables ou apparaissent à la réflexion sans rapport immédiat avec la réserve héréditaire. Certains, qui procèdent des changements apportés à la réserve héréditaire à l'occasion des dernières réformes législatives, peuvent au moins en partie faire l'objet d'une lecture autre que purement négative. De ce qui précède, résulte que les griefs actuellement opposés à la réserve héréditaire ne méritent donc pas d'être tous placés sur le même plan. Enfin, la valeur supra-législative de la propriété privée et de la liberté de disposer interdit seulement au législateur de supprimer la quotité disponible : juridiquement, elle ne remet pas en cause la réserve héréditaire.

Reste, pour envisager de front la critique en ce qu'elle a de proprement actuelle, à déterminer si la réserve héréditaire des descendants, d'abord, et du conjoint survivant, ensuite, conservent aujourd'hui leur légitimité.

§III. La nécessaire réserve héréditaire des descendants

108. Au terme des consultations menées et des réflexions engagées, le groupe de travail partage la forte conviction que **la réserve héréditaire des descendants est nécessaire**. Les raisons peuvent en être recherchées dans quatre directions complémentaires. Dans leur ensemble, les Français sont d'abord attachés à la réserve héréditaire des enfants (I). Celle-ci repose ensuite sur des justifications qui demeurent solides dans la société contemporaine (II). Par ailleurs, l'éventuelle suppression de la réserve héréditaire des descendants serait susceptible d'emporter une série de conséquences qui devraient dissuader le législateur de s'engager dans cette voie (III). Enfin, le groupe de travail s'interroge sur la liberté qu'aurait le législateur de supprimer la réserve héréditaire des descendants (IV).

301. V. contribution reproduite en annexe, n°130.

302. V. contribution reproduite en annexe, n°131.

303. V. contribution reproduite en annexe, n°132.

I. L'attachement des Français à la réserve héréditaire des descendants

109. Comme le souligne Yves Lequette, « l'épisode très médiatisé de la succession de Johnny Halliday a indiqué que l'opinion publique majoritaire en France paraissait choquée par le fait qu'un *de cujus* puisse déshériter totalement ses enfants, serait-ce au profit de son conjoint. Cette considération est particulièrement prégnante lorsqu'on est en présence d'enfants de lits précédents et d'un conjoint épousé plus récemment »³⁰⁴. Un article de presse relève également à propos de l'affaire de la succession de Johnny Halliday qu'« on constate que l'opinion publique semble, confusément, prendre parti pour ses enfants [David et Laura] au détriment de son épouse. Déshériter ses propres enfants paraît à la *vox populi* comme une mesure contre nature »³⁰⁵. Par-delà ce cas particulier, qui a permis à la réserve héréditaire d'entrer dans les discussions quotidiennes des Français au cours des derniers mois, plusieurs séries d'éléments invitent à considérer qu'une réforme qui supprimerait la réserve héréditaire ne répondrait ni aux attentes, ni aux souhaits de la population.

A. Les enquêtes d'opinion

110. Les uns tiennent aux **enquêtes d'opinion** qui ont pu être menées en lien avec la réserve héréditaire. A la question « *Aujourd'hui, en France, il est impossible de déshériter entièrement un de ses enfants. Vous, personnellement, à l'avenir, préféreriez-vous que cela soit rendu possible ou que cela reste impossible ?* », 66% des personnes interrogées répondent qu'elles préféreraient que cela reste impossible contre 31% possible, la proportion des premières étant de 71% chez les cadres et 61% chez les ouvriers³⁰⁶. Une enquête précédente avait livré des résultats analogues. En résultait également que le refus d'une liberté absolue de disposer était partagé aussi bien par les hommes que par les femmes et pratiquement autant par les sympathisants de droite (73%) que de gauche (71%)³⁰⁷. Selon une autre enquête, 3% seulement des Français auraient déjà envisagé de déshériter un proche³⁰⁸.

Sans être nécessairement étayée par des données chiffrées, l'idée que la réserve héréditaire correspond aux vues de la population française est revenue très régulièrement à l'occasion des auditions menées par le groupe de travail. Ainsi Gérard Champenois indique-t-il « tout donner (ou léguer) à un [seul] enfant, ou inversement à un tiers, ne paraît pas juste à la majorité »³⁰⁹ tandis que Claude Brenner souligne que la réserve héréditaire « participe du ciment proprement politique qui fait la nation française »³¹⁰. Raymond le Guidec relève qu'« en général et constamment, nous sommes attachés à la transmission familiale du patrimoine. Dans l'esprit commun, toujours vivace, l'enfant est héritier de son parent »³¹¹. De son côté, Bernard Beignier observe que « notre pays n'admet pas que des parents puissent déshériter, et surtout sans motifs, arbitrairement, leurs enfants »³¹². Enfin, et parmi d'autres observations allant dans le même sens, la sociologue Anne Gotman relève qu'« avec la réserve, nous touchons à l'ADN de la culture française »³¹³.

111. Invitant pour sa part à distinguer, Rémy Libchaber retient que « la réserve paraît conserver une certaine faveur dans l'opinion, si l'on en juge par les enquêtes d'opinion disponibles. Je ne suis pas certain que ce soit exact, car il me semble qu'un biais intervient dans la façon de poser les questions. Dans les enquêtes, les Français refusent majoritairement le phénomène de l'exhérédation, ce qui peut d'ailleurs peut-être se comprendre parce qu'ils s'identifient alors à l'enfant exhérédé. Si on leur demandait si, en tant de *de cujus*, ils accepteraient des limites à leur propre droit à disposer librement de leurs biens, je ne suis pas sûr que le résultat serait le même — mais j'ignore si de telles enquêtes ont été entreprises. Au vrai, on n'aborde jamais la réserve en elle-même parce que c'est un phénomène complexe ; on l'envisage toujours par ses effets, mais encore faut-il savoir lesquels on choisit de retenir. Dès lors, les réponses aux enquêtes ne sont-elles pas avant tout fonction de l'accent placé sur tel ou tel aspect de l'institution ? »³¹⁴. Une enquête sociologique menée en Belgique³¹⁵ en amont de la loi du 31 juillet 2017 ayant réformé la réserve héréditaire accrédite en partie cette analyse : 86% des personnes interrogées pensent que l'on devrait être libre de transmettre son patrimoine ; 34% estiment ne pas pouvoir disposer d'une part assez importante de leurs biens ; 54% pensent que

304. V. contribution reproduite en annexe.

305. B. Monassier, Déshériter ses enfants : un anachronisme sociétal ?, *Les Echos*, 9 août 2018.

306. *Les Français et les questions de droit de la vie quotidienne*, sondage BVA pour la Chambre des notaires de Paris, janv. 2012.

307. *Les Français et les droits de la famille*, sondage BVA pour le Conseil supérieur du Notariat, 6 déc. 2002.

308. Sondage BVA pour la Chambre des notaires de Paris, 3 au 16 décembre 2010.

309. V. contribution reproduite en annexe.

310. V. contribution reproduite en annexe.

311. V. contribution reproduite en annexe.

312. V. contribution reproduite en annexe.

313. V. contribution reproduite en annexe.

314. V. contribution reproduite en annexe.

315. *Perceptions et attentes en matière de droit successoral en Belgique*, Rapport de la Fondation Roi Louis Baudouin, fév. 2016.

l'on devrait pouvoir déshériter un enfant pour des motifs déterminés ; 23% sans motifs. Ces réponses sont cependant à mettre en perspective avec d'autres, avec lesquelles elles sont en partie contradictoires. Ces mêmes personnes pensent, pour 67% d'entre elles, qu'une partie de la succession doit nécessairement revenir aux enfants et que les enfants devraient recevoir des droits tout à fait égaux, cette proportion augmentant avec l'âge des sondés. C'est dire que la réponse aux enquêtes sociologiques liées à la réserve héréditaire peut dans une certaine mesure dépendre du sujet auquel s'identifie la personne qui est interrogée : elle aurait tendance à vouloir davantage de liberté pour elle-même en tant que *de cuius* tout en étant attachée à la réserve héréditaire en tant qu'enfant. Cependant, « de même que tout bien portant est un malade qui s'ignore, de même naissance et mort sont en compte. Par conséquent, chaque être humain dont l'ascendance est connue est voué à être tour à tour successible et disposant. De sorte qu'il serait paradoxal de satisfaire avec trop d'empressement ceux qui, jadis rassasiés d'une réserve inexpugnable, souhaiteraient, l'âge venu, affamer leurs propres descendants³¹⁶.

Le groupe de travail ne voit donc pas dans cette possible évolution des points de vue au cours de la vie le signe d'un affaiblissement contemporain de la réserve héréditaire, celle-ci, dans l'arbitrage effectué par le législateur, étant justement un compromis socialement acceptable entre la nécessaire liberté des uns, qui s'épanouit dans la quotité disponible, et la juste protection des autres.

B. Le notariat et la pratique notariale

112. Le groupe de travail observe que **les notaires eux-mêmes se disent attachés à la réserve héréditaire. Réunis en Congrès autour du thème de la transmission en 2012³¹⁷, ils ont ainsi adopté en la votant une proposition intitulée « Affirmer l'attachement du notariat à la réserve héréditaire »** visant notamment à ce que « soit affirmé l'attachement du notariat à la réserve héréditaire, conçue comme un instrument privilégié et actuel de la fonction sociale de la transmission ». Ce qu'a permis de vérifier à sa mesure une recherche menée sous l'égide de la Mission de recherche « Droit et Justice » du Ministère de la Justice et du Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas relative à la pratique des renonciations en matière successorale³¹⁸. Parmi d'autres enseignements, cette recherche a mis en lumière, chez les notaires interrogés, une forme de défiance, relevant pour certains de l'ordre de l'éthique professionnelle vis-à-vis de la renonciation anticipée à l'action en réduction des libéralités portant atteinte à la réserve héréditaire (RAAR)³¹⁹. Comme l'ont relevé des sociologues ayant mené des entretiens semi-directifs auprès de notaires, « plusieurs notaires expriment ainsi leur gêne de demander à un héritier de renoncer explicitement à ses droits »³²⁰ et reconnaissent « ne pas être très à l'aise avec ça ». Un notaire dit ainsi, à propos de cette renonciation, qu'« on n'en fait pas tous les jours [...] Et heureusement, parce que si vous allez dans un office où vous trouvez dans le répertoire officiel énormément de RAAR, ... c'est que [...], il y a eu énormément de transmissions déséquilibrées. Et ça, c'est quand même pas notre métier ! »³²¹

113. **Les notaires, qui sont quotidiennement au contact des clients, indiquent par ailleurs que la réserve héréditaire est largement comprise et volontiers admise dans leur pratique.** Comme l'ont relevé les membres de l'équipe du futur 116^e Congrès des notaires lors de leur audition « d'après notre expérience, quasiment aucun de nos clients ne remet en cause son existence : le fait d'accorder à ses enfants une part obligatoire est très majoritairement accepté »³²². Dans le même ordre d'idées, Bernard Vareille observe que, lors des formations notariales qu'il dispense régulièrement depuis trente ans un peu partout sur le sol français, il n'est jamais formulé de critiques sur l'existence même de la réserve héréditaire des descendants³²³.

C. La propension testamentaire

114. L'attachement des Français à la réserve héréditaire est également étayé par ce que l'on appelle la **propension testamentaire**, c'est-à-dire l'exercice effectif de la liberté de rédiger un testament, étant précisé que le testament constitue l'instrument par excellence de l'expression de la liberté de disposer à cause de mort. Le Fichier central des

316. B. Vareille, La réserve en valeur, in V. Zaleski-Sicard (dir.), *La réserve héréditaire : présent et devenir*, colloque de Nantes 27 sept. 2019, à paraître, n°22.

317. *La transmission*, 108 Congrès des notaires de France, 2012, Deuxième commission, Proposition n°1.

318. C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, Defrénois, coll. Expertise notariale, 2017.

319. Sur ce point, v. aussi *infra* n°460s.

320. C. Bessière et S. Gollac, Des usages sociaux différenciés d'un nouvel outil juridique : la mise en œuvre des renonciations en matière successorale dans les offices notariaux, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., p. 291, spéc. n°438s, p. 301s.

321. C. Bessière et S. Gollac, Des usages sociaux différenciés d'un nouvel outil juridique : la mise en œuvre des renonciations en matière successorale dans les offices notariaux, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., n°441, p. 304.

322. V. contribution reproduite en annexe.

323. V. contribution reproduite en annexe.

dispositions de dernières volontés informatisé depuis 1975 contient à la fin de 2018 un peu plus de 20 millions d'actes enregistrés³²⁴. Ce fichier contient toutefois d'autres dispositions que les testaments, notamment des donations dites au dernier vivant entre époux ou encore des mandats à effet posthume.

115. Quoiqu'il en soit, on estime que moins de 10% des successions françaises contiennent des testaments³²⁵. La propension de successions testamentaires reste donc très faible. Ces observations sont d'ailleurs confortées par les données transmises par la Direction des affaires civiles et du Sceau du Ministère de la Justice relatives au nombre de dépôts de testaments olographes et mystiques au greffe des tribunaux de grande instance³²⁶. Ces chiffres peuvent être comparés au nombre annuel de décès en France. Ainsi, en 2018, alors que 614 000 personnes sont décédées, seuls 43 637 testaments ont été déposés aux greffes par les notaires.

NOMBRE DE TESTAMENTS DÉPOSÉS AU GREFFE

Année	Nombre
2010	31 690
2011	33 851
2012	35 153
2013	35 893
2014	35 601
2015	36 979
2016	39 176
2017	44 606
2018	43 637

Source : SDSE, actes de greffe TGI DACS-PEJC

Année	Nombre de décès
2010	551 218
2011	545 057
2012	569 868
2013	569 236
2014	559 296
2015	593 680
2016	593 865
2017	606 274

Source : INSEE, Chiffre-clés, 15/01/2019

Encore ces chiffres bruts ne disent-ils rien du contenu de ces testaments : ceux-ci peuvent très bien ne contenir aucune disposition patrimoniale ou encore ne pas porter atteinte à la réserve héréditaire. En tout état de cause, l'on ne peut pas dire que rédiger son testament soit un comportement habituel en France. Or, le testament constitue l'outil juridique privilégié par lequel une personne peut définir le sort de ses biens après sa mort.

D. Le rapport particulier des Français à la loi

116. Ce qui conduit à souligner le **rapport particulier** que les Français entretiennent **avec la loi** en matière d'héritage. C'est ce qu'a observé la sociologue Anne Gotman dans le cadre des entretiens qu'elle a pu mener. Elle a relevé en effet que « quant aux parents, toutes les enquêtes montrent qu'ils répugnent à « faire des différences » entre leurs enfants. A peine admettent-ils la possibilité de préférences affectives, mais, à supposer que celles-ci existent, il n'est pas question de leur faire droit. **Les parents souhaitent avant tout éviter les problèmes et à avoir à s'expliquer.** L'objectif reste celui de se protéger et de protéger la famille contre les conflits potentiels, et la meilleure politique pour y parvenir consiste à ne pas faire de testament. Une formule résume parfaitement cette politique : « *On laisse faire la loi* »³²⁷. Anne Gotman ajoute à cet égard que « lorsque les gens déclarent « *on laisse faire la loi* », ils disent davantage que la volonté de se prémunir contre les conflits potentiels soulevés par un partage inégalitaire. Laisser faire la loi, c'est aussi faire jouer la fonction symbolique (ou instituante) de la loi successorale qui est la réplique de la loi de la filiation, c'est indiquer aux héritiers que c'est la loi qui les fait tels et non un choix individuel. Autrement dit, la réserve institue l'héritier davantage que la liberté individuelle. La transmission n'est pas un face à face entre *de cujus* et héritiers, mais elle implique la présence du tiers concrétisé par la loi ».

324. Rapport annuel des notaires de France, 2018.

325. Selon les données avancées par le 108^e Congrès des notaires de France : *La transmission*, op. cit., n°1007.

326. Comme le prévoit l'article 1007, alinéa 2 du code civil, « dans le mois qui suivra la date du procès-verbal, le notaire adressera une expédition de celui-ci et une copie figurée du testament au greffier du tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession, qui lui accusera réception de ces documents et les conservera au rang de ses minutes ».

327. V. contribution écrite reproduite en annexe.

II. Les justifications contemporaines de la réserve héréditaire des descendants

117. On l'a évoqué³²⁸, les fondements de la réserve héréditaire ont régulièrement évolué au cours de l'histoire sans que cela ne remette en cause l'existence de l'institution. Pareillement, on observe aujourd'hui sinon une redéfinition de ces fondements du moins un certain réagencement de leur articulation. Le groupe de travail observe à cet égard que le fondement traditionnel emprunté à la réserve coutumière de la conservation des biens dans la famille a sans doute perdu de sa force avec l'attribution d'une réserve héréditaire au conjoint survivant par la loi du 3 décembre 2001 ainsi qu'avec la généralisation de la réduction en valeur par la loi du 23 juin 2006. Quoique ce dernier constat puisse être nuancé : d'une part, il ne faut pas confondre réduction en valeur et réserve en valeur³²⁹ ; d'autre part, il est possible de redéfinir en conséquence cette finalité comme le moyen d'assurer la conservation d'une certaine valeur dans la famille lorsque la réduction prend la forme du versement d'une simple indemnité de réduction³³⁰.

Surtout, il apparaît au groupe de travail que, d'une part, les considérations familiales et collectives qui fondent la réserve demeurent tout à fait actuelles (A) et que, d'autre part, les considérations individuelles qui la justifient prennent un relief accentué dans une société marquée par un plus grand individualisme et une diversification des familles (B).

A. Les considérations familiales et collectives

118. Au titre des considérations familiales et collectives, la réserve héréditaire participe d'une vision de la société à travers la structuration juridique de la famille. La réserve héréditaire contribue en effet à **unir les membres d'une famille par-delà la mort** : « l'union des intérêts consolide l'union des personnes »³³¹. Comme le relève Yvonne Flour, la réserve héréditaire « nous rappelle que transmettre ses biens à ses héritiers n'est pas essentiellement une tentative de se survivre après sa mort, un prolongement de soi-même. Mais c'est d'abord un acte de solidarité et de responsabilité envers ceux qui viendront après nous. La succession n'est pas seulement le lieu ultime de la liberté de l'individu, elle intéresse la société tout entière, parce qu'elle en conditionne le devenir »³³².

A cet égard, le groupe de travail est convaincu de l'importance de la réserve héréditaire comme effet légal de la filiation (1) et comme mode d'expression de la solidarité familiale (2).

1. La réserve héréditaire, effet légal de la filiation

a. Le rôle identitaire de la réserve héréditaire pour l'enfant

119. La famille n'est pas un simple réceptacle de droits individuels ; elle est aussi un ensemble de devoirs qui découlent des liens juridiques unissant les membres d'une même famille. La réserve héréditaire forme justement l'un de ces devoirs, celui qui impose aux parents, s'ils laissent des biens à leur mort, d'en transmettre au moins une partie à ceux qu'ils ont fait venir au monde ou à leurs descendants. La réserve est donc un effet légal, intangible et inconditionnel de la filiation³³³ qui contribue, comme tous les effets de la filiation, à la distinguer des autres liens juridiques susceptibles d'unir des individus. Elle explique et justifie que la liberté de disposer et la propriété privée individuelle s'épanouissent différemment et connaissent quelques restrictions lorsqu'est en jeu une relation filiale.

120. **Supprimer la réserve héréditaire, ce serait donc amoindrir la filiation elle-même** en en faisant désormais un lien conditionnel, subordonné dans la plénitude de ses effets à la libre volonté des parents. Ce serait aussi nier la spécificité juridique et sociologique des liens de famille. Cette idée a été régulièrement rappelée devant le groupe de travail. Comme l'a relevé Raymond le Guidec, « la suppression de la réserve des enfants atteindrait d'abord la famille, le lien familial et la responsabilité inhérente à la parenté. Si le lien entre la filiation et l'héritage était rompu, les liens familiaux eux-mêmes en seraient touchés »³³⁴. En d'autres termes, « porter atteinte à la réserve, c'est porter atteinte au statut d'enfant tel que le conçoit traditionnellement le droit français »³³⁵. Que la réserve héréditaire procède fondamentale-

328. V. *supra* n°7 s.

329. M. Nicod, Variations sur la substance de la réserve héréditaire, *Mélanges J. Hauser*, Dalloz & Lexisnexis, 2012, p. 459 s.

330. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°298, p. 233.

331. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°298, p. 233.

332. Y. Flour, Remarques sur la généralisation de la réduction en valeur, *Dr. fam.* 2019, dossier 21, n°1.

333. Ce que les rédacteurs du Code civil exprimaient en ces termes : « La loi naturelle veut que celui qui a donné la vie à un enfant lui laisse aussi ses biens » (Tronchet). Selon Napoléon, la réserve héréditaire est une part de l'héritage acquise « au fils par le fait même de la naissance ».

334. Audition reproduite en annexe.

335. M. Pichard, La réserve et l'enfant, *D.* 2019, 2002 qui analyse par ailleurs la différence sous ce rapport entre la conception française et anglaise de la filiation.

ment de la filiation, c'est encore ce qui résulte de l'audition de Fabienne Tainmont selon qui « **c'est avant tout un rôle identitaire que la réserve est appelée à jouer** » ajoutant que « bien sûr ce sont des revendications patrimoniales qui seront portées par l'héritier réservataire mais derrière ce que d'aucuns considéreront comme de basses prétentions matérielles se cache en réalité une toute autre quête, celle de la **prise en considération du lien de filiation** au moins dans la même mesure que la liberté de disposer du défunt »³³⁶. C'est encore ce que souligne Jean-Louis Renchon qui relève qu'« au sein d'une famille, même si celle-ci s'est aujourd'hui resserrée autour du « noyau familial », les liens sont d'une toute autre nature que des liens patrimoniaux. Ils engagent la personne elle-même, car ils confèrent à chacun son identité personnelle, sa sécurité affective et le sentiment « d'estime de soi » [...] Ce qu'on fait ou fera de son patrimoine, dans ses relations familiales, prend dès lors une tout autre signification que simplement patrimoniale »³³⁷. De même, Yvonne Flour relève que « la transmission est un lien » qui « nous inscrit dans une continuité et nous rappelle que ce que nous sommes, nous le devons d'abord à ce que nous avons reçu : d'abord la vie, ensuite une éducation, une culture, des valeurs et des croyances, et bien sûr aussi des biens, un patrimoine »³³⁸. C'est enfin ce qu'observe parmi d'autres Elodie Mulon, avocate : « La réserve s'inscrit dans cet objectif de transmission désintéressée et sans contrepartie à notre descendance. C'est sans doute cette responsabilité, même inconsciente, que nous avons de ce devoir à leur égard qui rend si choquant le fait que l'on puisse leur préférer quelqu'un en les déshéritant. C'est une manière, dans l'inconscient collectif, de leur dire qu'on les aime moins que celui qui aura été choisi à leur place ou même avantage. Cela est ressenti d'ailleurs comme une violence inouïe de la part des enfants et cela peut donner lieu à de profondes blessures. Cette réserve est aussi une forme de réparation pour ceux qui n'ont pas été assez ou mal aimés. Elle est également une manière de leur dire, même lorsqu'ils sont plus âgés « je suis toujours à tes côtés ». C'est une manière d'accompagner nos enfants au-delà de la disparition »³³⁹.

121. Le groupe de travail n'ignore pas l'existence, en France comme à l'étranger³⁴⁰, d'un courant de pensée visant à contester le **caractère inconditionnel** de la filiation dans ses effets. Comme l'explique Fabienne Tainmont à propos de l'opinion soutenue en Belgique par une frange de la doctrine néerlandophone, la filiation « serait bornée d'un point de vue temporel. Inconditionnel pendant le temps nécessaire pour accomplir les tâches éducatives de l'enfant, le lien de filiation deviendrait conditionnel une fois ces tâches menées à terme de telle manière que dès leur achèvement, le parent recouvrerait une liberté de disposer pleine et entière. Des aliments à charge de la succession pourraient toutefois être accordés si l'enfant était dans le besoin au moment du décès. Rien ne justifierait en revanche l'automatisme de l'attribution à l'enfant d'une part successorale minimale, vue comme la trace indélébile du lien de filiation au-delà de la mort »³⁴¹. Suivant cette approche, « transmettre à ses enfants ce qu'on a soi-même reçu ne fait plus suffisamment sens » et « les enfants ne devraient recevoir peut-être, un jour, de la génération qui les a précédés, que ce que les sentiments lui auront dicté. Et si les sentiments se sont dissipés, ce pourrait être « rien » »³⁴².

b. Les enjeux psychiques, affectifs et symboliques de l'héritage

122. **Une telle conception remettrait profondément en cause la filiation.** Elle apparaît par ailleurs au groupe de travail comme étant particulièrement aveugle aux **enjeux psychiques, affectifs et symboliques** qui se jouent à travers la succession ainsi qu'à la signification sociologique de la norme de la transmission entre les générations.

Comme le relève un auteur, à propos de l'exhérédation d'un enfant par son parent, « il faut presque n'avoir rien compris de la dimension symbolique et affective d'un héritage pour n'avoir même pas vu ou voulu entendre ce que peut représenter une telle exclusion en termes de **dignité** et d'estime de soi. Exclure, c'est tenir quelqu'un pour rien, ou en tout cas comme n'ayant pas suffisamment de valeur et de place au sein de la famille pour participer à la part de mémoire et d'histoire qu'à travers son patrimoine et ses biens son père ou sa mère laisse aux vivants après leur mort. Il faut en être arrivé à penser que tout ne serait plus aujourd'hui qu'une simple affaire d'argent pour ne plus percevoir que l'héritage d'un père ou d'une mère est précisément tout autre chose pour leurs enfants qu'une simple affaire d'argent, sauf peut-être pour ceux qui ne penseraient plus qu'en termes d'argent »³⁴³.

336. V. contribution reproduite en annexe. C'est nous qui soulignons.

337. J.-L. Renchon, Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions, in P. Moreau (dir.), *La réforme du droit des successions*, Actes du XV^e colloque de l'Association « Famille et Droit », Liège, 20 avril 2018, Larcier, 2019, p. 5, spéc. n° 18, p. 18.

338. V. contribution reproduite en annexe.

339. V. contribution reproduite en annexe.

340. Notamment aux Pays-Bas et en Belgique dans la doctrine néerlandophone. Sur ce point, v. la contribution de F. Tainmont.

341. V. contribution reproduite en annexe et les références citées.

342. J.-L. Renchon, Que fait aujourd'hui le droit de la filiation et de la transmission intergénérationnelle ?, in E. Di Pede (dir.), *Génération(s) et filiation(s) : regards croisés*, ED. du centre de Recherches Ecritures, coll. Théologies et cultures, 2012, p. 101s, spéc. n°37, p. 124.

343. J.-L. Renchon, Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions, in P. Moreau (dir.), *La réforme du droit des successions*, Actes du XV^e colloque de l'Association « Famille et Droit », op. cit., n°49, p. 40.

Or, **il y a dans l'héritage bien autre chose que de l'argent**. A travers les biens, se transmettent des sentiments et des positions individuelles dans la famille : « avec le bien se transmet du lien [...] : la transmission est performatrice de relations, crocheteuse de mailles entre les générations » de sorte que « l'attitude par rapport à la transmission est aussi, précisément, une manière de resserrer ou de filer les mailles »³⁴⁴. Comme l'a montré la sociologue Anne Gotman, l'héritage est en réalité une **forme de transmission de l'être dans le bien** qui en devient le symbole³⁴⁵.

123. Ces aspects ont été particulièrement mis en lumière par Nicole Prieur à l'occasion de son audition devant le groupe de travail. Thérapeute familiale et thérapeute d'enfants depuis quarante ans, philosophe de formation, Nicole Prieur³⁴⁶ rappelle d'abord que « les héritages et les processus de transmission sont un véritable carrefour qui met en jeu tout à la fois les dimensions culturelles, politiques, économiques, juridiques et bien entendu familiales et psychiques, et cette complexité place chaque sujet en tension entre ces différentes dimensions, dimensions dans lesquelles il est impliqué et qui en même temps le constituent »³⁴⁷. Dans les familles, explique-t-elle, l'argent ne se réduit pas à une fonction économique. « **Lorsque l'argent circule dans une famille, il a une valeur extra-économique, symbolique, fantasmatique bien plus importante que sa seule valeur économique**. Tout en demeurant tabou, il n'en n'est pas moins un facteur organisateur des liens »³⁴⁸. L'argent est donc « un fait de langage, il véhicule des messages non exprimés en tant que tels, des attentes, des désirs, des volontés de pouvoir, de contrôle,... A travers l'argent qui circule, on attend de l'autre une attestation de ce que l'on représente pour lui, une confirmation que l'on a de la valeur pour lui. La charge affective est lourde, dans une forme de confusion où recevoir de l'argent, c'est recevoir de l'amour, et de la reconnaissance ». Or, c'est justement « au moment des héritages, qu'ils soient conséquents ou minimes, que sa charge symbolique et fantasmatique est la plus importante et que cette double valence suscitera confusions et malentendus »³⁴⁹.

124. A cela s'ajoute que les biens en général et l'argent en particulier s'inscrivent dans la trilogie du don mise au jour par l'anthropologue Marcel Mauss : **donner, recevoir, rendre**. Dans l'héritage, « le bien oblige et lie les personnes, ce qui est donné doit être reçu puis rendu. Transmettre à son tour, c'est donc répondre à l'injonction de rendre que formule le donné. L'héritage [...] serait comme un don au cycle d'obligations linéarisé, un don dont le contre-don se réaliserait verticalement : on rendrait à ses ascendants en donnant à ses descendants »³⁵⁰. Comme l'explique Nicole Prieur, « dès sa naissance, l'enfant reçoit une infinité de choses, bonnes et mauvaises, don de la vie déjà, puis transmissions, matérielles et immatérielles ». « Ces mouvements massifs de dons descendants vers les générations nouvelles instituent une asymétrie, unique en son genre et exclusive à la relation parents/enfants. Car ce que les parents reçoivent en retour ne fait pas le poids par rapport à tout ce qu'ils donnent [...] Dons et dettes ne pourront jamais s'équilibrer. Ce que reçoit un enfant est tellement incommensurable qu'il ne pourra jamais – quoiqu'il fasse – s'acquitter de sa dette [...] C'est la spécificité irréductible du lien parent-enfant ». Mais, c'est en transmettant à son tour à ses propres enfants que l'enfant rendra ce qu'il a reçu de ses parents : c'est ainsi que « l'équilibre s'institue » ; « donner à son tour [...] entretient le cycle de vie »³⁵¹.

125. Par ailleurs, « depuis le plus jeune âge, existe dans la tête des enfants, une **calcullette inconsciente**. Elle enregistre les manques, les loupés, les absences parentales. Or psychologiquement, le poids du négatif est bien plus lourd que celui de ce qui a été effectivement reçu. En effet, la souffrance vient de ce qui n'est pas advenu ». Or, « inévitablement, au moment de l'héritage, il y a un brusque retour de tous ces mécomptes enregistrés, et les sentiments d'injustice du passé resurgissent avec une acuité émotionnelle très vive, s'ils n'ont pas été élaborés entre temps ». De plus, « chaque génération hérite symboliquement des héritages précédents. Les sentiments de dettes, de dûs se transmettent inconsciemment. Lorsque dans l'histoire familiale, quelqu'un s'est senti lésé, a été défavorisé, que des fratries se sont fâchées et ont rompu les liens, cela peut représenter un véritable trauma qui circulera entre les générations nourrissant l'inconscient familial [...] On comprend alors que tous ces *imbroglios* ne permettent pas un abord paisible des successions. Au deuil lié à la perte d'un parent, viennent se surajouter tous ces enjeux »³⁵². Dans ce contexte, explique Nicole Prieur, **héritage et filiation sont intimement liés pour l'enfant**. « L'héritage renforce le

344. D. Lobet, La logique du don dans la transmission des entreprises familiales, *Sociétés contemporaines*, 2006/2, n°62, p. 27, spéc. n°73.

345. A. Gotman, *L'héritage*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2006, pp. 30-31.

346. Nicole Prieur est l'auteur de plusieurs ouvrages en lien avec l'argent et la famille et la question de l'héritage. Parmi lesquels, v. : *Petits règlements de compte en famille*, Albin Michel, 2009 ; avec B. Prieur, *La famille, l'argent, l'amour, Les enjeux psychologiques des questions matérielles*, Albin Michel, 2016.

347. V. contribution reproduite en annexe.

348. V. contribution reproduite en annexe.

349. V. contribution reproduite en annexe.

350. D. Lobet, La logique du don dans la transmission des entreprises familiales, *op. cit.*, n°73.

351. V. N. Prieur, contribution reproduite en annexe.

352. V. contribution reproduite en annexe.

sentiment de filiation » ; il « structure le sentiment d'appartenance, inscrivant le sujet dans une généalogie, dans une histoire familiale. Il permet de partager le récit des origines. Les biens hérités, aussi minimes soient-ils, matérialisent ce lien à l'origine. Il renforce la cohésion interne de la famille, traçant les frontières du « nous » et des autres » ; « marqueur de durée », il place le sujet dans un temps qui le dépasse, un temps qui a existé avant lui, et un temps qui existera après, il place l'individu dans un *continuum* ». « Ces trois éléments participent à un sentiment de sécurité, sécurité intérieure d'un sujet ».

126. Quel rôle joue donc ici la réserve héréditaire ? Interrogée par le groupe de travail à ce sujet, Nicole Prieur souligne **qu'être déshérité** est un « **fantasme très angoissant** » et « **très présent** » pour l'enfant, ce fantasme semblant « toucher à quelque chose de très archaïque, comme lié à un cordon ombilical qui serait violemment détruit par cette menace fantasmagorique ». La **réserve héréditaire**, lorsqu'elle est connue, est « appréciée comme une **sécurité pour les enfants** », spécialement ceux d'une première union³⁵³. Elle permet à l'enfant de défendre son « existence, la reconnaissance de son rang dans une généalogie, généalogie qui inscrit un sujet dans une histoire repérable, dans une origine qui peut être nommée et racontée, et donc conforte une identité ». « Le fantasme rencontre quelquefois la réalité, quand un parent tente de contourner les règles du droit français, ou quand effectivement les biens échappent à la succession d'une manière ou d'une autre. Cela est vécu comme **un anéantissement, on se sent effacé, gommé de l'histoire familiale, coupé de sa filiation, sans appartenance, le vécu est très violent, et ravageur**. Générant de la colère, de la haine qui finit par détruire même les bons moments vécus [...] Cela revient à « être rayé de la carte », au **sentiment de ne pas exister**, mais pire de **n'avoir vraiment jamais compté pour le défunt. Sentiment d'abandon, de dévalorisation, le sol identitaire, le socle de l'histoire familiale s'effondre sous les pieds**. C'est un bouleversement profond qui, *a posteriori*, détruit tout, « finalement quand il/elle me manifestait de la tendresse, c'était un mensonge », on réécrit l'histoire, les figures parentales, **tout est remis en doute** ». Ces **risques**, insiste Nicole Prieur, sont **importants dans les familles recomposées, au détriment des enfants nés d'une première union**³⁵⁴. De plus, si « elle ne peut résoudre totalement chez des enfants blessés des sentiments d'injustice dans des conflits familiaux plus ou moins anciens, dans des souffrances non élaborables », la réserve « permet cependant de contenir des débordements pulsionnels de certains parents qui, emportés par des logiques de règlements de comptes, seraient amenés à déshériter un ou plusieurs de leurs enfants ».

127. En définitive, « en tant qu'elle **préserve le sentiment de filiation, considéré et vécu dans notre société comme un des fondements de l'identité d'un sujet** », la réserve héréditaire « constitue une « réserve identitaire » des membres de la famille et de l'histoire familiale »³⁵⁵. La société y a d'ailleurs intérêt tant il est vrai que l'héritage familial participe de « l'élaboration de la conscience morale, citoyenne et politique d'un sujet, construit en partie son rapport au monde, et aux autres. Recevoir de sa famille permet peut-être de moins attendre de la société, de moins considérer que celle-ci est en dette au regard des manques qui font souffrir. Car on peut avoir tendance à reporter sur le monde extérieur, la société un sentiment de dette, de dû quand on estime ne pas avoir suffisamment reçu de sa famille »³⁵⁶.

c. La réserve héréditaire à l'heure des nouvelles filiations électives

128. Pour finir, le groupe de travail ajoutera ici que l'importante réforme en cours relative à la filiation en conséquence de l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes seules³⁵⁷ ainsi que les développements jurisprudentiels conduisant aujourd'hui, au nom des droits fondamentaux de l'enfant, à faire produire largement effet dans notre pays à la filiation constituée à l'étranger au moyen d'une gestation pour autrui³⁵⁸ ne font que conforter l'ancrage nécessaire de la réserve héréditaire dans la filiation.

129. L'ouverture de notre droit à de **nouvelles filiations électives**, présentées comme trouvant leur fondement dans la seule volonté individuelle et dans la parenté intentionnelle, doit s'accompagner d'un très ferme maintien des conséquences juridiques attachées à la création volontaire de ce lien juridique. Le groupe de travail souligne combien il serait préjudiciable pour l'enfant et destructeur pour la filiation que les effets résultant de celle-ci soient désormais soumis, à la faveur de la suppression de la réserve héréditaire, à la libre volonté des parents. Ce serait **faire de la**

353. Sur les familles recomposées, v. *infra* n°152s et 181s.

354. V. *infra* n°152s et n°181s.

355. N. Prieur, v. contribution reproduite en annexe.

356. N. Prieur, v. contribution reproduite en annexe.

357. Projet de loi relatif à la bioéthique n°1287 déposé à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 24 juillet 2019 et adopté par l'Assemblée nationale le 15 octobre 2019.

358. En dernier lieu, v. : Cass. ass. plé., 4 oct. 2019, n°10-19053 admettant la transcription sur les registres de l'état civil des actes de naissance d'enfants nés par GPA en Californie pour faire produire effet en France non plus seulement à la filiation paternelle mais aussi à la filiation de la mère d'intention.

filiation un lien volatil exposé aux caprices et aux revers, qu'il serait naïf d'ignorer, de la volonté individuelle. Ce serait ouvrir la porte à une **fragilisation de la filiation** dont les effets juridiques, exposés au dépeçage, deviendraient librement disponibles. Ce risque, qui vaut pour tous les enfants, serait à l'évidence encore plus dommageable pour ceux qui, en raison des circonstances de la vie ou du recours à une aide médicale à la procréation par une femme seule, n'auraient qu'un seul parent.

130. L'extension de la liberté individuelle en matière de filiation et, plus généralement, l'avènement contemporain de « l'enfant du désir »³⁵⁹ doivent s'accompagner d'une forte responsabilité individuelle des parents envers leurs enfants et d'une unité des conséquences de la filiation pour tous les enfants. **Cette responsabilité individuelle, contrepartie de leur liberté, s'incarne ici dans la réserve héréditaire.** On observera d'ailleurs que les voix qui s'élèvent aujourd'hui pour demander la suppression de la réserve héréditaire sont celles-là mêmes qui considèrent que la filiation devrait pouvoir être rompue librement à la majorité de l'enfant et qui font la promotion d'une famille « par contrat ». Ainsi considèrent-ils que « si le divorce demeure la faculté qui fait ressortir le caractère contractuel de l'union conjugal, il devrait également être élargi aux relations verticales de filiation. Après tout, rien ne justifie que, une fois majeurs, les enfants ne puissent pas « divorcer » de leurs parents – tout comme ces derniers de leur progéniture »³⁶⁰. Cette perspective, profondément inquiétante, a au moins le mérite de faire ressortir la cohérence d'ensemble du projet de ceux qui veulent supprimer la réserve héréditaire pour faire vaciller la filiation³⁶¹.

L'évolution juridique et sociologique de la filiation vers une dimension plus élective n'appelle donc ni un abandon, ni un relâchement mais au contraire une réaffirmation énergique de la réserve héréditaire : en réaffirmant son attachement à la réserve héréditaire, le législateur dira clairement que la volonté individuelle, si elle voit désormais son rôle s'épanouir davantage dans la création du lien de filiation, ne peut chercher ensuite à s'en délier, par la voie de l'exhérédation.

2. La réserve héréditaire, expression de la solidarité familiale

131. En tant qu'effet de la filiation, la réserve héréditaire est « l'expression de la solidarité familiale, la **manifestation d'un devoir d'assistance économique** entre proches »³⁶². Il n'apparaît pas que la solidarité familiale soit aujourd'hui en déclin dans la société en dépit du rôle joué par l'Etat-providence depuis la seconde moitié du vingtième siècle et de la prise en charge par la collectivité d'une partie des fonctions traditionnellement assumées par la famille.

132. D'une part, divers éléments sociologiques « montre[nt] que cette dimension de solidarité familiale reste très présente à l'époque contemporaine dans la société française »³⁶³. Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer ici l'importance de l'aide familiale quotidienne apportée par les grands-parents auprès de leurs petits-enfants ou de songer au rôle essentiel joué par les aidants familiaux auprès de personnes handicapées, malades ou dont les facultés mentales sont altérées. Selon le gouvernement, qui a dévoilé le 23 octobre 2019 un plan de mobilisation et de soutien des proches aidants afin de mieux reconnaître leur dévouement et leurs difficultés, ce sont près de dix millions de personnes dans notre pays qui aident quotidiennement un proche. **C'est dire combien cette solidarité familiale est un pilier tout à fait actuel de notre société.**

133. D'autre part, il a été observé devant le groupe de travail que « dans un contexte de libéralisation de l'économie, l'Etat-providence n'a plus le vent en poupe »³⁶⁴. Dans le même ordre d'idées, après avoir concédé que « dans sa fonction d'assurance, de refuge contre les incidences pécuniaires de la maladie ou de la vieillesse, la famille semble relayée de nos jours par la Sécurité sociale ou l'aide sociale, c'est-à-dire par la société », Jean Carbonnier observait cependant déjà que « l'Etat est un assureur si médiocre – partiel, lent, toujours en retard sur les prix – que beaucoup de ses assurés seraient mal en point sans la réassurance familiale. Et combien de vieillards resteraient gisants, entre plusieurs lois, en état de dépendance sans le sacrifice spontané de la fille ? »³⁶⁵ Dans un contexte budgétaire plutôt sombre pour les dépenses publiques, la réserve héréditaire est un moyen, dont l'intérêt actuel n'est pas douteux, de

359. M. Gauchet, Mutation dans la famille et ses incidences, *La Revue Lacanienne*, 2010/3, p. 17. V. aussi, sur l'avènement de la société de l'intime, la contribution de Marcel Gauchet reproduite en annexe.

360. D. Borillo, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté*, PUF-Génération libre, 2018, p. 143.

361. Relevant cette cohérence d'ensemble des opposants à la réserve héréditaire : M. Pichard, *La réserve et l'enfant*, *op. cit.*

362. M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n°298, p. 233.

363. Y. Lequette, v. contribution reproduite en annexe. Sur l'importance de la solidarité familiale entre les générations, v. plus larg. : H. Fulchiron (dir.), *Les solidarités entre générations*, Association du droit international de la famille, Congrès mondial, Lyon 2011, Bruylant, 2013.

364. Y. Lequette, v. contribution reproduite en annexe.

365. J. Carbonnier, *Vis, Famille. Législation et quelques autres. Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, p. 275 s, spéc. p. 280.

ne pas mettre à la charge de la solidarité nationale des personnes qui se trouveraient pas dans une situation de besoin si elles n'avaient pu recueillir une part réservataire dans une succession. En cela, **la réserve héréditaire contribue à la satisfaction de l'intérêt général en allégeant en réalité les charges qui pèsent sur la collectivité.**

134. Comme le souligne Guillaume Wicker lors de son audition, « il convient de relever le caractère paradoxal de certaines critiques développées à l'encontre de la réserve héréditaire. Selon une philosophie d'inspiration libérale qui tend à accorder la primauté à la propriété, certains estiment que la réserve porterait une atteinte excessive au droit du propriétaire en ce qu'elle le priverait de la liberté de décider de l'attribution de ses biens pour après sa mort ; ce qui renvoie de fait la solidarité à la seule compétence de l'Etat. Or, là apparaît le paradoxe, car ce sont les mêmes qui demandent moins d'Etat, ou au moins une diminution des dépenses de l'Etat, et qui revendiquent une plus grande liberté de disposer en renvoyant la solidarité à la charge de l'Etat sans que les familles aient, dans la mesure de leur patrimoine, à en assumer la charge. Aussi bien, il convient d'observer qu'il y a quelque chose de spécieux à parler de solidarité imposée à propos de la réserve, car de deux choses l'une : soit il s'agit d'abandonner toute solidarité, ce qui n'est guère vraisemblable ; soit il s'agit de substituer à la solidarité familiale, interindividuelle, une solidarité collective par l'impôt, laquelle n'est pas moins imposée »³⁶⁶. De ce point de vue, **la réserve héréditaire est donc une expression particulière de la subsidiarité de la solidarité collective par rapport à la solidarité familiale**³⁶⁷. Le groupe de travail ne croit pas qu'en raison des contraintes économiques et des orientations politiques, la période actuelle soit ici propice à une inversion de l'articulation de ces deux solidarités et à un renforcement du poids de la solidarité nationale. Dans le prolongement de cette considération, Raymond Le Guidec s'interroge en ces termes à l'occasion de son audition : « Exclure un enfant, pour favoriser d'autres ou d'autres personnes est dangereux pour la cohésion familiale, et donc la cohésion sociale. Si cet enfant exclu est économiquement faible, qui pourvoira à ses besoins de vie, dans notre époque où l'État-providence a définitivement disparu ? »³⁶⁸ Le groupe de travail observe encore avec les représentants du 116^e Congrès des notaires dont les travaux en cours portent sur le thème « Protéger » combien la suppression de la réserve héréditaire serait en contradiction avec la réalité économique actuelle : « la situation financière de notre pays incite nos dirigeants, relèvent-ils, à se tourner vers la solidarité familiale. C'est notamment le cas lorsqu'il est question de dépendance. Un constat s'impose alors : celui d'une certaine **incohérence**. En effet on ne peut pas à la fois vouloir la suppression de la réserve (ou sa diminution) et en même temps demander aux enfants une prise en charge plus importante de leurs parents. La réserve est l'un des vecteurs de la solidarité familiale. Envisager sa suppression ne peut se comprendre »³⁶⁹.

Sans doute cette solidarité peut-elle s'exprimer autrement, notamment par le jeu de mécanismes alimentaires. Mais encore faudrait-il que cette substitution de la technique alimentaire à la technique réservataire soit opportune s'agissant des descendants, ce dont le groupe de travail, comme on le verra, n'est pas convaincu³⁷⁰.

B. Les considérations individuelles

135. Au titre des considérations individuelles, les fondements de la réserve héréditaire sont à rechercher dans une double direction : la liberté, d'une part (1), et l'égalité, d'autre part (2). A envisager les choses sous l'angle de l'individu, la réserve héréditaire n'est en rien dépassée par l'évolution contemporaine ; au contraire, elle forme le soutien nécessaire des valeurs portées par une société marquée par un plus grand individualisme.

1. La réserve héréditaire protège la liberté individuelle

136. La réserve héréditaire est régulièrement présentée comme une limite à la liberté individuelle. Or, cette présentation est en partie erronée : si elle encadre effectivement la liberté de disposer, elle est en même temps au service d'autres aspects de la liberté individuelle. C'est ce que rappelle justement Guillaume Wicker lors de son audition qui souligne que, « limitant la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit, la réserve apparaît de prime abord comme une institution qui porte atteinte à la liberté individuelle. Mais il ne s'agit pas de la liberté en général, mais bien plus spécialement de la liberté du *de cuius* pris en tant que propriétaire. En revanche, par d'autres aspects, la réserve héréditaire préserve la liberté, qu'il s'agisse de celle du *de cuius* comme de celle de ses héritiers »³⁷¹.

366. V. contribution reproduite en annexe.

367. Sur la question, v. not. : F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préf. P. Murat, LGDJ, Bib. dr. soc. t. 67, 2016.

368. V. contribution reproduite en annexe.

369. V. contribution reproduite en annexe.

370. V. *infra* n°155s.

371. V. contribution reproduite en annexe.

a. La réserve héréditaire protège la liberté du futur défunt

137. S'agissant du de cujus, la réserve héréditaire le préserve, comme elle le faisait déjà à Rome³⁷², contre le risque de captation d'héritage et d'abus de sa vulnérabilité. Par le jeu de la réserve héréditaire, le disposant est assuré qu'une partie de ses biens reviendra nécessairement à ses héritiers réservataires malgré les pressions auxquelles il aurait cédé en octroyant gratuitement une partie importante ou l'intégralité de ses biens à un membre peu scrupuleux de son entourage.

138. A plusieurs reprises, il a été relevé devant le groupe de travail que cette fonction de préservation de la liberté du consentement du disposant apparaît particulièrement importante aujourd'hui en raison du vieillissement de la population et de la multiplication du nombre des personnes vulnérables. Guillaume Wicker observe ainsi que la réserve « est une protection contre la rapacité. Elle protège les personnes âgées contre les pressions de tous ceux qui cherchent à capter leur patrimoine : contre ceux de leurs enfants qui les pressent de les avantager au détriment de leurs frères et sœurs ; contre le marketing sans cesse plus agressif de certains groupements caritatifs »³⁷³. De même, Yvonne Flour souligne qu'« avec l'allongement de la durée de la vie s'accroît la fragilité intellectuelle des personnes qui s'approchent de la mort et leur vulnérabilité à toutes sortes de pression, ou même à leurs propres emportements. Personne n'a sans doute oublié comment Monsieur François-Marie Banier avait su s'introduire dans l'intimité de Madame Bettencourt et en tirer de très grands avantages. Là aussi, si la réserve ne garantit évidemment pas contre toute contrainte ou tout manque de lucidité, du moins a-t-elle le mérite de limiter les dégâts »³⁷⁴. C'est encore ce qui ressort de l'audition de Maître Elodie Mulon, avocate spécialisée en droit de la famille : « à une époque où l'on vit de plus en plus âgé, où les familles sont de plus en plus mobiles et vivent de moins en moins proches de leurs aînés, il semble nécessaire de les protéger de ceux qui pourraient tirer avantage de leur faiblesse pour détourner tout leur patrimoine au moment du décès, voire dans les mois ou années qui précèdent. La quotité disponible leur donne la possibilité de gratifier ceux qui ont été à leurs côtés, mais dans certaines limites »³⁷⁵.

139. Or, ce risque a vocation à s'accroître d'après les prévisions démographiques. En effet, selon l'Insee, au 1^{er} janvier 2018, les personnes âgées d'au moins 65 ans représentent 19,6% de la population. Leur part a progressé de 4,1 points en vingt ans ; la hausse étant de 2,4 points sur la même période pour les habitants âgés de 75 ans et plus qui représentent près d'une personne sur dix. Selon les projections, si les tendances démographiques actuelles se maintiennent, la France compterait 76,5 millions d'habitants au 1^{er} janvier 2070 et la quasi-totalité de la hausse de la population d'ici 2070 concernerait les personnes âgées de 65 ans ou plus. Selon l'Insee toujours, l'augmentation serait particulièrement forte pour les personnes de 75 ans ou plus. En 2070, la France compterait plus d'une personne âgée de 65 ans ou plus pour deux personnes âgées de 20 à 64 ans. Elle pourrait également compter 270 000 centenaires³⁷⁶. Une analyse menée par l'Insee établit également que 2,5 millions de seniors sont actuellement en perte d'autonomie dont 700 000 environ en perte d'autonomie sévère. A tendances démographiques constantes, 4 millions de seniors seraient en perte d'autonomie en 2050, soit 16,4% des seniors³⁷⁷.

Supprimer la réserve héréditaire irait totalement à contre-courant de l'évolution démographique et sociologique. Ce serait se priver d'un outil utile et efficace de protection de cette population fragile.

140. La réserve héréditaire est ici d'autant plus utile que, contrairement à ce qui est parfois affirmé³⁷⁸, les régimes de protection des majeurs vulnérables ne suffisent pas à prévenir le risque de captation d'héritage. On observera d'abord que ces régimes ne sont pas toujours mis en place alors que la personne se trouve dans un état de vulnérabilité. Mais surtout, il faut ici souligner que le droit positif accorde aux majeurs protégés une liberté encadrée pour effectuer des libéralités. Une part d'autonomie leur est reconnue tant pour consentir une donation qu'un legs alors pourtant que la libéralité est un acte grave qui altère la substance du patrimoine. De ce fait, et en dépit de la mesure de protection, les risques d'abus d'influence, d'abus de faiblesse et d'atteinte à ses intérêts sont importants.

141. Certes, ces dangers peuvent être limités par différents dispositifs du droit des majeurs protégés, comme les techniques d'assistance et de représentation à l'acte, l'autorisation préalable du juge, la désignation d'un administrateur *ad hoc* en cas d'opposition d'intérêts entre les parties, la mise en jeu de sanctions appliquées à l'acte passé en

372. V. *supra* n°13.

373. V. contribution reproduite en annexe.

374. V. contribution reproduite en annexe.

375. V. contribution reproduite en annexe. V. encore dans le même sens la contribution reproduite en annexe des représentants du 110^e Congrès des notaires : « la réserve héréditaire protège le testateur contre l'influence de l'entourage : le vieillissement est une cause de perte du libre arbitre ».

376. Tableaux de l'économie française, éd. 2018, *Insee références*, 27 fév. 2018.

377. 4 millions de seniors seraient en perte d'autonomie en 2050. *Insee première*, n°1767, 25 juillet 2019.

378. V. not. : B. Morel et M. Sbaihi, *Supprimer la réserve héréditaire, Pour la liberté, le mérite et la philanthropie, op. cit.*, p. 17.

contradiction des intérêts de la personne vulnérable, ou encore l'existence, pour certaines personnes, d'incapacités spéciales de recevoir à titre gratuit³⁷⁹.

142. Néanmoins, ces différents mécanismes ne peuvent suffire à écarter le danger que le majeur ne subisse l'influence de certaines personnes qui, profitant de sa faiblesse, souhaitent s'enrichir à son détriment. Cette crainte est notamment accentuée lorsque le majeur protégé est l'auteur d'un testament. En effet, le caractère éminemment personnel de l'acte exclut l'assistance ou la représentation au moment de son établissement. La liberté de tester est discrétionnaire quel que soit le degré d'altération des facultés du majeur vulnérable. Cela implique que la personne en curatelle ne doit être ni assistée ni représentée même exceptionnellement. Il en va de même pour la personne protégée par une sauvegarde de justice ou une habilitation familiale ou pour laquelle un mandat de protection future a pris effet. En revanche, la personne placée sous tutelle peut tester seule, sans assistance ou représentation, mais à la condition d'obtenir, avant la confection de l'acte, l'autorisation du juge ou du conseil de famille. La conséquence en est qu'il n'incombe pas au juge saisi d'examiner le contenu du testament projeté et du testament une fois établi³⁸⁰, mais seulement de vérifier que le projet de tester correspond bien aux souhaits du tuteur et de le juger apte à établir un tel acte. Son opportunité, la qualité du bénéficiaire supposé, l'existence ou non d'héritiers réservataires et la consistance des droits et biens transmis au titre du legs ne sont donc pas appréciés. C'est notamment dans cette hypothèse et plus généralement lorsque la libéralité est établie dans des circonstances qui font douter de la lucidité du disposant ou de l'intégrité de son consentement, que la réserve héréditaire est un frein nécessaire. La libéralité ne peut en effet s'exécuter que dans la limite de la quotité disponible. Et les héritiers réservataires, s'ils ne peuvent user des moyens à leur disposition pour anéantir l'acte, faute de pouvoir prouver les conditions de son établissement, ont au moins l'assurance de recevoir une partie des biens et droits de leur auteur. Les risques d'une remise en cause systématique de la validité de la libéralité sont ainsi fortement atténués.

b. La réserve héréditaire protège la liberté des enfants

143. S'agissant des enfants, la réserve héréditaire – le droit révolutionnaire l'avait parfaitement perçue³⁸¹ – les met à l'abri des menaces d'exhérédation de leurs parents. Elle **préserve la liberté des enfants contre une forme de despotisme parental ou de tyrannie domestique** qui consisterait à menacer de les priver de tout droit dans la succession en raison de leur mode de vie, de leur orientation sexuelle, du choix de leur conjoint, de leur religion, de leurs opinions politiques, ou de leur engagement associatif ou syndical ... C'est ce qu'observe Guillaume Wicker à l'occasion de son audition en retenant que « la réserve protège les enfants contre les parents qui visent à leur imposer des choix de vie – de carrière, de mœurs, de famille – par un chantage à l'héritage, lequel est d'autant plus puissant et efficace que le patrimoine est important ». De même, Yves Lequette retient que « grâce à la réserve héréditaire, un *de cuius* ne peut totalement exhériter un descendant au prétexte que son mode de vie ou ses opinions lui déplairaient. En d'autres termes, la réserve héréditaire est un instrument efficace de protection des libertés individuelles des descendants, donnée qui [...] paraît devoir mériter considération »³⁸². De son côté, Michel Grimaldi relève qu'« on objectera, d'une part, qu'il faut faire confiance aux parents, les créditer d'un exercice éclairé de leur magistrature familiale ; d'autre part que, sous prétexte de sauvegarder la liberté de l'héritier, on encourage son ingratitude, car, assuré de l'héritage, il ne se soucie guère du *de cuius*. A quoi l'on répliquera que le plus sage est alors de suivre une voie moyenne : consacrer la réserve pour protéger l'héritier contre l'autoritarisme ou l'arbitraire du *de cuius*, mais la contenir dans des dimensions raisonnables pour laisser au *de cuius* un droit de récompenser ou de châtier l'héritier qui soit significatif »³⁸³.

144. Le groupe de travail s'est interrogé à cet égard sur le point de savoir si le recul de l'âge de l'héritage, en lien avec l'allongement de la durée de vie des parents, est de nature à remettre en cause ce fondement de la réserve héréditaire à partir de l'idée qu'un héritier plus âgé serait par hypothèse à même de résister à de telles pressions. Après réflexion, il lui a semblé que **ce fondement conserve tout son intérêt aujourd'hui** : hériter plus tard ne signifie pas que de telles menaces n'aient été agitées que tardivement dans la famille ; elles peuvent avoir été formulées très tôt et avoir ainsi contraint à des choix de vie sur lesquels l'héritier ne peut plus revenir lorsqu'advient l'ouverture de la succession. De fait, signe de ce que le législateur contemporain continue à croire en de possibles pressions exercées par les parents sur les choix essentiels de vie de leurs enfants, la loi du 4 avril 2006 a fait de la crainte révérencielle une nouvelle cause de nullité du mariage à l'article 180 du code civil³⁸⁴. On ne comprendrait pas que le législateur, en

379. C. civ., art. 909 et art. 911 ; CASF, art. L. 116-4.

380. Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-10.340, *RTD. civ.* 2017, 354 obs. J. Hauser.

381. V. *supra* n°26.

382. V. contribution écrite reproduite en annexe.

383. *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e éd., 2017, n°299.

384. Il s'agissait ainsi de mieux lutter contre les mariages forcés.

supprimant la réserve héréditaire, fournisse « aux ascendants l'instrument de nature à accentuer l'efficacité des pressions familiales »³⁸⁵. Par où l'on voit plus largement en quoi la réserve héréditaire constitue un utile contrepois aux possibles caprices de la volonté testamentaire. C'est ce qu'observait Jean Carbonnier : « il faut reconnaître que, dans ce qu'on appelle la psychologie normale des testateurs, il y a des motifs qui sont proches de l'anormalité, des motifs passionnels [...] Il y a dans beaucoup de testaments une négativité implicite ; entendons par là que le testament est, apparemment, positif, il y a une intention libérale qui se manifeste envers un légataire, mais cette positivité apparente recouvre une exhérédation implicite d'un membre de la famille et une haine familiale, qui ne s'avoue pas, est à la base du testament »³⁸⁶.

145. Plus généralement, les consultations menées par le groupe de travail l'invitent à souligner ici que la réserve héréditaire et la liberté individuelle n'ont rien d'antinomique. **Dans une société des individus, respectueuse de leur liberté et de leur autonomie, la réserve héréditaire trouve non seulement sa cohérence mais aussi sa nécessité.** La réserve héréditaire porte un « projet d'émancipation du réservataire » : l'abolir, ce serait « désarmer les enfants face à leurs parents, et préférer la liberté du propriétaire actuel à celle des générations futures »³⁸⁷. Comme le souligne la philosophe Chantal Delsol lors de son audition, le risque de l'individualisme est que la liberté d'un individu éborgne celle d'un autre et que se trouve ainsi privilégiée « la liberté individuelle des forts plutôt que celle des faibles ». En l'occurrence, la suppression de la réserve héréditaire des descendants « serait une prime à l'arbitraire de ceux qui, s'ils n'ont plus autorité sur leurs enfants, jouissent d'une autorité réelle en tant qu'ils sont en possession des biens de la famille »³⁸⁸. La réserve héréditaire ayant pour complément la quotité disponible, elle est un compromis nécessaire, dans une société individualiste, entre deux libertés individuelles afin de prévenir « une tendance affichée de l'individualisme contemporain à dépouiller les faibles au profit des forts »³⁸⁹. Dans le prolongement de ce qui précède, le philosophe Marcel Gauchet a souligné devant le groupe de travail le point de « butée » que constitue à ses yeux la question de la transmission des biens pour « la société des individus », « société de l'intime ». La réserve héréditaire, en tant qu'elle limite la liberté de disposer au nom de considérations familiales, pourrait apparaître comme une survivance d'une approche holiste et institutionnelle, dépassée par l'individualisme contemporain. Ce serait cependant oublier, a souligné Marcel Gauchet, que ce même individualisme impose de tenir les enfants, non comme étant soumis à la toute-puissance de leurs parents, mais comme étant eux-mêmes des individus libres et égaux, doués d'une existence autonome et devant pour cela être pourvus par leurs parents des moyens propres à s'auto-déterminer. Marcel Gauchet voit ainsi dans la réserve héréditaire une « pression civilisationnelle » tout à fait en phase avec une société individualiste et qui comporte pour les enfants une dimension fondamentale au sens philosophique du terme³⁹⁰.

En conclusion, à raisonner en termes de libertés individuelles dans la société contemporaine, la réserve héréditaire non seulement ne les contredit pas mais constitue même un instrument nécessaire à leur préservation et à leur épanouissement dans le respect de l'autonomie de tous les individus.

2. La réserve assure une égalité minimale entre les enfants

a. La réserve héréditaire, expression civile du principe républicain d'égalité

146. **La réserve héréditaire assure** non pas que chaque enfant recevra une part égale dans la succession mais **que chacun recevra quelque chose**. La quotité disponible pourra le cas échéant être attribuée entièrement à l'un des enfants. Pour n'en prendre qu'un exemple, en application de l'actuel article 913 du code civil, en présence de deux enfants, l'un d'entre eux pourra recueillir les deux tiers de la succession – un tiers au titre de sa réserve et un tiers au

385. M. Pichard, La réserve et l'enfant, *D.* 2019, 2002.

386. J. Carbonnier, *Sociologie juridique : sociologie du droit des successions*, 1963-1964, pp. 227-228. Ce qui fait écho à cet extrait du célèbre *Discours sur l'égalité des partages dans les successions en ligne directe* (extrait du *Moniteur* du 5 avril 1791) de Mirabeau : « Eh quoi ! n'est-ce pas assez, pour la société, des caprices et des passions des vivants ? Nous faut-il encore subir leurs caprices, leurs passions, quand ils ne sont plus ? N'est-ce pas assez que la société soit actuellement chargée de toutes les conséquences résultant du despotisme testamentaire, depuis un temps immémorial jusqu'à ce jour ? faut-il que nous lui préparions encore tout ce que les testateurs futurs peuvent y ajouter de maux par leurs dernières volontés, trop souvent bizarres, dénaturées même ? N'avons-nous pas vu une foule de ces testaments où respirait tantôt l'orgueil, tantôt la vengeance, ici un injuste éloignement, là une prédilection aveugle ? La loi casse les testaments appelés *ab irato* ; mais tous ces testaments qu'on pourrait appeler à *decepto*, à *moroso*, *ab imbecilli*, à *delirante*, à *superbo*, la loi ne les casse point, ne peut les casser. Combien de ces actes, signifiés aux vivants par les morts, où la folie semble le disputer à la passion ; où le testateur fait de telles dispositions de sa fortune qu'il n'eût osé de son vivant en faire confidence à personne ; des dispositions telles, en un mot, qu'il a eu besoin pour se les permettre de se détacher entièrement de sa mémoire, et de penser que le tombeau serait son abri contre le ridicule et les reproches ! »

387. M. Pichard, La réserve et l'enfant, *op. cit.*

388. V. contribution reproduite en annexe.

389. *Ibid.*

390. M. Gauchet, v. contribution écrite reproduite en annexe.

titre de la quotité disponible – tandis que l'autre ne recevra que sa réserve, égale à un tiers. Finalement, l'enfant avantagé aura reçu deux fois plus que l'autre. De fait, comme Portalis l'avait souligné à l'occasion des travaux préparatoires du Code civil, il peut y avoir des raisons légitimes, qui n'appartiennent qu'aux parents, de « punir, de récompenser [ou] de réparer des inégalités entre les enfants »³⁹¹. La réserve héréditaire n'assure donc que le respect d'une égalité *minimale* entre les enfants.

147. Les consultations effectuées par le groupe de travail l'ont convaincu de ce que **ce fondement, profondément ancré dans la culture française, demeure incontestablement actuel**. Comme l'a souligné notamment Claude Brenner, la réserve héréditaire « constitue en effet l'**une des expressions civiles les plus fortes [...] du principe républicain d'égalité** (et bien évidemment aussi, à le prendre au pied de la lettre, du principe de fraternité) que l'on ne saurait sacrifier sur l'autel de la seule liberté individuelle sans travestir l'idéal national »³⁹². Faisant référence à l'actualité de ces derniers mois, Claude Brenner a également observé qu'« au vrai, la nécessité ou l'aspiration de notre société à plus de liberté successorale n'existe pas, du moins ne se donne pas à voir. Il n'est que d'observer le mouvement des gilets jaunes qui a récemment secoué notre pays et les réactions très contrastées qu'ont suscitées les dons des grands mécènes pour la rénovation de Notre-Dame de Paris pour se convaincre bien plutôt du contraire : ce à quoi aspire profondément la société française, c'est apparemment bien davantage à un minimum d'égalité qu'à une liberté illimitée ». C'est dire avec Guillaume Wicker qu'en cela, la réserve héréditaire « ne se réduit pas à une dimension individualiste mais traduit une conception politique de condamnation des privilèges »³⁹³. De ce constat, on rapprochera les observations de Bernard Vareille qui souligne que « toute réforme dans le domaine de la transmission du patrimoine a une incidence macro-économique importante. Nos sociétés contemporaines creusent [...] des inégalités abyssales entre sans-espérance et *beati possidentes*. Ce n'est pas un drame dans certaines cultures glorifiant le *self-made man*, où d'immenses fortunes se font et se défont en une seule génération dans un fatalisme joyeux. En France, le sentiment d'inégalité lève des mouvements de foule inclassables, incontrôlés, virulents. Or, la vertu première d'une réserve héréditaire est de répartir un peu les fortunes. Le législateur révolutionnaire le savait, qui en fit l'un des piliers de la démocratie. N'oublions pas cette leçon »³⁹⁴.

148. **Mesure d'égalité, la réserve héréditaire contribue à apaiser les tensions qui peuvent ressurgir entre frères et sœurs**. C'est ce qu'explique bien Nicole Prieur, à partir de son expérience de la pratique de la thérapie familiale. « Du côté de la fratrie, explique-t-elle, l'héritage constitue une zone de turbulence » : « les enfants ressentent l'héritage comme un ultime message envoyé *post mortem* à chacun d'entre eux [...] L'héritage, aussi égalitaire soit-il, semble désigner à chaque enfant, au-delà de la mort des parents la place qu'il a ou avait dans la famille [...] La mort des parents fait remonter bien des choses de l'enfance. Il y a un véritable retour du refoulé. Tous les mécomptes ressurgissent, longtemps tapis dans la mémoire dormante, la calculette inconsciente se remet fébrilement en marche ». Entre frères et sœurs, « il n'y a plus de contenant psychique aux **débordements pulsionnels dans la fratrie**, rien ne fait obstacle à l'agressivité des uns et des autres. Le face-à-face fraternel peut alors avoir lieu dans toute sa cruauté. La loi du respect mutuel s'évapore sous la pression d'autres lois, celle du profit, de la revanche. Les visages se dévoilent, les masques tombent en même temps que le contrôle sur soi. « Je ne connaissais pas mon frère sous ce jour sordide. » « Ma sœur révèle tous les mauvais côtés de son âme... » La haine peut s'y déployer ouvertement et l'héritage est alors le lieu où le fantasme fratricide retrouve une vigueur inégalée. On peut être tenté de présenter aux frères et sœurs, la facture de ce que l'on estime ne pas avoir eu, reçu du vivant des parents »³⁹⁵. L'égalité entre les enfants est en vérité une question éminemment complexe au plan psychique et affectif car, entre frères et sœurs, « l'égalité des parts ne suffit pas à donner le sentiment d'équité »³⁹⁶.

391. Cité par J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n°971, p. 1352.

392. V. contribution reproduite en annexe.

393. V. contribution reproduite en annexe.

394 B. Vareille, Ne jetons pas le descendant avec l'eau du bain !, *Def.* 2019, n°21, 1. De cette analyse, on rapprochera encore les observations qu'inspirait à Jean Carbonnier l'œuvre majeure de John Rawls - *Théorie de la justice* - publiée aux États-Unis en 1971. Jean Carbonnier résume en ces termes le cœur de la pensée de Rawls et saisit l'occasion pour comparer la société américaine à la société française, notamment sous l'angle de la liberté de disposer et de la réserve héréditaire : « peu importe [selon Rawls] que le riche devienne plus riche si cela permet au pauvre de devenir moins pauvre. L'indifférence, observe Carbonnier, a cependant un postulat : c'est que les gens ne soient pas envieux. En quoi, remarqueront les ethno-psychologues, on voit bien que la scène se déroule chez les Américains, et non pas en France. L'américanisme de la théorie « rawlsienne » n'est pas niabile : il ne faut pas, pourtant, tout y rapporter. Rawls nous semble très loin de la question sociale telle que la vit actuellement l'Europe, quand il passe rapidement sur les inégalités stratifiées et insiste sur l'égalité des chances. Mais les Français n'eurent pas une attitude différente il y a un siècle lorsqu'ils eurent couvert d'écoles le pays, et ils la conservèrent tant qu'elle fut soutenue par l'enthousiasme pédagogique d'une armée d'instituteurs. Avec une différence capitale, toutefois, les Français [...] étaient jalousement attachés à l'*égalité des chances successorales*, que leur garantissait la réserve héréditaire, tandis que Rawls, comme toute l'Amérique, paraît s'accommoder d'un droit des successions qui, par la liberté testamentaire, fait jaillir des chances inégales » (J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, Thémis, 27^e éd., 2002, n°52, pp. 103-104).

395. V. contribution reproduite en annexe.

396. V. contribution reproduite en annexe.

149. Mais que dire alors de l'hypothèse dans laquelle l'inégalité au sein de la fratrie ne serait plus simplement subjectivement ressentie mais objectivement établie par l'exhérédation d'un enfant ? La réserve héréditaire limite ces souffrances et ces haines fraternelles, destructrices de la paix familiale et sociale, en assurant à chaque membre de la fratrie qu'il recevra un minimum. « Par là, précise Yvonne Flour, elle préserve aussi pour l'avenir la stabilité des liens entre les personnes. Imagine-t-on ce que seront les relations futures entre les enfants si l'un d'entre eux a été exclu au profit des autres ? Imagine-t-on ce que seront dans l'avenir les rapports des enfants avec leur beau-père ou belle-mère s'ils ont été dépouillés au profit de ce dernier ? Comment un enfant qui aura été déshérité vivra-t-il cette exclusion qui lui fait tout d'un coup prendre conscience qu'en réalité il comptait pour rien aux yeux du défunt ? »³⁹⁷

b. Le risque de résurgence des discriminations entre les enfants

150. Ce fondement d'une égalité minimale entre les enfants apparaît d'autant plus important que **l'évolution actuelle contribue à son renouvellement**. Comme l'a souligné Guillaume Wicker lors de son audition, « à l'opposé de certaines assertions contemporaines, il est faux de croire que cette fonction politique de l'institution aurait disparu et qu'il n'y aurait plus lieu de lutter ou de prévenir les discriminations en matière successorale »³⁹⁸. Ce qui se vérifie dans deux directions.

151. **La réserve héréditaire contribue d'abord à assurer l'égalité des filiations entre tous les enfants**. Ce principe d'égalité, actuellement affirmée par l'article 310 du code civil³⁹⁹, a vocation à être bientôt proclamé plus solennellement encore dans le futur article 6-2 du code civil⁴⁰⁰, ce qui est le signe de son importance pour le législateur contemporain. Or, justement, la réserve héréditaire évite que le défunt ne prive son enfant de tout droit dans sa succession pour des raisons qui tiennent aux circonstances de sa naissance et aux caractéristiques de sa filiation. C'est ce qu'explique parfaitement Guillaume Wicker lors de son audition : « la réserve permet aujourd'hui d'assurer l'effectivité du principe d'égalité des filiations ; et il y aurait fort à craindre que sa suppression ou son recul se réalise au détriment des enfants nés hors mariage, naturels ou adultérins, spécialement lorsque leur naissance n'a pas été voulue par le père. A quoi s'ajoute que la pratique constate, à l'occasion de remariages, une revendication croissante des nouveaux couples d'écarter de la succession les enfants des précédentes unions, soit au seul profit du nouveau conjoint, soit au profit des enfants du nouveau couple ; ce qui correspondrait, si la loi venait à le rendre possible, à une **nouvelle forme d'inégalité des filiations** ». Tel était d'ailleurs le cas dans les affaires ayant conduit la Cour de cassation à se prononcer sur le caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire⁴⁰¹ ; tel est aussi le cas, pour prendre un exemple emblématique, dans le cadre de la succession de Johnny Halliday où les enfants nés de précédents lits ont été exhéredés au profit du conjoint survivant et des enfants adoptés au cours de cette dernière union. **La réserve héréditaire est donc un précieux outil permettant d'éviter que ne se restaurent, par le jeu de préférences dont les motifs resteraient occultes, des discriminations fondées sur la naissance** que le législateur (1972, 2001) a supprimées en conformité avec les exigences du droit européen des droits de l'homme⁴⁰² ». ⁴⁰³

152. Les consultations menées par le groupe de travail ont en effet montré que c'est dans **les familles recomposées** que le **risque d'exhérédation** d'un enfant au profit de la nouvelle famille du défunt est le plus répandu en pratique. Au demeurant, cette considération est apparue suffisamment importante à **la Cour constitutionnelle allemande** pour que celle-ci reconnaisse une **valeur constitutionnelle à la réserve héréditaire** que le code civil allemand attribue aux descendants en relevant que cette « fonction de la réserve héréditaire qui, d'une part, restreint la liberté et, d'autre part, protège la famille, est particulièrement importante s'il y a des enfants issus d'un mariage ou d'une relation antérieures qui souvent seraient exclus de la succession si la réserve n'existait pas. Cela vaut en particulier pour les enfants illégitimes du père » qui doivent « bénéficier d'une participation appropriée à la succession paternelle sous la forme d'un droit successoral ou, en tout état de cause, d'une créance monétaire »⁴⁰⁴. Comme l'a expliqué plus largement

397. V. contribution reproduite en annexe.

398. V. contribution reproduite en annexe.

399. « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».

400. Projet de loi relatif à la bioéthique adopté par l'Assemblée Nationale en première lecture le 15 oct. 2019, 15^e Législateur, Session ordinaire 2019-2020, art. 4 : « Il est ajouté un article 6-2 ainsi rédigé : Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont, dans leurs rapports avec leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs, sous réserve des dispositions particulières du chapitre II du titre VIII du livre I. La filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun de ses parents ».

401. V. *supra* n°70s.

402. CEDH, 1^{er} fév. 2000, *Mazurek*, n°34406/97, D. 2000, p. 332 note J. Thierry ; JCP 2000, II, 10286 note A. Gouttenoire et F. Sudre ; RTD civ. 2000, 311 obs. J. Hauser, 429 obs. J.-P. Marguénaud et 601 obs. J. Patarin. L'arrêt *Mazurek* a précipité l'adoption de la loi du 3 décembre 2001 et la suppression des discriminations successorales qui subsistaient en droit français au détriment de l'enfant né d'un adultère.

403. V. contribution reproduite en annexe.

404. Cour constitutionnelle fédérale, 19 avril 2005, BvR 1644/00, n°53, n°75. Plus largement, sur la réserve héréditaire en droit allemand, v. l'audition de A. Röthel, reproduite en annexe et, sur la possible dimension constitutionnelle de la réserve, v. la contribution écrite de S. Benzina, également reproduite en annexe.

Anne Röthel lors de son audition, en Allemagne, « des études ont été réalisées qui ont montré que les pères ont souvent tendance à vouloir déshériter les enfants d'un précédent lit alors que les mères ont souvent des relations plus égalitaires entre leurs enfants nées d'unions successives. A cet égard, **la multiplication des familles recomposées est un argument contemporain en faveur du maintien de la réserve héréditaire pour assurer l'égalité entre les enfants** »⁴⁰⁵. Comme le relève autrement Nicole Prieur, à partir de son expérience de la pratique de la thérapie, « souvent une recombinaison représente une menace quasi existentielle pour un enfant d'une première union : « A présent que mon père ou ma mère vit avec ce nouvel amoureux/amoureuse, qu'il ou elle investit et prend soin de son nouveau couple, donc forcément des enfants de l'autre, vais-je continuer à exister pour lui/elle ? », avec le risque d'un vacillement identitaire, « Qui suis-je désormais pour ma mère, mon père ». **Le sentiment de filiation est pour le moins interrogé, mis en doute** : « Suis-je encore son fils et sa fille alors qu'il/elle consacre beaucoup de temps aux autres enfants, est-ce que je ne vais pas être remplacé dans son cœur ? » « **On constate, explique encore Nicole Prieur**, que les enfants d'une première union élevés dans des familles recomposées partent plus tôt du foyer, et notamment quand celui-ci est constitué de leur père et de leur belle-mère ». « Face à tous ces enjeux psychiques, on comprend que les enfants, quel que soit leur âge, aient d'immense besoin de réassurance affective, symbolique, relationnelle. Là aussi, l'argent peut avoir un impact sur la qualité des liens et les rendre plus ou moins sécurisants, sa valeur économique peut être ici au service de ses fonctions extra-économiques »⁴⁰⁶. Le groupe de travail a interrogé Nicole Prieur sur l'attitude qui consisterait pour les hommes, plus souvent que pour les femmes, à vouloir favoriser la famille issue de leur nouvelle union. A la lumière de sa pratique professionnelle, Nicole Prieur a indiqué au groupe de travail qu'effectivement, il semble que les hommes qui refont leur vie ont davantage tendance que les femmes placées dans la même situation à vouloir « oublier » leurs enfants nés d'une première union. Ces enfants, a expliqué Nicole Prieur, sont un rappel permanent. Les déshériter donne donc l'illusion de croire que l'on peut effectivement couper avec son passé et refaire à proprement parler sa vie.

153. Ce n'est pas tout car il faut encore compter sur d'autres motifs de préférence au sein de la fratrie. Le groupe de travail partage notamment avec Claude Brenner cette idée, exprimée à l'occasion de son audition, qu'« aujourd'hui, la réserve héréditaire préserve incontestablement les *valeurs politiques essentielles* de la société française ; en particulier, elle est le seul rempart juridique efficace contre la renaissance, très inquiétante dans certains milieux sociaux, de discriminations sexuelles qui pourraient conduire à l'exhérédation des filles au profit des garçons, de l'aîné au profit des puînés »⁴⁰⁷. Cette crainte, en lien avec une éventuelle suppression de la réserve héréditaire, est également soulignée par Yves Lequette selon qui « la société française [...] ne semble pas prête à s'accommoder d'un système qui permettrait la restauration du droit d'aînesse, la primauté des enfants légitimes sur les enfants hors mariage ou encore des garçons sur les filles. Cette dernière donnée paraît d'autant plus devoir retenir l'attention qu' [...] il existe une fraction non négligeable de la population qui, guidée par des considérations religieuses, pourrait être portée à lui donner un certain relief »⁴⁰⁸. Dans le même ordre d'idées, Guillaume Wicker a encore observé devant le groupe de travail que « dans un moment où se développent **certaines communautarismes d'inspiration religieuse**, fondés sur une doctrine qui enseigne la **primauté, y compris en matière successorale, de l'homme sur la femme**, il y aurait à **craindre qu'un effacement, total ou partiel, de la réserve ouvre la porte à une nouvelle forme de privilège de masculinité** ».⁴⁰⁹

154. A cet égard et au titre de l'actualité, il n'est pas inintéressant, pour attester de la réalité de ce risque, d'observer le tourisme procréatif auquel se livrent des couples de Français dans le nord de l'île de Chypre sous occupation turque pour y bénéficier d'une aide médicale à la procréation qui leur permet de choisir le sexe, notamment masculin, de leur enfant⁴¹⁰. A titre de comparaison, on peut encore souligner qu'en Angleterre et au Pays-de-Galles, où la réserve héréditaire n'existe pas, la *Law Society*, institution représentative des avocats, a rendu publique en 2014 une note contenant des directives relatives à la rédaction de testaments anglais conformes à la *Charia*⁴¹¹, c'est-à-dire reposant sur des discriminations successorales au détriment des filles et privant de tout droit dans les successions les enfants nés hors mariage ainsi que les non-musulmans⁴¹². De tels testaments, s'ils devraient normalement être remis en cause sur le terrain du droit anglais et européen relatif aux discriminations prohibées, n'en prospèrent pas moins outre-Manche toutes les fois que le motif discriminatoire reste occulte, ce qui est généralement le cas.

405 V. contribution reproduite en annexe.

406 V. contribution reproduite en annexe.

407 V. contribution reproduite en annexe.

408 V. contribution écrite reproduite en annexe.

409 V. contribution reproduite en annexe.

410. Chypre, l'île où on peut choisir le sexe de son futur bébé, *Le Figaro*, 1^{er} juillet 2019.

411. The Law Society provides guidance on Sharia wills : <https://www.thegazette.co.uk/all-notices/content/160>.

412. Sur le droit musulman des successions, v. not. : Y. Yassari, *Intestate Succession in Islamic Countries*, in K.G.Reid, M. J de Waal et R. Zimmermann (dir.), *Intestate Succession, Comparative Succession Law*, Oxford Univ. Press, 2015, p. 421s.

En droit français, si la quotité disponible peut éventuellement faire l'objet de telles dispositions discriminatoires non révélées, la réserve héréditaire permet au moins d'en limiter les effets dans le respect des principes civils républicains. La supprimer serait prendre le risque de porter atteinte à ces principes.

La réserve héréditaire des descendants conserve des fondements tout à fait solides en droit positif et dans la société française contemporaine. Elle est d'abord un effet légal et inconditionnel de la filiation qui dit la place de l'enfant dans la famille. Supprimer la réserve serait méconnaître la dimension profondément symbolique de l'héritage : avec les biens se transmettent les liens entre les personnes. Pour l'enfant, la réserve héréditaire est une réserve « identitaire » en ce sens qu'elle contribue à définir l'identité de l'individu. La réserve héréditaire protège les enfants contre la décision parentale qui aboutirait à les gommer de la famille et à leur retirer la possibilité de transmettre à leur tour ce qu'ils ont reçu de la génération précédente. Elle contribue ainsi à assurer le cycle de la transmission entre les générations. Supprimer la réserve héréditaire serait aussi fragiliser grandement la filiation elle-même, à l'heure où elle devient plus élective, et méconnaître l'intérêt de l'enfant dont la considération oriente constamment le législateur et le juge aujourd'hui.

La réserve héréditaire exprime ensuite la solidarité familiale entre les générations, une solidarité dont rien ne montre qu'elle soit en recul ni qu'elle soit devenue moins nécessaire dans la société contemporaine. En cela, c'est l'intérêt même de la collectivité que la réserve héréditaire contribue à préserver en évitant que ne se retrouvent à sa charge des personnes dont les besoins auraient été assurés par leur part de réserve. La solidarité, si elle n'est pas familiale, sera collective et financée par l'impôt.

Par ailleurs, si elle limite la liberté de disposer, la réserve héréditaire protège par d'autres aspects la liberté individuelle : elle préserve le futur défunt contre le risque de captation d'héritage, un risque qui se trouve aujourd'hui accru par le vieillissement de la population et auquel le droit des majeurs protégés ne permet pas toujours de remédier ; elle préserve les héritiers réservataires présomptifs contre les pressions que pourraient exercer leurs ascendants sur leur mode de vie, leurs orientations sexuelles, leurs choix conjugaux ou leurs opinions en coupant court à la menace de les exhériter. La réserve héréditaire est ainsi un utile contrepoids à ce que l'exercice de la liberté testamentaire, reflet de l'âme humaine, peut avoir d'irrationnel.

Contrairement à ce qu'une vue réductrice laisse entrevoir, la réserve héréditaire n'est donc pas une institution que l'individualisme contemporain devrait conduire à regarder comme passéiste. Elle est parfaitement adaptée à une société des individus en ce qu'elle est un instrument nécessaire à la préservation des libertés individuelles dans le respect de l'autonomie de tous.

La réserve héréditaire assure enfin une égalité minimale entre les enfants au sein de la fratrie. Elle minimise les tensions familiales et apaise les haines fraternelles dont l'héritage, faisant resurgir les frustrations de l'enfance, est souvent le théâtre. A ce titre, elle est un outil de pacification des rapports familiaux et sociaux. La réserve héréditaire contribue également à assurer l'effectivité du principe d'égalité entre les filiations, principe structurant l'ensemble de la politique juridique familiale contemporaine. Supprimer la réserve héréditaire serait encore prendre le risque de permettre à un parent d'exhérer son enfant pour des raisons occultes mais en réalité discriminatoires. Ce risque n'est en rien théorique comme le montre notamment la possible tentation, dans les familles recomposées, d'exhérer les enfants nés d'une précédente union afin de favoriser le conjoint survivant et les enfants issus de cette nouvelle union. Ce danger a d'ailleurs paru assez important à la Cour constitutionnelle allemande pour qu'elle en fasse l'un des motifs de la valeur constitutionnelle de la réserve héréditaire en droit allemand. Ce risque existe également dans les familles qui souhaiteraient, sans le dire et sans que de telles dispositions puissent dès lors être annulées, réintroduire des discriminations successorales ou pratiquer des exhérations issues de préceptes religieux.

Sur un plan politique, supprimer la réserve héréditaire serait enfin méconnaître la profonde aspiration de la population française à l'égalité, aspiration dont les événements sociaux des derniers mois ont souligné la vivacité. L'égalité dans la famille, à laquelle la réserve héréditaire participe, est intimement liée à l'égalité entre les citoyens.

III. Les conséquences d'une éventuelle suppression de la réserve des descendants

155. Ces conséquences peuvent être recherchées dans trois directions complémentaires prenant la forme d'un risque de judiciarisation des successions et d'insécurité juridique (A), de remise en cause d'un enjeu démocratique (B) et d'un travail législatif conséquent emportant une réforme d'ensemble du droit patrimonial de la famille (C).

A. Un risque de judiciarisation des successions et d'insécurité juridique

156. Si elle venait à disparaître, la réserve héréditaire serait nécessairement remplacée par autre chose. Il est illusoire de croire que le législateur pourrait en toutes circonstances priver les proches d'un défunt de tout droit⁴¹³. L'observation des droits étrangers enseigne, on l'a vu, que des limites à la liberté de disposer existent partout, y compris dans les droits les plus libéraux⁴¹⁴. Or, les outils juridiques qui se substitueraient à la réserve héréditaire seraient de nature à emporter deux conséquences que le groupe de travail perçoit comme étant négatives et qui tiennent, d'une part, à la perspective d'une judiciarisation des successions (1) et, d'autre part, à un recul de la sécurité juridique (2).

1. Une perspective de judiciarisation

157. La suppression de la réserve héréditaire des descendants entraînerait vraisemblablement la mise en place en contrepartie de **droits alimentaires** susceptibles d'être octroyés par le juge contre la succession au profit des descendants exhérédés qui rapporteraient la preuve de leur état de besoin. Le droit français abandonnerait ainsi un élément profondément ancré dans sa culture juridique et dans l'ensemble des droits de la famille de tradition civiliste pour suivre le système des *Family provisions* pratiqué dans une grande partie des droits de *Common Law*. Telle est déjà, semble-t-il, la voie empruntée par la Cour de cassation dans les successions internationales soumises à une loi étrangère ignorant la réserve, avec les incertitudes que l'on sait⁴¹⁵. Pratiquement, l'enfant exhérédé pourrait, à la condition de saisir un juge et de rapporter devant lui la preuve d'un état de nécessité⁴¹⁶, obtenir de la succession une somme d'argent ou l'attribution d'un bien⁴¹⁷ destiné à pourvoir à ses besoins. A les supposer pareillement exhérédés, ses frères et sœurs, faute de pouvoir établir un état de besoin, ne recueilleraient rien.

158. On observera d'abord, avec Yves Lequette, que « d'un point de vue strictement européen, il serait curieux que le droit français bascule vers un système apparenté à celui de la *Common law* au moment où la Grande-Bretagne choisit le grand large avec le *Brexit* et alors que l'Allemagne a reconnu valeur constitutionnelle à la réserve héréditaire dans son propre système juridique »⁴¹⁸. Mais surtout, il faut ici relever que l'abandon de la réserve héréditaire priverait le droit français de l'un de ses précieux avantages, d'ailleurs parfois envié par les juristes de pays de *Common law*. Cet atout consiste en ce qu'en France, le droit des successions est une matière juridique ; il n'est pas judiciaire. Tandis que dans les droits de *Common law*, le règlement successoral repose en principe sur l'intervention du juge, notamment pour l'octroi d'une créance contre la succession, **le contentieux successoral est marginal dans notre pays**. Cela se vérifie à tous les niveaux de la hiérarchie judiciaire.

159. C'est d'abord ce que confirment Julie Mouty-Tardieu, Conseillère référendaire à la première chambre civile de la Cour de cassation, et Vincent Vigneau, Conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, après avoir procédé dans la perspective de leur audition par le groupe de travail à une recherche sur deux bases de données non accessibles au public⁴¹⁹.

Une première vague de recherche a été effectuée sur la base de données JURICA (répertoriant les arrêts de Cours d'appel depuis 2008) à partir des mots-clés « décédé + succession ». Elle a livré les résultats suivants :

- en 2016 : 2 278 décisions en droit des successions sur 240 673 affaires civiles et commerciales jugées par les cours d'appel ;
- en 2017 : 2 758 décisions en droit des successions sur 248 647 affaires civiles et commerciales jugées par les cours d'appel ;
- en 2018 : 2 656 décisions en droit des successions, le nombre d'affaires jugées par les cours d'appel n'étant pas encore connu.

413. Cette analyse se trouve confortée par le droit international privé, la protection alimentaire des enfants du défunt relevant des principes essentiels du droit français. V. *supra* n°70.

414. V. *supra* n°44s.

415. V. *supra* n°73s.

416. Condition qui serait tenue pour acquise pour des mineurs ou de jeunes majeurs suivant leurs études.

417. Ce qui est possible en droit anglais.

418. V. contribution écrite reproduite.

419. V. contribution écrite reproduite.

En ciblant plus précisément les difficultés liées à la réserve héréditaire, la recherche sur JURICA livre les résultats suivants :

- depuis le 1^{er} janvier 2016, 1 454 arrêts ont été rendus par les cours d'appel dans des affaires de successions où il était notamment question d'un ou plusieurs contrats d'assurance-vie ;
- depuis le 1^{er} janvier 2016, 607 arrêts ont été rendus par les cours d'appel au sujet de la réduction des libéralités ;
- depuis le 1^{er} janvier 2016, 195 arrêts ont été rendus par les cours d'appel dans des affaires de succession où il était également question d'un testament et d'une éventuelle atteinte à la réserve héréditaire.

160. Une seconde vague de recherche a été réalisée sur JURINET (répertoriant les arrêts de la Cour de cassation) sur les arrêts motivés rendus entre le 1^{er} janvier 2014 et le 1^{er} mai 2019. Au cours de cette période, la première chambre civile de la **Cour de cassation** a rendu **50 arrêts** motivés relatifs à des affaires de succession dans lesquelles la réserve héréditaire était en cause. Ce chiffre doit être rapporté au nombre de décisions rendues par les trois chambres civiles, la chambre commerciale et la chambre sociale, soit :

- en 2014 : 20 072 décisions
- en 2015 : 18 304 décisions
- en 2016 : 21 777 décisions
- en 2017 : 20 667 décisions
- en 2018 : 21 865 décisions.

Ce que montrent à l'évidence ces chiffres, c'est que, **devant les cours d'appel et la Cour de cassation, « les affaires judiciaires mettant en cause la réserve héréditaire représentent une très faible part du contentieux civil »**⁴²⁰.

161. Ce constat est corroboré par le croisement avec d'autres données chiffrées recueillies par le Ministère de la Justice au niveau des **tribunaux de grande instance**. Le répertoire général tenu par les greffes des juridictions indique la nature de l'affaire dont la juridique est saisie. A cette fin, une nomenclature des affaires civiles (NAC) a été mise en place par le Pôle d'évaluation civile de la justice civile de la Direction des affaires civiles et du sceau. Cette nomenclature recouvre l'ensemble des domaines juridiques qui relèvent de la compétence des juridictions civiles. Elle vise à décrire les demandes dont sont saisies les juridictions civiles à titre principal.

Il n'existe pas de code spécifique relatif à la réserve héréditaire. Cependant, deux codes permettent de connaître le nombre de demandes principales ayant un lien avec le droit des successions :

- le code 28A, intitulé « demande en partage ou en contestations relatives au partage » ;
- le code 29A, intitulé « demande en annulation, en réduction d'une libéralité ou d'une clause d'une libéralité ».

Trois observations pour mieux interpréter ces données :

- le code 28A concerne toutes les formes d'indivisions, en ce compris celles entre ex-époux, concubins et entre personnes ayant conclu un pacte civil de solidarité, ce qui doit amener à relativiser le chiffre annoncé ;
- le code 29A intègre des demandes de nullité de libéralité, par exemple pour insanité d'esprit, ce qui là aussi doit conduire à nuancer les chiffres, même si un tel contentieux peut impliquer un héritier réservataire qui cherche à obtenir l'annulation d'une libéralité défavorable ;
- une demande fait l'objet d'un codage unique et seule la demande principale figurant dans l'acte de saisine est codée, ce qui est cette fois susceptible de minorer les chiffres remontant des juridictions. Par exemple, une demande de réduction d'une libéralité pour atteinte à la réserve héréditaire n'est pas toujours la demande principale mais peut être une demande accessoire à une demande en partage ou en annulation principale.

420. V. la contribution de J. Mouty-Tardieu, reproduite en annexe.

Nombre de demandes code 28A et 29A formées devant les TGI 2010-2018

Année	28A	29A
2010	9360	393
2011	9324	437
2012	9341	384
2013	9629	414
2014	9683	369
2015	9671	340
2016	9474	355
2017	9755	316
2018	9634	340

Source : RGC, SDSE – DACS-PEJC

L'évolution des demandes principales en partage d'indivisions (toutes sources de l'indivision confondues) enregistrées entre 2010 et 2018 montre ainsi une relative stabilité. En 2010, seules 9 360 demandes avaient été formées devant les TGI et 9 634 en 2018. L'essentiel des indivisions est ainsi en réalité liquidé et partagé amiablement, le cas échéant avec le concours d'un notaire.

Les autres demandes au sein desquelles figurent les demandes en réduction pour atteinte à la réserve héréditaire, sont quant à elles beaucoup plus faibles : seules 340 demandes ont été formées devant les TGI en 2018.

Pour avoir une vue complète de la situation, il faut enfin rapporter ces données au nombre total et par domaine de demandes dont les TGI ont été saisis au cours de la même période, étant précisé que les demandes correspondant aux codes 28A et 29A sont classées dans la branche 2 – Droit de la famille.

Nombre de demandes formées devant les TGI par domaine 2010-2018

Total	937 374	920 024	898 399	913 906	962 546	959 707	959 677	887 793	878 478
Droit des personnes	46 456	61 482	95 575	103 409	111 731	121 049	120 043	134 021	137 904
Droit de la famille	452 019	439 935	419 804	423 419	450 515	443 105	451 332	373 693	363 414
Droit des affaires	36 356	33 844	32 591	34 726	37 491	36 450	35 485	34 046	32 842
Entreprises en difficulté - surendettement	22 437	22 081	4 273	4 337	4 631	5 353	5 630	5 466	5 506
Contrats	123 948	119 586	115 866	117 472	123 234	119 663	117 354	111 988	109 645
Responsabilité - quasi-contrats	54 987	53 782	53 729	54 718	55 555	55 643	55 170	56 869	57 734
Biens – PLA	119 429	110 961	104 691	104 967	111 498	115 179	115 907	113 390	110 939
Relations du travail - protection sociale	5 993	6 362	6 281	7 249	8 755	9 336	10 072	12 108	11 349
Relations avec les personnes publiques	2 291	2 847	2 315	3 278	4 307	4 805	5 634	5 159	5 219
Procédures particulières	73 458	69 144	63 274	60 331	54 829	49 124	43 050	41 053	43 926

Source : RGC, SDSE DACS-PEJC

En 2018, les demandes (9 634) correspondant au code 28A représentent 2.65% des 363 414 demandes en droit de la famille et les demandes (340) correspondant au code 29A représentent 0.09% des 363 414 demandes en droit de la famille, ce qui, dans le premier cas, est **très faible** et, dans le second, **quasiment insignifiant**.

162. Or, la **faiblesse du contentieux successoral** en France ne tient pas seulement au fait qu'il est rare de vouloir exhériter ses enfants. Elle tient aussi à ce que **la réserve héréditaire fixe, dans la loi, des bornes claires et connues de tous à la liberté de disposer**. Le notaire les intègre, en amont, lorsqu'il est sollicité pour anticiper le règlement de la succession et conseiller au mieux ses clients ; il les applique en aval lors de la liquidation de la succession. Le *de cujus*, sitôt qu'il se renseigne auprès de son notaire, est en mesure, puisqu'ils sont clairement prévus par la loi, de connaître précisément les taux respectifs de la réserve héréditaire de ses descendants et de la quotité disponible dont il dispose. Chacun peut ainsi agir en conséquence et déployer une stratégie patrimoniale selon les objectifs qu'il poursuit. **La sécurité juridique est assurée et elle l'est uniformément pour tous**.

163. **A l'inverse, supprimer la réserve héréditaire et la remplacer par un système de droits alimentaires favoriserait possiblement le développement du contentieux successoral**. Cette perspective conduit le groupe de travail à formuler plusieurs observations :

- la judiciarisation du droit des successions irait totalement à **contre-courant de la politique de déjudiciarisation** menée depuis plusieurs années par le législateur en matière de droit des personnes et de la famille et conduirait donc à mettre en doute la cohérence de son action ;
- elle s'accompagnerait d'un **surcoût du règlement successoral, pour les justiciables**, en raison des frais qu'elle impliquerait, **et pour le budget de l'Etat**, en raison des moyens qu'elle supposerait ;
- elle **ralentirait le cours du règlement des successions**, à nouveau en contradiction avec l'objectif poursuivi par le législateur à l'occasion de la loi du 23 juin 2006 dont l'un des volets a consisté à prendre diverses mesures en vue d'accélérer le règlement successoral ;
- le développement de ce contentieux supposerait de **consacrer des efforts à la formation des magistrats et des avocats**. En attendant que cet effort, lui-même coûteux, soit déployé, ce contentieux serait confié à des magistrats et des avocats qui, souvent, ne le maîtrisent pas bien ou pas suffisamment, ce qui explique selon Vincent Vigneau la fréquence des cassations en ce domaine, notamment en raison de la nouveauté du moyen soulevé par le pourvoi en cassation. Vincent Vigneau a également souligné lors de son audition qu'il est rare qu'existe dans les tribunaux de grande instance un magistrat spécialisé en droit des successions. Le contentieux successoral y est trop faible pour que de tels moyens humains lui soient consacrés. C'est dire que la suppression de la réserve héréditaire et son remplacement par des droits alimentaires seraient de nature à entraîner des changements non négligeables en termes d'organisation des juridictions.

Le groupe de travail perçoit mal quels pourraient être les avantages d'une telle évolution pour la collectivité au regard de la situation actuelle.

2. Un recul de la sécurité juridique

164. Remplacer la réserve héréditaire par un système de droits alimentaires serait aussi un facteur d'insécurité juridique. L'observation des droits étrangers forgés sur ce modèle enseigne que les **critères à partir desquels de tels droits sont accordés par le juge sont difficiles à définir dans des conditions propres à assurer la sécurité juridique**. Comme on l'a vu en examinant le droit anglais⁴²¹, des notions telles que « l'état de besoin », « la situation de dépendance » ou « l'état de précarité économique » sont, quels que soient les efforts fournis par le législateur pour mieux les cerner, par essence imprécises et soumises à l'appréciation aléatoire et subjective du juge en fonction des circonstances particulières de l'espèce. La dévolution de la succession, au lieu d'être définie par la loi comme cela est traditionnellement le cas dans notre droit, serait entre les mains du juge. Si l'on fait abstraction de la situation assez simple du mineur, du jeune majeur et de l'enfant malade ou handicapé, dont l'état de besoin est manifeste, les autres cas seraient de nature à donner lieu à des décisions très différentes sur l'ensemble du territoire.

165. On ajoutera que, dans un tel système, **la liberté de disposer du défunt ne se trouve pas nécessairement renforcée, bien au contraire**. D'une part, devant compter avec cet aléa judiciaire, le défunt est invité par prudence et pour assurer le respect de ses prévisions, à ne pas priver ses proches de tout droit dans sa succession, sans être pour autant certain que ce qui aura été laissé suffira, à l'heure du règlement de la succession, à pourvoir aux besoins, par essence évolutifs, du créancier. D'autre part, un droit alimentaire, dépendant par définition de l'étendue des besoins du demandeur, est susceptible de s'étendre à une large part voire à l'intégralité de la succession, lorsque celle-ci est d'un faible montant. Au contraire, le système de la réserve héréditaire laisse toujours une part de quotité disponible. Il faut encore compter sur le fait qu'une logique alimentaire n'introduit pas nécessairement de hiérarchie entre les différents créanciers d'aliments lesquels peuvent donc concourir ensemble, ce qui est une source de complexité.

421. V. *supra* n°47s.

Enfin, comme cela a été évoqué à l'occasion de l'étude des droits anglais et américain, la menace de demander un droit alimentaire contre la succession constitue en pratique un puissant argument de négociation dans nombre de cas qui n'accèdent pas au contentieux mais dans lesquels les dernières volontés du défunt ne sont donc finalement pas respectées, les parties acceptant de transiger pour éviter le procès⁴²². C'est dire qu'en termes de défense de la liberté individuelle du futur défunt, le système des droits alimentaires n'est pas l'idéal que décrivent les partisans de la suppression de la réserve héréditaire.

Pour l'ensemble de ces raisons, le groupe de travail considère que la réserve héréditaire présente d'indéniables avantages auxquels il serait regrettable de renoncer en l'abandonnant.

3. La remise en cause d'un enjeu démocratique

166. La délimitation de la liberté de disposer gratuitement de ses biens est en partie politique et constitue un enjeu démocratique. Cette question, parce qu'elle est de nature politique et parce qu'elle structure la société elle-même, doit continuer à relever de la représentation nationale et d'une délibération collective. C'est la loi qui doit continuer à la trancher et non le juge, dont la légitimité démocratique dans nombre de pays de *Common law* n'a pas son équivalent dans notre système juridique.

167. Le droit français doit ici se garder de céder à une « logique de vaincus »⁴²³ qui parfois l'amène à abandonner ses institutions juridiques au profit de celles des pays anglo-saxons sur la base d'un discours non étayé consistant à considérer que, les économies de ces pays étant globalement plus performantes, leur droit doit l'être également. Sans entrer dans le détail des faiblesses d'une telle démarche, qui entretient un « comparatisme d'intimidation »⁴²⁴, il importe de dire combien le législateur français ferait ici fausse route. L'observation des droits anglo-saxons qui ignorent la réserve héréditaire enseigne que ces droits, étant à la fois coûteux et imprévisibles, sont sous cet aspect beaucoup moins efficaces que les nombreux droits de tradition civiliste qui connaissent cette institution⁴²⁵. A cela s'ajoute qu'est ici en jeu, comme l'a fait observer le philosophe Pierre Manent lors de son audition, notre capacité à fixer nous-mêmes les règles qui nous gouvernent⁴²⁶.

C. Une réforme d'ensemble du droit patrimonial de la famille

168. Le groupe de travail souhaite ici attirer l'attention sur le fait que le droit patrimonial de la famille constitue un ensemble cohérent au sein duquel la réserve héréditaire peut difficilement être envisagée isolément. Pour reprendre la célèbre formule de Pierre Catala, la réserve est une « colonne du temple »⁴²⁷ qui structure la matière en profondeur, tant dans sa cohérence générale que dans sa technique juridique. **Supprimer la réserve ne pourrait se faire sans réformer des pans entiers du droit des successions et des libéralités, voire des régimes matrimoniaux, et sans la repenser techniquement dans sa globalité.** A envisager une réforme de la seule réserve héréditaire, le législateur courrait le risque de déstabiliser l'ensemble de l'édifice juridique. On en donnera ici trois exemples.

169. Le premier concerne l'appréhension de la succession et la saisine. A l'heure actuelle, le légataire universel se trouve privé de la saisine lorsqu'il est en présence d'un ou de plusieurs héritiers réservataires⁴²⁸. Il ne peut donc pas, de sa propre autorité et sans formalité, appréhender matériellement les biens successoraux. Il doit demander la délivrance de son legs à l'héritier réservataire, lequel assure ainsi la police de l'hérédité. Cette règle participe elle-même d'une certaine vision de la succession comme mode d'acquisition des biens. Elle s'explique par le fait que notre droit repose traditionnellement sur un modèle dit de *succession à la personne* dans lequel les héritiers continuent la personne même du défunt. Aussi prennent-ils immédiatement sa place et deviennent-ils de plein droit titulaires des droits et propriétaires des biens compris dans la succession sans autre formalité. Supprimer la réserve héréditaire supposerait de reconsidérer les dispositions relatives à la saisine et finalement, de proche en proche, l'architecture d'ensemble du droit des successions.

422. B. Sloan, *Borkowski's Law of Succession*, OUP, 3^e éd., 2017, n°9.1.

423. R. Libchaber, Des successions en quête d'avenir, *RTD civ.* 2015, p. 729 s., spéc. n°7.

424. R. Libchaber, Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, *Def.* 2007, p. 1194 s., spéc. n°36-37 évoquant la vogue actuelle du comparatisme et entendant par là « l'entreprise de dénigrement qui s'exprime actuellement par une position de principe implicite mais perverse : tout ce qui se fait ailleurs, dans des pays plus performants économiquement, est nécessairement justifié juridiquement. Ce qui frappe dans ce comparatisme d'intimidation, ce sont ses a priori : les droits qui attirent l'attention [...] sont toujours les mêmes, comme si la *Common law* était le seul système extérieur au droit civil, le seul en tout cas dont on dût s'inspirer. La comparaison alimente une curieuse déploration, qui est bien dans l'air du temps : sur un ton imprécateur, elle suggère toujours l'importation de telle ou telle institution étrangère, pour sauver le droit français de son arriération. On est en présence ce que l'on peut véritablement qualifier de vision des vaincus, recyclée sous les apparences d'une réflexion scientifique ».

425. Sur lesquels, v. *supra* n°51.

426. V. contribution reproduite en annexe.

427. P. Catala, La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple *Dr. fam.* 2006, étude 43.

428. C. civ. art. 1004.

170. Le deuxième exemple a trait au droit des libéralités. En droit français, le testament olographe, c'est-à-dire le testament « écrit en entier, daté et signé de la main du testateur »⁴²⁹ est valable : « il n'est, précise l'article 970 du code civil, assujetti à aucune autre forme ». Or, la liberté de forme que procure le testament olographe est au service de la liberté testamentaire elle-même, dont elle favorise l'expression et l'épanouissement. Cette liberté n'est cependant pas sans lien avec l'existence de la réserve héréditaire : la réserve, parce qu'elle prévient le testateur d'exhérer ses descendants, assure à sa manière une forme de contrôle testamentaire. Si le contrôle de la formation du testament est assez léger, c'est notamment parce que le testament, en présence d'héritiers réservataires, voit ses effets limités à la seule quotité disponible. A cet égard, le droit français se démarque notamment du droit anglais dans lequel la forme olographe n'est pas admise et où le formalisme est exigeant. Comme le relève un auteur, « même si cela est très schématique, on pourrait dire qu'en droit français, traditionnellement, il est facile de tester mais que le testament a peu d'effets ; tandis qu'en droit anglais, il est moins facile de tester mais le testament a plus d'effets ». De là résulte qu'« en cas d'abolition de la réserve, sans aucune compensation, le droit successoral français serait gravement déséquilibré, parce que l'élément central du contrôle du testament disparaîtrait. Le droit français ne serait pas *aussi libéral* que le droit anglais, il serait *bien plus libéral* que le droit anglais »⁴³⁰. Une éventuelle suppression de la réserve héréditaire supposerait donc que le législateur, pour assurer un équilibre et une cohérence d'ensemble, envisage de renforcer le formalisme testamentaire et le contrôle du consentement du testateur. Cela pourrait donc nécessiter une réforme du droit des libéralités.

171. Un troisième et dernier exemple porte sur l'articulation entre les successions, les libéralités et les régimes matrimoniaux qui entretiennent des liens intimes. L'article 1397 du code civil encadre juridiquement le changement de régime matrimonial et permet que ce changement fasse l'objet d'un contrôle judiciaire destiné le cas échéant à vérifier qu'il n'est pas contraire à l'intérêt de la famille. En particulier, le juge peut être saisi soit sur opposition des enfants majeurs dans le cadre d'une demande d'homologation du changement de régime matrimonial, soit en présence d'enfant(s) mineur(s) sous le régime de l'administration légale par le notaire dans les conditions prévues à l'alinéa 2 de l'article 387-3 du code civil. Ce contrôle judiciaire, en recul quant à son domaine depuis les lois des 23 juin 2006 et 23 mars 2019, ne se comprend en son principe qu'en raison de la réserve héréditaire des enfants. C'est parce que ceux-ci bénéficient d'une réserve qu'ils sont susceptibles, notamment dans les familles recomposées, d'être affectés par les nouvelles dispositions patrimoniales prises par les époux à la faveur d'un changement de leur régime. C'est ce qu'observe Claude Brenner en relevant que « le maintien d'un contrôle public du changement de régime matrimonial au profit des descendants dans le dispositif rénové de l'article 1397 du code civil ne se comprend que par l'existence à leur profit d'une réserve héréditaire »⁴³¹. Le groupe de travail attire ici l'attention sur le fait qu'à supprimer la réserve héréditaire ainsi que la possibilité pour les enfants de faire obstacle à un changement de régime matrimonial, le législateur permettrait à un époux, via son seul régime matrimonial⁴³², de priver ses enfants nés d'une précédente union, de tout droit au profit de son conjoint survivant et, à terme, des héritiers de celui-ci.

IV. La réserve héréditaire des descendants et les sources supra-législatives

172. Envisager les fondements de la réserve héréditaire aujourd'hui suppose également de s'interroger sur sa dimension supra-législative, ce que l'on peut faire à la lumière du droit européen des droits de l'homme (A) et du droit constitutionnel (B).

A. La réserve héréditaire et le droit européen des droits de l'homme

173. Depuis 1979, la Cour européenne des droits de l'homme exerce son contrôle en matière successorale. Elle considère en effet que la vie privée et familiale, protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, a également une dimension patrimoniale. Selon la Cour de Strasbourg, **la succession « entre proches parents apparaît intimement associée à la vie familiale**. Celle-ci ne comprend pas uniquement des relations à caractère social, moral ou culturel [...] : elle englobe aussi des intérêts matériels, comme le montrent notamment les obligations alimentaires et **la place attribuée à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des États membres**. Si les droits successoraux ne s'exercent d'ordinaire qu'à la mort du *de cuius*, donc à un moment où la vie familiale change ou même se dissout, il n'en découle pas que nul problème les concernant ne surgisse avant

429. C. civ. art. 970.

430. C. Bahurel, *Les volontés des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, thèse Paris 2, 2012, n°711, p. 465.

431. V. contribution écrite reproduite en annexe.

432. Notamment au moyen d'un régime de communauté universelle assorti d'une clause d'attribution intégrale de la communauté au survivant.

le décès : la succession peut se régler, et en pratique se règle assez souvent par testament ou avance d'hoirie ; elle constitue un élément non négligeable de la vie familiale »⁴³³. De cela résulte que **la réserve héréditaire relève du droit au respect à la vie privée et familiale**. On observera d'ailleurs que, dans son opinion dissidente sur l'arrêt *Marcks*, le juge Pinheiro Farinha indiquait qu'à ses yeux, « on ne peut parler de l'applicabilité de cet article (art. 8) qu'à propos de la réserve héréditaire » et non relativement à la succession légale ou testamentaire.

174. Depuis, la Cour européenne a diversifié son contrôle⁴³⁴. Elle utilise tantôt l'article 8 Conv. EDH (droit au respect de la vie privée et familiale), tantôt l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel (droit au respect des biens). Si la succession n'est pas encore ouverte, c'est sur le terrain de l'article 8 que la Cour apprécie si l'atteinte au droit au respect à la vie privée et familiale invoquée par le requérant est conforme à ses exigences⁴³⁵. Si la succession est déjà ouverte, le contrôle s'effectue sur le fondement du droit au respect des biens, c'est-à-dire sur celui de la propriété⁴³⁶. Il convient cependant de souligner que la réserve héréditaire n'a jamais été au cœur des décisions de la Cour européenne. Ce qui a justifié l'intervention de la Cour de Strasbourg, c'est le statut juridique de l'enfant né hors mariage.

175. Ce sont en effet les **discriminations successorales** entre enfant légitime, naturel et adultérin sur lesquelles reposaient historiquement les différentes législations nationales qui l'ont conduite à sanctionner les différences de traitement entre les enfants selon les circonstances de leur naissance ou la nature de leur filiation, ces discriminations ne reposant selon la Cour sur aucune justification raisonnable : c'est la combinaison avec l'article 14 (principe de non-discrimination) qui fonde la condamnation des États membres. Ainsi la France a-t-elle été condamnée sur le fondement de ce dernier texte, ainsi que sur celui du droit au respect des biens, dans l'arrêt *Mazurek*⁴³⁷ et, depuis, au titre des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001, dans les arrêts *Fabris*⁴³⁸ et *Quillichini*⁴³⁹. Pour le reste, la Cour européenne n'exerce pas son contrôle sur les législations nationales qu'il s'agisse de la succession ou de la réserve héréditaire. Aussi a-t-elle précisé dans l'arrêt *Marcks* que « l'article 8 n'exige pas pour autant qu'un enfant ait droit à une certaine part de la succession de ses auteurs voire d'autres proches parents : en matière patrimoniale aussi, il laisse en principe aux États contractants le choix des moyens destinés à permettre à chacun de mener une vie familiale normale et pareil droit n'est pas indispensable à la poursuite de celle-ci »⁴⁴⁰. De ce qui précède, résulte que seuls sont contrôlés, au titre des discriminations (Conv. EDH, art. 14), les motifs dont le législateur s'inspire pour limiter ou refuser d'accorder des droits successoraux. Ainsi, la loi ne pourrait pas réduire la réserve héréditaire d'un descendant en se fondant sur un motif dont la Cour de Strasbourg considérerait qu'il constitue une discrimination disproportionnée entre les enfants.

176. Deux éléments peuvent encore être soulignés en lien avec la protection que le droit européen des droits de l'homme pourrait offrir à la réserve héréditaire des descendants.

En premier lieu, il faut envisager la situation dans laquelle le défunt aurait pris des dispositions patrimoniales discriminatoires fondées par exemple sur le sexe, l'ordre des naissances ou la nature de la filiation d'un enfant. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà condamné l'interprétation retenue par un juge qui, devant interpréter un testament, avait considéré que l'intention du testateur était que ses dernières volontés ne profitent qu'à ses enfants biologiques et légitimes, à l'exclusion de ses enfants adoptifs⁴⁴¹. A supposer la réserve héréditaire supprimée par la loi, la Cour européenne pourrait donc condamner l'Etat qui aurait reconnu l'efficacité de dispositions ayant exhérité un enfant pour un motif considéré par le juge européen comme discriminatoire. Cependant, comme le relève Michel Grimaldi, « ce contrôle risque d'être fort difficile. Le testateur habile saura faire ou travestir la cause de sa préférence coupable »⁴⁴².

En second lieu, la Cour européenne des droits de l'homme voit aujourd'hui dans la vocation successorale de l'enfant un « élément lié à l'identité filiale » dont la privation, en raison de l'interdiction d'établir la filiation (en l'occurrence dans

433. CEDH, 13 juin 1979, *Marcks c./ Belgique*, série A, §52. C'est nous qui soulignons. V. aussi : CEDH, 23 fév. 2010, *Hofmann c./ Allemagne*, n°1289/09.

434. Sur ce point, v. : C. Birsan, La Convention européenne des droits de l'homme et le droit successoral, *Mélanges J.-P. Costa*, Dalloz, 2011, p. 39.

435. V. par ex. : CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c./ Belgique*, série A, n°214-1 ; 3 oct. 2000, *Camp et Bourimi c./ Pays-Bas*, n°28369/95 ; 13 juill. 2004, *Pla et Puncernau c./ Andorre*, n°69498/01, *RTD civ.* 2004, 804 obs. J.-P. Marguénaud.

436. CEDH, 28 oct. 1987, *Inze c./ Autriche*, n°8695/79, §38.

437. CEDH, 1^{er} fév. 2000, *Mazurek c./ France*, n°34406/97, *D.* 2000, 332 note J. Thierry ; *JCP* 2000, II, 10286 note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTD civ.* 2000, 311 obs. J. Hauser et 429 obs. J.-P. Marguénaud et 601 obs. J. Patarin. V. aussi : F. Terré et Y. Lequette, *GAJC*, t. I, Dalloz, 13^e éd, 2015, n°100.

438. CEDH, 7 fév. 2013, *Fabris c./ France*, n°16574/08, *D.* 2013, 1436 note F. Granet-Lambrechts ; *JCP N* 2013, 1061 note S. Le Chuitton ; *Procédures* 2013 comm. 105 N. Fricéro ; *RTD civ.* 2013, 358 obs. J. Hauser et 810 obs. J.-P. Marguénaud.

439. CEDH, 14 mars 2019, *Quillichini c./ France*, n°38299/15, *D.* Actu. 27 mars 2019, obs. J. Boisson.

440. CEDH, 13 juin 1979, *Marcks c./ Belgique*, *op. cit.*, §53.

441. CEDH, 13 juill. 2004, n°69498/01, *Pla et Puncernau c./ Andorre*, *D.* 2005, p. 1832 note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2114 obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel ; *RTD civ.* 2004, p. 804 obs. J.-P. Marguénaud.

442. *RTD civ.* 2018, p. 189. Et sur ce point, v. aussi *supra* n°150s.

le contexte d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger) constitue une atteinte disproportionnée à son droit au respect à la vie privée, sans qu'il soit même nécessaire d'examiner le grief de sa combinaison avec l'article 14 de la Conv. EDH (principe de non-discrimination)⁴⁴³. Sans doute n'est-il question dans cette jurisprudence que de la vocation successorale *ab intestat* de l'enfant et non de sa réserve héréditaire. Il y a bien une différence entre être appelé légalement à une succession et ne pas pouvoir être privé de tout droit dans celle-ci. Cependant, si l'on tient compte du fait que, d'une part, dans tous les systèmes juridiques européens, les enfants sont les héritiers légaux de premier rang, ce qui crée une base légale à leurs espérances successorales, et que, d'autre part, la Cour fait de la vocation successorale de l'enfant un élément même de sa filiation, une protection européenne de la réserve héréditaire n'apparaît peut-être pas inenvisageable à l'avenir.

B. La réserve héréditaire et le droit constitutionnel

177. Supprimer la réserve héréditaire supposerait que celle-ci, à la différence de la quotité disponible⁴⁴⁴, n'ait pas de valeur constitutionnelle. Pour déterminer la marge de manœuvre du législateur sur ce point, le groupe de travail a sollicité Samy Benzina, Professeur de droit public à l'Université de Poitiers, et le remercie vivement de l'importante réflexion qu'il a accepté de mener. Sa contribution, annexée au présent rapport, fournit une analyse détaillée de la marge de manœuvre dont dispose selon lui le législateur en la matière. On en résumera ici les principales conclusions (2). Avant cela, et sur le terrain du droit comparé, il importe de souligner que la Cour constitutionnelle allemande a récemment élevé la réserve héréditaire des descendants au rang de norme constitutionnelle (1). C'est dire que si la réserve héréditaire peut apparaître dépassée par ceux qui tournent systématiquement le regard vers les pays anglo-saxons, elle est considérée comme étant suffisamment importante aujourd'hui outre-Rhin pour que la plus haute juridiction allemande lui reconnaisse une valeur supra-législative.

1. En droit allemand

178. En Allemagne, les descendants, les ascendants, le conjoint survivant et le partenaire ont droit à une réserve héréditaire, appelée *Pflichtteil*⁴⁴⁵. Comme l'explique Anne Röthel à l'occasion de son audition, « le montant de la réserve varie selon les configurations familiales et le régime matrimonial des époux : en règle générale, la réserve est égale à la moitié de la part *ab intestat* »⁴⁴⁶. Au tournant des années 2000, la réserve héréditaire a fait l'objet de critiques et sa conformité à la Constitution a été mise en doute. La Cour constitutionnelle fédérale a tranché le débat dans une décision rendue le 19 avril 2005 à propos de la réserve héréditaire des descendants⁴⁴⁷.

179. La Cour constitutionnelle non seulement y rejette l'idée que la réserve héréditaire serait inconstitutionnelle en tant qu'elle serait contraire au droit de propriété et à la liberté de disposer mais de plus attribue à la réserve héréditaire, comme à la liberté de disposer, une valeur constitutionnelle. Comme le précise Anne Röthel, la Cour a décidé que « la réserve elle-même, en tant que **droit inconditionnel, détaché de toute condition liée au besoin ou de toute autre condition**, est de nature constitutionnelle (« *bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung* »). Pour ce faire, la Cour a fait le lien entre la protection constitutionnelle de la famille (art. 6) et celle de la propriété (art. 14) : la réserve est de nature constitutionnelle en ce qu'elle lie famille et patrimoine »⁴⁴⁸. La Cour a notamment relevé que la réserve héréditaire n'a pas perdu sa raison d'être en dépit de l'évolution des données sociologiques, et notamment démographiques en lien avec le recul de l'âge de l'héritage. Selon la Cour, en effet, « il est vrai que les bénéficiaires de la réserve sont en général déjà économiquement indépendants au moment de l'ouverture de la succession. Cependant, il n'en allait pas autrement autrefois. Aujourd'hui, l'espérance de vie est plus élevée et l'âge auquel on hérite est plus avancé ; cependant, à l'époque de l'entrée en vigueur du code⁴⁴⁹, la formation était plus courte et l'on entrait donc plus précocement dans la vie active »⁴⁵⁰.

180. La Cour s'attache ensuite à déceler les fondements de la réserve héréditaire laquelle exprime, selon elle, « la **solidarité familiale** qui existe de manière fondamentalement **indissoluble** entre le testateur et ses enfants. Le para-

443. CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c./ France*, n°65192/11, § 98 ; *Labassée c./ France*, n°65941/11, §77.

444. Sur la valeur constitutionnelle de la quotité disponible, v. *supra* n°103s.

445. Sur la réserve héréditaire en droit allemand, v. not. : W. Pintens et S. Seynds, *Compulsory Portion and Solidarity between Generations in German Law*, in C. Castelein, R. Foqué et A. Verbeke (dir.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Antwerp Oxford Portland Or, Intersentia, 2009, p. 167 ; A. Röthel, *La liberté de tester en droit allemand : tendances de la jurisprudence et réformes législatives*, *RIDC* 2011-1, 39.

446. V. contribution reproduite en annexe.

447. Cour constitutionnelle fédérale Allemagne, 19 avril 2005, 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03.

448. V. contribution reproduite en annexe.

449. Le Code civil allemand date de 1900.

450. Cour constitutionnelle fédérale, 19 avril 2005, BvR 1644/00, §53.

graphe 1 de l'article 6 de la Loi fondamentale protège cette relation en tant que communauté permanente au sein de laquelle les parents et les enfants ont non seulement le droit mais aussi le **devoir d'être responsables les uns envers les autres**, tant matériellement que personnellement. Tout comme l'obligation alimentaire, **la réserve héréditaire est attachée au lien de filiation** entre le testateur et ses enfants et assure le **respect de cette solidarité entre les générations** à travers la succession. **La liberté de disposer du testateur est donc constitutionnellement encadrée par les liens familiaux qui découlent de la filiation**. Cette solidarité mutuelle justifie que l'on assure à l'enfant une part dans la succession de son parent décédé ». Dès lors, ajoute la Cour « le droit à une réserve héréditaire a pour fonction de permettre la préservation du lien idéal et économique entre la propriété et la famille – **indépendamment de tout besoin concret de l'enfant** – par-delà la mort du propriétaire »⁴⁵¹.

181. La Cour constitutionnelle a encore pris le soin de souligner l'importance de la réserve héréditaire afin de **préserver l'égalité entre tous les enfants**, particulièrement ceux nés d'une première union. Selon la Cour, en effet, cette « fonction de **la réserve héréditaire** qui, d'une part, restreint la liberté et, d'autre part, protège la famille, **est particulièrement importante s'il y a des enfants issus d'un mariage ou d'une relation antérieurs qui souvent seraient exclus de la succession si la réserve n'existait pas**. Cela vaut en particulier pour les enfants illégitimes du père » qui doivent « **bénéficier d'une participation appropriée à la succession paternelle** »⁴⁵².

182. Comme le relève Anne Röthel, « la marge du législateur en la matière est désormais réduite : le législateur allemand ne pourrait pas abolir la réserve héréditaire des enfants. Il ne pourrait pas davantage supprimer la liberté de tester, laquelle a également une valeur constitutionnelle. Selon la Cour constitutionnelle, il appartient donc au législateur de régler le conflit entre deux normes constitutionnelles contraires : la réserve héréditaire, d'un côté ; la liberté de tester, de l'autre. Pour réaliser ce compromis, le législateur dispose, selon la Cour, d'une large marge de manœuvre »⁴⁵³. Selon la Cour, en effet, « au lieu de consacrer une part réservataire sous la forme d'une créance pécuniaire⁴⁵⁴, la loi pourrait consacrer un droit portant sur les biens héréditaires. Le montant de la réserve n'est pas non plus strictement prescrit par le droit constitutionnel ; seule une participation appropriée et irrévocable des enfants à la succession du testateur doit être garantie »⁴⁵⁵. On observera que la décision de la Cour constitutionnelle ne concerne que la réserve héréditaire des descendants : la question de la constitutionnalité de la réserve des ascendants et de celle du conjoint survivant (et du partenaire) n'a pas été posée à la Cour.

183. En Allemagne, les débats relatifs à la réserve héréditaire se sont taris aujourd'hui et celle-ci fait l'objet, comme l'héritage, d'un large consensus. Comme le souligne Anne Röthel, « dans l'opinion populaire, ce n'est pas la réserve qui est discutée mais bien plus **l'impôt successoral**, qui est pourtant beaucoup moins élevé en Allemagne qu'en France. Précisons à cet égard que le montant de l'impôt varie selon le degré de parenté et l'actif de la succession. A titre d'exemple, les enfants bénéficient d'un abattement de 400 000 euros. Au-delà de 400 000 euros, le tarif est de 7% (jusqu'à un montant transmis au-delà de l'abattement de 75 000 euros), de 11% (de 75 000 à 300 000 euros au-delà de l'abattement), de 15% (de 300 000 à 600 000 euros au-delà de l'abattement). On estime qu'en moyenne, l'impôt correspond à 4% environ de la valeur des successions transmises chaque année »⁴⁵⁶. Par comparaison, en France, l'abattement par enfant n'est que de 100 000 euros⁴⁵⁷.

2. En droit français

184. De l'étude menée par Samy Benzina à la demande du groupe de travail, dont les principales conclusions seront ici résumées⁴⁵⁸, il résulte d'abord que le Conseil constitutionnel n'a jamais eu l'occasion de dire si la réserve héréditaire, telle que l'organisent les articles 913 et suivants du code civil, est de valeur constitutionnelle⁴⁵⁹. Il convient donc d'être prudent relativement au sens de l'hypothétique décision qu'il pourrait rendre sur ce point. Cela étant dit, souligne Samy Benzina, « une analyse de la Constitution et de la jurisprudence constitutionnelle nous conduit à considérer que le législateur ne pourrait pas abroger purement et simplement les dispositions du Code civil relatives à la réserve héréditaire »⁴⁶⁰.

451. *Ibid.*, §73. C'est nous qui soulignons.

452. *Ibid.*, §75.

453. V. contribution reproduite en annexe.

454. En droit allemand, la réserve héréditaire prend en effet la forme d'une créance monétaire contre la succession.

455. Décision précit., §77.

456. V. contribution reproduite en annexe.

457. CGI, art. 779.

458. Le lecteur est invité à se reporter plus largement à la contribution écrite de Samy Benzina reproduite en annexe.

459. Sur les décisions rendues par le Conseil constitutionnel en lien avec le droit des successions et la réserve héréditaire, v. S. Benzina, contribution reproduite en annexe, n°3-7.

460. V. contribution reproduite en annexe, n°10.

185. Si le législateur envisageait de supprimer la réserve héréditaire, il est probable, explique en substance Samy Benzina, que le Conseil constitutionnel reconnaîtrait l'existence d'un **droit de succession à valeur constitutionnelle**. « Il apparaît évident, écrit-il, que si le législateur supprimait la réserve héréditaire ou la modifiait dans un sens qui lui retirerait toute substance, la question de l'existence d'un droit de succession à valeur constitutionnelle se poserait. Or, il nous semble que dans une telle hypothèse, le Conseil constitutionnel serait susceptible de reconnaître la valeur constitutionnelle du droit de succession. Le principe selon lequel certains héritiers doivent pouvoir obtenir une part minimale du patrimoine de leurs ascendants lors de leur décès n'est en effet pas contingent ou secondaire. Il s'agit au contraire d'un des principes structurants des relations familiales et sociales depuis plusieurs siècles qui fait l'objet, encore aujourd'hui, d'un très fort attachement des Français »⁴⁶¹.

186. Au demeurant, une telle orientation n'isolait pas la France sur la scène internationale. Comme le relève Samy Benzina, « la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle au droit de succession permettrait en outre à la France rejoindre près de la moitié des États de l'Union européenne qui reconnaissent déjà un tel droit. Si la portée d'un tel droit peut varier selon l'État en cause, il n'en reste pas moins que les Constitutions allemande⁴⁶², polonaise⁴⁶³, bulgare⁴⁶⁴, estonienne⁴⁶⁵, slovaque⁴⁶⁶, slovène⁴⁶⁷ ou roumaine⁴⁶⁸ garantissent « le droit de succession ». Les Constitutions espagnole⁴⁶⁹, irlandaise⁴⁷⁰, hongroise⁴⁷¹, de la République tchèque⁴⁷² ou de la Croatie⁴⁷³ reconnaissent « le droit à l'héritage ». La Constitution portugaise⁴⁷⁴ garantit quant à elle le « droit à la transmission de biens entre vifs ou pour décès ». À noter que dans les autres États européens dont la Constitution ne garantit pas expressément le droit de succession, la Cour constitutionnelle locale a pu reconnaître, par voie prétorienne, un tel droit. Par exemple, la Cour constitutionnelle lituanienne a reconnu que « la Constitution garantit le droit de succession »⁴⁷⁵ dans un arrêt de 2002. En outre, même dans les États où le droit de succession n'est pas garanti au niveau constitutionnel, des dispositions législatives prévoient une réserve héréditaire. On peut par exemple évoquer les cas de la Belgique⁴⁷⁶, de l'Italie⁴⁷⁷, ou de la Grèce⁴⁷⁸. Hors de l'Union européenne, d'autres grands États garantissent un tel droit. Par exemple, les Constitutions brésilienne⁴⁷⁹, chinoise⁴⁸⁰, algérienne⁴⁸¹, égyptienne⁴⁸² ou turque⁴⁸³ garantissent « le droit d'hériter » ou « le droit d'héritage »⁴⁸⁴.

187. De plus, explique encore Samy Benzina, en termes de politique jurisprudentielle, la reconnaissance d'un tel droit de succession serait sans doute perçue comme un **nécessaire contrepoint à la liberté, de valeur constitutionnelle, de disposer de ses biens**. En un mot, si le Conseil constitutionnel déclarait absolue la liberté de disposer de ses biens en matière d'héritage, les autres limites législatives à la liberté de disposer et à la propriété privée seraient susceptibles, par analogie, de se voir contestées avec succès dans leur constitutionnalité. C'est une brèche que le Conseil constitutionnel ne souhaiterait sans doute pas voir s'ouvrir. Ainsi Samy Benzina écrit-il à cet égard que « le droit de

461. V. contribution reproduite en annexe, n°13.

462. L'article 14 de la Loi fondamentale allemande du 8 mai 1949 dispose que « La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois ».

463. L'article 21 de la Constitution du 2 avril 1997 de la Pologne dispose que « La République de Pologne protège la propriété et le droit de succession ».

464. L'article 17 de la Constitution de Bulgarie du 13 juillet 1991 énonce que « Le droit à la propriété et à la succession est garanti et protégé par la loi ».

465. L'article 32 de la Constitution estonienne du 28 juin 1992 dispose que « Le droit de succession est garanti ».

466. L'article 20 de la Constitution slovaque du 3 septembre 1992 dispose que « Le droit de succession est garanti ».

467. L'article 33 de la Constitution slovène du 23 décembre 1991 énonce que « Le droit à la propriété privée et le droit de succession sont garantis ».

468. L'article 42 de la Constitution roumaine du 8 décembre 1991 dispose que « Le droit de succession est garanti ».

469. L'article 33 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 énonce que « Le droit à la propriété privée et le droit à l'héritage sont reconnus ».

470. L'article 43 de la Constitution irlandaise du 1^{er} juillet 1937 dispose que « L'État par conséquent garantit qu'il n'adoptera pas de loi qui tenterait d'abolir la propriété privée ou le droit général de céder, léguer et hériter la propriété ».

471. L'article 13 de la Loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011 dispose que « Chacun a droit à la propriété et à l'héritage ».

472. L'article 11 Charte des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui est partie intégrante de la Constitution tchèque du 16 décembre 1992, énonce que « L'héritage est garanti ».

473. L'article 48 de la Constitution croate du 22 décembre 1990 dispose que « Le droit à l'héritage est garanti ».

474. L'article 62 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 dispose que « Le droit à la propriété privée ainsi que la transmission de biens entre vifs ou pour décès est garanti à chacun, conformément à la Constitution ».

475. Cour constitutionnelle de Lituanie, 4 mars 2002, n° 17/2000.

476. V. article 913 du Code civil belge.

477. V. articles 536 et s. du Code civil italien.

478. V. article 1825 du Code civil hellénique.

479. L'article 30 de la Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 dispose que « Le droit d'hériter est garanti ».

480. L'article 13 de la Constitution chinoise du 4 décembre 1982 énonce que « L'État protège, selon les dispositions de la loi, le droit des citoyens à la propriété privée et le droit à l'héritage des biens privés ».

481. L'article 52 de la Constitution algérienne du 28 novembre 1996 dispose que « Le droit d'héritage est garanti ».

482. L'article 35 de la Constitution égyptienne du 15 janvier 2014 énonce que « La propriété privée est préservée et le droit à l'héritage garanti ».

483. L'article 35 de la Constitution turque du 7 novembre 1982 dispose que « Chacun possède les droits de propriété et d'héritage. Ces droits peuvent être limités par la loi, mais uniquement dans un but d'intérêt public ».

484. V. contribution écrite, n°16.

disposer librement de son patrimoine, auquel le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle⁴⁸⁵, ne peut pas être conçu de manière absolue. Son existence ne peut pas être considérée comme un obstacle à la reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle. En effet, le droit de disposer, comme tout droit ou liberté constitutionnels, doit nécessairement être concilié avec d'autres exigences constitutionnelles. Sans quoi, une grande partie de la législation française, non limitée au droit des successions, serait inconstitutionnelle dans la mesure où elle limite justement ce droit de disposer. On pourrait ainsi estimer qu'en reconnaissant la valeur constitutionnelle du droit de disposer, le Conseil constitutionnel a implicitement rendu nécessaire la reconnaissance d'autres exigences constitutionnelles qui permettent de contrebalancer ce droit de disposer. La reconnaissance d'un droit de succession à valeur constitutionnelle au bénéfice des héritiers pourrait ainsi être le pendant de la reconnaissance du droit de disposer du *de cuius*. Sans une telle garantie constitutionnelle, il y aurait une asymétrie entre un droit de disposer à valeur constitutionnelle, « *attribut essentiel du droit de propriété* »⁴⁸⁶, et un droit de succession qui n'aurait alors qu'une valeur législative »⁴⁸⁷. Dès lors, la « garantie constitutionnelle du droit de succession est donc importante dans la mesure où elle va imposer au législateur de concilier deux exigences constitutionnelles : le droit de propriété du *de cuius*, et donc son droit de disposer de ses biens, avec le droit de succession des héritiers »⁴⁸⁸. Dans ce cadre, « la réserve héréditaire, en ce qu'elle garantit que les descendants puissent se voir réserver une part de la succession, apparaît alors comme la concrétisation législative d'un droit de succession à valeur constitutionnelle » : elle est « le corollaire du droit de succession garanti par la Constitution »⁴⁸⁹.

188. S'agissant du **fondement constitutionnel** auquel la réserve héréditaire pourrait être rattachée, Samy Benzina, après avoir envisagé plusieurs possibilités⁴⁹⁰, indique sa préférence pour les normes constitutionnelles qui assurent la **protection de la famille** ainsi que de la **solidarité familiale** et qui sont énoncées dans les **alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946**. Ces deux textes, rappelle Samy Benzina, énoncent respectivement que « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » et notamment qu'« elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». On pourrait, poursuit-il, « déduire de ces deux alinéas l'exigence de protection de la famille et de solidarité familiale dont découlerait le droit de succession. Ce ne serait d'ailleurs pas la première fois que le Conseil constitutionnel tirerait de la lecture combinée de ces deux alinéas une norme constitutionnelle »⁴⁹¹.

189. Reste à préciser la **portée** de la valeur constitutionnelle de la réserve héréditaire à la supposer consacrée par le Conseil constitutionnel. Samy Benzina souligne d'abord qu'à ses yeux, **seule la réserve héréditaire des descendants**, à l'exclusion de celle du conjoint survivant, devrait revêtir une portée constitutionnelle. La réserve héréditaire du conjoint survivant, explique-t-il, est beaucoup plus récente – elle n'a été introduite que par la loi du 3 décembre 2001 – et, compte tenu de ses contours actuels, il est douteux qu'elle satisfasse l'impératif de solidarité familiale et de protection de la famille⁴⁹².

190. Il relève ensuite que la réserve héréditaire constituerait certainement « un **droit constitutionnel de second rang** », c'est-à-dire susceptible d'être limité par le législateur sous la double condition que cette limite soit justifiée par un objectif d'intérêt général ou une autre exigence constitutionnelle et qu'elle ne soit pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur. Or, « pour qu'une limitation ne soit pas considérée comme disproportionnée, le législateur doit apporter un certain nombre de garanties législatives »⁴⁹³. Cela laisserait cependant une importante marge de liberté au législateur, notamment pour fixer le *quantum* de la réserve héréditaire, à l'instar de ce qu'a décidé la Cour constitutionnelle allemande⁴⁹⁴. En revanche, « le législateur ne pourrait évidemment pas supprimer la réserve héréditaire des descendants dans la mesure où cela priverait le droit de succession de toute effectivité » et « une réforme législative ne [pourrait] pas non plus réduire la réserve héréditaire au point de dénaturer le sens et la portée du droit de succession ». Par exemple, « on peut imaginer qu'une réforme qui maintiendrait la réserve héréditaire des descendants tout en lui retirant son caractère impératif ou qui réduirait très substantiellement le *quantum* de la

485. CC, n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (§40).

486. CC, n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (§22). V. aussi CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, (§63). La Cour juge que « le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété ».

487. V. contribution reproduite en annexe, n°17.

488. *Ibid.*

489. V. contribution reproduite en annexe, n°18.

490. V. contribution reproduite en annexe, n°24-34.

491. V. contribution reproduite en annexe, n°37.

492. V. contribution écrite reproduite en annexe, n°42.

493. V. contribution écrite reproduite en annexe, n°45.

494. V. *supra* n°182.

réserve de manière générale, par exemple à simplement 1/10 des biens du *de cuius*, ou encore qui priverait les héritiers réservataires de toute action en réduction pourraient constituer des atteintes que le Conseil constitutionnel serait susceptible de déclarer inconstitutionnelles »⁴⁹⁵.

La réserve héréditaire, si elle relève du droit au respect à la vie privée et familiale (Conv. EDH, art. 8), n'est pas directement protégée par le droit européen des droits de l'homme. C'est essentiellement une politique de lutte contre les discriminations fondées sur la naissance que la Cour européenne des droits de l'homme mène en matière successorale. La disposition par laquelle le disposant exhériterait un enfant pour un motif en réalité discriminatoire serait ainsi contraire aux exigences européennes, la difficulté pratique étant de pouvoir rapporter la preuve d'un tel motif, le plus souvent demeuré occulte.

Dans certains pays, la réserve héréditaire a valeur constitutionnelle et s'impose au législateur. C'est le cas notamment en Allemagne depuis 2005, signe de la réaffirmation récente de l'attachement de l'ordre juridique allemand à l'institution de la réserve héréditaire et de la vitalité de la réserve héréditaire outre-Rhin.

En France, le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur la valeur constitutionnelle de la réserve héréditaire. S'il convient donc d'être prudent, il n'est pas exclu que le Conseil constitutionnel, à le supposer saisi de l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi abrogeant les dispositions du code civil relatives à la réserve héréditaire, reconnaisse l'existence d'un droit de succession de valeur constitutionnelle et voie dans la réserve héréditaire l'expression des garanties législatives entourant ce droit. Le législateur ne serait donc pas libre de supprimer la réserve héréditaire.

En conclusion, le maintien de principe de la réserve héréditaire des descendants fait l'unanimité au sein du groupe de travail. Les objections qui lui sont faites n'apparaissent guère décisives alors que divers éléments suggèrent que les Français y sont attachés. Les justifications de la réserve héréditaire demeurent actuelles et solides, y compris dans le contexte d'une société marquée par un plus grand individualisme. Par ses multiples fondements, la réserve héréditaire se justifie en définitive comme étant « au service de la société elle-même, par son effet régulateur et pacificateur, qui protège les personnes et les familles qui la composent, facilite la transmission, réduit les contentieux et sert ainsi l'intérêt général que la liberté du futur défunt ne pourrait seule satisfaire »¹. Les conséquences qui résulteraient de son éventuelle suppression doivent selon le groupe de travail dissuader de s'engager dans une voie que le législateur ne serait au demeurant pas certain de pouvoir emprunter compte tenu de la possible valeur constitutionnelle de la réserve héréditaire.

495. V. contribution reproduite en annexe, n°47.

§IV. La réserve héréditaire en demi-teinte du conjoint survivant

191. Le groupe de travail observe que lorsqu'il est question de la réserve héréditaire sans autre précision dans les débats, c'est très généralement de la seule réserve des descendants qu'il est question. Les consultations menées ont permis de le vérifier. La réserve du conjoint survivant n'est souvent pas évoquée spontanément et, lorsqu'elle l'est, c'est afin d'en souligner les irréductibles particularités. De fait, la réserve du conjoint survivant n'a fait l'objet que d'une reconnaissance tardive (I). Par ailleurs, ses contours sont singuliers (II). Il faut enfin compter, pour mesurer l'étendue de la protection *post-mortem* du conjoint survivant, sur les autres mesures protectrices dont il bénéficie (III).

I. Une reconnaissance tardive

192. En 1804, attribuer une réserve héréditaire au conjoint survivant était inconcevable : dans la dévolution légale, le conjoint, parent pauvre de la succession, n'était préféré qu'à l'Etat. La succession reposait sur la parenté par le sang et visait avant tout à assurer la conservation des biens dans la famille. Le conjoint survivant était considéré comme un étranger dont on se méfiait et qui risquait, en héritant, de faire sortir les biens de la famille.

193. Pour autant, le conjoint n'était pas nécessairement démuné à la mort de son époux. Car pour avoir une vue exacte de la situation patrimoniale du conjoint survivant, il ne faut pas s'arrêter à ses droits légaux dans la succession de son époux prédécédé.

194. D'une part, il faut prendre en compte son **régime matrimonial** et les libéralités entre époux. Au titre du régime légal, l'époux survivant recueille la moitié de la communauté, étant précisé qu'après 1965, les époux ont pu recourir à la possibilité qui leur était désormais offerte de changer de régime matrimonial, notamment au profit d'une communauté universelle assortie d'une clause d'attribution intégrale de la communauté au survivant, cette combinaison permettant en quelque sorte de vider la succession du prémourant au profit du survivant au moyen d'avantages matrimoniaux traités en principe comme des actes à titre onéreux et n'étant donc pas pris en compte au titre de la réserve héréditaire⁴⁹⁶. Au titre des **libéralités entre époux**, et grâce au jeu de la quotité disponible spéciale entre époux⁴⁹⁷, la pratique des « donations au dernier vivant » s'est largement développée au point que l'on estimait à la fin des années 1990 que 80% des successions comprenant un conjoint contenaient une telle disposition libérale en sa faveur⁴⁹⁸.

195. D'autre part, avec le développement de la solidarité collective au cours du vingtième siècle⁴⁹⁹, le conjoint survivant peut compter sur **divers gains de survie** – réversion de la pension de retraite, prestations sociales liées au veuvage – qui ont une grande importance pratique. Enfin, le conjoint survivant est souvent le premier bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie dont la souscription est répandue. En d'autres termes, ces combinaisons sont ainsi multiples, ce qui rend la question de son statut successoral délicate. Comme le soulignait Pierre Catala, le conjoint survivant « n'est pas un héritier comme les autres » : « sa communauté de vie [...] avec le défunt a tissé bien d'autres liens patrimoniaux que la seule expectative successorale. Il s'ensuit que son niveau de vie au cours du veuvage dépendra d'une série complexe de facteurs »⁵⁰⁰.

196. La promotion ultérieure du conjoint survivant dans la famille et dans la succession a cependant conduit à se demander s'il devait aussi devenir réservataire. Les données – droit comparé, opinion des Français, recommandation de la pratique notariale – étaient contrastées⁵⁰¹. La nucléarisation de la famille, la modification de la composition des patrimoines, la généralisation du travail des femmes et leur contribution à l'enrichissement du couple, l'allongement de la durée de vie des veuves et l'accroissement corrélatif des dépenses de santé et de dépendance étaient en faveur de la reconnaissance d'une réserve. Les objections cependant ne manquaient pas : fragilité du lien conjugal en lien avec la multiplication des divorces et des remariages, parfois de très courte durée ; danger d'altérer la liberté des conventions matrimoniales, notamment lorsque les époux se marient sous la séparation de biens ; inutilité de la réserve dans un couple uni ; inadéquation du moyen (la réserve) à la fin (assurer le maintien des conditions d'existence du conjoint survivant). Ce dernier élément avait orienté les artisans de la réforme de 2001 vers la reconnaissance pragmatique de droits au logement dans une logique de maintenance du cadre de

496. Sauf en l'absence de descendants non communs : C. civ., art. 1527.

497. C. civ., art. 1094-1.

498. M.-C. Catala de Roton, *Les successions entre époux*, Economica, 1990

499. C. Chaineaud, *La protection sociale contemporaine de la veuve (1870-1945)*, PU Bordeaux, 2012.

500. La veuve et l'orphelin, in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 257 s. spéc. n°18, p. 265.

501. Notamment en lien avec la nature – en propriété ou en usufruit seulement – de la réserve du conjoint.

vie considérant que c'était là la considération qui devait guider en priorité le législateur s'agissant d'accorder au conjoint un minimum successoral⁵⁰².

197. Au cours des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 3 décembre 2001, l'Assemblée Nationale (favorable à la réserve) et le Sénat (partisan de droits impératifs sur le logement) se sont opposés⁵⁰³. Le **compromis** a consisté en commission mixte paritaire à juxtaposer une réserve d'un quart en propriété⁵⁰⁴ et des droits spécifiques sur le logement⁵⁰⁵. Et afin d'éviter un cumul de réserves, la loi du 3 décembre 2001 n'a fait du conjoint un héritier réservataire qu'à défaut de tout autre réservataire, c'est-à-dire à l'époque en l'absence de descendant *et* d'ascendant. En supprimant la réserve des ascendants, la loi du 23 juin 2006 a mécaniquement accru le domaine de la réserve du conjoint, celui-ci étant depuis réservataire en l'absence de descendant⁵⁰⁶.

II. Des contours singuliers

A. Les fondements

198. Ce sont d'abord les fondements de la réserve héréditaire du conjoint survivant qui sont singuliers. **On ne peut pas raisonner ici par analogie avec la réserve des descendants pour cette raison simple que le mariage, lien électif par excellence, peut être dissous par divorce tandis que la filiation est un lien juridique indissoluble.** C'est ce qu'avait observé le rapporteur à l'Assemblée Nationale en 2001 : « Revendication fréquemment exprimée, l'octroi d'un droit de réserve au conjoint survivant soulève de délicates questions de principe, dès lors que l'on se place dans la logique de l'affection qui sous-tend la présente proposition de loi. En effet, il est difficilement concevable de vouloir protéger le conjoint contre la volonté du défunt si celui-ci entend le déshériter - puisque tel est le sens de la réserve - alors que la proposition de loi, en plaçant plus favorablement le conjoint survivant dans l'ordre successoral, tend à faire primer les liens affectifs sur ceux du sang. Certes, les enfants et les parents du défunt bénéficient de ce droit de réserve. Mais il faut bien admettre, même avec une certaine brutalité, que l'on ne choisit pas ses parents et que l'on ne change pas d'enfants. Tel n'est pas le cas du conjoint... »⁵⁰⁷.

L'évolution observée depuis 2001 vient conforter cette analyse : les réformes législatives (2004, 2016, 2019) ont toutes eu pour objet de dédramatiser, de faciliter, de simplifier et d'accélérer le divorce et, par contrecoup, de fragiliser juridiquement le mariage.

199. Ces éléments expliquent aussi que l'on ne puisse transposer à la réserve héréditaire du conjoint survivant les fondements qui justifient celle des descendants.

Par définition, il est impossible de voir dans la réserve héréditaire un effet légal inconditionnel du lien juridique unissant le défunt au conjoint survivant : on vient de le voir, tandis que le lien de filiation est indissoluble et soustrait dans ses effets au pouvoir de la volonté individuelle, le mariage est un lien juridique parfaitement dissoluble, dont on peut se délier par divorce avec une facilité et une simplicité sans cesse accentuées par le législateur contemporain. Ce qui rejoint plus largement la remarque formulée devant le groupe de travail par le philosophe Marcel Gauchet selon qui le conjoint et les enfants occupent, vis-à-vis du futur défunt, des positions irréductibles l'une à l'autre : le conjoint existe par lui-même, le futur défunt ne l'engendre pas ; le mariage unit deux personnes préexistantes l'une à l'autre. La société peut vouloir tenir compte de leur vie commune et lui attacher des conséquences juridiques mais cette vie commune librement choisie par deux êtres indépendants n'a rien de commun avec le fait de donner naissance à de nouveaux êtres qui dépendent, pour leur existence civile en tant qu'individus, de leur filiation et de ses effets⁵⁰⁸.

De même, l'on ne saurait expliquer la réserve héréditaire du conjoint survivant par la nécessité de préserver sa liberté individuelle contre les menaces d'exhérédation du futur défunt : la nature élective du mariage et la liberté de le dissoudre par le divorce suffisent ici à préserver l'indépendance du conjoint dans ses choix personnels et ses opinions.

Enfin, le fondement tiré de l'égalité achoppe ici sur le fait que le conjoint est par définition unique : sa réserve n'assume donc aucune fonction d'égalisation minimale des conditions.

502. Sur tous ces aspects, v. P. Catala, La veuve et l'orphelin, in *Famille et patrimoine*, op. cit., spéc. n°16 s., p. 264 s.

503. R. Revol, La réserve du conjoint survivant, *Gaz. Pal.* 2002, n°276, p. 23.

504. C. civ. art. 914-1.

505. C. civ., art. 763 et s.

506. C. civ., art. 914-1.

507. A. Vidalies, Rapport Ass. Nat. n° 2910, 5 fév. 2001.

508. V. contribution reproduite en annexe.

200. Aussi faut-il renoncer à une logique unitaire propre à justifier la réserve héréditaire dans la globalité de ses applications⁵⁰⁹ et chercher dans une démarche dualiste à identifier les fondements spécifiques de la réserve du conjoint. Or, ceux-ci n'apparaissent pas clairement et les membres du groupe de travail ne partagent pas tous la même analyse. La maintenance, c'est-à-dire le maintien du cadre de vie et des conditions d'existence du conjoint survivant frappé par le veuvage, peut être écartée : d'une part, cette fonction est assurée par les droits spécifiques sur le logement et le mobilier qui ont été attribués au conjoint survivant par la loi du 3 décembre 2001 ; d'autre part, dans la plupart des successions, une quote-part d'un quart des biens ne permet pas d'assurer le maintien du cadre de vie du conjoint survivant car cette quotité représente un trop faible montant. Un fondement alimentaire, consistant à voir dans la réserve du conjoint un prolongement *post-mortem* du devoir de secours entre époux et, par conséquent, une expression particulière de la solidarité familiale, pourrait être envisagé. La réserve serait l'expression d'un devoir d'assistance conjugal par-delà la mort. Cette explication se heurte cependant à deux obstacles : premièrement, la réserve du conjoint n'est pas conditionnée par son état de besoin ; deuxièmement, le conjoint survivant réservataire qui démontrerait être dans le besoin peut par ailleurs réclamer à la succession une pension alimentaire⁵¹⁰, ce qui montre bien que les deux institutions sont autonomes.

201. La réserve héréditaire du conjoint survivant procède sans doute plus simplement de la volonté du législateur, pour des raisons économiques et sociales, d'en faire le complément de sa politique générale de promotion du conjoint survivant dans un contexte d'horizontalisation de la transmission successorale.

Le groupe de travail reconnaît bien volontiers que cela n'éclaire guère la quête des fondements de la réserve du conjoint survivant. Il observe encore que les consultations menées, si elles ont généralement été l'occasion d'insister sur l'importance de la réserve héréditaire des descendants, ont tout aussi fréquemment conduit leurs auteurs à souligner la fragilité de celle du conjoint survivant. Les observations d'Yves Lequette reflètent bien à cet égard le sentiment général découlant de la plupart des auditions réalisées par le groupe de travail : les « justifications [de la réserve héréditaire des descendants] perdent toute valeur en ce qui concerne la réserve héréditaire du conjoint [...] En réalité, elle tend à maintenir les conditions d'existence du conjoint sans pour autant avoir la nature d'une dette d'aliments, en sorte qu'il aurait été bien préférable d'avoir recours à un droit à la maintenance plutôt qu'à une réserve détournée de ses fonctions. Autant la revalorisation de la vocation légale du conjoint réalisée en 2001 emporte la conviction, autant son entrée dans le cercle des réservataires apparaît discutable. A notre sens, la réserve héréditaire n'a de solides fondements qu'à l'égard des descendants »⁵¹¹.

B. Le domaine

202. C'est ensuite le domaine de la réserve du conjoint qui est singulier. En premier lieu, si l'on peut comprendre que le futur défunt ne puisse pas priver son conjoint de tout droit dans sa succession dans un mariage uni, la réserve héréditaire est plus difficile à justifier en présence de ce que Jean Carbonnier appelait un « **mort mariage** », lorsque le lien conjugal est relâché ou sur le point d'être dissous. Aussi les rédacteurs de la loi du 3 décembre 2001 avaient-ils privé le conjoint survivant de sa réserve dans de telles circonstances. L'article 914-1 du Code civil définissait en effet le conjoint réservataire comme celui « *non divorcé, contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée et qui n'est pas engagé dans une instance en divorce ou séparation de corps* ». La loi du 23 juin 2006 ayant néanmoins réécrit l'article 914-1⁵¹², le conjoint survivant conserve désormais sa réserve tant que le mariage n'est pas dissous par le divorce⁵¹³. La solution a le mérite de la simplicité. Cependant, elle ne facilite pas l'identification des fondements de la réserve du conjoint et elle est peut-être trop réductrice.

203. En second lieu, c'est le **caractère subsidiaire** de la réserve héréditaire du conjoint survivant qui interroge : n'étant réservataire qu'à défaut de descendant⁵¹⁴, le conjoint survivant peut être exhéredé en présence d'un ou plusieurs descendants du défunt. Or, il est paradoxal de priver de réserve le conjoint qui a justement donné une descendance au défunt. A cela s'ajoute que la réciprocité n'est pas systématique entre les époux puisque le prémourant doté d'une

509. En ce sens, v. : C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 912 à 930-5, fasc. 10, 2017, n°73.

510. C. civ., art. 767.

511. V. contribution reproduite en annexe.

512. Notamment afin de tenir compte de la loi du 26 mai 2004 ayant réformé le divorce dans le sens de la déconnexion des causes et des conséquences du divorce.

513. C'est-à-dire, en application de l'article 260 du Code civil, dans le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire à la date à laquelle la convention de divorce conclue par acte sous signature privée contresigné par avocats acquiert force exécutoire et dans les divorces judiciaires à la date à laquelle le divorce prend force de chose jugée.

514. C. civ., art. 914-1.

descendance non commune ne fera pas de son conjoint un héritier réservataire alors même que celui-ci pourrait faire de lui un réservataire en l'absence de toute descendance propre. Ces difficultés ont été souvent relevées devant le groupe de travail. Comme le souligne Raymond Le Guidec, « on peut s'interroger sur la pertinence de la réserve du conjoint survivant (C civ art 914-1), introduite par la loi du 3 décembre 2001 et maintenue par la loi de 2006. Elle paraît pour le moins insolite, supposant une situation particulière. Il n'y a pas d'enfant, le mariage s'est maintenu, mais l'époux défunt s'est employé à consentir des libéralités à des tiers, un « mort mariage » aurait dit le doyen Carbonnier. Le conjoint survivant peut alors se prévaloir d'une réserve d'un quart ! En présence d'enfants, communs ou non, il n'est pas réservataire, au-delà il l'est »⁵¹⁵. Dans le même ordre d'idées, Yvonne Flour observe, à propos de la réserve héréditaire du conjoint survivant, qu'« elle est plutôt déconcertante. C'est une réserve à éclipse, qui ne surgit qu'en l'absence de descendants pour s'évanouir lorsque l'enfant paraît. On comprend bien pourquoi le législateur n'a pas voulu d'un cumul de réserves. Néanmoins on peut s'interroger sur l'utilité d'une réserve aussi intermittente. Le plus souvent lorsqu'il n'y a pas d'enfants, le conjoint recueille la totalité des biens du prémourant, soit par l'effet de la loi, soit par celui d'une donation entre époux. S'il en est privé, c'est probablement le signe que le lien conjugal était, du vivant du *de cuius*, fortement altéré. Une réserve est-elle alors vraiment fondée ? »⁵¹⁶. C'est encore ce qu'observe Elodie Mulon, avocate, devant le groupe de travail : « vous avez utilisé la formule « le cas particulier » de la réserve héréditaire du conjoint survivant et le terme me semble assez juste car cette énorme faveur faite à celui qui a survécu sans descendance commune ou issue du défunt par rapport à celui qui se trouve en concurrence avec des enfants communs ou non, me semble pour le moins particulière. Surtout quand parallèlement, la réserve des ascendants qui existait avant 2006 en l'absence de descendants a été purement et simplement supprimée par la loi du 23 juin 2006. On comprend mal la logique de ces dispositions et de cette suppression lorsque l'on réfléchit à la logique initiale de la réserve qui s'inscrivait dans la protection de l'ordre public familial »⁵¹⁷.

La subsidiarité retenue par le législateur en 2001 s'explique cependant par des considérations avant tout pratiques : faire du conjoint un héritier réservataire en présence de descendants supposait soit de tailler dans la réserve héréditaire des descendants - dans son montant⁵¹⁸ ou dans sa nature⁵¹⁹-, soit de réduire la quotité disponible. C'est une voie dans laquelle le législateur n'a pas souhaité s'engager afin de ménager à la fois les droits des descendants, en pratique déjà régulièrement amoindris par la présence du conjoint survivant, et la liberté du défunt, que personne n'envisageait de restreindre.

III. D'autres mesures protectrices

204. La principale préoccupation du conjoint survivant est de maintenir ses conditions concrètes d'existence et son cadre de vie⁵²⁰. C'est ce que l'on appelle la *maintenance*. Cet objectif a largement guidé le législateur à l'occasion de la réforme du 3 décembre 2001.

Deux séries de droits participent en effet à sa réalisation :

- la **créance alimentaire** : selon l'article 767 du code civil, « la succession de l'époux prédécédé doit une pension au conjoint successible qui est dans le besoin ». Le groupe de travail observe à cet égard que, dans les petites successions, le conjoint survivant peut avoir financièrement intérêt à demander une créance d'aliments, laquelle peut alors absorber toute la succession, plutôt que de se prévaloir de sa réserve d'un quart. Un récent arrêt de la Cour de cassation semble d'ailleurs en fournir une illustration⁵²¹.
- les **droits sur le logement et le mobilier** qui le garnit, au nombre de deux : l'article 763 du code civil attribue d'abord au conjoint survivant un droit de jouissance temporaire d'une durée d'un an suivant le décès. Ce droit est un effet direct du mariage, et non un droit successoral⁵²², et il est d'ordre public. Le défunt ne peut donc pas en priver le conjoint survivant. Les articles 764 à 766 du code civil reconnaissent ensuite au conjoint survivant des

515. V. contribution reproduite en annexe.

516. V. contribution reproduite en annexe.

517. V. contribution reproduite en annexe.

518. Dans le cas d'une réserve du conjoint en propriété.

519. Dans le cas d'une réserve du conjoint en usufruit.

520. Notamment lorsqu'il s'agit d'une veuve âgée qui survivra quelques années à son défunt mari. En France, l'écart d'espérance de vie entre femmes et hommes est de 5,9 ans en 2018. L'espérance de vie à la naissance est de 85,3 ans pour les femmes et 79,4 ans pour les hommes : Bilan démographique 2018, *Insee première*, n°1730, janv. 2019.

521. Cass. civ. 1^{re}, 30 janv. 2019, n°18-13526, *Dr. fam.* 2019 comm. 83 M. Nicod.

522. C. civ., art. 763, al. 3.

droits viagers d'habitation du logement et d'usage du mobilier, ce qui permet au veuf ou à la veuve de conserver son toit jusqu'à sa propre mort. Contrairement au droit temporaire, ces droits viagers ne sont pas d'ordre public : le futur défunt peut en priver son conjoint survivant à la condition toutefois d'avoir exprimé cette volonté dans un acte reçu par deux notaires ou un notaire assisté de deux témoins⁵²³.

205. Telle est aujourd'hui la protection minimale du conjoint survivant, assurée par **deux droits impératifs** (la créance alimentaire et le droit annuel) et par un droit légal dont le défunt peut certes priver son conjoint mais seulement par une disposition expresse d'un testament authentique (le droit viager), ce qui vient contenir l'exercice de cette liberté. Le groupe de travail s'interroge, dans ce contexte et à la lumière de sa finalité, sur l'intérêt pratique de la réserve héréditaire du conjoint d'une quote-part d'un quart de la succession.

Au demeurant, il ressort des analyses menées par Samy Benzina que, contrairement à la réserve des descendants, la réserve du conjoint survivant n'aurait pas de valeur constitutionnelle⁵²⁴.

D'apparition récente dans notre droit, la réserve héréditaire du conjoint survivant est irréductible à la réserve héréditaire des descendants. A chercher ses fondements propres, ceux-ci apparaissent délicats à identifier et fragiles. Son domaine est ensuite singulier tandis que son intérêt pratique n'est pas évident compte tenu des besoins concrets du conjoint survivant-type et de l'existence d'autres mesures juridiques de protection.

523. C. civ. art. 764 et 971.

524. V. contribution écrite reproduite en annexe, n°42.

CHAPITRE 4

La réserve héréditaire et le pouvoir de la volonté

206. La réserve héréditaire est une protection édictée dans l'intérêt particulier des héritiers réservataires. Elle ne s'impose pas à eux. Une fois la succession ouverte, l'héritier réservataire peut renoncer à invoquer le bénéfice des dispositions relatives à la réduction des libéralités portant atteinte à sa réserve. Plus encore, la réduction des libéralités excessives n'est pas automatique : elle suppose une demande⁵²⁵, en quoi elles ne sont pas réduites en cas d'excès mais seulement réductibles⁵²⁶. En cela, la réduction se distingue d'ailleurs du rapport des libéralités ce qui s'explique par le fait que « le rapport procède de la volonté du *de cuius*, de sorte que la restitution à laquelle il oblige n'est, somme toute, que l'exécution – le dernier acte d'exécution – de la libéralité. La réduction, au contraire, neutralise la volonté du *de cuius* et contrarie l'exécution de la libéralité »⁵²⁷. De cela résulte que l'héritier réservataire peut décider de laisser s'exécuter la libéralité qui entame sa réserve afin de respecter la volonté du défunt. L'hypothèse n'est pas d'école : par exemple, un frère, ayant fait de brillantes études et bénéficiant d'une situation professionnelle confortable, peut en conscience ne pas demander la réduction de la libéralité faite à sa sœur, parce qu'elle a pris soin de leurs parents dans leurs vieux jours ou parce qu'elle se trouve dans une situation personnelle ou professionnelle délicate.

207. Plus largement, toute réflexion relative à la réserve héréditaire suppose de bien intégrer les différents mécanismes juridiques qui permettent déjà à la volonté individuelle de s'épanouir largement en la matière. Cela tient d'abord au fait que la réserve ne protège pas contre les actes soustraits par la loi ou la jurisprudence au régime des libéralités (§I) et qu'il existe une quotité disponible spéciale entre époux (§II). Cela tient aussi aux propres évolutions qu'a connues la réserve héréditaire dans la période récente en lien avec la libéralisation du droit des successions et des libéralités (§III).

§I. La réserve héréditaire et les actes soustraits au régime des libéralités

208. La réserve héréditaire a un champ d'action limité : elle ne protège pas contre les actes à titre onéreux consentis par le futur défunt. Aussi celui-ci peut-il vider son patrimoine, notamment par des actes de consommation courante ou des dépenses nécessaires au financement du grand âge, lesquelles ont vocation à s'accroître avec l'allongement de la durée de vie et le développement de la *Silver economy*. L'héritier réservataire ne saurait venir s'en plaindre. De fait, juridiquement, la réserve héréditaire n'est pas un droit à hériter⁵²⁸. Comme cela a été justement relevé, « la réserve ne garantit pas à l'héritier qu'il recueillera des biens du *de cuius*, elle lui garantit qu'un autre que lui ne les recueillera pas (tous) à sa place : elle borne le droit du *de cuius* de disposer à titre gratuit, non celui qu'il a de dépenser son argent »⁵²⁹. Une idée que l'on retrouve d'ailleurs à la base de la théorie économique dite du cycle de vie⁵³⁰ selon laquelle les transferts patrimoniaux entre les générations seraient accidentels : selon cette analyse, l'individu n'accumulerait des richesses au cours de sa vie que pour assurer égoïstement son propre avenir dans l'incertitude de la date de sa mort.

209. L'exclusion des actes à titre onéreux se justifie aisément : la réserve héréditaire protège seulement contre les libéralités qui dépassent la quotité disponible. Cependant, l'exclusion de certains actes procède parfois davantage d'une politique législative ou jurisprudentielle que de leur nature proprement onéreuse. Deux séries d'actes en particulier échappent en principe à la réserve héréditaire pour être soustraits par la loi ou la jurisprudence au régime des libéralités alors qu'ils revêtent une grande importance en pratique : les avantages matrimoniaux (I) et l'assurance-vie (II). La liberté individuelle du futur défunt s'en trouve renforcée d'autant.

525. Civ. 1^{re}, 21 janv. 1969, *Bull. civ.*, I, n°34 ; *JCP* 1969, II, 15961 note M.D (« il résulte de [l'article 920 du code civil] que les libéralités excessives existent et produisent effet tant qu'elles n'ont pas été réduites ») ; 20 oct. 1982, n°81-16092, *D.* 1983, 120 note A. Breton ; *RTD civ.* 1983, 771 obs. J. Patarin.

526. C. civ., art. 919-1, 919-2, al. 2, 920.

527. M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n°902, p. 691, note (358).

528. Sur cet aspect, v. *supra* n°82 et n°93. V. aussi : C.-M. Pégliion-Zika, Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ?, *RTD civ.* 2018, 1.

529. M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n°358, p. 272.

530. Proposée par F. Modigliani, Life Cycle, Individual Thrift and the Wealth On Nations, *American Economic Review*, 1986, p. 297.

I. Les avantages matrimoniaux

210. Les avantages matrimoniaux désignent globalement les avantages qu'un époux peut retirer d'un aménagement conventionnel de son régime matrimonial. Par faveur pour le mariage, ces avantages matrimoniaux, indique l'article 1527, alinéa 1^{er} du code civil, « ne sont point regardés comme des donations »⁵³¹. Ils ne sont donc pas pris en compte au titre des opérations qui visent à déterminer si la quotité disponible a été dépassée, même s'ils peuvent avoir pour effet de transmettre un grand nombre de biens, voire tous les biens, au conjoint survivant. Il peut s'agir, par exemple, d'un préciput, d'un partage inégalitaire, ou encore d'une attribution intégrale de la communauté.

211. Les enfants communs, héritiers réservataires, ont peu de chance de faire obstacle à un tel changement de régime matrimonial. Outre que le contrôle du juge n'est plus automatique, y compris désormais lorsque l'enfant est mineur⁵³², il résulte de la jurisprudence qu'un tel changement n'est pas en soi contraire à l'intérêt de la famille au sens de l'article 1397, alinéa 1^{er} du Code civil. La raison en est que les enfants communs ont normalement vocation à recueillir dans la succession de leur second parent les biens dont ils ont été privés au titre de cet avantage matrimonial au moment du premier décès. L'atteinte indirecte à leur réserve héréditaire est donc tenue comme provisoire et, par conséquent, regardée comme acceptable. Pourtant, les enfants communs ne sont pas assurés de voir leur réserve initiale reconstituée au moment du décès de leur second parent, ne serait-ce que parce que celui-ci aura pu par exemple se remarier.

212. Il est fait exception à ces règles au profit des enfants non communs : à leur égard, l'avantage matrimonial est considéré comme une libéralité⁵³³. Ils bénéficient donc d'une action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs, laquelle n'est qu'une variété de l'action en réduction des libéralités portant atteinte à la réserve héréditaire. Il s'agit d'éviter qu'un époux ne favorise excessivement son conjoint par la voie de son régime matrimonial au détriment des enfants nés d'une autre union, lesquels ne seront pas appelés à la succession de leur beau-parent au moment de son propre décès.

213. En France, le régime applicable aux avantages matrimoniaux semble faire consensus. Il permet d'avantager le conjoint survivant tout en ménageant les intérêts des enfants non-communs en cas d'atteinte à leur réserve héréditaire. Ce compromis est en général jugé acceptable⁵³⁴. En Belgique, où des règles identiques sont prévues par le code civil, Fabienne Tainmont a proposé de revenir sur ces solutions⁵³⁵. Elle rappelle qu'au moment de la rédaction du code civil, la qualification légale des avantages matrimoniaux se justifiait « surtout pour pallier la position précaire du conjoint sur le plan successoral. Les futurs époux prévoyaient ces gains de survie dans un contrat de mariage – qui était nécessairement conclu avant le mariage et qui était immuable – dans un souci de prévoyance. On estimait que ce souci de prévoyance primait le respect de la réserve [...] Ce risque cédait le pas devant la nécessité de préserver le train de vie du conjoint survivant ».

Or, « compte tenu des droits extrêmement importants conférés au conjoint survivant » en droit belge aujourd'hui, « la nature onéreuse de telles attributions, qui portent généralement sur la quasi totalité du patrimoine du défunt, ne paraît plus légitime »⁵³⁶, d'autant qu'il est devenu très facile, en Belgique comme en France d'ailleurs, de changer de régime matrimonial et de prévoir des clauses d'apport ou des clauses de partage inégal. Voyant mal ce qui « fondamentalement justifie que la transmission des acquêts se fasse tantôt à titre gratuit, lorsqu'on a utilisé la voie testamentaire, tantôt à titre onéreux, si on a opté pour la technique des avantages matrimoniaux » et regrettant le sacrifice des intérêts des enfants⁵³⁷, Fabienne Tainmont considère que les avantages matrimoniaux devraient être

531. La question de la nature juridique des avantages matrimoniaux a fait l'objet d'importantes controverses. S'ils ne sont pas traités comme des libéralités, c'est parce que les éléments matériel et intentionnel de l'acte libéral sont ici incertains (« les clauses s'équilibrent parfois » et les intentions des époux sont « délicates à scruter ») et parce qu'on a « voulu, dans le doute, adopter la qualification la plus favorable au bénéficiaire de la clause » : J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2^e éd., 2001, n°720, p. 671.

532. C. civ., art. 1397, al. 5 modifié par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 : « Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs sous le régime de l'administration légale, le notaire peut saisir le juge des tutelles dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 387-3 ».

533. C. civ., art. 1527, al. 2.

534. V. cpdt : R. Le Guidec, La révocation de l'adoption de l'enfant du conjoint ne restaure pas l'action en retranchement, *JCP N* 2014, 1385.

535. F. Tainmont, La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ?, *Revue du notariat belge* 2016, p. 434s.

536. F. Tainmont, La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ?, *op. cit.*, n°33-34, pp. 473-474.

537. Ce que Fabienne Tainmont illustre par plusieurs exemples chiffrés issus de l'application du droit belge, dont celui-ci (n°6, p. 438) : « Monsieur et Madame sont mariés sous le régime de la communauté légale. Ils ont deux enfants. Quelques années plus tard, les époux concluent un contrat de mariage dans lequel ils prévoient que le survivant d'entre eux recueillera la totalité du patrimoine commun en pleine propriété.

considérés comme des donations, avec les conséquences qui en résultent sur le terrain de la réserve héréditaire : « une égalité serait de la sorte assurée entre les conjoints, qu'ils bénéficient ou non des conseils d'un planificateur patrimonial, et également entre tous les enfants, qu'ils soient, ou non, communs ». « Un équilibre, plus juste, sera[it] ainsi atteint entre les droits du conjoint et celui des enfants »⁵³⁸. Tel n'est pourtant pas le chemin pris par le législateur belge qui, à l'occasion d'une réforme des régimes matrimoniaux du 22 juillet 2018, a étendu la théorie des avantages matrimoniaux aux régimes de séparation de biens⁵³⁹.

214. L'arbitrage opéré en droit français entre les intérêts respectifs du conjoint survivant et des enfants héritiers réservataires n'a pas été remis en cause à l'occasion des consultations menées par le groupe de travail. Cependant, les éléments qui viennent d'exposés à l'égard du droit belge, dont les principes sont sur ce point identiques au nôtre, permettent de bien mettre en lumière **l'exceptionnel régime de faveur dont bénéficient les avantages matrimoniaux au regard de la réserve héréditaire et l'extrême souplesse qu'offre déjà le régime matrimonial lorsqu'il est utilisé à des fins successorales entre les époux. Pour peu qu'il veuille favoriser son conjoint survivant et qu'il n'y ait pas d'enfants non-communs, le défunt dispose déjà à ce titre d'une liberté considérable.**

II. L'assurance-vie

215. L'assurance-vie est le premier produit d'épargne des Français. A la fin du mois de mai 2019, l'encours des contrats d'assurance-vie s'élève ainsi à 1 739 milliard d'euros⁵⁴⁰. Pour comprendre la situation présente en lien avec la réserve héréditaire, il faut brièvement rappeler que l'assurance vie a connu un profond renouvellement depuis les années 1980.

216. Classiquement, l'assurance-vie était une opération de prévoyance, qui prenait essentiellement la forme d'une assurance-décès. Il s'agissait pour le souscripteur de contracter avec un assureur pour garantir que ses proches, spécialement ses enfants mineurs, seraient à l'abri du besoin s'il venait à disparaître prématurément. Dans cette forme, le contrat d'assurance est bien aléatoire pour chaque partie et le contrat d'assurance est assurément un contrat à titre onéreux. En 1930, la loi a pris en compte cette spécificité au regard du droit des successions, et ce de deux manières. D'une part, suivant l'article L. 132-12 du code des assurances, lorsque l'assuré meurt, le capital versé par l'assureur ne fait pas partie de sa succession et le bénéficiaire est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, quelle que soit la date de son acceptation. D'autre part, suivant l'article L. 132-13 du même code, ni le capital ni les primes versées ne sont sujets au rapport et à la réduction pour atteinte à la réserve.

217. Or, depuis une trentaine d'années, les formes de l'assurance-vie se sont diversifiées. A côté de la forme classique, des formes dites modernes sont apparues. Elles sont elles-mêmes variées mais ont en commun d'être des opérations de placement. Il s'agit en particulier d'assurances-vie dites mixtes dans lesquelles « l'assureur s'engage à verser à l'assuré, s'il est en vie au terme du contrat, ou, s'il meurt avant, au bénéficiaire qu'il aura désigné, un capital qui, dans les deux cas, sera égal au montant des primes accumulées, majoré des produits financiers et diminué des frais de gestion ». La règle du jeu est la suivante : « le capital assuré sera nécessairement payé par l'assureur, mais il ne représentera que la valeur acquise de l'épargne au jour de son paiement »⁵⁴¹.

218. Dès lors, la question s'est posée de savoir s'il convenait d'appliquer à ces produits de placement les règles dérogatoires prévues par le code des assurances pour des opérations de prévoyance. Elle a donné lieu à une vive controverse⁵⁴². La Cour de cassation a pris position en décidant que les contrats d'assurance-vie sont bien des

Monsieur décède. Il n'a pas fait de testament. L'actif net du patrimoine commun est composé : d'une maison d'habitation d'une valeur de 320 000 euros, de comptes bancaires d'un montant de 15 000 euros, de meubles meublants et d'une voiture d'un montant de 25 000 euros, soit un total de 360 000. Le patrimoine propre de Monsieur est composé d'un portefeuille-titres recueilli dans la succession de ses parents et qui peut être estimé à 20 000 euros. Lors de la liquidation du régime matrimonial, Madame récupère la pleine propriété de sa part dans le patrimoine commun (180 000 euros), de même que la part de son mari, toujours en pleine propriété, grâce à l'avantage matrimonial inscrit dans leur contrat de mariage. A titre successoral, elle recueille au surplus l'usufruit du patrimoine propre tandis que les deux enfants s'en partagent la nue-propriété. Si on convertit l'usufruit [...], en partant de l'hypothèse que Madame est âgée de 75 ans au moment de la demande de conversion de l'usufruit, l'usufruit de Madame représente 20,12% de la pleine propriété du portefeuille-titres, soit 20,12% de 20 000 euros, c'est-à-dire 4 024 euros. Des 200 000 euros appartenant à Monsieur (180 000 euros issus du patrimoine commun et 20 000 euros de biens propres), Madame recueille 184 024 euros, soit plus ou moins 92% et chaque enfant 7 988 euros, soit chacun plus ou moins 4% ».

538. F. Tainmont, La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ?, *op. cit.*, n°40, pp. 476-477.

539. V. F. Tainmont, contribution reproduite en annexe.

540. Chiffre communiqué sur son site internet par la Fédération Française de l'Assurance.

541. M. Grimaldi, L'assurance-vie et le droit des successions, *Defrénois* 2001, p. 3 s, spéc. n°2.

542. V. not. : J.-L. Aubert, L'aléa et l'assurance sur la vie, *Mélanges H. Groutel*, Litec, 2006, p. 13 s. ; J. Aulagnier, L'assurance-vie est-elle toujours un contrat d'assurance ?, *Dr. et patr.* 1996, 43 ; M. Grimaldi, Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille, *Defrénois* 1994, 737 ;

contrats aléatoires, même lorsqu'ils réalisent des opérations de pur placement, au motif que « le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa »⁵⁴³. En dépit des critiques qu'elle a suscitées⁵⁴⁴, la solution est constante en droit positif. La conséquence en est que l'assurance-vie n'est en principe pas prise en compte dans le calcul de la réserve héréditaire.

219. On observera qu'en droit belge, où elle a également été discutée, la question a fini par recevoir une réponse différente⁵⁴⁵. En effet, la Cour constitutionnelle belge a déclaré contraire à la Constitution la loi relative au contrat d'assurance en ce qu'elle avait pour effet d'entraîner des différences de traitement entre les héritiers réservataires, selon qu'ils bénéficiaient ou non d'une assurance vie⁵⁴⁶. Le législateur belge a finalement réformé le droit des assurances en ce sens⁵⁴⁷. En France, une question prioritaire de constitutionnalité a été posée à peu près dans les mêmes termes mais la Cour de cassation, la considérant non sérieuse, ne l'a pas transmise au Conseil constitutionnel⁵⁴⁸, de la même manière qu'elle a écarté tout argument fondé sur une contrariété avec le droit européen des droits de l'homme⁵⁴⁹. Ce sont en réalité des raisons économiques qui expliquent l'état du droit positif en lien avec la réserve héréditaire en France⁵⁵⁰. On a craint, à tort ou à raison, qu'une prise en compte de l'assurance-vie au titre de la réserve héréditaire ne soit interprétée par les Français comme une remise en cause des avantages fiscaux de ce placement et ne déstabilise ce secteur clé de l'économie française. Pourtant, le régime fiscal pouvait être maintenu par le législateur indépendamment du régime civil.

220. Quoi qu'il en soit, il existe **trois tempéraments** à la solution de principe retenue par la Cour de cassation, c'est-à-dire trois cas dans lesquels l'assurance-vie est prise en compte au titre de la réserve héréditaire : 1° en application de l'article L. 132-13 du code des assurances, si les primes sont d'un montant manifestement exagéré ; 2° si, compte tenu des circonstances de la cause, par exemple l'état de santé du souscripteur, il est acquis que le bénéfice du contrat sera délivré au bénéficiaire, l'opération étant alors constitutive d'une donation indirecte sujette à réduction⁵⁵¹ ; 3° si le souscripteur a décidé d'inclure dans sa succession le bénéfice de l'assurance-vie⁵⁵².

§II. La réserve héréditaire et la quotité disponible spéciale entre époux

221. Des époux peuvent se consentir des libéralités. Par faveur pour le mariage, la loi reconnaît à côté de la quotité disponible ordinaire une quotité disponible spéciale entre époux. Elle veut ainsi permettre au défunt de disposer gratuitement d'une fraction supérieure ou simplement différente de ses biens lorsqu'il le fait au profit de son conjoint. C'est là, semble-t-il, une singularité du droit français par rapport aux droits de tradition civiliste⁵⁵³ et une spécificité du mariage. Il n'existe pas de quotité disponible spéciale entre partenaires ayant conclu un pacte civil de solidarité. L'existence de cette quotité disponible spéciale entre époux montre que le défunt, s'il le souhaite, peut améliorer le sort de son conjoint malgré la présence d'héritiers réservataires⁵⁵⁴. Réciproquement, elle révèle que la réserve des descendants peut être affectée par la présence d'un conjoint survivant gratifié.

Assurance-vie et droit des successions, *Def.* 2001, 3 ; J. Kullmann, Contrats d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte, *D.* 1996, Chron., 25 ; H. Lécuycer, Assurance vie, libéralité et droit des successions, *Dr. fam.* 1998, Chron. 7 ; V. Heuzé, Un monstre et son régime : le contrat commutatif d'assurance sur la vie, *Mélanges J. Bigot*, LGDJ, 2010, p. 193.

543 Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, *Bull. ch. mixte*, n°4 (4 arrêts) ; *GAJC*, Dalloz, 13^e éd. 2015, n°133 ; *D.* 2005, 1905 note B. Beignier ; *Def.* 2005, 607 obs. J.-L. Aubert ; *JCP* 2005, I.187 n°13 obs. R. Le Guidec ; *RDC* 2005, 297 obs. A. Bénabent ; *RTD civ.* 2005, 434 obs. M. Grimaldi.

544 Il est assez clair qu'un tel contrat d'assurance-vie n'est pas un contrat aléatoire au sens de l'article 1108, al. 2 du Code civil en raison de l'absence structurelle de risque de perte pour le souscripteur. Soit il perçoit le capital assuré, soit celui-ci est versé au bénéficiaire qu'il a désigné. L'incertitude n'affecte pas ici l'équilibre même du contrat.

545 Sur le droit belge, v. la contribution de F. Tainmont reproduite en annexe.

546 Cour. const. Belge, 26 juin 2008, arrêt n°98/2008, *RTD civ.* 2008 p. 526 obs. M. Grimaldi.

547 L. 4 avril 2014 relative aux assurances (art. 188), modifiée par la loi du 31 juillet 2017.

548 Cass. civ. 2^e, 19 oct. 2011, n°11-40063.

549 Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n°13-12076, *JCP N* 2014, 1338 note Ph. Pierre : pourvoi fondé sur l'atteinte au droit au respect de la vie familiale en ce que l'article L. 132-13 c. ass. introduirait une discrimination injustifiée entre les héritiers réservataires, selon qu'ils sont ou non bénéficiaires du contrat d'assurance-vie ; rejet aux motifs « que l'article L. 132-13 du code des assurances, en ce qu'il prévoit que les règles successorales du rapport et de la réduction ne s'appliquent pas aux sommes versées par le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie à titre de primes, n'opère pas une distinction entre les héritiers réservataires selon qu'ils sont ou non bénéficiaires du contrat, dès lors qu'il ne soumet aucun d'eux à ces règles ».

550 Sur ces aspects, v. : *GAJC*, t. I, Dalloz, 13^e éd. 2015, n°133.

551 Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, n°06-12769, *JCP* 2008, II, 10029 note L. Mayaux ; *Resp. civ. et ass.* 2008, ét. 5 Ph. Pierre et R. Gentilhomme ; *Dr. fam.* 2008 comm. 30 B. Beignier ; *RTD civ.* 2008, 137, obs. M. Grimaldi.

552 Cass. civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n°09-12491, *RTD civ.* 2011, 167 obs. M. Grimaldi ; 10 oct. 2012, n°11-17891, *AJ fam.* 2012, 627 obs. C. Vernières.

553 J.-P. Decorps, La réserve héréditaire en droit comparé, *Dr. fam.* 2019, dossier 21, n°10.

554 Cette quotité disponible spéciale n'a pas lieu d'être en l'absence de descendants.

222. Selon l'article 1094-1 du code civil, la quotité disponible spéciale entre époux peut prendre trois formes. Un époux peut en effet disposer en faveur de l'autre :

- soit de la propriété dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger : c'est la quotité disponible ordinaire de l'article 913 du code civil;
- soit d'un quart de ses biens en propriété et des trois autres quarts en usufruit. C'est une quotité mixte qui permet de majorer les droits légaux du conjoint survivant en ajoutant soit à son quart légal en propriété (art. 757) les trois quarts en usufruit, soit à son usufruit légal universel (art. 757) un quart en nue-propriété⁵⁵⁵ ;
- soit de la totalité des biens en usufruit seulement. Comme l'usufruit légal⁵⁵⁶, cet usufruit a pour effet de réduire la réserve des descendants à des droits en nue-propriété jusqu'au décès de l'usufruitier.

§III. La réserve héréditaire et la libéralisation contemporaine du droit des successions et des libéralités

223. La réserve héréditaire s'est assouplie de diverses manières dans ses rapports avec la volonté individuelle au cours de la période récente. Si les voies qui lui sont offertes sont désormais variées (I), l'observation de certaines pratiques invite à souligner indirectement l'attachement aux valeurs fondatrices de la réserve héréditaire (II).

I. Le champ des possibles

224. Sans remettre en cause la réserve héréditaire, la loi du 23 juin 2006 a libéralisé la succession et les libéralités. La prohibition des pactes sur succession future⁵⁵⁷, qui assure la police des contrats successoraux, a reculé en même temps que le regard sur les libéralités a changé, évoluant d'une vision négative, fondée sur l'idée que l'appauvrissement gratuit serait toujours un danger dont il faudrait préserver le disposant et sa famille, vers une approche plus positive, qui envisage l'acte libéral comme l'expression d'une liberté⁵⁵⁸. La jurisprudence, de son côté, est revenue sur certaines interprétations qui contribuaient par le passé à un ordre public successoral « très puissant »⁵⁵⁹ et a reconnu la validité de certaines dispositions permettant au défunt d'exprimer plus largement ses vues relativement au sort de la réserve héréditaire. La place offerte à la volonté individuelle dans ses rapports avec la réserve héréditaire s'est ainsi renforcée. On en évoquera ici les principales manifestations.

225. **Renonciations anticipées de l'héritier réservataire présomptif avant la loi du 23 juin 2006.** La réserve héréditaire ne s'est jamais imposée à l'héritier réservataire. La renonciation de l'héritier à sa réserve après l'ouverture de la succession a toujours été admise sans difficulté. En revanche, on a longtemps considéré qu'avant cette date, la réserve héréditaire devait être radicalement soustraite au pouvoir de la volonté individuelle. Elle était volontiers considérée comme créant une espèce d'indisponibilité réelle au service d'un ordre public de direction visant à protéger l'intérêt général de la société et l'intérêt collectif de la famille. Avant la loi du 23 juin 2006, il existait cependant déjà quelques renonciations anticipées, constitutives de pactes sur succession future exceptionnellement autorisés par la loi : renonciation anticipée des successibles en ligne directe à se prévaloir de la présomption de déguisement instituée par l'article 918 du code civil⁵⁶⁰ ; renonciation anticipée des époux séparés de corps par consentement mutuel aux droits successoraux qui leur sont conférés par les actuels articles 756 à 757-3 et 764 à 766⁵⁶¹ du code civil ; renonciation des héritiers réservataires présomptifs à se prévaloir de la réduction en nature contre le tiers acquéreur en cas d'aliénation du bien donné⁵⁶². En rénovant certaines de ces renonciations ou en en créant de nouvelles, la loi du 23 juin 2006 leur a donné une nouvelle impulsion. Elles constituent des pactes sur succession future exceptionnellement valables et, comme on va le voir, s'inscrivent pour la plupart dans une stratégie réfléchie de transmission patrimoniale qu'elles visent à faciliter moyennant l'accord de l'héritier réservataire présomptif.

555. Elle peut être supérieure à la quotité disponible ordinaire. C'est le cas s'il y a trois enfants ou plus puisque la quotité disponible ordinaire est alors du quart en propriété : la quotité mixte permet ici au conjoint d'être gratifié en plus de l'usufruit de la réserve, ce qui est interdit à toute autre personne.

556. C. civ., art. 757.

557. Dont le principe est toujours énoncé à l'article 722 du Code civil : « les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi ».

558. J. Carbone, P. Catala et J. Bernard de Saint-Affrique, *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrénois, 2003, pp. 8-9 : « la libéralité est une liberté ».

559. Ph. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8^e éd., 2018, n°721, p. 422.

560. Cette renonciation date de 1804.

561. C. civ., art. 301. V. aussi, *infra* n°316s.

562. C. civ., art. 924-4 introduit par la loi du 3 juillet 1971.

226. **Consentement à l'aliénation du bien donné et renonciation à exercer la réduction en nature contre le tiers acquéreur.** La loi du 3 juillet 1971 avait déjà permis aux réservataires présomptifs de consentir à l'aliénation du bien donné pour mettre le tiers acquéreur à l'abri d'une éventuelle réduction en nature dans les conditions prévues à l'actuel article 924-4 du code civil⁵⁶³. En consentant ainsi à l'aliénation du vivant du *de cujus*, les réservataires présomptifs renonçaient à la réduction en nature. La renonciation favorisait ainsi la sécurité des transactions. Consacrant la pratique notariale, la loi du 23 juin 2006 est allée plus loin en permettant de recueillir le consentement à l'aliénation du bien donné dès la donation⁵⁶⁴.

227. **Renonciation anticipée à l'action en réduction.** Régie par les articles 929 à 930-5 du code civil, la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) des libéralités excessives⁵⁶⁵ a été d'emblée identifiée comme l'une des innovations les plus marquantes de la loi du 23 juin 2006 en raison de la liberté ainsi reconnue à l'héritier réservataire non plus simplement de ne pas invoquer sa réserve après l'ouverture de la succession mais bien de renoncer par avance à demander la réduction de tout ou partie des libéralités empiétant sur sa réserve. Cette renonciation a une portée remarquable : elle permet de sécuriser les libéralités consenties par le futur défunt de son vivant et d'accroître, moyennant l'accord de ses héritiers réservataires, sa liberté de disposer.

228. **Renonciation anticipée à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs.** S'y ajoute la renonciation anticipée à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs prévue depuis la loi du 23 juin 2006 à l'article 1527, alinéa 3 du code civil au profit du conjoint survivant. Il s'agit de permettre aux enfants non communs réservataires de renoncer provisoirement à demander le retranchement des avantages excessifs dont aurait bénéficié leur beau-parent et d'accepter de reporter au moment de son propre décès l'exercice de leur action en réduction. Le mécanisme vise à introduire de la souplesse dans les familles recomposées où règne une bonne entente.

229. **Libéralités graduelles et résiduelles.** La loi du 23 juin 2006 a renouvelé en profondeur les anciennes libéralités substitutives en les libéralisant. Les libéralités graduelles et résiduelles⁵⁶⁶ sont des libéralités faites successivement à deux personnes. Elles répondent au désir qu'ont toujours éprouvé les hommes de régler le sort de leurs biens sur plusieurs générations ou d'articuler plusieurs stratégies patrimoniales dans le temps.

230. **Libéralités graduelles.** La libéralité graduelle est une double libéralité grevée d'une charge comportant l'obligation pour le premier gratifié (le grevé) de conserver les biens ou les droits qui en sont l'objet et de les transmettre à son décès à un second gratifié (l'appelé), qui doit être désigné dans l'acte⁵⁶⁷. Par exemple, le père ou la mère qui souhaite assurer l'avenir de son enfant handicapé peut lui consentir une libéralité tout en désignant comme second bénéficiaire ses autres enfants ou leurs descendants. Dans une famille recomposée, le disposant peut gratifier tour à tour son conjoint survivant puis ses enfants issus d'une précédente union afin d'éviter que les biens ne sortent ensuite de sa famille. Lorsque le premier bénéficiaire est héritier réservataire, la charge de conserver et de transmettre « ne peut être apposée que sur la quotité disponible »⁵⁶⁸. Ce n'est là qu'une application de la règle générale, énoncée à l'article 912 du code civil, selon laquelle la réserve héréditaire doit être transmise « libre de charges » : le défunt ne peut modifier ou réduire les droits que les héritiers réservataires tiennent directement de la loi. Par conséquent, l'héritier réservataire peut cantonner la charge à la seule quotité disponible.

231. Cependant, la loi du 23 juin 2006 a innové en admettant que la charge puisse porter sur la réserve moyennant le consentement du premier gratifié. S'il s'agit d'une donation graduelle, le premier gratifié héritier réservataire présomptif peut en effet « accepter dans l'acte de donation ou postérieurement dans les conditions prévues à l'article 930, que la charge grève tout ou partie de sa réserve »⁵⁶⁹. S'il s'agit d'un legs graduel, l'article 1054 alinéa 3 prévoit que si le premier légataire ne demande pas le cantonnement de la charge à sa réserve dans l'année « à compter du jour où

563. C. civ., anc. art. 930.

564. C. civ. art. 924-4. Sur cette renonciation, v. not. : J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in C. Pères (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, Mission de recherche Droit et Justice, Defrenois, coll. Expertise notariale, 2017, p. 181 s.

565. Sur laquelle, v. not. : B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi, La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée, *JCP N*, 2016, 1199 ; C. Brenner, J.-c. civ., art. 912 à 930-5, fasc. 50, 2014 ; I. Dauriac ; La renonciation anticipée à l'action en réduction, *D*, 2006, 2574 ; N. Levillain, La renonciation anticipée à l'action en réduction, *JCP N* 2006, 1349 ; B. Vareille, Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : attention, danger !, *Def.* 2008, 159 ; D. Vigneau, Précision ministérielle sur la portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : fin du danger ?, *JCP N* 2009, 1106.

566. M. Grimaldi, Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, *JCP N* 2006, 1387 ; M. Nicod, Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil. A propos de la loi du 23 juin 2006, *Dr. fam.* 2006, étude 45. V. aussi : C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, thèse Paris 2, 2012.

567. C. civ., art. 1048.

568. C. civ., art. 1054, al. 1^{er}.

569. C. civ. art. 1054, al. 2.

il a eu connaissance du testament », « il doit en assumer l'exécution ». C'est dire qu'à l'expiration de ce délai, le grevé est réputé avoir renoncé à défendre sa réserve héréditaire. Quoi qu'il en soit, dans les deux cas, si l'héritier réservataire renonce au cantonnement de la charge sur la quotité disponible, sa décision emporte des conséquences sur le choix du second gratifié. L'alinéa 4 de l'article 1054 prévoit en effet que « la charge portant sur la part de réserve du grevé, avec son consentement, bénéficie de plein droit, dans cette mesure, à l'ensemble de ses enfants nés et à naître ». Autrement dit, « sur les biens de la libéralité qui forment la réserve du premier gratifié, ses enfants nés ou à naître ont automatiquement la qualité de second gratifié »⁵⁷⁰. La solution s'explique par l'idée d'une réserve de souche : « afin de protéger les droits de la souche, l'extension de l'assiette de la charge à la part de réserve du grevé a pour conséquence la désignation automatique en qualité d'appelés de tous les enfants du grevé »⁵⁷¹. Comme l'explique un auteur, « les enfants du grevé sont assurés de recevoir, et de recevoir chacun également, les biens du disposant qui forment la réserve de leur auteur : ils n'ont donc pas à craindre une éventuelle collusion du disposant et de leur auteur, d'accord pour les en priver ou pour les transmettre à tel ou tel d'entre eux. On retrouve ici les fonctions traditionnelles de la réserve »⁵⁷².

232. Libéralités résiduelles. Dans la libéralité résiduelle, le premier gratifié n'est pas tenu de conserver les biens objets de la libéralité⁵⁷³ : il ne doit transmettre que ce qui subsiste à sa mort⁵⁷⁴. La réserve devant être libre de charges⁵⁷⁵, la charge ne peut pareillement porter sur sa réserve. Mais la protection de la réserve a été organisée de façon différente. L'article 1059, alinéa 3 prévoit en effet que « lorsqu'il est héritier réservataire, le premier gratifié conserve la possibilité de disposer entre vifs ou à cause de mort des biens qui ont été donnés en avancement de part successorale ». De ce texte, il résulte que le grevé recouvre une liberté absolue de disposer gratuitement des biens qui lui ont été donnés en avancement de part successorale : il reçoit alors sa réserve libre de charges, conformément à l'article 912 du code civil. Par ailleurs, à la différence de ce qui a été prévu dans la libéralité graduelle, les descendants du premier gratifié ne sont pas désignés de plein droit en qualité de second gratifié sur les biens de la libéralité formant sa réserve ».⁵⁷⁶ Cependant, l'article 1059, alinéa 3 ne forme pas l'exact pendant de l'article 1054 pour les libéralités graduées : l'analyse des travaux préparatoires de la loi de 2006 ainsi que le caractère « très partiel » de la protection qu'il offre à l'héritier réservataire montrent que ce texte ne constitue sans doute pas le seul remède à la disposition de celui-ci⁵⁷⁷.

233. Mandat à effet posthume – Création de la loi du 23 juin 2006, le mandat à effet posthume permet au futur défunt de désigner de son vivant un mandataire pour gérer tout ou partie de sa succession à la place des héritiers⁵⁷⁸. Comme cela a été évoqué, son utilité est attestée notamment en matière de transmission d'entreprises ou de titres sociaux⁵⁷⁹. C'est un acte grave, en raison du dessaisissement des héritiers⁵⁸⁰. Le mandat à effet posthume prive les héritiers réservataires de leurs pouvoirs habituels, le temps du mandat. En tant qu'unique propriétaire, l'héritier (réservataire ou non) peut toutefois mettre fin au mandat en disposant du bien, sans que le mandataire puisse s'y opposer⁵⁸¹.

234. Conséquences de la généralisation de la réduction en valeur – En 1804, les libéralités portant atteinte à la réserve héréditaire étaient sanctionnées par la réduction en nature, c'est-à-dire par la reconstitution physique de la réserve héréditaire. Cherchant à ménager la sécurité juridique tout en protégeant la famille contre les libéralités consenties à des étrangers à celle-ci, la loi du 3 juillet 1971 avait introduit des distinctions : la réduction en valeur était désormais la règle pour les donations faites à des successibles tandis que la réduction en nature continuait à s'imposer au donataire non successible. Quant aux legs, ils étaient en principe réduits en nature. La loi du 23 juin 2006 a inversé le principe en généralisant la réduction en valeur. Selon l'article 924, alinéa 1^{er} du code civil, « lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit cet excédent ». La réduction en nature

570. C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, *op. cit.*, n°366, p. 329.

571. M. Nicod, *J.cl. civ.*, art. 1048 à 1056, fasc. 10, 2015, n°59.

572. M. Grimaldi, *Les libéralités graduées et les libéralités résiduelles*, *op. cit.*, n°3, note 16.

573. C. civ., art. 1057.

574. C. civ., art. 1058.

575. C. civ., art. 912.

576. C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, *op. cit.*, n°369, p. 330.

577. M. Nicod, *J.cl. civ.*, art. 1057 à 1051, fasc. 10, 2015, n°70. Sur ce point, v. aussi *infra* n°535s.

578. C. civ., art. 812 et s.

579. V. *supra* n°89.

580. D'où ses conditions de validité (justification d'un intérêt sérieux et légitime, précisément motivé ; forme authentique ; durée limitée en principe à deux ans).

581. Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2010, n°09-10556 ; D. 2010, 2392 obs. M. Nicod ; JCP 2011, 251, n°2 obs. R. Le Guidec ; AJ fam. 2010, p. 587 obs. C. Vernières ; Dr. fam. 2010, comm. 104 B. Beignier ; Def. 2010, 1776 note F. Sauvage ; RTD civ. 2010, 527 obs. J. Hauser et 602 obs. M. Grimaldi ; RDC 2011, 203 obs. F. Bicheron.

est devenue exceptionnelle⁵⁸². La généralisation de la réduction en valeur a renforcé le pouvoir de la volonté du futur défunt. La Cour de cassation considère en effet qu' « il résulte des articles 924 et suivants du Code civil qu'en principe, le legs est réductible en valeur et non en nature, de sorte qu'il n'existe aucune indivision entre le légataire universel et l'héritier réservataire »⁵⁸³. N'étant pas indivisible, l'héritier réservataire ne peut donc demander ni l'attribution préférentielle, ni le partage. Le futur défunt peut ainsi fixer librement le sort de ses biens⁵⁸⁴. Le donataire peut conserver le bien donné et le légataire acquiert dès le décès les biens légués, alors même que la libéralité serait entièrement réductible. Et, si le gratifié ne dispose pas des liquidités suffisantes pour payer l'indemnité de réduction, il peut cantonner son émoulement⁵⁸⁵ ou exécuter la réduction en nature⁵⁸⁶. En ce sens, il est désormais le maître du jeu.

235. Donation-partage – Forme de libéralité-partage⁵⁸⁷, la donation-partage⁵⁸⁸ est un acte hybride qui permet au futur défunt de procéder lui-même au partage de sa succession. L'un des intérêts pratiques de la donation-partage par rapport aux libéralités ordinaires réside dans les règles d'évaluation dérogatoire des biens au stade de l'identification d'une éventuelle atteinte à la réserve héréditaire. Pour déterminer si la quotité disponible a été dépassée, l'article 922 du code civil commande en principe d'évaluer les biens donnés au jour de l'ouverture de la succession, selon leur état au jour de la donation. Cette règle s'applique normalement à la donation-partage. Cependant, l'article 1078 du code civil prévoit une exception : les biens donnés peuvent être évalués au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve à la condition, d'une part, que tous les héritiers réservataires (vivants ou représentés au décès de l'ascendant) aient reçu un lot dans le partage anticipé, d'autre part, l'aient expressément accepté et, enfin, qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent. La règle repose sur une présomption d'égalité entre tous les héritiers réservataires et fait de la donation-partage un véritable pacte de famille. Comme cela a été souligné ; « c'est l'accord de tous les réservataires présomptifs qui autorise avec l'aval de la loi, afin de sécuriser le règlement successoral convenu, l'entorse majeure faite aux principes habituels. Lorsque la concorde règne, une égalité figée au jour de l'acte peut ainsi être substituée à l'égalité minimale des vocations au jour de l'ouverture de la succession que garantit normalement la réserve, chaque copartageant faisant siennes les plus ou moins-values afférentes à son lot »⁵⁸⁹.

236. Donation-partage transgénérationnelle – Autre innovation remarquée de la loi du 23 juin 2006, la donation-partage transgénérationnelle s'articule sur un saut de génération librement consenti par l'enfant réservataire. Suivant l'article 1078-4, alinéa 1^{er} du code civil, « lorsque l'ascendant procède à une donation-partage, ses enfants peuvent consentir à ce que leurs propres descendants y soient allotés en leur lieu et place, en tout ou partie ». Dans un contexte démographique d'allongement de la durée de vie, l'objectif est d'amener les grands-parents à transmettre directement à leurs petits-enfants moyennant la renonciation de l'enfant à ses propres droits, y compris réservataires, et de drainer ainsi plus rapidement les richesses vers la jeune génération.

237. Clause relative à l'administration ou à la jouissance légale des biens donnés ou légués à l'enfant mineur – Cette clause permet à l'auteur d'une libéralité de soustraire à l'administration⁵⁹⁰ ou à la jouissance⁵⁹¹ légale les biens donnés ou légués à un mineur. Son utilité pratique est attestée notamment dans deux hypothèses. La première est celle dans laquelle un ascendant, par exemple un grand-parent, souhaite transmettre des biens à ses petits-enfants tout en interdisant à son propre enfant ou au conjoint de celui-ci d'administrer ces biens ou d'en jouir. La seconde est celle dans laquelle le père ou la mère d'un enfant mineur entend régler les conséquences patrimoniales de son décès prématuré en privant l'autre parent, dont il est séparé ou divorcé, des droits que la loi lui attribue en qualité d'administrateur légal des biens de l'enfant. Dans ces situations, le disposant donne mandat à un tiers – par exemple un oncle ou une tante de l'enfant, un beau-parent, voire un étranger à la famille - d'administrer les biens transmis à l'enfant,

582. V. *infra* n°427s.

583. Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 2016, n°14-16967, *JCP* 2017, 127 n°3 obs. R. Le Guidec ; *JCP N* 2016, 1251 note N. Randoux ; *AJ fam.* 2016, 350 obs. N. Levilain ; *Dr. fam.* 2016 comm. 151 M. Nicod ; *RTD civ.* 2016, 673 obs. M. Grimaldi. Dans le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 23 nov. 2016, n°15-28931 ; 7 déc. 2016, n°16-12216, *JCP* 2017, 681 obs. A. Tisserand-Martin ; *Dr. fam.* 2017 comm. 45 M. Nicod ; *Def.* 2018, n°5, 24 obs. G. Champenois ; 15 mai 2018, n°17-16039 ; 19 déc. 2018, n°18-10244.

584. Avant la loi du 23 juin 2006, la jurisprudence avait déjà admis que le disposant pouvait consentir un legs avec faculté de choix, permettant au légataire de fixer lui-même la composition de la quotité disponible et de la réserve globale. En ce sens : Req., 29 juill. 1890, *DP* 1891, I, p. 28 ; S. 1891, I, 5 note J.-E. Labbé ; Civ. 1^{re}, 18 juill. 1983, n°82-13943 ; *RTD civ.* 1984, 141 obs. J. Patarin.

585. C. civ., art. 1002-1, art. 1094-1, al. 2.

586. Comme l'article 924-1 du Code civil lui en offre la faculté.

587. C. civ., art. 1075.

588. C. civ., art. 1076 et s.

589. Ph. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8^e éd., 2018, n°1081, p. 637.

590. C. civ., art. 384.

591. C. civ., art. 386-4, 2^e.

le temps de sa minorité, et prive le parent évincé de son droit de jouissance légale⁵⁹². L'intérêt de ce mécanisme est aujourd'hui renforcé par la multiplication des séparations et des divorces qui créent un contexte propice aux situations conflictuelles entre les parents. Sa pratique a cependant longtemps été freinée par les doutes entourant sa validité et les notaires comme les magistrats se sont semble-t-il longtemps montrés frileux⁵⁹³.

238. Ces incertitudes⁵⁹⁴ se sont toutefois récemment dissipées à la faveur d'un changement radical de politique jurisprudentielle. En effet, après avoir longtemps refusé qu'une telle clause puisse produire ses effets pour la fraction correspondant à la réserve héréditaire de l'enfant⁵⁹⁵, la Cour de cassation l'admet désormais sans nuance⁵⁹⁶, ce qui ouvre un large champ à l'inventivité de la pratique⁵⁹⁷. De fait, la clause en jeu ne nuit pas à l'enfant réservataire à qui elle ne retire rien ; elle se borne à priver l'administrateur légal des droits que la loi lui attribue normalement sur les biens de l'enfant. C'est dire plus généralement que la réserve héréditaire ne fait désormais plus obstacle aux dispositions volontaires qui modifient les effets légaux de la transmission pour peu que ces dispositions n'affectent pas les droits de l'héritier réservataire dans l'intérêt exclusif duquel la réserve héréditaire est édictée.

239. **En conclusion**, il importe de mettre l'accent sur la forme particulière de liberté dont le droit positif permet désormais assez largement l'exercice à travers les diverses renonciations anticipées de l'héritier réservataire. Le choix de cette technique juridique comme principal instrument de libéralisation de la transmission successorale est révélateur des tensions qui traversent la matière mais aussi d'un nouvel équilibre entre contrainte et liberté. Cela traduit la volonté du législateur contemporain d'emprunter une voie moyenne, propice à une plus grande contractualisation de la succession.

II. L'observation des pratiques

240. La loi du 23 juin 2006 a innové en proposant à l'attention des notaires et des familles de nouveaux instruments juridiques, sous la forme d'une boîte à outils. De la théorie à la pratique, il y a cependant souvent un pas. Aussi est-il essentiel, avant d'envisager toute évolution législative, de déterminer si les acteurs de la succession se sont saisis de ces nouvelles opportunités dans leurs stratégies patrimoniales ; d'analyser les facteurs et les freins, d'ordre familial ou économique, qui expliquent le succès ou la faible pratique de ces instruments ; d'évaluer leurs intérêts et leurs faiblesses et de discerner finalement, derrière ces usages sociaux, la place et la valeur aujourd'hui attribuées à la réserve héréditaire dans les pratiques et dans les discours. A cette fin, l'on peut s'appuyer notamment sur les résultats d'une recherche sociologique collective consacrée aux nouvelles formes de renonciations successorales⁵⁹⁸. Celle-ci conduit le groupe de travail à formuler pour l'essentiel deux observations.

A. La lente réception de la loi du 23 juin 2006 par la pratique

241. En premier lieu, l'enquête qui a été menée montre de bout en bout combien la réception des instruments introduits par la loi du 23 juin 2006 est lente et inégale dans la pratique. Comme cela a été observé en 2016 par un notaire sur la base de son expérience en matière de formation professionnelle, « pour une loi aussi importante », « dix ans, c'est court, et même très court ». On veut bien croire que, trois ans plus tard, la réforme est encore en cours d'assimilation par la pratique notariale. Dans le même sens, Yvonne Flour a indiqué au groupe de travail que « le doyen Carbonnier, orfèvre en la matière, avait coutume de dire qu'il faut trente ans pour juger des résultats d'une réforme en droit des régimes matrimoniaux : le temps que les couples se forment, vivent et se séparent, par la mort ou par le divorce, sous l'empire du régime nouveau. A mon sens, il faut plus de patience encore pour juger d'une loi successorale : le temps qu'une génération prenne la relève de la précédente, et se demande à son tour comment elle va

592. La clause d'exclusion de l'administration légale emporte privation de la jouissance légale mais il est possible de dissocier les deux mécanismes en stipulant que l'administrateur légal sera privé de la jouissance.

593. J. Hauser, L'administration aux biens légués ou donnés, *Def.* 2009, 25, spéc. n°13 ; J. Combret et C. Brenner, L'administration de la succession, *Def.* 2017, 30, spéc. n°37 s.

594. Qui remontent à l'ancien droit, la question ayant toujours divisé la doctrine. Sur ces aspects historiques, v. not. : C. Pères, La clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale : une intarissable controverse du droit de la famille ?, *Revue de droit d'Assas*, n°17, 2018, 60.

595. V. not. : Cass. civ., 27 juin 1933, *DP* 1934, 1, 94 note R. Savatier.

596. Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2013, n°11-26728, *D.* 2013, 2073, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2013, 239 obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 2013, comm. 73 M. Bruggeman ; *JCP N* 2013, 1121 note D. Boulanger ; *RTD civ.* 2013, 346 obs. J. Hauser et 421 obs. M. Grimaldi et 575 obs. J. Hauser. Ce revirement était annoncé par le changement de position de la Cour de cassation sur le terrain voisin de la clause d'exclusion de la communauté des biens donnés ou légués à un époux héritier réservataire du disposant : Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1975, *JCP* 1975, II, 18141 note R. Savatier. V. aussi, dans la même affaire : TGI Strasbourg, 10 janv. 1968, *JCP* 1969, II, 15776 note R. Savatier.

597. D'autant que la clause, contrairement à un mandat à effet posthume (C. civ., art. 812-1-1, al. 1^{er}) n'a pas à être justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, v. : Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n°14-18856 et 14-20146, *AJ fam.* 2015, 551 obs. J. Casey ; *RTD civ.* 2015, 584 obs. J. Hauser et 668 obs. M. Grimaldi.

598. C. Pères (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*. Mission de recherche Droit & Justice, Defrénois, coll. Expertise notariale, 2017.

transmettre ce qu'elle avait reçu. Plus que n'importe quel autre, le droit des successions est celui de la longue durée. Il faut laisser aux lois le temps de s'installer, aux acteurs le temps de s'emparer des instruments qu'elles proposent et d'en rôder l'usage »⁵⁹⁹.

B. Le regard particulier porté sur la renonciation anticipée à l'action en réduction

242. En second lieu, cette recherche a révélé une césure entre, d'un côté, les donations-partages transgénérationnelles, qui sont globalement vues de manière positive par les acteurs et qui sont conclues dans un esprit d'équilibre familial⁶⁰⁰, et, de l'autre, les renonciations anticipées à l'action en réduction (RAAR) dont l'enquête montre qu'elles sont volontiers ressenties comme étant exceptionnelles par les notaires. Exceptionnelles, elles le sont non seulement quant à leur fréquence mais aussi quant à leur perception par la profession. Certains des notaires auprès de qui l'enquête a été menée disent être mal à l'aise avec la RAAR en des termes qui mettent en jeu leur éthique professionnelle⁶⁰¹. Cela tient à ce qu'elles sont vues comme faisant courir un risque en termes de liberté du consentement du renonçant ; à ce qu'elles semblent manquer de transparence – la loi interdisant de faire apparaître des contreparties à la renonciation dans l'acte lui-même alors que ces contreparties existent en fait – ; à ce qu'elles sacrifient l'égalité entre les enfants, perçue comme cardinale par la plupart des acteurs ; et, finalement, en ce qu'elles apparaissent davantage comme le produit de la volonté unilatérale du défunt que comme le fruit d'une véritable succession négociée entre ce dernier et l'héritier réservataire présomptif.

243. Si l'on entre un peu dans le détail des résultats de cette enquête, celle-ci a montré que le recours à la RAAR reste « exceptionnel : 47% des notaires interrogés indiquent qu'aucune RAAR n'a été reçue dans leur office⁶⁰² ; et parmi ceux qui en ont reçu, 84% en ont réalisé moins de cinq et 5% dix ou plus. Ces chiffres témoignent d'autant mieux du caractère exceptionnel de la RAAR que l'acte, devant être reçu par deux notaires, pourrait en tant que tel figurer dans les statistiques de deux études. La précision a d'ailleurs parfois été apportée dans les questionnaires, suivant laquelle c'est en qualité de second notaire, désigné par le Président de la Chambre, que certains ont eu à connaître de telles renonciations »⁶⁰³.

244. Ces données sont à rapprocher de celles résultant du nombre de nominations d'un second notaire dans une quarantaine de chambres interdépartementales de notaires : suivant celles-ci, « au niveau national, nous avons pu évaluer le nombre de renonciations anticipées à l'action en réduction approximativement à 843 en 2015, soit globalement une pour 77 284 habitants [...] Nous relevons aussi que la pratique est à peu près constante d'une année sur l'autre : par exemple, la moyenne s'établit à 55 renonciations anticipées à l'action en réduction par an pour la chambre interdépartementale des notaires de Paris, avec un pic d'utilisation en 2012 avec 71 renonciations anticipées à l'action en réduction signées (la fin des mesures fiscales incitatives de la loi TEPA y est sans doute pour beaucoup) contre 39 en 2013 »⁶⁰⁴. C'est dire que « cette forme de renonciation est peu utilisée en pratique »⁶⁰⁵.

245. S'agissant de la renonciation anticipée à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs, la recherche menée révèle qu'elle n'est pour ainsi dire pas, ou pratiquement pas, utilisée en pratique. Comme l'écrivent Jacques Combret et Sophie Gaudemet, « il n'y a pas, ou quasiment pas, de renonciation anticipée à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux : 91% des notaires interrogés déclarent n'y avoir jamais eu recours »⁶⁰⁶.

246. En définitive, la prudence avec laquelle cet outil est souvent mis en œuvre par les notaires traduit à sa manière l'attachement à la réserve héréditaire, l'ancrage de cette institution dans la population et la difficulté de l'héritier à s'effacer de la transmission lorsque ce n'est pas au profit de ses propres enfants dans une logique de souche.

599. V. contribution reproduite en annexe.

600. D'après les résultats du questionnaire, 85% des bénéficiaires de la renonciation de l'enfant réservataire sont « tous les enfants de celui qui s'efface » : sur ce point, v. J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., spéc. n°239, p. 191.

601. V. supra n°112.

602. Depuis le 1^{er} janvier 2007. Le questionnaire a été diffusé du 27 avril au 5 juin 2015.

603. J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in La pratique des renonciations anticipées, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., spéc. n°41, p. 192.

604. A. Storme, La renonciation anticipée à l'action en réduction et la renonciation à l'action en retranchement – Dix ans après, *JCP N* 2016, 1198, n°3.

605. A. Storme, La renonciation anticipée à l'action en réduction et la renonciation à l'action en retranchement – Dix ans après, op. cit., n°13.

606. J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in La pratique des renonciations anticipées, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., n°244, p. 195.

247. Les réflexions menées par le groupe de travail l'invitent à préconiser que d'autres études sociologiques, abordant de front la question de la réserve héréditaire, soient menées avant que le législateur n'envisage de la réformer en profondeur ou de la supprimer. C'est aussi l'avis d'Yves Lequette qui, faisant référence à la loi du 23 juin 2006, relève dans sa contribution qu'« il serait dans l'immédiat de bonne méthode d'étudier la façon dont ces instruments et ces assouplissements sont reçus en pratique afin éventuellement de les améliorer plutôt que de procéder à une remise en cause de l'institution de la réserve héréditaire [...] Comment expliquer qu'à peine plus de dix ans après la réforme opérée par la loi de 2006 on envisage de supprimer la réserve héréditaire »⁶⁰⁷ ? Il importe d'autant plus de renouer en la matière avec la sociologie législative initiée par Jean Carbonnier⁶⁰⁸ que le législateur n'avait pas jugé utile d'interroger la population à l'occasion de la loi du 23 juin 2006. Ainsi a-t-il été observé que « l'évolution récente est, au demeurant, difficile à cerner dans la mesure où il n'a pas été procédé, pour préparer la réforme opérée par la loi du 23 juin 2006, à des enquêtes d'opinion. La Chancellerie a préféré s'en tenir à une consultation des notaires par l'intermédiaire du Conseil supérieur du Notariat. Cela a ainsi permis à la profession de faire entendre un certain nombre de ses revendications traditionnelles »⁶⁰⁹. Il eut été de bonne méthode d'évaluer aussi, et plus largement, les attentes et les représentations de la population avant de légiférer. De fait, dans d'autres pays, les réformes législatives envisagées au cours de la période récente en matière successorale ont été précédées d'intéressantes enquêtes sociologiques mêlant outils quantitatifs et qualitatifs, sondages d'opinions et entretiens auprès des familles, ayant permis d'éclairer le législateur⁶¹⁰.

Tous les systèmes juridiques, passés ou présents, sont confrontés à la question des limites à la liberté pour le *de cuius* de disposer gratuitement de ses biens. L'histoire et le droit comparé enseignent que cette liberté, si elle est plus ou moins étendue, n'est nulle part absolue et que la réserve héréditaire est largement répandue en Europe et dans le monde. Il est illusoire de croire que la suppression de l'actuelle réserve héréditaire permettrait au *de cuius* de jouir d'une liberté illimitée. Il s'agit en réalité de déterminer si nos limites actuelles, fruits de notre culture et de nos valeurs, doivent être remplacées par d'autres mécanismes inspirés en particulier de ceux qui se pratiquent actuellement dans les droits anglo-saxons.

La réserve héréditaire des descendants doit être maintenue dans son principe. Les objections qui lui sont faites n'apparaissent guère décisives alors que divers éléments suggèrent que les Français lui sont attachés. Variées et de première importance, les justifications de la réserve héréditaire demeurent parfaitement actuelles et solides, y compris dans le contexte d'une société marquée par un plus grand individualisme. La réserve héréditaire fixe démocratiquement dans la loi des limites acceptées, claires et précises, sur la base desquelles une stratégie patrimoniale peut être déployée dans la sécurité juridique. L'examen des droits étrangers qui ne connaissent pas la réserve héréditaire et qui confient au juge le soin de contrôler l'exercice de la liberté de disposer montre que, dans ces systèmes, ces limites sont largement imprévisibles et aléatoires. Les conséquences qui pourraient résulter de sa suppression – notamment en termes de judiciarisation des successions et de coût pour les justiciables ainsi que pour la collectivité – doivent donc dissuader de s'engager dans une voie que le législateur ne serait au demeurant pas certain de pouvoir emprunter compte tenu de la possible valeur constitutionnelle de la réserve héréditaire.

De création récente, la réserve héréditaire du conjoint survivant appelle un traitement différencié. Ses fondements, plus fragiles, sont irréductibles à ceux de la réserve des descendants et difficiles à cerner. Son caractère subsidiaire est peu satisfaisant. Son utilité actuelle est douteuse et doit être appréciée à la lumière de l'ensemble des autres droits du conjoint survivant.

Quoi qu'il en soit, l'histoire enseigne aussi que l'institution que nous appelons aujourd'hui réserve héréditaire a constamment évolué au fil du temps. Elle a su s'adapter aux besoins de la société et se renouveler. Elle continue à le faire aujourd'hui. Tel qu'on l'observe actuellement, ce renouvellement se traduit principalement par le plus grand pouvoir laissé à la volonté individuelle, spécialement celle de l'héritier réservataire présomptif, dans ses rapports avec la réserve héréditaire. Cette évolution juridique a naturellement partie liée avec le plus grand individualisme de la société contemporaine. La loi protège l'héritier réservataire contre les velléités arbitraires d'exhérédation du défunt, ce qui demeure utile et juste ; elle ne protège pas l'héritier réservataire malgré lui. C'est dire la parfaite cohérence de la réserve héréditaire, telle qu'elle est aujourd'hui articulée, avec l'aspiration politique actuelle consistant à libérer l'individu sans oublier, lorsque cela est nécessaire, de le protéger.

607. Contribution écrite reproduite en annexe.

608. Spécialement à l'occasion de la préparation de la réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 13 juillet 1965, sur laquelle v. : J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 41 s. Des enquêtes ont également été menées auprès des Français en matière de succession (par ex. : Attitudes des Français à l'égard des successions, *Rev. Sondages*, 1970, n^o 4, p. 34). D'autres enquêtes avaient été menées en amont des projets de loi déposés en 1992 sur les droits successoraux du conjoint survivant. Sur lesquelles, v. : J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1994, p. 285.

609. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Droit civil. Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 4^e éd., 2014, n^o 29, p. 30.

610. On songe notamment aux différentes enquêtes réalisées à la demande de la *Law Commission* en Angleterre (v., parmi d'autres : *Inheritance and the family : attitudes to will-making and intestacy*, National Centre for Social Research, 2010) ou encore à l'étude *Perceptions et attentes en matière de droit successoral en Belgique*, Rapport de la Fondation Roi Baudouin, février 2016. V. aussi les résultats des enquêtes d'opinion favorables au maintien de la réserve héréditaire en Ecosse : Scottish Law Commission, *Report on Succession*, n^o 215, 2009, n^o 3.27, ce qu'a reconnu plus récemment le gouvernement écossais : Consultation on the Law of Succession, juin 2015, n^o 3.25 (« *Removing protection for adult children and only providing for dependent children may not reflect the views of significant numbers of Scottish families* »).

02

SECONDE PARTIE

La réserve héréditaire demain

SECONDE PARTIE

La réserve héréditaire demain

248. Le droit des successions et des libéralités est une mécanique d'ensemble dont la réserve héréditaire constitue la clé de voute. Il est difficile d'envisager une réforme isolée et, à le faire, il importe d'avoir à l'esprit ses divers effets de bord ainsi que ses possibles répercussions dans une matière réputée pour sa technicité.

L'heure est-elle venue de réformer ? Pour les raisons exposées dans la première partie de ce rapport, le groupe de travail considère qu'une réforme radicale de la réserve héréditaire conduisant à la suppression de cette institution dans notre droit serait à la fois injustifiée et dangereuse. En revanche, il est possible de réfléchir aux améliorations susceptibles d'être apportées au droit positif en gardant à l'esprit que sur certains aspects, le recul manque sans doute encore, la loi du 23 juin 2006 n'ayant pas déployé tous ses effets dans la pratique.

Dans quel esprit légiférer ? Si le droit des successions doit être réformé, il doit l'être pour des raisons qui valent pour le plus grand nombre et non pour quelques-uns⁶¹¹.

249. Sur cette base, sept axes possibles de réflexion ont été identifiés : les bénéficiaires de la réserve héréditaire (chapitre 1) ; son taux (chapitre 2) ; son assiette (chapitre 3) ; sa sanction (chapitre 4) ; le pouvoir de la volonté individuelle (chapitre 5) ; la philanthropie (chapitre 6) et les dispositions transitoires susceptibles d'accompagner une éventuelle réforme (chapitre 7). Le groupe de travail a parfois évoqué des pistes d'évolution avant de les écarter. Lorsque cela a paru pertinent, ces discussions sont retracées. Quelques propositions d'évolution n'ont pas fait l'unanimité, ce qui est alors indiqué.

⁶¹¹ P. Catala, La veuve et l'orphelin, in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 257s, spéc. n°1, p. 257 : « La loi successorale, comme toute autre loi civile est destinée au plus grand nombre et non pas à régler des situations marginales ».

CHAPITRE 1 :

Les bénéficiaires de la réserve héréditaire

§I. Des descendants

Réaffirmer la réserve héréditaire des descendants

A. Maintenir la réserve héréditaire des descendants en son principe

250. Pour les raisons exposées dans la première partie du rapport⁶¹², les fondements de la réserve héréditaire en droit positif et dans la société contemporaine demeurent aussi solides que parfaitement actuels. Le groupe de travail n'a pas identifié de forte demande sociale en faveur de sa suppression. Au contraire, les données sociologiques traduisent l'attachement général des Français à la réserve héréditaire ainsi qu'aux valeurs dont elle porte le symbole.

Effet légal de la filiation, la réserve héréditaire contribue à la construction de l'identité de l'enfant et à son statut juridique. Elle exprime aussi la **solidarité familiale** entre les générations, une solidarité qui est toujours bien à l'œuvre dans la société française et sur laquelle comptent les pouvoirs publics dans un contexte financier délicat pour les dépenses publiques et la solidarité nationale. Elle est encore au service de la **liberté individuelle**. Liberté du futur défunt, qu'elle protège contre le risque de captation d'héritage, un risque dont le vieillissement de la population ne fait qu'accentuer aujourd'hui la fréquence ; liberté des héritiers réservataires présomptifs contre les menaces d'exhérédation que leurs parents pourraient agiter pour s'opposer à leurs opinions politiques, à leur orientation sexuelle, au choix de leur conjoint, ... La réserve héréditaire assure enfin une égalité minimale entre frères et sœurs. A ce titre, elle apaise les tensions familiales et les rapports sociaux. Son utilité se trouve aujourd'hui renforcée par la crainte que la suppression de la réserve héréditaire ne fasse ressurgir de **nouvelles discriminations entre les enfants** : discriminations au détriment des enfants d'une première union dans les familles recomposées ; discriminations en lien avec des préceptes religieux fondées sur le sexe, la nature de la filiation ou la religion de l'enfant... La réserve héréditaire est directement au service du principe d'égalité.

251. Sa suppression serait d'autant moins souhaitable qu'elle conduirait à remplacer la réserve héréditaire par **d'autres instruments juridiques de régulation de la liberté**. La liberté de disposer est partout limitée, y compris dans les droits anglo-saxons où le contrôle social de cette liberté est confié, non à la loi, mais au juge à qui il revient de déterminer si le demandeur, au regard de son état de besoin, a obtenu de la succession une mesure raisonnable. L'observation de ces droits étrangers doit dissuader le législateur de s'engager dans cette voie. Outre qu'elle serait de nature à susciter un contentieux aujourd'hui marginal, la substitution à la réserve héréditaire de mécanismes alimentaires aurait pour conséquence de remplacer des règles aujourd'hui claires et garantes de la sécurité juridique par des solutions judiciaires dont les expériences étrangères montrent qu'elles sont aléatoires et imprévisibles. C'est à la loi, et non au juge, qu'il revient de fixer les bornes respectives de la liberté individuelle - à travers la quotité disponible - et de la solidarité familiale envers ceux que l'on a fait venir au monde - au moyen de la réserve héréditaire.

252. Au surplus, la réserve héréditaire n'est **en rien une singularité française**. Elle est largement répandue à travers le monde et reconnue dans tous les droits de tradition civiliste. Signe de l'importance et de l'actualité contemporaine de la réserve héréditaire en Europe, la Cour constitutionnelle allemande lui a reconnu une valeur constitutionnelle en 2005. Le Conseil constitutionnel, à le supposer saisi d'une loi abrogeant les articles 912 et suivants du code civil relatifs à la réserve héréditaire, pourrait éventuellement s'engager dans cette voie.

La réserve héréditaire des descendants doit être maintenue en son principe (proposition n° 1)

⁶¹² V. *supra* n°108s.

B. Faire évoluer la jurisprudence relative aux successions internationales

253. Précédemment rappelée⁶¹³, la jurisprudence relative aux successions internationales repose sur une vision aujourd'hui atrophie de la réserve héréditaire : de celle-ci, la Cour de cassation ne retient plus que sa fonction alimentaire. Cette approche résulte clairement de la motivation qu'avaient retenue les juges du fond dans l'une des deux affaires ayant donné lieu aux arrêts du 27 septembre 2017⁶¹⁴, reprise ensuite par la Cour de cassation⁶¹⁵.

1. Tirer les conséquences au plan international des fondements de la réserve héréditaire en droit interne

254. La démarche consistant à mesurer l'intensité d'une règle ou d'une institution juridique dans l'ordre international à partir de l'ordre interne n'est pas en cause : le droit international privé et le droit interne interagissent en effet constamment. En revanche, la vision que la Cour de cassation retient de la réserve héréditaire en droit interne est elle-même inexacte et excessivement réductrice. Si elle est un mécanisme de solidarité familiale et si elle assume en ce sens une fonction alimentaire, la réserve héréditaire repose sur bien d'autres fondements que la jurisprudence de la Cour de cassation passe sous silence alors qu'ils demeurent, on l'a vu, tout aussi solides et actuels en droit positif.

255. Le groupe de travail ne voit pas en quoi ces autres fondements seraient supplantés ou dépassés en droit interne par la fonction alimentaire de la réserve héréditaire ; il ne voit pas non plus en quoi cette fonction serait plus importante que les autres. C'est dire que si l'on rétablit, comme il se doit, la réserve héréditaire dans la variété et la solidité de ses fondements en droit interne, la question de son statut en droit international privé doit être à nouveau posée, en des termes différents. C'est dire aussi que la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation doit être abandonnée en ce qu'elle dit de la réserve héréditaire qu'elle n'est pas d'ordre public international sauf en sa dimension alimentaire⁶¹⁶.

256. Au demeurant, la question peut se poser de l'articulation de cette jurisprudence avec les normes constitutionnelles. D'une part, la jurisprudence de la Cour de cassation ne saurait être fondée sur la décision du 5 août 2011⁶¹⁷ par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 relatives au droit de prélèvement des héritiers français⁶¹⁸ en tant qu'elles établissaient une différence de traitement fondée sur la nationalité. En effet, on ne saurait considérer que le Conseil constitutionnel aurait ainsi indirectement pris position, pour l'exclure, au sujet du caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire⁶¹⁹. D'autre part, on peut s'interroger sur la conformité de la jurisprudence de la Cour de cassation aux exigences constitutionnelles⁶²⁰. Enfin, il est difficile d'admettre qu'une norme constitutionnelle puisse ne pas être d'ordre public

613 V. *supra* n°70s.

614 Paris, 16 déc. 2015, *Colombier*, n°13-17078, *JCP N* 2016, 1290, spéc. n°6 obs. E Fongaro : « Les modifications apportées par la loi du 23 juin 2006 au droit des successions, telles l'exclusion des ascendants du bénéfice de la réserve, la faculté de renoncer de façon anticipée à l'action en réduction, l'exclusion des assurances-vie de la masse successorale, la réduction en valeur et plus en nature [...] ont fait évoluer le sens de la réserve héréditaire » et « la fonction alimentaire de celle-ci prend désormais le pas », « qu'elle n'en demeure pas moins l'expression d'un devoir de famille et touche en cela aux fondements de la société ». Puis, la cour d'appel avait refusé d'écarter la loi californienne après avoir relevé qu'il n'était « ni démontré ni soutenu que l'application de la loi californienne ignorant la réserve héréditaire laisserait l'un ou l'autre des conjoints X, tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin ».

615 Cass. civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n°16-17198 et n°16-13151, *D.* 2017, note J. Guillaumé et 2310 obs. H. Fulchiron ; *JCP* 2018 doctr. 123, n°2 obs. R. Le Guidec ; *Dr. fam.* 2017, comm. 230 M. Nicod ; *AJ fam.* 2017, 598 obs. P. Lagarde, A. Meier-Bourdeau, B. Savouré et G. Kessler ; *RTD civ.* 2017, 833 obs. L. Usunier et 2018, 189 obs. M. Grimaldi ; *RJPF* 2017, n°12 note S. Godechot-Patris et S. Potentier. *Adde* : C. Deneuille et S. Godechot-Patris, Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire, *JCP N* 2018, 1239 ; M. Goré, Requiem pour la réserve héréditaire, *Def.* 2017, n°22, 23.

616 En ce sens, v. C. Brenner, contribution reproduite en annexe : il conviendrait « d'accompagner la refondation politique de l'institution [de la réserve héréditaire] d'une proclamation dans la loi du caractère d'ordre public international que la France entend lui reconnaître. On ne voit pas en effet ce qui interdirait au législateur en même temps qu'il réaffirmerait son attachement à la réserve héréditaire [...] de signifier explicitement qu'elle participe de ces valeurs tenues pour essentielles au système juridique français. Ce qui mettrait heureusement fin à la dérive jurisprudentielle précédemment dénoncée ».

617 Déc. n° 2011-159 QPC du 5 août 2011, *Mme Elke B. et autres [Droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français]*.

618 Ce mécanisme permettait à l'héritier français de prélever sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens dont il était exclu en vertu de la loi étrangère. V. *supra* n°63.

619 L'absence de réserve d'interprétation dans cette décision, par laquelle le Conseil constitutionnel aurait pu étendre le bénéfice de la loi aux héritiers étrangers venant à une succession en France, au lieu de la déclarer inconstitutionnelle s'explique en vérité par des raisons propres aux réserves d'interprétation en général. La décision du Conseil constitutionnel est donc strictement limitée à la conformité dudit article 2 au seul principe fonctionnel d'égalité. Sur ces aspects, v. : S. Benzina, contribution reproduite en annexe, n°83s.

620 Il semble que « si le Conseil était saisi d'une disposition législative qui avait, d'un point de vue matériel, un contenu similaire à l'attendu de principe énoncé par la Cour de cassation dans ses arrêts *Colombier* et *Jarre*, il aurait probablement reconnu la valeur constitutionnelle du droit de succession. Dans une telle hypothèse, il devrait notamment déterminer s'il y a ou non une atteinte inconstitutionnelle au droit de succession. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation permet que la réserve héréditaire puisse être entièrement écartée au profit de la loi successorale étrangère, privant ainsi l'exigence constitutionnelle de droit de succession de toute garantie légale. On voit alors mal comment une mesure qui permet de priver un droit constitutionnel de toute effectivité peut être proportionnée et donc conforme à ce même droit constitutionnel » (S. Benzina, contribution reproduite en annexe, n°86).

international⁶²¹. En définitive, la possible valeur constitutionnelle de la réserve héréditaire⁶²² est de nature à fragiliser la jurisprudence de la Cour de cassation.

La réserve héréditaire devrait être reconnue comme étant d'ordre public international en tant qu'elle appartient aux « principes qui se rattachent aux fondements politiques, familiaux et sociaux de la société »² (proposition n° 2)

2. Définir les conditions du jeu de l'exception d'ordre public international en matière de réserve héréditaire

257. Pour autant, il ne s'agit en aucun cas de méconnaître les spécificités de l'exception d'ordre public : celle-ci faisant l'objet d'une appréciation *in concreto*⁶²³, c'est le **résultat** de l'application de la loi étrangère qui doit conduire à déclencher l'ordre public. Au demeurant, certains considèrent qu'en l'état actuel de la jurisprudence, l'existence de liens de proximité suffisants avec la France doit déjà permettre d'écarter la loi étrangère. Comme le relèvent Bernard Audit et Louis d'Avout, « dans les deux affaires où elle a ainsi statué [les deux arrêts du 27 septembre 2017], la Cour a retenu l'éloignement de la situation litigieuse (établissement ancien et durable du *de cuius* à l'étranger ; localisation prépondérante à l'étranger du patrimoine héréditaire) ; mais aussi, de manière discutable eu égard à la nature de la réserve, le fait que les héritiers privés de celle-ci par la loi successorale applicable n'avaient pas soutenu se trouver en conséquence dans une « situation de précarité économique ou de besoin ». Un raisonnement « au cas d'espèce » devrait permettre en présence de rattachements significatifs avec la France, de faire prévaloir des intérêts familiaux à l'encontre d'une exhérédation admise par le droit successoral étranger »⁶²⁴.

258. Aussi convient-il d'identifier les liens étroits avec la France de nature à justifier la mise en œuvre de l'exception d'ordre public en matière de réserve héréditaire. En vérité, ces liens étroits, révélateurs de la proximité de la succession avec l'ordre juridique français, doivent être recherchés dans les fondements de la réserve héréditaire. Or, ceux-ci portent à se tourner aussi bien du côté du défunt que de celui de l'héritier.

Devrait être considérée comme contraire à l'ordre public international la loi étrangère dont l'application conduirait à priver de tout droit un descendant en rang utile pour succéder lorsque le défunt ou l'héritier est de nationalité française ou réside en France au moment du décès (proposition n° 3)

259. Le groupe de travail n'ignore pas l'opinion selon laquelle il pourrait y avoir un risque à prendre en compte la nationalité ou la résidence française de l'héritier au regard du principe de non-discrimination. Cependant, la situation est ici différente de celle qui présidait à l'ancien droit de prélèvement. En effet, à supposer que la mise en œuvre de l'exception soit subordonnée à l'existence d'un héritier français ou résidant en France, tous les héritiers, quelle que soit leur nationalité ou leur résidence, bénéficieraient du jeu de l'exception et des règles du code civil relatives à la réserve héréditaire. On pourrait même envisager d'adopter une démarche plus large en étendant ces rattachements à tous les ressortissants d'un Etat membre ou ayant leur résidence dans un Etat membre⁶²⁵.

Adopter éventuellement une démarche plus large en étendant ces rattachements à tous les ressortissants d'un Etat membre ou ayant leur résidence dans un Etat membre (proposition n° 3 bis)

260. Ajoutons pour finir que les résultats de l'application de la loi étrangère s'opérant *in concreto*, ce sont les juges du fond qui en seraient en charge sous le contrôle de la Cour de cassation⁶²⁶. Le plus souvent, la Cour de cassation se bornerait donc à relever, comme elle a pu le faire dans d'autres domaines, qu'il appartient aux juges du fond de vérifier en l'espèce « si l'absence de réserve héréditaire dans la loi étrangère ne conduit pas à un résultat contraire à l'ordre public international »⁶²⁷.

621 En ce sens, v. S. Benzina, contribution reproduite en annexe, n°89

622 Sur laquelle, v. *supra* n°184s.

623 V. *supra* n°67.

624 *Droit international privé*, LGDJ, 2018, n°1134, p. 946.

625 De fait, la Cour de cassation a d'ailleurs d'ores et déjà raisonné de la sorte en matière de répudiation : Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n°15-10532.

626 V. à ce sujet les obs. de Y. Lequette, note sous CA Paris, 18 déc. 1973 et CA Paris, 1^{er} juill. 1974, *JDI* 1975, 525, spéc. p. 534.

627 Rappr. en matière de prestation compensatoire : dans une hypothèse où la loi allemande applicable permettrait de renoncer à toute prestation compensatoire, la Cour de cassation relève : « qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui incombait de rechercher, de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2015, n°14-17880 ; *D.* 2015, 1539; *AJ fam.* 2015, 492 obs. A. Boiché; *JCP* 2015, 1024 note E. Fongaro; *JDI* 2015, 1147, note P. de Vareilles-Sommières ; *RJPF* 19 oct. 2005, n°10 obs. S. Godechot-Patris).

3. Mesurer la compatibilité d'une évolution de la jurisprudence avec le droit de l'Union européenne

261. Les propositions qui précèdent sont assurément cohérentes avec les fondements de la réserve héréditaire en droit interne. Reste à déterminer si elles sont en harmonie avec le droit de l'Union européenne. En effet, toutes les successions ouvertes depuis le 17 août 2015 sont soumises au règlement du 4 juillet 2012 n°1250/2012. Ce texte témoigne de la volonté de favoriser l'anticipation successorale et de fluidifier le règlement des successions. D'inspiration libérale, il fait une place mesurée à la *professio juris* (art. 22). Il n'en réserve pas moins le mécanisme de l'ordre public en son article 35, dont il ne définit pas les contours. Or, conformément à l'article 267 du TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union européenne. Dans cette perspective, la CJUE entend développer une interprétation uniforme et autonome des dispositions du règlement, indépendante du droit des États membres, qui tienne compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause⁶²⁸.

262. Néanmoins, il n'est pas dit qu'en matière d'ordre public, les États membres n'aient pas une marge de manœuvre un peu plus grande. Certes, l'exception prévue à l'article 35 est conçue en termes restrictifs, ce qui atteste d'une conception sans doute plus exigeante qu'en droit commun du seuil de déclenchement de l'ordre public international⁶²⁹, vraisemblablement pour ménager l'effet utile du règlement. Il n'en demeure pas moins que l'article 35 réserve non l'ordre public européen mais l'ordre public du for. Le considérant 58 du règlement est dans le même sens⁶³⁰. C'est dire que « l'éventuelle émergence d'un modèle européen ne doit pas se faire au détriment du respect de la diversité nationale mais en complémentarité avec lui »⁶³¹. L'existence d'une marge de manœuvre pour les États membres se trouve d'ailleurs confirmée par la jurisprudence de la CJUE⁶³². La Cour de justice entend n'exercer qu'un droit de contrôle quant aux limites de mise en œuvre de l'exception d'ordre public international dans les États membres⁶³³.

263. De ces éléments, il résulte que, pour être opposées au jeu normal des règles de conflit de loi, les règles nationales invoquées au titre de l'exception d'ordre public doivent remplir deux conditions. D'une part, la règle interne doit correspondre à des valeurs partagées par l'ensemble des États membres, même si les conséquences attachées à ces valeurs peuvent varier selon les États. Il n'est pas possible de définir l'ordre public à partir de particularismes locaux. Cette première condition est ici remplie : la réserve héréditaire est un principe commun à l'ensemble des États membres de l'Union européenne liés par le Règlement⁶³⁴. D'autre part, la règle interne doit constituer pour l'Etat considéré un élément essentiel de son ordre juridique social, économique ou culturel. Cette seconde condition est à nouveau remplie, la réserve héréditaire, comme on l'a montré au cours de la première partie, étant une institution centrale en droit français où elle exprime des valeurs politiques et culturelles fortes⁶³⁵.

264. Les positions adoptées par le passé par la CJUE laissent penser qu'elle pourrait faire preuve d'une certaine tolérance en présence d'un système juridique européen qui opposerait l'exception d'ordre public à une loi étrangère dont l'application priverait de tout droit les descendants du défunt, ce que pourrait notamment faire l'Allemagne en raison de la valeur constitutionnelle qu'elle reconnaît à la réserve héréditaire, en dehors de toute condition de besoin. En conclusion, le groupe de travail considère que **l'évolution qu'il recommande relativement à la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas contraire à la position que pourrait adopter la CJUE dans le cadre du Règlement.**

628 En ce sens, v. : CJUE, 1^{er} mars 2018, C558-16, *Mahnkopf* : « A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union, qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée, doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme, qui doit être recherchée en tenant compte non seulement des termes de celle-ci, mais également du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause. » (C'est nous qui soulignons).

629 L. Perreau-Saussine, *L'ordre public international et la réserve héréditaire*, *Mélanges Bertrand Ancel*, Lextenso, 2018, p. 1279 et s., spéc. p. 1289.

630 Cons. 58 : « Dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des États membres chargées du règlement des successions la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné » (c'est nous qui soulignons).

631 P. Hammje, *Ordre public et loi de police : limites à l'autonomie de la volonté ?*, in A. Panet, H. Fulchiron et P. Wautelot (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationale*, Bruylant, 2017, p. 111, spéc. p. 114.

632 En ce sens, v. not. : CJCE, 28 mars 2000, aff. C- 7-98, *Krombach* : « s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant, il lui incombe de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat peut avoir recours à cette notion ».

633 CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn Wittgenstein* : l'ordre public ne peut être invoqué contre les droits et libertés reconnus au citoyen européen « qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société (...) les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un Etat membre à l'autre et d'une époque à l'autre. Il faut donc, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité ».

634 V. *supra* n°40.

635 V. *supra* n°108s.

II. Conforter l'ancrage de la réserve héréditaire dans la filiation

A. Protéger les descendants contre l'instauration de motifs d'exhérédation

265. Au cours des auditions, l'idée a parfois été avancée d'introduire dans la loi des motifs permettant au *de cuius* de priver son descendant de tout ou partie de sa réserve. Une variante consisterait à confier cette faculté non au défunt mais directement au juge. Tel pourrait être le cas dans l'hypothèse d'une rupture durable des relations, de délaissement d'un parent ou d'un grand-parent au soir de sa vie ou, plus largement, d'un manquement par un descendant à ses devoirs envers le défunt⁶³⁶.

266. En cela, il pourrait s'agir de s'inspirer de la **loi autrichienne** qui connaît plusieurs formes d'indignité successorale : la première, découlant de la loi, lorsque l'héritier présomptif a commis un acte d'une particulière gravité envers le défunt ; la seconde, dépendant de la volonté du défunt, en cas d'inexistence ou de rupture durable des relations avec un héritier réservataire présomptif. Selon le §776 ABGB, le défunt peut ainsi réduire à hauteur de la moitié la part de réserve de l'héritier présomptif s'ils n'ont à aucun moment, pendant une longue durée avant le décès du disposant, entretenu de relation. Le défunt perd en revanche cette liberté, selon la loi autrichienne, si la rupture des relations est imputable au seul disposant⁶³⁷.

267. On comprend bien l'**intérêt** d'un tel dispositif : il s'agit de répondre à l'une des critiques faites à la réserve héréditaire consistant à lui reprocher de protéger injustement, à l'occasion, « l'héritier qui a méconnu tous ses devoirs à l'égard de son auteur, et cela parfois en anéantissant totalement ou partiellement la libéralité dont a bénéficié un autre héritier qui lui n'aura pas démerité »⁶³⁸.

268. Plusieurs raisons conduisent cependant à **écarter cette piste d'évolution**. D'abord, sur le terrain du droit comparé, la solution autrichienne a été fermement rejetée, après avoir été débattue, par le législateur allemand à l'occasion de sa dernière réforme du droit des successions. Comme l'explique Anne Röthel, le législateur allemand a délibérément refusé de s'engager dans cette voie et a voulu réaffirmer que tous les enfants, quelle que soit leur situation vis-à-vis du défunt, ont droit à une part égale de réserve⁶³⁹. De fait, une telle solution n'irait, ensuite, pas sans difficulté. Interrogée sur l'éventualité d'une réforme législative en ce sens, Nicole Prieur, thérapeute familiale et thérapeute d'enfants, a observé devant le groupe de travail que la réalité familiale est en général complexe et combien il est souvent difficile de démêler les responsabilités entre les parents et les enfants en cas de mésentente ou de rupture familiale. Par la force des choses, distribuer les bons et les mauvais points dans une relation construite depuis l'enfance est encore plus compliqué lorsque le parent n'est plus là. Songeons à l'enfant, né d'une première union, ayant rompu progressivement toute relation avec son père après que celui-ci se soit remarié et ait eu d'autres enfants. Ou à l'enfant dont la paternité a été judiciairement reconnue mais avec qui le père n'a jamais voulu entretenir de relation. Dans ces situations, qui peut dire en conscience que la rupture ou l'absence de relations est imputable à l'enfant ?

269. Se poserait aussi la question de la durée minimale de la rupture ouvrant le droit, pour le défunt, d'exhérer en tout ou partie un enfant. Faudrait-il la chiffrer et alors quelle durée retenir dans la loi : 10 ans, 15 ans, 20 ans, davantage ? Et, à ne pas la chiffrer dans la loi, comment éviter l'aléa judiciaire tenant à la libre appréciation du juge ? De la même façon, la notion de manquement à un devoir envers le défunt n'est pas simple à identifier. Au surplus, l'introduction de tels motifs d'exhérédation soulèverait d'inévitables problèmes de preuve. Elle serait de nature à susciter un contentieux aujourd'hui inexistant et à remettre l'attribution de la réserve héréditaire entre les mains du juge. A cela s'ajoute qu'à s'engager dans la voie de l'introduction de motifs d'exhérédation, l'on pourrait être tenté demain d'aller plus loin et de multiplier les raisons pour lesquelles un descendant serait susceptible d'être exhérédié⁶⁴⁰.

636 En ce sens, v. not. G. Wicker (contribution reproduite en annexe) proposant de « prévoir une déchéance de l'héritier indigne de son droit à la réserve » selon laquelle le *de cuius* pourrait « priver de la réserve celui qui a commis contre lui des faits de maltraitance ou de violence ou qui, sans excuse légitime, a contrevenu à son obligation d'entretien ou rompu toute relation ».

637 § 776 ABGB :

(1) Le disposant peut réduire de moitié la part obligatoire par testament si lui-même et le bénéficiaire de la part obligatoire n'ont à aucun moment, ou au moins pendant une longue durée avant le décès du disposant, entretenu une relation telle qu'elle existe habituellement entre ces membres de la famille.

(2) Le droit à une réduction de la part obligatoire n'est pas applicable si l'inexistence ou la rupture des relations est imputable au seul disposant.

638 G. Wicker, contribution reproduite en annexe.

639 V. contribution reproduite en annexe.

640 Le droit autrichien en fournit un exemple en permettant au père ou à la mère de priver son enfant de sa part de réserve lorsque la situation d'endettement ou la prodigalité de celui-ci fait courir le risque d'en priver à terme ses propres enfants. Dans de telles circonstances, le défunt

270. Le code civil contient déjà, à travers l'indignité successorale⁶⁴¹, un mécanisme de déchéance de la qualité d'héritier qui permet de sanctionner le successible ayant commis des actes particulièrement graves envers le défunt en le privant de sa qualité d'héritier et, par voie de conséquence, de sa réserve. Ces cas d'indignité ont été rénovés et élargis à l'occasion de la loi du 3 décembre 2001. C'est sur ce terrain que le législateur, s'il le souhaitait, devrait engager une nouvelle réflexion. Mais il ne doit pas appartenir au *de cuius* de décider lui-même de priver un descendant de tout ou partie de sa réserve⁶⁴².

La réserve héréditaire étant fondée sur l'existence même d'un lien de filiation, les descendants doivent être protégés contre l'instauration de motifs d'exhérédation soumis à l'appréciation de la volonté du défunt (proposition n° 4)

B. Continuer à subordonner la réserve héréditaire à l'établissement préalable d'un lien de filiation

1. Le bel-enfant

271. La multiplication des divorces et des séparations favorise les recompositions familiales. Aussi est-il fréquent qu'un enfant vive quotidiennement avec l'un de ses parents et son nouveau conjoint, partenaire ou concubin qui remplit à son égard un rôle éducatif proche d'un rôle parental. Lorsque cette famille recomposée évolue dans un climat de bonne entente, le beau-parent peut vouloir traiter sur un pied d'égalité ses propres enfants et ses beaux-enfants dans sa succession ou encore, s'il n'a pas d'enfant, traiter ceux de son conjoint, partenaire ou concubin comme les siens. A cette fin, le beau-parent peut adopter son bel-enfant, ce qui permet à l'enfant adopté de jouir des mêmes droits successoraux que les enfants biologiques de l'adoptant. Il peut s'agir soit d'une adoption plénière, dans les conditions prévues par l'article 345-1 du code civil pour l'adoption de l'enfant du conjoint, soit d'une adoption simple, qui permet alors à l'adopté de conserver tous ses droits dans sa famille d'origine, notamment héréditaires⁶⁴³. Cependant, la question peut se poser de savoir s'il serait envisageable et souhaitable de reconnaître au bel-enfant la qualité d'héritier réservataire sans passer par la voie de l'adoption. On peut distinguer selon que cette qualité viendrait de la loi ou de la volonté du beau-parent.

a. La loi

272. S'agirait-il de faire du bel enfant un héritier légal, appelé au titre de la succession *ab intestat*, et assimilé à un descendant ? Ce serait s'engager dans une voie périlleuse compte tenu de la très grande diversité des situations de fait et du caractère « fondamentalement électif » du lien entre beau-parent et bel-enfant⁶⁴⁴. Dès lors, « il convient de ne pas créer de « statut » des beaux-parents au sens de corps de règles plus ou moins impératives qui s'imposeraient à eux. Le rejet d'un statut impératif est lié à la nécessaire considération de la diversité des situations, de la diversité des attentes et du respect de la place que chacun souhaite jouer dans la situation de vie familiale »⁶⁴⁵. Partageant cette analyse, le groupe de travail considère que le bel-enfant ne doit pas se voir reconnaître légalement la qualité d'héritier réservataire vis-à-vis du conjoint, partenaire ou concubin de son père ou de sa mère⁶⁴⁶. Au demeurant, cette réflexion dépasse la question de la réserve héréditaire et pose plus largement celle de la dévolution légale⁶⁴⁷.

est autorisé à sauter une génération et à attribuer directement la part de réserve de l'enfant endetté ou prodigue aux petits-enfants (§771 ABGB). Une telle approche risque de porter atteinte à la liberté individuelle de l'enfant et à transformer la réserve héréditaire en une récompense pour comportement vertueux. Elle risque encore de conférer au défunt un pouvoir excessif d'appréciation du mode de vie de ses enfants.

641 C. civ., art. 726 et s.

642 Dans le même sens, v. : J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préf. J. Carbonnier, Defrénois, 2003, p. 134 à propos de l'institution d'une exhérédation pour justes motifs : « c'eût été ouvrir la boîte de Pandore : de quels motifs s'agirait-il et quand seraient-ils justes ? Le projet ne s'y est pas risqué. Selon lui, il n'appartient en aucun cas au de cuius de retirer au réservataire ce dont la loi lui assure la dévolution. Une pareille déchéance ne peut résulter que de la loi elle-même ».

643 C. civ., art. 364, al. 1^{er}.

644 I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, Ministère des affaires sociales et de la santé, Ministère délégué chargé de la famille, 2014, p. 283 : « un homme ou une femme qui tombe amoureux peut choisir de ne pas s'investir dans l'éducation de l'enfant de son nouveau conjoint. Une relation beau-parentale n'est pas toujours pensée ni voulue par les beaux-parents eux-mêmes comme un lien parental ou même familial. Un enfant peut avoir à subir la présence d'un beau-père ou d'une belle-mère dans sa vie : il a toujours, en dernier recours, la possibilité de dénier à ce dernier une place dans sa famille. La relation beau-parentale est donc le résultat d'une élection réciproque ».

645 I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 285.

646 D'autant que la reconnaissance de la qualité d'héritier réservataire inviterait à poser la question de l'obligation alimentaire entre bel-enfant et beau-parent. Aux raisons précédemment évoquées, qui s'y opposent, on ajoutera qu'il n'est pas opportun de « multiplier le nombre de débiteurs âgés potentiels à la charge de l'enfant qui doit déjà assumer ses propres parents » (C. Goldie-Genicon, *L'obligation alimentaire : entre inadéquation et dénégation*, à paraître, n°3).

647 Le droit français, en ce qu'il n'attribue au bel-enfant la qualité ni d'héritier légal, ni par conséquent d'héritier réservataire, suit la position de la

b. La volonté du beau-parent

273. S'agirait-il alors de permettre au beau-parent de faire de son bel-enfant un héritier réservataire ? L'idée a été avancée au cours des auditions en particulier par Bernard Beignier en ces termes : « Pourquoi ne pas restaurer « l'élection d'héritier » ? Prenons un cas : voici un conjoint en *secondes noces* dont le conjoint a eu des enfants avant ce mariage lequel n'en a pas engendré d'autres. Qu'est-ce qui rendrait impossible que, par un acte de générosité que le droit a vocation à encourager et à soutenir de manière générale, cet époux décide d'instituer héritiers réservataires, ses « beaux-enfants » (même si ce qualificatif désormais habituel n'est pas parfaitement exact) et de les traiter comme tels ? Rien. Elle pourrait permettre des assouplissements destinés à toutes les familles sans distinction de sexe. Une telle « élection » sans passer par la procédure qui demeure complexe de l'adoption simple, surtout pour sa (très rare, heureusement) révocation, pourrait aussi s'effectuer par voie testamentaire (par devant notaires ?). Là encore on se trouve dans le droit fil des réformes de la loi du 23 mars 2019. Allons plus loin encore. Voici cette fois, un couple en *seconde union* avec des enfants de part et d'autre antérieurs à ce mariage et deux enfants nés du second lit. Prenons l'hypothèse d'une famille unie [...] Pourquoi ne pas permettre aux époux de conclure un « pacte de famille » mettant tous les enfants à stricte égalité pour la totalité du patrimoine (ce qui supposerait le passage à la communauté universelle) ? [...] Il faut permettre à une personne de désigner, en sus ou la place des réservataires nommés par la loi, des « réservataires choisis »⁶⁴⁸.

De cette idée, on rapprochera le système « suggéré par une proposition de loi néerlandaise, qui visait à permettre au beau-parent de prévoir dans son testament que ses beaux-enfants hériteront au même titre que ses propres enfants »⁶⁴⁹.

274. Le groupe de travail considère qu'une telle évolution porterait atteinte à la filiation et au statut juridique de l'enfant. La réserve héréditaire deviendrait librement disponible. Cela reviendrait en effet à permettre « à un homme ou une femme, par sa propre volonté, de puiser dans le droit de la filiation certains de ses effets pour les attribuer à une personne qui n'est pas son enfant » et d'engendrer ainsi une grande « confusion identitaire »⁶⁵⁰.

275. Serait-ce au demeurant utile alors que divers instruments permettent déjà au beau-parent de transmettre des biens à son bel-enfant sans établir de lien de filiation avec lui⁶⁵¹ ? Il peut notamment lui consentir directement une libéralité, les obstacles civils à la conclusion d'un tel acte ayant aujourd'hui disparu⁶⁵². En vérité, **ce sont des freins fiscaux qui demeurent** : le bel-enfant est fiscalement traité comme un étranger et les libéralités qui lui sont consenties par son beau-parent sont imposées à hauteur de 60%⁶⁵³, ce qui est très dissuasif. C'est donc **vers la mise en place d'un régime fiscal adapté aux reconstitutions familiales** que l'effort du législateur doit s'orienter, et non vers la réserve héréditaire. Ainsi le Conseil des prélèvements obligatoires a-t-il déjà préconisé une évolution visant, sans modifier le code civil, à aménager les règles fiscales en appliquant aux transmissions aux beaux-enfants soit le régime des transmissions aux descendants, soit un régime propre mais moins rigoureux que celui qui existe actuellement⁶⁵⁴.

Ne pas étendre le bénéfice de la réserve héréditaire aux enfants et descendants du conjoint, partenaire ou concubin et mettre en place un régime fiscal adapté aux libéralités dans les familles recomposées (proposition n° 5)

2. L'adopté simple

a. Faire remonter les effets successoraux de la révocation de l'adoption simple au jour du jugement d'adoption

276. L'enfant adopté en la forme plénière étant assimilé à un enfant biologique, l'adopté et ses descendants ont les mêmes droits successoraux que des descendants par le sang⁶⁵⁵. La règle vaut également en présence d'une adop-

quasi-totalité des droits étrangers occidentaux. En revanche, les droits de *Common Law* permettent parfois au bel-enfant d'agir en justice contre les héritiers afin d'obtenir de la succession une mesure financière raisonnable. Tel est le cas notamment en droit anglais où le bel-enfant qui avait été traité comme un enfant de la famille (*as a child of the family*) et qui était à la charge du défunt peut agir contre les héritiers dans les conditions prévues au titre des *Family Provisions*. Sur cette question, v. en détail : L. Lestienne-Sauvé, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, préf. G. Champenois, LGDJ, Bib. dr. priv., t. 550, 2013.

648 V. contribution reproduite en annexe.

649 Sur laquelle, v. F. Tainmont, contribution reproduite en annexe.

650. V. F. Tainmont, contribution reproduite en annexe.

651. Sur la donation-partage conjonctive, v. *infra* n°512s.

652. La loi du 4 mars 2002 a en effet abrogé l'ancien article 1100 du code civil qui empêchait le beau-parent de gratifier son bel-enfant. Jusque-là, le code civil prévoyait que les donations consenties par un époux aux enfants de son conjoint étaient réputées faites à des personnes interposées et déclarait nulles de telles donations (anc. art. 1099).

653. CGI, art. 777.

654. Conseil des prélèvements obligatoires, *Les prélèvements obligatoires sur le capital*, Synthèse, janv. 2018, p. 29.

655. C. civ., art. 358.

tion simple⁶⁵⁶. Aussi l'enfant adopté en la forme simple par le conjoint de son père ou de sa mère, ayant vocation à hériter de l'adoptant, ne peut-il exercer à son encontre l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs de l'article 1527, alinéa 2 du code civil⁶⁵⁷. Cette espèce d'action en réduction pour atteinte à sa réserve héréditaire lui est fermée, quand bien même l'adoption aurait été révoquée depuis l'ouverture de la succession de son père ou de sa mère. C'est ce qui résulte d'une décision rendue par la Cour de cassation le 9 juillet 2014⁶⁵⁸.

277. Les faits de l'espèce méritent d'être brièvement rappelés afin de mieux cerner la difficulté. En 1947, deux époux se marient sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts avant d'adopter en 1999 un régime de communauté universelle avec clause d'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant. Peu après, l'épouse adopte en la forme simple le fils de son conjoint. Le mari décède en 2006. L'adoption est judiciairement révoquée en 2009 à la demande de l'adoptante, laquelle décède ensuite à son tour. Dans le litige l'opposant à sa demi-sœur, issue du mariage des époux, l'enfant non commun demande le retranchement des avantages matrimoniaux excédant la quotité disponible. Rejetant son pourvoi, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir dit qu'il était irrecevable à agir. Selon la Cour de cassation, « ayant relevé que [l'enfant non commun] avait été l'objet, avant le décès de son père, d'une adoption simple de la part [du conjoint], laquelle n'avait été révoquée que postérieurement à l'ouverture de la succession, et retenu, à bon droit, que la nature et l'étendue des droits successoraux s'apprécient au regard de leur situation à l'ouverture de la succession, de sorte que [l'enfant non commun] avait, à cette date, les mêmes droits que l'enfant né du mariage des deux époux, c'est par une exacte application des articles 1527, alinéa 2, et 368 du code civil, et sans violer l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la situation dénoncée comme discriminatoire étant née du seul fait de la révocation de l'adoption, à la demande de l'adoptante, après le décès du père, que la cour d'appel a décidé que l'action en retranchement ne lui était pas ouverte ».

278. Techniquement, la solution est irréprochable : au jour de l'ouverture de la succession de son père, l'adopté simple avait bien vocation, en cette qualité, à hériter de l'épouse de son père puisqu'elle l'avait adopté. Sa situation était identique à celle d'un enfant commun privé, en application de l'article 1527, alinéa 2, de l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs⁶⁵⁹. Peu importe que par la suite la révocation de l'adoption simple, à la demande de l'adoptante, l'ait finalement privé de sa qualité d'héritier dans la succession de celle-ci en application de l'article 370-2⁶⁶⁰. Sans doute la situation ne se présente-t-elle que rarement. La révocation de l'adoption simple d'un enfant majeur est en effet subordonnée à l'existence de « motifs graves »⁶⁶¹, ce qui signifie qu'en l'occurrence, l'adopté s'était mal comporté envers l'adoptante. Reste que le **résultat est critiquable** car ici « l'enfant du premier lit s'est trouvé littéralement piégé par l'enchaînement des événements »⁶⁶² : privé de sa qualité d'héritier, et de réservataire, dans la succession de l'adoptante en raison de la révocation de l'adoption ; il se trouve également privé du droit de défendre sa réserve héréditaire dans la succession de son père. **Il n'a tout simplement plus aucune possibilité de faire valoir sa qualité d'héritier réservataire.** Or, « la révocation, fût-ce pour faute, du lien héréditaire à l'égard du parent adoptif ne peut raisonnablement avoir pour conséquence la perte de toute vocation successorale à l'égard du père biologique »⁶⁶³.

279. Aujourd'hui, l'article 370-2 du code civil énonce que « la révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption à l'exception de la modification des prénoms » et il résulte de la jurisprudence que la révocation de l'adoption prend effet à la date de la demande de révocation⁶⁶⁴. Pour remédier aux conséquences contestables qui viennent d'être rappelées, il conviendrait de modifier la date des effets successoraux de la révocation de l'adoption. Il s'agirait d'admettre que l'« incidence successorale [de la révocation] se produise, à la source, à la date du jugement d'adoption »⁶⁶⁵. Si tel était le cas, la révocation de l'adoption simple ferait rétroactivement perdre à l'adopté la qualité d'enfant commun aux époux, ce qui lui permettrait, comme un enfant non commun, d'agir en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs consentis à l'adoptant et de pouvoir ainsi défendre sa réserve héréditaire dans la succession de son père ou de sa mère.

656. C. civ., art. 368, al. 1^{er}. Etant cependant précisé que l'adopté simple et ses descendants n'ont pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant, v. *infra* n°280s.

657. Cass. civ. 1^{er}, 7 juin 2006, n°03-14884, *Def.* 2006, 1578 note B. Varelle et 1614 obs. G. Champenois ; *Dr. fam.* 2007, comm. 44 P. Murat ; *RTD civ.* 2006, 749 obs. J. Hauser et 810 obs. M. Grimaldi.

658. Cass. civ. 1^{er}, 9 juillet 2014, n°13-19013, *JCP N* 2014, 1385 note R. Le Guidec ; *Dr. fam.* 2014 comm. 143 C. Neirinck et 144 B. Beignier et M. Nicod ; *RTD civ.* 2014, 870 obs. J. Hauser.

659. Sur cette règle et sa justification, v. *supra* n°212.

660. C. civ., art. 370-2 : « La révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption à l'exception de la modification des prénoms ».

661. C. civ., art. 370, al. 1^{er}.

662. B. Beignier et M. Nicod, *obs. précit.*

663. *Ibid.*

664. Cass. civ. 1^{er}, 21 juin 1989, n°87-19742.

665. R. Le Guidec, *obs. précit.*, *JCP* 2015, 101, n°1.

En conséquence, l'article 370-2 du code civil pourrait être ainsi rédigé :

« La révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption, à l'exception de la modification des prénoms.

[Pour l'application de l'alinéa 2 de l'article 1527, la révocation rétroagit à la date à laquelle la décision prononçant l'adoption simple est passée en force de chose jugée] ».

b. S'en remettre à une réforme d'ensemble de l'adoption sur la question de la qualité d'héritier réservataire de l'adopté simple à l'égard des ascendants de l'adoptant

280. Il y a un tempérament à l'assimilation des effets de l'adoption simple à ceux de la filiation biologique : l'adopté simple et ses descendants n'ont pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant⁶⁶⁶. Ce qui s'explique. D'une part, contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple laisse subsister la filiation biologique d'origine : l'adopté simple et ses descendants conservent leur qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de leur père et mère par le sang. D'autre part, « l'adoption simple ne crée [...] qu'un lien de parenté imparfait entre l'adopté et la famille de l'adoptant. Il n'existe ainsi entre eux aucune obligation alimentaire »⁶⁶⁷. Enfin, l'adoption simple, qui concerne en pratique surtout des enfants majeurs, est bien souvent utilisée à des fins de transmission patrimoniale : « plus que la création d'un lien personnel de filiation, [elle est] une institution d'héritier », ce que traduit bien la loi fiscale⁶⁶⁸. « Or, si la loi admet que l'on puisse ainsi donner à ses parents l'héritier que l'on se donne à soi-même (car l'enfant adopté simplement a la même vocation qu'un enfant par le sang : art. 358), c'est à soi seul, estime-t-elle, que l'on peut l'imposer : la liberté testamentaire des ascendants de l'adoptant doit rester intacte »⁶⁶⁹.

281. Ce tempérament demeure justifié. Reflétant la singularité de l'adoption simple, dans sa nature comme dans ses usages, il n'altère pas le lien entre réserve et filiation. Il est vrai que l'adoption simple a pu être utilisée ces dernières années dans le cadre de procréations médicalement assistées réalisées à l'étranger pour établir en France la filiation de la conjointe de la mère vis-à-vis de l'enfant. Dans ces hypothèses, l'enfant n'acquiert donc pas la qualité d'héritier réservataire vis-à-vis des ascendants de l'adoptante. Cette situation pourrait être considérée comme gênante dans la mesure où l'adoption était jusqu'ici la seule voie juridique permettant d'établir une filiation vis-à-vis d'une autre femme que la mère. Mais l'on pourrait s'interroger sur l'opportunité d'une réforme à portée générale des effets juridiques de l'adoption simple pour remédier à une situation au demeurant minoritaire, si on la rapporte à l'ensemble de la pratique de l'adoption simple. Ce d'autant que, dans le cas de procréation médicalement assistée au sein d'un couple de femmes, les tribunaux ont également accueilli ces dernières années des demandes d'adoption plénière pour lesquelles la question examinée ne se pose pas. Enfin, et surtout, la réforme du droit de la filiation actuellement examinée par le Parlement dans le cadre de la révision des lois de bioéthique réglera la difficulté en supprimant la nécessité du recours à l'adoption.

282. Pour le reste et au fond, le groupe de travail s'en remet à la réforme législative dont l'adoption devrait faire prochainement l'objet. La doctrine, notamment à travers la plume de Jean Hauser⁶⁷⁰, attire depuis longtemps l'attention du législateur sur la nécessité d'une réforme d'ensemble des règles du code civil relatives à l'adoption. L'adoption simple ne devrait pas y échapper, dont le régime d'ensemble est « largement obsolète »⁶⁷¹. C'est donc dans le cadre d'une réflexion générale sur l'adoption que doit être le cas échéant réinterrogée la réserve héréditaire de l'adopté simple et de ses descendants vis-à-vis des ascendants de l'adoptant.

666. C. civ., art. 368, al. 2.

667. F. Terré, D. Fenouillet, C. Goldie-Genicon, *Droit civil. La famille*, Dalloz, 9^e éd., 2018, n°811, p. 800.

668. En principe, l'adoption simple ne produit aucun effet en droit fiscal. L'adopté simple est traité fiscalement comme étranger au titre des droits de mutation à titre gratuit, sauf exceptions (CGI, art. 787).

669. M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e éd., 2017, n°306, p. 238.

670. V. not. : L'adoption à tout faire, *D.* 1987, Chron., 205.

671. J. Hauser, L'adoption simple, joker de la crise de la parenté !, *Dr. fam.* 2010, alerte 55.

§II. Du membre survivant du couple

I. Le concubin et le partenaire survivant

A. Réaffirmer le pluralisme des modes de conjugalité

283. Le concubin et le partenaire survivant ne sont pas des héritiers légaux. Or, sans vocation légale, la question même d'une réserve héréditaire ne se pose pas. Cette situation, à l'égard du concubin et du partenaire, doit-elle évoluer ?

1. Respecter la liberté des concubins

284. S'agissant du concubin, l'absence de vocation successorale – et *a fortiori* de réserve héréditaire – se justifie pour « des raisons de fond et de preuve : ceux qui ont choisi de vivre côte à côte, mais juridiquement étrangers l'un à l'autre, doivent, par respect de leur choix, être traités comme tels ; des droits ne vont généralement pas sans devoirs, or le concubinage doit rester une aire de liberté, une union *libre* ; on ne saurait asseoir une vocation héréditaire sur un lien dont, pour l'heure, aucune constatation légale sérieuse n'est organisée »⁶⁷². De l'importance cardinale du respect de la liberté individuelle des concubins, on trouve d'ailleurs un exemple dans une décision de la Cour constitutionnelle espagnole du 23 avril 2013⁶⁷³ ayant déclaré inconstitutionnelles les dispositions d'une loi de la province de Navarre qui visait à reconnaître au concubin des droits successoraux *ab intestat* identiques à ceux des époux. Selon la Cour constitutionnelle espagnole, cette loi portait atteinte au « libre développement de la personnalité » de ceux qui décident de ne pas s'unir légalement et qui se bornent à vivre ensemble sans formaliser autrement leur union.

285. Au cours des consultations qui ont été menées par le groupe de travail, l'absence de vocation successorale légale et de réserve héréditaire du concubin n'a pas été remise en cause. Il n'en a même **jamais été question**. Au vrai, la question appelle peu de discussion : le concubinage n'étant pas un lien de droit mais une simple union de fait⁶⁷⁴, il ne fait naître en principe ni droit, ni devoir⁶⁷⁵. Aussi ne saurait-il par hypothèse limiter la liberté de disposer de ses biens.

2. Cultiver la souplesse du PACS

286. La loi du 23 juin 2006, qui a profondément modifié le PACS après sa création par la loi du 15 novembre 1999, n'a pas fait du partenaire survivant un héritier légal. Pourtant, à la différence du concubinage, le PACS fait naître entre les partenaires un lien de droit⁶⁷⁶. Mais, dans l'échelle désormais graduée des modes de conjugalité, le PACS continue à se différencier du mariage sous divers aspects : « plus léger à former [simple déclaration devant l'officier de l'état civil ou le notaire, art. 515-3], moins riche en effets personnels (pas d'obligation de fidélité, art. 515-4), plus facile à dissoudre (jamais de jugement ni de prestation compensatoire, art. 515-7), le PACS n'emporte ni *communauté* réunissant les biens acquis au cours de la vie commun (sauf option pour un régime d'indivision, art. 515-5-1), ni vocation successorale »⁶⁷⁷. Les choses doivent-elles évoluer sous ce dernier aspect ?

a. L'absence de réserve héréditaire

287. Sur le terrain de la vocation légale, qui excède les limites du présent rapport mais forme ici un préalable nécessaire, il apparaît que le **succès actuel du PACS** tient précisément à ce qu'il est perçu par la population comme une **alternative plus souple** que le mariage. Selon l'INSEE⁶⁷⁸, en 2018, 235 000 mariages ont été célébrés⁶⁷⁹ tandis qu'en 2017, 194 000 PACS ont été conclus. C'est dire que, si le mariage conserve une légère avance, il est rattrapé quantitativement par le PACS. Et l'écart continue à se réduire⁶⁸⁰. Or, si le PACS a initialement été perçu comme le cadre juri-

672. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°165, p. 131.

673. N°93/2013.

674. C. civ., art. 515-8.

675. Sous réserve des effets produits par le concubinage en application de législations spéciales extérieures au code civil (droits sociaux, baux d'habitation, ...).

676. C. civ., art. 515-1 et s.

677. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°165, p. 131.

678. *Tableaux de l'économie française 2019*, Insee référence, 26/03/2019.

679. Dont 229 000 entre personnes de sexe différent et 6 000 entre personnes de même sexe.

680. En progression rapide depuis sa création, le nombre de PACS conclus chaque année augmente : depuis sa création, près de 4,3 millions de personnes ont conclu un PACS et plus de 1,3 millions ont rompu le PACS qu'elles avaient souscrit. Fin décembre 2017, 2,9 millions de personnes sont unies par un PACS.

dique permettant aux couples de même sexe de s'unir légalement, ses usages sociaux ont depuis considérablement évolué. En 2017, sur les 194 000 PACS conclus, un peu plus de 7 000 seulement l'ont été entre personnes de même sexe, soit seulement 3,6% des PACS. Réciproquement, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, le mariage peut être conclu par des couples de même sexe⁶⁸¹. En 2018, sur les 235 000 mariages célébrés, 6 000 l'ont été entre deux personnes de même sexe, soit 2,5% des mariages⁶⁸².

288. Ces données invitent à formuler deux séries d'observations. D'une part, tous les couples, de sexe différent comme de même sexe, pouvant désormais donner à leur union un cadre juridique plus complet en se mariant, il est devenu inutile de réformer le PACS dans le sens de son alignement sur le mariage. L'égalité entre les couples selon leur orientation sexuelle étant **réalisée**, elle ne constitue plus un critère susceptible d'orienter le législateur dans le cadre d'une éventuelle réforme du PACS. D'autre part, ces chiffres disent que **le PACS répond aux besoins propres d'une partie importante de la population**. C'est précisément parce que le PACS est une union juridique moins contraignante qu'il remporte dans la pratique le succès qui est le sien. Cet équilibre, gage de flexibilité pour les couples, est justement ce qu'ils recherchent. Il importe de **conserver au PACS ses atouts** et de préserver le pluralisme des modes de conjugalité afin de continuer à répondre aux besoins à dimension variable de la population. Il ne faut donc plus chercher à « matrimonialiser » le PACS en le rapprochant encore du mariage⁶⁸³.

289. En ce qui concerne la succession, le lien juridique entre les partenaires est trop fragile pour servir de fondement à une vocation légale et *a fortiori* à la qualité d'héritier réservataire. S'il ne confère pas la qualité d'héritier légal, c'est parce que les devoirs que le PACS engendre entre les partenaires sont plus réduits. Créant moins de devoirs, il engendre logiquement moins de droits. Il n'y a là **aucune discrimination injustifiée entre les couples**. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme considère-t-elle de manière générale que la situation des couples non mariés n'étant pas comparable à celle des couples mariés, la différence de traitement entre eux est légitime⁶⁸⁴. De la même façon, le Conseil constitutionnel⁶⁸⁵, le Conseil d'Etat⁶⁸⁶ et la Cour de cassation⁶⁸⁷ ont déjà eu l'occasion de dire, à propos de l'absence de droit à la réversion de la pension de retraite au sein des couples non mariés, que la différence de traitement entre personnes mariées et non mariées repose sur un critère objectif.

290. A cela s'ajoute que les **modalités de la rupture** du PACS⁶⁸⁸ seraient difficilement compatibles avec une vocation légale et plus encore **avec la qualité d'héritier réservataire**. Reconnaître la qualité d'héritier réservataire au partenaire survivant n'aurait guère de sens puisqu'elle disparaîtrait aussitôt par la seule expression de la volonté individuelle du partenaire. Or, la réserve héréditaire n'est pas librement disponible entre les mains du futur défunt. C'est d'ailleurs ce que relève Gérard Champenois : « pour faire du partenaire un réservataire, il faudrait d'abord en faire un héritier, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. La facilité de la rupture du PACS (qui peut être unilatérale) ne serait-elle pas un obstacle ? »⁶⁸⁹

291. Pour l'ensemble de ces raisons, les effets successoraux du PACS doivent donc continuer à dépendre de la libre volonté des partenaires. S'ils le souhaitent et s'ils se consentent des libéralités, la loi fiscale les accompagne désormais en les faisant bénéficier au même titre que les époux d'une avantageuse exonération des droits de mutation à titre gratuit par décès⁶⁹⁰. Le groupe de travail considère, avec Gérard Champenois, que c'est là « la bonne voie »⁶⁹¹ et propose donc de ne reconnaître au partenaire survivant ni la qualité d'héritier légal, ni *a fortiori* celle d'héritier réservataire.

Ne reconnaître au partenaire survivant ni la qualité d'héritier légal, ni *a fortiori* celle d'héritier réservataire (proposition n° 7).

681. C. civ., art. 143.

682 Un chiffre qui diminue chaque année après l'effet de « rattrapage » créé par la loi du 17 mai 2013 immédiatement après son entrée en vigueur.

683 En ce sens, v. Y. Flour, contribution reproduite en annexe : « s'il y a plusieurs statuts de la conjugalité, ce n'est pas pour qu'ils produisent des effets identiques. Il est dans la logique de la pluralité qu'ils n'ouvrent pas les mêmes droits ».

684. V. par ex. : CEDH, 20 janv. 2009, *Serife c./ Turquie*, n°3976/05, *Dr. fam.* 2010, comm. 176 V. Larribau-Terneyre.

685. Déc. 29 juill. 2011, n°2011-155 QPC, *RTD civ.* 2011, 748 obs. J. Hauser.

686 CE 6 déc. 2006, n°262096, *AJDA* 2007, 147 concl. L. Vallée ; *AJ fam.* 2007, 34 obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2007, 86 obs. J. Hauser ; 18 juin 2010, n°315076, *RTD civ.* 2010, 764 obs. J. Hauser.

687. Cass. civ. 1^{re}, 12 avril 2005, n°02-13762.

688. Lequel se dissout « par déclaration conjointe des partenaires, ou décision unilatérale de l'un d'eux » (C. civ., art. 515-7, al. 3).

689. V. contribution reproduite en annexe.

690. CGI, art. 796-0 *bis*.

691. V. contribution reproduite en annexe.

b. L'absence de droit viager au logement

292. Encore la question pourrait-elle se poser d'étendre au partenaire le droit viager au logement que l'article 764 du code civil attribue au conjoint survivant⁶⁹². Le partenaire survivant, s'il est protégé par le droit annuel au logement de l'article 763 c. civ.⁶⁹³, ne bénéficie pas en effet du droit viager de l'article 764.

293. A titre préalable, deux observations peuvent être faites. D'une part, l'octroi d'un droit viager au logement au profit du partenaire porterait possiblement atteinte aux droits réservataires des descendants du partenaire prédécédé, en particulier dans les hypothèses où le bien assurant le logement forme l'essentiel de la succession, ce qui est le cas pour un grand nombre de patrimoines. Les descendants devraient attendre la mort du partenaire survivant pour recouvrer l'ensemble des utilités de leurs biens. D'autre part, au plan liquidatif, le conjoint et le partenaire survivant ne seraient pas soumis aux mêmes règles. Le droit viager au logement du conjoint survivant ne s'ajoute pas à sa vocation légale du conjoint⁶⁹⁴. A supposer le partenaire gratifié par le défunt, il conviendrait vraisemblablement d'organiser dans la loi l'imputation de cette libéralité sur son droit viager⁶⁹⁵. En revanche, en l'absence de libéralité et si l'on ne faisait pas du partenaire un héritier légal appelé à la succession ordinaire, ses droits successoraux se résumeraient à ce droit viager, lequel constituerait une espèce de succession anormale. Dans cette hypothèse, le droit viager ne pourrait pas donner lieu à imputation⁶⁹⁶.

294. Au fond et pour les raisons précédemment exposées, étendre le droit viager au logement au partenaire survivant **remettrait en cause le pluralisme** des modes de conjugalité en brouillant les frontières aujourd'hui claires en matière successorale entre le mariage et le PACS. Comme le souligne récemment un notaire⁶⁹⁷, « la priorité, dès lors que l'on décide de maintenir les trois formes actuelles de conjugalité, est de stopper le gonflement progressif des droits attachés au statut de pacsé » : s'il pourrait être « tentant d'envisager l'extension du droit viager au logement au partenaire survivant [...], un trop grand rapprochement risquerait de conduire à une plus grande confusion dans l'esprit des couples et de nuire à la lisibilité de l'ensemble, lisibilité [...] réelle à l'heure actuelle »⁶⁹⁸. On observera de plus que les règles du régime primaire de l'article 215 alinéa 3 C. civ., qui soumet le logement de la famille à un système de cogestion en cours de mariage, n'ont pas été étendues aux partenaires. C'est dire que, **du vivant des partenaires, le logement n'est pas légalement affecté à la famille ou au couple**. Plus largement, les quelques emprunts faits par le PACS au régime protecteur du logement des époux en droit positif⁶⁹⁹ n'incitent pas à étendre le droit viager au partenaire. En effet, « les dispositifs prévus pour les partenaires demeurent strictement volontaires : ils supposent tantôt le consentement actif des partenaires pour une cotitularité du bail qui doit être sollicitée, tantôt l'inertie bienveillante d'un *de cujus* qui par son silence n'a pas privé celui qui lui survit d'un droit supplétif au maintien dans les lieux. Ainsi, les dispositions impératives et contraignantes du mariage sont chaque fois laissées au bon vouloir des partenaires quand elles se retrouvent en PACS »⁷⁰⁰. Il convient de **ne pas rompre cette cohérence d'ensemble**. En matière successorale, le PACS doit demeurer un espace d'une plus grande liberté dans lequel la volonté individuelle doit pouvoir continuer à se déployer sans contrainte. Les droits successoraux, s'ils sont accordés, doivent l'être par la volonté des partenaires.

Il est donc proposé de ne pas étendre au partenaire survivant le bénéfice du droit viager au logement que l'article 764 du code civil reconnaît au conjoint.

Ne pas étendre au partenaire survivant le bénéfice du droit viager au logement que l'article 764 du code civil attribue au conjoint survivant (proposition n° 8)

692. Selon ce texte, en effet, le conjoint survivant bénéficie sa vie durant d'un droit d'usage et d'habitation portant sur le logement et le mobilier qui le garnit. Ce droit viager a vocation à relayer le droit temporaire d'un an sur le logement que l'article 763 c. civ. attribue au conjoint survivant.

693. Mais l'article 515-6, al. 3 c. civ. permet au défunt d'en priver son partenaire par testament, ce que l'article 763 c. civ. interdit de faire entre époux. C'est dire que le droit annuel sur le logement est d'ordre public entre époux tandis qu'il ne l'est pas entre partenaires.

694. C. civ., art. 765, al. 1^{er} : « La valeur des droits d'habitation et d'usage s'impute sur la valeur des droits successoraux recueillis par le conjoint »

695. S'agissant du conjoint survivant (C. civ., art. 758-6), les libéralités s'imputent sur les droits légaux des articles 757 et 757-1 c. civ.

696. Sur ce point, v. : D. Jacotot et S. Convers, Le Pacs et le droit des successions et des libéralités, *JCP N* 2009, 1269, spéc. n°7.

697. Par ailleurs auteur d'une thèse sur le PACS : W. Baby, *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité : l'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, Defrénois, coll. Doctorat & notariat, t. 51, 2013.

698. W. Baby, Le Pacs, une autre attente de conjugalité, *JCP N* 2019, act. 737.

699. Outre le droit annuel de l'article 763 c. civ., le partenaire peut bénéficier de la continuation du bail d'habitation, en cas d'abandon du domicile ou de décès du partenaire locataire (L. 6 juill. 1989, art. 14) ainsi que, sur demande, de la cotitularité du bail de l'article 1751 C. civ.

700. I. Dauriac, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, LGDJ, Coll. Manuel, 5^e éd., 2017, n°191.

c. L'absence de quotité disponible spéciale en usufruit

295. Le groupe de travail considère enfin que, dans le cadre actuel des modes de conjugalité, il convient de ne pas reconnaître de quotité disponible spéciale entre partenaires qui leur permettrait de gratifier le partenaire survivant de l'usufruit de toute la succession (proposition n°9).

296. Cette évolution aurait pour effet d'aligner le PACS sur le mariage en autorisant le défunt à faire au profit de son partenaire ce que la loi, aujourd'hui, ne permet de façon très exceptionnelle qu'au profit du seul conjoint survivant⁷⁰¹. Au titre de leur réserve héréditaire, les descendants ne recevraient plus que des droits en nue-propriété. Le PACS, parce qu'il est en droit positif une organisation juridique différente et plus limitée de la vie en couple, ne saurait permettre aux partenaires de porter une atteinte aussi considérable à la réserve héréditaire des descendants. En revanche, s'ils se marient, les partenaires (ou concubins) bénéficient de la quotité disponible spéciale entre époux alors même que la libéralité serait antérieure à leur mariage⁷⁰².

Ne pas reconnaître l'existence d'une quotité disponible spéciale entre partenaires qui leur permettrait de gratifier le partenaire survivant de l'usufruit de toute la succession (proposition n° 9)

B. Favoriser l'utilisation de l'article 917 du code civil

297. Plutôt que d'étendre le droit viager au logement du conjoint survivant au partenaire ou de créer une quotité disponible spéciale entre partenaires, il convient de rappeler aux couples non mariés qui se gratifient en usufruit les facultés ouvertes par l'article 917 du code civil⁷⁰³.

298. En pratique, la conclusion de legs en usufruit viager au sein d'un couple non marié est fréquente. « Dans nos études, les hypothèses les plus courantes intéressent les concubins ou les membres d'un pacte civil de solidarité (pacs), qu'ils soient indivisaires ou non. Très souvent, le legs portera sur la résidence du couple – que cette résidence leur soit indivise ou appartienne au seul testateur »⁷⁰⁴. De tels legs en usufruit au profit du concubin ou partenaire survivant sont cependant exposés à un risque élevé de réduction pour atteinte à la réserve héréditaire en présence de descendants. En effet, « dans le cas des concubins ou des partenaires, si le bien objet du legs, en général la résidence du couple, est l'élément principal de leur patrimoine, le legs sera évidemment réductible et l'indemnité de réduction à payer sera d'autant plus élevée que le survivant sera jeune »⁷⁰⁵. Dans une telle hypothèse, il est cependant possible de ménager les intérêts contradictoires en présence tout en assurant le respect des dernières volontés du défunt en faisant usage du mécanisme prévu à l'article 917 du code civil.

299. Selon ce texte, « si la disposition par acte entre vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible ». En présence d'une telle libéralité, l'héritier réservataire a donc un **choix à faire**⁷⁰⁶ : « soit exécuter la libéralité (où l'on voit que l'atteinte à la pleine propriété de la réserve n'est possible que si l'héritier réservataire y consent), soit demander la réduction de la libéralité mais en abandonnant alors au gratifié la quotité disponible »⁷⁰⁷.

300. Il a été montré par la doctrine que le texte repose avant sur une **considération d'équité** : en ouvrant une option aux héritiers réservataires, l'article 917 entend éviter que ceux-ci puissent à la fois « imposer un retranchement au gra-

701 Soit, en présence uniquement d'enfants ou descendants communs, au titre de ses droits *ab intestat* (C. civ., art. 757), soit au titre d'une libéralité entre époux (C. civ., art. 1904-1).

702 C'est la qualité d'époux au jour de l'ouverture de la succession qui compte pour pouvoir bénéficier de la quotité disponible spéciale : Cass. civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, n°10-20217, *Bull. civ.*, I, n°180 ; *RTD civ.* 2011, 793 obs. M. Grimaldi ; *Dr. fam.* 2011 comm 181 B. Beignier ; *AJ fam.* 2011, 609 obs. C. Vernières.

703 Sur la méthode d'imputation en assiette qu'impliquent les libéralités en usufruit, v. *infra* n°416s.

704 F. Letellier et M. Nicod, La réduction des legs en usufruit, *Def.* 2019, n°26, 21, n°2.

705 F. Letellier et M. Nicod, La réduction des legs en usufruit, *op. cit.*, n°3.

706 F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 4^e éd., 2014, n°1202, p. 1077 : « Soit un *de cujus* laissant trois enfants et qui a légué à un tiers la totalité de l'usufruit. Le disponible est d'un quart, la réserve des trois quarts. Le *de cujus* ayant légué l'indisponible (3/4 en usufruit) sans léguer tout le disponible (1/4 en propriété), la succession se répartirait normalement ainsi : 1/4 en usufruit pour le légataire, 1/4 en pleine propriété et 1/12 en nue-propriété pour chaque enfant. L'application de l'article 917 conduira aux résultats suivants : soit l'exécution de la totalité de la libéralité, chaque enfant recevant alors 1/3 en nue-propriété ; soit la réduction du legs et l'abandon du disponible au gratifié : légataire et descendants recevant chacun 1/4 en pleine propriété »

707 C. Pérès et Ch. Vernières, *Droit des successions*, PUF, Thémis, 2018, n°745, p. 669.

tifié afin d'être rempli[s] de [leur] réserve et recevoir une portion de la quotité disponible »⁷⁰⁸. De fait, « en demandant la réduction de la libéralité en usufruit, l'héritier réservataire profite du même coup de la nue-propriété de la quotité disponible ». Or, il serait injuste que « l'héritier pût à la fois être rempli de sa réserve et recevoir une partie de la quotité disponible »⁷⁰⁹. Grâce à ce texte, « les intérêts en présence sont [...] fort bien conciliés. Personne ne peut se plaindre. Les réservataires sont sûrs d'avoir leur réserve. Le bénéficiaire de la libéralité a le maximum de ce qu'il pouvait espérer : soit tout ce qui lui a été donné ou légué, soit tout ce qui était disponible »⁷¹⁰.

301. Pourtant, l'application de l'article 917 se trouve bridée en raison des conditions auxquelles elle se trouve subordonnée selon la jurisprudence⁷¹¹ : la libéralité doit être en usufruit ou en rente viagère – et non à la fois en toute propriété et en usufruit ou seulement en nue-propriété alors que les raisons qui fondent le texte devraient permettre une application plus étendue – ; le défunt ne doit pas avoir consenti plusieurs libéralités ; le texte n'étant pas d'ordre public, le défunt peut priver l'héritier réservataire de la faculté de s'en prévaloir⁷¹².

302. Le groupe de travail considère, avec le 102^e Congrès des notaires⁷¹³, que « cette disposition, à la fois protectrice des réservataires et des légataires, a pleinement sa raison d'être dans notre législation »⁷¹⁴. L'article 917 du code civil mérite ainsi d'être reconduit dans son principe et utilisé à bon escient dans les libéralités en usufruit au sein des couples non mariés⁷¹⁵.

Favoriser l'application de l'article 917 du code civil afin de faciliter l'exécution des libéralités en usufruit entre concubins ou partenaires (proposition n° 10)

708 M. Grimaldi, *Réflexions sur la réduction des libéralités en usufruit et l'article 917 du code civil*, *Def.* 1984, 1141. Dans le même sens, v. déjà : E. Lambert, *De l'exhérédation et des legs au profit d'héritiers présomptifs*, thèse, 1898, n°916.

709 C. Pérès et Ch. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, n°745, p. 670.

710 J. Flour et H. Souleau, *Les successions*, A. Colin, 3^e éd., 1991, n°519, p. 350.

711 Pour des références plus précises, v. : C. Pérès et Ch. Vernières, *Droit des successions*, *op. cit.*, n°745, p. 670.

712 Req., 1^{er} juill. 1873, *D.* 1874, 1, 26 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 janv. 1978, n°76-13366, *Bull. civ.*, I, n°14.

713 *Les personnes vulnérables*, Strasbourg, 2006, 4^e commission, 2^e proposition considérant que l'article 917 c. civ. offre « une protection et une application pratique réelles », notamment en ce qu'il permet, en présence d'une libéralité en usufruit, « à l'usufruit d'espérer maintenir son avantage », « l'héritier réservataire étant éventuellement contraint, s'il demande la réduction, d'abandonner une partie du patrimoine en pleine propriété ». Dans le même sens, v. : F. Letellier et M. Nicod, *La réduction des legs en usufruit*, *op. cit.* *Contra* : H. Leyrat, *Les difficultés pratiques posées par l'article 917 du code civil*, *Def.* 2019, n°8, 13.

714 F. Letellier et M. Nicod, *La réduction des legs en usufruit*, *op. cit.*, n°10.

715 En ce sens, v. : F. Letellier et M. Nicod, *La réduction des legs en usufruit*, *op. cit.*, n°10.

II. Le conjoint survivant

A. Réformer la réserve héréditaire du conjoint survivant

1. Supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant

303. La réserve héréditaire du conjoint survivant est une question complexe sur laquelle le groupe de travail n'est pas parvenu à dégager une position unanime. Des logiques contradictoires et également légitimes s'affrontent. La majorité des membres du groupe de travail partage cependant cette conviction qu'accorder une réserve héréditaire au conjoint survivant en 2001 était une **erreur** qu'il convient de réparer aujourd'hui en proposant au législateur de la supprimer. Le groupe de travail mesure bien qu'il est difficile, pour le législateur, de revenir sur la création d'un droit présenté comme l'aboutissement d'une politique d'amélioration constante des droits successoraux du conjoint survivant. Il en perçoit aussi pleinement les enjeux, le conjoint survivant type étant une veuve âgée qui survivra quelques années à son conjoint et la question du statut successoral du conjoint survivant étant historiquement inséparable de l'histoire sociale et juridique des femmes. Aussi le groupe de travail voudrait-il ici insister sur ce que la proposition de suppression qu'il préconise ne procède aucunement d'une vision verticale de la succession dans laquelle le conjoint survivant n'aurait pas sa place. De fait, le présent rapport formule par ailleurs des propositions visant à mieux protéger le conjoint survivant par d'autres outils juridiques et à renforcer le pouvoir de la volonté individuelle du défunt afin de lui permettre d'améliorer le sort patrimonial de son conjoint. La proposition de suppression de la réserve héréditaire du conjoint survivant tient plus simplement à **l'inadéquation de cet instrument aux rapports conjugaux**. Pour le montrer, le groupe de travail croit utile de retracer les étapes par lesquelles il est passé avant d'en venir à formuler cette recommandation.

a. Les voies écartées

304. La réflexion procède d'un constat : fruit d'un compromis maladroit dégagé à l'occasion de la loi du 3 décembre 2001⁷¹⁶, le **caractère actuellement subsidiaire** de la réserve héréditaire du conjoint survivant n'est **pas satisfaisant**. En application de l'article 914-1 du code civil, le conjoint survivant n'est héritier réservataire qu'en l'absence de descendants. Aussitôt que le défunt a un ou plusieurs descendants, le conjoint survivant n'est plus réservataire et peut donc être privé de tout droit dans la succession. Les consultations menées, on l'a vu⁷¹⁷, ont souvent été l'occasion de critiquer l'actuel article 914-1. En elle-même, la « réserve à éclipse »⁷¹⁸ du conjoint survivant est injustifiable ; elle ne se comprend que par la logique de compromis qui a présidé à la rédaction du texte à l'occasion de la loi du 3 décembre 2001.

305. Dès lors, la réflexion s'est engagée vers une deuxième étape consistant à se demander si le conjoint survivant devrait se voir reconnaître la qualité d'héritier réservataire non plus de façon subsidiaire mais aussi en présence de descendants de sorte qu'il serait toujours héritier réservataire. Cette idée présenterait *a priori* quelques avantages : elle supprimerait les incohérences liées à l'actuelle subsidiarité de la réserve héréditaire du conjoint survivant sans contraindre le législateur à revenir sur sa création ; elle parachèverait le mouvement de renforcement constant des droits successoraux du conjoint survivant ; elle viendrait souligner la force de l'institution même de la réserve héréditaire en contribuant à son extension ; elle tiendrait compte du rôle accru de la fortune acquise au cours de la vie conjugale au stade de la transmission ; elle établirait un parallèle avec la prestation compensatoire susceptible d'être attribuée en cas de divorce⁷¹⁹ ; enfin, elle rapprocherait le droit français d'un certain nombre de droits étrangers dans lesquels le conjoint survivant est héritier réservataire en présence de descendants⁷²⁰.

306. Cette voie a finalement été écartée. D'abord, dans les faits, reconnaître une réserve héréditaire au conjoint en présence de descendants supposerait soit d'entamer la quotité disponible, soit de rogner sur la réserve héréditaire des descendants. La première option – consistant à diminuer la quotité disponible – n'est pas sérieusement envisageable. Elle serait anachronique à l'heure où l'on s'interroge plutôt sur la manière de poursuivre le processus de libéralisa-

⁷¹⁶ Sur lequel, v. *supra* n°197.

⁷¹⁷ V. *supra* n°201.

⁷¹⁸ Selon la formule d'Yvonne Flour, v. contribution reproduite en annexe.

⁷¹⁹ Aux conditions énoncées par l'article 270 c. civ.

⁷²⁰ Tel est par exemple le cas en droit allemand où le conjoint survivant et les descendants ont schématiquement droit chacun, au titre de leur réserve, à la moitié de leur part légale *ab intestat*, v. : A. Röthel, contribution reproduite en annexe.

tion de la succession engagé par la loi du 23 juin 2006⁷²¹. La seconde branche de l'option – consistant à rogner sur la réserve héréditaire des descendants, soit en propriété, soit en usufruit – ne convainc pas davantage. C'est qu'ensuite, en droit, la protection du conjoint survivant passe par d'autres voies qu'une réserve⁷²² et qu'on ne parvient à identifier les fondements de celle-ci. Mais on en vient ainsi au *principe* même de la réserve héréditaire du conjoint survivant.

b. La voie retenue

307. Pour les raisons qui ont été développées dans la première partie de ce rapport⁷²³, il est impossible de transposer à la réserve héréditaire du conjoint les fondements de la réserve héréditaire des descendants car le conjoint et les descendants se trouvent placés dans des situations juridiques irréductiblement différentes par rapport au défunt. Or, si l'on scrute ensuite le lien conjugal lui-même, on ne voit pas ce qui justifie aujourd'hui que la liberté de disposer d'un époux soit restreinte au profit de son conjoint. Le mariage est un **lien juridique électif, soluble et fragilisé** par la très grande facilité avec laquelle le divorce peut être aujourd'hui obtenu, et même imposé à un époux irréprochable par celui qui veut recouvrer sa liberté⁷²⁴. On ne discerne pas les raisons pour lesquelles la mort de l'un des époux transformerait ce lien juridique, si disponible de leur vivant, en un lien indéfectible à travers l'obligation qu'aurait un époux de laisser une partie de ses biens à son décès à son conjoint survivant. Comme l'écrit Michel Grimaldi, « la réserve du conjoint est une protection paradoxale, parce qu'attachée à une qualité dont, par un divorce, le conjoint peut être privé par celui contre qui elle le protège »⁷²⁵. Au cours des auditions menées par le groupe de travail, cet argument a régulièrement été avancé, notamment par Gérard Champenois : « autant il est souhaitable d'encourager les libéralités et les avantages entre époux, autant une réserve au profit du conjoint laisse quelque peu sceptique, car sur l'union plane la possibilité d'un divorce. Cela crée une différence irréductible avec les enfants : on ne divorce pas de ses enfants »⁷²⁶.

308. En vérité, la réserve héréditaire du conjoint survivant procède d'une analyse consistant à voir dans l'attribution de droits impératifs le prolongement de la reconnaissance des droits légaux du conjoint survivant. Or, de l'un à l'autre, le passage ne s'imposait pas. Autant le législateur a eu raison de renforcer les droits *ab intestat* du conjoint survivant car la dévolution légale supplétive est le miroir des affections présumées du défunt et le reflet de la place généralement importante du conjoint dans la famille ; autant il a eu tort, compte tenu du caractère purement électif du lien conjugal, de limiter la liberté de disposer du défunt lorsque les affections réelles sont différentes. En outre, la réserve héréditaire du conjoint « porte une **sérieuse atteinte au principe de la liberté des conventions matrimoniales**, qui laisse les époux libres de convenir, par l'adoption d'une séparation de biens, que leur union n'emportera aucune association patrimoniale : leur volonté séparatiste est tenue en échec là où la loi successorale confère au survivant un droit intangible à une quote-part des biens du prémourant »⁷²⁷. Or, on observe aujourd'hui une augmentation du nombre de couples choisissant le régime de la séparation de biens et un recul relatif de l'aspiration communautaire⁷²⁸. Plus largement, comme l'explique Bernard Beignier lors de son audition, le sort patrimonial du survivant des époux ne devrait pas être réglé par la réserve héréditaire : le « sort du conjoint ne devrait pas être traité par le droit des successions mais par celui des **régimes matrimoniaux** », cette solution devant permettre « de supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant qui est une anomalie juridique »⁷²⁹. A cela s'ajoute que la pratique notariale montre que cette réserve n'est pas toujours comprise, ni acceptée par les époux sans descendant, spécialement en ce qui concerne le sort de leurs biens propres ou personnels, provenant de leur famille.

309. Rien n'interdit bien entendu aux époux d'aller au-delà des droits que la loi accorde à titre supplétif au conjoint. Simplement, il est légitime de penser qu'une protection accrue du survivant est **affaire de volonté individuelle** et non d'impérativité de la loi, qui plus est lorsque l'on sait la grande diversité de la figure contemporaine du conjoint survivant. De façon tout à fait classique, cette volonté peut se traduire par le choix d'un régime matrimonial, par des aménagements conventionnels à ce régime (la large variété des avantages matrimoniaux) ou par des libéralités elles-

721 Sur lequel, v. *supra* n°223s.

722 V. *supra* n°204s.

723 V. *supra* n°198s.

724 C'est alors le divorce pour altération définitive du lien conjugal qui peut être prononcé en application des articles 237 et s. c. civ. La loi du 23 mars 2019 a réduit de deux ans à un an la durée de la séparation des époux permettant d'obtenir un tel divorce (C. civ., art. 238).

725 M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n°309, p. 239.

726 V. contribution reproduite en annexe.

727 *Ibid.*

728 N. Frémeaux et M. Leturcq, Plus ou moins mariés : l'évolution du mariage et des régimes matrimoniaux en France, *Economie et statistique*, n°462-463, 2013, p. 125s, spéc. p. 128 : « en 2010, 44% des couples formés il y a moins de 12 ans étaient mariés et parmi eux, 15% avaient opté pour la séparation de biens, alors qu'en 1992 69% étaient mariés et 10% d'entre eux avaient opté pour la séparation de biens. Ainsi, la conjugaison du recours quasi systématique à la cohabitation, associé à une augmentation du recours à la séparation de biens, implique que la mise en commun [...] des biens entre conjoints n'est aujourd'hui pas adoptée par une majorité de couples récents ».

729 V. contribution reproduite en annexe.

mêmes diverses (donation entre vifs, au dernier vivant, dispositions testamentaires) parfaitement maîtrisées par la pratique, ce qui permet de faire du sur-mesure.

310. A l'encontre de la suppression de la réserve du conjoint, on fera probablement valoir divers **exemples étrangers**. La France ferait alors figure d'originalité. A s'en tenir là, sans doute. Mais il est acquis qu'envisager la protection du survivant à partir du seul droit des successions est réducteur : il faut aussi compter avec ce qu'il tire de son régime matrimonial et ce qu'il peut retirer de libéralités. Or les équilibres du droit patrimonial de la famille sont propres à chaque pays : certains de ceux qui font du conjoint un réservataire ont pour régime matrimonial légal un régime séparatiste ; d'autres n'ont pas d'équivalent aux avantages matrimoniaux ; d'autres excluent le principe même d'un changement ou d'un aménagement du régime matrimonial (par exemple, le Japon⁷³⁰) ; d'autres encore n'ont pas d'équivalent à la quotité disponible spéciale entre époux... Comme l'observe Christophe Vernières lors de son audition, « la situation actuelle [...] n'est pas satisfaisante [...] Dans la plupart des pays, les droits successoraux du conjoint survivant ont tendance à être d'autant moins importants que l'organisation patrimoniale des rapports entre époux (le régime matrimonial) conduit à reconnaître des droits importants à l'époux [...] Une sage mesure serait donc de supprimer la réserve du conjoint »⁷³¹. Du reste, là même où l'un ou l'autre de ces instruments est connu, il n'est pas dit que la pratique en soit identique, tant celle-ci est liée à l'histoire, aux habitudes et au système institutionnel. Rappelons simplement à ce titre trois choses : d'abord, la pratique des libéralités entre époux est ancienne et ancrée en France ; ensuite, le recours aux avantages matrimoniaux a été facilité à mesure que la procédure de changement de régime matrimonial a été sans cesse allégée et l'usage qui en est fait témoigne de l'intérêt porté aux adaptations qu'il permet ; enfin, le rôle et la place historiques du notariat rendent ces solutions accessibles aux familles et aux patrimoines dans lesquels se pose la question d'une protection autre que celle légale. Bref, l'agencement des différentes composantes du droit patrimonial de la famille diffère suivant les États.

311. On objectera encore que la réserve héréditaire du conjoint survivant est l'expression de la **solidarité familiale** et qu'elle vient ici prolonger le devoir de secours que le mariage fait naître entre les époux⁷³². Cependant, la solidarité conjugale *post mortem* trouve mieux ici à s'exprimer autrement, non par l'attribution un peu froide et inadaptée d'une quotité abstraite de biens du défunt, mais par des mécanismes permettant au conjoint survivant de maintenir ses conditions concrètes de vie et de conserver son toit. C'est, non la réserve, mais la *maintenance*. Celle-ci se réalise déjà en droit positif, comme cela a été rappelé⁷³³, d'une part, à travers la **créance alimentaire** que l'article 767 du code civil attribue au conjoint survivant dans le besoin contre la succession ; et d'autre part, par les **deux droits au logement** – l'un annuel, l'autre viager – des articles 763 et 764. Deux de ces protections sont impératives – la créance alimentaire et le droit annuel au logement – tandis que le droit viager au logement ne peut être écarté qu'au terme d'un testament en la forme authentique⁷³⁴.

312. Aussi le groupe de travail, considérant que les fondements de la réserve héréditaire du conjoint survivant sont fragiles, que cette réserve abstraite est inadaptée aux besoins du survivant et que d'autres instruments juridiques assurent déjà sa protection concrète, propose-t-il finalement de supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant. En conséquence, il conviendrait d'abroger l'article 914-1 du Code civil.

Supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant (proposition n° 11).

313. Reste une question et une observation. La **question** : l'abandon de la réserve du conjoint devrait-elle avoir pour contrepartie l'impérativité du droit viager au logement ? Le groupe de travail ne le pense pas. L'équilibre actuel apparaît satisfaisant : la privation du droit viager de l'article 764 doit prendre la forme d'un testament authentique. Ce formalisme vise à attirer l'attention du défunt sur la gravité de sa décision pour son conjoint. Le notariat est là pour éclairer sur les conséquences d'une telle décision et la forme imposée assure que la décision, si elle est grave, n'aura pas été prise à la légère⁷³⁵. Au fond, là encore, on peut douter de la légitimité de rendre un tel droit impératif. Ce serait l'imposer à ceux qui se séparent sans divorcer ; l'imposer aussi dans certaines recompositions familiales où le *de cujus* voudrait prévenir des dissensions entre le survivant et des enfants issus d'une précédente union.

730. H. Hatano, La protection du conjoint survivant au Japon, *RIDC* 2018, 261, n°10.

731. Propos oraux non reproduits en annexe.

732. C. civ., art. 212.

733. V. *supra* n°204s.

734. C. civ., art. 971 : « Le testament par acte public est reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins ».

735. Par ailleurs, l'objection qui aurait pu venir de ce que le recours au testament authentique était fermé à certaines personnes a disparu depuis que la loi du 16 février 2015 en a aménagé le formalisme en l'ouvrant aux personnes qui ne peuvent ni parler ni entendre, ni lire ou écrire et à celles qui ne peuvent s'exprimer en langue française (C. civ., art. 972).

314. L'**observation** : la suppression de la réserve héréditaire du conjoint survivant pourrait rencontrer les préoccupations actuelles relatives à la **philanthropie**⁷³⁶. Comme l'a relevé en effet Claude Brenner lors de son audition, « c'est lorsque le *de cuius* ne laisse pas de descendance et que son conjoint est donc réservataire qu'il pourrait éventuellement y avoir intérêt à permettre une plus grande liberté de disposition, spécialement dans une perspective philanthropique »⁷³⁷.

2. Tenir compte du relâchement avéré du lien conjugal

315. La loi du 23 juin 2006, réécrivant l'article 914-1 du code civil⁷³⁸, permet aujourd'hui au conjoint survivant de revendiquer sa réserve héréditaire sous la seule condition de ne pas être divorcé. Il demeure donc réservataire si l'autre époux décède avant que le divorce ne soit passé en force de chose jugée ou avant que la convention de divorce conclue par acte sous signature privée contresigné par avocats n'ait acquis force exécutoire par son dépôt au rang des minutes d'un notaire⁷³⁹. A supposer la réserve héréditaire du conjoint survivant maintenue en son principe par le législateur, celui-ci pourrait à tout le moins considérer que cette réserve ne se justifie plus en présence d'un relâchement avéré du lien conjugal. Dans cette perspective, le groupe de travail a exploré plusieurs pistes de réflexion.

a. La séparation de corps

316. En l'état actuel des textes, l'article 301 du code civil énonce qu'« en cas de décès de l'un des époux séparés de corps, l'autre époux conserve les droits que la loi accorde au conjoint survivant ». Bien que séparé de corps, le conjoint survivant peut donc invoquer sa qualité d'héritier réservataire dans la succession de son époux et recueillir, en l'absence de descendants, le quart de ses biens. Cette solution, si elle n'est pas fréquente en pratique, n'en est pas moins en décalage avec la situation des époux séparés de corps. Légalement autorisés à résider séparément⁷⁴⁰, et ne partageant donc plus de vie conjugale, les époux séparés de corps sont par ailleurs toujours séparés de biens⁷⁴¹, ce qui met un terme à toute union de leurs intérêts patrimoniaux.

317. Il est donc proposé, dans l'hypothèse où la réserve héréditaire du conjoint survivant serait maintenue, de modifier l'article 301 du Code civil et de priver le conjoint séparé de corps de sa réserve héréditaire. L'époux séparé de corps pourrait conserver ses droits légaux *ab intestat*, sauf pour le défunt à l'en priver si telle est sa volonté.

A défaut de suppression de la réserve héréditaire du conjoint survivant, modifier l'article 301 du code civil et priver le conjoint séparé de corps de sa réserve héréditaire (proposition n° 11 bis).

En conséquence, l'article 301 du code civil pourrait être ainsi modifié :

« En cas de décès de l'un des époux séparés de corps, l'autre époux conserve les droits que la loi accorde au conjoint survivant [à l'exception de ceux qui lui sont conférés par l'article 914-1] ».

318. A titre subsidiaire, il pourrait être envisagé d'autoriser les époux à renoncer à leurs droits réservataires dans une convention de séparation de corps par consentement mutuel. A l'heure actuelle, l'article 301 prévoit qu'« en cas de séparation de corps par consentement mutuel, les époux peuvent inclure dans leur convention une renonciation aux droits successoraux qui leur sont conférés par les articles 756 à 753 et 764 à 766 ». Il s'agit d'un pacte sur succession future exceptionnellement valable permettant aux époux séparés de corps par consentement mutuel de renoncer par anticipation à leurs droits successoraux. La portée du texte ne fait toujours pas l'unanimité. Si certains admettent que la renonciation peut porter sur la réserve héréditaire⁷⁴², d'autres estiment au contraire que, l'article 301 ne mentionnant pas l'article 914-1, « la faculté de renonciation conventionnelle ne paraît donc pas s'étendre au droit à réserve »⁷⁴³.

736 Sur laquelle, v. plus largement *infra* n°551s.

737. V. contribution reproduite en annexe.

738. Sur sa version antérieure, v. *supra* n°197.

739. C. civ., art. 260.

740. C. civ., art. 299.

741. C. civ., art. 302.

742. En ce sens, v. C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 912 à 930-5, fasc. 50, n°4 : « Il est vrai que le texte n'envisage pas explicitement les droits à réserve, qui appartiennent au conjoint en l'absence d'enfant ou de descendant du *de cuius*, mais en visant, sans distinction, la vocation successorale ordinaire du conjoint successible (autre son droit viager au logement), il inclut nécessairement dans l'objet de la renonciation la vocation éventuelle à réserve, puisque celle-ci demeure *pars hereditatis* ».

743. C. Watine-Drouin et K. Garcia, *J.-cl. civ.*, art. 296 à 304, 2019, n°120.

319. Aussi est-il proposé de clarifier l'article 301 du Code civil afin que les époux soient explicitement autorisés à renoncer à leur réserve héréditaire dans leur convention de séparation de corps par consentement mutuel.

A défaut de suppression de la réserve héréditaire du conjoint survivant, ajouter l'article 914-1 du code civil aux textes mentionnés par l'article 301 du même code (proposition n° 11 ter).

En conséquence, l'article 301 du code civil pourrait être ainsi rédigé :

« En cas de séparation de corps par consentement mutuel, les époux peuvent inclure dans leur convention une renonciation aux droits successoraux qui leur sont conférés par les articles 756 à 757-3, 764 à 766 [et 914-1] ».

Le groupe de travail estime cependant qu'à supposer la réserve héréditaire maintenue, il serait préférable que le législateur prive le conjoint séparé de corps de sa réserve héréditaire (**proposition n°12**).

b. Le divorce

320. Le groupe de travail a encore exploré une autre voie tout en parvenant à la conclusion qu'elle pourrait difficilement être envisagée par le législateur. Elle consisterait à priver le conjoint survivant de sa réserve lorsque le divorce n'a pas encore été prononcé mais est envisagé.

321. L'idée serait, là où le lien matrimonial est en passe d'être rompu, de prévenir les conséquences d'un éventuel décès et d'éviter que le conjoint survivant recueille sa part de réserve alors que le mariage était sur le point d'être dissous. La difficulté est cependant d'identifier la date exacte à compter de laquelle il serait légitime de supprimer cette réserve. Dans les divorces contentieux, on ne voit guère d'autre date que celle – à suivre la procédure à venir en application de la loi du 23 mars 2019 – de la demande en divorce. Ce qui en pratique pourrait paraître tardif, mais on n'identifie pas d'autre date, en amont, à laquelle se fier. Quant aux divorces par consentement mutuel, on ne voit pas non plus d'autre date que celle de la signature de la convention contresignée par avocat. Ce qui apparaîtra plus tardif encore au point en vérité de mettre en doute l'intérêt même d'un tel dispositif. A cela s'ajoute qu'il faudrait encore régler la question du sort de cette réserve si, en définitive, le divorce n'était pas prononcé, parce que l'époux à l'origine de la procédure viendrait à se désister de sa demande. La réserve serait-elle définitivement perdue ou renaitrait-elle de ses cendres ? Ces **difficultés** ont finalement **dissuadé** le groupe de travail de soutenir cette proposition.

c. Le pacte entre époux

322. Une dernière hypothèse a été envisagée. Celle de l'introduction d'un nouveau pacte sur succession future par lequel les époux pourraient convenir de se priver de leur réserve, indépendamment de tout projet de divorce.

323. Le groupe de travail l'a finalement écartée : d'une part, la renonciation anticipée à l'action en réduction des libéralités⁷⁴⁴ leur offre déjà un moyen de parvenir à ce résultat ; d'autre part, la renonciation anticipée à la réserve elle-même – qui n'est pas la renonciation anticipée à l'action en réduction – serait contradictoire avec le principe même de la réserve héréditaire.

324. Ces considérations ont conforté le groupe de travail dans son idée première visant à **recommander de supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant**.

B. Renforcer les droits du conjoint survivant sur le logement

325. Indépendamment de l'avenir de la réserve héréditaire du conjoint survivant, le groupe de travail préconise de renforcer ses droits sur le logement. La loi du 3 décembre 2001 a introduit aux articles 763 à 766 du code civil deux droits complémentaires, l'un temporaire, l'autre viager, d'usage et d'habitation permettant au conjoint survivant frappé par le deuil de conserver son toit⁷⁴⁵. L'idée procède d'une démarche concrète fondée sur la meilleure adéquation aux besoins du conjoint survivant-type de droits particuliers portant sur son cadre de vie plutôt qu'une réserve héré-

744. Sur laquelle, v. *supra* n°227 et *infra* n°460s.

745. V. *supra* n°204s. Sur lesquels, v. parmi de nombreuses références : B. Beignier, La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial, *Dr. fam.* 2002 4 ; M. Grimaldi, Le sort du logement après le décès, *Gaz. Pal.* 20 sept. 2007, 13 ; F. Vauvillé, Les droits au logement du conjoint survivant, *Def.* 2002, 1277.

ditaire abstraite⁷⁴⁶. Pour des raisons déjà exposées, le groupe de travail considère que le **droit viager** au logement repose sur un équilibre satisfaisant dans ses rapports à la volonté individuelle du défunt et **ne recommande donc pas de lui conférer un caractère impératif**⁷⁴⁷. En revanche, il lui semble que les droits au logement pourraient être mieux assurés et le conjoint ainsi mieux protégé moyennant quelques précisions et adaptations.

1. Renforcer le droit temporaire

326. L'article 215, alinéa 3 du code civil interdit aux époux de disposer l'un sans l'autre « des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, let) des meubles meublants dont il est garni ». Cette règle de **cogestion** est sanctionnée à travers la faculté, pour celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte, d'en demander l'annulation. Par ailleurs, l'article 763 attribue au conjoint survivant un droit annuel au logement. Ce droit est d'ordre public⁷⁴⁸. Il est réputé être un effet direct du mariage, et non un droit successoral⁷⁴⁹ : le défunt ne peut donc en priver son conjoint et celui-ci exerce ce droit en qualité, non d'héritier, mais d'époux. Aussi les deux textes sont-ils étroitement liés, l'article 763 se situant « dans le sillage de l'article 215, alinéa 3 » : « d'une certaine manière, il prolonge durant la première année de veuvage la solidarité entre époux *ad habitationem* »⁷⁵⁰.

327. La **coordination** entre ces deux corps de règles est dans l'ensemble bien assurée même si l'article 215 alinéa 3 ne s'applique pas à tous les actes de disposition. Ainsi, la jurisprudence admet depuis longtemps que ce texte, « qui protège le logement de la famille pendant le mariage, ne porte pas atteinte au droit qu'a chaque conjoint de disposer de ses biens à cause de mort »⁷⁵¹. La solution s'explique par le fait que l'article 215, alinéa 3 est limité dans le temps ainsi que par la volonté de respecter la liberté testamentaire du défunt. En effet, « le testament étant par nature un acte solitaire, le soumettre à l'article 215 al. 3 reviendrait à prohiber les testaments ayant pour objet le logement de la famille »⁷⁵². Un époux peut donc, sans avoir à obtenir le consentement de son conjoint, **léguer** à un tiers le bien assurant le logement de la famille. Cependant, et en cela la coordination est faite, le légataire est alors tenu de respecter le droit annuel au logement de l'article 763⁷⁵³, celui-ci étant d'ordre public.

328. Cependant, **la continuité entre les articles 215, alinéa 3 et 763 n'est pas toujours assurée**. Tel est notamment le cas lorsque le défunt a disposé du bien destiné au logement avec **réserve d'usufruit** sans stipuler la réversion de ce droit au profit de son conjoint. Certes, l'acte de disposition avec réserve d'usufruit ménage les intérêts du conjoint survivant lorsque la réserve d'usufruit est faite au profit du conjoint du disposant ou encore lorsqu'elle est faite au profit du disposant et stipulée réversible sur la tête de son conjoint. Mais il en va différemment lorsque la réserve d'usufruit est **seulement au profit de l'époux disposant**. Aussi la question s'est-elle posée de savoir si un tel acte doit être soumis à cogestion en application de l'article 215, alinéa 3.

329. Après l'avoir admis, mais en présence d'une fraude ce qui rendait l'interprétation de l'arrêt délicate⁷⁵⁴, la Cour de cassation vient de le refuser. Par un arrêt du 22 mai 2019, la première chambre civile de la Cour de cassation a en effet jugé que l'article 215, alinéa 3 « qui procède de l'obligation de communauté de vie des époux, ne protège le logement familial que pendant le mariage »⁷⁵⁵. La Cour de cassation, qui n'était pas saisie de cette question, ne dit rien des conséquences de cette solution au regard du droit temporaire de l'article 763. Néanmoins, il est permis de penser que

746. Sur ce point, v. not. : P. Catala, La veuve et l'orphelin, in *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 257, spéc. n°17s, p. 265s.

747. V. *supra* n°313.

748. C. civ., art. 763, al. 4.

749. C. civ., art. 763, al. 3.

750. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°220, p. 177.

751. Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, n°73-12402, *Bull. civ.*, I, n°274 ; *D.* 1975, 645 note C.-I. Foulon-Piganiol ; *JCP* 1975, II, 18041 note Y. Chartier ; *RTD civ* 1975, 266 obs. R. Nerson.

752. I. Dauriac, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, LGDJ, 5^e éd., 2017, n°64, note 58.

753. Ainsi d'ailleurs que le droit viager de l'article 764, sauf pour l'époux prémourant à en avoir privé son conjoint dans les formes de l'article 971. Sur ce point, v. : P. Catala et L. Leveneur, *J.-cl. civ.*, art. 756 à 767, fasc. 20, 2015, n°52 et les références citées. Certains auteurs considèrent que la privation du droit viager peut être tacite, « pourvu qu'elle fût certaine : résulter, par exemple, de l'institution d'un légataire universel en des termes conférant très clairement au légataire la jouissance pleine et immédiate de tous les biens successoraux » (M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°213, p. 172). D'autres estiment que « l'exclusion du droit viager ne peut se réaliser que de manière expresse et non par le mode implicite d'une disposition au bénéfice d'autrui » (P. Catala et L. Leveneur, *J.-cl. civ.*, art. 756 à 767, op. cit., n°52).

754. Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1992, n°89-17305, *Bull. civ.*, I, n°185, *Def.* 1992, 1156 obs. G. Champenois.

755. Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2019, n°18-16666, *D.* 2019, 1643 note E. Rousseau ; *JCP N* 2019, 1272 note V. Bouchard ; *Def.* 2019, n°40, 28 note M. Soulié ; *Dr. fam.* 2019 comm. 178 S. Torricelli-Chrif ; *RJPF* 2019, n°7-8 obs. J. Dubarry et E. Fragu. En l'espèce, un époux commun en biens avait fait donation à ses deux enfants issus d'un précédent mariage de la nue-propriété de biens immobiliers propres dont l'un constituait le logement de la famille en stipulant une réserve d'usufruit à son seul profit avant de décéder au cours de l'instance en divorce engagée par son épouse. Celle-ci assigne les enfants du défunt sur le fondement de l'article 215, alinéa 3, en annulation de la donation, son consentement n'ayant pas été requis. La cour d'appel avait prononcé la nullité de la donation, considérant que celle-ci constituait un acte de disposition des droits par lesquels est assuré le logement de la famille au sens de l'article 215, alinéa 3. Cassation pour les motifs mentionnés en corps de texte.

le conjoint survivant s'en trouve privé puisqu'aux termes de ce texte, le bien objet du droit viager doit appartenir aux époux ou dépendre totalement de la succession. Or, cette condition fait défaut lorsque la nue-propriété du logement a été transférée à un donataire. A la mort de l'époux disposant, en effet, l'usufruit qu'il s'était réservé s'éteint et le bien assurant le logement ne se trouve pas dans la succession mais appartient pleinement au gratifié. Le conjoint survivant risque donc d'être privé immédiatement de son toit et de devoir une indemnité d'occupation s'il s'y maintient.

330. Cherchant à corriger ce qui semble être un angle mort de la protection du logement du conjoint survivant, le groupe de travail a envisagé plusieurs moyens d'y remédier. La réflexion s'est d'abord orientée vers un élargissement de l'article 215 alinéa 3 consistant à soumettre expressément à cogestion les actes de disposition avec réserve d'usufruit au profit exclusif de l'époux disposant. Cependant, cette voie a finalement été écartée. D'une part, elle méconnaît les limites temporelles du régime primaire impératif dont les effets, à l'exception de ceux de l'article 221, cessent avec la dissolution du mariage. D'autre part, la cogestion est apparue trop attentatoire à la liberté de disposer de l'époux prémourant. Aussi eût-il fallu l'encadrer, ce qui a semblé trop complexe⁷⁵⁶.

331. Une autre possibilité, également explorée, consisterait à prévoir que la disposition par un époux du logement avec réserve d'usufruit ou du droit d'usage et d'habitation emporte de plein droit bénéfice de la réversion sur la tête du conjoint, sauf renonciation de celui-ci et sauf révocation automatique en cas de divorce. Mais, là encore, la protection est apparue excessive et insuffisamment respectueuse de la liberté de l'époux propriétaire.

332. Au terme de cette réflexion, il est proposé de dire dans la loi qu'une disposition avec réserve d'usufruit ou d'usage et d'habitation au profit exclusif du disposant, si elle est valable sans le consentement du conjoint, ne fait pas obstacle au droit annuel du conjoint survivant⁷⁵⁷ (proposition n° 12).

Inscrire à l'article 363 du code civil qu'une disposition avec réserve d'usufruit ou d'usage et d'habitation au profit exclusif du disposant, si elle est valable sans le consentement du conjoint, ne fait cependant pas obstacle au droit annuel du conjoint survivant (proposition n° 12)

En conséquence, l'alinéa 3 de l'article 763 du code civil pourrait être ainsi complété :

« Les droits prévus au présent article sont réputés effets directs du mariage et non droits successoraux. [*Le conjoint survivant en bénéficie lorsque le défunt avait disposé du logement avec réserve d'usufruit ou du droit d'usage et d'habitation à son seul profit.*]

2. Renforcer le droit viager

333. Aux termes de l'article 764, alinéa 1^{er} du code civil, « sauf volonté contraire du défunt exprimée dans les conditions de l'article 971, le conjoint successible qui occupait effectivement, à l'époque du décès, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, a sur ce logement, jusqu'à son décès, un droit d'habitation et un droit d'usage sur le mobilier, compris dans la succession, le garnissant ». Le droit viager s'exerce ainsi sur un bien qui dépend de la succession soit totalement, soit en partie seulement. Dans ce dernier cas, si les époux étaient mariés sous la communauté, le droit viager porte sur un bien commun et, s'ils étaient séparés de biens, sur un bien acquis en indivision par les époux.

334. Le texte n'en soulève pas moins une difficulté, apparue dès 2001⁷⁵⁸, mais non encore réglée. Le défunt peut-il priver son conjoint survivant de ce droit viager **lorsque le bien assurant le logement appartenait aux deux époux** ? A suivre l'article 764, qui ne distingue pas les biens sur lesquels le droit viager peut s'exercer de ceux sur lesquels la volonté contraire du défunt peut porter, l'affirmative semble s'imposer. Encore convient-il, dès lors que le bien appartient en partie au conjoint survivant, de préciser la portée de la volonté contraire possiblement exprimée par

⁷⁵⁶ Comme l'a observé Gérard Champenois (V. contribution reproduite en annexe), que le groupe de travail a interrogé à ce sujet, « la cogestion protège le conjoint contre un risque. Si ce risque lui paraît inexistant, il consent à l'acte. Dans le cas contraire, il doit motiver son refus en exigeant une garantie (la réversibilité de l'usufruit ou une garantie analogue). Mais il ne doit pas pouvoir simplement refuser de consentir, car l'époux propriétaire est *a priori* libre de disposer de la nue-propriété de son bien. Un éventuel désaccord entre époux pourrait relever de l'article 217 du code civil ».

⁷⁵⁷ En revanche, cet acte fait échec au droit viager de l'article 764 c. civ.

⁷⁵⁸ La difficulté avait été soulignée par la députée Nicole Catala au cours du vote de la loi du 3 décembre 2001 mais l'amendement qu'elle avait déposé n'avait pas été examiné « faute de temps » (*sic*) : P. Catala et L. Leveneur, *J.-cl. civ.*, art. 756 à 767, fasc. 20, 2015, n°49

le défunt. La solution se trouverait dans l'article 1423 selon lequel « le legs fait par un époux ne peut excéder sa part dans la communauté ». Dès lors, « la privation du droit viager devrait supporter la même limite »⁷⁵⁹. Qu'est-ce à dire ? « La logique de l'article 1423 aboutit à soumettre le droit viager aux résultats du partage : si le logement échoit aux héritiers du défunt, la privation produira tout son effet, elle n'en produira aucun s'il tombe dans le lot du survivant »⁷⁶⁰.

335. Sans doute le conjoint survivant peut-il demander l'attribution préférentielle du logement, laquelle est désormais de droit pour lui⁷⁶¹, ou demander le maintien dans l'indivision⁷⁶². Encore faut-il cependant qu'il ait les moyens de payer la soulte ou l'indemnité correspondante. De plus, le maintien dans l'indivision n'est pas sans poser de difficultés liquidatives car « le fait de différer le partage interdit d'imputer le droit au logement sur la valeur des droits successoraux du conjoint. On est alors conduit à se demander si, pendant le cours de l'indivision prolongée, la privation du droit viager à concurrence des droits du défunt dans le logement obligerait le conjoint à payer à la succession une part proportionnelle de sa valeur locative. Tout ceci est à la fois bien compliqué et incertain »⁷⁶³.

336. Aussi une partie de la doctrine propose-t-elle plutôt d'admettre que le conjoint survivant ne peut être privé du droit viager au logement lorsque le bien assurant le logement appartenait aux deux époux. Selon Bernard Beignier, « tout droit d'usage [et d'habitation] est indivisible par nature ; en privant d'une partie on prive du tout. L'interprétation du [...] texte doit se faire en contemplation de la finalité qui est lui est assignée, à savoir la protection du conjoint survivant qui détermine le principe. L'exception ne peut valoir que pour admettre l'exception, laquelle n'est constituée que lorsque le logement de famille est un bien propre ou personnel »⁷⁶⁴.

337. Observant que ces difficultés n'ont pas été réglées depuis la loi du 3 décembre 2001, considérant que le droit viager d'usage et d'habitation ne peut pas être matériellement divisé et voyant dans cette mesure un moyen d'améliorer la protection du conjoint survivant, le groupe de travail propose de modifier l'article 764 du code civil afin que le défunt ne puisse priver le conjoint survivant de son droit viager lorsque le bien assurant le logement appartenait aux deux époux.

Compléter l'article 764 du code civil afin que le défunt ne puisse priver le conjoint survivant de son droit viager lorsque le bien assurant le logement appartenait aux deux époux (proposition n° 13).

En conséquence, l'alinéa 1^{er} de l'article 764 du code civil pourrait être réécrit et remplacé par deux nouveaux alinéas :

« Le conjoint successible qui occupait effectivement, à l'époque du décès, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, a sur ce logement, jusqu'à son décès, un droit d'habitation et un droit d'usage sur le mobilier, compris dans la succession, le garnissant.

Il peut être privé de ce droit par le défunt, dans les conditions de l'article 971, si le logement dépend totalement de la succession. »

759. P. Catala et L. Leveneur, *J.-cl. civ.*, art. 756 à 767, *op. cit.*, n°49.

760. *Ibid.*

761. C. civ., art. 831-3, al. 1.

762. C. civ., art. 820 et s.

763. P. Catala et L. Leveneur, *J.-cl. civ.*, art. 756 à 767, *op. cit.*, n°49.

764. B. Beignier, La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial, *op. cit.* V. aussi, dans le même sens : J. Casey, Droit des successions : commentaire de la loi du 3 décembre 2001 (2^e partie), *RJPF* 2002-2 : « Comment le conjoint pourrait-il être privé de ce qui lui appartient ? – et considère que « la privation se conçoit fort bien lorsque le logement est un bien propre (ou personnel) au défunt. Au contraire, s'il s'agit d'un bien commun ou indivis, le principe est indéfendable ».

§III. Des ascendants

I. La genèse des règles actuelles

338. La réserve héréditaire existait dans le code civil au profit de tous les parents en ligne directe, descendante aussi bien qu'ascendante, suivant une logique de réciprocité. En l'absence de descendants, les ascendants du défunt, quel que soit leur degré, étaient donc réservataires. Suivant qu'il y avait des ascendants dans une ligne ou dans les deux, leur réserve était d'un quart ou de la moitié de la succession, soit un quart par ligne⁷⁶⁵. Encore fallait-il qu'ils soient appelés à la succession.

339. La loi du 3 décembre 2001, en assurant la promotion du conjoint survivant, a porté un premier coup à la réserve héréditaire des ascendants ordinaires⁷⁶⁶ : exclus de la succession légale et n'ayant donc pas la qualité d'héritiers en présence d'un conjoint survivant, ils ne pouvaient plus alors faire valoir leur réserve héréditaire. En contrepartie de ce recul, la loi du 3 décembre 2001 a accordé aux ascendants ordinaires dans le besoin le bénéfice d'une créance alimentaire à l'article 758 du code civil lorsque le conjoint survivant recueille la totalité ou les trois-quarts de la succession⁷⁶⁷.

340. La loi du 23 juin 2006 est allée plus loin en supprimant la réserve héréditaire des ascendants sans que cette suppression ne donne véritablement lieu à discussion. Divers motifs ont été avancés sans être autrement étayés : protection suffisante des ascendants par l'obligation alimentaire ; moindre attachement des Français à cette réserve qu'à celle des descendants, anormalité économique des successions remontantes ; difficile acceptation de cette réserve par le conjoint survivant⁷⁶⁸.

341. On peut regretter que le pas de la suppression de la réserve des ascendants ait été franchi alors que cette réserve existe toujours dans un grand nombre de pays occidentaux. La réciprocité de la réserve héréditaire, dans la ligne ascendante comme descendante, contribuait à solidifier l'ensemble et assurait sa **cohérence** théorique. Par ailleurs, **l'abrogation de la réserve héréditaire des ascendants n'a pas tenu ses promesses** et le chemin emprunté par le législateur illustre parfaitement les difficultés auxquelles expose la suppression de cette institution dans notre droit. D'abord, la liberté de disposer du défunt est limitée en présence d'un conjoint survivant dès lors que celui-ci peut faire valoir sa réserve d'un quart s'il n'y a pas de descendants⁷⁶⁹. Aussi conviendrait-il, pour promouvoir véritablement la liberté de disposer en l'absence de descendants, de supprimer la réserve héréditaire du conjoint. C'est le sens de l'une des propositions, déjà exposée, du groupe de travail⁷⁷⁰. Ensuite, pris d'une forme de remords, le législateur a créé au profit des seuls père et mère donateurs un **droit de retour légal impératif** portant sur les biens donnés au défunt⁷⁷¹. Enfin, le basculement vers la créance alimentaire est **lacunaire** puisque seuls en bénéficient aujourd'hui les ascendants ordinaires à l'exclusion des père et mère. L'ensemble est techniquement bancal et la situation actuelle largement critiquée par la communauté juridique.

342. Sans doute serait-il très difficile pour le législateur de revenir en arrière et de restaurer la réserve héréditaire des ascendants. Cependant, nombre des malfaçons dont notre droit souffre aujourd'hui sont directement liées à sa disparition et au fait que les équivalents fonctionnels par lesquels on a cherché à la remplacer n'ont pas fait la preuve de leur supériorité⁷⁷².

765. C. civ., anc. art. 914, al. 1^{er}.

766. C'est-à-dire autres que les père et mère.

767 « Lorsque le conjoint survivant recueille la totalité ou les trois-quarts des biens, les ascendants du défunt, autres que les père et mère, qui sont dans le besoin bénéficient d'une créance d'aliments contre la succession du prédécédé ».

768 Extrait du compte rendu intégral de la 2^{ème} séance du mercredi 22 février 2006, Travaux préparatoires, Assemblée nationale, 1^{ère} lecture : M. Sébastien Huyghe, rapporteur : « Cet amendement (n°162) vise à supprimer la réserve dont disposent les ascendants du défunt, qui sont de toute façon protégés par l'obligation alimentaire prévue par le code civil. Ce mécanisme est souvent mal vécu par certains conjoints lors des successions, notamment s'agissant de familles au sein desquelles les liens entre le défunt et les ascendants étaient distendus. Je pense notamment aux familles recomposées où le lien avec l'enfant a été rompu dès le plus jeune âge, les conjoints considérant qu'il n'est pas normal qu'un parent qu'ils n'ont jamais connu puisse hériter obligatoirement d'un quart de leur patrimoine. Je vous proposerai, par un autre amendement, d'accompagner la suppression de la réserve d'un droit de retour systématique pour les biens qui avaient été donnés au défunt par ses ascendants. » M. le garde des sceaux : « Le Gouvernement est favorable à cet amendement, car l'idée nouvelle qu'il introduit permettra de moderniser le code en termes de successions, en proposant d'autres voies que la remontée vers les parents de la moitié du patrimoine. C'est une liberté plus grande donnée à la personne. »

769. C. civ. art. 914-1.

770. V. *supra* n°312.

771. C. civ. art. 738-2. V. *infra* n°343s.

772. Sur cette idée que là où la réserve disparaît, elle est remplacée par d'autres freins à la liberté de disposer, v. *supra* n°45s et n°62 en droit interna-

II. Supprimer le droit de retour légal de l'article 738-2 du code civil

343. La loi du 23 juin 2006 a créé à l'article 738-2 un droit de retour légal au profit des père et mère sur les biens que le défunt, mort sans postérité, avait reçus d'eux par donation. Le mécanisme ressemble à première vue au traditionnel droit de retour de l'ascendant donateur, abrogé en 1972⁷⁷³. Mais, en vérité, il s'en distingue si nettement que la doctrine refuse en général d'y voir un véritable droit de retour normalement constitutif d'une succession anormale⁷⁷⁴. Il recouvre en réalité une **pseudo-réserve**, ce dont son organisation technique singulière rend compte.

344. En effet, contrairement à ce qui est prévu pour les autres droits de retour⁷⁷⁵, l'article 738-2 n'exige pas que le bien donné se retrouve en nature dans la succession. Suivant l'alinéa 3 du texte, « lorsque le droit de retour ne peut s'exercer en nature, il s'exécute en valeur, dans la limite de l'actif successoral ». De même, à la différence des autres droits de retour, celui de l'article 738-2 est d'ordre public : le défunt ne peut y faire obstacle en disposant du bien donné car les père et mère l'exercent « dans tous les cas »⁷⁷⁶. S'ils ne sont plus réservataires et s'ils peuvent donc être exhérédés, les père et mère – à la condition d'être donateurs – ne peuvent être privés du droit impératif ménagé à leur profit. Par ailleurs, l'article 738-2 retient ici une solution originale en concevant le retour sur le mode d'une portion : les père et mère exercent leur droit de retour « à concurrence des quotes-parts fixées au premier alinéa de l'article 738 », c'est-à-dire à hauteur de la fraction d'un quart que la loi leur attribue individuellement lorsqu'ils sont appelés à la succession avec des collatéraux privilégiés. Enfin, lorsque le parent donateur a été exhérédé par le défunt, il ne peut prétendre qu'au retour légal, même s'il est inférieur à ce quart. En revanche, lorsqu'il vient à la succession, « la valeur de la portion des biens soumise au droit de retour s'impute en priorité sur les droits successoraux des père et mère »⁷⁷⁷, signe que cette supposée succession anormale n'est pas indépendante de la succession ordinaire. En réalité, « ce droit, institué pour tempérer la suppression de la réserve des ascendants, n'est qu'une adaptation de la vocation ordinaire des père et mère (au quart de la succession en présence de frères et sœurs ou du conjoint) lorsque le *de cujus* avait reçu d'eux des donations »⁷⁷⁸.

345. L'article 738-2 fait l'objet depuis sa création de **diverses critiques**.

D'abord, l'article 738-2 n'est pas à même de répondre à l'objectif affiché : il ne compense la suppression de la réserve héréditaire des ascendants qu'à la condition que les père et mère aient pu donner un ou des biens à leur enfant – ce qui n'est pas regardé comme juste. Les autres père et mère en sont démunis sans être aujourd'hui protégés par une créance alimentaire⁷⁷⁹. Comme l'observe Raymond Le Guidec devant le groupe de travail, « on peut [...] douter de la justesse de cette disposition de la loi. A ce propos, on peut relever un paradoxe dans la loi, les ascendants sont sollicités pour procéder par anticipation successorale, appelant leur générosité, et pourtant évincés du droit de réserve. Il y a là, sur le principe, une rupture flagrante avec le fondement originaire de la réserve. Certes, « un substitut de réserve » leur a été concédé avec ce nouveau droit de retour sur les biens par eux donnés (C. civ art 738-2). Mais cela suppose des donations antérieures. Autrement ils peuvent être totalement évincés de la succession. Il est sans doute rare que les parents soient appelés à la succession de leur enfant décédé sans postérité. Cependant, le cas peut se produire avec la longévité remarquable que nous connaissons, cette longévité étant souvent significative de besoins de vie accrus »⁷⁸⁰.

Ensuite, la mise en œuvre de l'article 738-2 est **complexe** et surtout source de nombreuses **incertitudes**⁷⁸¹ qui persistent : assiette et montant du droit de retour ; date d'évaluation du retour ; concours avec le droit viager au logement ; articulation avec la réserve héréditaire du conjoint ; combinaison avec le régime matrimonial, ...

Enfin, ce droit de retour légal est presque systématiquement doublé en pratique d'un droit de retour conventionnel dans les donations notariées. Lequel retour conventionnel est moins aléatoire dans sa mise en œuvre liquidative, plus

tional privé.

773. C. civ., anc. art. 747. Ce droit de retour a été abrogé en grande partie parce que le droit de retour conventionnel est devenu une clause de style dans les donations notariées.

774. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°248, p. 194.

775. C. civ., art. 368-1, 757-3.

776. C. civ., art. 738-2, al. 1^{er}.

777. C. civ., art. 738-2, al. 2.

778. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°248, p. 194.

779. V. *infra* n°350s.

780. V. contribution reproduite en annexe.

781 V. not. : C. Blanchard, Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère, *Def.* 2009, 2047 ; Y. Delecraz, Les droits de retour, un mécanisme complexe, *Def.* 2017, 823 ; G. Paris, La détermination du montant du retour légal de l'article 738-2 du code civil, *Def.* 2015, 12. Plus larg. : G. Paris, *Les droits de retour légaux des articles 738-2 et 757-3 du code civil*, thèse Paris 2, 2012.

énergique dans ses effets⁷⁸² et susceptible de faire l'objet d'aménagements conventionnels appropriés ainsi que, le cas échéant, d'une renonciation du vivant du disposant.

346. Pour ces raisons, et suivant en cela une proposition également exprimée par la profession notariale⁷⁸³, il convient de supprimer le droit de retour légal de l'article 738-2 du code civil.

Supprimer le droit de retour légal de l'article 738-2 du code civil (proposition n° 14).

III. Réformer la créance alimentaire des ascendants

A. Promouvoir une créance alimentaire adaptée à la situation des ascendants

347. A titre préalable, il convient de souligner que les lignes qui vont suivre ne sauraient être mises au crédit de la supériorité ou de l'équivalence du droit des aliments par rapport à la réserve héréditaire dans le cadre de la discussion plus générale menée à l'égard de celle-ci. En d'autres termes, promouvoir une créance alimentaire pour les ascendants, ce n'est en rien concéder qu'elle pourrait se substituer demain à la réserve héréditaire des descendants. La proposition qui suit, ainsi bien circonscrite, s'explique par deux raisons. D'une part, la créance alimentaire des ascendants se présente aujourd'hui comme la seule technique de protection légale sérieusement envisageable en raison de l'abandon vraisemblablement sans retour de la réserve héréditaire des ascendants par le législateur et de l'échec du droit de retour légal de l'article 738-2 comme substitut à celle-ci. D'autre part, et cela est plus stimulant, la situation particulière des ascendants cadre bien avec cet outil qu'est la créance alimentaire.

348. De fait, l'ancienne réserve héréditaire des ascendants était différente de celle des descendants. Il était impossible de la fonder sur un impératif d'égalité, une justification dont on a vu qu'elle demeure aujourd'hui essentielle au sein des fratries et qui suppose de ne pas subordonner le droit minimal de l'enfant à son état de besoin⁷⁸⁴. De plus, la réserve héréditaire des ascendants avait essentiellement une fonction alimentaire à laquelle à l'inverse celle des descendants ne se réduit pas. Comme l'écrivait Pierre Catala, « si les ascendants héritent, La Palice nous dirait qu'ils ne sont pas morts et donc que leur fils n'en a pas hérité. Si le fils a reçu des donations de ses auteurs comme, par hypothèse, il n'a pas lui-même de descendance, le retour conventionnel va jouer. Donc la succession du *de cuius* considéré est à base d'acquêts et non pas à base de propres. Par conséquent, la réserve des ascendants [...] est une réserve de type alimentaire »⁷⁸⁵.

349. Enfin, la créance alimentaire, en raison de ses caractéristiques, est bien adaptée à l'âge – en général avancé – des ascendants et à leurs besoins spécifiques. Une créance d'assistance est plus à propos qu'une quote-part abstraite dans la succession ou que l'attribution successorale d'un bien faisant retour dans le patrimoine des ascendants. L'observation de la pratique révèle d'ailleurs que l'exécution de l'obligation alimentaire par l'enfant à l'égard du parent âgé se limite essentiellement à la prise en charge du coût de l'hébergement collectif en établissement médicalisé ou en maison de retraite. Ces éléments deviennent d'autant plus pertinents que le vieillissement de la population et l'augmentation du nombre personnes âgées dépendantes amènent à reconsidérer la place de la créance d'assistance. C'est dire, en un mot, **qu'aujourd'hui, la solidarité familiale vis-à-vis de parents ou de grands-parents âgés trouve assez bien à s'exprimer ici par une créance alimentaire. Cette considération n'est par hypothèse pas transposable aux descendants.**

B. Accorder une créance alimentaire aux père et mère dans le besoin

350. Aux termes de l'article 758 du code civil, l'octroi d'une créance d'aliments est aujourd'hui subordonné aux conditions suivantes. Seuls les ascendants ordinaires, à l'exclusion des père et mère, peuvent en bénéficier et à la condition qu'ils prouvent leur état de besoin conformément au droit commun de l'obligation alimentaire. Cette créance ne leur

782. En tant notamment qu'il n'est pas limité au quart.

783 V. la première proposition de la 4^{ème} commission du 106^{ème} Congrès des notaires de France, *Couples, patrimoine, Les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 30 mai au 2 juin 2010. V. plus récemment : *Livre blanc des simplifications du droit*, Conseil supérieur du notariat, 2014, proposition n°7.

784. V. *supra* n°146s.

785. P. Catala, Rapport de synthèse, 84^e Congrès des notaires de France, La Baule, *JCP N* 1988, 651, n°17.

est ouverte que dans l'hypothèse où le conjoint recueille la totalité⁷⁸⁶ ou les trois quarts des biens⁷⁸⁷. La créance leur est accordée contre la succession du prédécédé, et non contre le conjoint personnellement⁷⁸⁸.

Par ailleurs, « l'état de besoin doit être invoqué dans le délai d'un an à partir du décès ou du moment à partir duquel les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient auparavant aux ascendants. Le délai se prolonge, en cas d'indivision, jusqu'à l'achèvement du partage » (al. 2). La charge de la pension est supportée sur la succession, « par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument » (al. 3), sauf pour la préférence donnée par le défunt à tel ou tel legs, qui ne supporte le poids de la pension que si les autres legs n'y suffisent pas (al. 4).

351. Il faut cesser de moins bien traiter les père et mère dans le besoin que les ascendants ordinaires. La seule protection impérative des père et mère réside aujourd'hui dans le droit de retour légal de l'article 738-2 du code civil, ce qui suppose qu'ils aient consenti à leur enfant une donation. Or, comme l'écrivent Philippe Malaurie et Claude Brenner, « il n'est pas normal que l'obligation alimentaire qui pèse sur les enfants à l'égard des père et mère s'éteigne au décès de leur débiteur sans trouver un vrai relais dans sa succession. Désormais, la loi n'a plus à l'égard des parents de sens familial : malheur aux vieux ! S'ils sont dans le besoin et que leurs enfants sont prédécédés, même si la succession est opulente, leur seule ressource est la solidarité nationale »⁷⁸⁹. Rien ne justifie cette différence de traitement entre les ascendants, si n'est sans doute l'« inadvertance du législateur »⁷⁹⁰. La suppression proposée du droit de retour légal de l'article 738-2 C. civ. ne fait que renforcer la nécessité de cette évolution. Aussi le groupe de travail, suivant aussi en cela le notariat⁷⁹¹, propose-t-il de réparer cet oubli et d'accorder aux père et mère dans le besoin une créance alimentaire.

Accorder aux père et mère dans le besoin une créance alimentaire (proposition n° 15).

352. Cette créance pourrait trouver sa place à l'article 738-2, laissé vacant par la disparition du droit de retour légal⁷⁹². Il ne suffirait pas en effet de réécrire l'actuel article 758 et d'élargir aux ascendants privilégiés le domaine d'application de la disposition qui ne vise en l'état que les ascendants ordinaires⁷⁹³. L'article 758 se situe dans la section 2 « *Des droits du conjoint successible* » et ne vise que le cas où l'ascendant ordinaire est primé par un conjoint survivant qui recueille la totalité ou les trois quarts de la succession. Or, les père et mère doivent pouvoir invoquer leur créance alimentaire qu'il y ait ou non un conjoint successible. Cette créance devrait en revanche être subordonnée à l'absence de descendant du défunt. Car, si le défunt laisse des descendants, c'est que les père et mère ont à coup sûr des débiteurs d'aliments auxquels ils peuvent s'adresser en application de l'article 205, ce qui paraît suffisant. En revanche, le groupe de travail n'a pas souhaité conférer à la créance alimentaire successorale des père et mère un caractère subsidiaire⁷⁹⁴ par rapport à la créance alimentaire de droit commun considérant, d'une part, que les père et mère devraient alors pouvoir choisir d'agir soit contre la succession, soit contre un débiteur d'aliments (par exemple, un autre enfant) et, d'autre part, que cette possible articulation des créances alimentaires devrait relever d'une réflexion plus générale relative au droit des aliments. Pour le reste, cette créance serait soumise aux règles de l'article 758 étant précisé que la qualité de créancier alimentaire des père et mère ne leur conférerait aucun pouvoir dans le règlement de la succession. Enfin, le groupe de travail, après avoir envisagé la question, n'a pas jugé souhaitable d'introduire une hiérarchie entre les ascendants - privilégiés ou ordinaires - créanciers d'aliments⁷⁹⁵.

786. Ce qui renvoie à la situation dans laquelle le défunt ne laisse ni descendant, ni père et mère (C. civ., art. 757-2).

787. Ce qui renvoie à la situation dans laquelle le défunt ne laisse pas de descendant mais laisse soit son père, soit sa mère (C. civ., art. 757-1).

788. En quoi cette créance alimentaire se distingue de celle de l'article 206 C. civ.

789. Ph. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, Defrénois, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2018, n°98, p. 93.

790. C. Vernières, *Successions anormales*, in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 4^e éd., 2018, n°235-81.

791. 106^e Congrès des notaires, *Couples, Patrimoine, les défis de la vie à deux*, Bordeaux, 2010.

792. V. *supra* n°343, proposition n°14.

793. Sur cette proposition, v. not. : G. Raoul-Cormeil, *Aliments et successions*, *Mélanges R. Le Guidec*, Lexis Nexis, 2014, p. 459, spéc. pp. 481-482.

794. Sur cette proposition, v. not. G. Raoul-Cormeil, *Aliments et successions*, *op. cit.*

795. Tel serait le cas, par exemple, si la proposition n°16 était également retenue, lorsque le défunt, mort sans descendance, laisse un ascendant privilégié, un ascendant ordinaire (tous deux dans le besoin) et a désigné un légataire universel ou à titre universel. Tel serait encore le cas lorsque le défunt, mort sans descendance, laisse un conjoint survivant, un ascendant privilégié et un ascendant ordinaire (tous deux dans le besoin) : l'ascendant privilégié pourrait revendiquer sa créance en l'absence de descendant du défunt et l'ascendant ordinaire parce que le conjoint recevrait les trois quarts de la succession.

En considération de l'ensemble de ces éléments, l'article 738-2 du code civil pourrait être ainsi rédigé :

« Lorsque le défunt ne laisse pas de postérité, les père et mère ou l'un d'eux s'ils sont dans le besoin bénéficient d'une créance d'aliments contre sa succession.

Les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 758 sont applicables ».

C. Élargir le droit à pension des ascendants ordinaires

353. Il serait par ailleurs souhaitable de combler les lacunes de l'article 758. En l'état, la créance alimentaire n'est attribuée aux ascendants ordinaires dans le besoin qu'à la condition que le conjoint survivant recueille la totalité ou les trois-quarts de la succession. Ils n'ont pas droit à des aliments lorsque la succession est recueillie par un tiers ou un parent éloigné, institué légataire, une telle disposition faisant obstacle à ce que le conjoint reçoive la totalité ou les trois quarts de la succession.

Il est donc proposé d'ouvrir le droit à pension des ascendants ordinaires lorsque la succession est dévolue à un légataire universel ou à titre universel en l'absence de descendant du défunt.

Ouvrir le droit à pension des ascendants ordinaires lorsque la succession est dévolue à un légataire universel ou à titre universel et en l'absence de descendant du *de cuius* (proposition n° 16).

A nouveau, le groupe de travail a jugé préférable de ne pas conférer un caractère subsidiaire à la créance alimentaire des ascendants ordinaires par rapport aux obligations alimentaires de droit commun. Ainsi, lorsque le *de cuius* mort sans postérité a institué un légataire universel et qu'il laisse un grand-parent, ce dernier devrait donc pouvoir invoquer sa créance contre la succession alors même qu'il pourrait s'adresser à d'autres débiteurs (par exemple un descendant) en application du droit commun des obligations alimentaires. Outre qu'il est difficile de prévoir l'ensemble des configurations familiales dans la loi, le groupe de travail a considéré que cette éventuelle articulation supposerait une plus vaste réflexion d'ensemble relative aux obligations alimentaires.

En conséquence, un nouvel alinéa 2 pourrait être ajouté à l'article 758 du code civil ainsi rédigé :

« Lorsque le défunt ne laisse pas de postérité, ces dispositions sont applicables au légataire universel ou à titre universel ».

L'article 738-2, tel que proposé, renvoyant à l'alinéa 2 de l'article 758, ces dispositions seraient aussi applicables aux père et mère dans le besoin. Ils pourraient donc obtenir une créance alimentaire contre la succession lorsque celle-ci, en l'absence de descendant du *de cuius*, est dévolue à un légataire universel ou à titre universel.

D. Articuler la créance alimentaire contre la succession avec l'obligation alimentaire de droit commun

354. La profession notariale a proposé à plusieurs reprises de supprimer l'obligation alimentaire entre alliés de l'article 206 du code civil en cas de dissolution du mariage par décès⁷⁹⁶. A combiner cette idée avec celle de l'élargissement de la créance alimentaire au profit des père et mère, cela aurait pour conséquence que « le beau-parent dans le besoin se trouverait privé, lors de l'exercice de son obligation alimentaire, du bénéfice du patrimoine personnel de son gendre ou de sa belle-fille, ce dernier n'étant alors tenu que comme héritier, dans la limite de ce qu'il reçoit dans la succession ». De plus « le beau-parent perdrait le bénéfice de toute obligation alimentaire en présence d'enfants ou, plus généralement, de descendants communs. Mais il pourrait se consoler en actionnant précisément ses enfants ou petits-enfants sur le fondement de l'article 205 du code civil »⁷⁹⁷.

355. La question du maintien ou de la suppression de l'article 206 du code civil dépasse le cadre de la mission du groupe de travail et relève d'une réflexion à nouveau plus générale relative à l'obligation alimentaire. En toute hypo-

796. Proposition du 95^e Congrès des notaires, Marseille, 1999, *Demain la famille*, 2^e commission ; *Livre blanc des simplifications*, Conseil supérieur du notariat, 2014, Proposition n°14 : Supprimer l'obligation alimentaire des gendres et des belles-filles à l'égard des beaux-parents au décès de l'époux créant l'affinité.

797. C. Goldie-Genicon, L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales, *Def.* 2015, 686. V. aussi du même auteur : L'obligation alimentaire : entre inadéquation et dénaturation, à paraître.

thèse, la consécration de la créance alimentaire des père et mère ici proposée n'oblige pas à modifier l'article 206. Si l'on attribue aux père et mère un tel droit de créance, le père ou la mère dans le besoin pourra agir soit contre la succession de son enfant sur le fondement de l'article 738-2 (proposition n°16), soit contre son allié (belle-fille ou gendre) personnellement au titre de l'article 206. Bien que certains auteurs aient proposé de conférer à la créance alimentaire contre la succession un caractère subsidiaire⁷⁹⁸, il est préférable de laisser au créancier la liberté de se placer sur l'un ou l'autre fondement, dans l'attente d'une éventuelle réforme du droit des aliments qui envisagerait la question dans son ensemble.

798. G. Raoul-Cormeil, *Aliments et successions*, *op. cit.*, pp. 481-482.

CHAPITRE 2 :

Le montant de la réserve héréditaire

§I. De la réserve héréditaire du conjoint survivant

356. Pour les raisons précédemment exposées, le groupe de travail propose de supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant (**proposition n°11**)⁷⁹⁹. A supposer néanmoins cette réserve maintenue, la question se pose de savoir s'il conviendrait de la faire évoluer dans son montant, étant précisé que l'idée de faire du conjoint un réservataire en présence de descendants a déjà été écartée⁸⁰⁰. Seul sera donc examiné ici le montant de la réserve héréditaire du conjoint survivant en l'absence de descendant, lequel est aujourd'hui fixé au quart de la succession⁸⁰¹.

357. Plusieurs propositions ont été évoquées au cours des consultations. Précisons ici qu'une augmentation du montant de la réserve en propriété du conjoint survivant dans le cadre de l'actuel article 914-1 n'a jamais été préconisée, non plus d'ailleurs qu'une diminution de ce montant en-deçà d'un quart : un taux supérieur au quart actuel en propriété porterait une trop forte atteinte à la liberté de disposer de l'époux prémourant ; un taux inférieur à ce quart abaisserait la réserve du conjoint à un montant si ridiculement bas que sa suppression s'imposerait.

358. Une solution consisterait à transformer la nature de la réserve héréditaire du conjoint survivant en passant de droits en propriété (actuellement du quart⁸⁰²) à des **droits en usufruit** permettant la transmission des biens au long cours. Comme l'explique Christophe Vernières lors de son audition, « quoique réservataire de second rang, le conjoint jouit d'une réserve qui me paraît trop importante. Plus précisément, la nature des droits devrait être modifiée. Plutôt que d'octroyer une réserve en propriété, il conviendrait d'attribuer au conjoint une réserve en usufruit. Cela éviterait ainsi que certains patrimoines familiaux soient disloqués du seul fait de la réserve du conjoint. Songeons au *de cujus* qui souhaite que son patrimoine soit conservé au sein de sa famille, particulièrement au profit des frères et soeurs. Le legs aux frères et soeurs de tout ou partie du patrimoine familial se heurtera à la réserve en propriété du conjoint. La conciliation entre ces intérêts divergents (la protection du conjoint, d'un côté ; la protection du patrimoine familial, de l'autre) pourrait passer par l'octroi d'une réserve en usufruit »⁸⁰³. Cette réserve en usufruit pourrait être par ailleurs plus adaptée aux besoins concrets du conjoint survivant et sa possible conversion en rente viagère éviterait de geler les patrimoines⁸⁰⁴. Suivant l'extension qu'on envisagerait de lui donner, cette réserve pourrait porter sur la moitié de la succession ou sur le logement. L'usufruit de toute la succession en revanche emporterait assurément une régression trop importante de la liberté de disposer du défunt au regard du taux actuel de la réserve du conjoint. En toute hypothèse, cette réserve en usufruit demeurerait subsidiaire, en l'absence de descendant seulement, pour les raisons déjà exposées⁸⁰⁵.

359. Une variante consisterait à introduire ici un espace de liberté pour l'époux prémourant sous la forme d'une **réserve héréditaire, toujours subsidiaire, mais variable**. Il s'agirait, comme le suggère Claude Brenner⁸⁰⁶, de permettre au défunt de disposer à son choix soit des trois quarts en pleine propriété – c'est la réserve héréditaire actuelle d'un quart –, soit de la moitié en pleine propriété et de l'autre en nue-propriété – ce qui porterait la réserve héréditaire du conjoint à une moitié en usufruit. Pour être utile, cette évolution vers une réserve en usufruit devrait toutefois s'accompagner en pratique au plan liquidatif d'une **imputation sur les quotités en assiette, et non en valeur**. Le démembrement de la réserve héréditaire du conjoint vise à conserver la totalité de la nue-propriété dans la quotité disponible. Or, cet objectif ne peut être atteint que si l'on impute en assiette ; l'imputation en valeur, par conversion, prive ce démembrement de son intérêt⁸⁰⁷.

360. Considérant que cette possibilité serait de nature à assouplir la réserve héréditaire du conjoint, à supposer celle-ci maintenue, en lui donnant une étendue variable et à l'adapter ainsi à la variété des situations tout en prenant mieux

799. V. *supra* n°312.

800. V. *supra* n°305.

801. C. civ., art. 914-1.

802. C. civ., art. 914-1.

803. Propos oraux non reproduits en annexe.

804. En ce sens, J.-F. Sagaut, propos oraux non reproduits en annexe, Réunion au Conseil supérieur du notariat le 10 juillet 2019.

805. V. *supra* n°305.

806. Propos oraux non reproduits en annexe.

807. Sur la nécessaire imputation en assiette, v. *infra* n°416s.

en compte les besoins concrets du conjoint, il est donc proposé de fixer la réserve héréditaire du conjoint survivant, au choix du disposant, au quart en propriété ou à la moitié en usufruit.

A supposer la réserve héréditaire du conjoint survivant maintenue, la fixer, à l'article 914-1 du code civil, au choix du disposant, au quart en propriété ou à la moitié en usufruit (proposition n° 17).

Le choix entre ces deux branches reviendrait au disposant mais, plutôt que de l'effectuer lui-même, il pourrait le déléguer au gratifié. Les solutions dégagées par la jurisprudence à propos de la quotité disponible spéciale entre époux⁸⁰⁸ auraient ici vocation à s'appliquer. A défaut de manifestation de volonté du défunt, la réserve héréditaire du conjoint serait du quart en propriété.

En conséquence, l'article 914-1 du code civil pourrait être ainsi modifié :

« Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder [soit] les trois quarts des biens [, soit la moitié des biens en pleine propriété et la moitié des biens en nue-propriété si, à défaut de descendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé.

A défaut de manifestation de volonté du défunt, les libéralités ne pourront excéder les trois quarts des biens.]»

§II. De la réserve héréditaire des descendants

I. Considérations générales

361. Le montant de la réserve héréditaire des descendants est fixé à l'article 913, alinéa 1^{er} du code civil. Il apparaît par soustraction à travers la définition positive du taux de la quotité disponible. Selon ce texte, « les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre ».

En conséquence, la réserve héréditaire est actuellement :

- de la moitié de la succession si le défunt laisse un enfant unique ;
- des deux tiers de la succession, s'il laisse deux enfants, chacun recueillant une réserve individuelle d'un tiers ;
- des trois quarts de la succession, s'il laisse trois enfants ou plus, la réserve globale se divisant par tête entre les enfants et la réserve individuelle de chacun dépendant du nombre total d'enfants.

La quotité disponible est au minimum d'un quart de la succession : au-delà de trois enfants, son taux ne varie plus, afin de ne pas priver le parent de nombreux enfants de sa liberté de disposer.

La réserve globale dépend du nombre d'enfants venant à la succession, et non du nombre de descendants du défunt, lequel peut être plus important. Son taux est fixé en fonction du nombre de souches⁸⁰⁹.

362. **Différents taux et plusieurs méthodes ont été pratiqués au cours de l'histoire.** La question a donné lieu à de longues discussions au cours des travaux préparatoires du code civil. Le texte initial proposait de fixer la réserve des enfants ou descendants « aux trois quarts de ce qui leur reviendrait par succession s'il n'y avait pas de donation entre vifs ou testamentaire »⁸¹⁰. Les uns⁸¹¹ ont défendu le système de la coutume de Paris lequel fixait la légitime coutumière à la moitié de la part légale à laquelle l'héritier aurait eu droit en application des règles de la succession *ab intestat*. Les autres étaient favorables à une réserve héréditaire plus étendue⁸¹². La question a notamment été débattue de savoir si le défunt pouvait attribuer la quotité disponible à l'un de ses enfants. L'article 913, faisant varier le *quantum*

808. C. civ., art. 1094-1.

809. Exemple : le défunt laisse quatre petits-enfants issus d'une fille unique prédécédée. La réserve héréditaire est de la moitié (il n'avait eu qu'un enfant) et non pas des trois-quarts.

810. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, éd. 1836, p. 299.

811. Maleville ou Portalis notamment.

812. Tronchet ou Boulay par exemple.

de la réserve en fonction du nombre d'enfants jusqu'au nombre de trois, fut finalement adopté sur la proposition de Cambacérés, « comme une transaction »⁸¹³.

363. **Si le montant de la réserve héréditaire n'a pas été modifié depuis 1804, la loi du 23 juin 2006 n'en a pas moins réformé en profondeur la matière.** On l'a vu, les innovations ont été nombreuses afin d'orienter les successions et les libéralités dans un sens libéral⁸¹⁴. Par ailleurs, la loi du 23 juin 2006 a opéré une rupture relativement au montant de la réserve héréditaire en cas de renonciation d'un enfant à la succession. Par le passé, la jurisprudence considérait que cette **renonciation** n'avait pas d'incidence sur le taux de la réserve : celle-ci devait être calculée en se fondant sur l'état de la famille au jour du décès sans pouvoir être modifiée dans son montant par des événements survenus après cette date⁸¹⁵. Ainsi, en présence de trois enfants dont un renonçant, la réserve restait des trois quarts. Désormais, selon l'article 913 alinéa 2, l'enfant renonçant (ou indigne) ne compte plus en principe dans la détermination du montant de la réserve⁸¹⁶ : **la liberté de disposer du défunt s'en trouve renforcée** puisque la quotité disponible en est possiblement augmentée. Ainsi, en présence de trois enfants dont un renonçant, la réserve est en principe des deux tiers.

364. Faut-il aller plus loin et réformer le montant de la réserve héréditaire des descendants dans le sens de son abaissement ? Le groupe de travail observe que la nécessité dans laquelle notre droit se trouverait de diminuer ce taux pour accroître la liberté de disposer du défunt n'est **guère étayée par des données sociologiques fiables** et relève davantage de l'ordre du discours. Il n'est pas établi que les Français, dans leur ensemble, considèrent la réserve héréditaire actuelle comme entravant excessivement leur liberté de disposer. Les auditions menées par le groupe de travail reflètent en vérité des **opinions contrastées**. Pour les uns, le montant de l'article 913 est satisfaisant⁸¹⁷. Pour d'autres, l'augmentation de la quotité disponible apparaît souvent comme une piste d'évolution rendue nécessaire par les attaques menées contre le principe même de la réserve héréditaire, cette réaction en forme de compromis étant un moyen d'entendre ces critiques sans faire vaciller l'institution. Certains enfin appellent de leurs vœux une diminution du montant de la réserve héréditaire fondée sur l'évolution sociologique et de quelques droits étrangers.

365. En toute hypothèse, s'il peut évoluer, **le montant de la réserve héréditaire doit rester suffisamment élevé pour que l'institution continue à remplir ses fonctions.** Comme le souligne Yvonne Flour lors de son audition, « il faut être attentif à ce que le débat sur le *quantum* de la réserve ne soit pas une façon détournée d'évacuer la question de fond et de supprimer la réserve *de facto*, sans le dire, en faisant en sorte qu'elle devienne purement symbolique »⁸¹⁸. Dans le prolongement de ces observations, Samy Benzina considère que, si le législateur dispose d'une marge de manœuvre dans la fixation du montant de la réserve héréditaire, il ne pourrait sans doute pas réduire très substantiellement son *quantum* au regard des normes constitutionnelles⁸¹⁹.

Sur cette base, le groupe de travail a examiné plusieurs pistes d'évolution.

II. Faire évoluer le *quantum* de la réserve héréditaire

A. Écarter toute idée d'une fixation de la réserve héréditaire en fonction du niveau de fortune

366. Une première méthode, inspirée de certains droits scandinaves⁸²⁰, ferait varier la réserve héréditaire en fonction de la valeur de la succession. Le défunt recouvrerait une entière liberté de disposer lorsque la réserve globale ou la part de réserve individuelle atteindrait un certain montant, fixé en euros dans un texte, vraisemblablement par décret. Une variante consisterait à introduire des paliers successifs ou à prévoir qu'au-delà d'une certaine valeur, la fraction de la quotité disponible serait plus étendue sans atteindre toute la succession. Cette proposition présente à première vue quelques avantages : elle accroît la liberté de disposer de ceux qui ont effectivement les moyens de consentir des libéralités ; elle permet aux parents d'encourager leurs enfants à faire fortune par eux-mêmes en ne leur transmettant qu'un montant réduit de leurs biens ; elle favorise enfin les projets philanthropiques des plus fortunés.

813. G. Boissonade, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, éd. Guillaumin, 1873, n°592, p. 566.

814. V. *supra* n°224s.

815. Cass. civ., 18 fév. 1818, *Laroque de Mons*, Dalloz, JG, v° Succession, n°1028 ; 13 août 1866, *Dufeu*, GAJC, n°138.

816. Ce principe est cependant écarté lorsque l'enfant renonçant est représenté ou lorsqu'il a reçu une donation qui l'oblige au rapport en cas de renonciation en application de l'article 845 (C. civ., art. 912, al. 2).

817. En ce sens, v. par exemple la contribution d'Yvonne Flour, reproduite annexe : « Le montant de la réserve. On peut en effet y réfléchir. Pour ma part, j'ai déjà dit en commençant que l'équilibre entre liberté et contrainte tel que l'a agencé le Code civil me paraît plutôt bien pensé et je ne vois pas de raison convaincante d'y toucher ».

818. V. contribution reproduire en annexe.

819. V. contribution reproduire en annexe, n°47.

820. Norvège et Danemark.

367. Le groupe de travail, à l'unanimité de ses membres, considère toutefois que **cette méthode ne doit pas être adoptée**. Elle se heurte à divers obstacles et soulève de sérieuses objections de principe.

La fixation d'un seuil de fortune à partir duquel la liberté de disposer devrait être absolue ou plus grande est une entreprise très délicate, pour ne pas dire arbitraire. Sans doute pourrait-on chercher à s'inspirer du droit fiscal, coutumier de seuils chiffrés destinés à prendre en compte le niveau de richesses ; néanmoins, s'agissant ici non de fixer un impôt mais d'apprécier la mesure de la liberté de disposer de ses biens à titre gratuit, il est exclu de raisonner en transposant des grilles d'analyse qui seraient inadaptées. Qui peut dire, et selon quels critères, quel est le juste montant en argent dont un parent ne peut priver son enfant à sa mort ? La question, on en conviendra, est très difficile alors qu'elle met directement en jeu l'aptitude de la réserve à remplir son rôle.

De plus, toute fixation d'une réserve héréditaire en euros dans un texte conduirait par définition soit à introduire un mécanisme de réévaluation automatique – qui resterait à définir –, soit à figer ce montant, dans l'attente d'une nouvelle et hypothétique intervention législative ou réglementaire. Il y aurait là un **risque sérieux** de voir la réserve héréditaire elle-même progressivement diminuée sous l'effet de l'érosion monétaire et du recul du pouvoir d'achat. Au bout de quelques années, la réserve héréditaire risquerait de n'être plus que l'ombre d'elle-même et d'avoir dérivé progressivement vers un mécanisme alimentaire. Il n'y aurait plus qu'à l'abroger et à la remplacer par une créance d'aliments à partir de la considération de ce qu'elle serait en fait déjà devenue.

Par ailleurs, **cette méthode remettrait en cause la fonction égalisatrice de la réserve héréditaire**⁸²¹. Au sein de la fratrie, chaque enfant recevrait certes une valeur monétaire minimale mais, s'agissant par hypothèse de successions importantes, un enfant pourrait recueillir seul des biens d'un montant sans commune mesure avec ceux que recevraient ses frères et sœurs : au-delà du seuil chiffré fixé par la loi, le défunt serait libre de disposer de ses biens, y compris donc au profit de l'un de ses enfants. Les parents les plus riches pourraient à nouveau « faire un aîné ».

368. Cette idée se heurterait en vérité à un **obstacle de principe : la loi civile doit être la même pour tous les citoyens quel que soit le montant de leurs richesses**. Supprimer la réserve héréditaire des descendants au-delà d'un certain niveau de patrimoine du défunt reviendrait à créer un **privilège de fortune**. Politiquement, une telle mesure serait délicate. La liberté de disposer, composante de la propriété privée, serait à dimension variable et le droit des successions à deux vitesses : **les plus fortunés jouiraient d'une liberté dont les autres seraient privés**. A ceux qui répliqueraient que les moins riches n'ont de toutes les façons pas les moyens de se montrer vraiment libéral, on répondra, avec Jean Carbonnier, que « c'est, en tout cas, une loi – ou presque – de psychologie sociale que l'attachement à la propriété n'est pas proportionnel à la dimension de celle-ci, qu'il est aussi intense, sinon plus, sur une petite propriété que sur une grande. Ce n'est pas une raison pour le tourner en ridicule »⁸²².

Au demeurant, l'on pourrait s'interroger sur la constitutionnalité et la conventionnalité de la loi qui ferait varier l'étendue de la liberté de disposer en fonction d'un certain montant de richesses au regard du principe de l'égalité devant la loi, étant précisé ici que c'est aussi bien l'égalité entre les disposants que l'égalité entre les bénéficiaires de libéralités qui pourraient être mises en cause. Au cours des consultations, le groupe de travail a recueilli sur ce point des avis divergents, les uns considérant que le législateur pourrait valablement fonder une telle différence de traitement sur un motif d'intérêt général⁸²³ ; les autres étant plus dubitatifs⁸²⁴.

Pour l'ensemble de ces raisons, il est proposé d'écarter toute idée qui consisterait à faire dépendre le montant de la réserve héréditaire du niveau de fortune.

Écarter toute idée qui consisterait à faire dépendre le montant de la réserve héréditaire du niveau de fortune (proposition n° 18)

821. Sur laquelle, v. *supra* n°146s.

822. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, PUF, Thémis, 19^e éd., 2000, n°71, p. 137.

823. V. S. Benzina, contribution reproduite en annexe, n°124s.

824. V. J. Boisson, contribution reproduite en annexe.

B. Augmenter le taux de la quotité disponible

369. Si le législateur envisageait d'augmenter la quotité disponible en présence de descendants, plusieurs solutions s'offriraient à lui. On présentera ici les principales alternatives à l'actuel montant retenu par l'article 913 du code civil. D'autres voies ont été récemment envisagées⁸²⁵. Existe-t-il un **taux idéal** ? Il est permis d'en **douter**. Retenir une réserve globale étendue nuit à la liberté de disposer du propriétaire ; octroyer plus de liberté aggrave le risque d'une remise en cause de l'égalité minimale entre les descendants et réduit l'intérêt de la réserve individuelle pour chacun d'entre eux. Il convient dès lors de rechercher une **voie médiane** : veiller, si telle devait être la volonté du législateur, à un accroissement de la quotité disponible, sans altérer, l'essence de la réserve héréditaire et lui conserver par conséquent le niveau nécessaire pour lui permettre de continuer à remplir les fonctions dont on a déjà dit toute l'importance.

1. Retenir une réserve globale fixe quel que soit le nombre d'enfants

370. Une première solution serait de retenir une réserve globale fixe quel que soit le nombre d'enfants. L'*Offre de loi* avait écarté cette méthode expliquant que la difficulté réside dans « le choix du taux idéal » « bien qu'il n'y eût en vérité qu'une alternative sérieuse »⁸²⁶ : fixer la quotité disponible à une moitié ou à un tiers et, réciproquement, la réserve héréditaire à une moitié ou aux deux tiers.

371. Dans le cadre d'une réflexion visant à faciliter la constitution de fondations actionnaires majoritaires, l'Inspection générale des finances a cependant proposé plus récemment un montant beaucoup plus faible suggérant de « plafonner à 30% des biens du disposant le montant de la réserve héréditaire », ce qui porterait la quotité disponible à 70%⁸²⁷. Disons-le clairement : un montant aussi faible reviendrait en fait à supprimer la réserve héréditaire car, à un tel niveau, celle-ci ne serait plus en mesure de remplir ses fonctions. C'est ce qu'observe Yvonne Flour lors de son audition : « je crois avoir lu une proposition de la réduire à une fraction forfaitaire de 30%⁸²⁸. Mais une telle réserve ne servirait plus à rien. Autant dire qu'elle n'existe plus »⁸²⁹.

372. Dès 1998, un rapport préconisait l'**instauration d'une réserve fixe de moitié**. Il était indiqué que cette mesure « serait plus conforme à la reconnaissance du rôle de la volonté individuelle, à la diversité des familles contemporaines et ménagerait les intérêts de chacun »⁸³⁰. C'est aussi la proposition faite par le 110^e Congrès des notaires de France en 2014, comme l'ont rappelé devant le groupe de travail Jean Gasté et Xavier Ricard, notaires et membres du 110^e Congrès⁸³¹. C'est encore la solution désormais retenue en Belgique⁸³². Cette méthode a ses **avantages** : claire et pédagogique, elle réalise un bel équilibre théorique entre la liberté de disposer et la réserve héréditaire⁸³³ tout en renforçant substantiellement la liberté de disposer toutes les fois que le défunt laisse deux enfants ou plus⁸³⁴.

Exemple (droit positif) :

Le défunt laisse deux enfants (E1 et E2) et a institué un légataire universel. En application de l'article 913, la quotité disponible est d'1/3 et la réserve globale des 2/3 (soit 67% de la masse), laquelle se partage par tête entre E1 et E2. Au final, E1 et E2 recueillent chacun 1/3 de réserve individuelle et le légataire universel 1/3 au titre de la quotité disponible.

Même exemple, avec une réserve globale fixe de moitié quel que soit le nombre d'enfants : E1 et E2 recueillent chacun 1/4 de réserve individuelle et le légataire universel 1/2 au titre de la quotité disponible.

825. V. par ex. : Proposition de loi visant à adapter la fiscalité de la succession et de la donation aux enjeux démographiques, sociétaux et économiques du XXI^e siècle enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 septembre 2019, art. 3. Selon cette proposition, la réserve héréditaire serait abaissée à un tiers en présence d'un enfant, à la moitié en présence de deux enfants et à deux tiers en présence de trois enfants ou plus.

826. J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, préf. J. Carbonnier, Defrénois, 2003, p. 119.

827. A. Jevakhoff et D. Cavailloles, *Le rôle économique des fondations*, IGF, avril 2017, 4.5.3 : « ainsi, jusqu'à l'atteinte de ce montant, les biens du disposant seraient transmis selon les règles actuellement en vigueur. Au-delà, l'affectation serait libre, sans privilège particulier pour les héritiers ».

828. Il est fait référence ici à l'étude de A. Jevakhoff et D. Cavailloles, *Le rôle économique des fondations*, Inspection générale des finances, avril 2017, 4.5.3, p. 41.

829. Contribution reproduite en annexe.

830. I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la Ministre de l'emploi et de la solidarité et au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, éd. Odile Jacob, 1998, p. 235.

831. V. contribution reproduite en annexe.

832. L. 31 juillet 2017 modifiant le code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière. Sur le droit belge, v. la contribution reproduite en annexe de F. Tainmont qui souligne que cette mesure « est loin d'avoir fait l'unanimité au sein des experts consultés par le Ministre de la Justice. Plusieurs amendements ont également été déposés au cours des travaux préparatoires pour en revenir à la quotité disponible telle qu'elle avait été fixée en 1804 ».

833. Raison pour laquelle cette solution avait été envisagée à l'occasion de la rédaction du code civil par certains participants à la discussion sur l'article 913.

834. V. en ce sens, le tableau figurant dans la contribution reproduite en annexe de Jean Gasté et Xavier Ricard.

En revanche, la liberté de disposer reste identique à celle qu'elle est aujourd'hui en présence d'un enfant unique.

373. Cette méthode n'en présente pas moins des **inconvenients**. Premièrement, plus la fratrie est nombreuse et plus la part de réserve individuelle est réduite. Ainsi en présence de quatre enfants, si la réserve globale est fixée à $1/2$, la part de réserve individuelle n'est plus que $1/8$ par enfant, soit 13% de la masse contre 19% actuellement. Or, si le nombre d'enfants par femme a tendance à baisser depuis quelques années et s'établit à 1,87 enfant par femme⁸³⁵, la France est le pays de l'Union européenne dans lequel le taux de fécondité est la plus élevé. De plus, les **familles nombreuses** restent une donnée sociologique importante car il faut aussi prendre en compte le nombre d'enfants par homme, spécialement dans les familles recomposées. Comme le relève Yvonne Flour, « on dit parfois qu'il n'y a plus de familles nombreuses, ce qui permettrait de modifier sans dommage le taux respectif de la réserve et de la quotité disponible. Je crois que c'est aller un peu trop vite en besogne, parce qu'il faut tenir compte des remariages, ou des nouvelles unions. Par exemple, un homme qui a été marié plusieurs fois, ou qui a eu plusieurs unions successives, peut laisser quatre ou cinq enfants pour lui succéder. Dans un tel contexte, vouloir abaisser de façon sensible le taux de la réserve serait la priver de sa fonction protectrice »⁸³⁶.

Exemple (droit positif) :

Le défunt laisse trois enfants (E1, E2, E3) et a institué un légataire universel. La réserve globale est des $3/4$ que se partagent E1, E2 et E3 ce qui porte leur réserve individuelle à $1/4$ chacun. Le légataire universel recueille $1/4$ au titre de la quotité disponible.

Même exemple, avec une réserve globale fixe de moitié quel que soit le nombre d'enfants : E1, E2 et E3 ne recueillent chacun qu'un $1/6$ de réserve individuelle et le légataire universel $3/6$ au titre de la quotité disponible.

374. Deuxièmement, **cette méthode aggrave les possibles inégalités au sein des fratries**. La réserve héréditaire remplit moins bien son rôle d'égalisation entre frères et sœurs toutes les fois que la quotité disponible est attribuée à l'un des enfants pour l'avantager.

Exemple 1 (droit positif) :

Le défunt laisse deux enfants (E1 et E2) et a institué l'un d'entre eux (E2) légataire universel. E1 recueille $1/3$ au titre de sa réserve individuelle. E2 recueille $2/3$ ($1/3$ au titre de sa réserve individuelle et $1/3$ au titre de la quotité disponible), soit **67%** de la masse.

Même exemple, avec une réserve globale fixe de moitié quel que soit le nombre d'enfants. E1 recueille $1/4$ au titre de sa réserve individuelle. E2 recueille $1/4$ de réserve individuelle + $1/2$ de quotité disponible, soit $3/4$, ce qui représente **75%** de la masse.

Plus le nombre d'enfants augmente, et plus l'écart s'accroît entre les enfants.

Exemple 2 (droit positif) :

Le défunt laisse trois enfants (E1, E2, E3) et institue l'un d'eux (E3) légataire universel. E1 et E2 recueillent chacun $1/4$ au titre de leur réserve individuelle. E3 recueille $1/4$ de réserve individuelle + $1/4$ de quotité disponible, soit $1/2$, ce qui représente **50%** de la masse.

Même exemple, avec une réserve globale fixe de moitié quel que soit le nombre d'enfants. E1 et E2 recueillent chacun $1/6$ au titre de leur réserve individuelle. E3 recueille $1/6$ de réserve individuelle + $1/2$ (soit $3/6$) de quotité disponible, soit un total de $4/6$, ce qui représente **67%** de la masse. L'enfant avantagé reçoit quatre fois plus que les deux autres, au lieu de deux fois plus aujourd'hui.

375. Aussi l'introduction de cette méthode ne fait-elle pas l'unanimité en **Belgique** où elle a consacré par le législateur en 2017. Jean-Louis Renchon observe ainsi qu'« un père ou une mère reçoit du législateur, avec une quotité disponible étendue à $1/2$ dans sa succession, la possibilité de déséquilibrer complètement ce qu'il attribue à un de ses enfants par rapport à ses autres enfants ou à son conjoint survivant par rapport à ses enfants »⁸³⁷, notamment dans les familles recomposées, au détriment d'enfants nés de précédentes unions. Par exemple, « un père qui a quatre

835. Bilan démographique 2018, *Insee première*, 15 janv. 2019, n°1730.

836. V. contribution reproduite en annexe.

837. J.-L. Renchon, Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions, in P. Moreau (dir.), *La réforme du droit des successions*, Actes du XV^e colloque de l'Association « Famille & Droit », Liège, 20 avril 2018, Larcier, 2019, p. 6s, spéc. n°29, p. 23.

enfants pourra désormais attribuer $\frac{5}{8}$ à l'un, les trois autres ne pouvant plus recueillir chacun que $\frac{1}{8}$, c'est-à-dire cinq fois plus à l'un qu'aux trois autres (au lieu de 2,33 fois plus à l'heure actuelle) »⁸³⁸. Cet auteur y voit un moyen de faire prospérer des discriminations qui ne seraient « aucunement honorables et qui ne pourraient en tout cas pas être objectivement justifiées et acceptées dans une société démocratique »⁸³⁹. Un recours en annulation a d'ailleurs été introduit par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone contre l'article 46 de la loi du 31 juillet 2017 qui a modifié l'article 913 du Code civil. La Cour constitutionnelle belge l'a rejeté mais sans se prononcer sur le fond⁸⁴⁰.

2. Définir une réserve individuelle à partir des parts héréditaires

376. Une variante de la méthode qui vient d'être exposée consiste à définir la réserve héréditaire à partir d'une fraction de la part individuelle *ab intestat*. A raisonner à partir d'une fraction de moitié, ce système n'est pas inédit. C'est celui que pratiquait la coutume de Paris⁸⁴¹ réformée en 1580, inspirée à cet égard par la coutume de Berry : la légitime⁸⁴² y était en effet de la moitié de ce que les enfants auraient eu *ab intestat*⁸⁴³. La méthode est pratiquée aujourd'hui dans certains pays européens, notamment en Allemagne⁸⁴⁴ ou en Autriche⁸⁴⁵.

377. Ce système conduit aux mêmes résultats comptables qu'une réserve globale fixe de moitié.

Exemple 1 :

Le défunt laisse deux enfants (E1 et E2) et a institué un légataire universel. En l'absence de légataire, E1 et E2 auraient recueilli chacun la moitié de la succession. Leur réserve individuelle est donc d' $\frac{1}{4}$. Le légataire universel recueille $\frac{1}{2}$. Si c'est l'un des enfants (E2) qui est institué légataire universel, il recueille $\frac{1}{4}$ de réserve individuelle + $\frac{1}{2}$ de quotité disponible, soit $\frac{3}{4}$ de la masse (75%) contre un total actuel de $\frac{2}{3}$ (67%) de la masse en droit positif.

Exemple 2 :

Le défunt laisse trois enfants (E1, E2 et E3) et a institué un légataire universel. En l'absence de légataire, E1, E2 et E3 auraient recueilli chacun le tiers de la succession. Leur réserve individuelle est donc d' $\frac{1}{6}$. Le légataire universel recueille $\frac{3}{6}$. Si c'est l'un des enfants (E3) qui est institué légataire universel, il recueille $\frac{1}{6}$ de réserve individuelle + $\frac{3}{6}$ de quotité disponible, soit $\frac{4}{6}$ (67%) de la masse, contre un total actuel de $\frac{1}{2}$ (50%) de la masse en droit positif.

Exemple 3 :

Le défunt laisse quatre enfants (E1, E2, E3 et E4) et a institué un légataire universel. En l'absence de légataire, E1, E2, E3 et E4 auraient recueilli chacun le quart de la succession. Leur réserve individuelle est donc d' $\frac{1}{8}$. Le légataire universel recueille $\frac{4}{8}$. Si c'est l'un des enfants (E4) qui est institué légataire universel, il recueille $\frac{1}{8}$ de réserve individuelle + $\frac{4}{8}$ de quotité disponible, soit un $\frac{5}{8}$ (63%) de la masse, contre un total actuel de $\frac{1}{2}$ (50%) de la masse.

378. Cette méthode présente donc les **mêmes inconvénients** que la précédente. A cela s'ajoute qu'elle **sous-estime la dimension collective** de la réserve héréditaire dans notre droit. En effet, la réserve n'est pas attribuée privativement à chaque réservataire mais globalement à tous comme mode de protection de la famille. Elle a certes une fonction individuelle mais celle-ci découle de son caractère collectif, à travers la répartition de la réserve globale par parts égales entre les héritiers réservataires⁸⁴⁶.

838. J.-L. Renchon, Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions, *op. cit.*, n°30, p. 24.

839. J.-L. Renchon, Regard d'ensemble sur la réforme du droit des successions, *op. cit.*, n°31, p. 25.

840. Cour const. belge, 17 oct. 2019, n°137/2019. Comme l'explique Fabienne Tainmont (v. contribution reproduite en annexe), la Cour a jugé le recours irrecevable, considérant que l'Ordre des barreaux francophones et germanophone ne justifiait pas de l'intérêt requis pour demander l'annulation de l'article 46 de la loi (C. civ., art. 913).

841. Art. 298 : « La légitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eust eu en la succession desdits pere et mere, ayeul ou ayeul, ou autres ascendans, si lesdits pere et mere ou autres ascendans, n'eussent donné par donation entre vifs, ou dernière volonté. Sur le tout desdits les debtes et frais funéraires ».

842. Dont on rappellera qu'elle venait compléter la réserve coutumière, v. *supra* n°23s.

843. Sur ces aspects historiques, v. M. Peguera-Poch, contribution reproduite en annexe. Et, du même auteur : *Aux origines de la réserve héréditaire du code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e – XVIII^e s.)*, préf. A. Lefebvre-Teillard, PUAM, 2009, Chap. I, spéc. n°60 et s.

844. V. A. Rôthel, contribution reproduite en annexe.

845. ABGB, §759.

846. M.-C. Catala de Roton, *Les successions entre époux*, Economica, 1990, n°317.

3. Limiter à deux branches le montant de la réserve héréditaire

379. Le groupe réuni autour de Jean Carbonnier, dans l'*Offre de loi*, avait proposé de « conserver la méthode adoptée par les rédacteurs du code civil », faisant varier le montant de la réserve en fonction du nombre d'enfants, tout en limitant à deux branches au lieu de trois actuellement le montant de la réserve des descendants. **La réserve héréditaire serait ainsi de la moitié de la succession en présence d'un enfant et des deux tiers en présence de deux enfants ou plus**⁸⁴⁷.

380. Ce choix présente l'avantage de **renforcer la liberté de disposer** en supprimant la réserve héréditaire des trois quarts, si elle devait être considérée comme trop attentatoire à la liberté de disposer. La quotité disponible serait donc toujours au minimum égale au tiers de la succession, quel que soit le nombre d'enfants. Ainsi augmentée, elle pourrait classiquement être attribuée, le cas échéant, à un enfant, au conjoint survivant ou à un organisme philanthropique. Par ailleurs, contrairement à la méthode d'une réserve fixe de moitié, elle **préserve davantage des risques d'inégalité entre les enfants au sein des fratries**. De manière générale, elle permet à la réserve héréditaire de continuer à remplir ses fonctions tout en élargissant la liberté de disposer.

Exemple :

Le défunt laisse trois enfants (E1, E2, E3) et a institué un légataire universel. La réserve globale (2/3) se divise entre les trois enfants qui recueillent chacun 2/9 de réserve individuelle. Le légataire universel recueille 3/9 au titre de la quotité disponible. Si c'est l'un des enfants (E3) qui est institué légataire universel, il recueille 2/9 de réserve individuelle + 3/9 de quotité disponible, soit un total de 5/9 (56%) de la masse, contre 50% en droit positif et contre 67% à supposer retenue une réserve globale fixe de moitié.

381. Cette méthode apparaît en définitive équilibrée. Il est donc proposé de limiter à deux branches le montant de la réserve héréditaire de manière à ce qu'elle soit de la moitié de la succession en présence d'un enfant et des deux tiers en présence de deux enfants ou plus.

Envisager l'éventualité d'une limitation à deux branches du montant de la réserve héréditaire de manière à ce qu'elle soit de la moitié de la succession en présence d'un enfant et des deux tiers en présence de deux enfants ou plus (proposition n° 19).

En conséquence, l'article 913, alinéa 1^{er} du code civil pourrait être rédigé en ces termes :

« Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant l, *le tiers s'il en laisse deux ou un plus grand nombre* »⁸⁴⁸.

III. Élargir la quotité disponible spéciale entre époux ?

382. A côté de la quotité disponible ordinaire, dont le défunt peut gratifier toute personne, existe une quotité disponible spéciale dont le défunt peut disposer en faveur de son seul conjoint. C'est là, semble-t-il, une singularité du droit français et une expression de la forte faveur dont bénéficie le conjoint survivant. Celui-ci peut « toujours recevoir autant qu'un étranger, et souvent bien plus »⁸⁴⁹.

383. La quotité disponible spéciale n'a de sens qu'en présence de descendants : en l'absence d'héritier réservataire, le défunt peut disposer de l'ensemble de ses biens au profit de son conjoint. Elle est actuellement fixée à l'article

847. J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi, op. cit.*, art. 1084. De ce caractère collectif de la réserve, on trouve l'expression dans la définition de la réserve héréditaire à l'article 912, qui l'envisage comme étant la succession diminuée de la quotité disponible, ou encore à travers la fixation par la loi de la quotité disponible (articles 913 ; 914-1), d'où l'on déduit la réserve globale.

848. J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi, op. cit.*, art. 1084.

849. M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n°327, p. 248.

1094-1 du code civil sous la forme de trois branches. En présence de descendants, la quotité disponible spéciale entre époux est égale : soit au disponible ordinaire, soit à un quart en propriété et aux trois autres quarts en usufruit, soit à la totalité en usufruit.

384. L'existence de deux quotités disponibles – l'une ordinaire, l'autre spéciale – soulève la question de leur **combinaison** lorsque le défunt a gratifié à la fois son conjoint et une autre personne. Elle est techniquement difficile et complique la tâche des notaires dans leur travail liquidatif. Elle a donné lieu à un arrêt remarqué de la Cour de cassation⁸⁵⁰ dont l'analyse doctrinale⁸⁵¹ a conduit à renouveler la question du concours des quotités disponibles. En résulte aujourd'hui en substance qu'un époux peut disposer au maximum du disponible ordinaire majoré de l'usufruit de la réserve. Cela revient à admettre un cumul partiel des deux quotités disponibles à hauteur de : ½ en pleine propriété et ½ en usufruit en présence d'un enfant ; 1/3 en pleine propriété et 2/3 en usufruit en présence de deux enfants ; ¼ en pleine propriété et ¾ en usufruit, en présence de trois enfants ou plus⁸⁵².

Exemple :

Un époux, qui laisse quatre enfants, fait donation à son conjoint de l'usufruit de sa succession et lègue à l'un de ses petits-enfants la quotité disponible, soit ¼ en nue-propriété.

385. Faut-il aller plus loin dans la faveur déjà faite au conjoint survivant ? La question a **divisé** le groupe de travail.

386. **Pour les uns, le cumul des deux disponibles admis par la jurisprudence, dans l'hypothèse où le défunt gratifie à la fois son conjoint et une autre personne, devrait être reconnu au profit du conjoint.** L'époux prémourant pourrait donc gratifier son conjoint de la quotité disponible ordinaire de l'article 913 et de l'usufruit de la réserve des descendants. Si l'on coordonne cette proposition avec celle recommandée par le groupe de travail au titre de l'élargissement de la quotité disponible ordinaire (**proposition n°19**)⁸⁵³, cela reviendrait à permettre au défunt de disposer au profit de son conjoint :

-de la moitié de la succession en pleine propriété et de la moitié en usufruit en présence d'un enfant, la réserve de l'enfant se trouvant ramenée à une moitié de la succession en nue-propriété ;

-du tiers de la succession en pleine propriété et des deux-tiers en usufruit en présence de deux enfants ou plus, la réserve des enfants se trouvant ramenée aux deux tiers de la succession en nue-propriété.

387. C'était là la proposition faite par l'*Offre de loi*. Le groupe réuni autour de Jean Carbonnier avait en effet proposé d'abroger l'actuel article 1094-1 et de le remplacer par un autre texte, ainsi rédigé en son alinéa 1^{er} : « Pour le cas où le défunt laisserait des enfants ou descendants, il pourra disposer en faveur de son conjoint, de toute la propriété dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la portion réservée aux enfants par l'article [913] »⁸⁵⁴. Comme l'expliquaient les auteurs de ce texte, celui-ci « simplifie le concours des quotités disponibles tout en accroissant les pouvoirs du disposant. De ce pouvoir, il lui appartiendra de faire un bon usage avec les conseils du Notariat », la flexibilité des libéralités, renouvelée par les dernières réformes, permettant de « raisonner dans la perspective du double décès et d'organiser, dans des familles extrêmement diverses, à la fois la sécurité du survivant et une transmission cohérente des patrimoines aux générations subséquentes »⁸⁵⁵.

Une partie des membres du groupe de travail adhère à cette proposition, considérant qu'elle permettrait de renforcer opportunément la liberté de disposer au profit du conjoint et de simplifier la pratique notariale en la débarrassant de la complexe combinaison des quotités disponibles.

388. **D'autres, en revanche, la désapprouvent, considérant que la quotité disponible spéciale de l'article 1094-1 permet déjà d'avantager beaucoup le conjoint survivant et qu'elle peut être maintenue dans ses trois branches**

850. Cass. civ. 1^{re}, 26 avril 1984, *Dreuil*, n°83-11839, *Bull. civ.*, I, n°140 ; *GAJC*, n°141 et les références citées ; 20 fév. 1996, n°93-17115, *JCP* 1996, I, 3968, n°9 obs. R. Le Guidec, *RTD civ.* 1996, 452 obs. J. Patarin ; 12 mai 2010, n°09-11133, *Dr. fam.* 2011, comm. 331 B. Beignier ; *Def.* 2011, 729 obs. B. Vareille.

851. M. Grimaldi, La combinaison de la quotité disponible ordinaire et de la quotité disponible spéciale entre époux : revirement de jurisprudence (après Cass. civ. 1^{re}, 26 avril 1984), *Def.* 1985, 881.

852. M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n°349, p. 266.

853. V. *supra* n°381.

854. J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi, op. cit.*, art. 1086. L'Offre de loi proposait d'ajouter deux alinéas à ce texte :

« Le défunt pourra laisser à son conjoint le choix entre plusieurs dispositions prévues en sa faveur, à titre particulier ou universel, en propriété ou en usufruit. Il pourra aussi déclarer dans la libéralité, ou dans un acte ultérieur, que les dispositions prises en faveur du conjoint se substituent à ses droits légaux, y compris le droit au logement si cette déclaration est faite dans les formes de l'article 971 ou d'une donation de biens à venir ».

855. J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint Affrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi, op. cit.*, p. 123.

actuelles indépendamment de l'élargissement de la quotité disponible ordinaire. Accroître cette liberté porterait une atteinte trop conséquente à la réserve héréditaire des descendants, compte tenu de la possible fréquence de ces dispositions. Ils observent que la législation récente permet au conjoint survivant de bénéficier d'un statut patrimonial d'ensemble très favorable et qu'il serait dangereux de déséquilibrer davantage le droit des successions au détriment des descendants. Ils soulignent que la proposition du groupe de travail d'augmenter la quotité disponible ordinaire (**proposition n°19**) accroît déjà la liberté de disposer de l'époux prémourant au profit de son conjoint, en faisant passer la quotité dont il peut le gratifier en propriété d'un quart à un tiers en présence de trois enfants et plus. A cela s'ajoute, estiment-ils, que l'*Offre de loi* n'avait pas remis en cause la réduction en nature des libéralités excessives alors que la généralisation de la réduction en valeur opérée depuis par la loi du 23 juin 2006 a modifié la situation de l'héritier réservataire face au légataire universel dans un sens favorable à celui-ci⁸⁵⁶. En outre, cette proposition irait à contre-courant de l'évolution contemporaine, conduisant parfois certains à remettre en cause le principe même d'une quotité disponible spéciale entre époux dont les conditions juridiques et sociologiques ne seraient plus aujourd'hui réunies : renforcement des droits légaux du conjoint survivant ; fragilisation du mariage ; recompositions familiales⁸⁵⁷. Enfin, ils estiment que cette proposition, si elle devait finalement être associée par le législateur à un montant encore plus élevé de la quotité disponible ordinaire, menacerait très directement la réserve héréditaire des descendants.

389. Pour finir, certains membres du groupe de travail estiment que **la question se pose différemment selon que le défunt ne laisse que des enfants communs ou qu'il existe des enfants nés d'une précédente union**. Dans le premier cas, la quotité disponible spéciale entre époux « peut être vue avec une relative indifférence » car les enfants communs « qui sont héritiers des deux époux peuvent espérer récupérer dans la succession du gratifié les biens donnés ou légués » ; dans le second, elle inspire la « défiance » car les enfants non communs « perdent définitivement [les biens] dont leur auteur gratifie son conjoint »⁸⁵⁸ et « la réserve qui leur est reconnue peut alors apparaître comme un leurre »⁸⁵⁹. La conséquence en est qu'aujourd'hui déjà, la réserve héréditaire des enfants non communs se trouve affaiblie lorsque le conjoint survivant est gratifié, spécialement par une libéralité de l'usufruit de toute la succession⁸⁶⁰, surtout s'il est à peine plus âgé, voire s'il est plus jeune, que les enfants de l'époux prédécédé. Par le passé, le législateur avait tenu compte de ces différences de situation⁸⁶¹ en restreignant la liberté de disposer en présence d'enfants non communs mais cette limite a disparu⁸⁶². La loi de 2006 ouvre des voies – conversion de l'usufruit en capital ou en rente viagère, cantonnement – « mais ces arrangements sont toujours subordonnés au bon vouloir du conjoint gratifié »⁸⁶³. Aussi le groupe de travail a-t-il réfléchi aux moyens susceptibles d'assurer à la fois l'élargissement de la quotité disponible spéciale entre époux et la nécessaire **protection des enfants non communs** réservataires⁸⁶⁴. Le groupe de travail a cependant **renoncé** à cette solution, une mesure faisant varier la liberté de disposer du défunt envers son conjoint en fonction de l'existence ou non d'enfants non communs pouvant être difficile à défendre.

390. **Aucune position majoritaire ne s'étant finalement dégagée, le groupe de travail ne peut formuler de proposition commune concernant l'évolution souhaitable de la quotité disponible spéciale entre époux.**

856. V. *infra* n°424s.

857. En ce sens, v. : A.-L. Nachbaum-Schneider, La réserve : une institution à conserver, *RLDC*, n°174, 1^{er} oct 2019.

858. M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n°377, p. 248.

859. R. Le Guidec, Propos conclusifs : l'opportunité de la réserve, *Def.* 2019, n°46, 58.

860. La libéralité vient alors restaurer une vocation en usufruit que l'article 757 ferme au conjoint survivant au titre de ses droits *ab intestat*. V. sur cet aspect, la contribution de Raymond Le Guidec reproduite en annexe.

861. En présence d'enfants non communs, le conjoint survivant ne pouvait pas être gratifié du disponible ordinaire. Il ne pouvait atteindre le quart en propriété que dans la limite de la part de l'enfant le moins prenant, sans connaître d'extension en usufruit au-delà.

862. L. 11 juill. 1963.

863. R. Le Guidec, Propos conclusifs : l'opportunité de la réserve, *op. cit.*

864. A cette fin, a été explorée la possibilité de rétablir, à la demande de ces derniers, la réduction en nature des libéralités conjugales dépassant la quotité disponible spéciale. La réduction en valeur est en effet peu favorable aux enfants du défunt en présence d'une libéralité en propriété dépassant la quotité disponible ordinaire. Seul l'empiètement sur la nue-propriété de la réserve est alors indemnisé et, faute pour le réservataire de pouvoir invoquer une prérogative en nature (un droit de nue-propriété), il ne bénéficie plus de la consolidation au décès de l'usufruitier. La réduction en nature concernerait le cas échéant tous les héritiers réservataires, pourvu que l'un d'eux l'ait demandé. La protection consisterait en ce qu'au décès du conjoint survivant, la pleine propriété se reconstituerait sur leur tête. **Exemple n°1** (réduction en valeur) : Le défunt laisse un conjoint successible (âgé de 68 ans) et trois enfants d'un premier lit E1, E2 et E3. Il lègue à son conjoint un immeuble qui représente, en valeur, la moitié de sa succession. Ce legs s'impute sur 1/3 en propriété (la quotité disponible ordinaire élargie proposée par le groupe de travail) et sur un 1/6 en usufruit (pris sur la réserve). Il n'est réductible qu'en nue-propriété, pour 1/6. Or, le conjoint survivant décide de conserver l'immeuble légué et d'indemniser les réservataires. La masse de calcul de l'article 922 est évaluée à 600 et l'immeuble à 300. La réserve globale de 2/3 vaut 400 et la QDO de 1/3 est de 200. Mais le conjoint peut aussi prendre l'usufruit de la réserve, soit une assiette usufruit de 400. En l'espèce, il n'a besoin que de 100. La réserve globale sera donc indemnisée de 60/100 pris sur la réserve x 60% suivant le barème fiscal) pour la nue-propriété. Les enfants ont définitivement perdu une partie de leur réserve (40). **Exemple n°2** (mêmes données mais avec une réduction en nature) : l'immeuble de 300 est alors en indivision entre la veuve (qui en possède les 2/3 de la pleine propriété et 1/3 en usufruit) et les enfants du défunt (qui en conservent 1/3 en nue-propriété). Au décès du conjoint survivant, ils retrouvent leurs droits réservataires de 100 en PP.

CHAPITRE 3

L'assiette de la réserve héréditaire

391. Déterminer l'assiette de la réserve héréditaire, c'est identifier la masse de biens à laquelle on applique son taux abstrait. Cette masse est appelée la masse de calcul : ce n'est pas la masse partageable mais une masse comptable qui vise uniquement à détecter l'éventuelle atteinte à la réserve héréditaire.

392. Au cours de l'histoire, l'assiette de la réserve héréditaire a varié. Tandis qu'à Rome, la légitime protège les proches du défunt non seulement contre les dispositions à cause de mort mais aussi contre les donations entre vifs, l'ancien droit coutumier distingue selon l'origine des biens et la nature de la libéralité. Institution au service du lignage visant à assurer la conservation des biens dans la famille, la réserve coutumière ne protège que les biens propres à l'exclusion des acquêts, et uniquement contre les legs⁸⁶⁵. Le code civil supprime les anciennes distinctions faites entre les biens suivant leur nature⁸⁶⁶. Signe de son attachement à l'unité du patrimoine, il soumet tous les biens à des règles identiques. Soucieux de protéger efficacement les héritiers réservataires, il prend en compte toutes les libéralités, entre vifs comme à cause de mort⁸⁶⁷.

§1. Des biens

393. Ce sont « tous les biens existant au décès » et tous « les biens dont il a été disposé entre vifs » qui sont aujourd'hui pris en compte pour composer la masse de calcul de l'article 922 et détecter les libéralités réductibles. Convient-il de remettre en cause cette généralité et de distinguer entre les biens selon leur nature ?

394. A première vue, une telle distinction pourrait apporter une réponse aux critiques faites à la réserve héréditaire en lien avec **les entreprises**⁸⁶⁸. Soustraire les entreprises et, plus largement, les biens professionnels à la masse de calcul de l'article 922 réglerait la difficulté et faciliterait la transmission des entreprises. On pourrait ainsi concevoir que la réserve héréditaire ne concerne plus que les biens non professionnels.

395. Une telle mesure soulèverait de **sérieuses objections**. Outre qu'il faudrait pouvoir identifier clairement les biens professionnels, une telle fragmentation serait contraire à notre tradition juridique, fondée sur **l'unité du patrimoine** : la loi civile soumet tous les biens aux mêmes règles indépendamment de leur nature. La généralité de l'article 922 est en cela conforme à des principes qui structurent en profondeur l'ensemble de notre droit. Cette méthode déstabiliserait en outre le droit des successions et des libéralités dont les règles visent toujours l'ensemble des biens, sans distinction selon leur nature⁸⁶⁹. Enfin, le risque serait bien sûr de voir la réserve héréditaire sérieusement amputée, d'autant qu'une différenciation entre les biens pourrait favoriser les fraudes visant à faire passer comme professionnels des biens qui ne le seraient pas. L'institution même de la réserve serait remise en cause.

396. Or, elle le serait **sans motif valable**. D'une part, on l'a vu, il est tout simplement faux de dire la réserve héréditaire est un obstacle à la transmission des entreprises⁸⁷⁰ ; d'autre part, et au fond, on ne voit pas de raison de restreindre la liberté de disposer aux seuls biens non professionnels. Aussi est-il proposé de réaffirmer la généralité de la réserve héréditaire et de ne pas introduire de distinction entre les biens pris en compte dans le cadre des opérations visant à détecter les libéralités réductibles.

Réaffirmer la généralité de la réserve héréditaire et ne pas introduire de distinction entre les biens pris en compte dans le cadre des opérations visant à détecter les libéralités réductibles (proposition n° 20).

865. Pour ces aspects historiques, v. *supra* n°19s.

866. Ce qui, à l'époque de la codification, a favorisé l'unité de législation sur l'ensemble du territoire.

867. C. civ., art. 913.

868. V. *supra* n°84s.

869. La seule exception, prévue à l'article 1075-2 c. civ., est réellement spécifique. Il s'agit de permettre à un tiers de participer à une donation-partage afin de favoriser la transmission d'une entreprise. Mais, dans cette hypothèse, l'entreprise n'en est pas moins prise en compte dans la masse de calcul de la réserve héréditaire.

870. V. *supra* n°87s.

§II. Des actes

I. Réaffirmer la prise en compte de toutes les libéralités

397. La réserve héréditaire ne borne *que* les libéralités mais elle borne *toutes* les libéralités⁸⁷¹. Aussi ne suffit-il pas, pour déterminer si la quotité disponible a été dépassée, de former la masse de tous les biens existant, parmi lesquels figurent les biens dont le défunt a disposé à cause de mort⁸⁷². L'article 922 prévoit aussi que « les biens dont il a été disposé par donation entre vifs sont réunis fictivement à cette masse ». En cette hypothèse, l'article 922 fixe une série de règles d'évaluation des biens donnés. Elles visent, grâce au mécanisme de la dette de valeur, à reconstituer, au jour du décès, le patrimoine du défunt comme s'il n'avait pas disposé gratuitement de ses biens.

A. Différencier dispositions à cause de mort et donations entre vifs ?

398. Au cours des auditions, l'idée a parfois été avancée que la loi devrait être ici modifiée⁸⁷³. Ces propositions ont été présentées comme des mesures de soutien à la philanthropie. Elles seront envisagées ici dans leur généralité⁸⁷⁴.

399. Une première piste serait de cesser de réunir aux biens existant les biens donnés. La réserve héréditaire limiterait uniquement la liberté testamentaire ; la liberté de disposer gratuitement entre vifs serait absolue. Ce serait restaurer le régime différencié pratiqué sous l'ancien droit dans les pays de coutumes mais pour des raisons différentes. Cette distinction reposerait sur la justification suivante : tandis que la réserve héréditaire est utile contre les legs, parce qu'elle évite la contestation du testament et contribue à assurer le respect des dernières volontés du défunt, elle serait source d'insécurité juridique à l'endroit des donations, faisant peser sur la tête du donataire une épée de Damoclès jusqu'au règlement de la succession⁸⁷⁵.

400. Une variante consisterait à ne plus réunir les donations les plus anciennes⁸⁷⁶. C'est la solution retenue en Allemagne depuis 2010. Comme l'a expliqué Anne Röthel lors de son audition, le législateur allemand n'a pas souhaité prendre de mesure de faveur pour les seuls organismes philanthropiques mais, attentif aux préoccupations portées par ces derniers, il a introduit un mécanisme *pro rata temporis* valant pour toutes les donations, quels qu'en soient les bénéficiaires : « dans les opérations de liquidation, une donation consentie neuf ans avant l'ouverture de la succession n'est prise en compte que pour le 1/10^e de sa valeur ; une donation consentie huit ans avant l'ouverture de la succession n'est prise en compte que pour les 2/10^e de sa valeur, etc »⁸⁷⁷. Par exemple, une donation d'un montant de 100 000 € faite neuf ans avant la mort du défunt n'est réunie à la masse que pour une valeur de 10 000 €. Si la donation a été consentie plus de dix ans avant le décès, elle n'est pas réunie aux biens existant.

401. Enfin, ce sont parfois les règles d'évaluation des biens donnés qui ont été critiquées, en particulier le jeu de la subrogation réelle retenu par l'article 922 en cas d'aliénation du bien donné suivie de l'acquisition d'un nouveau bien⁸⁷⁸.

B. Protéger les héritiers réservataires contre toutes les libéralités

1. La réunion des donations entre vifs

402. Notre droit a fait le choix de protéger les héritiers réservataires contre toutes les libéralités. **Reconnaître une liberté absolue de disposer entre vifs à titre gratuit empêcherait la réserve héréditaire de remplir correctement ses fonctions**⁸⁷⁹. Si les donations n'étaient plus prises en compte, un parent pourrait par exemple donner à l'un de ses enfants une partie substantielle de ses biens en nue-propriété, tout en se réservant l'usufruit afin de préserver son cadre de vie et son niveau de ressources. A son décès, l'enfant donataire verrait la pleine propriété reconstituée sur sa tête. Ses frères ou sœurs ne pourraient invoquer l'existence de cette donation pour établir une atteinte à leur réserve héréditaire. Celle-ci se calculerait uniquement à partir des biens dont le défunt était titulaire au jour de son

871. C. civ., art. 913, 914-1.

872. Légues ou compris dans une institution contractuelle.

873. V. not. en ce sens les contributions reproduites en annexe de la Fondation de France, de Julien Boisson et d'Elodie Mulon.

874. Sur la philanthropie, v. *infra* n°551s.

875. V. la contribution reproduite en annexe de A. Henry et I. Bourdel, Fondation de France.

876. V. en ce sens les contributions de D. Le Grand de Belleroche, R. Libchaber et E. Mulon reproduites en annexe.

877. V. contribution reproduite en annexe.

878. V. en ce sens la contribution de J. Boisson reproduite en annexe.

879. Raison pour laquelle, historiquement, la réserve coutumière, devenue insuffisante, dut être complétée par la légitime romaine, V. *supra* n°23s.

décès, lesquels, avec une stratégie patrimoniale adaptée, pourraient se réduire à peu de choses. En d'autres termes, soustraire les donations entre vifs au jeu de la réserve héréditaire favoriserait les exhéréditions et les inégalités au sein de la fratrie⁸⁸⁰. Cette mesure contredirait les fonctions mêmes de la réserve héréditaire.

403. Par ailleurs, **la renonciation anticipée à l'action en réduction⁸⁸¹ apporte déjà aux bénéficiaires de libéralités l'essentiel de la sécurité juridique recherchée**. Comme l'expliquent les représentants de la Fondation de France, la Fondation demande systématiquement que les héritiers réservataires présomptifs renoncent par anticipation à leur action en réduction pour toute donation d'un montant supérieur à 100 000 €. Or, ajoutent-ils, « les donations ne posent en général que peu de difficulté. La volonté du donateur de donner ou de créer une fondation abritée au sein de la Fondation de France résulte d'une volonté philanthropique clairement exprimée [...] Dans de nombreux cas de création de fondation abritée, le projet philanthropique est un projet familial au profit d'une cause commune à la famille. Les héritiers réservataires sont souvent l'organe de gouvernance de la fondation abritée »⁸⁸². C'est dire qu'ils renoncent alors effectivement à leur action en réduction et que la donation consentie se trouve ainsi sécurisée. De fait, « à ce jour, la Fondation de France n'a pas d'action de contestation de donation effectuée à son profit pour atteinte à la réserve héréditaire »⁸⁸³.

404. Plus largement, il faut prendre ici en compte le rôle et le savoir-faire de la pratique notariale. A l'occasion de la donation⁸⁸⁴, le notaire informe le donateur et le donataire des conséquences d'un tel acte, son caractère d'avance sur part successorale ou non, sa réduction éventuelle en cas de donation précipitaire, sa réduction éventuelle encore en cas de donation rapportable, mais s'imputant sur la quotité disponible à titre subsidiaire en cas de dépassement de la part réservataire. En d'autres termes, le notaire rappelle les conséquences de l'acte au regard de la quotité disponible et envisage avec son client une stratégie patrimoniale adaptée. Dans ce cadre, différentes techniques permettent de préserver la liberté de disposer du donateur. Premier exemple, la clause d'imputation sur la réserve globale qui diminue le risque de réduction des libéralités subséquentes⁸⁸⁵. « Elle sauvegarde, autant qu'il est possible, la liberté testamentaire du disposant. Aussi devrait-elle se rencontrer plus souvent, surtout lorsque le donateur est encore jeune au moment où il donne. Tant que sa situation familiale est susceptible d'évoluer (veuvage, remariage, concubinage, ingratitude d'un enfant), tant que son âge n'est pas si avancé que « les jeux soient faits », le donateur devrait veiller à ne point aliéner sa liberté testamentaire, qui pourra lui être si précieuse au soir de sa vie »⁸⁸⁶. Second exemple, la possibilité dans une donation-partage de déroger à la règle d'évaluation des biens donnés prévue à l'article 1078. Cette clause contraire, si elle est stipulée, permet d'augmenter la quotité disponible au profit de tiers, dans la mesure où des biens existants au décès sont encore importants⁸⁸⁷.

405. En définitive, en l'absence de raison convaincante pour limiter la réserve héréditaire aux seules dispositions à cause de mort et afin de ne pas remettre en cause l'aptitude de la réserve héréditaire à remplir ses fonctions, il convient de ne pas exclure les donations entre vifs de la réserve héréditaire.

Ne pas exclure les donations entre vifs de la masse de calcul de la réserve héréditaire (proposition n° 21).

880. Comp., R. Libchaber, contribution reproduite en annexe : « Pour rétablir l'égalité, on devrait prendre en considération les libéralités faites aux enfants, qui sont également réservataires ».

881. C. civ., art. 929 et s.

882. V. la contribution reproduite en annexe de A. Henry et I. Bourdel, Fondation de France.

883. *Ibid.*

884. La donation ostensible doit être faite par acte notarié : c. civ., art. 931.

885. A la condition que l'avancement en part successorale n'excède pas la réserve globale.

886. M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n° 849, p. 660.

887. Exemple : au jour du décès, le défunt laisse des biens existant d'une valeur de 100, alors qu'il a déjà donné vingt ans plus tôt, sous forme de donation-partage à ses trois enfants, un bien immobilier chacun d'une valeur de 50 au jour de la libéralité, mais de 100 au jour du décès. La quotité disponible est au jour du décès de 62,5, suivant la règle de l'article 1078, ce qui pourra constituer la part d'un légataire. Mais si l'on revient à une évaluation des donations consenties au jour du décès, la quotité disponible au profit d'un éventuel légataire est de 100. La règle de l'article 1078 stabilise la part des enfants reçue en donation-partage, nonobstant les évolutions en valeur prévisibles lorsque le jour du décès du disposant viendra. Mais elle est défavorable à d'éventuels légataires qui ne peuvent profiter de la revalorisation. La liberté de disposer passe donc par une analyse fine du patrimoine du défunt. A partir du moment où, au cas particulier, au regard des biens déjà donnés, l'égalité entre enfants ne peut être remise en cause, l'intérêt du disposant, qui préserve ainsi sa quotité disponible, est peut-être d'écarter la règle de l'article 1078.

2. La réunion des anciennes donations entre vifs

406. Distinguer entre les donations, selon leur date, et ne réunir aux biens existant que les plus récentes poserait diverses **difficultés**. Il faudrait d'abord pouvoir dire à partir de quand une donation devient « ancienne » et ne mérite plus d'être prise en compte : 10 ans, 20 ans, 30 ? Comment fixer une juste durée ? La notion d'ancienneté est très relative et, à l'échelle de la vie, elle dépend de l'âge au décès du donateur. La durée retenue et son application conduirait à des résultats injustes en pratique : au fond, pour quelle raison une donation consentie 20 ans avant le décès échapperait au jeu de la réserve héréditaire tandis que celle conclue 19 ans avant cette date serait réunie ? Aucune. Pour éviter cet effet couperet, on pourrait envisager des seuils dégressifs, *prorata temporis*, inspirés du droit allemand⁸⁸⁸. Mais c'est alors la complexité pratique d'un tel système, si on le compare avec la simplicité de notre droit positif, qui devrait dissuader de s'engager dans cette voie.

407. A cela s'ajoute que l'exclusion des donations les plus anciennes pourrait produire des **résultats contraires** à ceux recherchés. Un exemple permet de le montrer. Soit un défunt laissant une fille unique et ayant désigné ses deux petites-filles légataires universelles. Dans son testament, le disposant avait expliqué que sa fille avait déjà largement reçu sa part car, trente ans plus tôt, donation lui avait été faite d'un appartement à Paris. Au jour du décès, cet appartement, se trouvant toujours dans le patrimoine de la donataire, représente plus de la moitié de la valeur de la succession. Les legs consentis aux deux petites-filles, ne dépassant pas la quotité disponible, ne sont donc pas réductibles. Si cette ancienne donation était exclue, ils le seraient car la réserve héréditaire n'aurait été calculée que sur les biens existant au décès. La réunion des donations entre vifs consenties à des héritiers réservataires présomptifs préserve ainsi la quotité disponible et la liberté de disposer.

408. Pour l'ensemble de ces raisons, il est apparu inopportun au groupe de travail de distinguer entre les donations entre vifs selon leur date.

Ne pas distinguer entre les donations entre vifs selon leur date (proposition n° 22).

II. Modifier le régime actuel de l'assurance-vie

409. Comme cela a été rappelé, l'interprétation jurisprudentielle conduit aujourd'hui à exclure de la réserve héréditaire le capital et les primes versés au titre d'un contrat d'assurance-vie alors même que ce contrat constitue non une opération de prévoyance mais un produit de placement⁸⁸⁹. Cette solution fragilise la réserve héréditaire et, comme cela a été longuement montré en doctrine, n'est pas fondée en droit. En effet, dans ces contrats, « l'équivalence entre le capital versé et les primes payées, l'absence de tout aléa économique révèlent qu'il s'agit de contrats de *fortune faite*, qui, lorsqu'ils se dénouent par le décès, opèrent purement et simplement la transmission d'une épargne accumulée, et une transmission dont l'intention libérale constitue l'explication la plus naturelle »⁸⁹⁰.

Sans préjudice des dispositions fiscales propres à l'assurance-vie que cette évolution ne remettrait pas en cause, il est donc proposé d'abandonner cette solution jurisprudentielle et de soumettre l'assurance-vie au droit commun des successions et des libéralités.

Soumettre, pour les seuls aspects civils, l'assurance-vie au droit commun des successions et des libéralités (proposition n° 23)

410. Cette proposition permettrait de respecter les catégories juridiques du droit civil et de compenser, moyennant un élargissement de son assiette, la diminution par ailleurs proposée du montant de la réserve héréditaire (v. proposition n°19). Elle ne conduirait cependant pas à regarder tout contrat d'assurance-vie comme une donation mais à le traiter comme telle lorsqu'il constitue une libéralité. Pour éviter qu'un contentieux ne se développe au sujet de la preuve du caractère libéral de l'opération, comme cela semble aujourd'hui être le cas en Belgique depuis les réformes de

888. V. par exemple la contribution reproduite en annexe de E. Mulon.

889. V. *supra* n°99, 215s.

890. M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n°740, p. 586.

2012 et 2014 ayant consisté à réintégrer l'assurance-vie dans la masse de calcul de la réserve héréditaire⁸⁹¹ et pour permettre de dégager des solutions claires et prévisibles, il serait utile d'engager une réflexion visant à identifier les critères – tel, par exemple, l'existence d'une faculté de rachat – permettant de faire le départ entre les assurances-vie constitutives de libéralités et les autres. Ces éléments pourraient constituer des directives que le législateur proposerait au juge dans le cadre de son opération de qualification. Ces éléments pourraient constituer des directives que le législateur proposerait au juge dans le cadre de son opération de qualification. Le cas échéant, ces éléments pourraient être érigés en présomption simple.

Mentionner dans la loi, afin de guider le juge et de limiter le contentieux, les critères permettant d'identifier les assurances-vie constitutives de libéralités en droit civil (proposition n° 24).

III. Faire évoluer la présomption de l'article 918 du code civil

411. La preuve d'une donation non notariée – don manuel, donation indirecte, donation déguisée – est difficile. Il faut établir l'existence des deux éléments, matériel et moral, de la libéralité⁸⁹². L'article 918 du code civil vient cependant en aide aux héritiers réservataires en les dispensant d'avoir à prouver l'existence d'une donation.

412. Ce texte édicte une **présomption de déguisement** pour certaines aliénations, apparemment onéreuses, consenties par le défunt au profit de l'un de ses successibles. On peut craindre en effet que le défunt, désireux de gratifier l'un de ses successibles, dissimule sa libéralité sous une vente pour la faire échapper à la réunion fictive et, par là, au risque de réduction pour atteinte à la réserve héréditaire. Pour déjouer cette fraude, l'article 918 présume que l'aliénation consentie par le défunt à l'un de ses successibles en ligne directe, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit, constitue une donation faite hors part successorale. Dès lors, « le bien prétendument vendu doit être réuni à la masse pour sa valeur en pleine propriété au jour de l'ouverture de la succession »⁸⁹³. La loi offre cependant aux parties la possibilité d'écarter la présomption de déguisement : il faut pour cela que les autres successibles en ligne directe consentent à l'aliénation⁸⁹⁴.

413. La jurisprudence tient la présomption de l'article 918 pour irréfragable⁸⁹⁵, ce qui a pour conséquence que le cohéritier acquéreur qui a effectivement payé tout ou partie du prix d'acquisition de la nue-propriété ne peut pas soustraire ce montant à la valeur retenue pour la réunion fictive⁸⁹⁶ et que l'acte est tenu pour une donation hors part successorale. Le Conseil constitutionnel n'en a pas moins déclaré le texte conforme à la Constitution en retenant que ces dispositions sont justifiées par des motifs d'intérêt général – protection des droits des héritiers réservataires, prévention de difficultés probatoires, promotion des accords préalables entre héritiers présomptifs – et qu'elles ne portent pas une atteinte disproportionnée aux conditions d'exercice du droit de propriété et à la liberté contractuelle⁸⁹⁷.

414. L'article 918 est cependant critiqué par la profession notariale qui en demande la suppression⁸⁹⁸, considérant qu'« il suffit en toutes circonstances de vérifier l'évaluation des charges imposées ou des prestations offertes en contrepartie d'une aliénation pour apprécier le caractère onéreux d'un acte »⁸⁹⁹.

De son côté, la doctrine propose depuis longtemps de retenir que la présomption de l'article 918 n'est qu'une présomption simple, autorisant la preuve contraire⁹⁰⁰. Cette dernière solution apparaît la plus équilibrée : elle protège efficacement la réserve héréditaire contre des actes qui la menacent sans interdire au successible de prouver qu'il a réellement payé un prix.

891. Sur ce point, v. F. Tainmont, contribution reproduite en annexe : « On notera qu'actuellement, la question de la qualification du contrat d'assurance est au cœur des débats judiciaires. L'article 188 de la loi du 4 avril 2014 ne présume pas l'existence d'une donation. Il se contente d'indiquer que c'est conformément au Code civil qu'il y a lieu d'apprécier si on est ou non en présence d'une donation. C'est à la partie qui prétend qu'il s'agit d'une donation à le démontrer, la difficulté résultant dans la preuve de l'intention libérale. Il est en effet possible que le preneur n'ait pas agi *animus donandi* mais ait accompli un devoir de prévoyance (une obligation naturelle), auquel cas la prestation d'assurance ne sera pas reprise dans la masse de calcul ».

892. C. civ., art. 893.

893. J. Flour et H. Souleau, *Les successions*, éd. A. Colin, 1991, n°511, p. 345.

894. C. civ., art. 918 *in fine*.

895. Solution constante. V. par ex. : Cass. civ. 1^{er}, 29 janv. 2014, n°12-14509 et 13-16511, *Bull. civ.*, I, n°16 ; *Def.* 2014, 1280 note D. Authem ; *Dr. fam.* 2014 comm. 64 M. Nicod.

896. Pour un exemple chiffré, v. D. Authem, *note précit.*

897. Cons. const., 1^{er} août 2013, n°2013-337 QPC.

898. 77^e Congrès des notaires de France, Montpellier, 1981, 3^e commission, 1^{er} vœu, *Def.* 1981, 153 ; 102^e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2006, 3^e commission, 3^e proposition, *Def.* 2006, 119.

899. 102^e Congrès des notaires de France, proposition précit.

900. J. Flour et H. Souleau, *Les successions, op. cit.*, n°511, p. 345 tenant le caractère irréfragable de la présomption pour « très discutable, car [celui-ci] n'est attaché en principe qu'aux présomptions en vertu desquelles la loi annule un acte ».

415. Il est donc proposé de préciser à l'article 918 du code civil que la présomption qu'il édicte n'est qu'une présomption simple.

Préciser à l'article 918 du code civil que la présomption qu'il édicte n'est qu'une présomption simple (proposition n° 25)

Pourraient être simplement ajoutée au début de l'article 918 les mots suivants :

« Sauf preuve contraire ».

CHAPITRE 4

La sanction de la réserve héréditaire

§1. De l'imputation en assiette

416. Pour déterminer si une libéralité est excessive ou non, il faut, une fois formée la masse de calcul de l'article 922 du code civil, procéder aux imputations en fonction de la nature des libéralités⁹⁰¹. L'imputation est une opération comparable préalable à la réduction. Il s'agit de comparer la libéralité et la portion de la succession qui doit la supporter. Lorsque la libéralité porte sur un démembrement de propriété (nue-propriété, usufruit, droit d'usage et d'habitation), on peut hésiter sur la méthode à suivre. Deux techniques sont susceptibles d'être mises en œuvre⁹⁰².

417. On peut songer à **convertir ce démembrement en valeur pleine propriété. Mais il est également possible de faire l'économie d'une conversion, en imputant la libéralité en fonction de son objet sur la fraction de la succession qui lui correspond (par exemple, un legs en usufruit s'imputera sur l'usufruit de la quotité disponible). A l'imputation en valeur s'oppose** ainsi l'imputation en assiette. Or, les deux manières d'opérer n'aboutissent pas au même résultat ; en règle générale, le recours à la conversion. Or, les deux manières d'opérer n'aboutissent pas au même résultat : en règle générale, le recours à la conversion minimise le risque de réduction.

418. Il a toujours été admis en jurisprudence que les libéralités en nue-propriété faites hors part successorale devaient être imputées sur le secteur correspondant de la quotité disponible⁹⁰³. Au contraire, l'imputation des libéralités en usufruit a longtemps été dominée par l'idée qu'une conversion était nécessaire⁹⁰⁴. Jusqu'à présent, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion, s'agissant des libéralités en usufruit, de se prononcer clairement sur le principe de l'imputation en assiette. Cependant, quelques décisions témoignent d'un rejet de l'imputation en valeur⁹⁰⁵. En pratique, les deux méthodes semblent être utilisées.⁴¹⁹ **Le respect de la réserve héréditaire commande de procéder à une imputation en assiette.** En effet, la réserve héréditaire « se définit, non pas seulement par une quotité, mais d'abord et surtout par la nature des droits dont elle assure l'intangibilité »⁹⁰⁶. Lorsqu'elle est fixée en propriété – ce qui est le cas de la réserve des descendants⁹⁰⁷ et du conjoint survivant⁹⁰⁸ –, la réserve doit demeurer en propriété. Le défunt ne saurait contraindre les héritiers réservataires à recevoir leur réserve en nue-propriété seulement⁹⁰⁹. Or, l'imputation en valeur porte atteinte à l'intangibilité de la réserve en propriété. En effet, en présence d'un gratifié âgé, la conversion de l'usufruit en capital permet à la libéralité d'échapper à toute réduction⁹¹⁰. Comme le souligne un auteur, « retenir la

901. C. civ. art. 919-1 et 919-2.

902. Sur cette question, v. not. : N. Duchange, Démembrement de propriété et libéralité : recherche d'un système cohérent d'imputation, *RTD civ.* 2001, 795 ; F. Letellier et M. Nicod, La réduction des legs en usufruit, *Def.* 2019, n°26, 21.

903. Cass. civ., 7 juillet 1857, *DP* 1857, 1, 348 ; Cass. Req. 6 mai 1878, *DP* 1880, 1, 345.

904. Le choix entre l'imputation en valeur et l'imputation en assiette a été obscurci, il est vrai, par les prévisions complexes de l'article 917 du Code civil qui évoque « la valeur » excédant la quotité disponible. Par ailleurs, suivant une interprétation aujourd'hui abandonnée, la doctrine considérait que l'article 917 avait précisément pour objet d'éviter une conversion en valeur de l'usufruit qui, en l'absence de ce texte, aurait été nécessaire. Sur ce point, v. not. A. Chamoulaud-Trapiers, La réserve ou les libéralités en usufruit ou en nue-propriété, *Def.* 2019, n°46, 24. Sur l'article 917 C. civ., v. *supra* n°297s.

905. Cass. civ., 7 juillet 1857, *DP* 1857, 1, 348 jugeant, en présence de legs en nue-propriété que les légataires entendaient convertir pour échapper à la réduction, que « si le testateur a légué une valeur en nue-propriété tellement considérable que cette disposition ne puisse être exécutée sans entamer le droit de l'héritier à la pleine propriété de la portion de la succession que la loi lui réserve, ledit héritier est fondé à faire réduire le legs » ; Cass. civ. 1^{er}, 19 mars 1991, n° 89-1094, *Bull. civ. I*, n° 99 ; *D.* 1992, Somm. 229, obs. B. Vareille ; *JCP* 1992, II, 21840, note Ph. Salvage ; *RTD civ.* 1992, 162, obs. J. Patarin ; *Def.* 1992, 1565 obs. G. Champenois jugeant qu' « aucune disposition testamentaire ne peut modifier les droits que les héritiers réservataires tiennent de la loi » et ajoutant « que le legs susvisé avait pour effet de priver l'héritier réservataire du droit de jouir et de disposer des biens compris dans sa réserve » ; 28 janv. 2003, n°97-18816, inédit censurant la cour d'appel qui avait considéré que les legs consentis à la veuve du testateur, « tant en pleine propriété qu'en usufruit, devaient s'exécuter dans la limite de la quotité disponible du quart en toute propriété des biens composant la succession » et qui avait « ordonné la conversion en capital des legs en usufruit ». Ce faisant, les juges du fond avaient « violé l'article 1094-1 du Code civil et méconnu la volonté du testateur ».

906. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°855, p. 664.

907. C. civ. art. 913.

908. C. civ., art. 914-1.

909. Exception étant faite du cas, prévu par la loi, dans lequel le conjoint survivant recueille l'usufruit de la succession au titre soit de ses droits légaux (C. civ., art. 757), soit d'une libéralité (C. civ., art. 1094-1).

910. **Exemple** : Soit un testateur ayant eu deux enfants et qui entend transmettre toute sa succession en usufruit à son actuelle compagne. Considérons que la quotité disponible ordinaire est égale à 40 000 et que la réserve globale vaut 80 000. Si la concubine a 73 ans au décès, grâce à la conversion suivant le barème fiscal (120 000 à 30% = 36 000), le legs de l'universalité de l'usufruit échappe à la réduction. Pourtant, il n'existe pas de disponible de la totalité de la succession en usufruit au profit d'un tiers ; seul le conjoint survivant peut, grâce à la quotité

conversion de la libéralité en usufruit (ou même de la libéralité n'ayant pour objet qu'un droit d'usage et d'habitation) reviendrait à inventer une nouvelle quotité disponible spéciale, la « *quotité disponible spéciale au profit de n'importe qui* »⁹¹¹.

420. Par ailleurs, **seule l'imputation en assiette assure le respect la volonté du disposant**. En effet, si celui-ci a décidé de gratifier une personne en usufruit (et non en propriété), c'est peut-être parce qu'il entendait conserver la liberté de disposer ultérieurement au profit d'une autre personne de la nue-propriété. Convertir le démembrement pour obtenir une valeur en pleine propriété, c'est lui interdire de le faire. C'est porter, sans justification aucune, atteinte à sa liberté testamentaire.

421. La généralisation de la réduction en valeur par la loi du 23 juin 2006⁹¹² modifie-t-elle les choses ? La réponse est négative. D'une part, il faut bien distinguer la détermination de l'excès, qui permet de fixer la mesure de la réduction, de l'exécution de la réduction, qui se fait désormais en principe en valeur, sous la forme d'une indemnité. D'autre part, la loi du 23 juin 2006 a maintenu des textes – articles 917 et 1094-1 – qui assurent à l'héritier le droit de recevoir sa réserve héréditaire en toute propriété⁹¹³.

422. En cas d'excès après imputation de la libéralité en assiette, deux situations peuvent se présenter : soit les conditions d'application de l'article 917 sont réunies et l'héritier réservataire peut choisir la réduction de la libéralité en usufruit moyennant l'abandon du disponible en toute propriété⁹¹⁴ ; **soit elles font défaut, et l'héritier peut obtenir la réduction « sans devoir consentir un tel sacrifice »**⁹¹⁵.

423. Considérant qu'il apparaît nécessaire de clarifier les règles d'imputation préalable à la réduction et que cette méthode est seule respectueuse de l'intangibilité de la réserve héréditaire comme de la liberté de disposer du défunt, il est proposé de consacrer le principe de l'imputation en assiette des libéralités en démembrement.

Consacrer le principe de l'imputation en assiette des libéralités en démembrement de propriété (proposition n° 26).

A cette fin, il pourrait être ajouté au code civil un nouvel article 919-3 aux termes duquel :

« *Les libéralités faites en nue-propriété ou en usufruit s'imputent en assiette* ».

§II. Du domaine de la réduction en nature

424. Depuis la loi du 23 juin 2006, la réduction des libéralités portant atteinte à la réserve héréditaire se fait en principe en valeur⁹¹⁶ par le paiement d'une indemnité de réduction⁹¹⁷. **La réduction en nature**, permettant de reconstituer la réserve héréditaire avec les biens mêmes qui ont été donnés ou légués, **n'est plus admise qu'à titre exceptionnelle**⁹¹⁸, dans trois cas.

425. Premièrement, le gratifié peut lui-même opter pour la réduction en nature si le bien donné ou légué est toujours entre ses mains et s'il n'est pas grevé de charges⁹¹⁹. De façon différente, le gratifié peut aussi cantonner son émolument à une partie seulement de la libéralité⁹²⁰.

disponible spéciale (C. civ., art. 1094-1), recevoir l'usufruit de la réserve.

911A. Chamoulaud-Trapiers, La réserve ou les libéralités en usufruit ou en nue-propriété, *op. cit.*

912. C. civ., art. 924.

913. En ce sens, v. C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions*, PUF, Thémis, 2018, n°744, p. 669.

914. Sur l'article 917 C. civ., v. *supra* n°297.

915. M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n°857, p. 665.

916. C. civ., art. 924. V. *supra* n°234.

917. C. civ., art. 924-2, 924-3. Si l'héritier réservataire est lui-même débiteur d'une indemnité de réduction, il paye en moins prenant et en priorité par voie d'imputation sur ses droits dans la réserve (C. civ., art. 924, al. 2).

918. Ce qui ne veut pas dire que la réserve ne sera qu'en valeur car, au gré des successions, bien des raisons conduisent à composer la réserve en corps héréditaires. Sur ce point, v. : M. Nicod, Variations sur la substance de la réserve héréditaire, *Mélanges J. Hauser*, LexisNexis & Dalloz, 2012, p. 459s, spéc. n°11.

919. C. civ., art. 924-1.

920. C. civ., art. 1002-1, 1094-1.

Deuxièmement, le disposant peut imposer la réduction en nature, ce qui lui permet d'avantager le gratifié au maximum tout en laissant à ses héritiers réservataires la possibilité de conserver une partie de ses biens⁹²¹. Il peut notamment stipuler une clause de réduction en nature du legs universel, assortie ou non de la faculté pour le légataire universel de composer son lot. Il peut aussi consentir un legs à titre universel ajusté au taux de la quotité disponible ordinaire, ce qui confère au légataire une simple quote-part des biens héréditaires et conduit à l'ouverture d'une indivision. Il revient ici au notaire d'user le cas échéant de ces possibilités afin d'éviter les conséquences aujourd'hui attachées à la réduction en valeur du legs universel de la quotité disponible⁹²².

Troisièmement, la réduction en nature peut être exercée contre le tiers acquéreur des biens qui sont l'objet de la libéralité en cas d'insolvabilité du débiteur de l'indemnité de réduction⁹²³.

426. Ainsi délimité, le domaine de la réduction en nature doit-il être restreint ? Ou au contraire élargi ?

I. La réduction en nature de l'article 924-4 du code civil

A. Maintenir les règles actuelles

427. Lorsque le gratifié, débiteur de l'indemnité de réduction, a aliéné le bien donné ou légué et qu'il est personnellement insolvable, l'atteinte à la réserve héréditaire court fortement le risque de ne pas être sanctionnée. Aussi l'article 924-4 permet-il alors à l'héritier réservataire de poursuivre la réduction contre le tiers acquéreur du bien donné ou légué. Or, « s'il lui confère ainsi un droit de suite, c'est qu'il lui accorde un droit réel. Et comme le texte précise que ce droit lui permet d'agir en revendication, la réduction » opère en nature⁹²⁴ : le tiers doit restituer le bien objet de la libéralité, sauf si, préférant le conserver, il paye l'indemnité de réduction due par le gratifié⁹²⁵. L'article 924-4 porte ainsi atteinte à la sécurité juridique des tiers afin d'assurer l'effectivité de la réserve héréditaire. Cet arbitrage doit-il être remis en cause ?

428. La demande en réduction contre le tiers acquéreur est strictement encadrée par l'article 924-4. D'abord, l'insolvabilité du gratifié doit être avérée⁹²⁶ : « l'exercice du droit de suite contre le tiers, c'est-à-dire du droit réel de l'héritier sur la chose donnée, est suspendu à l'insuccès d'une action personnelle en paiement contre le donataire »⁹²⁷. Ensuite, le tiers acquéreur doit encore détenir le bien à restituer : s'il l'a lui-même aliéné, l'héritier réservataire doit s'adresser au dernier acquéreur. Enfin, les héritiers réservataires et le donateur ne doivent pas avoir consenti à l'aliénation. Cette dernière condition vient en réalité fortement contrebalancer les inconvénients de la réduction en nature pour la sécurité des transactions.

429. **Les héritiers réservataires présomptifs peuvent en effet renoncer de façon anticipée à agir contre le tiers acquéreur.** Ce pacte sur succession future, exceptionnellement valable, ne requiert que le consentement du disposant et des héritiers réservataires présomptifs au jour de la renonciation : la renonciation est opposable à ceux qui viendraient ensuite à naître. Ce consentement, s'il est recueilli, confère ainsi au tiers « une sécurité absolue en le plaçant à l'abri de toute demande en réduction »⁹²⁸.

430. Or, **cette renonciation est très fréquente en pratique.** C'est ce que montre une enquête menée auprès des notaires en 2015⁹²⁹. Celle-ci enseigne que les notaires recourent très habituellement à la faculté, initiée par la pratique⁹³⁰ et consacrée par la loi du 23 juin 2006, de recueillir le consentement des réservataires présomptifs non seulement dans l'acte d'aliénation du bien donné mais aussi, en amont, dans l'acte de donation : « qu'importe la structure

921. Ce cas de réduction en nature n'est pas prévu par la loi mais unanimement admis en doctrine : la réduction en valeur ne s'impose pas au disposant.

922. Sur ces clauses, v. B. Vareille et A. Kroell, La liquidation et le partage de la succession, *Def.* 2017, 49, spéc. n°8.

923. C. civ. art. 924-4.

924. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°874, p. 675. V. aussi : P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, Formules d'application de G. Morin, préf. de J. Carbonnier, Defrénois, 3^e éd., 1994, n°102, p. 242.

925. Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 1966, *Bull. civ.*, I, n°474 ; D. 1966, 709 note A. Breton.

926. C. civ., art. 924-4, al. 1^{er}.

927. P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, op. cit., n°102, p. 243.

928. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°875, p. 675.

929. J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in C. Pères (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, Mission de recherche Droit & Justice, Defrénois, coll. Expertise notariale, 2017, p. 181s, spéc. n°229s, p. 183s.

930. Laquelle avait été encouragée par l'analyse de M. Grimaldi, De la clause stipulée dans une donation-partage pour protéger les ayants cause des donataires contre les effets de la réduction pour atteinte à la réserve, *Def.* 1996, p. 3.

de l'étude, qu'importe sa situation géographique, qu'importe l'âge ou le sexe des notaires interrogés, le succès de la faculté consacrée par la nouvelle rédaction de l'article 924-4 est manifeste : 92% des notaires interrogés déclarent y recourir », ce qui montre que cette renonciation à la réduction en nature contre le tiers acquéreur est « un instrument usuel »⁹³¹.

431. L'intérêt de **recueillir la renonciation dès la donation** est évident : cela coupe court au risque d'une dégradation ultérieure du climat familial qui empêcherait d'obtenir l'accord au moment de la vente du bien donné. Le succès de cette renonciation anticipée, que l'on observe particulièrement dans les donations-partages réunissant tous les héritiers réservataires présomptifs, s'explique par des raisons qui tiennent aussi bien au « bon sens » qu'au souci, qu'expriment les intéressés dans la pratique, de « concilier simplicité, liberté et sécurité »⁹³².

432. Le risque d'atteinte à la sécurité du tiers acquéreur étant finalement réduit, il ne justifie pas que disparaisse ce cas de réduction en nature dont le principe demeure essentiel à l'effectivité de la réserve. Pour reprendre la formule utilisée par Guillaume Wicker lors de son audition, cette sanction constitue un « mal nécessaire » dont les inconvénients sont en pratique très généralement évités. La réduction en nature contre le tiers acquéreur au cas d'insolvabilité du gratifié doit donc être maintenue.

Maintenir la réduction en nature contre le tiers acquéreur au cas d'insolvabilité du gratifié (proposition n° 27).

B. Améliorer les règles actuelles

433. Ceci étant dit, pour sécuriser davantage encore la situation du tiers acquéreur, deux mesures peuvent être envisagées.

1. Remédier à l'inertie de l'héritier réservataire présomptif

434. La première consiste à permettre aux parties et au notaire de surmonter la situation de blocage susceptible de résulter du silence conservé par un héritier réservataire présomptif consulté par le notaire pour consentir à l'aliénation. A l'heure actuelle, rien ne permet de remédier à l'inertie de l'héritier taisant, ce qui peut entraîner l'abandon du projet de vente. Il en va de même lorsqu'un héritier présomptif, qui devrait consentir à l'aliénation, n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus.

435. Aussi est-il proposé, comme l'avait fait le 111^e Congrès des notaires de France⁹³³, d'instaurer dans ces hypothèses un mécanisme d'interpellation de l'héritier réservataire présomptif assorti d'un délai au-delà duquel celui-ci sera réputé avoir consenti à l'aliénation.

Instaurer un mécanisme d'interpellation de l'héritier réservataire présomptif assorti d'un délai au-delà duquel celui-ci sera réputé avoir consenti à l'aliénation (proposition n° 28).

Un décret pourrait préciser les règles applicables lorsqu'il est impossible de localiser l'héritier réservataire présomptif⁹³⁴. Un délai de trois mois serait raisonnable et de nature à équilibrer les intérêts en présence⁹³⁵.

En conséquence, un troisième alinéa pourrait être ajouté à l'article 924-4 ainsi rédigé : « *L'héritier réservataire présomptif dûment informé par acte extra-judiciaire du projet d'aliénation est réputé y avoir consenti s'il ne s'y oppose pas dans les trois mois de la signification* ».

931. J. Combret et S. Gaudemet, *La pratique des renonciations anticipées*, op. cit., n°232, p. 185.

932. J. Combret et S. Gaudemet, *La pratique des renonciations anticipées*, op. cit., n°233, p. 186.

933. *La sécurité juridique, un défi authentique*, 111^e Congrès des notaires de France, Strasbourg, 2015, proposition n°1 de la deuxième commission.

934. Le cas échéant, en faisant application de l'article 659 du code de procédure civile.

935. De plus, c'est un même délai de trois mois que l'article 924-1, al. 2 prévoit lorsque le gratifié est mis en demeure par l'héritier réservataire de choisir entre la réduction en valeur et la réduction en nature.

2. Permettre à une personne vulnérable de consentir à l'aliénation

436. La seconde concerne la possibilité pour une personne protégée – en tant que donateur⁹³⁶ ou héritier réservataire présomptif – de consentir à l'aliénation au sens de l'article 924-4.

437. Aucun texte ne règle aujourd'hui cette question alors qu'elle est posée fréquemment aux notaires en raison du nombre important d'aliénations portant sur un bien immobilier provenant d'une donation ou d'une donation-partage. Une interprétation est malgré tout communément admise par la profession notariale, fondée principalement sur l'état du droit antérieurement à la loi du 23 juin 2006 et sur des considérations de sécurité juridique.

438. L'article 924-4 a en effet repris en grande partie les anciennes dispositions de l'article 930 du code civil. A notre connaissance, un seul jugement a été rendu sur le sujet⁹³⁷. La doctrine dominante et la pratique, par application de l'ancien article 389-5 alinéa 3, ont admis que le mineur puisse par, l'intermédiaire de son représentant mais avec l'autorisation du juge des tutelles - y compris sous le régime de l'administration légale pure et simple - consentir à l'aliénation du bien donné⁹³⁸. Cette analyse n'a pas été remise en question par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, lorsqu'elle a modifié l'article 509 listant les actes interdits au tuteur⁹³⁹. Cela tient à ce qu'en visant expressément les articles 929 et 930-5 relatifs à la RAAR⁹⁴⁰, le législateur aurait exclu *de facto* la renonciation de l'article 9244 du champ de l'interdiction. Cette analyse est confirmée par les travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007⁹⁴¹.

439. L'opinion généralement retenue en matière de tutelle est que **l'acte de l'article 924-4 ne devrait pas être analysé comme un acte interdit de l'article 509**. En effet, inclure cet acte « dans le champ des actes interdits au tuteur serait, à la vérité, contestable car non seulement, [cela] irait à l'encontre de l'impératif de sécurité juridique qui sous-tend l'article 924-4 mais encore [cela] imposerait de se livrer à une interprétation démesurément large de l'article 509 et des silences du décret [décret du 22 décembre 2008], que rien ne justifie »⁹⁴². De fait, l'interdiction pour le majeur sous tutelle de consentir à l'aliénation du bien donné serait gênante « en pratique compte tenu du fort succès de ce type de pacte, surtout si on rappelle que son efficacité est conditionnée à l'obtention de l'accord de tous les réservataires présomptifs. L'incapacité de l'un d'entre eux entraverait le recours au pacte »⁹⁴³.

440. Au-delà de ces impératifs de sécurité juridique, il faut encore tenir compte des incidences de l'acte pour le donateur et l'héritier réservataire présomptif, lorsque l'un ou l'autre est juridiquement protégé :

-s'agissant du *donateur*, son consentement à l'aliénation du bien donné n'a pas d'incidence sur son patrimoine et l'opération peut être analysée comme un complément de libéralité. En conséquence, et par analogie avec les règles de la capacité applicables aux donations, l'acte de l'article 924-4 devrait être qualifié d'acte de disposition soumis, en cas de tutelle, à l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles ;

-s'agissant de l'*héritier réservataire présomptif*, « il ne renonce pas à agir en réduction. Il renonce à agir en revendication contre le tiers détenteur du bien donné »⁹⁴⁴. De ce fait, le régime applicable à l'article 924-4 devrait être moins rigide que celui applicable à la RAAR. Il devrait surtout être aligné sur le régime de la renonciation à l'action en réduction après l'ouverture de la succession du disposant (C. civ., art. 920) qui est regardé par le décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 comme un acte de disposition soumis, en cas de tutelle, à l'autorisation du conseil de famille ou du juge.

936. C'est notamment le cas du donateur qui, entre le jour de la conclusion de la donation et l'acte ultérieur de consentement à l'aliénation, est placé sous une mesure juridique de protection.

937. Ord. TI Biarritz, 12 fév. 1975, *Rép. Not.* 1975, II, 30965.

938. V. not. : P. Voirin, *Rép. Not.* 1975, art. 30965 ; P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, op. cit., Formule n° 31.

939. En ce sens, v. : A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, *La réforme du droit des majeurs protégés*, LGDJ, coll. Pratique notariale, 2009, pp. 136-137.

940. C. civ., art. 509, al. 1^{er} : « Le tuteur ne peut, même avec une autorisation :

1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 9305, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement ou la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers ».

941. Rapp. n°212, Henri de Richemont, Sénat, p. 232. En effet, avait été soumis à la Commission des lois du Sénat un amendement ayant pour objet de permettre au tuteur, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille, de renoncer au nom de la personne protégée à exercer l'action en réduction ou revendication contre les tiers détenteurs des immeubles donnés en application de l'article 924-4 du Code civil. Selon le rapporteur, « cette renonciation est indispensable pour assurer la sécurité juridique des ventes de biens ayant pour origine de propriété une donation ».

942. N. Peterka, *J.-Cl. Notarial Répertoire*, V° Tutelle, n°118.

943. C. Goldie-Genicon, Les renonciations à réserve, *Def.* 2019, n°46, 33.

944. E. Galhau, L'article 924-4 et la vente : présentation de cas pratiques, *JCP N* 2016, n°8, 1326.

441. Pour répondre à ces considérations et en cohérence avec la proposition qui sera faite au sujet de la RAAR⁹⁴⁵, il est proposé que le consentement à l'aliénation d'un bien donné soit expressément regardé comme un acte de disposition soumis, en cas de tutelle, à l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles. Le décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 doit être modifié en conséquence.

Permettre à une personne vulnérable de consentir à l'aliénation du bien donné dans le cadre de l'article 924-4 du code civil (proposition n° 29).

442. En suite de cette modification, il faudrait distinguer :

- *en cas de tutelle* (mineurs et majeurs) : l'acte serait soumis à l'autorisation du conseil de famille ou du juge ;
- *en cas de curatelle* : l'acte serait passé par le curatelaire avec l'assistance du curateur ;
- *en cas de sauvegarde de justice* : l'acte serait passé par la personne protégée seule, sauf dans l'hypothèse où un mandataire spécial aurait été désigné par le juge pour la réalisation de l'acte ;
- *en cas de mandat de protection future (notarié uniquement)* : l'acte pourrait être effectué par le mandataire seul, sans l'autorisation du juge ;
- *en cas de mandat de protection future (sous seing privé uniquement)* : l'acte serait soumis à l'autorisation préalable du juge ;
- *en cas d'habilitation familiale* : l'acte pourrait être effectué par la personne habilitée seule ;
- *en cas d'administration légale pour l'enfant mineur* : en application de l'article 387-1 qui vise la renonciation pour le mineur à un droit (4°), l'acte devrait être soumis à l'autorisation préalable du juge.

443. Reste à savoir, dans les hypothèses où l'autorisation du juge serait nécessaire, si celle-ci sera en pratique obtenue. Il a été suggéré, pour éviter un refus du juge, de lui fournir des éléments d'information démontrant les faibles risques de l'opération pour la personne protégée, notamment par la preuve qu'elle sera pourvue de sa part réservataire ou encore que le donataire vendeur est solvable. Un auteur propose aussi lorsque le réservataire a lui-même reçu dans la donation-partage un bien qu'il possède encore, « une renonciation réciproque » de manière à ce qu'il « puisse lui-même disposer librement de son bien plus tard sans avoir à rechercher l'accord des codonataires »⁹⁴⁶. Enfin, on peut concevoir que le juge n'autorise la renonciation « que lorsque le gratifié entend effectivement vendre le bien, et non par avance : il serait ainsi en mesure d'apprécier *in concreto* l'intérêt et la portée de l'aliénation projetée »⁹⁴⁷.

II. La réduction en nature, garantie de paiement de l'indemnité de réduction

444. De la **généralisation de la réduction en valeur** par les articles 924 et suivants du code civil, la jurisprudence tire la conséquence qu'« il n'existe aucune indivision entre le légataire universel et l'héritier réservataire » de sorte qu'en présence d'un legs universel ayant transmis le patrimoine du défunt au légataire au décès du testateur, l'héritier réservataire ne peut « prétendre ni à l'attribution préférentielle, ni à la licitation » des biens dépendant de la succession⁹⁴⁸. L'héritier réservataire, se trouvant privé des biens compris dans la succession, est ainsi rempli de ses droits par la simple remise d'une somme d'argent.

445. Cette évolution a ses **avantages**. La libéralité produit pleinement son effet translatif ; le gratifié universel a « vocation au tout en nature »⁹⁴⁹ et la volonté du disposant est mieux respectée ; l'indivision et le partage sont évités.

446. Mais elle a aussi ses **inconvénients**. En présence d'une disposition universelle, l'héritier réservataire est privé de tous les biens héréditaires – « tous les souvenirs familiaux, petits ou grands, vont aux mains du gratifié »⁹⁵⁰ sans parfois

945. *V. infra* n°488s.

946. J. Combret, Focus sur les renonciations, *in* Le renouveau de la gestion du patrimoine du mineur : Quels pouvoirs, quelles contraintes pour l'administrateur légal ?, *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* n°3, 2017, 20, p.30, spéc. n°31.

947. M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n°875, p. 676.

948. Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 2016, n°14-16967, *JCP* 2017, 127 n°3 obs. R. Le Guidec ; *JCP N* 2016, 1251 note N. Randoux ; *AJ fam.* 2016, p. 350 obs. N. Levillain ; *Dr. fam.* 2016, comm. 151 M. Nicod ; *RTD civ.* 2016, p. 673 obs. M. Grimaldi. Dans le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 23 nov. 2016, n°15-28931 ; 7 déc. 2016, n°16-12216, *JCP* 2017, 681 obs. A. Tisserand-Martin ; *Dr. fam.* 2017, comm. 45 M. Nicod ; *Def.* 2018, n°5, p. 24 obs. G. Champenois ; 15 mai 2018, n°17-16039 ; 19 déc. 2018, n°18-10244.

949. B. Vareille, La réserve en valeur, *Def.* 2019, n°46, 28, spéc. n°6.

950. B. Vareille, La réserve en valeur, *op. cit.*, n°7.

même que le défunt ait bien eu conscience de la portée de son acte⁹⁵¹. Par ailleurs, l'héritier réservataire se retrouve dans la position d'un simple créancier soumis à l'aléa du paiement et au risque de l'insolvabilité du débiteur. Si l'on suit la Cour de cassation dans la portée qu'elle semble reconnaître à la généralisation de la réduction en valeur, l'héritier réservataire ne peut pas demander la réduction en nature lorsque le débiteur de l'indemnité de réduction, sans avoir aliéné le bien, ne paie pas. Aussi la doctrine y voit-elle le signe d'une fragilisation de la réserve héréditaire⁹⁵². Ce constat n'est cependant pas inéluctable.

447. D'abord, il ne faut pas confondre réduction en valeur et réserve en valeur. La consistance de la réserve héréditaire varie d'une succession à l'autre et elle peut être fournie, à côté de l'indemnité de réduction, en corps héréditaires⁹⁵³. Pour éviter d'avoir à payer une indemnité de réduction trop élevée, le légataire peut préférer exécuter la réduction en nature⁹⁵⁴ ou cantonner sa libéralité⁹⁵⁵.

448. Ensuite, **l'extension que la Cour de cassation semble avoir donnée à l'article 924 ne s'impose pas**. En effet, l'article 924 fait de la réduction en valeur le principe. Mais cela n'exclut pas de **conserver à la réduction en nature un caractère subsidiaire, à défaut de paiement**. Comme l'expliquait Pierre Catala, « réduction en nature et réduction en valeur ne sont pas deux institutions autonomes et exclusives l'une de l'autre. Ce sont deux modes d'exécution alternatifs de la même dette, subsidiaires l'un de l'autre »⁹⁵⁶. Or, si, comme le prévoit l'article 924-4, « le réservataire peut poursuivre la réduction contre le tiers acquéreur, c'est qu'il a comme un droit de suite, et donc comme un droit réel » qu'il peut exercer lorsque le bien donné ou légué a été aliéné.

Dès lors, « ne serait-il pas singulier que le réservataire pût revendiquer le bien donné ou légué entre les mains d'un tiers, mais jamais entre celles du gratifié lui-même ? »⁹⁵⁷. C'est dire que le principe de la réduction en valeur ne relègue pas « les réservataires au rang de créanciers chirographaires de somme d'argent, n'ayant d'autre droit de poursuite que le droit de gage général de l'article 2284 » ; « elle ouvre simplement au gratifié une faculté de se libérer en deniers pour éviter de devoir restituer en nature »⁹⁵⁸. Tant que l'indemnité de réduction n'a pas été payée, la réduction en nature reste possible, à la demande de l'héritier réservataire, face à un légataire impécunieux ou récalcitrant⁹⁵⁹.

Cette **plus juste articulation de la réduction en valeur et de la réduction en nature** permettrait de **mieux protéger les droits de l'héritier réservataire** sans méconnaître la **priorité donnée à la réduction en valeur** et les avantages qui lui sont attachés.

449. Il ne s'agit pas de favoriser la mise en œuvre effective de la réduction en nature mais de faciliter le paiement de l'indemnité de réduction par son débiteur. La perspective de la réduction en nature a vocation à produire un **effet « repoussoir »** en incitant également la pratique notariale à bien organiser en amont, dans la libéralité, le paiement de l'indemnité. **La sanction de la réserve y gagnerait en effectivité**.

450. Afin de mieux protéger l'intégrité de la réserve héréditaire sans remettre en cause la primauté de la réduction en valeur, il est proposé d'admettre que l'héritier réservataire puisse demander la réduction en nature lorsque le gratifié, entre les mains duquel se trouve les biens donnés ou légués, n'a pas payé l'indemnité de réduction.

Admettre que l'héritier réservataire puisse demander la réduction en nature lorsque le gratifié, entre les mains duquel se trouve les biens donnés ou légués, n'a pas payé l'indemnité de réduction (proposition n° 30).

A cette fin, un alinéa 3 pourrait être ajouté à l'article 924 ainsi rédigé :

« *Toutefois, à défaut de paiement de l'indemnité, l'héritier réservataire peut exécuter la réduction en nature lorsque le bien donné ou légué appartient encore au gratifié.* »

951. Aussi le 108^e Congrès des notaires de France avait-il proposé de limiter le domaine de la réduction en valeur des legs consentis aux non-successibles aux hypothèses dans lesquelles les legs seraient établis en la forme authentique (*La transmission*, 2012, 2^e proposition de la deuxième commission).

952. V. not. : Y. Flour, Remarques sur la généralisation de la réduction en valeur, *Dr. fam.* 2019, dossier 22 ; M. Blanck-Dap, La virtualité de la réserve héréditaire en présence d'un légataire universel, *JCP N* 2017, 1207. Adde : S. Ferré-André et H. Mazon-Gabriel, La réduction en valeur des libéralités : évolution ou révolution ?, *Mélanges J. Combret*, éd. Defrénois, 2017, p. 141s.

953. M. Nicod, Variations sur la substance de la réserve héréditaire, *Mélanges J. Hauser*, LexisNexis & Dalloz, 2012, p. 459s, spéc. n°11.

954. C. civ. art. 924-1.

955. C. civ., art. 1002-1, 1094-1.

956. P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, *op. cit.*, n°102 bis, p. 245.

957. M. Grimaldi, *RTD civ.* 2016, 673.

958. M. Grimaldi, *Droit des successions*, *op. cit.*, n°877, p. 677. C'est ce qu'exprimaient plusieurs textes antérieurs à la loi de 2006. V. not. les anc. articles 866, 867 et 924.

959. V. aussi, en ce sens : Y. Flour, Remarques sur la généralisation de la réduction en valeur, *op. cit.*, n°9.

§III. Des autres garanties de paiement de l'indemnité de réduction

451. A l'heure actuelle, les immeubles donnés ou légués font l'objet d'un privilège spécial qui garantit le paiement de l'indemnité de réduction en vertu de l'article 2374, 3° du code civil. Ce privilège, s'il a été publié, confère à l'héritier réservataire un droit de préférence et un droit de suite. Il prend rang à la date de l'acte qui fixe l'indemnité, s'il est inscrit dans les deux mois de celui-ci ; à défaut il prend rang à la date de son inscription.

452. La loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises - dite loi *Pacte* - a autorisé le gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance dans les deux ans de sa promulgation⁹⁶⁰. Les mesures à venir devant notamment porter sur le remplacement des privilèges immobiliers spéciaux par des hypothèques spéciales, **il est donc renvoyé, pour une possible évolution de l'article 2374,3° du code civil ainsi que pour l'éventuelle création d'une sûreté mobilière, à la réforme du droit des sûretés.**

453. La question est discutée de savoir si l'héritier réservataire bénéficie d'un **droit de rétention** lui permettant de subordonner la remise effective du bien objet de la libéralité au complet paiement par le gratifié non successible de l'indemnité de réduction. Certains considèrent que l'héritier réservataire peut se prévaloir d'un tel droit de rétention lorsque les conditions suivantes sont réunies : « 1° Qu'il détienne le bien, ce qui suppose en fait qu'il s'agisse d'un legs (ou d'une donation dans laquelle le *de cujus* s'était réservé l'usufruit du bien donné) et que la chose léguée (ou donnée en nue-propriété seulement) ne soit pas déjà entre les mains du légataire (ou du donataire nu-propriétaire) qui en aurait acquis la détention avant l'ouverture de la succession, par exemple en vertu d'un prêt, d'un dépôt ou encore d'un bail ; 2°. Que l'indemnité de réduction soit payable comptant, comme c'est le principe (C. civ., art. 924-3) »⁹⁶¹.

454. A cela, d'autres répondent que, pour se prévaloir d'un droit de rétention, il faut être créancier. Or, il n'est pas toujours évident que la créance soit constatée avant la demande du légataire de mise en possession. Au droit de rétention, sont encore opposées les règles relatives à la délivrance des legs⁹⁶², la jurisprudence interdisant de surseoir à la délivrance d'un legs au motif qu'il paraît réductible quand bien même l'action en réduction a d'ores et déjà été intentée⁹⁶³. Or, selon ces auteurs, « la délivrance confère la maîtrise immédiate des biens objets du legs, ce qui semble incompatible avec leur rétention par autrui »⁹⁶⁴. Ce dernier argument ne convainc pas Christophe Vernières qui observe devant le groupe de travail que « la délivrance consiste à attester la régularité du legs, ce qui n'a pas de lien avec l'atteinte à la réserve »⁹⁶⁵. De son côté, la profession notariale a proposé de reconnaître aux héritiers réservataires un droit de rétention sur le bien légué⁹⁶⁶.

455. Pour sécuriser les droits des héritiers réservataires et afin de lever l'incertitude, **le législateur pourrait énoncer que les héritiers réservataires bénéficient d'un droit de rétention, malgré la délivrance du legs.** Cependant, la protection offerte à l'héritier réservataire par un droit de rétention est limitée : le droit de rétention lui permet de refuser de remettre effectivement le bien légué ; il ne lui permet pas d'obtenir sa réserve⁹⁶⁷. Cette garantie de paiement apparaît donc moins protectrice de la réserve héréditaire que celle, contenue dans la proposition précédente, consistant à admettre que l'héritier réservataire peut demander la réduction en nature lorsque le gratifié, entre les mains duquel se trouve les biens donnés ou légués, n'a pas payé l'indemnité de réduction⁹⁶⁸.

456. Aussi est-il proposé de retenir en priorité cette proposition et de ne consacrer un droit de rétention qu'à titre subsidiaire.

Consacrer à titre subsidiaire un droit de rétention au profit de l'héritier réservataire (proposition n° 30 bis)

A cette condition, un alinéa 3 pourrait être ajouté à l'article 924 ainsi rédigé :

« L'héritier réservataire pourra opposer au légataire ou au donataire⁹⁶⁹ non successible un droit de rétention sur les effets légués ou donnés⁹⁷⁰ jusqu'à complet paiement de l'indemnité de réduction »⁹⁷¹.

960. Art. 60.

961. M. Grimaldi, *RTD civ.* 2016, 673.

962. C. civ., art. 1002.

963. B. Vareille et A. Kroell, La liquidation et le partage de la succession, *Def.* 2017, 49, spéc. n°7 et la jurisprudence citée en note 10.

964. *Ibid.*

965. Propos oraux non reproduits en annexe.

966. 111^e Congrès des notaires, *La sécurité juridique, un défi authentique*, Strasbourg, 2015, 3^e commission, 3^e proposition.

967. M. Grimaldi, *RTD civ.* 2016, 673.

968. V. proposition n°29.

969. De la nue-propriété.

970. En nue-propriété.

971. Termes reprenant pour l'essentiel ceux de la troisième proposition de la troisième commission du 111^e Congrès des notaires. Le texte du 111^e Congrès propose en outre de subordonner le droit de rétention à l'exercice de l'action en réduction dans le délai d'un an à compter de l'assignation en délivrance.

CHAPITRE 5

Le pouvoir de la volonté

457. Nul doute que **la liberté de disposer à titre gratuit est déjà importante**. Elle l'était hier ; elle l'est plus encore depuis la réforme du 23 juin 2006, comme cela a été souligné dans la première partie de ce rapport⁹⁷².

Qu'on s'autorise notamment à rappeler ici :

- 1° que le *de cuius* est bien entendu libre de disposer de la quotité disponible ordinaire comme de la quotité disponible spéciale, combinées le cas échéant, et que ce pouvoir serait lui-même accru si le choix était fait d'augmenter le taux du disponible⁹⁷³ ;
- 2° que les réservataires ont toujours été admis, une fois la succession ouverte, à laisser toute leur efficacité aux libéralités consenties par le défunt, l'action en réduction ne s'imposant pas à eux ;
- 3° que les instruments libéraux sont déjà nombreux, qui permettent de composer avec la réserve héréditaire, dans le respect de celle-ci : donation-partage, donation-partage transgénérationnelle, libéralités résiduelles et graduelles, à quoi s'ajoute la renonciation anticipée à l'action en réduction.

458. Ensuite, **la pratique de ces instruments libéraux mériterait d'être retracée**⁹⁷⁴. Car, outre le fait qu'ils supposent bien entendu des configurations patrimoniales qui s'y prêtent, l'usage qui en est fait reste apparemment très souvent empreint de considérations d'égalité, signe de **l'attachement des Français à l'égalité successorale**. C'est du moins ce qu'autorise à penser une enquête faite auprès des notaires⁹⁷⁵ : les lots des donations-partages sont bien souvent égaux en valeur, alors même qu'il n'y a pas là une condition des partages anticipés, seule l'atteinte à la réserve étant sanctionnée ; l'enfant qui s'efface dans une donation-partage transgénérationnelle le fait presque systématiquement au profit de l'ensemble de ses propres enfants, alors qu'il est admis à le faire au profit de certains seulement d'entre eux, l'égalité étant en ce cas assurée dans sa propre succession ; les renonciations anticipées à l'action en réduction restent exceptionnelles, et lorsqu'il en est fait usage c'est dans leur formule la plus prudente, consistant à renoncer à agir en réduction à l'endroit d'une libéralité déterminée et non pas plus largement d'un bénéficiaire donné⁹⁷⁶.

459. Il n'en reste pas moins que certains de ces instruments pourraient être utilement améliorés. Ils pourraient l'être afin de développer tous leurs effets en répondant au souhait, régulièrement exprimé, de pouvoir anticiper avec ses héritiers présomptifs certains aspects de sa succession et de prévenir ainsi d'éventuels différends. La sécurité attendue devant alors s'exercer dans le respect des principes du droit des successions et des libéralités.

§I. De la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR)

I. Faire évoluer la RAAR vers un véritable pacte de famille

A. Les insuffisances actuelles

460. La nature juridique de la RAAR demeure controversée : acte juridique unilatéral ou contrat unilatéral ?⁹⁷⁷ Ces hésitations sont plus largement liées au fait que la RAAR a été pensée non pas tant comme le fruit d'un réel accord entre le *de cuius* et ses héritiers réservataires présomptifs que comme une sorte de « blanc-seing que l'héritier présomptif renonçant délivre à son auteur, afin que celui-ci puisse le déshériter par des libéralités »⁹⁷⁸.

972. V. *supra* n°224s.

973. V. *supra* n°381.

974. V. aussi *supra* n°240s.

975. C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, Mission de recherche Droit et Justice, Defrenois, coll. Expertise notariale, 2017.

976. J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., p. 181s.

977. Sur ce point, v. not. : J.-F. Hamelin, Les renonciations successorales et la théorie générale de l'acte juridique, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., p. 269s, spéc. n°404s, p. 277s.

978. F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, n° 699, p. 616.

461. Ceci, pour la raison en particulier que le législateur a entendu interdire que la renonciation soit subordonnée à un engagement ou à un acte du *de cuius*. L'article 929 alinéa 3 du code civil énonce en effet que « l'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à être héritier ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier ». La renonciation doit être gratuite. La conséquence en est notamment que la renonciation « ne peut être subordonnée à une libéralité que le *de cuius* devrait consentir au renonçant »⁹⁷⁹. Le législateur a considéré que la protection du renonçant serait mieux assurée si elle était le fait d'un acte isolé. Il se serait agi d'éviter « l'achat » de telles renonciations. En cela, le code civil se démarque des solutions retenues dans les droits germaniques, allemand et suisse, dans lesquels la renonciation peut être à titre onéreux ou à titre gratuit.

462. Les inconvénients de cette interdiction sont doubles. D'abord, **le système actuel est déséquilibré au détriment des héritiers réservataires présomptifs**. Cela a été souligné à plusieurs reprises au cours des auditions, notamment par Guillaume Wicker selon qui « dans son régime actuel, la RAAR a été moins conçue comme un véritable pacte de famille que comme le moyen pour le *de cuius* d'obtenir de ses héritiers présomptifs qu'ils lui accordent le droit d'organiser sa succession en s'affranchissant de la réserve »⁹⁸⁰. De même, Claude Brenner observe lors de son audition que « le système actuel est consubstantiellement déséquilibré en ce qu'il donne primauté aux volontés du *de cuius* alors que celle-ci ne devrait logiquement avoir pleine licence que dans la mesure du disponible »⁹⁸¹ : « présentée comme un pacte de famille, elle [la RAAR] n'est, en réalité, traitée comme tel que du point de vue de sa formation, dans la mesure où elle requiert étrangement le consentement de celui dont elle élargit la liberté de disposition, tout en excluant tout engagement de sa part »⁹⁸².

Or, ce déséquilibre nuit à la réserve héréditaire elle-même, en ce qu'il encourage à analyser l'évolution contemporaine comme contribuant au déclin de cette institution et promeut des interprétations fondées sur une telle orientation. C'est ce que souligne à nouveau Claude Brenner à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux successions internationales en relevant qu'il est « très probable que l'introduction en droit français [de la RAAR ne soit] pas étrangère à la dénégation par la Cour de cassation du caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire »⁹⁸³.

463. **Ensuite, la loi est contredite par la réalité**. En pratique, la renonciation anticipée à l'action en réduction s'inscrit en effet « dans une politique de gratification, réalisée ou à venir »⁹⁸⁴. Malgré l'interdiction énoncée à l'article 929, alinéa 3, « souvent, la renonciation visera à consolider une stratégie de transmission » et « sera pour le renonçant la contrepartie d'une libéralité reçue ou attendue du *de cuius* : les enfants d'une précédente union renonceront à demander la réduction des libéralités que leur auteur a pu faire ou fera à son nouveau conjoint en considération d'une donation-partage qui leur a été consentie ou promise »⁹⁸⁵.

C'est du reste ce qu'avait montré une enquête menée auprès des notaires : « en droit, sans doute, la loi de 2006 fait de la RAAR un acte à titre gratuit purement abdicatif [...] mais en pratique, comme l'on pouvait s'y attendre, il existe généralement des contreparties à la renonciation »⁹⁸⁶. C'est ce que l'on observe aussi à l'étranger dans les systèmes juridiques qui connaissent les pactes de renonciation. En Allemagne, « les milieux notariaux rapportent que dans de nombreux cas, [...] la renonciation [...] est conclue moyennant dédommagement »⁹⁸⁷ ; en Suisse, également, la renonciation est le plus souvent « négociée » et vise à « procurer un avantage immédiat à un héritier du vivant du disposant »⁹⁸⁸.

979. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°908, p. 696.

980. V. contribution reproduite en annexe.

981. V. contribution reproduite en annexe.

982. C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 912 à 930-5, 2014, n°23.

983. V. contribution reproduite en annexe.

984. J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., n° 249, p. 198.

985. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°908, p. 696.

986. J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., n° 249, p. 198.

987. A. Röthel, La renonciation anticipée à la réserve héréditaire en droit allemand, conception, pratique et critique, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., p. 465s, spéc. n°693, p. 472.

988. P.-H. Steinauer et C. Duguet, La pratique des renonciations à la réserve héréditaire en Suisse romande, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., p. 482s, spéc. n°736, p. 494. Adde, plus largement : R.-P. Fontanet, Les pactes successoraux, Dossier expert, Transmission pour cause de mort en Suisse : une grande souplesse grâce aux pactes successoraux, *Solution notaire hebdo*, 3 oct. 2019, n°31, 18.

B. L'évolution proposée

464. Faut-il dès lors continuer à faire comme si le renonçant se contentait de renoncer à agir en réduction à l'endroit d'une personne déterminée, moyennant l'aval du *de cuius*, alors que, bien souvent, tout ceci s'inscrit dans une opération patrimoniale d'ensemble qui gagnerait aussi bien à être mise au jour ? Les consultations menées invitent à **faire glisser l'actuelle renonciation anticipée à l'action en réduction vers la figure, proprement conventionnelle, d'un pacte de famille**⁹⁸⁹. Dit autrement, « il pourrait être opportun de modifier la RAAR pour qu'elle devienne un véritable pacte de famille » *et* « qu'il s'agisse [ainsi] véritablement d'organiser collectivement la succession du *de cuius*, et non seulement de libérer ce dernier des contraintes de la réserve, »⁹⁹⁰.

465. En droit, la **solution** serait **plus conforme** qu'elle ne l'est aujourd'hui aux principes du droit des successions et des libéralités, spécialement à l'impérativité des règles sur la réserve. Claude Brenner relève en ce sens qu'« il serait alors beaucoup plus juste et convaincant de soutenir que la renonciation anticipée ne contrevient pas tant au caractère d'ordre public de la réserve héréditaire qu'à la prohibition des pactes sur succession future »⁹⁹¹. En pratique, l'évolution permettrait de **révéler des contreparties** qui, semble-t-il, existent bien souvent mais sont aujourd'hui passées sous silence afin de ne pas entacher l'opération d'une cause de nullité. Car, en l'état actuel, « le lien avec une libéralité que le renonçant attend du *de cuius* pourrait être compris comme un engagement de celui-ci ou comme une condition mise à la renonciation de l'héritier : il sera donc prudent de la taire »⁹⁹². En opportunité, enfin, cette évolution permettrait, en exposant les termes de l'accord plutôt que de les taire, d'éviter de laisser un renonçant dans l'attente de promesses qui pourraient n'être jamais tenues.

466. Ainsi, faire évoluer la RAAR actuelle vers un véritable pacte de famille permettrait d'afficher ce à quoi l'on aboutit aujourd'hui au moyen le cas échéant de contorsions juridiques auxquelles la pratique ne se risque peut-être pas trop à ce jour : une succession d'actes et des conditions visant à les lier les uns aux autres. Cela permettrait par exemple de réunir tous les enfants qui, allotis au titre d'une donation-partage, renonceraient à agir en réduction à l'endroit d'une libéralité faite à un beau-parent ou à une association... Ce qui, en l'état, supposerait de conditionner les unes aux autres les renonciations faites par chacun d'eux. Pourquoi ne pas les mettre tous autour de la table ? Cela permettrait aussi de mieux faire prendre conscience du lien entre cette renonciation anticipée et la donation reçue par eux. Ce qui, en l'état, ne serait certes pas non plus impossible, si l'on admet que ce que la loi interdit c'est que la renonciation soit conditionnée à une libéralité à venir et non qu'une libéralité soit conditionnée à une renonciation à venir⁹⁹³.

467. Cette évolution permettrait aussi ce qui ne l'est pas actuellement : **conditionner une renonciation anticipée à une libéralité**, cette fois, non pas déjà reçue du *de cuius* mais simplement **annoncée** par lui. Il pourrait conditionner sa renonciation à une libéralité qui lui serait personnellement consentie voire qui serait adressée à ses propres enfants, en ses lieu et place, dans une logique de souche. Si la libéralité n'advenait pas (le *de cuius* restant libre de la consentir), l'enfant retrouverait alors son droit de se prévaloir de son action en réduction.

468. Plus généralement, en réunissant autour de lui dans ce pacte de famille tous ses enfants, héritiers réservataires présomptifs, le *de cuius* pourrait **mieux anticiper et de façon plus transparente, les termes de sa succession**, y compris en tant que les libéralités faites empièteraient sur la réserve.

469. Cette évolution supposerait une modification de l'article 929 pour faire disparaître l'interdiction posée dans son troisième alinéa ainsi que des ajustements apportés aux textes relatifs au formalisme de l'opération, afin de permettre l'expression de leur consentement, par l'ensemble des réservataires présomptifs, réunis autour de la même table et en présence du *de cuius*⁹⁹⁴. Cela pourrait aussi s'accompagner d'une évolution du nom de cet acte juridique pour reconnaître et souligner sa nature conventionnelle.

470. On retrouverait au-delà les principaux effets attachés à l'actuelle RAAR. Le pacte de famille : ne préjugerait pas de l'option successorale ; ne vaudrait que pour les libéralités visées au pacte ; serait en revanche opposable aux

989. V. en ce sens les contributions reproduites en annexe de C. Brenner, Y. Flour et G. Wicker.

990. G. Wicker, contribution reproduite en annexe.

991. C. Brenner, contribution reproduite en annexe.

992. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°908, pp. 696-697, note 394.

993. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n°908, p. 696, note 394 : « L'on se trouve en présence, non pas d'une RAAR consentie sous la condition d'une libéralité, mais d'une libéralité acceptée sous la condition d'une RAAR. Une chose (interdite) est qu'un héritier subordonne sa renonciation à une libéralité qui lui serait faite, une autre chose (permise) est qu'un gratifié subordonne son acceptation de la libéralité à la renonciation anticipée des réservataires ».

994. Sur ces ajustements, v. *infra* n°484s.

représentants du renonçant (C. civ., art. 930-5) ; resterait susceptible de causes légales de révocation judiciaire (C. civ., art. 930-3 et 930-4) ; avec éventuellement une précision suivant laquelle la révocation prononcée à l'égard d'un des renonçants demeurerait sans effet à l'égard des autres.

471. Il est donc proposé de faire évoluer la RAAR vers un pacte de famille.

Faire évoluer la RAAR vers un pacte de famille (proposition n° 31).

A cette fin, il conviendrait de modifier l'intitulé du §3, section III, chapitre III, titre II, livre troisième du code civil et de remplacer les mots « *De la renonciation anticipée à l'action en réduction* » par les mots « *Du pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction* ». Le groupe de travail a également songé à la qualification de « pacte de famille », qui souligne bien l'évolution souhaitée de la RAAR vers un arrangement de famille. Cependant, l'expression « pacte de famille » est assez générique et peut renvoyer à d'autres actes juridiques, comme la donation-partage dont on dit volontiers qu'elle est un pacte de famille.

Il est encore proposé d'abroger le troisième alinéa de l'article 929 du code civil, cette abrogation permettant de faire apparaître dans le pacte les éventuelles contreparties à la renonciation à l'action en réduction.

Et d'ajouter à l'article 929, alinéa 1^{er} les mots suivants :

« Tout héritier réservataire présomptif peut *[dans un pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction]* renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte ».

Et de veiller, en tant que de besoin, au remplacement des termes « *la renonciation* » par « *le pacte familial de renonciation* » au sein de cette rubrique.

II. Préciser l'objet de la renonciation

A. Inscrire dans la loi que la renonciation ne porte que sur la part du renonçant dans l'indemnité de réduction

472. Au lendemain de la loi du 23 juin 2006, la portée liquidative de la RAAR a été controversée. Suivant une première analyse, l'héritier ne renonce pas à sa part de réserve, il ne renonce qu'à l'indemnité de réduction qu'il aurait pu personnellement demander au gratifié. Dès lors, lorsque certains des héritiers réservataires n'ont pas consenti de RAAR, le gratifié dont la libéralité est excessive doit indemniser les réservataires sans pouvoir prétendre imputer la fraction réductible de la libéralité sur la part de réserve du renonçant. Selon une seconde analyse, l'héritier présomptif renoncerait plus largement à ses droits réservataires, ce qui permettrait au contraire d'imputer la libéralité dépassant la quotité disponible sur sa part de réserve⁹⁹⁵. Suivant qu'on retient l'une ou l'autre, l'imputation des libéralités et les résultats liquidatifs varient, la seconde méthode étant plus défavorable au renonçant. La première analyse l'a aujourd'hui largement emporté en doctrine⁹⁹⁶ et tel est également le parti pris par une réponse ministérielle⁹⁹⁷.

473. Afin de clarifier définitivement la portée de la renonciation anticipée, il pourrait s'agir d'inscrire dans la loi que le renonçant ne renonce pas à ses droits dans la réserve héréditaire mais uniquement à sa part dans l'indemnité de réduction.

995. En ce sens, v. not. : N. Levillain, La renonciation anticipée à l'action en réduction, *JCP N* 2006, 1349.

996. En ce sens, v. : B. Vareille, Portée liquidative de la renonciation à l'action en réduction : attention danger !, *Def.* 2008, 159. V. aussi : C. Brenner, *J.-c. civ.*, art. 912 à 930-5, fasc. 50, 2014, n°55s ; I. Dauriac, La renonciation anticipée à l'action en réduction, *D.* 2006, 2574 ; F. Sauvage, La renonciation à l'action en réduction, *AJ fam.* 2006, 355. *Addé* : M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n°910, p. 698 ; Ph. Malaurie et C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, 8^e éd., 2018, n°767 ; C. Pérès et C. Vernières, *Droit des successions, op. cit.*, n°729, p. 652 ; F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Droit civil, Les successions, Les libéralités, op. cit.*, n°1239, p. 1103s.

997. Rép. min. n°22306, *JOAN Q* 12 août 2008, p. 699.

Confirmer à l'article 929 du code civil que le renonçant ne renonce pas à ses droits dans la réserve héréditaire mais uniquement à sa part dans l'indemnité de réduction (proposition n° 32).

Les mots suivants pourraient être ajoutés au début de l'article 930-2, alinéa 1^{er} :

« *La renonciation ne porte que sur la part du renonçant dans l'indemnité de réduction* ».

La suite de l'article 930-2 pourrait être simplifiée en conséquence.

B. Inscrire dans la loi la faculté tant d'une renonciation définitive à l'action en réduction ou en retranchement que d'une renonciation au paiement immédiat de l'indemnité de réduction

474. L'article 929 du Code civil permet au renonçant de renoncer définitivement à son action en réduction. Or, qui peut le plus ne peut-il le moins ? Le renonçant ne devrait-il pas aussi être admis à renoncer temporairement à son action en réduction, autrement dit à renoncer à se prévaloir d'un paiement immédiat de l'indemnité de réduction ? La faculté n'est autre que celle prévue par l'article 1527 alinéa 3 au titre de l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs⁹⁹⁸. Pourtant, comme le relève Guillaume Wicker, faute d'être explicitement inscrite à l'article 929 et peut-être aussi parce qu'elle ne fait pas toujours l'unanimité⁹⁹⁹, « cette interprétation semble ne recevoir aucun écho dans la pratique », alors qu'elle pourrait utilement permettre « d'anticiper la question du délai de paiement des soultes »¹⁰⁰⁰.

475. En droit, cette évolution pourrait se revendiquer « de la lettre des textes » – les articles 929 et 1527, alinéa 3 ne s'excluant pas les uns les autres – et « de leur esprit – l'action en retranchement des avantages matrimoniaux n'étant qu'une forme d'action en réduction »¹⁰⁰¹. En pratique, cela permettrait de prévoir simplement dans le pacte de famille une renonciation au paiement immédiat de l'indemnité de réduction dont il faudrait alors préciser les termes afin notamment de prévenir les incidences liquidatives au second décès.

476. Il est donc proposé d'inscrire dans la loi la faculté de stipuler dans le pacte de famille une renonciation anticipée au paiement immédiat de l'indemnité de réduction.

Préciser dans la loi la faculté de stipuler dans le pacte familial une renonciation anticipée au paiement immédiat de l'indemnité de réduction (proposition n° 33).

L'article 929, alinéa 1^{er} du code civil pourrait être ainsi modifié :

« Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer [*dans un pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction*] à exercer une action en réduction [*ou au paiement immédiat de l'indemnité de réduction*] dans une succession non ouverte. »

La réforme en cours du droit des sûretés pourrait par ailleurs être l'occasion de clarifier les garanties dont cette renonciation temporaire pourrait être assortie. En effet, en l'état, l'article 1527, alinéa 3 fait référence à un privilège mobilier tout en renvoyant à un texte sur les privilèges immobiliers (art. 2374, 3°).

477. A l'inverse, la renonciation temporaire à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux prévue à l'article 1527, alinéa 3, n'exclut très vraisemblablement pas la faculté générale de renoncer définitivement à l'action

998. Sur laquelle, v. *supra* n°210s.

999. V., par ex. : B. Vareille, *LPA*, 6 août 2019, n°156.3 : « Rien n'autorise à exporter la renonciation anticipée temporaire vers le droit commun. En effet, elle n'est applicable qu'aux avantages matrimoniaux. Et c'est une exception à la prohibition des pactes sur succession future, justifiée par la situation de recomposition familiale. Si affaiblie qu'elle soit, la prohibition impérative impose une interprétation restrictive de toute exception ».

1000. G. Wicker, contribution reproduite en annexe.

1001. S. Gaudemet, *Def.* 2019, n°18-20, 32.

en réduction des articles 929 et suivants. Les travaux préparatoires de la loi du 23 juin 2006 sont en ce sens¹⁰⁰² ainsi d'ailleurs qu'une récente réponse ministérielle selon laquelle « cette voie spéciale de renonciation n'exclut nullement la renonciation – définitive – à l'action en réduction de droit commun, laquelle demeure ouverte et n'est nullement exclue par l'article 1527 du Code civil »¹⁰⁰³. Au fond, la solution se justifie par le fait que l'action en retranchement des avantages matrimoniaux n'est qu'une application particulière de l'action en réduction des libéralités excessives. Au demeurant, « on comprendrait difficilement qu'un réservataire présomptif puisse renoncer à l'avance à la protection de sa réserve vis-à-vis de quiconque, à l'exclusion seulement de son beau-père ou de sa belle-mère dans la mesure où il serait avantagé par contrat de mariage »¹⁰⁰⁴.

478. Il est donc proposé de confirmer dans la loi la faculté d'une renonciation définitive à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs.

Confirmer dans la loi la faculté d'une renonciation définitive à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs (proposition n° 34).

En conséquence, l'article 1527, alinéa 3 pourrait être ainsi rédigé :

« Toutefois, ces derniers peuvent, dans les formes prévues aux articles 929 à 930-1, renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant [ou y renoncer définitivement]. »

C. Ouvrir une faculté de renonciation à l'article 738-2 du code civil

479. Cette question disparaîtrait bien entendu si l'on envisageait, ainsi que cela est proposé dans le présent rapport, de supprimer le droit de retour de l'article 738-2 du Code civil et de le remplacer par une créance d'aliment au profit des ascendants dans le besoin¹⁰⁰⁵.

480. En revanche, si l'article 738-2 devait être maintenu, le dispositif actuel a pour conséquence que les père et mère donateurs ne peuvent pas renoncer, du vivant du *de cuius*, à leur droit de retour légal, s'agissant d'un droit successoral, tandis que des héritiers réservataires peuvent renoncer à leur action en réduction, ce qui n'est pas cohérent. D'autant que la Cour de cassation a rappelé que la renonciation à invoquer une clause de retour conventionnel, du vivant du donateur, n'emporte pas renonciation à invoquer un droit de retour légal¹⁰⁰⁶ ; ce qui peut laisser à craindre qu'il soit parfois fait usage de ce dernier à contretemps.

481. Dans ces conditions, il est proposé, pour le cas seulement où ce droit serait maintenu, de permettre aux père et mère de renoncer au droit de retour légal de l'article 738-2 du vivant de l'enfant donataire.

Permettre, pour le cas où ce droit serait maintenu, aux père et mère de renoncer au droit de retour légal de l'article 738-2 du vivant de l'enfant donataire (proposition n° 35).

Un alignement sur les formes prévues à l'article 930 n'apparaît pas ici nécessaire s'agissant de biens initialement donnés par le renonçant. Un acte notarié ordinaire suffit.

En conséquence, un alinéa 4 pourrait être ajouté à l'article 738-2 du code civil dans les termes suivants :

« Toutefois, les père et mère ou l'un d'eux peuvent, par acte notarié, renoncer à exercer leur droit de retour du vivant du donataire ».

1002. C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 929 à 930-5, *op. cit.*, n°17 : « Le texte de l'article 1527, alinéa 3 est le fruit d'un amendement de la commission des lois du Sénat, qui a été adopté par cette assemblée sur la déclaration qu' « à partir du moment où l'on peut renoncer à la réduction, il doit être possible de renoncer à l'action en retranchement. C'est pourquoi nous aménageons la renonciation à l'exercice de l'action en retranchement, qui obéirait à la même logique que la renonciation anticipée à l'action en réduction contre une libéralité excessive. Tel est l'objet de cet amendement » (Déclaration de M. Richemont, rapporteur au nom de la commission des lois du Sénat : JP Sénat [CR], séance du 17 mai 2006, p. 4012). Même si c'est à tort, puisque la faculté de renoncer à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux qui a été admise est seulement provisoire, c'est dans la conviction qu'ils ne faisaient que transposer à la matière la possibilité nouvellement admise d'une renonciation anticipée à agir en réduction que les sénateurs ont donc, semble-t-il, voté le texte. Dès lors, il n'y a aucune raison, *a priori*, de ne pas admettre cette transposition ».

1003. Rép. min. n°12380, JOAN 1^{er} janv. 2019, p. 12456. Sur laquelle, v. : S. Gaudemet, *Def.* 2019, n°18-20, 32 ; B. Vareille, *LPA*, 6 août 2019, n°146m3.

1004. C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 929 à 930-5, *op. cit.*, n°17. Dans le même sens : O. Hoareau et Ph. Van Steenlandt, La renonciation anticipée à l'action en retranchement, *JCP N* 2008, 1357, n°17s.

1005. V. *supra* n°343s.

1006. Cass. civ. 1^{re}, 21 oct. 2015, n°14-21337, *JCP* 2016, 79 note C. Goldie-Genicon ; *RTD civ.* 2015, 918 obs. M. Grimaldi ; *RJPF* 2018-12/29 obs. F. Sauvage.

II. Adapter le formalisme

A. Maintenir un formalisme renforcé

482. La renonciation anticipée à l'action en réduction est soumise à un formalisme rigoureux destiné à protéger l'expression du consentement du renonçant¹⁰⁰⁷. Elle doit être établie par un acte authentique **reçu par deux notaires**, le second étant désigné par le président de la chambre des notaires ; elle doit être faite dans un acte *ad hoc* et ne peut donc pas être incluse dans un autre acte, telle la libéralité pour laquelle l'héritier renonce à agir en réduction. Le consentement du renonçant doit être reçu par les notaires en l'absence de toute autre personne, notamment du *de cuius*. L'acte peut contenir les renonciations de plusieurs héritiers réservataires présomptifs pourvu que le consentement de chacun soit reçu isolément. L'acte doit enfin mentionner les conséquences juridiques de la renonciation pour le renonçant, ce afin de lui permettre de prendre conscience de la portée de sa renonciation, bien que les effets de celle-ci ne puissent être appréciés précisément qu'au décès du disposant.

483. Ce formalisme a certes été diversement reçu et il a parfois été proposé au cours des auditions de le supprimer afin d'assouplir la renonciation¹⁰⁰⁸. On rappellera simplement que l'exigence d'un second notaire ne participe d'aucune défiance à l'égard d'un officier public ministériel dont l'impartialité est consubstantielle à la mission. Elle vise, par une solennité propre, à appeler l'attention du *de cuius* et des renonçants sur l'importance de l'acte. De fait, lorsqu'on les interroge, les notaires non seulement associent cette exigence à la gravité de la renonciation par le renonçant¹⁰⁰⁹ mais encore sont pour certains finalement satisfaits de pouvoir compter sur la présence d'un confrère lors d'un acte qui demeure exceptionnel. De l'étranger, ce formalisme est d'ailleurs parfois salué. Ainsi, en Allemagne, où la renonciation anticipée à la réserve héréditaire se fait par acte notarié ordinaire et où la jurisprudence se contente même de renonciations tacites se déduisant des pactes successoraux, une partie de la doctrine regrette aujourd'hui le caractère insuffisamment protecteur des règles applicables aux renonciations¹⁰¹⁰.

En définitive, il est proposé de maintenir l'exigence d'un second notaire à l'article 930 du code civil dans le pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction.

Maintenir l'exigence d'un second notaire à l'article 930 du code civil dans le pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction (proposition n° 36).

B. Permettre l'expression simultanée des consentements

484. En l'état actuel, d'une part, les consentements du renonçant à l'action en réduction, et du *de cuius* ne sont pas recueillis simultanément. Le consentement du renonçant est recueilli en premier par les deux notaires et le *de cuius* consent ensuite à cette renonciation. La nécessité du consentement du *de cuius* résulte de l'article 929, alinéa 1^{er} selon lequel « la renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter ». D'autre part, si des héritiers réservataires présomptifs renoncent ensemble, soit au profit d'un tiers gratifié, soit à leur profit réciproque, le consentement doit être reçu isolément¹⁰¹¹. C'est dire qu'aujourd'hui, les différents consentements sont recueillis de façon séparée.

485. En résulte théoriquement des hésitations relativement à la nature juridique – acte unilatéral ou contrat unilatéral – de la renonciation de l'article 929¹⁰¹². Les travaux préparatoires de la loi du 23 juin 2006 sont sur ce point contradictoires et la doctrine partagée, même si, à la réflexion, « la conception qui voit dans l'acceptation du *de cuius* un simple élément de perfection de la renonciation », conditionnant non la validité mais l'efficacité de celle-ci, « paraît la plus

1007. C. civ., art. 930.

1008. En ce sens, v. : A. Henry et I. Bourdel, Fondation de France, contribution reproduite en annexe : « cette renonciation pourrait être faite devant un notaire uniquement, au lieu de deux, en présence du donateur et du renonçant ».

1009. J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., n°250, pp. 199-200.

1010. A. Röthel, La renonciation anticipée à la réserve héréditaire en droit allemand, conception, pratique et critique, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., n°709, p. 481.

1011. C. civ., art. 930.

1012. Sur lesquelles, v. not. : C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 929 à 930-5, op. cit., n°355.

solide » car « elle s'accorde le mieux avec la formulation de la loi »¹⁰¹³. Or, justement, elle porte à voir dans la renonciation à l'action en réduction un acte juridique unilatéral.

486. Afin de **transformer la RAAR en un véritable pacte de famille** formé par un accord de volontés du ou des renonçant(s) et du *de cuius*, il convient d'**apporter des ajustements aux conditions dans lesquelles ces différents consentements sont recueillis**. Pour préserver l'intégrité du consentement du renonçant, une première étape pourrait être conservée de nature à permettre aux notaires de recevoir chacun des renonçants de façon séparée. Puis, dans un second temps, le ou les renonçants, d'une part, et le *de cuius*, d'autre part, exprimeraient ensemble leur consentement au pacte de famille lequel serait ainsi formé¹⁰¹⁴. Ce mode de formation de l'acte accompagnerait l'évolution de cet outil vers un instrument de nature conventionnelle permettant de révéler en transparence la stratégie globale de transmission à laquelle le pacte participe. En pratique, après avoir été reçus séparément, le ou les réservataires présomptifs et le *de cuius* seraient tous réunis autour de la table au lieu que les consentements soient recueillis successivement.

487. Il est donc proposé que **les consentements du ou des renonçants à l'action en réduction et du de cuius soient exprimés simultanément dans le pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction**.

Permettre l'expression simultanée des consentements dans le pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction (proposition n° 37)

A cette fin, pourraient être supprimés à l'article 929, alinéa 1^{er} *in fine* la phrase :

« *La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter* ».

Et l'article 930 pourrait être ainsi rédigé :

« *Le pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction est établi par acte authentique reçu par deux notaires. Les notaires reçoivent séparément chacun des renonçants. Ils réunissent ensuite tous les renonçants et celui dont ils ont vocation à hériter et recueillent simultanément leurs consentements. L'acte mentionne précisément ses conséquences juridiques futures pour chaque renonçant.*

[Le pacte] est nul lorsqu'il n'a pas été établi dans les conditions fixées au précédent alinéa, ou lorsque le consentement du renonçant a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence ».

La suite du texte serait inchangée.

IV. Permettre au majeur protégé de conclure un pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction avec l'autorisation du juge

488. En application de l'article 930-1 du code civil issu de la loi du 23 juin 2006, celui qui renonce à l'action en réduction doit avoir la capacité de consentir une donation entre vifs et être sain d'esprit. Il est ainsi renvoyé aux règles générales de la « capacité de disposer ou de recevoir par donations entre vifs ou par testament » fixées aux articles 901 et suivants. L'article 930-1 précise en outre que le mineur émancipé ne peut renoncer par anticipation à l'action en réduction. En application de l'article 509 issu de la loi du 5 mars 2007, le tuteur ne peut, même avec une autorisation, représenter le majeur sous tutelle à une renonciation anticipée à l'action en réduction¹⁰¹⁵.

1013. C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 929 à 930-5, *op. cit.*, n°37.

1014. L'introduction d'un délai de réflexion, après avoir été envisagée par le groupe de travail, a finalement été écartée en raison des difficultés pratiques que pourraient soulever sa mise en œuvre.

1015. La loi du 5 mars 2007 a mis fin aux interrogations suscitées par la loi de 2006. En effet, deux interprétations avaient été proposées :

- la première consistait à appliquer la règle selon laquelle la capacité à renoncer est celle exigée pour consentir une donation et, par conséquent, à reconnaître au majeur en tutelle la capacité de renoncer après autorisation du juge ou du conseil de famille et avec l'assistance ou, au besoin, la représentation du tuteur ;
- la seconde refusait au majeur en tutelle, même autorisé et assisté ou représenté, la faculté de renoncer à exercer l'action en réduction, au motif que la renonciation n'est pas une libéralité mais un acte *sui generis* entraînant renonciation à un droit.

489. En résultent les distinctions suivantes :

- *le mineur non émancipé (sous administration légale)* ne peut pas renoncer de manière anticipée à l'action en réduction en application des articles 903 et 904. Les règles relatives à l'administration légale qui ont été modifiées par l'ordonnance du 15 octobre 2015 ne visent pas la renonciation anticipée à l'action en réduction parmi les actes interdits à l'administrateur légal même avec l'autorisation du juge. Cette lacune a été regrettée en doctrine.

- *le mineur émancipé* ne peut pas renoncer de manière anticipée à l'action en réduction, cet acte étant expressément interdit (c. civ., art. 930-1). La loi de 2006 a instauré cette incapacité spéciale de jouissance dans la crainte que le mineur émancipé ne puisse être exposé à des pressions de son entourage en raison de son jeune âge.

- *le mineur sous tutelle* est soumis à l'article 509 qui exclut une représentation du mineur par le tuteur, même avec l'autorisation du conseil de famille ou, le cas échéant, du juge aux affaires familiales. De manière générale, les articles 903 et 904 précités s'appliquent également à lui.

- *le majeur sous sauvegarde de justice* peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte.

- *le majeur en curatelle* peut renoncer de façon anticipée à agir en réduction avec l'assistance du curateur¹⁰¹⁶. En effet, selon l'article 470, alinéa 2, la personne en curatelle peut consentir une donation avec l'assistance de son curateur. Cependant, le point reste discuté¹⁰¹⁷.

- *le majeur en tutelle*, en application de l'article 509, ne peut pas conclure une RAAR et l'interdiction s'étend corrélativement à la personne habilitée dans le cadre d'une habilitation familiale (c. civ., art. 494-6), comme au mandataire de protection future (c. civ., art. 490).

490. L'**interdiction** faite au majeur sous tutelle et, par extension, à la personne protégée par une habilitation familiale ou un mandat de protection future de conclure une renonciation anticipée à l'action en réduction a pu être **regrettée**. Au cours des travaux préparatoires de la loi du 23 juin 2006, le rapporteur devant l'Assemblée Nationale avait ainsi relevé que le texte « exclut les majeurs en tutelle d'un dispositif qui, avec le contrôle du juge des tutelles, leur permettrait pourtant d'obtenir, par exemple, un usufruit accru en renonçant à une réserve qui s'apprécie nécessairement en pleine propriété. Votre rapporteur tient à souligner que le souhait que les majeurs en tutelle puissent renoncer dans ces conditions émane des associations représentant les personnes handicapées elles-mêmes »¹⁰¹⁸.

491. Au cours des auditions, il a également été souligné qu'il est des hypothèses « où l'état de la personne protégée excluant qu'elle puisse avoir une descendance, il serait **conforme à ses intérêts** qu'elle reçoive l'usufruit de l'ensemble des biens du *de cujus* quand les autres héritiers n'en recueilleraient que la nue-propriété. Par l'effet de ce démembrement, qui contrevient aux règles de la réserve héréditaire, serait assuré au mieux l'entretien de la personne protégée. Partant, il serait utile de modifier les textes actuels pour que la RAAR soit incluse dans les actes que le tuteur peut accomplir avec une autorisation, de façon que la solution soit dictée par la situation concrète de la personne protégée »¹⁰¹⁹.

492. Le glissement de la renonciation anticipée à l'action en réduction vers un véritable pacte de famille pourrait être de nature à favoriser cette évolution. En effet, **la révélation des éventuelles contreparties à la renonciation permettrait de mesurer ce que le majeur protégé retirerait de sa renonciation**. Cette possibilité, même conditionnée à l'autorisation du juge pour le majeur en tutelle, permettrait d'envisager la conclusion d'un pacte de famille dans des hypothèses où la RAAR est aujourd'hui exclue alors que l'acte serait, par hypothèse s'il est autorisé, dans l'intérêt du majeur protégé. Enfin, l'élargissement du pacte de famille au majeur protégé s'inscrirait dans le processus actuel de valorisation de l'autonomie et de responsabilisation de la personne protégée, que la loi du 23 mars 2019 a d'ailleurs récemment étendu en matière familiale.

493. En revanche, bien qu'une telle évolution soit également souhaitée par certains, notamment afin de favoriser la philanthropie¹⁰²⁰, **le pacte de famille doit rester interdit aux mineurs**. Car si les majeurs sous tutelle n'ont qu'une infime

1016. V. A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, *La réforme du droit des majeurs protégés*, LexisNexis, Litec, coll. Pratique notariale, 2009, n°528, p. 135 ; G. Raoul-Cormeil, L'incapable du nouveau droit des libéralités et des successions, *JCP N* 2007, 1202, spéc. n° 17 ; S. Deville et M. Nicod, *Rép. civ. Dalloz, V° Réserve héréditaire*, n° 122.

1017. C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 929 à 930-5, *op. cit.*, n°29.

1018. S. Huyghe, Rapport n°2850, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 8 février 2006.

1019. G. Wicker, contribution reproduite en annexe.

1020. En ce sens, v. A. Henry et I. Bourdel, Fondation de France, contribution reproduite en annexe.

chance de recouvrer leur capacité, les mineurs deviennent un jour majeurs. Leurs droits doivent donc être préservés afin qu'ils puissent eux-mêmes librement en disposer. On observera d'ailleurs qu'en Allemagne, où des pactes de renonciation à la réserve sont parfois conclus par de jeunes majeurs, « les cabinets d'avocats se font l'écho, dans leur pratique quotidienne, de la multiplication des cas dans lesquels [c]es enfants entendent contester la validité des renonciations consenties au profit de leurs parents. Sur le plan législatif, il a d'ailleurs été proposé d'accorder aux enfants qui ont renoncé à leur réserve héréditaire un droit de révocation (« *Widerruf* ») susceptible d'être exercé dans les trois mois qui suivent leur trente ans »¹⁰²¹. En opportunité, et pour éviter tout contentieux, il est sans doute sage d'attendre que l'enfant majeur ait une certaine maturité.

494. Pour ces raisons, il est proposé d'interdire la renonciation anticipée à agir en réduction aux seuls mineurs non émancipés, sous administration légale ou sous tutelle (C. civ., art. 902 et s.) et de maintenir l'incapacité spéciale de jouissance du mineur émancipé. Il s'agirait de permettre aux majeurs protégés de renoncer à agir en réduction dans les mêmes conditions que celles exigées pour consentir une donation.

Permettre au majeur protégé de conclure un pacte de famille avec l'autorisation du juge (proposition n° 38)

En conséquence, il est proposé de maintenir la rédaction actuelle de l'article 930-1 du Code civil mais de supprimer la mention de la renonciation anticipée à l'action en réduction de la liste des actes interdits au tuteur de l'article 509 du code civil.

495. A supposer suivies ces propositions, le pacte de famille serait également soumis à autorisation préalable du juge en cas de mandat de protection future notarié (C. civ., art. 490) ou sous seing privé (C. civ., art. 493) et en présence d'une habilitation familiale (C. civ., art. 494-6).

V. Sécuriser la renonciation en l'absence de représentation du renonçant

496. Les descendants du renonçant qui viennent à la succession du *de cuius* par représentation ne peuvent pas exercer l'action en réduction à laquelle le renonçant avait renoncé. Cela résulte de l'article 930-5 du code civil aux termes duquel : « La renonciation est opposable aux représentants du renonçant ». La solution se justifie pleinement. D'une part, lorsqu'ils viennent à la succession du *de cuius* par représentation, les représentants recueillent la réserve de leur souche. D'autre part, « cette solution [est] une nécessité pratique pour la viabilité du mécanisme de la renonciation anticipée à l'action en réduction » : si elle n'était pas retenue, il suffirait « à l'enfant ayant renoncé à agir en réduction de renoncer à l'entière succession, une fois celle-ci ouverte, pour priver d'effet sa renonciation première et permettre à ses propres enfants de recueillir éventuellement des droits auxquels il n'aurait pu prétendre »¹⁰²².

497. En toute logique, on devrait pareillement considérer que la renonciation anticipée à l'action en réduction produit ses effets lorsque les descendants du renonçant viennent à la succession du *de cuius* non par représentation mais de leur propre chef. Il conviendrait donc d'écarter une interprétation littérale de l'article 930-5¹⁰²³ : bien que ce texte fasse expressément référence aux seuls « représentants » du renonçant, il faudrait retenir « plus généralement que la renonciation est opposable aux descendants du renonçant qui viennent à la succession à sa place de quelque manière que ce soit ». L'on observe encore en ce sens que « la détermination et la dévolution de la réserve héréditaire des descendants sont indépendantes de la représentation » : elles « opèrent systématiquement par souche, que les descendants au-delà du premier degré soient appelés à la succession de leur propre chef ou par représentation »¹⁰²⁴.

498. Cette analyse est cependant remise en cause par la jurisprudence. La Cour de cassation considère en effet que la représentation successorale, supposant une pluralité de souches, est exclue en cas de souche unique¹⁰²⁵.

1021. A. Röthel, La renonciation anticipée à la réserve héréditaire en droit allemand : conception, pratique et critique, in C. Pèrès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, op. cit., p. 465s, spéc., n°709, pp. 480-481.

1022. C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 929 à 930-5, op. cit., n°49.

1023. En faveur de cette interprétation littérale, v. not. : G. Wicker, Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution, *Dr. et patr.* n°157, 1^{er} mars 2007 : de l'article 930-5, il résulte que « la renonciation à l'action en réduction peut être privée de tout ou partie de sa portée [...] si ses descendants viennent à la succession de leur propre chef. La renonciation à la succession peut ainsi permettre de revenir sur une renonciation anticipée à l'action en réduction ».

1024. C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 929 à 930-5, op. cit., n°49.

1025. Cass. civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n°12-17556, *Bull. civ.*, I, n°192 ; *JCPN* 2013, 1279 note M. Nicod ; *RTD civ.* 2013, 875 obs. M. Grimaldi ; *AJ fam.* 2013, 652 obs. N. Levillain (rendu en application de la loi du 3 décembre 2001) ; 14 mars 2018, n°17-14583, *Bull. civ.*, I, n°51, *Dr. fam.* 2018, comm. 155 M. Nicod ; *AJ*

Dans cette hypothèse, les descendants d'un enfant unique - renonçant, indigne ou prédécédé - viennent donc de leur propre chef à la succession du *de cuius*. Cette interprétation jurisprudentielle est assez largement critiquée en doctrine. Ses conséquences sont regrettables - elle conduit en matière liquidative à des solutions différentes selon que le *de cuius* avait eu un seul ou plusieurs enfants¹⁰²⁶ - et son fondement dépassé par le renouvellement apporté à la représentation successorale par les réformes de 2001 et 2006. Comme cela a été montré¹⁰²⁷, et bien que l'article 751 continue à parler de « fiction juridique », ce mécanisme n'est plus à proprement parler une représentation. Il eût donc été « préférable de l'abandonner et, avec elle, la distinction entre l'héritier qui vient par représentation et celui qui vient de son chef, pour énoncer tout simplement qu'en présence de descendants ou de collatéraux privilégiés la succession est dévolue aux héritiers les plus proches dans chaque souche »¹⁰²⁸.

499. Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence est de nature à fragiliser la renonciation anticipée à l'action en réduction. En effet, celle-ci se trouve vraisemblablement privée d'efficacité toutes les fois que le renonçant est un enfant unique du *de cuius* : ses propres enfants, ne pouvant venir par représentation au terme de cette jurisprudence, pourront demander la réduction à laquelle il avait pourtant été valablement renoncé¹⁰²⁹.

500. Aussi est-il proposé, pour sécuriser la renonciation anticipée à l'action en réduction et assurer son efficacité, de dire dans la loi que cette renonciation est opposable aux descendants du renonçant sans plus faire référence à ses seuls représentants. Naturellement, cette proposition serait privée d'objet si la représentation successorale devait être admise en cas de souche unique.

Sécuriser la renonciation anticipée à l'action en réduction en l'absence de représentation du renonçant (proposition n° 39)

En conséquence, l'article 930-5 pourrait être ainsi modifié :

« La renonciation est opposable aux [descendants] du renonçant »

§II. Des donations attribuant des droits indivis

I. Stabiliser la valeur des biens donnés

501. La donation-partage¹⁰³⁰ est un outil privilégié utilisé dans la plupart des stratégies de transmission patrimoniale. C'est en présence d'héritiers réservataires qu'elle prend tout son intérêt : elle n'est pas rapportable ; elle est soumise pour le calcul de la réserve héréditaire et les imputations à des règles dérogatoires qui permettent de cristalliser les valeurs au jour de l'acte¹⁰³¹ ; l'action en réduction se prescrit par un délai de cinq ans¹⁰³² ; la sanction de la lésion est exclue¹⁰³³. L'ensemble permet de sécuriser l'opération de gratification voulue par le disposant.

502. Par deux arrêts des 6 mars¹⁰³⁴ et 20 novembre 2013¹⁰³⁵, la Cour de cassation a cependant remis en cause la pratique notariale répandue des donations-partages contenant des dispositions faites en indivision : il ne peut y avoir donation-partage qu'autant qu'il y a partage, c'est-à-dire répartition matérielle des biens entre les gratifiés. Si l'acte n'attribue que des droits indivis à certains gratifiés, il encourt la requalification en donation ordinaire avec les conséquences qui en découlent en termes de rapport des libéralités et de réserve héréditaire.

fam. 2018, 305 obs. J. Casey ; *Def.* 2018, n°42, 41 obs. S. Gaudemet (rendu en application de la loi du 23 juin 2006).

1026. Sur lesquelles, v. not. : M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n°160, p. 124s.

1027. S. Gaudemet, La représentation successorale au lendemain de la loi du 23 juin 2006, *Def.* 2006, 1366.

1028. M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n°161, p.127.

1029. En ce sens, v. : M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n°910, p. 697, note 396.

1030. C. civ., art. 1076 et s.

1031. En application de l'article 1078, sous condition notamment d'unanimité des héritiers réservataires, les biens donnés sont réunis fictivement aux biens existants pour leur valeur au jour de l'acte, et non au jour du décès (C. civ., art. 922). Les valeurs sont ainsi gelées, ce qui sécurise l'opération de transmission.

1032. C. civ., art. 1077-2, al. 2. Alors que, si le délai de droit commun est fixé à cinq ans à compter de l'ouverture de la succession, il peut aussi aller jusqu'à dix ans si l'héritier réservataire agit dans les deux ans qui suivent le jour où il a eu connaissance de l'atteinte portée à sa réserve (C. civ., art. 921, al. 2).

1033. C. civ., art. 1075-3. Comp. : c. civ., art. 889.

1034. Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2013, n°11-21892, *Bull. civ.*, I, n°34 ; *Def.* 2013, 463 note. F. Sauvage ; *RTD civ.* 2013, 424 obs. M. Grimaldi ; *Def.* 2014, 348 note M. Nicod. *Adde* : F. Letellier, Donation-partage et indivision : le mariage impossible ?, *Mélanges J. Combret*, Lextenso, 2017, p. 179.

1035. Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 2013, n°12-25681, *Bull. civ.*, I, n°223, *JCP N* 2014 1168 ét. Ph. Potentier, *Def.* 2013, 1259 note M. Grimaldi et les références citées à la note précédente.

503. Il existe pourtant des situations dans lesquelles les biens ne peuvent être donnés qu'en indivision. Il est désormais impossible de le faire en bénéficiant de l'exclusion du rapport et de la cristallisation des valeurs attachées à la donation-partage alors que ces éléments sont fréquemment recherchés en tant que tels par les gratifiés et le disposant. Les premiers veulent en effet pouvoir « accaparer les plus-values advenues aux biens qui leur ont été donnés et qu'ils ont entre leurs mains » ; le second veut « garantir à chacun des droits définitifs et intangibles »¹⁰³⁶. Or, comme cela a été montré, « cet atout, s'il est aujourd'hui spécifique à la donation-partage, ne participe pas [...] de son essence, ni même de sa nature juridique : il s'agit d'un bénéfice extérieur à sa logique dont elle se trouve assortie sous conditions par une pure faveur légale, laquelle se relie bien davantage à la transmission anticipée que comporte l'opération qu'à la répartition qu'elle réalise ».

504. Aussi le 110^e Congrès des notaires a-t-il proposé que la loi soit aménagée afin de permettre de stabiliser, au jour de l'acte, la valeur des biens donnés pour le calcul de la réserve ainsi que pour le rapport à succession et que cette stabilisation soit subordonnée, comme dans la donation-partage¹⁰³⁷ : à la gratification par acte notarié de tous les héritiers réservataires présomptifs, à leur consentement unanime exprimé dans l'acte lui-même ou dans un acte notarié ultérieur et à l'absence de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent¹⁰³⁸. Il s'agirait ainsi de **créer un nouveau pacte** permettant, comme l'ont souligné Claude Brenner et Antoine Bouquemont, de « donner des biens, partiellement ou totalement en indivision, avec la même force qu'une donation-partage unanime. Avec l'accord de tous ses présomptifs héritiers, le disposant pourrait [...] valablement décider dans un acte de donation ordinaire que la valeur des biens donnés serait figée au jour de l'acte, non seulement pour les besoins du rapport à succession ainsi qu'il est déjà permis actuellement, mais aussi pour le calcul de la réserve et les imputations, ce qui est aujourd'hui un bénéfice exclusif de la donation-partage unanime »¹⁰³⁹.

505. Dans ces circonstances, afin d'apporter une solution pratique et d'offrir aux donations comportant des attributions indivises les effets possiblement attachés à la donation-partage, il est donc proposé de permettre de stabiliser dans une donation ordinaire la valeur des biens donnés au jour de l'acte pour le calcul de la réserve et le rapport des libéralités moyennant l'accord de tous les héritiers réservataires présomptifs.

Permettre de stabiliser dans une donation ordinaire comportant des biens en indivision la valeur des biens donnés au jour de l'acte pour le calcul de la réserve et le rapport des libéralités moyennant la gratification et l'accord de tous les héritiers réservataires présomptifs (proposition n° 40)

En conséquence, un complément pourrait être apporté à l'article 860 du code civil sous la forme d'un nouvel alinéa (alinéa 5) susceptible d'être ainsi rédigé¹⁰⁴⁰ :

« Néanmoins, à condition que tous les héritiers réservataires vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient été gratifiés dans le même acte de donation et qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent, il serait tenu compte de la seule valeur des biens donnés au jour de l'acte pour l'application de l'article 922 comme pour le rapport, si les parties en sont expressément convenues soit dans l'acte de donation, soit dans un acte postérieur dressé en la forme notariée ».

Par ailleurs, les termes suivants pourraient être ajoutés à la fin de l'article 922, alinéa 2 :

« Le tout, sauf le cas prévu au cinquième alinéa de l'article 860 ».

506. Il est précisé que le groupe de travail avait d'abord songé à résoudre la difficulté des donations attribuant des droits indivis au moyen du pacte de famille des articles 929 et suivants du code civil, en le concevant plus largement comme un outil conventionnel par lequel les héritiers réservataires pourraient, sous condition d'unanimité, renoncer

1036. C. Brenner et A. Bouquemont, Disposer en indivision par voie de donation-partage – D'un mal doit sortir un bien, *JCP N* 2015, 1140, n°21.

1037. C. civ., art. 1078.

1038. 110^e Congrès des notaires de France, *Vie professionnelle et famille – Place au contrat*, Marseille, 2014, troisième commission, cinquième proposition.

1039. C. Brenner et A. Bouquemont, Disposer en indivision par voie de donation-partage – D'un mal doit sortir un bien, *op. cit.*, n°25.

1040. Les textes proposés sont empruntés à C. Brenner et A. Bouquemont, Disposer en indivision par voie de donation-partage – D'un mal doit sortir un bien, *op. cit.*, n°27.

non seulement à la réduction des libéralités mais aussi au rapport¹⁰⁴¹ ou en fixer les modalités. Cette voie présentait cependant l'inconvénient qu'on y parvenait moyennant un formalisme plus lourd que celui de la donation ordinaire, et avec des conséquences plus importantes puisqu'un tel acte emporterait renonciation au rapport et à la réduction : le tout alors qu'existent déjà de nombreux outils qui, bien maîtrisés, peuvent être combinés afin d'atteindre des résultats pour partie équivalents. Par exemple, une donation-partage permet déjà d'allotir les réservataires de tout ou partie de leur réserve moyennant, là où elle s'impose, c'est-à-dire lorsque l'acte est inégalitaire, une renonciation anticipée à l'action en réduction. En ce cas, le rapport est exclu, les valeurs sont gelées pour la masse de calcul de la réserve et pour l'imputation et l'action en réduction est écartée par la renonciation anticipée. Le groupe de travail considère finalement que la réflexion, dépassant le cadre de sa mission, pourrait être prolongée, s'agissant de pactes relatifs au rapport, à partir de celui dont la consécration, reprise par le présent rapport¹⁰⁴², a été proposée par le 110^e Congrès des notaires.

II. Ajuster les règles fiscales

507. Le succès des donations-partages comportant des attributions indivises s'expliquait par des raisons non seulement civiles mais aussi fiscales¹⁰⁴³. Car, par application du Code général des impôts, les partages et licitations faisant suite à des donations-partages indivises – qui civilement n'en sont pourtant pas – bénéficient d'une fiscalité dont ne profitent en revanche pas les partages et licitations faisant suite à des donations en indivision – qui civilement en sont. En effet, tandis que les premières (« donations-partages » en indivision) bénéficient du droit d'enregistrement ou du droit de partage et de l'exonération des plus-values (art. 748, 750, II et 150 U, IV CGI), les secondes (donations indivises) n'en profitent pas ; elles sont soumises aux droits de vente (art. 747, 750, I et 150 U CGI). Aussi convient-il d'accompagner la réponse civile proposée pour les donations comportant des attributions indivises en mettant fin à ce hiatus.

508. A cette fin, il est proposé d'apporter une correction aux articles 748, 750, II et 150 U, IV du Code général des impôts afin qu'ils fassent mention non plus des licitations portant « sur des biens indivis issus d'une donation-partage », mais de celles portant sur des « biens donnés en indivision ».

Apporter une correction aux articles 748, 750, II et 150 U, IV du Code général des impôts afin d'aligner la fiscalité des partages et licitations portant sur des biens donnés en indivision sur celle des « biens indivis résultant d'une donation-partage » (proposition n° 41)

§III. De la donation-partage

I. Confirmer la possibilité d'incorporer le lot d'une donation-partage unanime dans une donation-partage transgénérationnelle sans remettre en cause l'évaluation dérogatoire de la première

509. Si la donation-partage transgénérationnelle paraît progressivement trouver sa place en pratique¹⁰⁴⁴, sa mise en œuvre laisse subsister quelques hésitations qu'il pourrait être utile de lever afin de ne pas entraver le passage de richesses de la génération des grands-parents à celle des petits-enfants.

1041. Il n'est pas certain qu'en l'état actuel la renonciation à agir en réduction vaille renonciation au rapport. Sur les différentes interprétations possibles, v. : C. Brenner, *J.-cl. civ.*, art. 929 à 930-5, *op. cit.*, n°72. V. aussi, C. Goldie-Genicon, Les renonciations à réserve, *Def.* 2019, n°46, 33 qui propose de « faire des libéralités visées par la RAAR des libéralités hors part successorale. Ce afin d'éviter que la dispense de verser une indemnité de réduction ne soit rattrapée par l'obligation de verser une indemnité de rapport » et qui relève qu'« il n'est en effet pas du tout certain que la renonciation à l'action en réduction vaille dispense de rapport implicite du *de cuius* lorsqu'il accepte la renonciation ». Rappr. : C. civ. belge, art. 918, §3 : « La renonciation à l'action en réduction est, le cas échéant, sans effet sur le caractère rapportable de la donation ».

1042. Proposition n°40.

1043. C. Brenner et A. Bouquemont, Disposer en indivision par voie de donation-partage – D'un mal doit sortir un bien, *op. cit.*, n°20.

1044. J. Combret et S. Gaudemet, La pratique des renonciations anticipées, in C. Pérès (dir.), *Renonciations et successions : quelles pratiques ?*, *op. cit.*, p. 181s, spéc. n°235s, p. 188s.

510. Elles tiennent en particulier à ce que le législateur s'est, en 2006, contenté de renvoyer, pour l'incorporation des donations antérieures dans une donation-partage transgénérationnelle, à des textes écrits en 1971 pour l'incorporation dans une donation-partage¹⁰⁴⁵. De là, en particulier, la question des effets de l'incorporation, dans une donation-partage transgénérationnelle, d'une donation-partage unanime, afin simplement de faire glisser les allotissements d'une génération à une autre¹⁰⁴⁶. Car la lettre de l'article 1078-1 alinéa 2 pourrait laisser à croire qu'une telle incorporation ferait perdre le bénéfice de l'évaluation dérogatoire de la donation-partage initiale, alors même qu'il s'agirait seulement pour l'enfant alloti de s'effacer au profit de ses propres enfants¹⁰⁴⁷. Ce qui, dans les faits, serait de nature à dissuader d'une telle opération. Et ce qui, en droit, ne serait guère conforme à l'esprit de la loi de 2006, qui invite à raisonner en termes d'allotissement de la souche. Or, comme cela a été relevé, « la donation-partage transgénérationnelle sur laquelle on raisonne ne change rien à la répartition initiale »¹⁰⁴⁸. Aussi, le doute pourrait-il être levé, par une précision apportée à l'article 1078-1 alinéa 2, qui donnerait ses effets à la lecture retenue en doctrine et mettrait fin aux hésitations de la pratique.

511. Il est donc proposé de confirmer la possibilité d'incorporer le lot d'une donation-partage unanime dans une donation-partage transgénérationnelle sans remettre en cause l'évaluation dérogatoire de la première (**proposition n°43**).

Confirmer dans la loi la possibilité d'incorporer le lot d'une donation-partage unanime dans une donation-partage transgénérationnelle sans remettre en cause l'évaluation dérogatoire de la première (proposition n° 42).

II. Préciser les règles de la donation-partage conjonctive

A. Confirmer le domaine de la donation-partage conjonctive

512. La donation-partage conjonctive permet à deux parents de confondre leurs biens respectifs pour les partager entre leurs enfants. La validité de la donation-partage conjonctive est admise par les articles 1076-1 et 1077-2 du code civil qui font tous les deux référence à la « donation-partage faite conjointement par deux époux ». Lorsqu'ils sont mariés sous un régime de communauté, ils peuvent disposer de leurs biens propres et des biens communs : leurs enfants communs peuvent ainsi être allotis sans que l'on ait égard à l'origine maternelle ou paternelle des biens. Il est également possible de conclure une donation-partage en présence d'enfants de lits différents, ce qui en fait un outil intéressant dans les familles recomposées. Encore faut-il que chaque enfant ne soit alloti que du seul chef de son auteur et seulement en biens propres ou en biens communs, à l'exclusion de tout bien propre de son conjoint¹⁰⁴⁹.

513. La référence dans ces textes aux « deux époux » est regrettée en doctrine. En effet, elle pourrait laisser à penser que ces donations-partages conjonctives ne seraient admises que de la part des couples mariés. Or, « il ne faut pas s'arrêter aux termes des articles 1076-1 et 1077-2, alinéa 2, », la locution par « deux époux » s'expliquant par le fait, pour l'article 1076-1, que ce texte « vise le cas où des biens communs sont inclus dans la distribution, ce qui présuppose le mariage des parents » ; « quant à l'article 1077-2, alinéa 2, qui est relatif au point de départ de l'action en réduction pour atteinte à la réserve, c'est par inadvertance que la loi du 23 juin 2006 y a substitué cette même locution à celle de « partage conjonctif », qu'avait heureusement retenue la législation antérieure »¹⁰⁵⁰.

514. Aussi est-il proposé à fin de clarification et pour permettre à tous les couples d'utiliser cet instrument de confirmer dans la loi qu'une donation-partage conjonctive peut être conclue par deux parents non mariés (**proposition n°44**).

Confirmer dans la loi qu'une donation-partage conjonctive peut être conclue par deux parents non mariés (proposition n° 43).

1045. C. civ., art. 1078-7.

1046. V. not. M. Grimaldi et R. Gentilhomme, Rendre transgénérationnelle une donation-partage antérieure, *Def.* 2011, 1344 ; S. Gaudemet et T. Semere, L'incorporation des donations antérieures, *Def.* 2014, 366.

1047. C. civ., art. 1078-1, al. 2 : « La date d'évaluation applicable au partage anticipé sera également applicable aux donations antérieures qui lui auront été ainsi incorporées. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

1048. M. Grimaldi et R. Gentilhomme, Rendre transgénérationnelle une donation-partage antérieure, *Def.* 2011, 1344. Adde M. Grimaldi et C. Vernières, « De quelques clauses des donations-partages », *Def.* 2014, 386 ; S. Gaudemet et T. Semere, *op. cit.*

1049. C. civ., art. 1076-1.

1050. M. Grimaldi, in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 2018-2019, n°411-102. Adde : B. Pavy, Les donations-partages cumulatives et conjonctives sont-elles possibles en dehors des liens du mariage ?, *Def.* 1994, 695.

En conséquence, un article 1077-3 pourrait être ajouté qui énoncerait :

« Une donation-partage peut être faite conjointement par deux parents non mariés ».

515. La question a par ailleurs été posée au cours des auditions de savoir s'il n'y aurait pas lieu d'étendre le domaine de la donation-partage conjonctive. L'idée serait de permettre d'**allotir l'enfant non commun de biens propres ou personnels au conjoint de son auteur**. Si l'on comprend bien l'idée – permettre un partage anticipé dans ces familles recomposées où un bel-enfant pourrait être utilement gratifié d'un bien propre à son beau-parent – on peut aussi s'interroger sur le principe et les circonstances de son admission. En droit, cela supposerait de composer avec l'idée de partage anticipé en admettant la gratification d'un autre que son héritier présomptif ; ce qui n'est aujourd'hui possible, mis à part le cas particulier de la donation-partage transgénérationnelle, que dans les conditions de l'article 1075-2 pour la donation-partage d'une entreprise. On peut aussi se demander si et comment cela permettrait de remplir l'enfant non commun de sa réserve. Au demeurant, un résultat équivalent peut déjà être obtenu moyennant un changement de régime matrimonial et une nouvelle répartition des biens entre les époux consistant en ce que les biens considérés deviennent communs. Sans compter, et cela dépasse la seule donation-partage conjonctive, que la mesure devrait en toute hypothèse être assortie d'une fiscalité moins dissuasive que l'actuel taux de 60 % entre personnes non parentes, à défaut de quoi elle risquerait de rester lettre morte. Pour ces raisons, **cette proposition a finalement été écartée**.

516. Du reste, **le pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction** dont la consécration est proposée¹⁰⁵¹ **offrirait une alternative dans un esprit conventionnel** moyennant la gratification du bel-enfant, la renonciation des héritiers réservataires présomptifs et la conclusion, avec ces derniers, d'une donation-partage en contrepartie de leur renonciation. Cette solution n'en supposerait pas moins elle aussi un accompagnement fiscal adapté¹⁰⁵².

B. Sécuriser les conséquences liquidatives de la donation-partage conjonctive

517. La donation-partage conjonctive soulève aujourd'hui quelques difficultés liquidatives auxquelles il pourrait être remédié dans la loi. En consentant une donation-partage conjonctive, les père et mère confondent dans une masse unique leurs biens, propres ou communs, et procèdent par un seul et même acte à leur répartition entre leurs enfants sans avoir égard à leur origine dans la composition des lots. De cette confusion des deux successions il résulte deux conséquences. D'une part, la réduction de la donation-partage ne peut être demandée « qu'après le décès du survivant des disposants, sauf pour l'enfant non commun qui peut agir dès le décès de son auteur » (C. civ., art. 1077-2, al. 2). D'autre part, l'évaluation des deux réserves doit être faite au jour où l'action en réduction peut être exercée, soit au décès du survivant des père et mère.

518. Comme l'explique Christophe Vernières, « pour logique qu'elle soit, la détermination de la réserve héréditaire du prémourant des donateurs à la date du décès du survivant pose cependant de sérieuses difficultés pratiques. Ainsi, l'égalité initiale entre les copartagés peut être mise à néant puisque les biens compris dans le partage anticipé demeurent sujets à des fluctuations de valeur jusqu'au décès du survivant des donateurs. Simplement, ici, le remède est connu : soumettre la donation-partage conjonctive aux exigences de l'article 1078 du Code civil, afin de fixer la valeur des lots à la date de la libéralité-partage. Mais il est une autre difficulté liquidative à laquelle on ne peut guère remédier : on ne peut savoir si une libéralité du prémourant porte atteinte à la réserve qu'au jour où celle-ci est exactement déterminée, c'est-à-dire au décès du survivant »¹⁰⁵³.

519. Pour y remédier, il a été proposé de renouveler l'analyse de la donation-partage conjonctive¹⁰⁵⁴ en des termes que l'on peut résumer ainsi : « dès lors que les père et mère distribuent leurs biens respectifs à leurs enfants sans égard pour leur origine, on peut considérer que chacun contribue à l'allotissement de chaque enfant dans une même proportion, à savoir celle que représentent respectivement les biens paternels et les biens maternels par rapport à l'ensemble des biens distribués. Chaque lot peut ainsi être évalué à la date du décès du prémourant à raison de la quote-part contributive du prémourant dans le partage conjonctif. Et, conséquemment, une action en réduction peut être exercée dès le décès du prémourant »¹⁰⁵⁵. En somme, cette approche permet d'éviter que la première succession ne soit que provisoirement liquidée.

1051. V. *supra* n°460s.

1052. V. *supra* n°275.

1053. Propos oraux non reproduits en annexe.

1054. 111^e Congrès des notaires, *La sécurité juridique, un défi authentique*, Strasbourg 2015, troisième commission, première proposition.

1055. C. Vernières, propos oraux non reproduits en annexe.

520. Pour sécuriser les conséquences liquidatives de la donation-partage conjonctive, il est donc proposé, en s'inspirant de cette analyse, de liquider séparément les successions des deux parents en prenant en compte les droits théoriques de chaque enfant dans la masse des biens donnés par chaque parent, tout en réservant la volonté contraire des parents. Car si cette solution facilite et sécurise la liquidation, elle peut ne pas être conforme à la volonté des disposants ou entrer en contradiction, par exemple, avec les stipulations relatives à un droit de retour conventionnel.

Modifier l'article 1077-2, alinéa 2 du code civil afin de sécuriser les conséquences liquidatives de la donation-partage conjonctive (proposition n° 44)

En conséquence, il est proposé de modifier la rédaction de l'article 1077-2, alinéa 2 du code civil de la manière suivante :

« L'action en réduction ne peut être introduite qu'après le décès du disposant qui a fait le partage. En cas de donation-partage faite conjointement par les deux époux, [chacun des donataires est, sauf convention contraire, réputé tenir de chacun de ses parents les droits et biens dont il a été alloué, dans la proportion que représentent les biens et droits donnés par chacun des parents dans l'ensemble des biens distribués]. L'action se prescrit par cinq ans à compter de chacun des décès ».

III. Préciser dans la loi la méthode de rétablissement de la réserve héréditaire ou permettre de la définir dans la donation-partage

521. Aux termes de l'article 1077-1 du code civil, « l'héritier réservataire qui n'a pas concouru à la donation-partage, ou qui a reçu un lot inférieur à sa part de réserve, peut exercer l'action en réduction, s'il n'existe pas à l'ouverture de la succession des biens non compris dans le partage et suffisants pour composer ou compléter sa part de réserve, compte tenu des libéralités dont il a pu bénéficier ». Dans le silence du texte, on hésite parfois entre deux méthodes liquidatives pour reconstituer la réserve héréditaire des héritiers sous-allotés¹⁰⁵⁶. La Cour de cassation n'a pas tranché et les deux méthodes peuvent, chacune, se recommander d'un jugement de première instance. Elles s'accordent sur la ligne générale suivante : « on doit d'abord rechercher si chacun des héritiers réservataires a reçu sa part de réserve, et c'est ensuite seulement que, dans la négative, il pourra y avoir lieu de réduire les libéralités, y compris la libéralité-partage »¹⁰⁵⁷. Mais, ensuite elles divergent.

522. Selon la première méthode, retenue par le tribunal de grande instance de Carpentras¹⁰⁵⁸, « on prend en compte les seuls biens compris dans la libéralité-partage, ainsi, le cas échéant, que ceux ayant fait l'objet de libéralités rapportables ». Selon la seconde, consacrée par le tribunal de grande instance de Paris¹⁰⁵⁹, « on prend aussi en compte les biens que le *de cuius* a laissés à sa mort et qui sont dévolus par la loi ». Au plan des résultats, la première méthode efface l'inégalité créée par la donation-partage tandis que, « si l'on suit la seconde, elle est maintenue [...] dans toute la mesure et dans la mesure seulement où l'intangibilité de la réserve le permet »¹⁰⁶⁰, ce qui assure un meilleur respect de la volonté du *de cuius*.

523. Cette incertitude perturbe aujourd'hui la pratique notariale qui s'interroge notamment sur la possibilité d'inclure dans la donation-partage une clause définissant la méthode liquidative qui sera retenue. Pour les uns, cette clause ne pose pas de difficulté¹⁰⁶¹ ; pour les autres, si la Cour de cassation venait à retenir une méthode, il n'est pas certain qu'elle puisse être conventionnellement écartée¹⁰⁶².

524. Pour lever ces doutes et à fin de sécuriser la pratique, il est proposé soit que la loi clarifie la méthode liquidative à suivre, soit qu'elle autorise expressément la clause de la donation-partage définissant la méthode liquidative qui sera suivie pour le rétablissement de la réserve héréditaire.

1056. Sur la question, v. not. : S. Dessis, La donation-partage inégalitaire : de l'incertitude liquidative aux solutions pratiques, *JCP N* 2018, 1349 ; M. Grimaldi, in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, op. cit., n°413-21 et s.

1057. M. Grimaldi, in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, op. cit., n°413-21.

1058. TGI Carpentras, 4 mai 1999, *JCP* 1999, II, 10380 note F. Sauvage ; *RTD civ.* 2001, 182 obs. J. Patarin.

1059. TGI Paris, 13 fév. 2008, RG n°05/00598.

1060. M. Grimaldi, in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, op. cit., n°413-21 à 413-24.

1061. En ce sens, v. not. : P. Caignault, La donation-partage inégalitaire : mythe ou réalité ?, *JCP N* 2014, 1185, n°28.

1062. S. Dessis, La donation-partage inégalitaire : de l'incertitude liquidative aux solutions pratiques, op. cit., n°41.

§IV. Des libéralités graduelles et résiduelles

I. Admettre la subrogation réelle dans la libéralité graduelle

525. Contrairement à l'*Offre de loi*¹⁰⁶³, la loi du 23 juin 2006 a écarté ici le jeu de la subrogation réelle. L'article 1049 alinéa 1^{er} du code civil prévoit en effet que la libéralité graduelle¹⁰⁶⁴ « ne peut produire son effet que sur des biens ou des droits identifiables à la date de la transmission et subsistant en nature au décès du grevé ». Précisément, la loi n'interdit pas directement au grevé d'aliéner les biens objets de la libéralité mais « cette aliénation – fatalement conditionnelle – ne sera juridiquement efficace que si le second gratifié précède. S'il survit, l'appelé est en droit de réclamer le bien aliéné, qui désormais lui appartient »¹⁰⁶⁵.

526. Le choix en 2006 de la conservation du bien en nature s'explique par deux raisons : « d'abord, la restitution en nature assure une meilleure protection aux deux bénéficiaires successifs (grevé et second gratifié) contre l'incompétence ou la prodigalité du grevé ; ensuite, elle est conforme à l'esprit de la substitution fidéicommissaire, qui visait à assurer la conservation des biens dans les familles »¹⁰⁶⁶. Exception à cette règle est cependant faite à l'alinéa 2 de l'article 1049 afin de ne pas gêner la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières qui serait l'objet d'une telle libéralité : en ce cas, « la libéralité produit également son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières qui y ont été subrogées ». L'obligation de conserver en nature peut ainsi être contournée en apportant préalablement les biens concernés à une société familiale¹⁰⁶⁷ : « l'obligation de restitution portera alors en effet sur les parts sociales et non sur les biens mis en société, en sorte que ceux-ci pourront être aliénés »¹⁰⁶⁸.

527. Reste que cette exception et l'expédient de la forme sociétaire ne suffisent pas à remédier aux **inconvenients** du principe même de la conservation en nature des biens objets de la libéralité. En effet, « la nécessité que les biens soient, sinon forcément identifiés (individuellement) par le disposant, du moins identifiables (objectivement) à la date de la transmission et qu'ils subsistent en nature au décès du grevé rend malaisé l'établissement de dispositions universelles ou à titre universel assorties d'une charge graduelle et limite sans doute beaucoup l'usage à cause de mort qui pourrait être fait de cette technique »¹⁰⁶⁹.

528. Le refus de la subrogation réelle est plus largement perçu comme un frein à la circulation des richesses, en contradiction avec l'objectif poursuivi par le législateur en 2006. Un frein qui paraît dépassé à l'heure où le droit des successions, en matière de rapport et de réduction des libéralités, « cultive les restitutions en valeur tous azimuts »¹⁰⁷⁰. D'autant que, si certains auteurs considèrent que l'article 1049 alinéa 1^{er} n'est pas d'ordre public et admet la clause contraire en faveur d'une simple restitution par équivalent¹⁰⁷¹, cette interprétation est loin de faire l'unanimité¹⁰⁷² de sorte qu'à tout le moins le doute est permis¹⁰⁷³.

529. Pour favoriser l'usage des libéralités graduelles - et notamment celles dans lesquelles la charge peut avec son accord grever la réserve héréditaire du premier gratifié - et en accord avec le 108^e Congrès des notaires¹⁰⁷⁴ -, il est donc proposé de supprimer l'obligation de conservation en nature des biens reçus et d'admettre à l'article 1049 du code civil le jeu de la subrogation réelle dans la libéralité graduelle, sauf clause contraire¹⁰⁷⁵.

1063. J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrénois, 2003, art. 1028.

1064. Sur laquelle, v. *supra* n°230s.

1065. M. Nicod, *J.-cl. civ.*, art. 1048 à 1056, fasc. 10, 2015, n°56.

1066. J.-F. Sagaut, in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, op. cit., n°331-103.

1067. G. Wicker, Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution, *Dr. et patr.* n°157, 1^{er} mars 2007.

1068. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, op. cit., n°615, p. 546.

1069. L. Hude et C. Brenner, Les libéralités graduelles et résiduelles : du sommeil au réveil ?, *JCP N* 2016, 1196, n°13.

1070. L. Hude et C. Brenner, Les libéralités graduelles et résiduelles : du sommeil au réveil ?, op. cit., n°17. Raison pour laquelle l'*Offre de loi* avait retenu une simple obligation de conserver en valeur : J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, op. cit., p. 83.

1071. En ce sens, v. par ex. : M. Nicod, *J.-cl. civ.*, art. 1048 à 1056, op. cit., n°81 ; F. Collard et B. Travelly, L'obligation de conservation en nature au secours de la libéralité graduelle, *JCP N* 2012, 1177.

1072. En ce sens, v. par ex. : J.-F. Sagaut, in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, op. cit., n°331-103.

1073. L. Hude et C. Brenner, Les libéralités graduelles et résiduelles : du sommeil au réveil ?, op. cit., n°22.

1074. 108^e Congrès des notaires, *La transmission*, Montpellier, 2012, troisième commission, première proposition.

1075. Il s'agirait d'une clause d'inaliénabilité soumise aux exigences de l'article 900-1 et rendant le bien insaisissable.

Supprimer l'obligation de conservation en nature des biens reçus et admettre à l'article 1049 du code civil le jeu de la subrogation réelle dans la libéralité graduelle, sauf clause contraire (proposition n°46)

Cette modification législative serait de nature à développer l'utilisation parfois stratégique des libéralités graduelles.

La possibilité, moyennant la stipulation d'une clause contraire, d'obliger le grevé à conserver et transmettre en nature devrait cependant être maintenue : souvent, ce que cherche le disposant en stipulant une clause graduelle, c'est qu'un bien déterminé fasse l'objet d'une transmission¹⁰⁷⁶.

530. La conservation d'une simple valeur fragilisant la situation de l'appelé, cette évolution devrait cependant s'accompagner de la **mise en place de garanties**. L'*Offre de loi*, qui n'avait « pas voulu encadrer la disposition graduelle dans un dispositif de sécurité arrêté *a priori* »¹⁰⁷⁷, avait confié ce soin au disposant¹⁰⁷⁸. Il s'agissait, en rupture avec le droit antérieur et dans une optique libérale, d'ouvrir « une avenue à l'ingéniosité notariale » pour concevoir des garanties et sûretés sur-mesure¹⁰⁷⁹. C'est la solution qui a été reprise en 2006 à l'article 1052 selon lequel : « Il appartient au disposant de prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge ».

531. On peut néanmoins se demander si des garanties minimales, sous la forme de mesures conservatoires, ne devraient pas être prévues par la loi, notamment en songeant à l'hypothèse d'un appelé institué par testament olographe. Cette question pourrait le cas échéant être envisagée à l'occasion de la réforme en cours du droit des sûretés.

Il est donc proposé qu'une réflexion en lien avec le droit des sûretés envisage les garanties susceptibles d'être prévues à l'article 1052 du code civil en conséquence de la faculté reconnue au grevé de disposer à titre onéreux des biens donnés ou légués dans une libéralité graduelle.

Envisager dans le cadre de la réforme du droit des sûretés les garanties minimales susceptibles d'être prévues à l'article 1052 du code civil en conséquence de la faculté reconnue au grevé de disposer à titre onéreux des biens donnés ou légués dans une libéralité graduelle (proposition n° 47)

II. Assouplir le formalisme de la libéralité graduelle

532. Si le grevé est héritier réservataire, il peut, en application de l'article 1054, accepter que la charge de conserver et de transmettre grève tout ou partie de sa réserve. Cependant, les formes dans lesquelles il peut l'accepter, s'agissant d'une donation, varient. L'article 1054, alinéa 2 énonce en effet que : « Le donataire peut toutefois accepter, dans l'acte de donation ou postérieurement dans un acte établi dans les conditions prévues à l'article 930, que la charge grève tout ou partie de sa réserve ». En résulte que ce consentement peut être reçu par un seul notaire, si le grevé consent dans la donation graduelle elle-même, tandis qu'il doit l'être par deux notaires s'il est reçu postérieurement à la donation. Cela n'est pas cohérent. Comme l'a souligné justement Charlotte Goldie-Genicon, « on peine à comprendre pourquoi la présence d'un seul notaire un jour est jugée trop peu protectrice le lendemain »¹⁰⁸⁰.

533. Deux solutions peuvent être envisagées. La première consisterait à renforcer le formalisme et à imposer la présence de deux notaires quel que soit le moment où le donataire accepte que la charge grève sa réserve. En ce sens, on fera valoir que la renonciation par l'héritier réservataire à son droit d'obtenir une réserve libre de charges n'est pas moins grave que la renonciation à son indemnité de réduction. La seconde porterait à l'inverse à supprimer le formalisme de l'article 930 lorsque le consentement est exprimé postérieurement à la donation. De fait, à la différence de la renonciation des articles 929 et suivants, celle de l'article 1054, alinéa 2 « reste ciblée » et, surtout, « profite

1076. C. Vernières et G. Bonnet, *Réflexions pratiques sur les libéralités graduelles et résiduelles*, *Def.* 2017, 59, n°8.

1077. J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, *op. cit.*, p. 84.

1078. Art. 1029 : « Il appartient au disposant de prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge ».

1079. Inventaire, désignation d'un tuteur à l'exécution de la charge, obligation d'emploi des deniers, obligation de remploi en biens de même nature, reddition d'un compte-rendu de gestion, ouverture d'un compte bancaire spécial, constitution d'une sûreté réelle ou personnelle, ..

1080. C. Goldie-Genicon, *Les renonciations à réserve*, *Def.* 2019, n°46, 33.

nécessairement à tous les enfants du réservataire ». En effet, lorsque la charge grève la réserve héréditaire du premier gratifié, la liberté du disposant de désigner le second bénéficiaire est altérée. Aux termes de l'article 1054, alinéa 4, « la charge portant sur la part de réserve du grevé, avec son consentement, bénéficie de plein droit, dans cette mesure, à l'ensemble de ses enfants nés et à naître ». Cette désignation automatique des enfants du grevé est impérative et vise à « respecter la logique aujourd'hui dominante de la répartition par souche héréditaire »¹⁰⁸¹.

534. Ces dernières considérations conduisent à proposer d'assouplir le formalisme de l'article 1054, alinéa 2 et se contenter d'un seul notaire, que le consentement du réservataire soit recueilli dans la donation ou dans un acte ultérieur.

Assouplir le formalisme de l'article 1054, alinéa 2 du code civil et se contenter d'un seul notaire, que le consentement du réservataire soit recueilli dans la donation ou dans un acte ultérieur (proposition n° 48)

En conséquence, la rédaction de l'article 1054, alinéa 2 du code civil pourrait être ainsi modifiée :

« Le donataire peut toutefois accepter, dans l'acte de donation ou *dans un acte ultérieur respectant les conditions prévues à l'article 931*, que la charge grève tout ou partie de sa réserve ».

III. Harmoniser les règles protectrices de la réserve héréditaire

535. Lorsque la clause graduelle grève un legs, la loi laisse au premier gratifié le choix soit de contester l'empiètement de la charge sur sa réserve héréditaire, soit au contraire d'y consentir tacitement en laissant la prescription s'accomplir. Aux termes de l'article 1054, alinéa 3, « le légataire peut, dans un délai d'un an à compter du jour où il a eu connaissance du testament, demander que sa part de réserve soit, en tout ou partie, libérée de la charge. A défaut, il doit en assumer l'exécution ».

536. La question a été posée au cours des auditions de savoir s'il conviendrait d'allonger ce délai pour l'aligner sur celui plus favorable de l'action en réduction (C. civ., art. 921, al. 2). Cette voie a finalement été écartée. En effet, la demande de cantonnement de l'article 1054, alinéa 3 n'est pas une action en réduction. Tandis que l'action en réduction des libéralités excessives protège l'héritier réservataire contre un tiers gratifié et concerne le montant de la libéralité, le cantonnement de l'article 1054, alinéa 3 assure au réservataire, qui est le bénéficiaire de la libéralité, qu'aucune charge n'empiète sur sa réserve et protège ainsi ses prérogatives de propriétaire - ce qui n'est pas la même chose et justifie la différence de délai. D'autant que si la charge graduelle porte sur la part de réserve du grevé, les enfants du grevé sont automatiquement désignés comme appelés. Cette figure de réserve-souche n'a pas d'équivalent en matière de réduction.

537. Dans les libéralités résiduelles, faute de renvoi par l'article 1061 à l'article 1054¹⁰⁸², le grevé ne peut pas accepter que la charge de transmettre grève tout ou partie de sa réserve. Il est seulement prévu, à l'alinéa 3 de l'article 1059, que « lorsqu'il est héritier réservataire, le premier gratifié conserve la possibilité de disposer entre vifs ou à cause de mort des biens qui ont été donnés en avancement de part successorale ». S'il n'en dispose pas, la donation résiduelle en avancement de part produit donc ses effets selon la volonté du disposant. Dans les autres hypothèses¹⁰⁸³, l'héritier réservataire est donc en droit de demander le cantonnement de la charge plus d'un an à compter du jour où il a eu connaissance du testament, son action relevant, dans le silence de la loi, du droit commun prévu par l'article 921, alinéa 2. Il résulte, en outre, de cette absence de renvoi aux règles applicables aux libéralités graduelles que les enfants du grevé ne bénéficient actuellement d'aucune protection face à la charge résiduelle, acceptée par leur auteur sur sa part de réserve. Car il n'est pas reconnu à leur profit de réserve souche.

1081. M. Nicod, *J.-cl. civ.*, art. 1048 à 1056, *op. cit.*, n°43.

1082. Une absence de renvoi qui s'explique par « l'argument en lui-même de peu de valeur » que les auteurs de la réforme de 2006 ne voulaient pas innover en matière de libéralité résiduelle mais seulement consacrer les acquis prétoriens et qu'il s'agissait de favoriser les libéralités résiduelles portant sur la réserve du grevé : M. Nicod, *J.-cl. civ.*, art. 1057 à 1061, fasc. 10, 2015, n°43.

1083. Cela concerne essentiellement les legs résiduels en avancement de part, car les legs hors part et les donations hors part s'imputent sur la quotité disponible, ce qui lève en principe la difficulté.

Afin de supprimer ces distorsions, il serait opportun d'étendre les prévisions de l'article 1054 du code civil aux libéralités résiduelles.

538. Il est donc proposé, d'une part, d'abroger l'article 1059, alinéa 3, devenu dès lors inutile ; d'autre part, d'ajouter un renvoi supplémentaire à l'article 1061. Celui-ci devrait mentionner l'article 1054, de manière à permettre à l'héritier réservataire de bénéficier de la même protection de sa part de réserve, que la charge soit graduelle ou résiduelle.

Permettre à l'héritier réservataire de bénéficier de la même protection de sa part de réserve que la charge soit graduelle ou résiduelle (proposition n° 49)

En conséquence, il s'agirait :

- d'abroger l'article 1059, alinéa 3 ;
- de compléter l'article 1061 :

« Les dispositions prévues aux articles 1049, 1051, 1052, [1054] 1055 et 1056 sont applicables aux libéralités résiduelles ».

IV. Affirmer la liberté de désignation de l'appelé en l'absence de descendant du grevé dans la libéralité graduelle

539. Lorsque le grevé accepte que la charge graduelle porte sur sa part de réserve héréditaire, le disposant perd la liberté de désigner l'appelé de son choix : dans la mesure de l'empiètement sur la réserve du grevé, ses propres enfants sont automatiquement appelés en qualité de seconds gratifiés¹⁰⁸⁴.

540. Au cours des travaux préparatoires de la loi du 23 juin 2006, il a même été avancé que « l'accord du premier gratifié à voir sa réserve grevée d'une charge [...] ne peut être valablement donné que si l'acte prévoit de gratifier en second l'ensemble de ses propres enfants, qu'ils soient nés ou non lors de la signature de l'acte »¹⁰⁸⁵. Une telle interprétation aurait pour conséquence que seuls les enfants nés et à naître pourraient être désignés comme seconds gratifiés chaque fois que le grevé accepte que la clause graduelle atteigne sa réserve. Dès lors, le grevé qui n'aurait pas de descendant ne pourrait accepter une telle charge car il serait impossible de désigner un autre appelé, tel un neveu ou une nièce. Cette solution serait excessive. Si le réservataire n'a pas fait souche, la protection voulue par la loi n'a plus lieu d'être et le disposant recouvre sa liberté de désignation de l'appelé.

541. Afin de lever cette ambiguïté, il est donc proposé d'affirmer la liberté de désignation de l'appelé en l'absence de descendant du grevé dans la libéralité graduelle.

Affirmer la liberté de désignation de l'appelé en l'absence de descendant du grevé dans la libéralité graduelle (proposition n°50).

En conséquence, l'article 1054, alinéa 4 pourrait être ainsi complété :

« La charge portant sur la part de réserve du grevé, avec son consentement, bénéficie de plein droit, dans cette mesure, à l'ensemble de ses enfants nés et à naître. *[En l'absence de descendant du grevé, le second gratifié est librement désigné.]*»

V. Préciser les règles liquidatives des libéralités graduelles

542. La loi du 23 juin 2006 n'a pas défini les règles liquidatives applicables aux libéralités graduelles, notamment lorsque la charge grève la réserve héréditaire du premier gratifié. Le législateur pourrait être appelé à les préciser.

1084. C. civ., art. 1054, al. 4.

1085. Rapp. AN n° 3122, deuxième lecture, p. 56. C'est nous qui soulignons.

543. On peut s'interroger sur la méthode liquidative applicable au rapport comme à la réduction¹⁰⁸⁶. La libéralité graduelle réalisant une double libéralité successive, il faut distinguer selon que la double libéralité s'est ou non dénouée avant le décès du disposant¹⁰⁸⁷. De même, il convient sans doute de raisonner par analogie avec une double libéralité en nue-propiété et en usufruit, car la propriété du grevé n'est que temporaire.

544. Dans la mesure où la pleine propriété s'est reconstituée avant le décès du disposant, la donation en usufruit n'est pas prise en compte. En effet, selon l'article 922 du code civil, pour déterminer la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve héréditaire, il y a lieu de réunir fictivement aux biens existants les biens donnés, lesquels doivent être évalués *au jour du décès* compte tenu de leur état au jour de la donation. « Or, l'usufruit s'étant éteint avant le décès on ne peut plus réunir fictivement la donation »¹⁰⁸⁸. La solution est la même pour le rapport. Par conséquent, « seuls les droits du second gratifié, désormais plein propriétaire, doivent être pris en compte dans les opérations liquidatives. C'est alors la valeur en toute propriété qui doit être réunie fictivement aux biens existants et, éventuellement, rattachée »¹⁰⁸⁹.

545. Maintenant, si la double libéralité ne s'est pas dénouée avant le décès du disposant, il faut certainement tenir compte des deux libéralités successives, en considérant la première comme ayant été consentie en usufruit et la seconde (encore à venir) en nue-propiété. Ainsi, en présence d'une charge graduelle, « la valeur de la pleine propriété du bien doit être partagée entre les deux gratifiés. Il convient de procéder à une évaluation économique des droits du second gratifié, dont la situation est proche de celle d'un nu-propiétaire »¹⁰⁹⁰.

546. On notera que si le premier gratifié a accepté que la charge graduelle grève sa réserve individuelle, ses propres enfants seront appelés à la substitution dans la mesure de l'empêchement (art. 1054, al. 3). La nue-propiété du bien, qui figure en totalité dans la masse de calcul de la réserve héréditaire (art. 922), se trouve par suite répartie entre l'appelé et les enfants du grevé.

§V. De la clause d'exclusion de l'administration et de la jouissance légale

547. Après avoir longtemps retenu le contraire, la jurisprudence admet désormais que la clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale¹⁰⁹¹ peut grever la réserve héréditaire de l'enfant¹⁰⁹².

548. En l'état actuel, les articles 384, alinéa 1^{er}¹⁰⁹³ et 386-4, 2^o¹⁰⁹⁴ n'envisagent cette clause qu'adossée à une libéralité. Et la Cour de cassation voit dans toute clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale une libéralité faite au mineur considérant que « la clause d'exclusion de l'administration légale qui emportait privation de la jouissance légale de la mère avait nécessairement pour effet d'augmenter les droits des mineurs sur leur émolument dans la succession de leur père, de sorte qu'une telle clause [...] caractérisait un legs »¹⁰⁹⁵. Le raisonnement s'explique à première vue : priver l'administrateur légal de son droit de jouissance sur les biens donnés ou légués au mineur, c'est libérer les biens de la charge qui les grève et permettre au mineur d'en recouvrer l'usufruit¹⁰⁹⁶.

1086. L. Hude et C. Brenner, Les libéralités graduelles et résiduelles : du sommeil au réveil ?, *op. cit.*, n°25.

1087. En ce sens, v. not. : C. Vernières et G. Bonnet, *Réflexions pratiques sur les libéralités graduelles et résiduelles*, *op. cit.*, n°22.

1088. C. Vernières et G. Bonnet, *Réflexions pratiques sur les libéralités graduelles et résiduelles*, *op. cit.*, n°22.

1089. *Ibid.*

1090. C. Vernières et G. Bonnet, *Réflexions pratiques sur les libéralités graduelles et résiduelles*, *op. cit.*, n°23.

1091. Sur laquelle, v. *supra* n°237.

1092. Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2013, n°11-26728, Bull. civ., I, n°36 ; *D.* 2013, 2073, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2013, 239 obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 2013, comm. 73 M. Bruggeman ; *JCPN* 2013, 1121 note D. Boulanger ; *RTD civ.* 2013, 346 obs. J. Hauser et 421 obs. M. Grimaldi et 575 obs. J. Hauser.

1093. « Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers ».

1094. « La jouissance légale ne s'étend pas aux biens : [...]

2° Qui lui sont donnés ou légués sous la condition expresse que les parents n'en jouiront pas ».

1095. Cass. civ. 1^{re}, 11 fév. 2015, n°13-27586, Bull. civ., I, n°37 ; *AJ fam.* 2015, 237 obs. C. Vernières ; *RTD civ.* 2015, 354 obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2015 comm. 75 M. Nicod et 80 I. Maria ; *RDC* 2015, 901 obs. S. Godechot-Patris : cassation d'un arrêt qui avait refusé de voir une libéralité dans la clause d'un testament olographe par laquelle le père déclarait « je suis opposé à ce que mon ex-épouse administre et gère mon patrimoine qui reviendra à mes enfants et confie cette mission exclusivement à ma sœur ». V. aussi, dans le même sens : Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n°14-18856, *RTD civ.* 2015, 584 obs. J. Hauser et 668 obs. M. Grimaldi.

1096. Sur les nuances à apporter à cette vision qui ne tient pas compte du fait que le droit de jouissance légale doit être exercé dans l'intérêt du mineur et qu'il n'en est pas tenu compte en pratique dans la valorisation des biens de l'enfant : C. Vernières, *obs. précit.*, *AJ fam.* 2015, 237.

549. En droit, il est cependant artificiel de prétendre découvrir un legs dans un acte qui n'ajoute ni ne modifie rien à la vocation légale de l'héritier et dont l'auteur a été animé par la seule volonté de priver l'administrateur légal de ses pouvoirs¹⁰⁹⁷. De plus, cette analyse pourrait elle-même poser des difficultés de mise en œuvre¹⁰⁹⁸.

550. Raison pour laquelle, dans le prolongement d'une proposition du 113^e Congrès des notaires¹⁰⁹⁹, il convient de cesser de faire de la clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale l'accessoire nécessaire d'une libéralité.

Cesser de faire de la clause d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale l'accessoire nécessaire d'une libéralité (proposition n° 52)

En conséquence, la rédaction des articles 384, alinéa 1^{er} et 386-4, 2° pourrait être ainsi modifiée :

Article 384, alinéa 1^{er} « Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens [reçus par le mineur par succession ou libéralité et pour lesquels un tiers administrateur a été désigné] ».

Article 386-4, 2° : « La jouissance légale ne s'étend pas aux biens :

[...]

2° [Qu'il a reçus par succession ou libéralité] sous la condition expresse que les parents n'en jouiront pas ».

1097. En ce sens, v. not. M. Grimaldi, *obs. précit.*, *RTD civ.* 2015, 668 et C. Vernières, *obs. précit.*, *AJ fam.* 2015, 237.

1098. V. not. S. Godechot-Patris, *obs. précit.*, *RDC* 2015, 901.

1099. 113^e Congrès des notaires, #Familles, #Solidarités, #Numérique, Lille, 2017, omission #Familles, Proposition n°2.

CHAPITRE 6

La philanthropie

551. De manière générale, la philanthropie renvoie à un « phénomène social se définissant comme le fait d'œuvrer pour le bien commun dans le but, à long terme, de créer une meilleure société »¹¹⁰⁰. Forme moderne de la charité ou de la bienfaisance, la philanthropie s'exprime à travers la création d'organismes caritatifs et la transmission gratuite de biens à leur profit. Lorsqu'une libéralité est consentie à un groupement qui poursuit un but philanthropique, elle est volontiers dite elle-même *philanthropique*. Pourtant, comme l'explique Julien Boisson, juridiquement, « il n'existe pas à proprement parler de définition des libéralités philanthropiques »¹¹⁰¹ et, en l'état du droit positif, la catégorie des groupements philanthropiques n'en est pas une¹¹⁰².

552. Quoi qu'il en soit, le phénomène philanthropique est en expansion en France. En 2018, il existe 2 537 fondations et 1 657 fonds de dotation en activité, deux-tiers de ces fondations ayant été créées depuis 2000 et un tiers depuis 2010. 54% des fondations sont créées par des particuliers. En 2017, les actifs détenus par les fondations s'élèvent à 26,5 milliards €, correspondant à une hausse de 19% en quatre ans¹¹⁰³. Sur l'ensemble de la période 2007 à 2015, le total des dons déduits des différents impôts et des libéralités est passé de 2,9 à 5,4 milliards €, traduisant une augmentation de plus de 85 % en 9 ans¹¹⁰⁴. Autre tendance relevée par les acteurs du secteur, le rajeunissement des personnes qui envisagent un projet philanthropique en lien avec « l'évolution des modèles entrepreneuriaux, notamment dans les nouvelles technologies, qui génèrent des fortunes créées en une décennie, voire quelques années » et la tendance à un engagement philanthropique plus rapide, du vivant de la personne, dans des causes ressenties comme urgentes¹¹⁰⁵.

553. Les instruments juridiques par lesquels s'exprime la philanthropie en termes de groupements forment aujourd'hui un **arsenal conséquent** : fondation¹¹⁰⁶, fondation abritée¹¹⁰⁷, fondation d'entreprise¹¹⁰⁸, fonds de dotation¹¹⁰⁹, fonds de pérennité¹¹¹⁰. L'ensemble est assorti, pour les dons et libéralités, d'un régime fiscal avantageux qui soutient, voire conditionne, le développement du secteur¹¹¹¹.

554. En France, la philanthropie reste cependant à un niveau inférieur à celui qu'elle connaît dans d'autres pays, notamment en Angleterre et, surtout, aux États-Unis. En 2015, il existe aux États-Unis près de 1,2 millions d'organismes caritatifs bénéficiant de 2 900 milliards \$ de ressources, dont la majeure partie provient de dons et libéralités¹¹¹². Le montant total des dons et libéralités philanthropiques atteint en 2017 410 milliards \$ et l'on estime qu'entre 1998 et 2052, 6,6 billions \$ auront ainsi été gratuitement transmis¹¹¹³.

555. La réserve héréditaire n'existant pas aux États-Unis, l'idée a parfois été avancée ces dernières années qu'elle freinerait en France le développement de la philanthropie. Ce raisonnement avait d'ailleurs inspiré un amendement parlementaire lors de l'examen de la loi du 4 juillet 1990 relative aux fondations d'entreprise¹¹¹⁴. Par la suite, d'autres pro-

1100. V. M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1101. V. J. Boisson, contribution reproduite en annexe. V. aussi, du même auteur : *Les libéralités à caractère collectif*, préf. M. Grimaldi, Defrénois, coll. Thèses, t. 61, 2019, spéc. n°2 et s ; Fondation - Une philanthropie à la française, *JCP N* 2019, act. 829.

1102. Raison pour laquelle celle de libéralité à caractère collectif lui semble préférable : V. contribution reproduite en annexe.

1103. *Les fondations et fonds de dotation en France de 2001 à 2018*, Observatoire de la philanthropie, Fondation de France, 2018, p. 52. Pour d'autres données chiffrées, v. M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1104. Observatoire de la philanthropie, Fondation de France, *Panorama national des générosités*, Les Etudes de l'Observatoire, avril 2018

1105. *Les fondations et fonds de dotation en France de 2001 à 2018*, *op. cit.*, pp. 36-37. Aussi les fondations créées par legs déclinent-elles, représentant 10% des fondations créées entre 2013 et 2017, contre 14% dans la période précédente.

1106. L. n°87-571 du 23 juill. 1987.

1107. *Ibid.*

1108. L. n°90-559 du 4 juill. 1990.

1109. L. n°2008-776 du 4 août 2008.

1110. L. n°2019-486 du 22 mai 2019.

1111. Pour un panorama de ce régime fiscal, v. not. : *Guide des générosités*, hors série n°1, *JCP N* 2019.

1112. M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1113. R. Scalise, contribution reproduite en annexe.

1114. Il s'agissait d'introduire dans le code civil un nouvel article « aux termes duquel un legs adressé à une fondation reconnue d'utilité publique pourrait excéder la quotité disponible à condition de ne pas diminuer la réserve héréditaire au-delà d'un certain seuil » : J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, *op. cit.*, n°342, p. 325.

positions de lois ont été déposées en ce sens, en 2011¹¹¹⁵ et en 2015¹¹¹⁶, sans être discutées. De fait, elles soulevaient de sérieuses difficultés juridiques¹¹¹⁷. L'argument est réapparu plus récemment notamment dans le cadre des réflexions menées par l'Inspection Générale des Finances sur les fondations d'actionnaires¹¹¹⁸ puis des déclarations relayées par la presse selon lesquelles quelques grands chefs d'entreprise français regretteraient que la réserve héréditaire les prive de la liberté de laisser l'essentiel de leur fortune à des œuvres philanthropiques, comme Bill Gates ou Warren Buffett ont déclaré vouloir le faire en lançant l'initiative *The Giving Pledge*¹¹¹⁹. C'est un même regret qu'a exprimé Daniel Borillo lors de son audition : « La célèbre campagne lancée par Warren Buffett et Bill Gates, *The Giving Pledge* (promesse de don), afin d'encourager les personnes les plus fortunées des États-Unis à s'engager en donnant la majeure partie de leur argent à des fins philanthropiques ne peut pas se faire en France à cause de la réserve héréditaire »¹¹²⁰.

556. Afin d'éclairer sur ce point la réflexion de la Mission parlementaire confiée par le gouvernement le 12 juillet 2019 à Mesdames les députées Sarah El Haïry et Naïma Moutchou, le groupe de travail a cherché à déterminer si le développement de la philanthropie appelle un aménagement des règles du code civil relatives à la réserve héréditaire. A cet égard, il convient d'abord d'identifier les facteurs favorables à la philanthropie afin de mieux cerner la part du droit des successions dans les pratiques philanthropiques (§I). La philanthropie présente un intérêt évident pour la société, ce qui se vérifie à travers l'importance et l'utilité des causes qu'elle défend. Aussi comprend-on que le législateur l'encourage et cherche à favoriser son développement. Cela ne doit cependant pas conduire à ignorer quelques dangers qui pourraient être attachés à certaines manifestations de la philanthropie et qu'il convient ici de mettre en lumière en lien avec le droit des successions (§II). Cette mise en perspective faite, il sera possible de confronter plus directement la réserve héréditaire à la philanthropie (§III).

§I. Des facteurs favorables à la philanthropie

557. A considérer les usages de la population française dans son ensemble, le rôle de la réserve héréditaire dans le niveau de développement de la philanthropie dans notre pays apparaît marginal. En vérité, **les facteurs qui expliquent le degré nettement supérieur de la philanthropie aux États-Unis ne tiennent pas tant à l'absence de réserve héréditaire qu'à des raisons historiques, culturelles, religieuses, sociologiques, politiques, économiques et fiscales dont la combinaison contribue à faire de la philanthropie un trait majeur et proprement distinctif de ce pays**¹¹²¹. Comme l'écrit un auteur, « pour comprendre les États-Unis, il faut d'abord comprendre ce qu'est le philanthropisme »¹¹²². **La situation de la France est, sous tous ces aspects, profondément différente**¹¹²³.

I. Des facteurs historiques

558. Des raisons historiques expliquent le profond ancrage de la philanthropie **aux États-Unis**. En effet, ce pays « s'est construit grâce à l'organisation des individus. La colonisation anglaise de l'Amérique « n'a pas été une politique d'État entreprise, soutenue et financée par la couronne d'Angleterre »¹¹²⁴ qui s'est contentée de l'autoriser. Les individus se sont structurés en communautés pour subvenir aux besoins des autres. Ainsi, à cette époque, la « philanthropie devint [une] des composantes indispensables de l'État-nation »¹¹²⁵. Cela explique pourquoi les États-Uniens n'ont pas, généralement, confiance en le gouvernement et se tournent donc vers des organismes privés pour leurs besoins¹¹²⁶.

1115. Proposition de loi n°748 présentée par M.-H. des Esgaulx visant à concilier la philanthropie et le droit des successions. Sur laquelle, v. : J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., n°342, p. 325.

1116. Proposition de loi n°2904 présentée par F. Lefebvre visant à permettre les dons patrimoniaux à des fondations ou associations reconnues d'utilité publique. Sur laquelle, v. : J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., n°342, p. 325.

1117. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., n°343, p. 326s.

1118. A. Jevakhoff et D. Cavaillolès, *Le rôle économique des fondations*, IGF, avril 2017, spéc. 4.5.

1119. G. Attal, Interview, *Les Echos*, 24 janv. 2019 indiquant que Xavier Niel aurait déclaré publiquement être prêt à laisser l'essentiel de sa fortune à des fondations. V. aussi, G. Attal, Interview, *L'Agefi Actifs*, fév. 2019, p. 18, à la question : « Avez-vous des études sur des grandes fortunes qui voudraient donner au-delà de leur quotité disponible et qui ne le peuvent pas ? », Gabriel Attal répond : « Je n'ai pas d'étude ou de sondage mais j'ai eu l'occasion d'échanger avec un certain nombre de personnes, qui ont très bien réussi, et qui souhaitent pouvoir donner plus que ce qui est envisageable aujourd'hui. Xavier Niel l'a annoncé sur Europe 1. Claude Bébéar a toujours défendu cette idée ».

1120. V. contribution reproduite en annexe.

1121. Sur l'ouvrage majeur de O. Zunz, *La philanthropie en Amérique. Argent privé, affaires d'Etat*, trad. N. Barreyre, Fayard, 2012.

1122. G. Sorman, *Le cœur américain. Eloge du don*, Fayard, 2013.

1123. V. not. : E. Chelle, La philanthropie aux États-Unis et en France, *Sociologie*, 2017/4, vol. 8, 395.

1124. E. Zoller, *Le droit des États-Unis*, PUF, Que sais-je ?, 2001, pp. 7-8 cité par M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1125. P. Dobkin Hall, Historical Perspectives on Nonprofit Organizations in the United States, in *The Jossey-Bass Handbook of Nonprofit Leadership and Management*, Wiley, 2016, p. 31 cité par M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1126. B. R. Hopkins, *Starting and Managing a Nonprofit Organization: A Legal Guide*, Sixth Edition. John Wiley & Sons, 2013, p. 4.

La place de l'Etat y est faible »¹¹²⁷. Comme le souligne un auteur, l'action des philanthropes est « historique et, pourrait-on dire, consubstantielle au fonctionnement de la société américaine. La défiance envers l'intervention de l'Etat fédéral ainsi que la priorité des communautés dans l'organisation de la vie sociale sont des thèmes structurants de son histoire politique »¹¹²⁸.

559. Inversement, **en France**, « les groupements de personnes ont longtemps été vus comme des potentiels concurrents de l'Etat, et donc avec suspicion »¹¹²⁹. « La vision française d'un **Etat fort** résulte de l'histoire »¹¹³⁰ tandis que « depuis la création de la Société Philanthropique de Paris en 1780, l'action philanthropique a été contenue au nom d'une **défiance contre les corps intermédiaires**. Aussi parce que, pendant la III^e République, la coalition d'acteurs la plus propice à la développer (libéraux, radicaux, protestants, francs-maçons) visait d'abord à conquérir les places de pouvoir au sein de l'Etat »¹¹³¹. Comme l'écrivait Tocqueville, « partout où, à la tête d'une entreprise nouvelle, vous voyez en France le gouvernement et en Angleterre un grand seigneur, comptez que vous apercevrez aux États-Unis une association »¹¹³².

560. La philanthropie américaine, explique Marie Chabrol lors de son audition, fait également fond sur les **charities**, « pratique religieuse anglaise médiévale », qui « fut importée lors de la colonisation ». Le *Statute of Charitable Uses*¹¹³³ de 1601, qui fut appliqué aux États-Unis, forme « le point de départ du droit moderne des organismes caritatifs »¹¹³⁴ et a servi de support aux donations et *uses* (ancêtres des *trusts*) consentis aux *charities* afin de d'assister les plus démunis. Ces pratiques ont permis à l'Etat de n'intervenir qu'à titre subsidiaire : « l'Etat comblait les lacunes de la charité plutôt que la charité ne comblait les lacunes de l'Etat »¹¹³⁵. A partir des années 1880, la charité évolue et, devenant systématique, fait place à une philanthropie de masse : « il ne s'agissait plus d'une forme d'assistance directe aux personnes dans le besoin mais de résoudre des problèmes sociaux durablement »¹¹³⁶.

561. A la même époque, « les États-Unis connurent une période sans précédent de **grandes fortunes**, des hommes devenus suffisamment riches et puissants pour, individuellement, pouvoir transformer la société et peser sur les affaires du pays. Dans les années 1870, on ne comptait que 100 millionnaires aux États-Unis. Mais, en l'espace d'à peine deux générations, l'accumulation de richesses s'accéléra plus qu'à aucun autre moment de l'histoire. En 1892, le *New York Tribune* dénombrait 4047 millionnaires. En 1916, il y en avait plus de 40 000, dont deux au moins comptaient leur fortune en milliards de dollars : John D. Rockefeller et Henry Ford »¹¹³⁷.

562. En France, la situation est bien différente. Le développement progressif, puis accentué après 1945, de **l'Etat-providence** a rempli les fonctions assumées, outre-Atlantique, par la philanthropie. Là où l'Etat a relevé les défis d'envergure – éducation, santé, politiques sociales, recherche médicale et scientifique, ... - en les finançant par la dépense publique ; aux États-Unis, ce sont les efforts philanthropiques de la population qui y ont pourvu au premier chef.

II. Des facteurs sociologiques, culturels et religieux

563. « Pourquoi les Américains donnent-ils ? [...] Avant tout, depuis la naissance de cette nation, on donne parce que tout le monde donne et l'on apprend à se porter volontaire dès le plus jeune âge [...] Ne pas donner serait ne pas être tout à fait américain » : « 90% des Américains d'âge adulte consentent un don annuel »¹¹³⁸ et consacrent aussi beaucoup de leur temps à des actions bénévoles, à tous les échelons de la société.

564. On donne aussi « parce que l'on est croyant : **90% des Américains croient en un Dieu créateur, et la moitié des dons philanthropiques vont aux Eglises** ou, plus exactement, transitent par les Eglises qui gèrent des œuvres

1127. M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1128. E. Chelle, La philanthropie aux États-Unis et en France, *op. cit.*, n°2.

1129. M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1130. M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1131. E. Chelle, La philanthropie aux États-Unis et en France, *op. cit.*, n°2.

1132. *De la démocratie en Amérique*, t. II, Folio, coll. Histoire, chap. V, p. 155.

1133. *Statutes of Charitable Uses*, 1601, 43 Eliz. 1, C4.

1134. G.W. Keeton, *The Modern Law of Charities*, London, Pitman, 1962, p. 10 cité par M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1135. *Report of the Committee on the Law and Practice relating to Charitable Trusts*, December 1952, HMSO, London, Cmd 8710, p. 8, cité par M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1136. M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1137. O. Zunz, *La philanthropie en Amérique. Argent privé, affaires d'Etat*, *op. cit.*, introduction.

1138. G. Sorman, *Le cœur américain. Eloge du don*, *op. cit.*

sociales et éducatives »¹¹³⁹. Les différences religieuses entre les États-Unis, imprégnés d'une philosophie protestante et évangélique, et la France, influencée par la tradition catholique, expliquent pour certains « le rapport des Français à un Etat fort et centralisé ». « La religion catholique considère que le salut du croyant se réalise par l'intermédiaire de l'Église. Cela n'est pas le cas dans la pensée calviniste. Chaque croyant y est appréhendé individuellement dans son rapport avec Dieu qui lui accordera le salut ou non. Il en résulte une vision de la société plus individualiste, plus horizontale, aux États-Unis alors que le recours à une institution est plus fréquent en France »¹¹⁴⁰, ce qui contribue à une structuration distincte des rapports sociaux en lien avec la philanthropie.

565. C'est enfin l'**adéquation de la philanthropie aux valeurs et aux mœurs des Américains** qui expliquent son importance aux États-Unis, et notamment au **volontarisme**, mélange de croyances dans l'individualisme, dans la force du pouvoir de la volonté et de préférence pour la gestion de toutes les affaires au niveau local. Là encore, « la mentalité et le rapport à l'autre est complètement différent en France où la communauté a un rôle beaucoup moins essentiel. Cela explique que la philanthropie ne s'y développe »¹¹⁴¹ que dans une bien moindre proportion et seulement depuis une époque récente.

III. Des facteurs politiques et économiques

566. Le **fédéralisme** a également partie liée avec le niveau de développement de la philanthropie aux États-Unis car il « est plus qu'une organisation étatique, il est un mode de pensée. Il est intrinsèquement lié à la liberté, et plus précisément au *self-government*, c'est-à-dire littéralement le droit de se gouverner soi-même, lequel implique la démocratie locale et le sens de l'autonomie de la communauté à laquelle on appartient »¹¹⁴². A l'inverse, la France est, malgré la politique de décentralisation, un **Etat fortement centralisé** dans lequel « le rôle des acteurs privés est traditionnellement subsidiaire dans la réalisation des missions d'intérêt général »¹¹⁴³.

567. La philanthropie s'explique encore par le **mode distinct de redistribution des richesses et le rôle que joue l'Etat dans ce processus**. Aux États-Unis, « les individus agissent librement pour s'élever socialement et s'enrichir. Ainsi, les personnes aux plus faibles revenus peuvent atteindre un certain niveau social par le biais de bourses au mérite alimentées par les mécanismes philanthropiques. S'ils parviennent à l'atteindre, dans un second temps, ils participent eux-mêmes à cette redistribution des richesses afin de rendre à la société - « **give back** » - ce qui leur a permis leur ascension [...] En France, les citoyens, par leurs contributions, cotisations, taxes et impôts, participent à la redistribution des richesses mais c'est l'État, non les personnes privées, qui décide de leur allocation » ; « les citoyens, par le biais de leurs représentants élus, choisissent la manière dont seront redistribuées les richesses. Les impositions permettent de financer les politiques sociales »¹¹⁴⁴, mises en œuvre au moyen d'aides publiques à un niveau très développé par comparaison avec les autres pays. L'Etat intervient aussi, aux États-Unis, mais il le fait « par le biais d'exonérations et de réductions fiscales, théorisées comme des « dépenses fiscales » dès 1967. Ce sont autant de recettes auxquelles l'État renonce, constituant un « État-providence dissimulé », *hidden welfare state*. La philanthropie s'inscrit dans ce système de redistribution des richesses et cette vision de l'intervention de l'État »¹¹⁴⁵. Cette politique fiscale d'incitation à la philanthropie, moyennant des exonérations fiscales, est très incitative. La France a également mis en place des règles fiscales attractives mais **le niveau de l'imposition fiscale des successions et de la redistribution des richesses en général** est tel que l'articulation avec un projet philanthropique se présente dans des termes tout à fait différents¹¹⁴⁶.

568. C'est la combinaison de ces facteurs qui explique le niveau respectif des usages philanthropiques dans la population en général aux États-Unis et en France. Il est donc inexact de prétendre que la réserve héréditaire briderait la philanthropie en France, comme si toutes les autres conditions politiques, sociologiques, culturelles et économiques de son épanouissement se trouvaient réunies par ailleurs. De même qu'il est extrêmement réducteur – pour ne pas dire simpliste – de prétendre que c'est l'absence de réserve héréditaire aux États-Unis qui explique l'importance de la philanthropie dans ce pays.

1139. *Ibid.*

1140. M. Chabrol, contribution reproduite en annexe. On reconnaît là les liens établis par le sociologue Max Weber entre l'individualisme, le capitalisme et l'éthique protestante.

1141. *Ibid.*

1142. M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1143. *Ibid.*

1144. *Ibid.*

1145. *Ibid.*

1146. V. *infra* n°593.

§II. De certains dangers de la philanthropie

569. Les évidents bienfaits de la philanthropie pour la société et la noblesse des causes qu'elle défend ne doivent pas interdire tout regard critique sur l'engouement dont elle fait aujourd'hui l'objet compte tenu de quelques dérives possiblement attachées à certaines pratiques.

I. Un risque de reconstitution des biens de mainmorte

570. Notre pays a expérimenté par le passé les **dangers économiques et politiques** associés à un niveau élevé de développement de la philanthropie. Ce serait ignorer notre propre histoire que de ne pas évoquer ici les difficultés générées par la pratique sous l'ancien droit des libéralités charitables faites à l'Eglise et des nombreuses fondations pieuses.

571. Comme le souligne Nicolas Laurent-Bonne lors de son audition, les legs pieux « deviennent au Moyen âge l'une des dispositions centrales de la plupart des testaments » ; ils « ont évidemment un objectif sacré – l'expression de la piété du disposant, le rachat de ses péchés – mais aussi un résultat profane puisqu'ils constituent une source non négligeable de revenus pour l'Eglise ». Pour favoriser leur conclusion, ces legs pieux sont soumis à un régime juridique avantageux au niveau civil, comme il est parfois aujourd'hui envisagé de le faire pour les libéralités philanthropiques. Ainsi, « le testament canonique est par exemple soumis à un formalisme moins rigoureux que ne l'est le testament romain – il s'agit de sauver de la nullité les legs pieux qui ne respectent pas les conditions de forme exigées par le droit romain (comme le nombre de témoins ou la formalité de la dictée) ». En vérité, « **les legs pieux sont au Moyen Âge ce que le mécénat et la philanthropie sont à l'époque contemporaine** : un système incitatif de don au profit d'une institution d'utilité publique, fondé, non sur une réduction d'impôt, mais sur l'économie du salut »¹¹⁴⁷.

572. **Le développement des libéralités charitables va progressivement aboutir à l'accumulation de biens de mainmorte.** La mainmorte se dit de « la possession de certains biens [...] par des personnes morales (association, congrégation,...) de leur appartenance à un patrimoine qui, à la différence de celui des particuliers, ne se transmet pas de main en main (d'où le nom de biens de mainmorte), mais réalise une accumulation de richesses en dehors des mutations successorales et économiques »¹¹⁴⁸. « Adressés à des groupements pérennes, les biens objets des libéralités à caractère collectif sont, de fait, **hors du commerce**, puisqu'ils ne circulent pas »¹¹⁴⁹. En résulte, à l'époque féodale pour le seigneur, puis pour le Roi une **diminution de leurs rentrées fiscales** puisque, ne circulant plus, ces biens ne donnent plus lieu à un droit de mutation. D'où la mise en place d' « un droit d'amortissement imposant à l'établissement gratifié de payer une indemnité au seigneur, puis au Roi » pour limiter les risques fiscaux liés aux libéralités philanthropiques¹¹⁵⁰. Dans un premier temps, « l'enrichissement de l'Eglise nuit au pouvoir seigneurial, ce qui indirectement profite à la royauté qui cherche à imposer son autorité »¹¹⁵¹. Mais, une fois « l'autorité centrale assurée, le Roi s'inquiète du développement de puissants corps intermédiaires. Aussi est-il décidé au XVII^e siècle, par plusieurs ordonnances de soumettre à une autorisation royale la constitution de tels établissements ».

573. « **L'Édit de D'Aguesseau d'août 1749** achève cette évolution : il soumet à une autorisation royale toute constitution de groupements ecclésiastiques ou laïcs, interdit la création de nouvelles fondations individualisées, subordonne à l'obtention de lettres patentes les acquisitions entre vifs portant sur des immeubles et déclare nulle les libéralités testamentaires adressées à ces établissements en toutes circonstances »¹¹⁵². Les raisons avancées au soutien de cet Edit sont particulièrement éclairantes. La réglementation royale vise en effet à **protéger non seulement l'Etat contre les méfaits des biens de mainmorte mais aussi les familles contre les projets philanthropiques** ayant pour effet de détourner les biens de leur destination naturelle pour assurer la gloire personnelle de leurs fondateurs :

« Le désir que nous avons de profiter du retour de la paix, pour maintenir de plus en plus le bon ordre dans l'intérieur de notre royaume, nous fait regarder comme un des principaux objets de notre attention, les inconvénients de la multiplication des établissements des gens de main-morte, et de la facilité qu'ils trouvent à acquérir des fonds naturellement destinés à la subsistance et à la conservation des familles. Elles ont souvent le déplaisir de s'en voir privées, soit par la

1147. N. Laurent-Bonne, contribution reproduite en annexe.

1148. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 12^e éd., 2018, v° Mainmorte.

1149. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., n°6, p. 7.

1150. *Ibid.*

1151. *Ibid.*

1152. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., n°6, pp. 7-8.

disposition que les hommes ont à former des établissements nouveaux qui leur soient propres et fassent passer leur nom à la postérité avec le titre de fondateurs, soit par une trop grande affection pour des établissements déjà autorisés, dont plusieurs testateurs préfèrent l'intérêt à celui de leurs héritiers légitimes. Indépendamment même de ces motifs, il arrive souvent que, par les ventes qui se font à des gens de main-morte, les biens immeubles qui passent entre leurs mains cessent pour toujours d'être dans le commerce ; en sorte qu'une très grande partie des fonds de notre royaume se trouvent actuellement possédés par ceux dont les biens, ne pouvant être diminués par des aliénations, s'augmentent au contraire continuellement par de nouvelles acquisitions »¹¹⁵³.

574. De cette défiance envers la philanthropie, on retrouve l'expression dans l'Encyclopédie¹¹⁵⁴ et, ensuite, dans le code civil qui, s'il ne reprend pas l'interdiction de créer de nouvelles fondations personnifiées, conduit au début du dix-neuvième siècle à l'annulation des dispositions testamentaires visant à la création d'un nouvel établissement en application de la règle selon laquelle on ne peut disposer au profit d'une personne inexistante¹¹⁵⁵. Par la suite, ces restrictions iront s'amenuisant, sous l'effet d'une politique législative et jurisprudentielle favorable aux libéralités à caractère collectif¹¹⁵⁶.

575. **Le risque d'une résurgence des inconvénients liés à la constitution de biens de mainmorte a souvent été évoqué au cours des auditions.** Ainsi Yves Lequette observe-t-il qu'« il est curieux, au demeurant, de voir aujourd'hui nos gouvernants s'orienter vers un système que notre droit a expérimenté sous l'ancien régime et avec lequel le Code civil avait entendu rompre. Dans l'ancien droit, les libéralités au profit de l'Eglise et de ses œuvres avaient entraîné un accroissement très important des biens de mainmorte, ce qui n'était satisfaisant ni du point de vue économique car la libre circulation des richesses s'en trouvait entravée, ni du point de vue politique, la puissance de l'Eglise s'en trouvant accrue de manière excessive »¹¹⁵⁷. Dans le même ordre d'idées, Guillaume Wicker relève que « l'idée de favoriser le transfert d'une part plus importante qu'actuellement du patrimoine des particuliers au bénéfice d'associations, fondations ou fonds de toutes sortes » n'est pas sans danger car « de tels transferts concourent à un développement de la main-morte, c'est-à-dire à la multiplication de patrimoines possédés par des personnes morales et marqués par une accumulation de richesses soustraites au jeu des mutations successorales et économiques. Or, caractéristique de la société d'ancien régime, **le phénomène de la main-morte présente le risque soit de l'immobilisme économique, soit de voir apparaître des puissances n'ayant d'autre fin qu'elles-mêmes et qui se dressent en rivales de l'État** »¹¹⁵⁸.

II. Un risque d'atteinte à la propriété privée

576. La suppression ou l'aménagement de la réserve héréditaire à des fins philanthropiques pourraient s'accompagner à terme d'un autre danger : celui de porter atteinte à la propriété privée. L'argument peut sembler paradoxal. Car c'est bien au nom de la liberté individuelle du propriétaire d'affecter ses biens à un projet philanthropique qu'un recul de la réserve héréditaire est aujourd'hui par certains demandé. Mais ce pourrait être là une vue incomplète des choses.

577. Comme le souligne Michel Grimaldi, à soutenir l'idée que chacun peut librement « détourner sa succession du cours que la loi lui assigne au motif qu'une cause d'intérêt général pourrait primer la cause de sa famille », on risque de « promouvoir un nouvel ordre de dévolution légale, où toute succession (au-delà d'un certain montant) reviendrait à un organisme redistributeur qui en affecterait le montant à des œuvres d'intérêt général. Et, sur cette pente, on pourrait en venir à reconnaître à l'Etat, garant de l'intérêt général, un droit héréditaire (distinct, au moins en théorie, de ses droits fiscaux) à une quote-part de tout héritage jugé (mais par qui ?) conséquent »¹¹⁵⁹.

578. Or, **l'impôt successoral est déjà « une affectation de la succession à des œuvres d'intérêt général »** : une « quo-

1153. Edit concernant les Etablissements et Acquisitions des Gens de Main-morte, du mois d'août 179, in Œuvres complètes du Chancelier D'Aguesseau, par J.M. Pardessus (éd.), t. 13, nouvelle édition, Fantin et Cie, H. Nicole, De Pelafol, 1819, §XII, pp. 62-63.

1154. D. Diderot et J. d'Alembert, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. 14, Lausanne et Berne, chez les sociétés typographiques, 1781, v° Fondation, par Turgot : « C'est ainsi que les vertus les plus pures peuvent tromper ceux qui se livrent sans précaution à tout ce qu'elles inspirent ; mais si des desseins pieux & respectables démentent toutes les espérances qu'on en avoit conçues, que faudra-t-il penser de toutes ces fondations qui n'ont eu d'autre motif & d'objet véritable que la satisfaction d'une vanité frivole, & qui sont sans doute les plus nombreux ? Je ne craindrai point de dire que si on comparoit les avantages & les inconvénients de toutes les *fondations* qui existent aujourd'hui en Europe, il n'y en auroit peut-être pas une qui soutînt l'examen d'une politique éclairée ».

1155. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., n°8, p. 9.

1156. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., n°9s, p. 10s.

1157. Y. Lequette, contribution reproduite en annexe.

1158. G. Wicker, contribution reproduite en annexe.

1159. M. Grimaldi, Préface à la thèse de J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., p. VI.

tité disponible pour philanthrope » ne serait donc pas « autre chose qu'un supplément d'impôt librement consenti et spécialement affecté », « un nouvel aspect de la privatisation »¹¹⁶⁰. **Là encore, le contexte fiscal et le rôle de l'Etat dans les missions d'intérêt général expliquent des pratiques philanthropiques différentes entre les États-Unis et la France, les niveaux d'imposition sur les successions étant sans commune mesure entre les deux pays.**

579. **Aux États-Unis**, les successions sont soumises à un impôt fédéral et, dans quelques États seulement, à un impôt local. Le montant de l'impôt fédéral (*Federal Estate Tax*) ne dépend pas du lien de parenté mais uniquement de la valeur de l'actif successoral transmis. Or, le seuil à partir duquel les successions sont imposées n'a cessé d'augmenter au cours de la période récente. **Aujourd'hui, seules les successions dont l'actif net est supérieur à 11,4 millions \$ y sont soumises.** Celles dont l'actif est inférieur à cette somme ne donnent pas lieu à imposition¹¹⁶¹. A un tel niveau, il existe effectivement un large espace pour se montrer philanthrope à des fins d'intérêt général sans sacrifier les intérêts de sa famille : la philanthropie est donc aux États-Unis une forme d'impôt librement consenti et spécialement affecté.

580. De manière générale, **l'impôt prélevé sur les successions a tendance à reculer ou à disparaître dans le monde** en raison de sa forte impopularité¹¹⁶². **En France**, en revanche, il reste **comparativement très élevé**. Les droits sur les successions et donations en France représentent en 2016 1,2% des prélèvements obligatoires en France contre 0,34% en moyenne dans l'OCDE¹¹⁶³. Dans notre pays, l'abattement sur la part de chaque enfant n'est que de 100 000 € et les tarifs de 20% pour une fraction nette comprise entre 15 932 € et 552 324€ ou de 30 % pour la fraction supérieure sont plus rapidement atteints aujourd'hui en raison de la hausse du prix de l'immobilier¹¹⁶⁴. A cela s'ajoute que la loi n° 2012-658 16 août 2012 a gelé le montant de l'abattement en supprimant sa revalorisation annuelle. Avec un taux marginal supérieur de 45% et un tel abattement en ligne directe, la France taxe aujourd'hui plus lourdement les successions que les autres pays occidentaux¹¹⁶⁵.

581. Dans ce contexte, il est raisonnable de dire que **les successions françaises dans leur ensemble contribuent déjà fortement à la réalisation de fins d'intérêt général au moyen de l'impôt collecté par l'État**. Une forte incitation à attirer de nouveaux transferts de biens vers la philanthropie accentuerait l'affectation des successions à des fins d'intérêt général au détriment de la famille. **C'est ainsi, de proche en proche, une forme de succession publique qui, au-delà d'un certain niveau de richesses, risque de remettre en cause la succession privée et, avec elle, la propriété privée.**

III. Des risques liés à certaines pratiques du « philanthrocapitalisme »

582. Le développement contemporain de la philanthropie aux États-Unis est profondément lié au capitalisme, – ce qu'illustre la figure du *philanthrocapitalisme* – et à ses excès, qu'elle cherche à corriger pour le rendre socialement acceptable¹¹⁶⁶.

583. Le *philanthrocapitalisme*, expression en vogue depuis quelques années outre-Atlantique, désigne une « nouvelle manière de faire de la philanthropie, imitant la manière de faire des affaires dans le monde capitaliste » et promeut l'idée selon laquelle « le capitalisme en lui-même peut être philanthropique et œuvrer au bien de l'humanité »¹¹⁶⁷. Aux États-Unis, ce n'est pas l'ampleur des dons qui rend cette philanthropie différente de celle du passé. Certes, « des donations récentes très médiatisées ont créé l'illusion que la générosité et l'ampleur des dons émanant de donateurs individuels était « sans précédent ». En 2006, par exemple, Warren Buffet, l'un des investisseurs les plus riches au monde, a fait un don de trente milliards de dollars à la Fondation Gates et, en 2015, le cofondateur de Facebook, Marc Zuckerberg a annoncé son intention de donner quarante milliards de dollars – presque toute sa fortune – à des œuvres caritatives, ce qui lui a valu de nombreuses louanges de la part des médias et du public ». Il est vrai que « si l'on s'arrête au montant de ces « méga-dons » des ultra-riches, ils s'imposent à l'esprit comme des sommes sans

1160. M. Grimaldi, La famille, la cité et la réserve, *Def* 2019, n°12, p. 1.

1161. R. Scalise, contribution reproduite en annexe

1162. Pour une vue d'ensemble, v. not. : C. Viessant, Les droits d'enregistrement en droit comparé, *Dr. fiscal* 2017, 273, n°4 ; Conseil des prélèvements obligatoires, *Prélèvements obligatoires sur les ménages : progressivité et effets redistributifs*, mai 2011 et *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages*, Synthèse, janv. 2018.

1163. Conseil des prélèvements obligatoires, *Les prélèvements obligatoires sur le capital des ménages*, Synthèse, janv. 2018.

1164. CGI, art. 777.

1165. Même s'il faut tenir compte de l'exonération des successions entre époux et partenaires depuis la loi n°2007-1223 du 21 août 2007, dite loi TEPA.

1166. M. Chabrol, contribution reproduite en annexe.

1167. L. McGoey, D. Thiel et R. West, Le philanthrocapitalisme et les « crimes des dominants », traduit de l'anglais par F. Narcy, *Politix* 2018/1, p. 29s, spéc. p. 33 et les références citées.

précédent ». Cependant, « le sentiment que l'émergence d'une strate d'individus ultra-riches marque un « nouvel âge d'or » de la philanthropie est tout à fait illusoire. Non seulement **les États-Unis n'ont pas connu de hausse des dons depuis les années 1970** », où le niveau stagne depuis à environ 2% du PIB, mais, proportionnellement, seule une petite partie de ces dons sont le fait des ultra-riches »¹¹⁶⁸.

584. En réalité, **la nouveauté** est ailleurs. Elle **tient aux structures qu'emprunte cette philanthropie** : attributions par des fondations et autres organismes philanthropiques de subventions à des entreprises à but lucratif¹¹⁶⁹ - ce qui pose question en raison des avantages fiscaux dont bénéficient les organismes philanthropiques américains - ; décisions prises par certains de ces philanthropes - tels que Mark Zuckerberg (co-fondateur de Facebook) et Pierre Omidyar (fondateur d'eBay) - d'établir des sociétés à but lucratif pour mener à bien des actions philanthropiques au lieu de recourir à des fondations, un mélange des genres commerciaux et philanthropiques qui leur permet d'échapper à toute la réglementation gouvernementale en termes de transparence, de déclarations, de contrôles, de conflits d'intérêts, de niveaux de rémunération, de soutien aux partis politiques, ...¹¹⁷⁰.

585. La **critique de ces nouveaux philanthropes** est rare et difficile, ne serait-ce que parce que l'annonce à grands renforts de médias de l'abandon personnel de telles fortunes crée une valeur d'exemplarité et attribue à leurs auteurs une autorité charismatique. Elle ne s'en développe pas moins, en même temps que la mise en lumière des résultats préjudiciables de certains des programmes développés pour les populations les plus vulnérables¹¹⁷¹. En France, un récent ouvrage met ainsi au jour, à la suite d'une enquête menée à propos de la Fondation Bill et Melinda Gates, « l'art de la fausse générosité »¹¹⁷² que pratique cette Fondation, selon l'auteur de cet ouvrage, dans l'intérêt bien compris des grandes multinationales. C'est ce que souligne Yves Lequette lors de son audition qui, résumant les résultats de cette investigation, relève que « les fonds qui lui sont affectés sont gérés par un *trust* et investis dans des entreprises privées qui, guidées par le seul calcul économique, font jouer à plein la concurrence en matière sociale, fiscale et environnementale, ce qui les conduit à localiser leur production dans des pays où la protection sociale est inexistante, où les contraintes environnementales sont faibles et où la fiscalité est légère, déclenchant et entretenant ainsi en matière de législation une véritable « course vers le bas ». Pis, les fonds ainsi dégagés sont mis au service de politiques qui, sous couvert du développement de l'agriculture ou de protection de la santé, servent très directement les intérêts des grandes multinationales : promotion des semences brevetées, campagnes de vaccination destinée à lutter contre des maladies déjà éradiquées. En d'autres termes, les aides données par cette fondation obéissent à une logique autre que celle de l'altruisme et servent à asseoir le pouvoir des multinationales sur les marchés mondiaux ». Et Yves Lequette de s'interroger : « Ne serait-il pas préférable que les groupes qui sont à l'origine de ces fondations aient moins pratiqué l'optimisation fiscale, ce qui aurait permis au budget des États de disposer de ressources suffisantes ? »¹¹⁷³. Cette philanthropie, observe encore l'auteur de cette enquête, « devrait être soumise à un **droit de regard des États et des citoyens**, tant son pouvoir est grand et sa **menace lourde sur nos démocraties** »¹¹⁷⁴ ainsi que sur la définition et l'orientation des missions d'intérêt général.

§III. De la philanthropie à l'aune de la réserve héréditaire

I. Identifier la demande

586. On ne saurait envisager de remettre en cause la réserve héréditaire afin de favoriser la philanthropie sans avoir identifié la demande, d'une part, de la société envisagée dans son ensemble (A) et, d'autre part, des milieux philanthropiques (B).

A. L'absence de demande de la société dans son ensemble

587. A titre préalable, l'idée de supprimer la réserve héréditaire pour chercher à compenser une possible baisse¹¹⁷⁵

1168. L. McGoey, D. Thiel et R. West, Le philanthrocapitalisme et les « crimes des dominants, *op. cit.* p. 34.

1169. Par exemple, en 2014, la Fondation Gates a annoncé l'attribution d'une aide de 11 millions \$ à l'entreprise Mastercard pour la création d'un laboratoire d'inclusion financière à Nairobi : L. McGoey, D. Thiel et R. West, Le philanthrocapitalisme et les « crimes des dominants, *op. cit.*, p. 37.

1170. L. McGoey, D. Thiel et R. West, Le philanthrocapitalisme et les « crimes des dominants, *op. cit.*, p. 38 s.

1171. V., par exemple, pour les actions menées par la Fondation Gates en matière d'éducation ou en termes sanitaires : L. McGoey, D. Thiel et R. West, Le philanthrocapitalisme et les « crimes des dominants, *op. cit.*, p. 38s. V. aussi, sur ces critiques, R. Scalise, contribution reproduite en annexe.

1172. L. Astruc, *L'art de la fausse générosité, La Fondation Bill et Melinda Gates. Récit d'investigation*, postface V. Shiva, Actes Sud, 2019.

1173. Y. Lequette, contribution reproduite en annexe.

1174. L. Astruc, *L'art de la fausse générosité, La Fondation Bill et Melinda Gates. Récit d'investigation*, *op. cit.*, p. 15.

1175. Laquelle reste à démontrer à moyen ou long terme.

des dons aux associations suite au remplacement de l'impôt de solidarité sur la fortune par l'impôt sur la fortune immobilière serait en complet décalage avec la réalité. Comme l'explique Guillaume Wicker, « en matière d'ISF, les dons réalisés par les contribuables n'étaient pas le produit d'une intention libérale spontanée, mais représentaient en réalité une forme particulière, et prévue par la loi, de contournement de l'impôt ; ou tout au moins le moyen pour les contribuables de décider de l'emploi de leur impôt. En outre, il faut bien voir que la diminution observée suite à la suppression de l'ISF, de l'ordre de 150 millions d'euros, représente un montant dérisoire si on la compare au flux successoral annuel, lequel était par exemple de 237 milliards d'euros en 2015. Sachant qu'en présence de la réserve la plus élevée, la quotité disponible minimale susceptible d'être employée pour de tels dons est égale au quart de la succession, il n'est pas sérieux de prétendre que la suppression ou la diminution de la réserve serait une nécessité pour retrouver ces 150 millions d'euros perdus qui représentent moins de 0,07 % du flux successoral annuel »¹¹⁷⁶.

588. **Historiquement, il n'a jamais été admis que les libéralités philanthropiques puissent priver les héritiers de tout ou partie de leur réserve héréditaire.** La question s'était pourtant posée sous l'ancien droit. Comme l'explique Nicolas Laurent-Bonne, « au Moyen Âge, les juristes de l'Église se posent une question peu ou prou comparable à celle que se pose aujourd'hui le Gouvernement en matière de mécénat et de philanthropie : un legs pieux peut-il porter atteinte aux droits des héritiers légitimes ? »¹¹⁷⁷. S'ensuit une importante controverse, que rappelle en détail Nicolas Laurent-Bonne¹¹⁷⁸. Elle trouve son issue dans la législation des papes Alexandre III (1159-1181) et Innocent III (1198-1216) aux termes de laquelle, la réserve héréditaire étant de droit naturel, le père ne peut laisser plus à l'Église qu'il ne devrait laisser à ses enfants. Ce principe sera constamment réaffirmé au fil des siècles sans jamais être remis en cause.

589. A envisager aujourd'hui la question sous un angle sociologique, deux idées se dégagent. D'une part, **les personnes qui envisagent de laisser leurs biens à leur mort à un organisme philanthropique sont très généralement sans descendance.** Comme l'écrit Pierre-Henri Ollier, responsable des relations notariales et testateurs à la Fondation de France, « la grande majorité des personnes faisant le choix de léguer leur patrimoine à une association ou une fondation sont des personnes sans descendance directe. Leur démarche est celle de la transmission. Ces personnes veulent souvent donner un sens au patrimoine qu'elles ont accumulé leur vie durant en l'affectant après elle à une cause qui leur tenait à cœur »¹¹⁷⁹. Dans ces hypothèses, en l'absence d'héritier réservataire, la liberté de disposer est déjà absolue en droit positif.

590. D'autre part, **pour l'ensemble des Français soucieux de transmettre des biens à une œuvre philanthropique alors qu'ils ont une descendance, la quotité disponible suffit largement. Aller plus loin reviendrait à légiférer pour répondre à des demandes tout à fait exceptionnelles alors que la loi civile doit être faite pour le plus grand nombre.**

591. **L'idée que la réserve héréditaire briderait actuellement la liberté de disposer à des fins philanthropiques est tout simplement démentie par les faits.** Si tel était le cas, les personnes concernées disposeraient à hauteur de la quotité disponible, laquelle est toujours au minimum de 25% en présence de trois enfants ou plus. Or, selon les résultats d'un travail collectif menée par l'association *Un esprit de famille*¹¹⁸⁰, la réalité est très en-deçà. Selon la Présidente de cette association, « si les gens donnaient au maximum ce que leur permet la réserve, soit au moins 25% de leur patrimoine, ce serait formidable » mais « **les rares personnes qui le font contribuent généralement à hauteur de 10 à 15% de leur patrimoine** »¹¹⁸¹. Aussi l'initiative *Changer par le don*, réplique française de *The Giving Pledge*, propose-t-elle en cohérence avec la pratique de donner 10% de son revenu ou 10% de son patrimoine, un tel montant constituant selon les initiateurs « un engagement philanthropique significatif pour les personnes aisées », « compatible avec le droit civil puisque la quotité disponible est au minimum de 25% » et « inférieur au plafond de la réduction d'impôt sur le revenu qui permet au donateur de maximiser l'effet de sa générosité »¹¹⁸². Cette réalité, c'est encore celle que décrit Jean-François Humbert, Président du Conseil Supérieur du Notariat : « Le débat récent sur l'opportunité de maintenir l'institution de la réserve s'est fait jour au motif que quelques personnes, peu nombreuses, s'interrogeaient afin de donner après leur mort leur patrimoine à des œuvres. Quelques cas isolés, dont la volonté est peut-être davantage estimée que certaine, ne sauraient à eux seuls justifier de modifier une loi. Interrogés quotidiennement par les Français à l'occasion de la préparation de leurs testaments, les notaires savent que le choix de laisser son patrimoine à des œuvres est le fait de personnes qui le plus souvent n'ont pas de descendant. Donner à une œuvre n'est pas rare, mais vouloir dépasser la quotité disponible n'est quasiment jamais souhaité »¹¹⁸³.

1176. V. contribution reproduite en annexe.

1177. V. contribution reproduite en annexe.

1178. V. contribution reproduite en annexe.

1179. P.-H. Ollier, Legs avec charge : une part importante de la générosité, *Dr. et patr.* n°282, 1^{er} juill. 2018.

1180. Laquelle se présente sur son site internet comme « l'association des fondations familiales et d'initiative privée ».

1181. Propos recueillis par E. Jollain, Une réserve pas si contraignante, *L'Agefi Actifs*, 8 fév. 2019, p. 19.

1182. D. Duverne, 3 questions à, Guide des générosités, *JCP N* hors série, 24 mai 2019, p. 13.

1183. J. F. Humbert, 3 questions à, Guide des Générosités, *op. cit.*, p. 7.

592. **Ce constat est régulièrement revenu au cours des auditions menées par le groupe de travail**¹¹⁸⁴. Ainsi, selon Gérard Champenois, « pour le commun des mortels, la quotité disponible actuelle me paraît suffire, d'autant que ces libéralités sont fiscalement favorisées, ce qui accroît la capacité de don (c'est l'argument : un don de 100 euros ne va coûter que 25 euros). La question se pose différemment pour les « grandes fortunes ». On pense aux multimillionnaires ou milliardaires qui créent des fondations en y affectant une partie substantielle de leur patrimoine. Mais il ne me paraît pas possible de bouleverser le droit commun pour une infime minorité, même si celle-ci est tout à fait respectable »¹¹⁸⁵. De même, souligne Guillaume Wicker, « hormis de simples affirmations non étayées, il n'a jamais été établi que la réserve constitue un obstacle au mécénat et à la philanthropie »¹¹⁸⁶. Yvonne Flour remarque encore que « l'un des arguments aujourd'hui souvent mis en avant à l'appui d'une suppression de la réserve héréditaire est qu'elle empêcherait le développement de la philanthropie. Et de citer Bill Gates qui, après avoir créé la fondation Bill et Melinda Gates, aurait promis de lui léguer 95 % de sa fortune. Franchement cela ne me paraît pas sérieux. D'abord, parce qu'il n'y a pas tant de Bill Gates en France et qu'on ne légifère pas pour la frange la plus favorisée de la population, mais pour le *plerumque fit*. Ensuite, parce que, aux plus ou moins grandes fortunes préoccupées de générosité, la loi offre un espace qui, s'il n'est pas sans limites, n'est pas non plus inexistant. La quotité disponible est justement là pour cela. Enfin parce que je persiste à penser que nous avons d'abord des devoirs envers ceux qui nous sont les plus proches et au premier rang nos enfants, avant de vouloir soutenir de grandes causes, certes louables, mais qui ne me semblent venir qu'après que nous nous soyons acquittés de nos devoirs premiers »¹¹⁸⁷. Enfin, dans un autre ordre d'idées, Diane Le Grand de Belleruche observe qu'il n'y a pas de raison d'introduire un régime de faveur pour les seuls organismes philanthropiques : **si l'on veut vraiment prendre en compte les besoins exprimés dans la pratique, il y a bien d'autres mesures à adopter**, à commencer par un accompagnement fiscal adapté des libéralités faites à des beaux-enfants dans les familles recomposées unies¹¹⁸⁸.

593. De ces éléments, on trouve une **confirmation dans une étude récemment consacrée aux connaissances et opinions des Français en matière de fiscalité des héritages et menée sous l'égide de France Stratégie**. L'étude souligne d'abord la très forte impopularité de la fiscalité sur les successions, une impopularité en hausse par rapport à une précédente enquête et une impopularité insensible au niveau de richesses des répondants : 87% (contre 78% en 2011) estiment que « l'impôt sur l'héritage devrait diminuer car il faut permettre aux parents de transmettre le plus de patrimoine possible à leurs enfants »¹¹⁸⁹. **L'attachement des Français à la transmission de leurs patrimoines à leurs enfants** se trouve confortée par les réponses apportées à d'autres questions relatives aux réformes susceptibles d'être d'apportées au barème fiscal actuel. Selon l'auteur de cette étude, lorsqu'on les interroge « sur la façon dont ils souhaiteraient différencier le barème selon les liens de parenté, les Français reproduisent à peu près la logique du système actuel, avec deux exceptions cependant. D'une part, ils jugent que les transmissions entre conjoints et en direction des enfants devraient être taxées au même niveau. [D'autre part], ils estiment que le niveau de taxation pour les transmissions aux associations ou œuvres d'utilité publique devrait être parmi les plus élevés (presque au niveau des transmissions à des proches non membres de la famille) alors même que celles-ci sont aujourd'hui exonérées d'impôt »¹¹⁹⁰. C'est dire que **les Français dans leur ensemble souhaitent d'abord voir augmenter la part de leurs biens revenant à leurs enfants, et non aux organismes philanthropiques**.

594. En vérité, **lorsqu'un projet philanthropique est porté par une famille, celui-ci s'exprime plus souvent au niveau de l'entreprise**. C'est ce qu'observe Hélène Peisse à la lumière de sa pratique : « Je constate à travers l'accompagnement de familles de PME que la philanthropie est un souhait exprimé par les familles entrepreneuriales, à travers l'entreprise familiale. La jeune génération souhaite que l'entreprise familiale s'engage dans des actions type RSE, investisse dans des projets pour un environnement durable responsable / écologie / etc. avant d'accepter de la rejoindre. Il y a un sentiment de devoir rendre quelque chose à la société lorsque l'on hérite d'un patrimoine professionnel, qui ne se ressent pas lorsqu'il s'agit du patrimoine privé. Au niveau de la société que l'on leur transmet, pas du patrimoine familial. Ils veulent donner un sens à l'action de l'entreprise » : « c'est donc au niveau du mécénat d'entreprise qu'il faut agir et non pas de la philanthropie individuelle ». ¹¹⁹¹ Or, à cet égard, **la réserve héréditaire n'est pas en cause : dans le mécénat d'entreprise**, le chef d'entreprise « entend mener une action de mécénat en utilisant les ressources propres de sa société », et non ses biens personnels¹¹⁹².

1184. V. not. H. Peisse, contribution reproduite en annexe.

1185. V. contribution reproduite en annexe.

1186. V. contribution reproduite en annexe.

1187. V. contribution reproduite en annexe.

1188. V. contribution reproduite en annexe.

1189. P. Grégoire-Marchand, *La fiscalité des héritages : connaissances et opinions des Français*, Document de travail, n°2018-02, France Stratégie, pp. 12-13.

1190. P. Grégoire-Marchand, *La fiscalité des héritages : connaissances et opinions des Français*, op. cit., p. 24.

1191. H. Peisse, contribution reproduite en annexe.

1192. Le chef d'entreprise philanthrope, *Guide des générosités 2019*, op. cit., p. 45s. spéc. p. 45.

B. La demande des milieux philanthropiques

595. Les milieux philanthropiques ne demandent pas la suppression à leur profit de la réserve héréditaire. Ils en reconnaissent l'utilité et leurs demandes sont plus circonscrites. Ainsi, l'association *Un esprit de famille*, qui selon son site internet « est une association qui regroupe des personnes animant un fonds de dotation ou une fondation d'initiative familiale », estime par exemple que « la réserve n'est pas une contrainte » : selon sa Présidente, « revenir sur la réserve héréditaire est une mauvaise réponse à une excellente question »¹¹⁹³.

596. Comme l'expliquent les représentants de la Fondation de France au cours de leur audition, la Fondation porte un regard très favorable sur la réserve héréditaire en matière de legs. De fait, les legs sont « exceptionnels » en présence d'héritiers réservataires – 12 legs identifiés seulement et aucune succession importante, supérieure à 10 000 000 € – et ils s'expliquent généralement par des liens distendus ou conflictuels entre le défunt et ses enfants ou petits-enfants. Quoi qu'il en soit, selon la Fondation, aucune procédure judiciaire n'a été intentée par les héritiers réservataires : « la réserve héréditaire a joué son rôle de contrefort dans ces situations familiales conflictuelles, les enfants n'étant pas totalement déshérités » ; elle a permis au notaire de faire œuvre pédagogique en expliquant aux descendants que la loi les protège, ce qui les a dissuadés de contester le testament devant les tribunaux alors que, dans quatre de ces dossiers au moins, soit un tiers des cas, les héritiers réservataires étaient en « grande difficulté financière »¹¹⁹⁴. En somme **la réserve héréditaire est utile en présence de dispositions à cause de mort : c'est elle, selon la Fondation, qui sécurise les legs réalisés.**

597. Il en irait différemment, explique la Fondation, **en présence de donations**, lesquelles devraient « être sécurisées », car « il est difficilement concevable qu'une fondation puisse devoir rembourser des héritiers réservataires d'une donation réalisée plusieurs années auparavant »¹¹⁹⁵. Par conséquent, il serait souhaitable que « les donations réalisées au profit d'organismes reconnus d'utilité publique [...] ne soient pas prises en compte pour le calcul de la quotité disponible et ne puissent être réduites pour atteinte à la réserve »¹¹⁹⁶. De cette idée, on rapprochera les suggestions faites par Julien Boisson à l'occasion de son audition : inciter les groupements philanthropiques à souscrire une assurance les garantissant contre le risque d'une action en réduction ; modifier les règles d'évaluation des biens donnés en excluant ici le jeu de la subrogation réelle ; prendre en compte l'avantage fiscal obtenu par le disposant en contrepartie de la donation pour déterminer sa valeur au titre de l'article 922 du code civil ; modifier les règles d'imputation des donations d'intérêt collectif en imputant les donations non notariées à leur date même si celle-ci n'est pas certaine¹¹⁹⁷.

II. Répondre à la demande

A. Les voies écartées

598. Pour favoriser les libéralités philanthropiques, on pourrait théoriquement concevoir de supprimer la réserve héréditaire au-delà d'un certain niveau de fortune en conditionnant cette liberté supplémentaire à la conclusion d'une libéralité philanthropique ; on pourrait créer dans toutes les successions, quelle que soit la valeur de leur actif, une quotité disponible spéciale au profit des organismes philanthropiques, ce qui leur permettrait de recevoir toujours davantage que les autres bénéficiaires de libéralités ; on pourrait songer, de façon plus nuancée, à mettre en place un mécanisme proportionnel faisant varier cette quotité disponible spéciale en fonction de la valeur de l'actif ; on pourrait encore soustraire les libéralités philanthropiques à la masse de calcul de l'article 922 du code civil, ce qui les mettrait à l'abri de toute action en réduction, ou instaurer pour ces libéralités particulières une sorte d'abattement forfaitaire sur la valeur pour laquelle la libéralité philanthropique serait réunie à la masse, ce qui diminuerait l'ampleur de sa réduction. Plusieurs modalités seraient imaginables.

599. On a déjà dit les raisons de l'objection de principe du groupe de travail à l'introduction dans le code civil de règles fondées sur une différence de fortune ainsi que la nécessité, pour le droit civil des successions, de continuer à reposer sur des règles indifférentes au niveau de richesse¹¹⁹⁸. Les éléments qui précèdent montrent à leur tour que **la consécration d'un régime à deux vitesses fondé sur la qualité du gratifié**, et consistant au fond à accroître la

1193. Propos recueillis par E. Jollain, Une réserve pas si contraignante, *L'Agefi Actifs*, 8 fév. 2019, p. 19.

1194. Sur cette idée que la réserve héréditaire évite le contentieux, v. *supra* n°156s.

1195. Dans le même sens, v. la contribution de J. Boisson reproduite en annexe.

1196. V. la contribution reproduite en annexe de A. Henry et I. Bourdel, Fondation de France.

1197. V. contribution reproduite en annexe.

1198. Sur ce point, v. *supra* n°366s.

liberté de disposer sous condition d'une libéralité adressée à un organisme philanthropique, **doit pareillement** être écartée.

Ne pas distinguer selon la qualité du gratifié ni établir de régime de faveur au profit des organismes philanthropiques (proposition n°53).

Un tel régime de faveur ne répondrait ni aux vues et aux pratiques de la population française dans son ensemble ; ni d'ailleurs aux demandes des milieux philanthropiques. En outre, si la liberté de disposer doit être renforcée par le législateur, elle doit l'être au moyen de dispositions à portée générale afin d'assurer une **véritable liberté** de disposer – c'est-à-dire indifférenciée quant à ses bénéficiaires –, **sans orientation par la loi vers des gratifiés qui seraient préférables à d'autres**. Orienter l'exercice de la liberté individuelle, ce serait en réglementer l'usage et donc ne reconnaître qu'une liberté limitée.

600. A ces considérations, s'en ajoutent d'autres. La consécration de règles particulières aux libéralités philanthropiques serait d'abord de nature à **compliquer la liquidation et le règlement des successions**. Ainsi, la reconnaissance d'une quotité disponible spéciale au profit des organismes philanthropiques supposerait de l'articuler avec la quotité disponible ordinaire, ce qui est techniquement difficile¹¹⁹⁹. De même, la proposition visant à prendre en compte l'avantage fiscal obtenu en contrepartie de la donation pour déterminer sa valeur « ne serait pas simple à mettre en place en pratique » en raison des difficultés de preuve et de calcul qu'un tel dispositif poserait¹²⁰⁰. Pour d'autres mesures envisagées, les pratiques apparemment suivies font douter de l'opportunité de les adopter. Ainsi, « il n'est pas certain qu'en pratique, le notaire liquidateur puisse faire jouer la subrogation parce qu'il est difficile de savoir précisément comment sont employées les différentes libéralités reçues. Le notaire se heurte à des difficultés probatoires ». De même, en pratique « les dons manuels sont bien souvent exclus du règlement de la succession, soit qu'ils ne soient pas connus des héritiers qui ne peuvent pas en rapporter la preuve, soit qu'ils soient considérés comme modiques à des fins de simplification des opérations liquidatives. Lorsqu'il en est tenu compte, l'étude de décisions de juges du fond montre que ces donations sont souvent en pratique imputées à leur date, même si elle n'est pas certaine »¹²⁰¹ de sorte que la pratique remédie déjà assez bien à ce qui pourrait paraître poser difficulté.

601. Se poserait encore la **question de l'identification des groupements bénéficiaires** d'un recul de la réserve héréditaire ainsi que celle des **contrôles** dont ils devraient pouvoir faire l'objet. Or, à cet égard, la situation actuelle, marquée par le **recul des contrôles de l'autorité publique**, nourrit déjà l'**inquiétude**. C'est ce qu'observe Julien Boisson : « paradoxalement, faute de moyens, les contrôles opérés par les pouvoirs publics sur les groupements ne cessent d'être réduits, alors même qu'il leur appartient de reconnaître certains d'entre eux comme étant d'utilité publique, d'intérêt général ou culturel. Ces labels sont pourtant attractifs de libéralités, mais nul ne vérifie vraiment ce qu'il advient des biens reçus, ni ne veille à la bonne exécution des charges qui les grèvent. A cet égard, la Cour des comptes n'a qu'une compétence résiduelle de contrôle en matière d'appel à la générosité du public et plusieurs de ses rapports dénoncent le mauvais emploi des fonds reçus et le caractère parfois excessif des frais de gestion et de collecte »¹²⁰².

602. De manière générale, **les contrôles menés vis-à-vis de certains groupements philanthropiques – fondations d'entreprise, fonds de dotation et fonds de pérennité – sont insuffisants**¹²⁰³. **L'aménagement au profit de ces fonds des règles relatives à la réserve héréditaire serait par ailleurs de nature à favoriser des dérives**. C'est ce que souligne Guillaume Wicker : « il y a matière à s'interroger sur la revendication à une plus grande liberté de disposer quand se multiplient les fonds de toutes sortes, tels que le fonds de dotation créé par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et le fonds de pérennité créé par la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises. En effet, pour ces fonds, la loi ni ne réglemente leur gouvernance, ni n'interdit la rémunération des administrateurs. Il s'ensuit qu'à la différence des fondations, non seulement un fondateur peut conserver un rôle prépondérant dans la gestion et contrôler de génération en génération la désignation des administrateurs, lesquels sont donc susceptibles d'être choisis au sein de sa famille, mais encore les administrateurs peuvent être rémunérés pour leurs fonctions. Si l'utilité de ces fonds n'est pas douteuse, il n'en reste pas moins qu'en cas d'effacement de la réserve ils

1199. Comme le montre la combinaison de la quotité disponible spéciale entre époux (c. civ., art. 1094-1) avec la quotité disponible ordinaire (c. civ., art. 913).

1200. J. Boisson, contribution reproduite en annexe.

1201. J. Boisson, contribution reproduite en annexe.

1202. V. contribution reproduite en annexe.

1203. J. Boisson, Fondation – Une philanthropie à la française, *JCP N* 2019, act. 829.

pourraient être le moyen d'isoler une part considérable du patrimoine pour la soustraire aux règles de la dévolution successorale, tout en permettant au fondateur de choisir ceux des membres de sa famille qu'il appellera à exercer le pouvoir au sein du fonds et qui percevront une rémunération à cet effet ; étant observé que les rémunérations susceptibles d'être ainsi octroyées par le fondateur aux personnes de son choix ont vocation à être d'autant plus élevées que la valeur des biens affectés au fonds est importante. S'agissant par exemple de l'affectation d'un pourcentage important des titres d'un groupe de dimension nationale ou internationale à un fonds de pérennité, le pouvoir et les rémunérations attachés aux fonctions attribuées par le fondateur représenteraient pour leurs bénéficiaires un avantage considérable qui leur serait acquis hors succession, quand le reliquat du patrimoine du fondateur soumis aux règles de la dévolution successorale pourrait en regard sembler dérisoire »¹²⁰⁴.

En somme, si on le rapproche de certaines pratiques développées outre-Atlantique, qui mêlent confusément secteur lucratif et philanthropie¹²⁰⁵, le « visage plus entrepreneurial »¹²⁰⁶ pris aujourd'hui par la philanthropie ne peut qu'inciter à ne pas remettre en cause les règles actuelles du droit des successions.

603. Pour finir, ces dernières considérations portent à s'interroger sur la **constitutionnalité** d'une loi qui envisagerait de soumettre les libéralités philanthropiques à un régime civil de faveur. Si, en effet, le principe d'égalité permet d'introduire des différences de traitement fondées sur un motif d'intérêt général, encore faut-il que les moyens choisis soient adéquats et entourés de garanties législatives suffisantes pour atteindre l'objectif poursuivi. Les éléments qui précèdent conduisent à s'interroger sur le point de savoir si ces conditions sont aujourd'hui remplies pour tous les groupements philanthropiques.

B. Les voies proposées

604. Telle que le groupe de travail a pu l'identifier, la principale préoccupation des milieux philanthropiques consiste en la **sécurisation des donations entre vifs**. Encore faut-il dire ici qu'il existe semble-t-il **un certain décalage entre la réalité décrite et les craintes exprimées**. En effet, selon les représentants de la Fondation de France, « les donations ne posent en général que peu de difficultés » : « dans de nombreux cas de fondations abritées, le projet philanthropique est un projet familial au profit d'une cause commune à la famille. Les héritiers réservataires sont souvent dans l'organe de gouvernance de la fondation abritée ». Pour sécuriser l'acte, la Fondation de France met en place deux mesures. D'une part, « pour les donations de 200K€, nécessaires à la création d'une fondation abritée, la Fondation de France s'assure que cette somme est en adéquation avec le patrimoine du donateur », ce qui permet d'éviter d'entamer manifestement la quotité disponible. D'autre part, une renonciation anticipée à l'action en réduction est proposée pour toutes les donations d'un montant supérieur à 100 000€ et celles-ci en « font régulièrement l'objet ». Tous ces éléments expliquent qu'« à ce jour, la Fondation de France n'a pas d'action de contestation de donation effectuée à son profit pour atteinte à **la réserve héréditaire** »¹²⁰⁷, ce qui doit conduire à relativiser fortement les inquiétudes exprimées. Malgré cela, la Fondation de France formule trois propositions d'aménagement de la réserve héréditaire : « la dispense de prise en compte des donations réalisées au profit de fondations reconnues d'utilité publique pour le calcul de la réserve héréditaire » ; « la modification du taux de la quotité disponible » et « l'assouplissement de la renonciation anticipée à l'action en réduction » en ce qui concerne sa forme et son ouverture à des mineurs.

605. Les **propositions générales** faites par le présent rapport permettent pour l'essentiel de répondre à ces préoccupations sans pour autant introduire de régime de faveur pour les seuls organismes philanthropiques. L'éventualité envisagée d'une augmentation de la quotité disponible de $\frac{1}{4}$ à $\frac{1}{3}$ **en présence de trois enfants ou plus (proposition n°19)**¹²⁰⁸ ainsi que celle de **supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant (proposition n°11)**¹²⁰⁹ sont par hypothèse de nature à accroître les libéralités dont un organisme philanthropique peut bénéficier. Cette dernière mesure pourrait être d'autant plus utile que, comme cela a été observé, c'est surtout « lorsque le *de cujus* ne laisse pas de descendance et que son conjoint est donc réservataire qu'il pourrait éventuellement y avoir intérêt à permettre une plus grande liberté de disposition, spécialement dans une perspective philanthropique, ce qui correspond en réalité alors, généralement, à un projet de couple »¹²¹⁰.

1204. V. contribution reproduite en annexe.

1205. V. *supra* n°584.

1206. S. Schiller, La philanthropie prend un visage plus entrepreneurial, *Guide des Générosités 2019, op. cit.*, p. 31.

1207. A. Henry et I. Bourdel, Fondation de France, contribution reproduite en annexe.

1208. V. *supra* n°381.

1209. V. *supra* n°312.

1210. C. Brenner, contribution reproduite en annexe.

606. Par ailleurs, les propositions visant à **faire évoluer l'actuelle renonciation anticipée à l'action en réduction vers un véritable pacte de famille**¹²¹¹, de nature et d'esprit conventionnel, renforcent l'intérêt de cet instrument pour les organismes philanthropiques. Si en effet, l'interdiction de faire apparaître des contreparties à la renonciation anticipée était abandonnée, il serait possible de faire apparaître clairement que l'héritier réservataire renonce à agir en réduction à l'encontre d'une libéralité consentie à un organisme philanthropique en considération d'une libéralité qui lui a déjà été consentie. Surtout, il deviendrait possible d'énoncer dans le pacte qu'il renonce à agir en réduction moyennant l'engagement du disposant de lui consentir une libéralité à venir. Cela **favoriserait la mise en œuvre d'une stratégie patrimoniale d'ensemble, coordonnée et négociée**. En l'état actuel, l'impossibilité de faire apparaître le lien entre la renonciation et la libéralité que le renonçant attend en retour du *de cuius* peut dissuader l'héritier réservataire présomptif de renoncer à agir en réduction contre la libéralité adressée à un organisme philanthropique. A l'inverse, l'évolution proposée est de nature à améliorer le cadre juridique de la renonciation anticipée à l'action en réduction et possiblement à la faciliter, ce qui est dans l'intérêt du bénéficiaire de la libéralité, ici l'organisme philanthropique.

Il est donc proposé d'inviter les organismes philanthropiques à bénéficier des espaces de liberté supplémentaires ouverts à tout gratifié par les précédentes propositions.

Inviter les organismes philanthropiques à bénéficier des espaces de liberté supplémentaires ouverts à tout gratifié par les précédentes propositions (proposition n° 54).

607. Pour répondre au besoin de sécurisation exprimé par les organismes philanthropiques, une autre mesure a parfois été évoquée. Il s'agirait de permettre au disposant, de faire, sous forme de **donation-partage**, la distribution et le partage de ses biens entre ses descendants et un organisme philanthropique¹²¹². La possibilité, pour le disposant, d'appeler à la donation-partage d'autres personnes que ses héritiers présomptifs n'a été jusqu'ici reconnue qu'afin d'assurer la transmission d'une entreprise, à l'article 1075-2 du code civil¹²¹³. Le disposant, s'il exerce une fonction dirigeante, peut ainsi faire venir à la donation-partage un parent qui n'est pas héritier présomptif, un allié (le conjoint de l'un de ses enfants ou l'un des enfants de son conjoint) ou un tiers étranger à la famille : l'objectif est d'appeler à l'acte le repreneur de l'entreprise en lui transmettant gratuitement les biens et les droits nécessaires à la poursuite de l'exploitation. Cela est possible alors même que le disposant n'aurait qu'un seul enfant. Cette « autre personne »¹²¹⁴ ne peut cependant recevoir dans l'acte que des biens déterminés – les « biens corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise ou les droits sociaux » - à l'exclusion de tout autre bien. Cette ouverture de la donation-partage à d'autres personnes que les héritiers présomptifs n'a guère connu de succès en pratique¹²¹⁵.

608. Dans le prolongement de ce dispositif, l'idée pourrait être ici d'autoriser le disposant à faire la distribution et le partage de ses biens entre ses héritiers présomptifs et un organisme philanthropique. En présence d'héritiers réservataires, cette faculté permettrait de faire profiter le gratifié des avantages civils attachés à la donation-partage, ceux-ci tenant pour l'essentiel en la **stabilité de l'acte**. En effet, moyennant la participation de tous les héritiers réservataires vivants ou représentés et à la condition qu'ils soient chacun allotés, il est procédé, aux termes de l'article 1078, à une évaluation dérogatoire **des biens distribués dans l'acte, y compris de ceux dont un tiers aurait été alloté**. Pour le calcul de la réserve héréditaire et pour les imputations, la valeur de ces biens est gelée au jour de la donation-partage, ce qui diminue le risque de réduction et soustrait l'opération aux aléas de la conjoncture économique. En l'occurrence, les biens dont un organisme philanthropique serait alloté verraient leur valeur figée au jour de la donation-partage pour le calcul de la réserve et pour l'imputation des libéralités, ce qui serait de nature à répondre à leur préoccupation de voir davantage sécuriser les donations qui leur sont consenties. Celles-ci cesseraient d'être évaluées au jour du décès.

609. **Cette évolution n'en soulèverait pas moins quelques difficultés**. Il faudrait d'abord accepter qu'une **personne**

1211. V. *supra* propositions n°31 et n°37.

1212. En ce sens, v. la proposition de l'association « Un esprit de famille » : E. Jollain, Une réserve pas si contraignante, *L'Agefi Actifs*, 8 fév. 2019, p. 19.

1213 « Si ses biens comprennent une entreprise individuelle à caractère industriel, commercial, artisanal ou libéral ou des droits sociaux d'une société exerçant une activité à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral et dans laquelle il exerce une fonction dirigeante, le disposant peut en faire, sous forme de donation-partage et dans les conditions prévues aux articles 1075 et 1075-1, la distribution et le partage entre le ou les donataires visés auxdits articles et une ou plusieurs autres personnes, sous réserve des conditions propres à chaque forme de société ou stipulées dans les statuts

Cette libéralité est faite sous réserve que les biens corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise ou les droits sociaux entrent dans cette distribution et ce partage, et que cette distribution et ce partage aient pour effet de n'attribuer à ces autres personnes que la propriété ou la jouissance de tout ou partir de ces biens ou droits ».

1214. C. civ., art. 1075-2.

1215. En ce sens, v. not. : M. Grimaldi, in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action 2018-2019, n°411-50 ; F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, 4^e éd., 2014, n°1252, p. 1115.

morale puisse être appelée à une donation-partage. Or, la loi ne l'a pas admis expressément à l'article 1075-2 s'agissant de la transmission des entreprises et la doctrine est partagée sur ce point de sorte que la pratique recommande aujourd'hui de s'abstenir de faire participer des personnes morales¹²¹⁶. Par où l'on voit ensuite que cette ouverture de la donation-partage à des groupements philanthropiques contribuerait à la faire sortir davantage de son cadre juridique naturel. Car, si la loi du 23 juin 2006 a élargi la donation-partage en supprimant l'exigence qu'elle ne puisse profiter qu'aux enfants et descendants¹²¹⁷, cet acte ne peut être fait qu'au profit des héritiers présomptifs du disposant et demeure ainsi **par essence familial**. C'est dire qu'en ajoutant une nouvelle exception à celle – inusitée – introduite en 1988 en faveur de la reprise des entreprises et en l'ouvrant cette fois nécessairement à des personnes morales, la loi **dénaturerait la donation-partage**.

610. Aussi, et compte tenu également des raisons précédemment évoquées¹²¹⁸, il conviendrait en toute hypothèse de **limiter strictement cette possibilité à certains groupements** philanthropiques, par exemple aux seules **fondations reconnues d'utilité publique désignées par décret en Conseil d'Etat**¹²¹⁹. D'abord, parce que les donations qui leur sont consenties s'inscrivent généralement dans une démarche collective impliquant les enfants¹²²⁰, ce qui serait un moyen de conserver à l'acte une dimension familiale. Ensuite, parce que la faveur ainsi faite aux groupements philanthropiques supposerait un contrôle minimum de la conformité de leur objet à l'intérêt général. Or, ce n'est le cas aujourd'hui ni des fonds de dotation¹²²¹, ni des fondations d'entreprise¹²²². Dans tous les cas, **seule une ouverture prudente devrait pouvoir être envisagée**.

611. Enfin, il faut souligner que **les avantages de cet élargissement de la donation-partage** au profit des groupements philanthropiques qui y seraient appelés seraient **moindres que ceux** offerts aujourd'hui par la **renonciation anticipée à l'action en réduction** et possiblement demain par le **pacte de famille** proposé par le groupe de travail. Lorsque les héritiers réservataires ont renoncé à demander la réduction de la libéralité adressée à un organisme philanthropique, le fait que la valeur des biens donnés ne soit pas gelée et qu'elle soit effectivement imputée et évaluée en valeur décès dans la masse de calcul de la réserve héréditaire **ne gêne pas les groupements philanthropiques**. Cette renonciation les met en effet à l'abri de la réduction elle-même, ce qui n'est pas le cas du simple gel des valeurs de l'article 1078. Réciproquement, la seule participation d'un groupement philanthropique à une donation-partage unanime ne le protège pas d'une éventuelle réduction pour atteinte à la réserve héréditaire, d'autant que l'article 1078 étant un texte d'exception, ses dispositions dérogatoires ne concernent que l'imputation et le calcul de la réserve et non l'indemnité de réduction qui, elle, sera calculée en tenant compte de la valeur des biens au jour du partage conformément à l'article 924-2¹²²³. Il faut redire ici que le pacte de famille dont la consécration est proposée est de nature à favoriser la renonciation à l'action en réduction contre la libéralité adressée à un organisme philanthropique en liant cette renonciation à l'avantage qui en résulterait pour lui. Et s'il dépend du consentement donné par l'héritier réservataire, il en va de même pour l'évaluation dérogatoire de l'article 1078.

612. A cela s'ajoute que cette évaluation dérogatoire de la masse de calcul de la quotité disponible n'est pas sans **inconvenient**. Par hypothèse, en effet, elle conduit souvent à sous-estimer de façon artificielle le poids relatif des lots de la donation-partage unanime en comparaison des biens existants et de la réunion fictive des autres libéralités entre vifs¹²²⁴. En conséquence, ce gel des valeurs **diminue corrélativement la quotité disponible** elle-même, « ce qui restreint la faculté du donateur de disposer ultérieurement à titre gratuit »¹²²⁵ et **fragilise donc les autres libéralités** – notamment à fin philanthropique – qu'il aura pu consentir.

1216. V. not. : M. Mathieu, *J.-cl. Notarial Formulaire*, Donation-partage, donation incluant un tiers, fasc. 210, 2019, n°13.

1217. Hormis l'exception depuis 1988 de l'entreprise individuelle.

1218. V. *supra* n°602.

1219. En ce comprises les fondations abritées dans la mesure où la fondation abritée est une libéralité avec charge consentie à la fondation abritée (par exemple la Fondation de France). Sur ce point, v. : J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., n°94s, p. 109s.

1220. A. Henry et I. Bourdel, Fondation de France, contribution reproduite en annexe : « Dans de nombreux cas de création de fondation abritée, le projet philanthropique est un projet familial au profit d'une cause commune à la famille. Les héritiers réservataires sont souvent dans l'organe de gouvernance de la fondation abritée ».

1221. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., n°298, p. 289 : « Les fonds de dotation bénéficient d'une pleine capacité de jouissance comme d'exercice. Pourtant, à aucun moment l'autorité administrative n'est appelée à vérifier *a priori* la conformité de l'objet de ces groupements à l'intérêt général ».

1222. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, op. cit., n°298, p. 289 : « bien que leur constitution soit soumise à une autorisation préfectorale, l'autorité de tutelle n'est pas chargée de vérifier l'objet du groupement à créer. Ainsi, le contrôle du préfet en matière de fondations d'entreprise doit être étendu comme la libre constitution du fonds de dotation abandonnée ».

1223. Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 1996, n°94-17911, *Bull. civ.*, I, n°462, *D.* 1997, Somm. 367 obs. B. Vareille ; *JCP* 1998, I, 133, n°13 obs. R. Le Guidec.

1224. P. Sautjeau et B. Vareille, Mérites et maléfices de l'article 1078 du code civil, *Def.* 2014, 356, n°9.

1225. *Ibid.*

613. En définitive, l'on peut hésiter à proposer cette mesure dont les mérites propres seraient inférieurs à ceux du pacte familial dans lequel la renonciation anticipée à l'action en réduction renouvelée pourrait s'épanouir et dont les inconvénients ne seraient pas négligeables.

La population dans son ensemble ne demande ni la suppression de la réserve héréditaire, ni un profond réaménagement des règles du droit des successions en vue de favoriser les libéralités philanthropiques. Les données sociologiques enseignent que les Français souhaiteraient surtout une réforme de la fiscalité de l'héritage afin de pouvoir transmettre davantage à leurs enfants. Ceux qui disposent gratuitement de leurs biens au profit d'œuvres philanthropiques le font soit parce qu'ils n'ont pas de descendant, soit dans des proportions nettement inférieures à la quotité disponible actuelle. En pratique, la philanthropie familiale s'exprime plus volontiers dans le cadre sociétaire en exploitant les ressources du mécénat d'entreprise. Quant aux milieux philanthropiques, ils jugent la réserve héréditaire très utile en présence de dispositions à cause de mort et n'en demandent pas la suppression. Leurs inquiétudes viennent essentiellement des donations entre vifs qui leur ont été consenties et qu'ils souhaiteraient voir sécurisées.

Pour ce faire, il n'est pas nécessaire d'introduire un régime de faveur au profit des libéralités philanthropiques, lequel ne répondrait ni aux vues ni aux pratiques de la population française dans son ensemble. En outre, si la liberté de disposer doit être renforcée par le législateur, elle doit l'être au moyen de dispositions à portée générale afin d'assurer une véritable liberté de disposer, c'est-à-dire indifférenciée quant à ses bénéficiaires. Orienter l'exercice de la liberté individuelle vers un gratifié, ce serait ne reconnaître qu'une liberté limitée.

Les propositions générales faites par le groupe de travail permettent pour l'essentiel de répondre aux préoccupations des milieux philanthropiques tout en respectant la généralité de la loi civile. La proposition d'abaisser le montant de la réserve héréditaire de $\frac{3}{4}$ à $\frac{2}{3}$ en présence de trois enfants ou plus (proposition n°19) ainsi que celle de supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant (proposition n°11) sont par hypothèse de nature à accroître les libéralités dont un organisme philanthropique peut bénéficier. Les propositions (n°31 et n°37) visant à faire évoluer l'actuelle renonciation anticipée à l'action en réduction vers un véritable pacte de famille de nature et d'esprit conventionnel renforcent l'intérêt de cet instrument pour les organismes philanthropiques dans le respect des principes du droit des successions et des libéralités. Faire apparaître les éventuelles contreparties à la renonciation à demander la réduction d'une libéralité faite à un organisme philanthropique et lier ouvertement la renonciation du réservataire à l'engagement du disposant de le gratifier est de nature à faciliter des renonciations qui aujourd'hui sont exceptionnelles.

Au titre des mesures spécialement destinées aux organismes philanthropiques, un élargissement du cadre actuel de la donation-partage pourrait être envisagé. Il s'agirait d'admettre la possibilité pour le disposant d'allotir un groupement philanthropique dans une donation-partage. Cette ouverture, si elle était réalisée par le législateur, devrait être prudente et strictement limitée à certains organismes. L'intérêt, à supposer les conditions de l'article 1078 du code civil réunies, résiderait dans le gel au jour de l'acte de la valeur des biens donnés. Cependant, les avantages de cet outil étant moindres que ceux de la renonciation à agir en réduction que le pacte de famille propose de renouveler dans un esprit conventionnel et ses inconvénients n'étant pas négligeables, notamment en raison de la dénatura-tion qui en résulterait pour la donation-partage et de la possible fragilisation des autres libéralités consenties par le disposant au détriment de sa liberté de disposer, l'on peut finalement hésiter à proposer au législateur de s'orienter dans cette voie.

CHAPITRE 7

Les dispositions transitoires

§I. De l'entrée en vigueur différée et du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle aux successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur

614. Sans pouvoir entrer dans le détail de la mise en œuvre dans le temps de chacune des propositions faites, laquelle relève pour l'essentiel des principes classiques de l'application dans le temps de la loi nouvelle, on devra se contenter de quelques précisions.

615. Deux rappels peuvent être faits à titre préalable.

En premier lieu, le législateur choisit en général, dans le domaine des successions et des libéralités, de différer l'entrée en vigueur de la loi nouvelle au-delà du lendemain de sa publication, ce qui permet opportunément aux intéressés de prendre la mesure des changements à venir. Ce fut le cas des lois du 3 juillet 1971¹²²⁶, du 3 décembre 2001¹²²⁷ et du 23 juin 2006¹²²⁸.

En second lieu, les modifications relatives à la réserve héréditaire¹²²⁹ sont soumises au principe, classique en la matière, de l'application immédiate de la loi nouvelle aux successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur, y compris aux libéralités faites antérieurement à cette date. La solution a été dégagée par la Cour de cassation, en l'absence de précisions législatives, pour l'application de la loi du 17 juin 1938¹²³⁰. Les lois du 3 juillet 1971 et du 23 juin 2006 l'ont à leur tour consacrée. Si le législateur venait à modifier les dispositions du code civil relatives à la réserve héréditaire, ce principe s'appliquerait également.

616. Cette application immédiate ne présente pas du point de vue du droit transitoire de difficulté particulière pour les legs ni les donations au dernier vivant, qui ne sortent par hypothèse leurs effets qu'au décès. Au plus la solution peut-elle conduire en pratique à la réécriture de certaines dispositions à cause de mort afin de prévenir des difficultés d'interprétation. On songe notamment à celles qui se réfèrent à un taux chiffré de quotité disponible, si celui-ci venait à être modifié par le législateur. La solution vaut pareillement pour les donations, les droits réservataires n'existant qu'au décès et représentant jusque-là de simples expectatives. Le préciser dans la loi, comme l'ont fait les réformes de 1971 et 2006¹²³¹, n'en permettrait pas moins d'éviter les hésitations.

617. Au demeurant, l'application immédiate aux donations présente l'intérêt, outre de ne pas différer trop longtemps le plein effet de la réforme, d'éviter de créer des distorsions entre les héritiers d'une même succession dont les uns auraient été gratifiés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et les autres postérieurement. Elle permet aussi de prévenir des liquidations qui pourraient s'avérer passablement complexes. Par ailleurs, on ne saurait objecter la rétroactivité d'une telle mesure, dès lors, une fois encore, que le droit pour les réservataires de se prévaloir de leur réserve ne naît qu'à l'ouverture de la succession¹²³².

618. Resterait néanmoins la question de la mise en œuvre dans le temps de la réintégration civile de l'assurance-vie dans la succession, si cette proposition devait être retenue. La concernant, il serait sans doute plus difficile que pour les autres libéralités de prévoir l'application de la mesure aux successions ouvertes à compter de l'entrée en vigueur

1226. Entrée en vigueur le 1^{er} janv. 1972 (L. 3 juill. 1971, art. 12).

1227. Entrée en vigueur le 1^{er} juill. 2002 (L. 3 déc. 2001, art. 25, I).

1228. Entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2007 (L. 23 juin 2006, art. 46, I).

1229. Qu'il s'agisse de celles qui portent directement sur son montant ou de celles qui la concernent indirectement et qui auraient trait à l'établissement de la masse de calcul, à l'imputation ou à la réduction.

1230. V. P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, Defrénois, 3^e éd., 1982, n° 12.

1231. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, art. 47, II, al. 3 :

« Les autres dispositions de la présente loi sont applicables aux successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur, y compris si des libéralités ont été consenties par le défunt antérieurement à celle-ci ».

1232. Il est vrai que la loi de 1971 allait au-delà : elle admettait, sauf convention contraire, l'application des dispositions nouvelles aux successions non encore liquidées au jour de son entrée en vigueur (L. n° 71-523 du 3 juillet 1971, art. 13). Mais c'est possiblement qu'elle emportait aussi des modifications relatives au rapport des libéralités. A quoi s'ajoute aujourd'hui le strict encadrement constitutionnel et conventionnel des dispositions transitoires.

de la loi nouvelle, s'agissant de produits d'assurance bien souvent présentés aux souscripteurs au regard notamment des incidences successorales qui sont les leurs au moment de leur conclusion. La sécurité juridique pourrait ainsi justifier des dispositions transitoires propres, destinées à permettre une entrée en vigueur progressive de la mesure.

619. Dans ces circonstances, il est permis de penser que, si une réforme législative devait intervenir, elle pourrait prendre le parti de **différer l'entrée en vigueur de la loi nouvelle au-delà du lendemain de sa publication** et de **prévoir l'application immédiate de la loi nouvelle aux successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur, y compris aux libéralités faites antérieurement à cette date, sous réserve de ce qui vient d'être dit pour les assurances-vie constitutives de libéralités.**

§II. De la créance alimentaire des ascendants

620. Si le législateur, comme cela est proposé¹²³³, généralisait la créance d'aliments au profit des ascendants dans le besoin, l'effet immédiat emporterait là aussi l'application aux successions ouvertes à partir de l'entrée en vigueur de la loi. S'agissant cependant d'aliments, la loi pourrait envisager son application dans les successions ouvertes dès sa publication sans attendre une entrée en vigueur différée. C'est à tout le moins la solution qui a été retenue par la loi du 3 décembre 2001 à propos de la question, qui n'est pas d'inspiration complètement différente, du droit annuel au logement du conjoint survivant : l'article 763 s'est appliqué aux successions ouvertes à partir du 4 décembre 2001¹²³⁴.

621. Si la généralisation de cette créance d'aliments allait de pair avec la suppression du droit de retour légal de l'article 738-2¹²³⁵, il est vraisemblable qu'une telle disparition ne devrait en revanche s'appliquer qu'aux successions ouvertes à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle conformément à la règle de principe précitée. Mais le chevauchement des deux droits pour les successions ouvertes durant ces quelques mois ne soulèverait probablement pas de grandes difficultés. Le jeu du droit de retour pourrait au plus avoir pour conséquence de ne pas laisser les ascendants dans le besoin.

622. Au titre des dispositions transitoires d'une éventuelle réforme législative, il pourrait donc être envisagé de **prévoir que la loi nouvelle s'appliquerait aux successions ouvertes dès sa publication s'agissant de la généralisation de la créance alimentaire des ascendants.** Pour les mêmes raisons, une **solution identique** pourrait être proposée à la précision que le groupe de travail propose d'apporter à l'article 763 du code civil.

§III. De l'admission du pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction et du pacte relatif aux donations comportant des attributions indivises

623. Si l'actuelle renonciation à l'action en réduction devait évoluer vers un pacte de famille¹²³⁶, les règles nouvelles auraient classiquement vocation à s'appliquer aux pactes conclus à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

624. La solution serait la même pour le pacte permettant, moyennant l'unanimité des héritiers réservataires présumptifs, de stabiliser dans une donation ordinaire la valeur des biens donnés au jour de l'acte pour le calcul de la réserve et le rapport des libéralités¹²³⁷. Cela permettrait, à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, de conclure des donations comportant des biens en indivision tout en profitant du gel de la valeur des biens donnés. Et cela permettrait aussi, à compter de la même date, de reprendre certaines « donations-partages » qui n'en sont pas, parce qu'elles maintiennent des donataires en indivision, pour les faire bénéficier des effets de ce nouveau pacte, moyennant un acte en ce sens. Comme cela a été souligné, il n'y aurait « pas d'obstacle à autoriser les parties à une donation-partage, requalifiable en donation ordinaire, à **régulariser par acte complémentaire** leur volonté initiale de cristalliser au jour de l'acte les valeurs données et reçues en indivision »¹²³⁸. Le cas échéant, une disposition transitoire spéciale pourrait le préciser.

1233. V. *supra* n°351, proposition n°15.

1234. L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001, art. 25, II, 1° : « L'article 763 du Code civil dans sa rédaction issue de l'article 4 et l'article 15 de la présente loi sera applicable aux successions ouvertes à compter de la publication de celle-ci au Journal officiel de la République française ».

1235. V. *supra* n°343s, proposition n°14.

1236. V. *supra* n°460s, proposition n°31.

1237. V. *supra* n°501s, proposition n°40.

1238. C. Brenner et A. Bouquemont, Disposer en indivision par voie de donation-partage – D'un mal doit sortir un bien, *JCP N* 2015, 1140, n°28.

§IV. De la prescription de l'action en réduction dans les successions ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006

625. Enfin, mention sera faite d'une difficulté apparue dans l'interprétation des dispositions transitoires de la loi du 23 juin 2006, s'agissant du nouveau délai de prescription de l'action en réduction. En effet, jusqu'à la loi du 23 juin 2006, la prescription de l'action en réduction était de trente ans à compter de l'ouverture de la succession. Désormais, l'article 921, alinéa 2 du code civil enferme l'action en réduction dans un double délai : cinq ans à compter du décès ou deux ans à compter du jour où les héritiers ont eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve sans pouvoir, dans ce dernier cas, excéder dix ans à compter du décès.

626. Or, au titre des mesures transitoires, l'article 47 de la loi du **23 juin 2006** a prévu :

- une liste de dispositions applicables immédiatement applicables, y compris aux successions ouvertes et non encore partagées à la date d'entrée en vigueur de la loi ;
- suivie de la règle classique selon laquelle « les autres dispositions de la présente loi sont applicables aux successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur, y compris si des libéralités ont été consenties par le défunt antérieurement à celle-ci ».

627. Aussi bien, partant du constat que l'article 13 de la loi de 2006, qui a donné à l'article 921 du Code civil sa nouvelle rédaction, ne fait pas partie des textes dont l'article 47, II, prévoit l'application aux successions en cours, la Cour de cassation en a déduit, par une décision du 22 février 2017, que le nouveau délai de prescription n'était applicable qu'aux successions ouvertes à compter de l'entrée en vigueur de la loi, c'est-à-dire à partir du 1^{er} janvier 2007¹²³⁹.

628. La solution a été diversement reçue en doctrine. Certains ont regretté que cette décision conduise à écarter sans raison la règle de droit transitoire habituellement applicable en cas de raccourcissement d'un délai de prescription : selon celle-ci, formulée par la jurisprudence puis consacrée à l'article 2222, alinéa 2 du code civil par la loi du 17 juin 2008, « en cas de réduction de la durée du délai de prescription ou du délai de forclusion, ce nouveau délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ». Comme l'a souligné Michel Grimaldi, on peut se demander si le législateur, en énonçant dans l'article 47, II un principe conforme au droit transitoire des successions et des libéralités, a bien pris conscience que, « parmi les règles nouvelles dont il fixait ainsi l'application dans le temps, il s'en trouvait qui étaient des règles de prescription, dont l'application dans le temps est en principe autrement déterminée »¹²⁴⁰. D'autres auteurs, au contraire, ont approuvé la solution de la Cour de cassation¹²⁴¹.

629. Dès lors, pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007, la question de la durée du délai de prescription fait toujours débat. La question peut être posée de l'application ou non la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription. Du reste, si cette application devait être retenue, la réponse dépendrait encore de la nature de l'action en réduction. La doctrine est divisée : « les uns considèrent que le délai trentenaire se maintient, puisque la réduction constitue en général une action réelle immobilière (C. civ., art. 2227), la réduction en nature ayant encore, pour ces successions, une large place » ; « **les autres** y voient une action personnelle. Or celles-ci se prescrivent désormais par cinq ans (C. civ., art. 2224). Ce qui conduit à décider que toutes les actions en réduction, soumises à la législation antérieure, sont éteintes depuis le 19 juin 2013 »¹²⁴².

630. A ce jour, la Cour de cassation n'a pas pris parti. Cependant, une décision¹²⁴³ invite à considérer, avec beaucoup de prudence, qu'elle pourrait se ranger plutôt derrière la seconde analyse et que les actions en réduction soumises à la loi ancienne seraient donc éteintes. En effet, dans cet arrêt, la Cour de cassation « **ne dit pas que la prescription trentenaire court encore ; elle « se contente** d'expliquer que l'action en réduction « n'était pas prescrite », du fait de l'assignation en partage judiciaire introduite par l'héritier réservataire avant le 19 juin 2013 »¹²⁴⁴.

1239. Cass. 1^{er} civ., 22 fév. 2017, n°16-11961, *Dr. fam.* 2017, n°105 M. Nicod ; *RTD civ.* 2017, 463, obs. crit. M. Grimaldi ; *AJ fam.* 2017, 256, obs. S. Ferré-André. V. aussi, dans le même sens : Cass. civ. 1^{er}, 4 mai 2017, n°16-13961, *Dr. fam.* 2017, n°165 M. Nicod.

1240. M. Grimaldi, *obs. précit.*, *RTD civ.* 2017, 463.

1241. En ce sens, v. : B. Vareille, *obs. sous Cass. civ. 1^{er}*, 10 janv. 2018, n°16-27894, *Def.* 2018 n°42, 45.

1242. M. Nicod, *obs. sous Cass. civ. 1^{er}*, 3 oct. 2019, n°18-19783, *Dr. fam.* 2019 à paraître.

1243. Cass. civ. 1^{er}, 10 janv. 2018, n°16-27894, *Def.* 2018 n°42, 45 obs. B. Vareille. *Rappr.* : Cass. civ., 1^{er}, 3 oct. 2019, n°18-19783, *Dr. fam.* 2019 obs. M. Nicod, à paraître.

1244. M. Nicod, *obs. précit.* sous Cass. civ. 1^{er}, 3 oct. 2019.

631. Au cours des auditions, la question a été posée de savoir s'il ne conviendrait pas de modifier en conséquence les dispositions transitoires de la loi du 23 juin 2006¹²⁴⁵. Après réflexion, il a finalement paru délicat de proposer l'adoption d'une disposition transitoire correctrice. En effet, de deux choses l'une :

- soit la Cour de cassation confirme que les actions en réduction soumises à la loi ancienne sont prescrites depuis le 19 juin 2013 et ce texte sera dépourvu de l'essentiel de ses effets ;
- soit la Cour de cassation retient finalement qu'elles sont soumises à la prescription trentenaire mais alors la disposition législative qui aurait été adoptée risquerait d'être contestée sur le fondement de la sécurité juridique par les justiciables qui pourraient faire valoir qu'ils s'étaient légitimement fiés à la jurisprudence de la Cour de cassation et qu'ils pensaient en conséquence que leur action n'était pas prescrite.

632. Resterait une éventualité : prévoir, au terme d'une disposition transitoire substantielle, un délai (un an par exemple) durant lequel l'ensemble de ces actions pourront encore être exercées à peine d'être prescrites. Il serait alors plus difficile de reprocher à ce type de disposition d'avoir trompé une espérance légitime. Mais on risquerait aussi de faire revivre des prescriptions si, en définitive, la Cour de cassation les jugeait éteintes par application de la loi du 17 juin 2008.

1245. En ce sens, v. C. Brenner, contribution reproduite en annexe : « les dispositions transitoires de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 (art. 47) pourraient être opportunément réécrites afin de limiter à cinq ans à compter de l'ouverture de la succession (sauf le jeu du retardement du point de départ de la prescription et du délai butoir de l'art. 921 c. civ.), la durée de l'action en réduction opérant en valeur dans les successions ouvertes avant l'entrée en vigueur de la réforme, de manière à rendre applicable le principe de l'article 2222 du Code civil dont l'exclusion que l'on est en peine de justifier est manifestement le fruit d'une inadvertance ».

Table des matières

Lettres de mission de Madame Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la justice - 3
Composition du groupe de travail - 8
Méthode de travail - 10
Auditions et consultations réalisées - 12
Synthèse - 14
Liste des principales abréviations - 16
Préambule - 22

PREMIÈRE PARTIE :

La réserve héréditaire aujourd'hui - 24

Chapitre 1 :

La réserve héréditaire, une constance dans le temps - 26

§I. Le droit romain

§II. L'ancien droit

I. La réserve héréditaire, expression du droit naturel

II. La légitime de droit

III. La réserve coutumière

IV. L'utilisation de la légitime en pays coutumiers

§III. Le droit révolutionnaire

§IV. Du code civil de 1804 à la loi du 23 juin 2006

I. Le code civil de 1804

A. Les fondements de la réserve héréditaire en 1804

B. Les principaux traits de la réserve héréditaire en 1804

II. Les réformes ultérieures

III. La loi du 23 juin 2006

Chapitre 2 :

La réserve héréditaire, un large rayonnement dans l'espace - 36

§I. Aspects de droit comparé

I. Une institution juridique répandue

II. Des équivalents fonctionnels ailleurs

Les chiffres indiqués renvoient aux numéros de pages

A. L'exemple du droit anglais

1. Présentation

2. Appréciation

- a. Avantages
- b. Nuances
- c. Faiblesses

B. L'exemple du droit des États-Unis

1. Une liberté apparemment absolue

2. Une liberté en réalité encadrée

- a. Les droits impératifs du conjoint survivant
- b. Les autres droits impératifs
- c. L'action en nullité et l'*Undue Influence*

III. Les tendances contemporaines

§II. Aspects de droit international privé

I. La controverse relative au caractère d'ordre public international de la réserve héréditaire

- A. L'exception d'ordre public en droit international privé
- B. Les thèses en présence

II. Les arrêts du 27 septembre 2017

III. Les incertitudes actuelles

Chapitre 3

Les fondements de la réserve héréditaire en droit français - 52

§I. Une controverse classique

I. Les critiques

II. Les réponses

- A. Des griefs erronés
- B. Des objections dépassées
- C. Un faux obstacle à la transmission des entreprises
 1. Les atouts des entreprises familiales
 2. La réserve héréditaire et la transmission de l'entreprise

§II. Une critique renouvelée

I. Des facteurs sociologiques et politiques

- A. Des facteurs sociologiques
- B. Des facteurs politiques
- C. Appréciation

II. Des facteurs juridiques

- A. La fragilité de la réserve héréditaire

- B. La valeur de la propriété privée et de la liberté de disposer
 - 1. Une question ancienne
 - 2. La valeur supra-législative de la quotité disponible

§III. La nécessaire réserve héréditaire des descendants

- I. L'attachement des Français à la réserve héréditaire des descendants
 - A. Les enquêtes d'opinion
 - B. Le notariat et la pratique notariale
 - C. La propension testamentaire
 - D. Le rapport particulier des Français à la loi
- II. Les justifications contemporaines de la réserve héréditaire des descendants
 - A. Les considérations familiales et collectives
 - 1. La réserve héréditaire, effet légal de la filiation
 - a. Le rôle identitaire de la réserve héréditaire pour l'enfant
 - b. Les enjeux psychiques, affectifs et symboliques de l'héritage
 - c. La réserve héréditaire à l'heure des nouvelles filiations électives
 - 2. La réserve héréditaire, expression de la solidarité familiale
 - B. Les considérations individuelles
 - 1. La réserve héréditaire protège la liberté individuelle
 - a. La réserve héréditaire protège la liberté du futur défunt
 - b. La réserve héréditaire protège la liberté des enfants
 - 2. La réserve héréditaire assure une égalité minimale entre les enfants
 - a. La réserve héréditaire, expression civile du principe républicain d'égalité
 - b. Le risque de résurgence des discriminations entre les enfants
- III. Les conséquences d'une éventuelle suppression de la réserve héréditaire des descendants
 - A. Un risque de judicialisation des successions et d'insécurité juridique
 - 1. Une perspective de judicialisation
 - 2. Un recul de la sécurité juridique
 - B. La remise en cause d'un enjeu démocratique
 - C. Une réforme d'ensemble du droit patrimonial de la famille
- IV. La réserve héréditaire des descendants et les sources supra-législatives
 - A. La réserve héréditaire et le droit européen des droits de l'homme
 - B. La réserve héréditaire et le droit constitutionnel
 - 1. En droit allemand
 - 2. En droit français

§IV. La réserve héréditaire en demi-teinte du conjoint survivant

- I. Une reconnaissance tardive
- II. Des contours singuliers
 - A. Les fondements
 - B. Le domaine
- III. D'autres mesures protectrices

Chapitre 4

La réserve héréditaire et le pouvoir de la volonté - 98

§I. La réserve héréditaire et les actes soustraits au régime des libéralités

- I. Les avantages matrimoniaux
- II. L'assurance-vie

§II. La réserve héréditaire et la quotité disponible spéciale entre époux

§III. La réserve héréditaire et la libéralisation contemporaine du droit des successions et des libéralités

- I. Le champ des possibles
- II. L'observation des pratiques
 - A. La lente réception de la loi du 23 juin 2006 par la pratique
 - B. Le regard particulier porté sur la renonciation anticipée à l'action en réduction

SECONDE PARTIE :

La réserve héréditaire demain - 110

Chapitre 1

Les bénéficiaires de la réserve héréditaire - 114

§I. Des descendants

- I. Réaffirmer le principe de la réserve héréditaire des descendants
 - A. Maintenir la réserve héréditaire des descendants en son principe
 - B. Faire évoluer la jurisprudence relative aux successions internationales
 - 1. Tirer les conséquences au plan international des fondements de la réserve héréditaire en droit interne
 - 2. Définir les conditions du jeu de l'exception d'ordre public international en matière de réserve héréditaire
 - 3. Mesurer la compatibilité d'une évolution de la jurisprudence avec le droit de l'Union européenne
- II. Conforter l'ancrage de la réserve héréditaire dans la filiation
 - A. Protéger les descendants contre l'instauration de motifs d'exhérédation

B. Continuer à subordonner la réserve héréditaire à l'établissement préalable d'un lien de filiation

1. Le bel-enfant

a. La loi

b. La volonté du beau-parent

2. L'adopté simple

a. Faire remonter les effets successoraux de la révocation de l'adoption simple au jour du jugement d'adoption

b. S'en remettre à une réforme d'ensemble de l'adoption sur la question de la qualité d'héritier réservataire de l'adopté simple à l'égard des ascendants de l'adoptant

§II. Du membre survivant du couple

I. Le concubin et le partenaire survivant

A. Réaffirmer le pluralisme des modes de conjugalité

1. Respecter la liberté des concubins

2. Cultiver la souplesse du PACS

a. L'absence de réserve héréditaire

b. L'absence de droit viager au logement

c. L'absence de quotité disponible spéciale en usufruit

B. Favoriser l'utilisation de l'article 917 du code civil

II. Le conjoint survivant

A. Réformer la réserve héréditaire du conjoint survivant

1. Supprimer la réserve héréditaire du conjoint survivant

a. Les voies écartées

b. La voie retenue

2. Tenir compte du relâchement avéré du lien conjugal

a. La séparation de corps

b. Le divorce

c. Le pacte entre époux

B. Renforcer les droits du conjoint survivant sur le logement

1. Renforcer le droit temporaire

2. Renforcer le droit viager

§III. Des ascendants

I. La genèse des règles actuelles

II. Supprimer le droit de retour légal de l'article 738-2 du code civil

III. Réformer la créance alimentaire des ascendants

- A. Promouvoir une créance alimentaire adaptée à la situation des ascendants
- B. Accorder une créance alimentaire aux père et mère dans le besoin
- C. Élargir le droit à pension des ascendants ordinaires
- D. Articuler la créance alimentaire contre la succession avec l'obligation alimentaire de droit commun

Chapitre 2

Le montant de la réserve héréditaire - 142

§I. De la réserve héréditaire du conjoint survivant

§II. De la réserve héréditaire des descendants

I. Considérations générales

II. Faire évoluer le *quantum* de la réserve héréditaire

- A. Écarter toute idée d'une fixation de la réserve héréditaire en fonction du niveau de fortune
- B. Augmenter le taux de la quotité disponible
 - 1. Retenir une réserve globale fixe quel que soit le nombre d'enfants
 - 2. Définir une réserve individuelle à partir des parts héréditaires
 - 3. Limiter à deux branches le montant de la réserve héréditaire

III. Élargir la quotité disponible spéciale entre époux ?

Chapitre 3

L'assiette de la réserve héréditaire - 152

§I. Des biens

§II. Des actes

I. Réaffirmer la prise en compte de toutes les libéralités

- A. Différencier dispositions à cause de mort et donations entre vifs ?
- B. Protéger les héritiers réservataires contre toutes les libéralités
 - 1. La réunion des donations entre vifs
 - 2. La réunion des anciennes donations entre vifs

II. Modifier le régime actuel de l'assurance-vie

III. Faire évoluer la présomption de l'article 918 du code civil

Chapitre 4

La sanction de la réserve héréditaire - 158

§I. De l'imputation en assiette

§II. Du domaine de la réduction en nature

- I. La réduction en nature de l'article 924-4 du code civil
 - A. Maintenir les règles actuelles
 - B. Améliorer les règles actuelles
 - 1. Remédier à l'inertie de l'héritier réservataire présomptif
 - 2. Permettre à une personne vulnérable de consentir à l'aliénation
- II. La réduction en nature, garantie de paiement de l'indemnité de réduction
- §III. Des autres garanties de paiement de l'indemnité de réduction**

Chapitre 5

Le pouvoir de la volonté - 166

§I. De la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR)

- I. Faire évoluer la RAAR vers un véritable pacte de famille
 - A. Les insuffisances actuelles
 - B. L'évolution proposée
- II. Préciser l'objet de la renonciation
 - A. Inscrire dans la loi que la renonciation ne porte que sur la part du renonçant dans l'indemnité de réduction
 - B. Inscrire dans la loi la faculté tant d'une renonciation définitive à l'action en réduction ou en retronchement que d'une renonciation au paiement immédiat de l'indemnité de réduction
 - C. Ouvrir une faculté de renonciation à l'article 738-2 du code civil
- III. Adapter le formalisme
 - A. Maintenir un formalisme renforcé
 - B. Permettre l'expression simultanée des consentements
- IV. Permettre au majeur protégé de conclure un pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction avec l'autorisation du juge
- V. Sécuriser la renonciation en l'absence de représentation du renonçant

§II. Des donations attribuant des droits indivis

- I. Stabiliser la valeur des biens donnés
- II. Ajuster les règles fiscales

§III. De la donation-partage

- I. Confirmer la possibilité d'incorporer le lot d'une donation-partage unanime dans une donation-partage transgénérationnelle sans remettre en cause l'évaluation dérogatoire de la première
- II. Préciser les règles de la donation-partage conjonctive
 - A. Confirmer le domaine de la donation-partage conjonctive
 - B. Sécuriser les conséquences liquidatives de la donation-partage conjonctive

III. Préciser dans la loi la méthode de rétablissement de la réserve héréditaire ou permettre de la définir dans la donation-partage

§IV. Des libéralités graduelles et résiduelles

I. Admettre la subrogation réelle dans la libéralité graduelle

II. Assouplir le formalisme de la libéralité graduelle

III. Harmoniser les règles protectrices de la réserve héréditaire

IV. Affirmer la liberté de désignation de l'appelé en l'absence de descendant du grevé dans la libéralité graduelle

V. Préciser les règles liquidatives des libéralités graduelles

§V. De la clause d'exclusion de l'administration et de la jouissance légale

Chapitre 6

La philanthropie - 188

§I. Des facteurs favorables à la philanthropie

I. Des facteurs historiques

II. Des facteurs sociologiques, culturels et religieux

III. Des facteurs politiques et économiques

§II. De certains dangers de la philanthropie

I. Un risque de reconstitution des biens de mainmorte

II. Un risque d'atteinte à la propriété privée

III. Des risques liés à certaines pratiques du « philanthrocapitalisme »

§III. De la philanthropie à l'aune de la réserve héréditaire

I. Identifier la demande

A. L'absence de demande de la société dans son ensemble

B. La demande des milieux philanthropiques

II. Répondre à la demande

A. Les voies écartées

B. Les voies proposées

Chapitre 7

Les dispositions transitoires - 204

§I. De l'entrée en vigueur différée et du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle aux successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur

§II. De la créance alimentaire des ascendants

§III. De l'admission du pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction et du pacte relatif aux donations comportant des attributions indivises

§IV. De la prescription de l'action en réduction dans les successions ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006

Table des matières

Annexes

