



## 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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 Belleroche**, 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

**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<sup>e</sup> Congrès des notaires de France

**Xavier Ricard**, Notaire à Nantes, Membre du 110<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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° 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 Belleroche,  
« 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 Röthel, « 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° Congrès  
des notaires  
de France

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

# Observations du 116<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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 cujus* ».

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 au 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 modifiable 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 entendirent 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'ainé ») 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 exhéréder 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<sup>e</sup> 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

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

            c. *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 Pères 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<sup>er</sup> 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 »<sup>1</sup>. 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 2001<sup>2</sup> et du 23 juin 2006<sup>3</sup> 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 successions<sup>4</sup> ou de la fiscalité sur les successions<sup>5</sup>, 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-g) ; 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 2011<sup>6</sup>, 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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 2012<sup>7</sup>, 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 contreprestation. 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<sup>er</sup> août 2013<sup>8</sup>, 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<sup>e</sup> 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 »<sup>9</sup>. 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-discrimination<sup>10</sup>.

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

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 législatives<sup>11</sup>. 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 déférées au juge constitutionnel et les justiciables n'ont pas encore vu l'intérêt de contester la constitutionnalité même de la réserve héréditaire. L'examen

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<sup>er</sup> août 2013, M. Didier M. [Présomption irréfragable de gratuité de certaines aliénations].

9. C. cass., 2<sup>e</sup> ch. civ., 19 octobre 2011, n° 11-40.063.

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

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 siècles<sup>12</sup> qui fait l'objet, encore aujourd'hui, d'un très fort attachement des Français si l'on en croit un sondage d'opinion<sup>13</sup>. 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 »<sup>14</sup>. 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 »<sup>15</sup>. 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 1789<sup>16</sup>. 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 cause<sup>17</sup>, il n'en reste pas moins que les Constitutions allemande<sup>18</sup>, polonaise<sup>19</sup>, bulgare<sup>20</sup>, estonienne<sup>21</sup>, slovaque<sup>22</sup>, slovène<sup>23</sup> ou roumaine<sup>24</sup> garantissent « le droit de

succession ». Les Constitutions espagnole<sup>25</sup>, irlandaise<sup>26</sup>, hongroise<sup>27</sup>, de la République tchèque<sup>28</sup> ou de la Croatie<sup>29</sup> reconnaissent « le droit à l'héritage ». La Constitution portugaise<sup>30</sup> 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 »<sup>31</sup> 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 Belgique<sup>32</sup>, de l'Italie<sup>33</sup>, ou de la Grèce<sup>34</sup>. Hors de l'Union européenne, d'autres grands États garantissent un tel droit. Par exemple, les Constitutions brésilienne<sup>35</sup>, chinoise<sup>36</sup>, algérienne<sup>37</sup>, égyptienne<sup>38</sup> ou turque<sup>39</sup> 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 constitutionnelle<sup>40</sup>, 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 cujus*. Sans une telle garantie constitutionnelle, il y aurait une asymétrie entre un droit de disposer à valeur constitutionnelle, « attribut essentiel du droit de propriété »<sup>41</sup>, 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 cujus* 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 cujus*, 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 cujus* pour disposer de ses biens au détriment de ses héritiers qui se verraient ainsi privés de tout droit de succession.

12. V. M. Peguera Poch, Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI<sup>e</sup>-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 préféreraient 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 ».

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<sup>er</sup> 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 »<sup>42</sup>. 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 »<sup>43</sup>. 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 succession<sup>44</sup>. 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 Vedel<sup>45</sup>, 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.

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 pouvoirs<sup>46</sup> et la garantie des droits<sup>47</sup> à proprement parler, cet article fonde les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions<sup>48</sup>, le droit à exercer un recours juridictionnel effectif<sup>49</sup>, les droits de la défense<sup>50</sup> ou encore le droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties<sup>51</sup>. 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'égalité<sup>52</sup>, 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 »<sup>53</sup>. 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 exhéredés. 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

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'auteure, « 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 ».

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, es 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'actionnariat 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 propriété<sup>54</sup>. 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 »<sup>55</sup>. 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 »<sup>56</sup>. 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 »<sup>57</sup>.

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 »<sup>58</sup> 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 « propriétairete », 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 »<sup>59</sup>. Elle ajoute plus loin que « Les caractéristiques fondamentales de la participation des enfants à la succession sont l'expression de la solidarité familiale »<sup>60</sup>. 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

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 2012<sup>61</sup>. En l'espèce, les requérants contestaient le troisième alinéa de l'article 73 de la loi du 1<sup>er</sup> 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 constitutionnel<sup>62</sup>. 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 »<sup>63</sup>. 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 »<sup>64</sup>. Pour rappel, le

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<sup>e</sup> éd., p. 236.

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

60. Ibid. §73.

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<sup>ère</sup> 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 1971<sup>65</sup>. 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 commun<sup>66</sup>. 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 »<sup>67</sup>, 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 publics<sup>68</sup> ;
- 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 1946<sup>69</sup> ;
- Enfin, le principe doit avoir eu une application continue ; une loi républicaine antérieure à 1946 ne doit pas avoir dérogé à ce principe<sup>70</sup>.

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 descendants<sup>71</sup> 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 cujus* 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 1794<sup>72</sup>. En particulier, la loi du 17 nivôse an II (1794)<sup>73</sup> 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 cujus* s'il a des héritiers en ligne directe<sup>74</sup>. Il

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 XVIIIe 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 cujus*. 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 »<sup>75</sup>. 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 famille<sup>76</sup> 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 »<sup>77</sup>, ou qu'« elle exprime l'importance de la solidarité familiale dans l'ordre des préoccupations légales »<sup>78</sup>, ou

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<sup>er</sup> 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<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> 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 ».

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, 7e 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 »<sup>79</sup> ou du « devoir social envers sa proche famille »<sup>80</sup>.

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 »<sup>81</sup>.

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 nous<sup>82</sup>, 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 2019<sup>83</sup>, 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 cujus*. 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 »<sup>84</sup>. 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 assemblées<sup>85</sup>. 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 cujus* 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 cujus*, 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 cujus* 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 constitutionnels ou encore avec l'intérêt général. Comme le souligne V. Goesel-Le Bihan<sup>86</sup>, 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 Favoreu<sup>87</sup>, 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 individuelle<sup>88</sup>, la liberté d'aller et venir<sup>89</sup>, la liberté de communication et d'expression<sup>90</sup> ou le droit au respect de la vie privée<sup>91</sup>. Pour ces droits et libertés, que le Conseil constitutionnel considère comme particulièrement importants, le juge s'assura 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 »<sup>92</sup>. 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 rang<sup>93</sup>, 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 »<sup>94</sup>. S'il ne fait

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 cujus*, qui a valeur constitutionnelle<sup>95</sup>, 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 »<sup>96</sup>. 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 »<sup>97</sup>.

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 cujus*, 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 exhérédés, 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 situation<sup>98</sup>.

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.

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 »<sup>99</sup>.

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 ?<sup>100</sup> Cela renvoie plus généralement à la problématique de la possibilité pour le législateur de permettre aux individus de renoncer à leurs droits fondamentaux<sup>101</sup>. 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 »<sup>102</sup>.

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 »<sup>103</sup>.

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 »<sup>104</sup>.

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 conditions<sup>105</sup>, à la succession à compter de son ouverture<sup>106</sup>. De même, l'héritier peut renoncer à l'action en réduction postérieurement au décès du *de cujus*<sup>107</sup>.

55. Toutefois, le cas de la RAAR se distingue des précédentes hypothèses, car un tel mécanisme conduit l'héritier réservataire présomptif 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 présomptif 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 »<sup>108</sup>.

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 entreprise<sup>109</sup>. 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 »<sup>110</sup>.

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 »<sup>111</sup>. 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 cujus* 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 cujus*, 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. Égéa, « 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 cujus* 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 cujus* 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 cujus* 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 réservés 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 réservés 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 réservés, 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 »<sup>112</sup> qui se caractérise par « l'accroissement de l'espérance de vie, [et le] recul de l'âge auquel on hérite »<sup>113</sup>. 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 »<sup>114</sup> 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 »<sup>115</sup>. 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

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 présomptif 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 »<sup>116</sup>. 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 présomptif 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 réservés, qui sont placés dans la même situation, soient traités de manière identique<sup>117</sup>. Lorsqu'il contrôlera les dispositions législatives en cause, le Conseil s'assurera qu'elles n'instaurent pas une différence de traitement entre les héritiers réservés 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 réservés. 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 »<sup>118</sup>. 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-tant

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.

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 conduisent 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 renonciations 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 RAAR<sup>119</sup>, 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<sup>ère</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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'exhéréder 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 anticipée<sup>120</sup>, 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 exhéréder les descendants : C. cass, 1<sup>ère</sup> 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 Jarre<sup>121</sup>, 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 »<sup>122</sup> justifiant d'écarter 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'après débats doctrinaux<sup>123</sup>. 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 »<sup>124</sup>.

82. Le Conseil constitutionnel a très rarement eu l'opportunité de contrôler des dispositions législatives ou conventionnelles relevant du droit international privé<sup>125</sup> 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

français<sup>126</sup>. Cette décision QPC a d'ailleurs été rendue dans le cadre d'une des deux affaires<sup>127</sup> dont a été, in fine, saisie la Cour de cassation. Comme il a été rappelé<sup>128</sup>, les requérants contestaient, en l'espèce, les dispositions de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 qui protégeaient la réserve héréditaire<sup>129</sup> 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 »<sup>130</sup>, 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 »<sup>131</sup>. 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 exhérédés 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 auteurs<sup>132</sup> 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

121. C. cass., 1<sup>ère</sup> ch. civ. 27 septembre 2017, Colombier, n° 16-13.151 ; C. cass., 1<sup>ère</sup> ch. civ. 27 septembre 2017, Jarre, n° 16-17.198.

122. C. cass., 1<sup>ère</sup> 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.).

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., 1<sup>ère</sup> ch. civ., 1er juin 2011, n° 11-40008.

128. V. supra. §4.

129. C. cass., 1<sup>ère</sup> 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 »<sup>133</sup>. 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 »<sup>134</sup>. 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 »<sup>135</sup>. 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 précédentes<sup>136</sup>. 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

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 »<sup>137</sup>. Un individu est titulaire du droit de succession uniquement parce qu'il est un descendant du *de cujus*, 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 »<sup>138</sup>. 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 public<sup>139</sup>. 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 »<sup>140</sup>.

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 »<sup>141</sup> ou des « principes qui constituent « les fondements politiques, sociaux de la civilisation française »<sup>142</sup> ou encore des « principes essentiels de l'ordre juridique »<sup>143</sup> 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 »<sup>144</sup>. 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 cujus* 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**

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).

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 « convenue » 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 a 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 renonciations 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 solidarité<sup>145</sup>. Mais ce n'est que par deux décisions du 21 mars 2019<sup>146</sup> 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 mineur<sup>147</sup>. 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'enfant<sup>148</sup>. Le juge constitutionnel s'est

aussi prononcé sur la procédure de divorce par consentement mutuel au regard de l'intérêt de l'enfant mineur<sup>149</sup>. 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'enfant<sup>150</sup>. 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 mineure<sup>151</sup> ou concernant la suppression de la tentative de conciliation en matière de divorce<sup>152</sup>.

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 famille<sup>153</sup>.

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 cujus* 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 majeurs<sup>154</sup>. Toutefois, comme nous l'avons souligné, en l'état de la jurisprudence constitutionnelle seuls les enfants

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).

149. CC, n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXIe 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 survivant<sup>155</sup> ou aux ascendants<sup>156</sup> 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 pas 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 succcessible a donc le droit à la même part de la réserve héréditaire indépendamment de sa situation. Or, il est

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'égalité<sup>157</sup>.

**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 reconnaîtrait 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 mineures 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 »<sup>158</sup>, 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'office<sup>159</sup>. 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 »<sup>160</sup>.

105. L'intensité du contrôle du Conseil constitutionnel n'est pas toujours la même. Comme le note un auteur<sup>161</sup>, 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 pas la Constitution (l'origine<sup>162</sup>, l'ethnie<sup>163</sup>, la race<sup>164</sup>, la religion, les croyances ou le sexe<sup>165</sup>) 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 similaire<sup>166</sup>. 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 »<sup>167</sup>. Il arrive cependant que, par exception, le Conseil constitutionnel adjoigne à ce contrôle

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 émolument ».

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 émolument ».

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 disproportion<sup>168</sup>, 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 %) »<sup>169</sup>.

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 exceptions<sup>170</sup>, 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 différentes<sup>171</sup>. 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 général<sup>172</sup>. 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 traitement<sup>173</sup>.

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

n'est pas « gratuite », c'est-à-dire qu'elle a un lien raisonnable avec l'objectif qu'il poursuit »<sup>174</sup>. 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 publique<sup>175</sup>. 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 cujus* 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 2012<sup>176</sup>, le juge constitutionnel a clairement indiqué qu'il considérerait 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 cujus* 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 lla 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 »<sup>177</sup> 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 différent<sup>178</sup>, 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'adoptant<sup>179</sup>.

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

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° 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 ».

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 cujus* 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 »<sup>180</sup>. 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 français<sup>181</sup>, 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 »<sup>182</sup>.

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 cujus*<sup>183</sup>. 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 cujus*. 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 cujus* 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

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 3/4 des biens du *de cujus*. Le principe d'égalité implique que chaque héritier réservataire ait le droit à la même quote-part de la réserve héréditaire, soit 1/3 chacun de la réserve ou encore 1/4 des biens du *de cujus*. Si la loi permettait de favoriser un des cohéritiers réservataires au détriment des deux autres, par exemple en lui allouant 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 cujus* de transmettre la totalité de la quotité disponible à l'un des cohéritiers réservataires. In fine, ce cohéritier réservataire aura reçu 1/4 des biens du *de cujus* au titre de la réserve et 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 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 »<sup>184</sup>. 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 cujus*. 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 cujus*. 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 cujus* 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 Conseil<sup>185</sup>, la décision du 5 août 2011<sup>186</sup> 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 exhéredé par le *de cujus*.

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

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.

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 constitutionnelle<sup>187</sup>. 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 violeraient 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 souligné<sup>188</sup>, 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 »<sup>189</sup> 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 commun<sup>190</sup>. 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.

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 date<sup>191</sup>, 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] »<sup>192</sup>.

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

187. V. infra. §129.

188. V. supra. §98.

189. F. Mélin-Soucramanien, « 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).

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 cujus* 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 cujus* 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 cujus* 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 succession<sup>193</sup>, 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 établie<sup>194</sup>. 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 »<sup>195</sup>. Le Conseil constitutionnel reconnaît également que le « droit de disposer [est un] attribut essentiel du droit de propriété »<sup>196</sup> et que « l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine [...] est lui-même un attribut essentiel du droit de propriété »<sup>197</sup>.

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,

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 cujus* 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 cujus* 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 souligné<sup>198</sup>, 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 »<sup>199</sup>. En particulier, il apparaît certain qu'une disposition législative qui priverait le *de cujus* 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 cujus* en excluant ainsi toute quotité disponible. Afin de garantir le droit de disposer, la loi doit en effet maintenir au bénéfice du *de cujus* 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 cujus* étant un droit à valeur constitutionnel, 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 cujus* 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.**

193. V. supra. §24 et s.  
194. V. notamment J.-F. de Montgolfier, « 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).

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 cujus* 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)

L'avenir de la réserve héréditaire est depuis longtemps menacé<sup>1</sup> et la vigueur de ses fondements remise en cause<sup>2</sup>. 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 »<sup>3</sup>. Est-ce prophétique ? C'est du moins le sens des propositions d'un récent rapport rédigé dans le cadre du *think-tank* Génération libre<sup>4</sup>, conduisant le gouvernement, comme la doctrine<sup>5</sup>, à se saisir de nouveau de cette question. Faut-il se préparer à la mort de la réserve héréditaire<sup>6</sup> ? En tout cas, la réserve héréditaire est « moribonde »<sup>7</sup>.

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.

<sup>1</sup> J.-G. RAFFRAY et J.-P. SÉNÉCHAL, « Quel avenir pour la réserve », *JCP N* 1986, I, 249.  
<sup>2</sup> A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, 3<sup>e</sup> éd., 2014, Dalloz, n° 532.  
<sup>3</sup> P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, 1206, n° 17.  
<sup>4</sup> B. MOREL et M. SBAIHI, *Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie*, rapp. Génération Libre, mars 2019.  
<sup>5</sup> B. BEIGNIER, « Faut-il réformer la réserve héréditaire », *Dr. famille* 2019, dossier 19.  
<sup>6</sup> P. CÉNAC et C. PEYROUX, « La mort de la réserve héréditaire ? », *JCP N* 2011, 1092.  
<sup>7</sup> 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 RIPERT<sup>8</sup> ou aux libéralités ayant un caractère d'utilité publique de CASSIN<sup>9</sup>. Reprenant une notion développée par FLOUR<sup>10</sup>, il nous semble préférable de s'intéresser plus largement aux libéralités à caractère collectif<sup>11</sup>. 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

<sup>8</sup> 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.  
<sup>9</sup> R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939.  
<sup>10</sup> J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4<sup>e</sup> année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 268.  
<sup>11</sup> 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'entreprise<sup>12</sup>, mais la disposition a ensuite été supprimée par l'Assemblée nationale<sup>13</sup>. Depuis, deux propositions de loi, en 2011<sup>14</sup> et en 2015<sup>15</sup>, 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 juridique<sup>16</sup>. Eu égard aux fondements traditionnels attachés à la réserve héréditaire<sup>17</sup>, 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) ;

<sup>12</sup> JO CR Sénat 1990, n° 15, p. 593.

<sup>13</sup> JO CR AN 1990, n° 31, p. 1695.

<sup>14</sup> 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.

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

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Sur ces fondements, v. M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7<sup>e</sup> 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 réserve<sup>18</sup>. 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**<sup>19</sup>. 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 part<sup>20</sup> 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 bénéficiaire<sup>21</sup>.

- **Deuxième série d'opérations : les apports aux associations**<sup>22</sup>. 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

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

<sup>19</sup> Sur lesquels, v. thèse, *op. cit.*, nos 120 et s.

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

<sup>21</sup> Thèse, *op. cit.*, n° 121, *in fine*.

<sup>22</sup> 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 libéralité<sup>23</sup>.

- **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 succession<sup>24</sup>. Ce sera le cas par exemple du *microdon*<sup>25</sup>. 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 modique<sup>26</sup> ? 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

d’utilité publique (RUP), il faut en principe un apport d’un million cinq cent mille euros<sup>27</sup>. 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 testateur<sup>28</sup> : 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 »<sup>29</sup>.

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 évident<sup>30</sup> : 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 libéralités<sup>31</sup>. 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 derniers<sup>32</sup>. 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

<sup>23</sup> Comp. J. AULAGNIER, « La réserve peut-elle survivre à l’assurance-vie ? », *Gaz. pal.* 29/01/2011, p. 23.  
<sup>24</sup> M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d’ascendants*, Paris, Litec, 2000, n° 1018, p. 31.  
<sup>25</sup> Sur lesquelles, v. thèse, *op. cit.*, n°s 111 et 118.  
<sup>26</sup> *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.

<sup>27</sup>Thèse, *op. cit.*, n° 244.  
<sup>28</sup> *Ibidem*, n°s 406 et 407.  
<sup>29</sup> 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.  
<sup>30</sup> 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.  
<sup>31</sup> Ce qui revient à ne pas respecter leur affectation.  
<sup>32</sup> 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*<sup>33</sup>.

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 pluriels<sup>34</sup>. 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

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’imputation**<sup>35</sup>, 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 certaine<sup>36</sup> 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 reçus<sup>37</sup>. 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 certaine<sup>38</sup>.

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.

<sup>33</sup> 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.  
<sup>34</sup> C. civ., art. 922.

<sup>35</sup> C. civ., art. 923.  
<sup>36</sup> Au sens du nouvel art. 1377 C. civ.  
<sup>37</sup> Pour des développements supplémentaires, v. thèse, *op. cit.*, n°s 349 et 350.  
<sup>38</sup> Pour des développements supplémentaires, v. thèse, *op. cit.*, n°s 356 et s.

C. Troisième précision : la réserve dite administrative

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 2005<sup>39</sup>, cette procédure est devenue résiduelle<sup>40</sup>. 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 libéralité<sup>41</sup>.

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**<sup>42</sup>. 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.

L’avenir de ces différentes pratiques est incertain depuis une décision du Conseil d’État de 2006<sup>43</sup>. 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).

<sup>39</sup> Ord. n° 2005-856 du 28 juill. 2005 conforté par l’ord. n° 2015-904 du 23 juill. 2015.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> Thèse, *op. cit.*, n° 270.

<sup>42</sup> *Adde ibid.*, n°s 271 et s.

<sup>43</sup> CE, 27 févr. 2006, n° 267965, *inédit au recueil*.

## A. Première voie : les aménagements de la réserve

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 aléa<sup>44</sup>. 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 collectif<sup>45</sup> ;
- 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 civil<sup>46</sup>.

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 <sup>47</sup>. Cela irait totalement à contrecourant des solutions jurisprudentielles du droit commun et ne viserait que les donations auxquelles des

réductions d'impôt (IR ou IFI) sont attachées. En schématisant<sup>48</sup>, 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 injustifié<sup>49</sup> ou, en principe, le régime des récompenses<sup>50</sup>.

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.

<sup>44</sup> Thèse, *op. cit.*, n° 366, *in fine*.

<sup>45</sup> *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.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> *Ibid.*, nos 364 et 365.

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

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

<sup>50</sup> C. civ., art. 1469, al. 1<sup>er</sup> : « 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 associations<sup>51</sup>.

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 hypothèse<sup>52</sup>.

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 bienfaisance<sup>53</sup>. Ce n’est plus le cas.

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 »<sup>54</sup>. 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 général<sup>55</sup>. 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 lucrative<sup>56</sup>.

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 cultuelles.

<sup>51</sup> *V. supra.*

<sup>52</sup> En ce sens, v. B. MOREL et M. SBAIHI, *rapp. préc.*.

<sup>53</sup> L. 1<sup>er</sup> 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 ».

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

<sup>55</sup> CGI, art. 200.

<sup>56</sup> *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 cultuelles. 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 juridique<sup>57</sup> ou encore chaque fois que la donation ouvre droit à une réduction d'impôt sur le revenu<sup>58</sup>. 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 donation<sup>59</sup>. Une telle voie aurait l'avantage de poursuivre l'alignement des règles civiles sur les règles fiscales<sup>60</sup> 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 groupements<sup>61</sup>.
- 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 2015<sup>62</sup>. 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 fortune<sup>63</sup> ou à celles exonérées

<sup>57</sup> Sur la capacité de jouissance des groupements, v. *ibidem*, n°s 231 et s., spéc. n° 237 (fonds de dotation) et n°s 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).

<sup>58</sup> Sur ces réductions, v. *ibid*, n° 181.

<sup>59</sup> Sur la « petite capacité juridique », v. *ibid*, spéc. n°s 232 et s.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> V. Thèse, *op. cit.*, n° 298.

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

<sup>63</sup> Sur ces réductions, v. *ibid*, n° 182.

de droits de mutation<sup>64</sup>. 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 dotation<sup>65</sup>, les limitations à sa liberté de disposer (et donc de fonder<sup>66</sup>) 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 créée<sup>67</sup>. 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 familiale<sup>68</sup>. 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)<sup>69</sup>.

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

<sup>64</sup> Sur ces exonérations, v. *ibid*, n° 189.

<sup>65</sup> 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).

<sup>66</sup> Laquelle n'a jamais été consacrée pour l'instant.

<sup>67</sup> Thèse, *op. cit.*, n°s 68 et s.

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

<sup>69</sup> 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 évoquées<sup>70</sup>. 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 descendant<sup>71</sup>, sans que les contours de la limitation soient clairement précisés<sup>72</sup> ;
  - *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 loi<sup>73</sup>.

- 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 œuvre<sup>74</sup> ? 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 Danemark<sup>75</sup>. Une telle piste, déjà à l’étude au moment de la rédaction du Code civil<sup>76</sup>, a récemment été envisagée par un rapport de

<sup>70</sup> 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° *Législation comparée : Canada*, fasc. 2, n°s 69 et s. ; *J.-Cl. notarial répertoire*, v° *Législation comparée : Canada*, fasc. 23, n°s 4 et 113.

<sup>71</sup> 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° *Législation comparée : Espagne*, fasc. 2, n° 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° *Législation comparée : Grande-Bretagne*, fasc. 4, n°s 13 et 34.

<sup>72</sup> 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) ?

<sup>73</sup> Combinaison avec la suppression de la réserve héréditaire au profit de certains groupements d’utilité publique déterminés par décret.

<sup>74</sup> « 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.

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

<sup>76</sup> C. PÉRÈS et Ch. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 458, spé. p. 388.

l’IGF en avril 2017, qui l’a repoussée<sup>77</sup>. 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 nationale<sup>78</sup>. 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 montant<sup>79</sup>. 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 »<sup>80</sup>.

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

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

<sup>78</sup> V. *supra*.

<sup>79</sup> 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. »

<sup>80</sup> 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*<sup>81</sup> ou au droit québécois qui prévoit la survie au décès de l’obligation alimentaire<sup>82</sup>.

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 situation<sup>83</sup>. 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 succession<sup>84</sup>. Depuis 2006, « l’état de besoin » permet déjà d’obtenir la révocation d’une renonciation anticipée à l’action en réduction<sup>85</sup>. 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 français<sup>86</sup>.

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 juridique<sup>87</sup>.

- 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

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

<sup>82</sup> 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, n°s 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, n°s 775 et s.

<sup>83</sup> V. *supra*

<sup>84</sup> C. civ., art. 758. Comp. avec le nouveau §2 de l’article 205 *bis* du Code civil belge, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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.

<sup>85</sup> C. civ., art. 930-3.

<sup>86</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 sept. 2017 (2 arrêts), n°s 16-17.198 et 16-13.151.

<sup>87</sup> *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 cujus*, 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 cujus*. 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 »<sup>88</sup>. 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)<sup>89</sup> et défendu en doctrine<sup>90</sup>. 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<sup>er</sup> 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 descendants<sup>91</sup>. L’exposé des motifs comme les travaux parlementaires

<sup>88</sup> C. civ., art. 767.

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> En faveur d’une diminution de la réserve des descendants à la moitié de la succession, v. B. BEIGNIER, art. précité.

<sup>91</sup> 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 familiale<sup>92</sup>. 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 tiers<sup>93</sup>. 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 capacité<sup>94</sup>. Paradoxalement, faute de moyens, les contrôles opérés par les pouvoirs publics sur les groupements ne cessent d’être réduits<sup>95</sup>, alors même qu’il leur appartient de reconnaître certains d’entre eux comme d’utilité publique, d’intérêt général ou cultuel. 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.

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

<sup>93</sup> Sur cette justification, v. not. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Les successions, les libéralités*, 4<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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 cujus* et la cupidité d’étrangers sans scrupule ».

<sup>94</sup> Thèse, *op. cit.*, n°s 234 et 287.

<sup>95</sup> 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 récentes<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Thèse, *op. cit.*, n°s 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 cujus* 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<sup>e</sup> 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 privees (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 gout 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 XIX<sup>e</sup> 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 cujus*.

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 suffissent 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. 1re 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 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. 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 cujus* 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 cujus* 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 cujus* 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 cujus* 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.

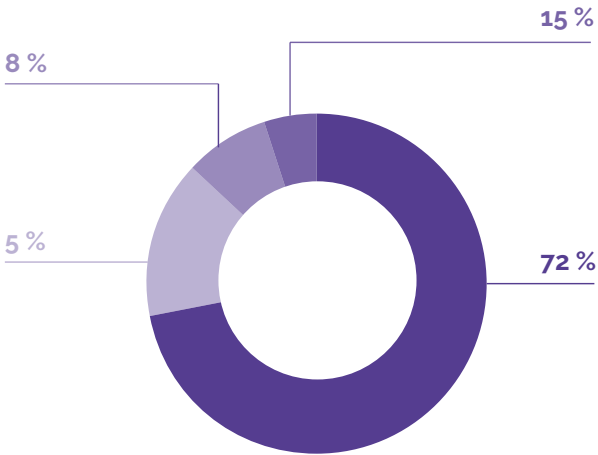
##### a. En 2015

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 libéralités<sup>1</sup>.

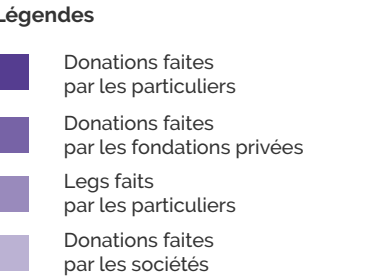
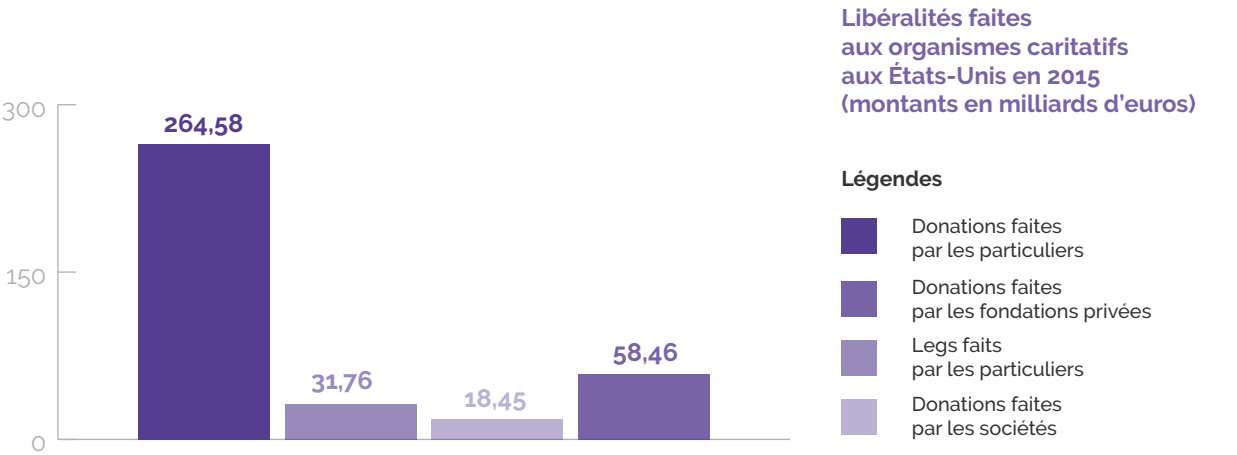
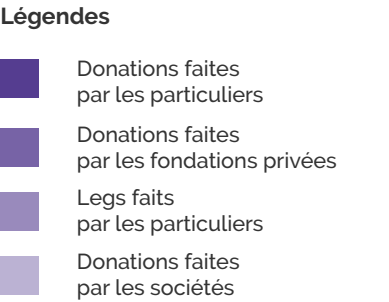
Le montant de ces libéralités était de 373,25 milliards de dollars<sup>2</sup>. Elles représentaient plus de 1,5 pour cent du PIB. Les tableaux et graphiques ci-dessous indiqueront les libéralités en fonction de leur origine et de leur proportion.

<sup>1</sup> Internal Revenue Service's Statistics of Income Division, Charities and Other Tax-Exempt Organizations, Tax Year 2015, Publication 5331 (Rev. 12-2018).  
<sup>2</sup> Giving USA Foundation, Giving USA 2015.

| Libéralités faites aux organismes caritatifs | Somme<br>(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



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.

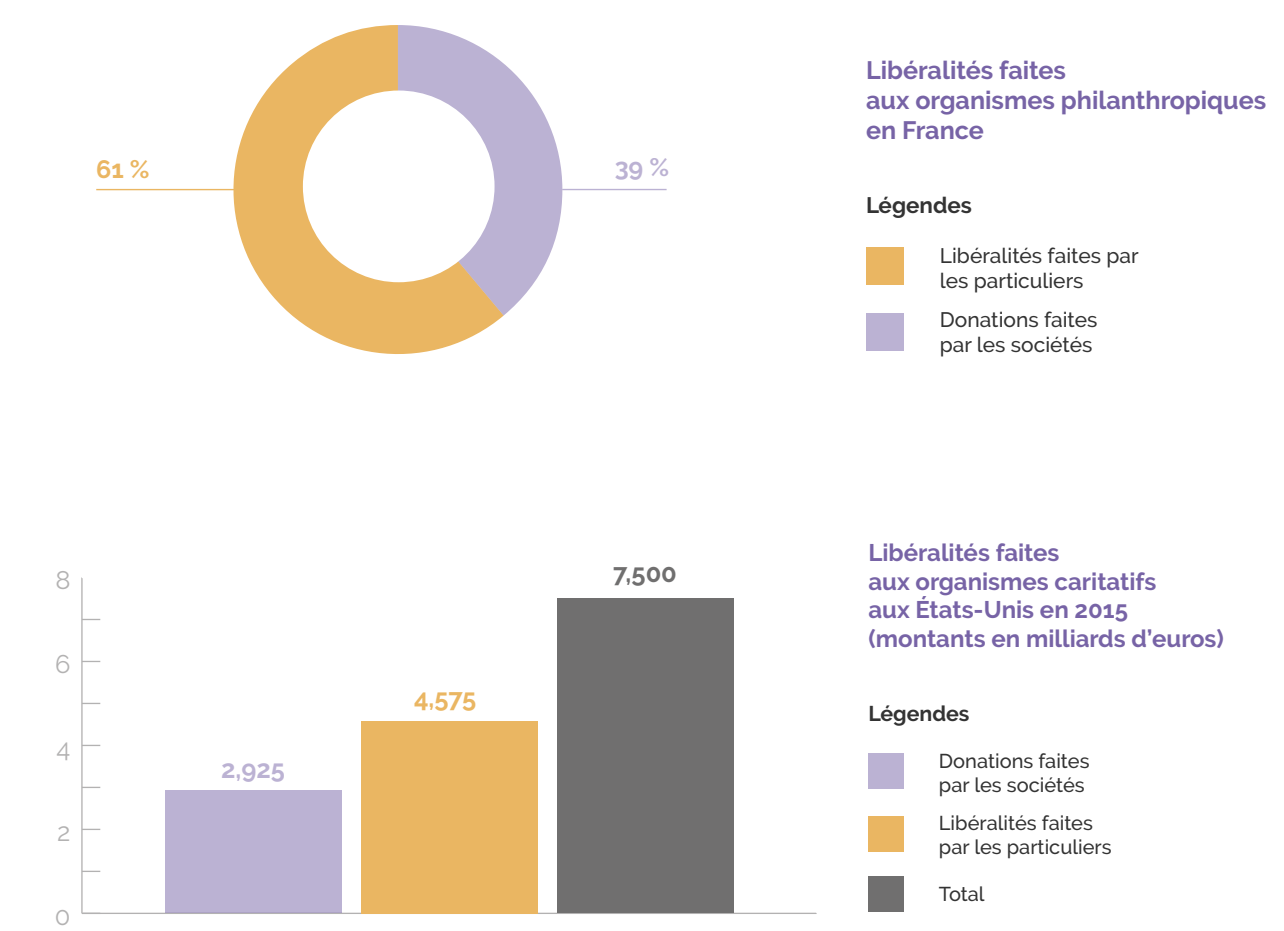
Le montant des libéralités qui leur étaient faites était de 7,5 milliards d'euros. Elles représentaient 0,3% du PIB.

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 ans<sup>3</sup>.

| Libéralités aux organismes philanthropiques                  | Sommes<br>(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 2015<sup>4</sup>



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 Act<sup>5</sup> du 22 décembre 2017 a réduit les incitations fiscales à la philanthropie.

Elle a augmenté certaines déductions standards fiscales pour les particuliers. Certaines études<sup>6</sup> pré- voyaient 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 legs<sup>7</sup> 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 rap- port 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<sup>8,9</sup>

**En France :** la loi de finances pour 2018 du 30 décembre 2017<sup>8</sup> a réduit une incitation fiscale à la philan- thropie 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 études<sup>9</sup>, en 2018, le montant des donations réduites d'IFI constituerait seulement 55 % des donations réduites d'ISF de 2017. Il faut relati- viser 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 »<sup>10</sup>. 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 »<sup>11</sup> et montrer l'exemple pour que davantage de personnes soient philanthropes. Cette initiative s'inscrit dans une longue tradition philanthropique aux États-Unis<sup>12</sup>. Aujourd'hui,<sup>204</sup> 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 »<sup>13</sup>. 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 »<sup>14</sup>. 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 »<sup>15</sup>.

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 Étasuniens ont conscience de cette spécificité. De nombreuses études et statistiques d'origine privée comme publique sont disponibles<sup>16</sup>. Elles visent à analyser et dresser un tableau de ce phénomène qu'elles identifient comme un véritable secteur économique<sup>17</sup>. 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 essais<sup>18</sup> et articles théoriques sont également nombreux aux États-Unis. Les philanthropic studies se sont développées depuis les années 1980<sup>19</sup>.

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 »<sup>20</sup> 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 l'une des composantes indispensables de l'État-nation »<sup>21</sup>. Cela explique pourquoi les Étasuniens n'ont pas, généralement, confiance en le gouvernement et se tournent donc vers des organismes privés pour leurs besoins<sup>22</sup>. 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 Uses<sup>23</sup> de 1601 fut appliqué aux États-Unis. Il a pu être décrit comme « le point de départ du droit moderne des organismes caritatifs »<sup>24</sup>. 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 charities, 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'urgence<sup>25</sup>. De cette manière, « l'État comblait les lacunes de la charité plutôt que la charité ne comblait les lacunes de l'État »<sup>26</sup>.

Les États-Unis suivirent cette voie en encourageant les activités d'aide aux personnes<sup>27</sup> 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 auteurs<sup>28</sup>, 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 religieuses<sup>29</sup>.

- 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**<sup>30</sup>. Il s'agit du volontarisme, c'est-à-dire l'« association paradoxale d'un fort individualisme et d'une forte préférence pour le groupe »<sup>31</sup>, 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 ÉtatsUnis 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<sup>er</sup> et les dirigeants de la IIIe 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**<sup>32</sup>. 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 utilisées<sup>33</sup> 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 étapes<sup>34</sup> 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 auteur<sup>35</sup>, 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).

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-Unis<sup>36</sup> 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 lucratif<sup>37</sup>, 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 fédéraux<sup>38</sup> 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 commerciaux<sup>39</sup>.

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)<sup>40</sup>, impôt sur les sociétés (IS)<sup>41</sup> ou IFI<sup>42</sup>. 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-

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.

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 procédés<sup>43</sup> comme des crédits d'impôt<sup>44</sup>.

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 juridique<sup>45</sup>.

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 tests<sup>46</sup>. 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 foundations<sup>47</sup>. 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 exonérées<sup>48</sup>.

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.

b. La taxinomie en droit des États fédérés : les charitable trusts et les nonprofit corporations<sup>49</sup>

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 concernée<sup>50</sup>.

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-

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.

ciations d'intérêt général et fonds de dotation<sup>51</sup>. Il existe plusieurs catégories de fondations : les fondations reconnues d'utilité publique<sup>52</sup>, les fondations dites « abritées » ou « sous égide »<sup>53</sup> et les fondations d'entre-prise<sup>54</sup>. Elles réalisent une œuvre d'intérêt général. Des fondations spécifiques s'y ajoutent : les fondations de coopération scientifique<sup>55</sup>, les fondations partenariales<sup>56</sup>, les fondations universitaires<sup>57</sup> et les fondations hospitalières<sup>58</sup>. 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 déclarées<sup>59</sup> ou bien constituer des associations reconnues d'utilité publique. La reconnaissance d'utilité publique<sup>60</sup> 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 1999<sup>61</sup>, 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 Versailles<sup>62</sup>. 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 général<sup>63</sup>. 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 pratique<sup>64</sup>, 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)<sup>65</sup>. 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 philanthropie<sup>66</sup>.

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 pas<sup>67</sup>. 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 auteurs<sup>68</sup> 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 Noor, 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 charities 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 majoritaire<sup>69</sup>.**

Un nouvel outil juridique a accentué ce mouvement. Le fonds de pérennité a été introduit récemment en droit français<sup>70</sup>. 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

– « give back » – et, prioritairement, avant son décès. Il s'agit de faire des donations<sup>71</sup>. 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 désormais<sup>72</sup> être faite de façon anticipée<sup>73</sup>, 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<sup>74</sup>. 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 entre vifs, cela ne peut être qu'un trust inter vivos.

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 ».

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 propriété<sup>75</sup>. 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'usufruit<sup>76</sup>.

Le disposant, plein propriétaire, peut également disposer de la seule nue-propriété<sup>77</sup>. 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 français<sup>78</sup>. 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 jurisprudence<sup>79</sup>.

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 donateur<sup>80</sup>. 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 ½, 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'½ en présence d'un enfant ; une réserve de 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 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 « insoucians » (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 cujus* 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 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 quelles 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-ton ? 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 »<sup>1</sup>. 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 cujus* 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 cujus*, 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 démembre 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.

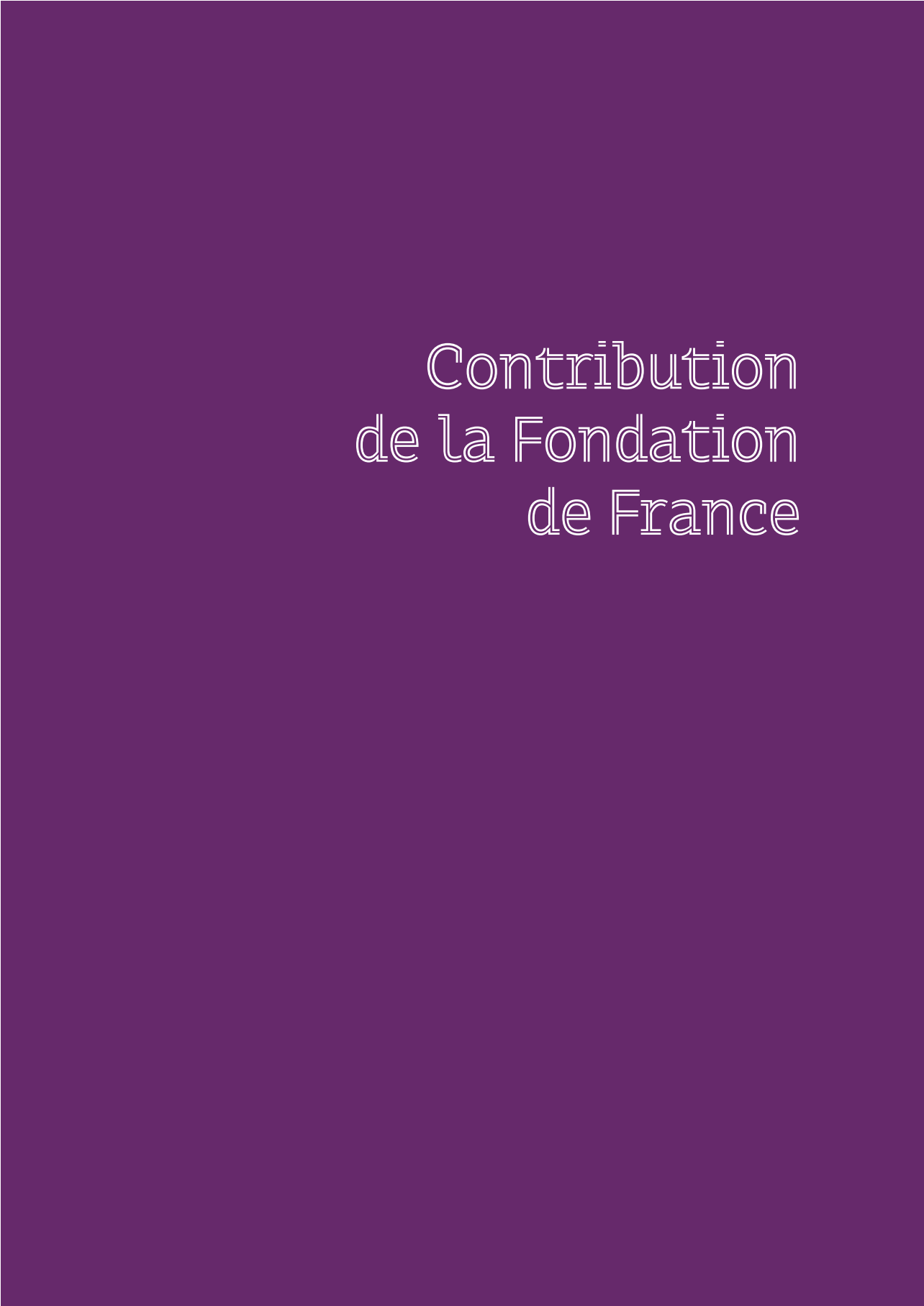
En définitive, les obstacles à la transmission me paraissent être d'ordre culturel plutôt que juridiques. Pour celui ou celle qui a créé une entreprise, l'investissement personnel qu'il lui a fallu consentir est tel que sa préoccupation première est d'en assurer la survie, en la transmettant à ses enfants, 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 entreprises<sup>2</sup> 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-là<sup>3</sup>, 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.



**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 :

|      | <b>Legs et libéralités</b> | <b>Dons manuels</b><br>(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 exhérés 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'exhérer 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 surcroît, 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 surcroît, 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 transmis<sup>1</sup>. Cette proportion s'élève à 73% aux États-Unis<sup>2</sup>, 68% au Royaume-Uni<sup>3</sup> et 65% en Suède<sup>4</sup>. 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,

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%<sup>5</sup>. 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'échange<sup>6</sup>.

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)<sup>7</sup>. Les analyses similaires pour la Suède concluent à une proportion de partages inégaux situées entre 2 et 12%<sup>8</sup> (selon les définitions utilisées) quand cette proportion est égale à 7% en France<sup>9</sup>. 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 testamentaire<sup>10</sup> 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'opinion<sup>11</sup> 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.

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 Jouffaian (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.

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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> Congrès des notaires de France à Marseille, nous avons réfléchi à la place de la Réserve Héréditaire, 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 Héréditaire 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<sup>e</sup> siècle

### I. Les vertus pratiques de la réserve héréditaire au XXI<sup>e</sup> siècle

#### A. Les vertus sociales<sup>1</sup>

- 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 Héréditaire en est **l'expression juridique**.
- La Réserve Héréditaire 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 Héréditaire

- La Réserve Héréditaire doit éviter la **judiciarisation** ; cf. exemple des pays de Common Law qui oblige a posteriori à une family provision avec une reasonable financial provision<sup>2</sup>.
- 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 Héréditaire permet de **transmettre un capital** qui est un **facteur de stabilité économique** (l'actionnariat privé est plus stable pour les grandes entreprises).

La Réserve Héréditaire apparaît ainsi comme l'expression de la volonté de l'État d'être un **État protecteur**. La Réserve Héréditaire doit être **conservée** en raison de ses vertus sociales et économiques. Il n'en demeure pas moins, que la Réserve Héréditaire 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 Héréditaire. 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 Héréditaire 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 Héréditaire. En UE 90 % des États connaissent la Réserve Héréditaire.
- Ce n'est pas la Réserve Héréditaire 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 Héréditaire 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 Héréditaire comme un subside post mortem. La garantie d'une créance n'est pas la même que celle de la Réserve Héréditaire.
- **Sur les bénéficiaires** et **les modalités** de la réserve Héréditaire.

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 pacés 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 Cambaceres, 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 héréditaire 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<br>50,0%  | 1/2 PP<br>50,0%  | 0          |
| 2                      | 37%                 | 1/3 PP      | 2/3 PP<br>33,33% | 1/2 PP<br>25,0%  | - 8,33%    |
| 3                      | 13%                 | 1/4 PP      | 3/4 PP<br>25,0%  | 1/2 PP<br>16,66% | - 8,34%    |
| 4                      | 4%                  | 1/4 PP      | 3/4 PP<br>18,75% | 1/2 PP<br>12,50% | - 6,25%    |
| 5                      | 4%                  | 1/4 PP      | 3/4 PP<br>15,0%  | 1/2 PP<br>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 XVIIIe siècle et au début du XIXe 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)<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>. 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 cujus* 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 loi<sup>3</sup> peu remarquée visant à modifier la règle de la primogéniture introduite au Parlement britannique en 1836<sup>4</sup>, 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 »<sup>1</sup> 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 »<sup>2</sup>. 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 prophétisée<sup>3</sup>. 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 consacrés<sup>4</sup>. 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

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 coutumes<sup>5</sup>. 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 »<sup>6</sup>, 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 lire<sup>7</sup>.

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 1873<sup>8</sup>. 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<sup>e</sup> 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

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.

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<sup>e</sup> 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'héritierg. 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 exhérer, 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 décès<sup>9</sup>. Si les legs grevant l'héritier excèdent la quotité disponible, ces derniers sont réduits de plein droit, proportionnellement à leur importance<sup>11</sup>. L'héritier institué a également la possibilité de consentir à l'exécution du testament en déli-vrant les legs qui excèdent la quotité disponible.

La querella inofficiosi testamenti, née de la pratique judiciaire, est le second de ces correctifs ; à la diffé-rence 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, plu-tôt 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)<sup>12</sup>. On estime alors, à la charnière de la République et de l'Empire, que l'exhérédation arbitraire de certaines caté-gories d'héritiers est contraire au devoir de piété qui sert d'étalon éthique et moral à la société romaine. Dès le II<sup>e</sup> siècle, la doctrine juridique romaine esquisse par ailleurs le régime juridique de la querella inof-ficiosi 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 légitimaire, c'est-à-dire appartenir à un cercle

déterminé d'héritiers : les descendants<sup>13</sup>, les ascendants<sup>14</sup> et les frères et sœurs à conditions que ces der-niers soient consanguins et dépouillés au profit d'une personne de mauvaise vie (tels les prostituées et les acteurs)<sup>15</sup>. 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'except-ion 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 héritiers<sup>16</sup>.

Le taux de la légitime est ensuite révisé au Bas Empire ; 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<sup>17</sup>. S'agissant par ailleurs de la sanction, le testament inofficieux est susceptible d'être annulé (« rescindé » nous disent les textes romains)<sup>18</sup> : 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 arbitratu), si celui-ci n'en est pas rempli<sup>19</sup>. La référence à l'homme de bien, employée de manière abstraite comme un standard de comportement, a ici vraisemblablement une valeur objec-tive qui ne se concrétise pas par l'intervention d'un tiers mais dans l'évaluation du juge<sup>20</sup>. 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 cujus* n'a pas expressément prévu dans son testament que ses héritiers légitimaires pourraient tenter une telle action<sup>21</sup>. 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 exhérédé ; 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 phéno-mène. Ces mécanismes avaient alors pour finalité de protéger la volonté du testateur contre les mani-gances de son entourage : à Rome, c'est donc un rempart, et non une limite, de la liberté testamentaire et de la volonté du disposant<sup>22</sup>. Dans la Novelle 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 exhérédés ou privés de la part qui leur revient<sup>23</sup>. 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

9. Sur le testament en droit romain, le bibliographique 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.

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<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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)<sup>24</sup>. J'é mets 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<sup>e</sup> siècle dans le Décret de Gratien<sup>25</sup>, 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 naturel<sup>26</sup>. 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 enfants<sup>27</sup>. Cette position doctrinale, consacrée par

la législation des papes Alexandre III (1159-1181) et Innocent III (1198-1216)<sup>28</sup> 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 légitimaires<sup>29</sup>. 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 légitimaire 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 naturel<sup>30</sup>, à l'exception du taux de la légitime fixé par le droit séculier. Dès le XIII<sup>e</sup> 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 relie nt en effet 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<sup>31</sup>. Cette référence au droit naturel, sous la plume des canonistes, n'est évidemment pas neutre : dès la seconde moitié du XII<sup>e</sup> 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 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. Cette opinion doctrinale, sécularisée par l'école du droit naturel moderne, est massivement reprise par la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle.

### IV. Les controverses doctrinales du XIX<sup>e</sup> 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 alimentaire<sup>32</sup>. 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 pères<sup>33</sup> ; 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.
- ↑ O. Condorelli, « The *lus 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.
- ↑ 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.
- ↑ Benedictus Capra, *Repetitio super cap. Rainutius* [X, 3, 26, 16] : « Tales consuetudinem vel statutusit 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.
- ↑ 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).
- ↑ C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. XIX, Traité des donations entre vifs et des testaments, t. II, Paris, 1868, p. 4.
- ↑ 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.

<sup>[1]</sup> 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.

<sup>[2]</sup> (Decretum Gratiani) C. 13, q. 2, c. 8 et C. 13, q. 2, d. p. c. 8.

<sup>[3]</sup> 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).

<sup>[4]</sup> Sur les interprétations de ce fragment du Décret, voir J. Hallebeek, « Dispositions ad pias causas in Gratian's Decretum. Should the portio Christi

A 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 Lavalie, 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<sup>e</sup> République, dans des cercles républicains, libéraux et leplaysiens<sup>34</sup>. 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 société<sup>35</sup>. 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 ? »<sup>36</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> siècle<sup>37</sup>. 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 développée<sup>38</sup>. Cette querelle autour de la liberté de tester manifeste la guerre que se mènent, au XIX<sup>e</sup> 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 XIXe 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 XIXe 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. Guérlain, *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 »<sup>39</sup>. 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 »<sup>40</sup>. 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 »<sup>41</sup>, 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 "subsidiare" ou alimentaire »<sup>42</sup>. 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<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles. Sans soustraire la réserve à l'emprise du passé, les

39. Civ. 1re, 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'écrit, 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).

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 demander 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<sup>e</sup> 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.

◊◊◊ 7 ◊◊◊

### 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

◊◊◊ 8 ◊◊◊

# 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<sup>er</sup> 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 dange-reuse la famille, qui se révèle déjà souvent fragile, à notre époque. C'est le lien familial, la responsa-bilité 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  $\frac{1}{4}$ .

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, 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.

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  $\frac{2}{3}$  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 contrepoids 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 contrepoids 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 exhéredés 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 suggérerait que la réserve décroît 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 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 ?

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 cujus* 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 cujus*, 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 cujus*, 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 cujus* 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 cujus*, 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 cujus*, de sorte que la liberté dont il dispose est incertaine pendant une bonne partie de sa vie.

Aux yeux du *de cujus*, 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 cujus* 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 cujus* 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 successoral<sup>1</sup> —, 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 éloquentes : 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 légistique 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 cujus* 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 faire 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 dissentiments.

L'argument que je m'apprête 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 famille<sup>1</sup>.

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 successions<sup>2</sup>. Ici aussi, les affaires de droit de successions sont incluses dans la rubrique « droit de la famille »<sup>3</sup>.

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'appel<sup>4</sup>,
- en 2017 : 2 758 décisions en droit des successions sur 248 647 affaires civiles et commerciales jugées par les cours d'appel<sup>5</sup>,
- 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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%20Cl%E9s%202017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Chiffres%20Cl%E9s%202017.pdf)

Chiffres clés de la Justice, année 2018, page 10  
[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/justice-chiffres-cles-2018.pdf](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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> janvier 2014<sup>6</sup>, la 1<sup>ère</sup> 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 motivés<sup>7</sup>,
- 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 civile<sup>8</sup> (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.

6 Recherche statistique sur les arrêts motivés rendus entre le 1<sup>er</sup> janvier 2014 et le 1<sup>er</sup> 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 cujus*.** 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 cujus*.** 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 exhéredé. 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 exhéredé 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 cujus* 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 cujus* 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-propriété 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-propriété (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-propriété 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 abord vocation, 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 2016<sup>1</sup>. 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 vie 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 2016<sup>2</sup>, 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<sup>ère</sup> 11 mai 2016 n°14-16.967 – Cass.Civ.1<sup>ère</sup> 23 novembre 2016 n° 15-28.931  
2. Cass.civ.1<sup>ère</sup> 11 mai 2016 et Cass.Civ.1<sup>ère</sup> 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 cujus* 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 cujus*, 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 cujus* 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 cujus* 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.

À la fin de la République romaine (I<sup>er</sup> 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<sup>e</sup>-III<sup>e</sup> siècles 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 légitimaire.
- Une part des biens de la succession.
- Bénéficient 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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 cujus* 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<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> 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 cujus* 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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 (1ère 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<sup>e</sup> partie). Enfin, je rappellerai que la RH participe aujourd'hui à l'équilibre du système successoral français (3<sup>e</sup> 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 atténue 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 remplaçant 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 fantasmatique 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 calculette inconsciente

Depuis le plus jeune âge, existe dans la tête des enfants une calculette 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'emmagentinent dans la calculette 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 fratries 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 psychologiquement, 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 seniors 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 seniors 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<sup>ou</sup> 5<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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 une compte personnel. L'argent, ici facilite les relations, et permet une reconnaissance plus précise des besoins, attentes des uns et des autres.  
Une 3<sup>e</sup> logique apparait, 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 cout 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 rancoeurs 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 fantasmatique.

[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 recomposition 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'étendu 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."*<sup>1</sup>

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*).

<sup>1</sup> *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 reprises<sup>2</sup>. 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 intenten

Ces amendements ont été instruites 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 décennies<sup>3</sup>.

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

<sup>2</sup> Law Reform (Succession) Act 1995 ; Civil Partnership Act 2004 ; Trustee Powers Act 2014

<sup>3</sup> *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 repartir 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 démunie peut bénéficier de l’aide juridictionnelle. Dans d’autres 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 *Ilott v The Blue Cross and others*<sup>4</sup>, la Demanderesse, Mme Ilott 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 Ilott avait 5 enfants et dépendait des aides familiales.

Par une décision du 7 août 2007, le Tribunal de premier instance a ordonné le paiement d'un montant forfaitaire de £50,000. Considérant cette somme insuffisante, Mme Ilott 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 Ilott 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 Ilott 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 Ilott 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 Dependants) 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.

<sup>4</sup> [2017] UK SC 17

Dans son avis complémentaire<sup>5</sup>, 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, le 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'un 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 leur clients et structurer les lègues de manière appropriée pour éviter toute contestation. Par ailleurs, le coût et

<sup>5</sup> 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.

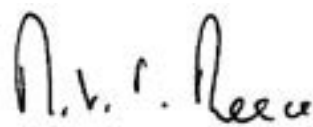
Enfin, cette Loi a évidemment fait couler de l'encre dans la presse juridique. Des ajustements législatifs se font au fil des années, mais on ne constate pas de réclamation de réforme substantielle. En revanche, ne nombreux auteurs se réjouissent que la liberté testamentaire reste au centre du droit 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 00 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 cujus* 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 cujus* laisse au moins trois enfants. La réserve du conjoint est alors égale à un huitième. Si le *de cujus* 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 cujus* 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°.

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 cujus* 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 »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>.

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 »<sup>3</sup>.

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 »<sup>4</sup>.

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 »<sup>5</sup>.

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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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.

Ce faisant, le législateur a entendu clairement rejeté 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 ABGB<sup>6</sup>).

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 »<sup>7</sup>.

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 fondation<sup>8</sup>. 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 cujus* 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 consentie<sup>9</sup>. 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<sup>e</sup> de sa valeur ; une donation consentie huit ans avant l'ouverture de la succession n'est pris en compte que pour les 2/10<sup>e</sup> 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 cujus 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 cujus, le délai ne commence à courir qu'à la dissolution du mariage.

3. Ibid, §73.  
4. Ibid, §75.  
5. Ibid, §77.

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 perçu 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 (« verträge 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 future<sup>1</sup>. 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.<sup>2</sup> 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..."<sup>3</sup> 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."<sup>4</sup> 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."<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup> Instead of simplistically asserting that common law systems favor individual freedom and civil law systems that favor regulation,<sup>7</sup> 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.

historical psyche of America<sup>8</sup>. 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.<sup>9</sup> Although English law has subsequently changed its approach, American law developed with that philosophy as its foundation.<sup>10</sup>

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 approach<sup>11</sup>. 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.<sup>12</sup> 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 jurisdiction<sup>13</sup>". 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 laws<sup>14</sup>...".

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 general<sup>15</sup>. 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 alive<sup>16</sup>.

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 relatives<sup>17</sup>. 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."<sup>18</sup> While discretionary maintenance claims do exist in various common law jurisdictions,<sup>19</sup> 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<sup>20</sup>".

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.

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).

Firstly, from a historical perspective, the belief in freedom of testation appears deeply embedded in the English/DB04-FullReport.pdf

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,<sup>21</sup> 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.”**<sup>22</sup> **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.”**<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.**<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.”**<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup> **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.”<sup>29</sup> **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.**<sup>30</sup> **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.**<sup>31</sup>

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,<sup>32</sup> 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.”<sup>33</sup> 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.”<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup> All states, except Georgia, provide that a surviving spouse is – to some degree – protected against complete disinheritance by a testator.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> The practical importance of community property rights at death is obvious. When one spouses 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.<sup>39</sup> 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.**<sup>40</sup>

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, at158-60.

few states grants a life estate in one-third of the decedent's property or realty.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> **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.**<sup>43</sup> 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.<sup>45</sup> In a few states, the fractions fluctuates if the decedent leaves children at his death.<sup>46</sup>

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.** <sup>47</sup> **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.**<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup> Although this sliding scale approach has been adopted by a number of states,<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup>

## 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.**<sup>52</sup> Although this rule may seem harsh, it is **softened by a number of practical or pragmatic considerations,**<sup>53</sup> 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.**<sup>54</sup> 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.”<sup>55</sup>

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.”<sup>56</sup> **Judges and juries faced with “selfish and cruel testators” and sympathetic disinherited children may sometimes use the flexibility inherit in the above doctrines to “rewrite the testator's distributive plan in an attempt to do justice.”**<sup>57</sup> 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...”<sup>58</sup> Many have noted that defining the exact parameters of undue influence is “notoriously difficult”<sup>59</sup> 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.”<sup>60</sup> 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.”<sup>61</sup> 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.**<sup>62</sup>

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.<sup>63</sup> 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 done cares for an ailing donor.”<sup>64</sup> 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.”<sup>65</sup>

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.”<sup>66</sup> **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.”**<sup>67</sup>

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.”<sup>68</sup> 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.**”<sup>69</sup> Under the Uniform Probate Code – and thus the law of many states - **the homestead right is “absurdly small”<sup>70</sup> and is not a right to the home itself but only a right to \$22,500 in the homestead.**<sup>71</sup>

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.<sup>72</sup> Not all states, however, provide the same monetary amount in the decedent's property.<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup> Other states grant the award not only to the surviving spouse, but also to the children of the decedent.<sup>75</sup>

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.<sup>76</sup> 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.”**<sup>77</sup>

### 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

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.<sup>78</sup> 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.**<sup>79</sup> 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.**<sup>80</sup> 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.”<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> In 2017, total charitable giving again increased to **\$410 billion.**<sup>83</sup> The vast bulk of that philanthropic giving, approximately \$281.86 billion, comes from charitable contributions from individual citizens,<sup>84</sup> and eight percent, or approximately \$30.36 billion, was donated by individual bequests at death.<sup>85</sup> **It is estimated that between the period of 1998 and 2052, \$6.6 trillion will be given in charitable bequests.**<sup>86</sup>

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.”<sup>87</sup> Although charitable giving during life appears widely spread throughout the populace, **charitable giving at death, on the other hand, seems “heavily concentrated**

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).

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.”<sup>88</sup> 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.**<sup>89</sup> Of those with estates in excess of \$20 million, approximately \$6.8 billion was given to charity.<sup>90</sup> In short, “[h]igh net worth households contribute between 65% and 70 % of all individual giving in the USA....”<sup>91</sup> 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.**<sup>92</sup>

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.**<sup>93</sup> 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.<sup>94</sup> Others have estimated that an outright repeal of the estate tax would reduce charitable bequests by between 22 and 37 percent.<sup>95</sup>

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.**<sup>96</sup> By 2017, however, that minimum threshold for the application of the estate tax had jumped to \$5,490,000.<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup> Today, **in 2019, the federal estate tax applies only to those who have gross assets in excess of \$11,400,000.**<sup>99</sup>

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.”<sup>100</sup> 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.”<sup>101</sup>

Although the “Giving Pledge” is a relatively new initiative, **the idea of “big philanthropy” or “philanthro-capitalism”** 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.”<sup>102</sup> 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.”<sup>103</sup> According

to Carnegie, “[H]e who dies rich dies disgraced....”<sup>104</sup>

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,<sup>105</sup> **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.**”<sup>106</sup> “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.”**<sup>107</sup> **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.**<sup>108</sup> **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.”**<sup>109</sup> Still others critique big philanthropy for serving as **“the social justification for extreme wealth inequality,** rather than any kind of antidote to it.”<sup>110</sup> 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.”<sup>111</sup> 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.”<sup>112</sup>

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...”<sup>113</sup> Moreover, some evidence suggests that the superrich also may tend to give locally, such that the money benefits the communities in which they live and work.<sup>114</sup> 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.**<sup>115</sup>

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.

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.

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 néerlandophone<sup>1</sup>.

Les attaques ont d'abord été dirigées contre le régime juridique de la réserve, jugé inefficace<sup>2</sup>.

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 mort<sup>3</sup>.

Un second argument a trait au non-respect du droit de propriété.

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<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> 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. Verbeke<sup>4</sup>, 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 demeuraient 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 bénéficiaires<sup>5</sup>.

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 »<sup>6</sup>.

### 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 cujus* 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 »<sup>7</sup>.

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 ontbloot of dood ? Leve de echtgenoot ! », T.P.R., 2000, pp.1111 et suiv.

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 proposée<sup>8</sup>.

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 »<sup>9</sup>. « 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 enfans, 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 enfans ? »<sup>10</sup>.

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 »<sup>11</sup>.

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 enfans engagés dans une profession lucrative, réserve une plus forte part à ceux que leurs talens 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 »<sup>12</sup>.

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'enfants<sup>13</sup>. Selon Bigot-Préameneu, il s'agit du meilleur système car « on a égard au nombre d'enfans, en même temps qu'on laisse aux pères et mères toute la liberté compatible avec la nécessité d'assurer le sort des enfans »<sup>14</sup>.

### *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 1804<sup>15</sup>.

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 reprises<sup>16</sup>, 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

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 ».

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 circonspection<sup>17</sup>.

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<sup>er</sup> 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 civil<sup>18</sup>.

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 que 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.

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 2008<sup>19</sup> 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 cujus* 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 calcul<sup>20</sup>.

*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 1<sup>er</sup> 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.

17. F. Tainmont, « Filiation et succession » in Filiation et parentalité, XIII<sup>ème</sup> 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).

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<sup>er</sup> 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 1er septembre 2018.
  - Aux avantages que leur père ou leur mère leur a respectivement consentis antérieurement au pacte. L'article 1100/7, § 1<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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 allotis 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 cujus*. 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<sup>er</sup>, 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 »<sup>21</sup>.

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

la seconde guerre mondiale) qui limite dans le temps<sup>22</sup> 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).

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.

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](mailto: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),<sup>1</sup> et son impact sur la philanthropie.

<sup>1</sup> 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 États-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 succession<sup>2</sup>, 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 biens<sup>3</sup> et de choisir celui ou celle qui le succédera. Certains auteurs considèrent

<sup>2</sup> 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*).

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Il privilégie « la volonté du donateur » en tant qu'élément principal pour l'interprétation d'un instrument en matière de donation ou succession.<sup>5</sup>

« 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 ». <sup>6</sup> Le droit successoral a pour fonction de « faciliter plutôt que de réglementer ». <sup>7</sup>

De même, l'*Uniform Probate Code* (UPC)<sup>8</sup> 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. »<sup>9</sup>

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;

<sup>4</sup> Id. § 10.1 cmt. a

<sup>5</sup> Id. § 10.1 ("[A] donor's intention is given effect to the maximum extent allowed by law.")

<sup>6</sup> Id. § 10.1 cmt. c

<sup>7</sup> Id.

<sup>8</sup> 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

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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 États<sup>11</sup> qui ont adopté le système de *community property law*, la communauté est composée de tous les biens acquis à titre onéreux

<sup>10</sup> Daniel B. Kelly, *Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante Versus Ex Post Justifications*, 82 Fordham L. Rev. 1125 (2013)

<sup>11</sup> 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 cujus*.

- 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.<sup>12</sup>

- De plus, l'époux survivant peut obtenir une allocation familiale durant l'administration de la succession (*family allowance*).<sup>13</sup>

## 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

<sup>12</sup> Par exemple voir CA Probate Code § 21610

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

- 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'immisce 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 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.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> 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*.

<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

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.<sup>18</sup> 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. »<sup>19</sup>

« Léguer un bien est tout simplement un moyen de l'utiliser. »<sup>20</sup> 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. »<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Pamela R. Champine, *My Will Be Done: Accommodating the Erring and the Atypical Testator*, 80 NEB. L. REV. 387, 432 (2001)

<sup>18</sup> KELLY, *supra* à 1135

<sup>19</sup> 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)

<sup>20</sup> Steven Shavell, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 71 (2004) p. 65, note 10

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

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. »<sup>23</sup> Certains commentateurs considèrent que la liberté de tester encourage l'épargne et les « activités productives. »<sup>24</sup>

« Si un donateur a la liberté de tester, l'incitation à travailler, à épargner et à investir converge avec le résultat optimal. »<sup>25</sup>

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

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.<sup>26</sup>

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

<sup>22</sup> KELLY, *supra* p. 1135-1138

<sup>23</sup> Shavell, *supra* p. 65 note 10

<sup>24</sup> 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

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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

<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> 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

<sup>28</sup> "Pour comprendre les Etats-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/>

<sup>29</sup> *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](https://www.academia.edu/35788065/La_philanthropie_aux_%C3%89tats-Unis_et_en_France); *Philanthropie culturelle et économie du don aux Etats-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](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 Etats-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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> Le total des donations s'élève à 2.1 % du PIB.<sup>32</sup> 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

<sup>30</sup> 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/>

<sup>31</sup> <https://givingusa.org/giving-usa-2019-americans-gave-427-71-billion-to-charity-in-2018-amid-complex-year-for-charitable-giving/>

<sup>32</sup> <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 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 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 international 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 disparaissant 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 soute 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 soute 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 soute.

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 présomptif 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 soutes, 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 cujus* d'obtenir de ses héritiers présomptifs 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 cujus*, 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 cujus*. 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 cujus*, 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 cujus* et le tiers bénéficiaire de la renonciation. Egalement, 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 cujus* 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 cujus*, 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 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 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 cujus* 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

