

THÈSE

PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

École doctorale : Droit

Présentée et soutenue par

Alexandre AURIOL-BALLAROTTA

Le 7 octobre 2022

L'ANTICIPATION SUCCESSORALE À L'ÉPREUVE DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **IRDAP EA4191**

Sous la direction de :

Monsieur **Éric FONGARO**,
Professeur à l'Université de Bordeaux

MEMBRES DU JURY

Président	M. Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, <i>Professeur des universités, Université de Bordeaux</i>
Rapporteur	M ^{me} Sara GODECHOT-PATRIS, <i>Professeur des universités, Université Paris-Est Créteil</i>
Rapporteur	M. Marc NICOD, <i>Professeur des universités, Université de Toulouse I Capitole</i>
Examineur	M ^{me} Estelle NAUDIN, <i>Professeur des universités, Université de Strasbourg</i>
Directeur de thèse	M. Éric FONGARO, <i>Professeur des universités, Université de Bordeaux</i>

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières de l'auteur ».*

À mon grand-père,

À ma famille,

À mes amis.

REMERCIEMENTS

Au-delà de l'usage qui en fait un passage de rigueur, je tenais à remercier sincèrement mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Éric FONGARO, pour avoir accepté de diriger mes travaux mais aussi et surtout pour son précieux suivi, ses conseils, ses relectures attentives et ses critiques constructives, qui m'ont permis d'approfondir au plus loin ma réflexion. Nul doute que le travail d'un directeur de thèse est fondamental pour un doctorant, il l'est d'autant plus quand celui-ci est bienveillant, constructif et de qualité.

Je remercie également vivement Mesdames les Professeures Sara GODECHOT-PATRIS et Estelle NAUDIN et Messieurs les Professeurs Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE et Marc NICOD qui me font l'honneur d'accepter de composer mon jury et de juger la qualité de mes travaux.

Mes remerciements et mon immense gratitude se portent également sur l'ensemble des membres du Cabinet d'Avocats ALTIJ et tout particulièrement vers Maître Frédéric DAGRAS et Maître France CHARRUYER, qui, au-delà d'avoir accepté de m'accueillir pendant cette aventure du doctorat, m'ont appris, accompagné et formé tout au long de ces années et ont rendu cette étape du doctorat si enrichissante.

Qu'il me soit également permis de remercier mes proches, ma famille, et tout particulièrement ma mère pour ses heures non comptées de relecture et de correction.

Enfin, à mes amis qui ont vécu, et survécu, avec moi à ce doctorat et bien évidemment à Madame Héloïse CRÉPEL, mon amie et associée, sans qui cette thèse n'aurait probablement pas vu le jour.

Les colonnes de ces remerciements sont bien évidemment trop courtes pour dûment remercier toutes les personnes qui m'ont de près ou de loin accompagné pendant ces années. Sans jamais être exhaustif, je souhaite particulièrement remercier : Sean, Julia, Clémence, Jonathan, Emmanuelle, Anaïs, Noémie, Manon, Corentin, Jade, Diane, Mathieu, Carlène.

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET AUTRES LOCUTIONS TYPOGRAPHIQUES

act.	: actualisation	Cass. ch. réunies	: chambres réunies de la Cour de cassation
<i>adde.</i>	: ajouter	Cass. com.	: chambre commerciale de la Cour de cassation
adm.	: administratif	Cass. crim.	: chambre criminelle de la Cour de cassation
aff.	: affaire	Cass. soc.	: chambre sociale de la Cour de cassation
<i>AJ contr.</i>	: Actualité juridique contrat	Cass. req.	: chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>AJDI</i>	: Actualité juridique de droit immobilier	CAA	: commission des clauses abusives
<i>AJ fam.</i>	: Actualité juridique famille	CCH	: Code de la construction et de l'habitation
al.	: alinéa	CE	: Conseil d'État
AN	: Assemblée nationale	CEDH	: Cour européenne des droits de l'homme
anc.	: ancien	cf.	: <i>confer</i> (se reporter à)
anté.	: antérieure	CGI	: Code général des impôts
arg.	: argument	ch.	: chambre
ARNU	: Association rencontres notariat – université	chap.	: chapitre
art.	: article	chron.	: chronique
<i>BGB</i>	: <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	circ.	: circulaire
bibli.	: bibliographie	cit.	: citation
BODACC	: Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales	civ.	: civil
BOI	: bulletin officiel des impôts	CJCE	: Cour de justice des Communautés européennes
Bull.	: bulletin de la Cour de cassation (chambres civiles ou criminelles) :	CJUE	: Cour de justice de l'Union
<i>BRDA</i>	: bulletin rapide de droit des affaires	COJ	: Code de l'organisation judiciaire
c/	: contre	col.	: colonne
C. cass.	: Cour de cassation	coll.	: collection
C. civ.	: Code civil	collab.	: collaboration
C. com.	: Code commercial	comm.	: commentaire
C. pén.	: Code pénal	comp.	: comparer
C. proc. civ.	: Code de procédure civile	Cons. Const.	: Conseil constitutionnel
C. urb.	: Code de l'urbanisme	<i>Contra</i>	: en sens contraire
CA	: Cour d'appel	conv.	: convention
cah.	: cahier	Conv. EDH	: Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cass. 1 ^{ère} civ.	: première chambre civile de la Cour de cassation	coord.	: coordination
Cass. 2 ^{ème} civ.	: deuxième chambre civile de la Cour de cassation		
Cass. 3 ^{ème} civ.	: troisième chambre civile de la Cour de cassation		
Cass. ass. plén.	: assemblée plénière de la Cour de cassation		
Cass. ch. mixte.	: chambre mixte de la Cour de cassation		

CRIDON	: Centre de recherches, d'information et de documentation notariales	JOCE	: journal officiel des Communautés européennes
crit.	: critique	JOUE	: journal officiel de l'Union européenne
CSN	: Conseil supérieur du notariat	L.	: loi
D.	: recueil Dalloz	LEDC	: l'essentiel droit des contrats
D. act.	: Dalloz actualité	LEFP	: l'essentiel droit de la famille et des personnes
DC	: décision du Conseil constitutionnel	LGDJ	: librairie générale de droit et de jurisprudence
DDHC	: Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	liv.	: livre
déc.	: décision	loc. cit.	: <i>loco citato</i> (à l'endroit cité précédemment).
décr.	: décret	Loyers et copr.	: loyers et copropriété
Deffrénois	: revue du notariat	LPA	: les petites affiches
Dig.	: <i>Digeste</i> (Justinien, 533)	min.	: ministre, ministère, ministériel
DIP	: Droit international privé	modif. n°, nos	: modifié, modification, numéro, numéros
dir.	: sous la direction de	not.	: notamment
doc.	: document	nouv.	: nouveau
doctr.	: doctrine	Nov.	: <i>Novelles</i> (Justinien, 533)
DP	: Dalloz – Recueil périodique (1903-1944)	obs.	: observations
Dr. & patr.	: Droit & patrimoine	ONU	: Organisation des Nations Unies
Dr. fam.	: Droit de la famille	op. cit.	: <i>Opus citatum</i>
Dr. fisc.	: Droit fiscal	opp.	: opposé
Dr. sociétés	: Droit des sociétés	ord.	: ordonnance
éd.	: édition	org.	: organisation
égal.	: également	ouvr.	: ouvrage
et al.	: <i>et alii</i> (et autres)	p., pp.	: pages
etc.	: <i>et cetera</i>	pacs	: pacte civil de solidarité
étym.	: étymologie	prat.	: pratique
eur.	: européen	préc.	: précédent, précédente
EUR	: euro (€)	préf.	: préface
ex.	: exemple	PUAM	: presses universitaires d'Aix-Marseille
F°	: folio	PUF	: presses universitaires de France
fasc.	: fascicule	PUG	: presses universitaires de Grenoble
GAJFDIP	: les grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé	PULIM	: presses universitaires de Limoges
Gaz. Pal.	: gazette du palais	PUR	: presses universitaires de Rennes
gén.	: général, généralement	PUSS	: presses universitaires des sciences sociales de Toulouse
gouv.	: gouvernement	Q.	: question
i.e.	: <i>id est</i> (c'est-à-dire)	QPC	: question prioritaire de constitutionnalité
ibid.	: <i>ibidem</i> (au même endroit)	rapp.	: rapport
id.	: <i>idem</i> (de même)	rappr.	: rapprocher
in	: dans	RCJB	: revue critique de jurisprudence belge
inf.	: inférieur	RDC	: revue des contrats
infra	: en-dessous	RDI	: revue de droit immobilier
Inst.	: <i>Institutes</i> (Justinien, 533)	rééd.	: réédition
J.-Cl.	: JurisClasseur – Encyclopédie LexisNexis	réf.	: référence, références
JCP E	: la semaine juridique édition entreprises et affaires	règl.	: règlement
JCP G	: la semaine juridique édition générale	réimpr.	: réimpression, réimprimé
JCP N	: la semaine juridique notariale et immobilière	rép. min.	: réponse ministérielle
JDI	: journal du droit international (Clunet)		
JO	: journal officiel de la République française		
JOAN	: journal officiel de l'assemblée nationale		

rép. civ.	: répertoire civil – Encyclopédie Dalloz	SARL	: Société à responsabilité limitée :
<i>Resp. civ. et assur.</i>	: Responsabilité civile et assurance	SAS	: Société par actions simplifiée
<i>Rev. crit. DIP</i>	: Revue critique de droit international privé	SCI	: Société civile immobilière
<i>Rev. fisc. patr</i>	: la revue fiscale du patrimoine	SNC	: Société en nom collectif
<i>Rev. sociétés</i>	: Revue des sociétés	<i>Sol. Not.</i>	: Solution notaire hebdo
<i>RIDC</i>	: Revue internationale de droit comparé	somm.	: sommaire
<i>RJPF</i>	: Revue juridique Personne & famille	spéc.	: spécialement
<i>RLDA</i>	: Revue Lamy droit des affaires	ss.	: sous
<i>RLDC</i>	: Revue Lamy droit civil	<i>supra.</i>	: au-dessus
<i>RRJ</i>	: Revue de la recherche juridique	t.	: tome
<i>RTD civ.</i>	: Revue trimestrielle de droit civil	th.	: thèse
<i>RTD com.</i>	: Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique	TJ	: Tribunal Judiciaire
<i>RTD eur.</i>	: Revue trimestrielle de droit européen	TGI	: Tribunal de Grande Instance
<i>S.</i>	: recueil Sirey	TI	: Tribunal d'instance
<i>s.</i>	: suivant, suivants, suivante, suivantes	TP	: Tribunal de Proximité
SA	: société anonyme	trad.	: traduction
SAFER	: Société d'aménagement foncier et d'établissement rural	UE	: Union européenne
		univ.	: université
		v.	: voir
		v ^o	: <i>verbo</i> (mot)
		vol.	: volume
		<i>vs.</i>	: <i>versus</i> (opposé à)
		§	: paragraphe

« Et voilà cette fameuse liberté humaine que tous se vantent d'avoir ! Elle consiste uniquement dans le fait que les hommes sont conscients de leurs appétits et ignorants des causes par lesquelles ils sont déterminés. C'est ainsi que le bébé croit librement appéter le lait, que l'enfant en colère croit vouloir la vengeance, et le peureux, la fuite. Et puis l'homme ivre croit que c'est par un libre décret de l'esprit qu'il dit des choses qu'il voudrait avoir tues, une fois dégrisé. C'est ainsi que le fou, le bavard et beaucoup d'autres de cette farine croient qu'ils agissent par un libre décret de l'esprit, et non qu'ils sont emportés par une impulsion ! Parce que ce préjugé est inné chez tous les hommes, ils ne s'en libèrent pas si facilement. L'expérience l'enseigne plus qu'assez, rien n'est moins au pouvoir des hommes que de modérer leurs appétits. Souvent, quand des affects contraires s'affrontent, ils voient le meilleur et ils font le pire. Mais, en dépit de cela, ils se croient libres ! Et cela vient du fait qu'ils ont pour certaines choses un appétit léger, et qu'ils peuvent facilement contrarier cet appétit par le souvenir d'une autre chose, souvent rappelée à leur mémoire ».

SPINOZA¹

¹ SPINOZA, *Lettre 58 à Schuller*, 1674, trad. M. Rovere, Garnier-Flammarion, 2010, pp. 318-319.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE. L'INTERDÉPENDANCE DES NOTIONS D'ANTICIPATION SUCCESSORALE ET D'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL.....	31
TITRE I. UNE DYARCHIE STRUCTURÉE.....	37
Chapitre I. La nature de l'anticipation successorale	41
Chapitre II. La nature de l'ordre public successoral.....	105
TITRE II. UNE DYARCHIE STRUCTURANTE.....	175
Chapitre I. L'influence de l'anticipation successorale sur l'ordre public successoral interne.....	179
Chapitre II. La place de l'anticipation successorale en droit international privé	251
SECONDE PARTIE. LE NÉCESSAIRE ÉQUILIBRE ENTRE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE ET L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL.....	317
TITRE I. UN ÉQUILIBRE ESSENTIEL À LA TRANSMISSION.....	323
Chapitre I. L'équilibre juridique de la transmission.....	327
Chapitre II. La problématique judiciaire	381
TITRE II. PROPOSITION D'UN ÉQUILIBRE RESTAURÉ	441
Chapitre I. Une nouvelle conception de l'équilibre successoral	445
Chapitre II. L'exhérédation judiciaire causée.....	509
CONCLUSION GÉNÉRALE	567

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« La Mort ne surprend point le sage ;
Il est toujours prêt à partir,
S'étant su lui-même avertir
Du temps où l'on se doit résoudre à ce passage. »

J. de La FONTAINE²

1. L'équilibre serein de la mort et la fable de la vie. Difficile est l'étude du droit des successions sans évoquer la genèse de ce corpus juridique, la mort. Sujet socialement tabou³, la narration de la mort est pourtant un thème récurrent dans la littérature⁴. Fantasme, crainte ou encore excitation, la mort est appréhendée par de nombreuses plumes sous de multiples façons et tout particulièrement chez Jean de La Fontaine qui offre dans ses fables des approches fascinantes de ce sujet⁵. Dans sa fable *Le vieillard et les trois jeunes hommes*⁶, le poète narre la rencontre entre un octogénaire et trois jeunes hommes. Les jeunes hommes s'étonnaient de voir une personne si âgée travailler la terre, persuadés que celui-ci, à l'aube de ses vieux jours déjà approchant, ne pourrait jamais recueillir le fruit de son labeur : « *À quoi bon charger votre vie des soins d'un avenir qui n'est pas fait pour vous ? Ne songez désormais qu'à vos erreurs passées* »⁷ glosaient les jouvenceaux. Ce n'est que plus

² « La Mort et le Mourant » in J. de la FONTAINE, *Fables*, coll. Bibliothèque de la Pléiade, éd. Gallimard, 2021.

³ Sur le tabou que représente la mort dans nos sociétés modernes on peut notamment citer la contribution de François Michaud Nérard qui démontrait très justement le glissement de ce sujet : « *Combien y a-t-il d'enfants, de jeunes adultes de 20 ans qui ont déjà vu un mort ? Alors qu'il y a 50 ans, lorsqu'un voisin mourrait, tout le monde y allait, on le visitait, le veillait, cela faisait partie de la vie. C'est bien un signe que la mort est devenue taboue* » (« La mort et le deuil, évolutions récentes », in *Étude sur la mort*, n° 137, 2010, p. 192, éd. L'esprit du temps).

⁴ Pour ne citer que ces grands classiques de la littérature française : A. CAMUS, *L'étranger*, Gallimard, 1972, p. 191 - G. FLAUBERT, *Madame Bovary*, Gallimard, 2001, p. 528 - J. RACINE, *Phèdre*, éd. J'ai lu, 2006, p. 90 - W. SHAKESPEARE, *Roméo et Juliette*, Flammarion, 2013, p. 202.

⁵ Dans son recueil de plus de deux cents fables moralisatrices, le thème de la mort est omniprésent chez le poète, qui utilise souvent ce biais narratif.

⁶ « Le Vieillard et les trois jeunes hommes » in J. de la FONTAINE, *op. cit.*

⁷ *Ibid.*

tard que le vieillard apprendra la mort prématurée de ces trois jeunes hommes, emportés dans leur fougueuse jeunesse par les affres de l'existence. Le vieillard conté par La Fontaine l'avait parfaitement assimilé, nous ne sommes pas maître de la fin de notre vie. Cette incertitude sur la ligne d'arrivée de notre existence, peut être plus ou moins angoissante selon la perspective que l'on a, son recul et ses croyances. La morale induite dans cette fable de La Fontaine n'est pas apparente, contrairement à d'autres, plus connues de l'auteur. Il faut analyser le récit pour s'apercevoir que l'enseignement de ces écrits peut être double. D'une part, par son discours, le vieillard nous fait méditer sur la fragilité de la vie humaine et sur la sérénité avec laquelle il envisage cette inévitable ligne d'arrivée en prenant soin de ses affaires matérialisées par ses plantations. D'autre part, l'insouciance prise en la personne de ces trois jeunes, qui, se moquant du vieillard précautionneux à son âge avancé, ont tous les trois été emportés dans leur fougueuse jeunesse, pensant que la ligne d'arrivée était, pour eux, une affaire lointaine.

Cette fable n'est pas la seule de l'auteur à parler de l'appréhension frontale de la mort. *La mort et le mourant*, autre classique de La Fontaine, reprend cette thématique. Si, dans *Le vieillard et les trois jeunes hommes*, le protagoniste avait anticipé son départ, le mourant, lui, est dépeint comme surpris par l'arrivée de la mort qu'il considère comme subite, injuste, étant presque en désaccord avec elle, arguant qu'il ne peut pas partir n'ayant pas mis ses affaires en ordre. La mort rappelle au mourant que sa venue est inéluctable et qu'il ne devait pas être surpris au regard de son âge déjà très avancé. Elle rajoute que son défaut d'anticipation ne peut lui être imputable et justifier un report de son arrivée ; la mort est ainsi, elle « *ravit tout sans pudeur* »⁸. L'auteur rappelle au début de sa fable que cette dichotomie entre prévision et mort est inopposable au sage qui ne se fait point surprendre par la grande faucheuse. Nous ne pouvons parler à la place du poète mais nous ferons volontiers le lien entre ces deux textes et pour ouvrir la réflexion : est-ce que le sage de cette fable ne serait-il pas le vieillard lui-même ?

La morale de ces fables, si l'on ose en faire une transposition juridique et filer la métaphore, serait donc qu'il faut être conscient de l'imprévisible fin de notre existence qui ne peut être appréciée sereinement que si nos affaires sont en ordre, notre succession anticipée.

2. L'objet et l'intérêt de recherche. L'intérêt de notre sujet gravite autour de cette problématique temporelle entre la vie et la mort, et tout particulièrement sur comment la vie, peut, par avance, moduler les conséquences de la mort. Cette appréhension des conséquences de la mort se retrouve tout particulièrement en droit français notamment dans le droit des successions et des libéralités.

⁸ J. de la FONTAINE, *op. cit.*

Le droit des successions et des libéralités est une matière prégnante du droit privé, tant et si bien que lui consacrer une nouvelle étude n'est, *a priori*, pas une mission révolutionnaire. D'éminents auteurs⁹ ont, d'ores et déjà, par leurs écrits et leurs réflexions, donné à cette matière du droit privé français une littérature riche, passionnante, ancienne, moderne et technique. C'est ainsi que développer une analyse purement historique du droit des successions¹⁰, un développement théorique des mécanismes existants ou encore une analyse pratique des méthodes de contournement de la réserve héréditaire¹¹ s'avèreraient à notre sens superfétatoire. Il ne sera donc pas ici question de réaliser une présentation des seuls mécanismes héréditaires qui pourraient heurter la volonté anticipative. La présente étude a pour ambition d'analyser la construction et l'évolution du droit des successions et des libéralités sous un angle théorique mais également pratique. Il s'agira d'analyser les conséquences de ces évolutions sur la matière de la transmission successorale. Pour opérer une telle entreprise, il convient de fixer une méthode de raisonnement précise.

3. La nécessaire méthode de recherche. La méthode est communément définie comme l'ensemble des procédés raisonnés, logiques et ordonnés, employé pour découvrir la vérité, étudier une question ou encore l'enseigner¹². Leontin-Jean Constantinesco précisait que la méthode est « *un ensemble de démarches raisonnées, suivies pour parvenir au but proposé. C'est un instrument accessoire au service d'un but* »¹³. Pour arriver à ce but, la méthode peut être utilisée sous plusieurs formes : analytique, inductive, empirique, déductive, synthétique ou encore expérimentale.

Afin d'arriver au but de notre étude, nous décomposerons notre méthode en trois grandes phases de raisonnement : la formulation d'un postulat de départ et d'une hypothèse (**A**), la

⁹ Sans jamais être exhaustif : M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse, Paris II, 1979 (dir. J. PATARIN) - J. CARBONNIER, P. CATALA, J. de SAINT-AFRIQUE et G. MORIN, *Des libéralités – Une offre de loi*, 2003, Defrénois - M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 7^e éd., Paris, Éditions Litec, 2017 ; C. PÈRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit ; P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^{ème} éd., 2018, LGDJ Lextenso éditions - A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Dalloz, coll. « Cours », 3^e éd., 2014, n° 211 - A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018 (dir. B. BEIGNIER) - E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902.

¹⁰ Not. sur l'histoire du droit des successions : P. VERNET, *Traité de la quotité disponible ou des diverses restrictions apportées dans l'intérêt de la famille du disposant au principe de la libre disposition des biens, suivant le droit romain, le droit coutumier, le droit intermédiaire et le Code Napoléon*, MARESCQ & DUJARDIN, 1855 - L. GUERRIN, *Du droit de tester, et des restrictions qui y ont été apportées, dans l'intérêt de la famille du testateur en droit romain et en droit français*, Besançon, 1875, (dir. M. LACOMBE) - E. HACHE, *De la légitime en droit romain ; de la réserve et de la quotité disponible en droit français*, thèse, Paris, 1873 - E. PILASTRE, « De l'abrogation de la réserve légale des enfants », in *Revue pratique de droit français*, 1865, tome 20, pp. 437-466 - E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902.

¹¹ A.-G. KSON-BOUVET, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants*, thèse, Paris 2, 2018, (dir. L. LEVENEUR).

¹² Bordas. (1970). Méthode, in *Focus Encyclopédie internationale tome III L/M*.

¹³ L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. Tome I : Introduction au droit comparé*, éd. LGDJ 1972, p. 180 ; Pour une étude sur la méthodologie juridique : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, éd. Dalloz 2014, Coll. Méthodes du droit.

contextualisation de notre hypothèse (B), un exercice de confrontation et d'observation afin de poser notre problématique de recherche (C).

A - Le postulat d'une dyarchie structurée et structurante

4. La dyarchie. Afin d'analyser la construction et les fondements de la matière, il est nécessaire de déterminer les bases sur lesquelles le droit des successions et des libéralités, et plus généralement le droit de la transmission, s'est construit et développé. L'étude de la matière démontre une corrélation importante entre la volonté du *de cuius* et les limites qui lui ont été apportées au fil des âges. C'est ainsi, pour les besoins de notre étude, que nous partirons du postulat que la matière de la transmission successorale est fondée sur deux piliers distincts mais d'égale importance : la volonté du *de cuius* à l'épreuve des limites qui lui sont érigées, l'anticipation successorale à l'épreuve de l'ordre public successoral.

5. L'anticipation successorale. L'anticipation est avant tout un genre. Dans la littérature, il est défini comme la « *description d'un imaginaire de découvertes ou de faits qui se produiront plus tard* »¹⁴. Souvent apparentés au genre de la science-fiction, les romans d'anticipation évoquent « *des réalités supposées de l'avenir, et comportent fréquemment un aspect fantastique, des éléments satiriques et politiques* »¹⁵.

Jules Verne dans *La Journée d'un journaliste américain en 2890*, George Orwell dans son roman *1984* et *Cent ans d'anticipation* ou bien, d'Aldous Huxley dans son roman *Le meilleur des mondes* ont tous été des figures marquantes du genre littéraire de l'anticipation. On retiendra de ce genre littéraire une certaine idée de projection, projection de la pensée et du corps dans un futur hypothétique. À leur manière, et au travers d'histoires différentes, ils dépeignent ce que pourrait nous réserver le futur, proche comme éloigné, en accompagnant leurs récits des choix nous ayant emmené sur le chemin de leur anticipation. Leur objectif n'est pas tant de contrevenir au futur souvent chaotique qu'ils envisagent, mais d'expliquer le cheminement et les choix qui ont mené à un tel résultat, peut-être pour éduquer et aviser le lecteur. S'il existe une différence entre le genre de la science-fiction et le genre de l'anticipation, il semblerait que celui-ci se trouve dans l'objet du récit¹⁶. Il est intéressant de s'attarder sur les œuvres qui en combinent les codes. Beaucoup d'œuvres

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Le Robert. (2017). Anticipation, Littérature, in *Le Grand Robert de la langue française*.

¹⁶ En particulier sur cette différenciation entre ces deux genres : « *La différence fondamentale entre la Science-Fiction et l'Anticipation se trouve (a priori) dans l'objet même du récit. Dans la Science-Fiction, comme son nom l'indique, le facteur scientifique ou technologique joue un rôle central ou en filigrane. Le récit s'appuie plus ou moins sur l'innovation, l'invention, l'extrapolation scientifique pour construire la narration. Hugo Gernsback avait même son terme pour cette littérature : la 'scientifiction'. En Anticipation, la démarche*

cinématographiques et littéraires combinent l'anticipation par la narration d'un avenir dystopique, et la science-fiction grâce à des biais technologiques pour permettre aux personnages de s'en prémunir, le plus célèbre étant le voyage dans le temps. Néanmoins, les romans d'anticipation ne sont pas réservés à la science-fiction. Moins loin que le voyage spatio-temporel, ce thème d'écriture est aussi utilisé pour dépeindre d'autres futurs. Dans son ouvrage *À l'aide ou le rapport W*, Emmanuelle Heidsieck¹⁷ nous offre un roman d'anticipation basé sur une société dystopique pervertie par le droit lui-même, et plus précisément par le droit de la concurrence. Ce roman d'anticipation juridique¹⁸ offre au genre une réflexion intéressante sur la potentielle influence d'une législation nationale et ses dérives en régime autoritaire.

Par ces constructions narratives, les auteurs entrent en plein cœur du courant anticipatif qui nous intéresse : se projetant dans l'avenir, avenir par essence hypothétique, l'auteur va faire déjouer le problème, anticipant à la source pour le juguler et faire en sorte que celui-ci ne se produise plus ou pas. Dès lors, on retrouve dans ce paradigme les éléments proches d'une base juridique pour l'anticipation : d'un côté, la connaissance de l'avenir et la formulation d'hypothèses que la volonté va pouvoir évincer et, de l'autre, la surveillance de la chronologie pour faire en sorte que les actes d'anticipation pris soient pérennes. Prévoir, explorer et se prémunir seraient donc les bases du genre de l'anticipation.

L'anticipation est aussi un outil de sciences économiques. En économie, l'anticipation est « *une hypothèse subjective plus ou moins optimiste ou pessimiste quant à l'avenir, intervenant comme facteur dans les fluctuations économiques* »¹⁹. C'est en partie par le mécanisme de l'anticipation que les économistes vont pourvoir étayer leurs hypothèses de travail. Christian de Boissieu explicite la place de l'anticipation dans les sciences économiques : « *Comme la monnaie, l'anticipation individuelle, quel que soit son domaine d'application, constitue un lien entre le passé, le présent et l'avenir. En effet, les agents économiques se fondent sur l'évolution passée et courante pour former leurs représentations de l'avenir : l'anticipation est à l'articulation de la mémoire et du projet, dans des proportions variables d'un individu à l'autre* »²⁰. C'est ce lien entre les différentes temporalités qui va permettre aux praticiens des sciences économiques de déterminer *ab ante* les « *comportements* »²¹ des données macroéconomiques. Contrairement au genre

de l'auteur est prospectiviste, mais elle porte un regard sur l'aspect humain, social, politique, écologique... D'un côté, nous avons les voyages interstellaires, la psycho-histoire, la machine à remonter le temps, le spin, la téléportation, la machine solaire, la cryogénisation, les cyborgs, l'eugénisme, les aliens... De l'autre, des visions de l'avenir souvent dystopiques, projections plus ou moins lointaines mais dégradées du monde que nous connaissons déjà », HAH. « Quelle est la différence entre la Science-Fiction et l'Anticipation ? » mai 2017.

¹⁷ E. HEIDSIECK, *À l'aide ou le rapport W*, éd. inculte, 2013.

¹⁸ S. TRAVERS de FAULTRIER, « Lire, voir, entendre - *À l'aide ou le rapport W*, d'Emmanuelle Heidsieck - De l'usage de l'anticipation juridique », Les cahiers de la justice, 2014, p. 311.

¹⁹ Le Robert. (2017). Anticipation, Économie, in *Le Grand Robert de la langue française*.

²⁰ C. de BOISSIEU, « Anticipation, économie », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], Url : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/anticipation-economie/>.

²¹ *Ibid.*

cinématographique et littéraire de l'anticipation qui fantasment un futur pour s'y projeter et parfois l'empêcher, les sciences économiques se basent sur un fonctionnement différent. Le lien entre les temporalités est ici inversé, les sciences économiques vont étudier le passé et le présent pour anticiper l'avenir. Ce fonctionnement quasi-empirique résonne à juste titre avec la célèbre phrase du philosophe Nicolas Machiavel « *Pour prévoir l'avenir, il faut connaître le passé, car les événements de ce monde ont en tout temps des liens aux temps qui les ont précédés. Créés par les hommes animés des mêmes passions, ces événements doivent nécessairement avoir les mêmes résultats* »²². Apprendre et analyser seraient donc les bases de l'anticipation en économie.

Mais *quid* du genre de l'anticipation dans la matière juridique ? En droit, la littérature sur la notion d'anticipation n'est pas abondante. Jean-Claude Hallouin, dans sa thèse de doctorat intitulée *L'anticipation, contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*²³, offre une analyse sur la notion même d'anticipation juridique. Sa doctrine, reprise par Evelyne Monteiro nous donne une définition de l'anticipation dans la matière juridique : « *La notion d'anticipation est une fiction juridique connue depuis le droit romain qui accorde aux situations juridiques la faculté de se former alors que tous les éléments ne sont pas encore réunis. Ce mécanisme permet de considérer la situation juridique 'comme si' elle était déjà formée mais en lui donnant un contenu incomplet* »²⁴. Selon cette doctrine, la notion d'anticipation en droit permettrait la création *ab initio* d'une situation alors que l'intégralité des éléments constitutifs de celle-ci ne serait pas encore réunie²⁵. L'analyse de l'anticipation juridique, par le biais unique de la création anticipée de situation, risquerait de réduire le périmètre de la notion à un seul de ses aspects. La notion juridique de l'anticipation ne regrouperait-elle pas quelque chose de plus large ? Si l'on se base sur les enseignements tirés des différentes conceptions de l'anticipation, on apprend que l'anticipation peut avoir différentes sources suivant le lien de temporalité que l'on suit : apprendre et analyser d'un côté, prévoir et se prémunir de l'autre. L'anticipation dans la matière juridique a la particularité d'utiliser les deux axes temporels précités.

Premièrement, l'anticipation appliquée à la matière juridique va s'intéresser au passé. Pour appliquer une réflexion anticipative dans un domaine de droit donné, il sera nécessaire de déterminer les règles applicables à la situation nécessitant l'anticipation : de déterminer les règles codifiées, les règles d'origine prétorienne et la pratique consacrée dans le cas d'espèce. Aussi, dans

²² N. MACHIAVEL, *Le Prince*, 1515.

²³ J.-C. HALLOUIN, *L'anticipation, contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, thèse Poitiers, 1979.

²⁴ E. MONTEIRO, « L'anticipation des risques à l'épreuve du droit pénal », in *L'anticipation des risques par l'entreprise - colloque La Rochelle 31 Janvier 2014*, *RLDA*, n° 91, 1^{er} mars 2014.

²⁵ Sur une observation de synthèse : « *Elle est un mode exceptionnel de formation des situations juridiques qui leur accorde la faculté de se former alors que tous les éléments ne sont pas encore réunis (la théorie de l'anticipation se trouve principalement illustrée en droit, par des mécanismes tels que la mobilisation par anticipation, le paiement ou l'exécution par anticipation, la donation-partage en matière successorale...).* L'anticipation suppose que l'on ait une activité aujourd'hui comme si on était déjà dans l'avenir (J.-C. HALLOUIN, thèse précitée, Poitiers 1979, p. VII) », J. MONNET, *L'anticipation des risques par l'entreprise – colloque La Rochelle 31 Janvier 2014*, *RLDA*, n° 91, 1^{er} mars 2014.

l'hypothèse où l'acte d'anticipation a trait à une situation où l'humain est en jeu, la connaissance des acteurs, de leurs psychologies, de leurs caractères et de leurs relations sera, elle aussi, déterminante pour construire et réfléchir l'anticipation. Ce n'est qu'avec toute cette connaissance du passé, avec cette première analyse du lien temporel, que se manifeste l'anticipation dans le droit.

Deuxièmement, l'anticipation appliquée à la matière juridique va s'intéresser au futur, et plus particulièrement au futur hypothétique. L'anticipation juridique va souvent être inhérente à une volonté, à une action juridique : anticiper les conséquences d'un contrat, anticiper les risques en droit des affaires, anticiper une succession et une transmission patrimoniale. C'est dans ce deuxième axe temporel que l'anticipation va se révéler à l'aune des enseignements du passé. La réflexion anticipative va obliger une projection dans le futur pour envisager les conséquences, étudier la prévisibilité et la pérennité de l'action positive. C'est notamment grâce au passé que l'on va pouvoir déterminer les points d'attention et les écueils à ne pas commettre. L'anticipation va donc ici être un vecteur de stabilité de l'acte, en permettant de cibler les potentiels risques endogènes et exogènes. L'anticipation endogène va être celle qui a trait directement à l'acte et va en gouverner sa structure. Ici, la pensée anticipative permet d'utiliser les différentes techniques pour construire l'acte ou l'action : on pense notamment à la rédaction d'un contrat ou de statuts de société dont la rédaction va être déterminante pour anticiper tout un nombre de conséquences et d'éventuels conflits. L'anticipation sera exogène quand elle concernera les éléments externes à l'acte et à l'action en eux-mêmes. Cette seconde réflexion va faire appel à une anticipation des conséquences connexes de l'acte de volonté, de ses répercussions sur d'éventuels tiers, et de tout contentieux qui pourrait découler de sa passation. Exogène, endogène, apprendre, analyser, prévoir et se prémunir sont donc les données constituant le canevas anticipatif dans la matière juridique.

L'anticipation juridique à l'aune de ces éléments semble dépasser la théorie de l'anticipation de Hallouin. D'autres auteurs ont trouvé dans la théorie générale de l'anticipation une notion plus large que celle développée dans la doctrine précitée. Le doyen Joël Monnet dans sa synthèse du colloque tenu en 2014 à La Rochelle sur l'anticipation des risques par l'entreprise, relate que l'anticipation juridique peut se présenter sous quatre figures : « 1°) *l'amélioration de la connaissance du risque et du degré de son exposition*, 2°) *la prévision d'une réaction lorsque le risque se réalisera*, 3°) *la création d'une situation juridique qui aura des effets immédiats de manière à mieux préparer l'avenir* et 4°) *la précipitation du risque afin d'en minimiser les effets* »²⁶. À l'aune de ces différents axes, on s'aperçoit que l'anticipation

²⁶ En ce sens : J. MONNET, « Observations de synthèse » ; E. MONTEIRO, « L'anticipation en droit pénal » ; C. RADÉ, « L'anticipation des risques en droit du travail » ; C. ASFAR CAZENAVE, « Les stratégies d'anticipation des risques dans les contrats internationaux » in *L'anticipation des risques par l'entreprise – colloque La Rochelle 31 Janvier 2014, RLDA*, n° 91, 1^{er} mars 2014.

juridique est omniprésente en droit, nous le verrons notamment en droit des contrats et en droit des affaires²⁷.

Appliquer à la matière successorale, l'anticipation juridique revient à caractériser une forme d'anticipation successorale dont la nature reste à déterminer et dont la définition semble difficile à caractériser. Étymologiquement, il s'agit ni plus ni moins que d'anticiper les conséquences de sa succession future. En pratique, anticiper sa succession consiste pour la personne - alors utilement qualifiée de *de cuius* - en une double phase : l'appréhension intellectuelle des conséquences de son décès sur la transmission de son patrimoine et la prise de position active de celui-ci s'il désire aménager lesdites conséquences. L'aménagement des conséquences patrimoniales du décès par l'anticipation successorale est donc directement lié à une émanation de volonté du *de cuius*. L'anticipation successorale est alors - pour reprendre l'idée de La Fontaine - vecteur de sérénité de l'esprit, apportant le sentiment d'un devoir accompli. Cette subtile sensation d'éternel amenée par l'anticipation successorale est une idée reprise par certains auteurs qui considèrent que la liberté offerte au *de cuius* dans l'organisation de sa succession permet une appréhension plus sereine de la mort²⁸. D'une définition *inter vivos* proposée par Jean Patarin²⁹ à une définition plus large de l'anticipation successorale proposée par le Professeur Nicod³⁰, nous verrons que les contours d'une telle acception sont bien plus complexes qu'il n'y paraît, et nécessitent une étude de fond. En effet, porter l'anticipation successorale comme l'un des piliers fondateurs du droit de la transmission oblige de porter une véritable étude sur sa nature intrinsèque.

Toutefois, cette sérénité induite par la volonté anticipative n'est pas absolue, et se voit très souvent limitée dans son expression et le développement de ses effets par des règles légales et prétoriennes visant à la restreindre. Ces règles, plus ou moins coercitives, entendent contraindre une partie des prérogatives du *de cuius* dans sa démarche d'anticipation, pour que la transmission de son patrimoine réponde en partie à un certain nombre de considérations politiques, économiques, familiales, morales et sociales. Il est commun de qualifier ce corps de règles coercitives, l'ordre public successoral.

²⁷ V. *infra*, n° 34 et s.

²⁸ Sur ce sujet : « N'y a-t-il pas une satisfaction plus grande au regard de la parcelle d'éternité que comporte la transmission successorale à désigner soi-même son héritier, à répartir soi-même ses biens ? L'anticipation successorale est une façon de regarder la mort en face et de dominer l'après. Si le législateur contemporain l'a parfois favorisée, ce sont les praticiens qui l'ont développée avec une imagination créatrice qui mérite d'être soulignée comme une grande tendance de notre droit de cette fin de siècle », H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266-14.

²⁹ J. PATARIN, *Le problème de l'anticipation successorale*, Les Cours de droit civil, Paris, 1973/74, 1 vol.

³⁰ M. NICOD, « L'anticipation de la succession », *JCP N*, n° 12, 24 mars 2006, 1136.

6. L'ordre public successoral. Philippe Malaurie prédisait qu'« *une étude sur l'ordre public est un sujet téméraire. Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert* »³¹. Sa nature presque obscure faisait dire à Alex Tani qu'« *il n'est plus grand mystère, en droit, que l'ordre public* »³². Dans toutes les définitions qui ont pu être données de l'ordre public, une nous semble mettre en lumière ses principaux axes. Cette définition est proposée par le Professeur Guillaume Drago en avant-propos du très relayé rapport de la Cour de cassation³³. Selon ses mots, « *l'ordre public est avant tout une injonction faite aux acteurs du droit et de la justice, une notion complexe et protéiforme qui borne ce qui est possible et ce qui est interdit pour conserver ce vouloir vivre ensemble qui fait une Nation* ». C'est selon lui « *l'expression d'une autorité qui s'impose aux sujets de droit en exprimant une impérativité qui conduit à restreindre certaines libertés* »³⁴. Ce « *vivre ensemble national* »³⁵ qu'évoque le Professeur Drago fait directement écho à la notion d'intérêt général vers laquelle tend la protection de l'ordre public. En effet, une grande partie de la doctrine s'accorde pour lier la notion d'ordre public à celle de la recherche d'un intérêt général³⁶.

En droit privé, cette coercition se développe dans la lettre de l'article 6 du Code civil qui vient non pas donner clairement une définition de l'ordre public mais poser une limite à la liberté contractuelle³⁷. L'ordre public vient « *contraindre l'individu dans l'exercice de ses prérogatives juridiques pour se conformer à des exigences qui lui sont supérieures et portées* », selon l'auteur, par les pouvoirs publics qui « *doivent être attentifs et assurer une conciliation équilibrée entre libertés et ordre public* »³⁸. Dans cette acception, c'est le juge qui est le gardien de l'ordre public ; il est là pour identifier les normes relevant de cette

³¹ P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public (Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Reims : éd. Matot-Braine, 1953, th. (dir. P. ESMEIN), p. 3.

³² « *Qui y consacre ses travaux de recherche est prévenu : 'chercher à définir l'ordre public, c'est s'aventurer sur les sables mouvants, déclarait le conseiller PILON, dans un célèbre rapport ; c'est un vrai supplice pour l'intelligence, s'écriait le Marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES ; c'est enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte, disait le juge BURROUGH dans un aphorisme que les juristes anglais se plaisent à citer ; c'est parler d'un paragraphe caoutchouc, dans l'imagination allemande ; c'est cheminer dans un sentier bordé d'épines, selon le mot d'ALGLAVE'* Cités par. M. MALAURIE, *op. cit.*, spéc. p. 3 », A. TANI, *op. cit.*

³³ G. DRAGO, « Avant-propos », in *Rapport annuel 2013 : l'ordre public*, Paris : La documentation française, 2014.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Cette corrélation a notamment été mise en lumière par une décision du Conseil Constitutionnel, *Décision 2002-465 DC, 13 janvier 2003*, sur le grief tiré de l'atteinte à la liberté contractuelle : « 4. Considérant que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Mais également par une majorité de la doctrine, notamment en ce sens : « *l'ordre public est consubstantiel à la notion d'intérêt général* », M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, 2004, LGDJ, n° 320, p. 201, in « *Ordre public et bonnes mœurs* » Répertoire de Droit civil, Dalloz, avr. 2010, dir. J.-J. LEMOULAND et G. PIETTE, (act. fev. 2019).

³⁷ C. civ. art. 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Not. en ce sens : « *L'article 6 du Code civil énonce que 'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs'. Par sa nature, l'ordre public vient borner la liberté contractuelle. Il est donc inhérent à l'institution de la réserve, qui précisément apporte une limite à la liberté de disposer. Une réserve dont le disposant pourrait s'affranchir n'aurait aucun sens* » in 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, Montréal (Québec – Canada), 4-9 octobre 2018, p. 207 ; GRIMALDI (M.), « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Deffrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755.

³⁸ G. DRAGO, *op. cit.*

notion et en réguler la portée. En ce qui concerne les sanctions de la violation d'une règle d'ordre public, même si celles-ci tendent à s'adapter à l'évolution de la notion, la sanction de référence reste la nullité³⁹. Quand il s'agit d'étudier les conséquences de la violation d'une norme d'ordre public, certains marqueurs puissants sont présents : sur le fond du droit il est en principe interdit d'y déroger ou de renoncer à un droit d'ordre public⁴⁰. Sur le plan procédural, « *la sanction d'une règle d'ordre public crée un intérêt à agir pour le ministère public* »⁴¹, et pourra être soulevée d'office par le juge⁴².

Cette analyse succincte permet de dégager une notion autour d'un noyau dur de l'ordre public qui correspondrait à un ordre public politique et moral rigide. Or, comme le précise Guillaume Drago il apparaît complexe de donner une définition extensive de la notion d'ordre public mais il conviendrait de faire plutôt des « *juxtapositions de conceptions de l'ordre public appliquées à des matières, à des situations* »⁴³. On s'aperçoit rapidement que l'ordre public relève d'une conception assez insaisissable⁴⁴. En effet, il n'est pas possible de faire une liste exhaustive des lois et normes relevant de l'ordre public, la notion étant corrélée à des données nécessairement mouvantes rendant par conséquent une définition par composantes instable⁴⁵ voire non fiable⁴⁶. C'est notamment à cause de cet état de fait que nombre d'auteurs ont théorisé que l'ordre public devait se définir non à travers ses composantes mais à travers sa fonction⁴⁷. Nous adhérons à cette conception fonctionnelle de l'ordre public, notamment en ce que nous verrons que se focaliser sur une définition par composantes peut faire perdre de vue la véritable essence de l'ordre public et notamment dans la matière successorale⁴⁸. En droit privé, le rapport de la Cour de cassation⁴⁹ nous apprend que l'ordre public est « *une barrière à l'autonomie de la volonté individuelle* » et poursuit

³⁹ Sur une étude des sanctions de l'ordre public : Les sanction de la violation de l'ordre public in « *Ordre public et bonnes mœurs* » *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, avr. 2010, dir. J.-J. LEMOULAND et G. PIETTE, (act. fev. 2019).

⁴⁰ En ce sens : C. LESBAT, *op. cit.*, p. 46 - A. TANI, *op. cit.*, p. 12.

⁴¹ C. pr. civ. art. 1180 : « *La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public. Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat* » et C. pr. civ. art. 422 : « *Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi* ».

⁴² Not. en ce sens : « *le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* », P. LECLERC et S. VALORY, « *Ordre public et bonnes mœurs* », *J.-Cl. Civil Code*, LexisNexis, 1 avr. 2020, n° 21.

⁴³ G. DRAGO, *op. cit.*

⁴⁴ Sur cette expression : « *La fréquentation de la notion d'ordre public durant ces quelques années de thèse m'a enseigné qu'elle était parmi les notions les plus insaisissables* », M. AZAVANT, « *Successions internationales - L'ordre public successoral* », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2013, doss. 38.

⁴⁵ G. DRAGO, *op. cit.*

⁴⁶ « *On enseigne traditionnellement que l'ordre public, interne ou international, est une notion fonctionnelle au sens où son contenu ne constitue pas un critère de définition fiable* », J. GUILLAUMÉ, « *Ordre public international - Notion d'ordre public international* », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 3, Fasc. 40, LexisNexis, 2 mai 2018, n° 49.

⁴⁷ Sur l'appartenance de la notion d'ordre public aux catégories des notions fonctionnelles : P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif français*, 1962, LGDJ - P.-Y. GAUTIER, « *Ordre public* », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août. 2004 (act. avr. 2018), n° 1 - M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une hiérarchie des intérêts en droit privé*, t. 411, LGDJ, 2004, coll. Bibliothèque de droit privé, thèse, (préf. J. GHESTIN), spéc. p. 205, n° 329 - A. TANI, *op. cit.*, p. 9 - G. VEDEL, « *De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires)* », *JCP G* 1948, I, 682.

⁴⁸ V. *infra*, n° 106 et s.

⁴⁹ Rapport annuel 2013 : l'ordre public, Paris : La documentation française, 2014.

principalement deux finalités : la « *protection du sujet de droit* » et la « *protection de la société* »⁵⁰. Cette double finalité ressort très nettement dans une théorie de bipolarisation de l'ordre public entre, d'un côté, l'ordre public de direction et, de l'autre, l'ordre public de protection. Notamment développée par le Doyen Carbonnier⁵¹, cette scission au sein de la notion a rapidement été reprise par la doctrine avec plus ou moins de fidélité⁵². Concrètement, la différence majeure entre ces deux sous notions est le régime des nullités qui s'y attache⁵³ : « *en principe, la nullité absolue est applicable en cas de violation de l'ordre public de direction, la nullité relative dans les autres cas* »⁵⁴. En d'autres termes, l'ordre public de direction serait constitué des « *règles au moyen desquelles l'État entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale* », alors que l'ordre public de protection « *vise(rait) à rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel* »⁵⁵. Ainsi, si l'ordre public de protection protège un intérêt privé dans une relation déséquilibrée, le protégé pourrait s'en prévaloir ou non, l'ordre public de direction, lui, protège une norme d'intérêt général.

Nous terminerons ce bref exposé sur la notion d'ordre public en reproduisant la définition du vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant, et qui réunit les principaux éléments sur lesquels se fonde notre réflexion à venir. Dans son acception générale, l'ordre public représente « *pour un pays donné, à un moment donné, l'état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publique ne sont pas troublées. Il est au sein d'un ordre juridique les termes servant à caractériser certaines règles qui s'imposent avec une force particulière et par extension à désigner l'ensemble des règles qui représentent ce caractère* »⁵⁶. Plus précisément, en droit privé, le vocabulaire juridique rappelle la lettre de l'article 6 du Code civil. Il précise que l'ordre public est « *une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leur convention. C'est une norme directive qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales, sociales comme politiques, considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité, à la marche de l'économie, ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux* »⁵⁷.

⁵⁰ Cette double finalité ressort principalement dans le plan du Rapport annuel de la Cour de cassation sur le sujet de l'ordre public : Partie 3 – Finalité de l'ordre public – Titre 1 – La protection du sujet de droit – Titre 2 – Protection de la société (l'ordre public, Paris : La documentation française, 2014).

⁵¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 22^e éd., 2000, PUF, n° 70.

⁵² Sur la dichotomie entre ordre public de direction et ordre public de protection : « *Essais doctrinaux de division bipartite* » in « *Ordre public et bonnes mœurs* » *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, avr. 2010, dir. J.-J. LEMOULAND et G. PIETTE, (act. févr. 2019) n° 43.

⁵³ S. SANA-CHAILLÉ de NÉRÉ, « *Nullité et caducité* », in *J.-Cl. Code civil*, LexisNexis, 10 juin 2020, n° 17.

⁵⁴ P. LECLERC et S. VALORY, « *Ordre public et bonnes mœurs* », *J.-Cl. Code Civil*, LexisNexis, 1 avr. 2020, n° 21.

⁵⁵ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 495 et 496) in *Lamy droit du contrat* (dir. F. FAGES et P. FLEURY) n° 1180, 2020.

⁵⁶ G. CORNU, *Ordre public, Vocabulaire juridique, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT*, 11^{ème} éd., PUF, 2016.

⁵⁷ *Ibid.*

Ces quelques définitions de l'ordre public nous permettent de poser un cadre général. Nous retiendrons, à dessein, une acception de la notion qui nous est propre et qui sera nécessairement lacunaire tant elle est tentaculaire : en droit privé, l'ordre public, dans sa conception fonctionnelle, vise à limiter l'autonomie de la volonté du sujet de droit aux fins de tendre au respect des objectifs sociaux, économiques et politiques français⁵⁸. La violation de cette règle subit une sanction à géométrie variable suivant le rapport de droit à protéger.

En droit des successions et des libéralités, ce corps de règles coercitives est communément appelé l'ordre public successoral. Principalement définie par Marcel Beaubrun⁵⁹, cette appellation d'ordre public successoral est reprise par une majorité de la doctrine patrimonialiste⁶⁰. À l'instar de

⁵⁸ Cette acception se rapproche particulièrement de celle de Marc AZAVANT : « *Si l'on se situe en droit interne, l'ordre public est en lutte contre les volontés individuelles et la liberté contractuelle qui chercheraient à s'émanciper des valeurs fondamentales portées par le droit positif.* » (in « Successions internationales - L'ordre public successoral », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2013, doss. 38) et de celle développée par Elsa BERRY et Dominique FAVREAU dans leur très importante intervention sur l'ordre public successoral : « *En droit civil, l'ordre public peut être défini comme l'ensemble des règles juridiques qui s'imposent dans les rapports sociaux pour des raisons de moralité ou de sécurité impérative. C'est une limite au champ contractuel, ainsi qu'en dispose l'article 6 du Code civil selon lequel : 'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs'* » in « L'ordre public successoral », *intervention l'Université d'été 2018*, Poitiers, 2018.

⁵⁹ M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse, Paris II, 1979 (dir. J. PATARIN) ; v. *infra*, n° 105.

⁶⁰ Sur l'utilisation de la notion d'ordre public successoral et pour ne citer que ces occurrences : S. ARNAUD, « Les conséquences de la réduction en valeur », *JCP N*, n° 47, 22 nov. 2013, 1270 - S. ARNAUD et M. NICOD, « Le choix d'avantager un enfant », *JCP N*, n° 22, 29 mai 2015, doss. 1173 - F. AUDREN, « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire. Aux origines de l'analyse économique du droit », *Revue Histoire du XIX^{ème} siècle*, 2014 - M. AZAVANT, « Successions internationales - L'ordre public successoral », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2013, doss. 38 - C. BAHUREL, « Réserve et sociétés », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 54 - N. BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2006, étude 44 - B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRFI, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée », *JCP N*, n° 24, 17 juin 2016, doss. 1199 - E. BERRY et D. FAVREAU, « L'ordre public successoral », *intervention l'Université d'été 2018*, Poitiers, 2018 - J. CARBONNIER, P. CATALA, J. de SAINT-AFRIQUE et G. MORIN, *Des libéralités – Une offre de loi*, 2003, *Defrénois*, p. 116 - P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2006, étude 43 et « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N*, n° 26, 29 juin 2007, 1206 et « Le droit successoral entre son passé et son avenir », in *Le Monde du Droit, Mélanges Jacques FOYER*, Economica, déc. 2007, pp. 229-240 et « De l'offre de loi – à la loi du 23 juin 2006, le cheminement d'une réforme », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, (dir.) A. LEBORGNE, 2008, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - D. COIFFARD, « Faut-il supprimer la réserve des ascendants ? », *LP4*, 7 mai 2004, n° 92, p. 77 - P.-A. CONIL, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain - Une tentative d'aller au-delà des mythes », *Dr. fam.*, n° 2, févr. 2013, étude 1 ; G. DEBERNARDI, *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, thèse, Côte d'Azur, 31 mai 2017 - S. DEVILLE, « L'article 918 du Code civil face à la question prioritaire de constitutionnalité : histoire d'une occasion manquée », *Dr. Fam.*, n° 5, Mai 2014, étude 8 - É. FONGARO, « Feu le droit de prélèvement », n° 2011-159, *JCP N*, n° 36, 9 sept. 2011 et « L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions », *JDI*, n° 2, avr. 2014, doct. 5 et (dir.), *Droit patrimonial européen de la famille*, LexisNexis, juin 2013, p. 135 - H. FULCHIRON, « Ordre public successoral et réserve héréditaire – réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D. 2017*, p. 2310 - S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER, « Droit patrimonial de la famille interne et international », *D. 2018*, p. 2384 - M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 6^e éd., Paris, Éditions Litec, 2001, pp. 273-274 et « Sécuriser le règlement successoral – Rapport de synthèse », *JCP N*, n° 16, 22 avr. 2011, 1139 et « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755 - N. LAURENT-BONNE, « Notations historiques sur l'avenir de la réserve héréditaire », (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 155-164 - C. LESBAT, *La dévolution successorale*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, p. 46 - J. LEPROVAUX, « Que reste-t-il de la réserve héréditaire ? », *LP4*, 8 sept. 2017, n° 1179-180, p. 53 - R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », *RTD civ.*, 2016, p. 729 ; H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266 - A. MOLIÈRE, « Ordre public successoral versus renonciation anticipée à l'action en réduction – le faux argument », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1554 - M. NICOD et É. FONGARO, « Réserve héréditaire - Quotité disponible », in *Répertoire*

l'anticipation successorale, il existe de nombreuses définitions de l'ordre public successoral : restrictive, élargie, par composante⁶¹ ou encore holiste⁶². Plus avant, l'existence d'un ordre public successoral se trouve aujourd'hui contestée⁶³. Porter ainsi la notion d'ordre public successoral comme l'un des piliers fondateurs de la matière nécessite une analyse en profondeur de sa nature.

Ces deux piliers représentant la volonté du *de cuius* et les limites qui lui sont apportées formeraient une dyarchie. Une dyarchie structurée gouvernant la matière de la transmission et dont la structuration formate le passé, le présent mais surtout le futur. En effet, force est de souligner que les possibilités pour le *de cuius* d'anticiper les conséquences futures de son décès se sont vues limiter depuis la genèse de la matière. C'est depuis les origines connues du droit que des limitations plus ou moins coercitives sont venues s'imposer afin de contraindre le *de cuius* dans l'exercice unilatéral, et même concerté, de la transmission de son patrimoine héréditaire.

B - La contextualisation d'une dyarchie

7. L'antiquité. L'étude de l'histoire des successions, et plus particulièrement de la volonté dans ce domaine, débute communément par l'étude du droit romain. L'analyse des autres

de droit civil, Dalloz, janv. 2011 (act. oct. 2017) - J. PATARIN, « L'exclusion par la volonté du *de cuius*, de l'attribution préférentielle d'une exploitation agricole dans le partage de sa succession », *RTD civ.*, 1997, p. 486 - C.-M. PEGLION-ZIKA, « Contentieux original, solutions classiques : un arrêt deux en un sur la réserve et la notion de libéralité », *RJPF* n° 12, 1^{er} déc. 2018 - T. PIAZZON, « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 42, 2014, pp. 161-173 - J. PICARD, « Anticiper la liquidation de la succession : entre régime primaire successoral et aménagement contractuel », *LPA*, 3 juill. 2018, n° 132, p. 5 - C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 305, n° 391 - A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018 - P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAU, « Successions – Pacte sur succession future », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 721 à 724-1, Fasc. 20, LexisNexis, 20 fév. 2016 - G. WICKER, « Successions – Mandats successoraux : le mandat à effet posthume », *J.-Cl. Code Civil*, Art. 812 à 812-7, Fasc. unique, LexisNexis, 1 fév. 2014, n° 136.

⁶¹ Not. sur cette conception par composantes de l'ordre public successoral : N. BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étude 44 - M. NICOD et É. FONGARO, « Réserve héréditaire - Quotité disponible », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2011 (act. oct. 2017) - C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, (dir. C. LABRUSSE-RIOU, D. TRUCHET et L. CADIET), n° 391, pp. 305-306. V. *infra* n° 106.

⁶² Not. sur cette conception fonctionnelle et holiste de l'ordre public successoral sans être exhaustif : M. AZAVANT, « Successions internationales - L'ordre public successoral », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2013, doss. 38 - E. BERRY et D. FAVREAU, « L'ordre public successoral », *intervention l'Université d'été 2018*, Poitiers, 2018 - H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266. V. *infra*, n° 107.

⁶³ En ce sens : D. COIFFARD, « Faut-il supprimer la réserve des ascendants ? », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 77 - P.-A. CONIL, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain - Une tentative d'aller au-delà des mythes », *Dr. fam.* n° 2, févr. 2013, étude 1 - P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étude 43 : « Il a pourtant, consciemment ou inconsciemment, ébranlé les colonnes du temple » - É. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions », *JDI*, n° 2, avr. 2014, doct. 5 - D. GRILLET-PONTON, *La famille et le fisc*, 1998, P.U.F. coll. Droit éthique société, p. 33 - M. BEAUBRUN, « Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, p. 15 - A. MOLIÈRE, « Ordre public successoral *versus* renonciation anticipée à l'action en réduction – le faux argument », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1554. V. *infra*, « B – Les doutes sur la persistance de la notion », n° 108 et s.

sources normatives n'est que peu étudiée et peu relatée dans la littérature juridique⁶⁴. L'analyse de ces systèmes antiques, de par le fractionnement des informations dont dispose la doctrine, ne permet pas de poser une analyse complète sur leurs règles. Ce problème n'en est plus un quand on veut examiner la législation antique romaine qui est un vivier très important pour la construction moderne du droit successoral.

8. Le droit successoral romain, une transmission active sans entrave. Approfondir temporellement l'équilibre successoral amène inévitablement à étudier les règles applicables sous l'empire romain. Souvent dépeinte comme le berceau de la liberté testamentaire, la législation romaine a connu plusieurs évolutions avant la fin de l'Empire, évolutions qui marquaient déjà les prémices d'une certaine coercition de la volonté. De nombreux auteurs ont parfaitement retracé⁶⁵ les règles applicables, grâce à une analyse précise des écrits. De façon succincte, nous allons évoquer les grandes étapes de la coercition de la volonté de transmettre sous le droit romain.

9. Le principe de la liberté absolue de tester. Si le concept d'une succession *ab intestat* était connu du droit romain, le principe était avant tout la dévolution volontaire de l'hérédité⁶⁶. Mis

⁶⁴ Nous nous arrêterons succinctement sur deux périodes temporelles et géographiques. La première est la période de la basse Égypte et de l'ère ptolémaïque. Selon les quelques informations qui nous sont offertes sur cette lointaine période, la volonté du *de cuius* serait omniprésente dans la transmission du patrimoine. Le père de famille pourrait librement désigner ses héritiers sans aucune autre coercition (C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 22 et n° 21 : « *Droits antiques autres que Romain* »). La seconde période porte sur l'analyse de la législation de la Grèce antique. Là encore, les règles de la succession sont aménageables par le *de cuius* mais dans une latitude moins importante par rapport aux règles égyptiennes. En effet, à Athènes les règles de la dévolution légale étaient très développées notamment par les lois de Solon (C. LESBATS, *La dévolution successorale - Théorie, liquidations et pratique notariale - Aspects civils et fiscaux - Protection du concubin, du partenaire et du conjoint survivant*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, n° 3 et 4), et la dévolution légale du patrimoine, notamment en présence d'enfant direct, semblait avoir un poids important. Néanmoins, le *de cuius* pouvait par le biais d'une déclaration publique ostraciser son fils et l'exhérer, mais aussi sur-alloir l'ainé de ses enfants par le biais d'un *preciput* testamentaire (*ibid*).

⁶⁵ Sans être exhaustif on peut not. citer les travaux suivants : P. VERNET, *Traité de la quotité disponible ou des diverses restrictions apportées dans l'intérêt de la famille du disposant au principe de la libre disposition des biens, suivant le droit romain, le droit coutumier, le droit intermédiaire et le Code Napoléon*, MARESCQ & DUJARDIN, 1855 - L. GUERRIN, *Du droit de tester, et des restrictions qui y ont été apportées, dans l'intérêt de la famille du testateur en droit romain et en droit français*, Besançon, 1875, (dir. M. LACOMBE) - E. HACHE, *De la légitime en droit romain ; de la réserve et de la quotité disponible en droit français*, thèse, Paris, 1873 - E. PILASTRE, « De l'abrogation de la réserve légale des enfants », in *Revue pratique de droit français*, 1865, tome 20, pp. 437-466 - E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902 - C. BAHUREL, *Les volontés des morts – Vouloir pour le temps où l'on sera plus*, thèse, Paris II, 2014, (dir. J. GHESTIN et Y. LEQUETTE) - F. DUBET, *Léguer, hériter*, 2016, Éditions La Découverte, Fondation pour les sciences sociales - C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, n° 22 - C. LESBATS, *La dévolution successorale*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, n° 4 à 7 - P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^{ème} éd., 2018, LGDJ Extensio éditions n° 34 - J.-C. PLOURDE, *Origine historique et évolution du principe de la liberté de tester du Code civil. Les Cahiers de droit*, 2, 120-136 ; Pour étude plus récente de l'histoire de la réserve héréditaire : A. SÉRIAUX, « Réserve héréditaire – Réserve, légitime et quote du conjoint pauvre – Où va le droit successoral français ? », *Dr. fam.*, n° 5, Mai 2019, dossier 20 - F. LETELLIER et M. THEBAULT, « La protection par la réserve : une question ancienne (bref historique de la réserve héréditaire) » in Rapport 116^e congrès des notaires, pp. 412-415.

⁶⁶ En ce sens : « *En Droit romain dominait depuis toujours le principe de la liberté testamentaire* », A. SÉRIAUX, *op. cit.*

à part un certain formalisme testamentaire approbatif⁶⁷, il n'est pas fait mention à l'origine du droit romain d'une quelconque coercition de la volonté du *de cuius* pour transmettre *causa mortis* son patrimoine. Le droit romain de la transmission s'est notamment structuré avec l'avènement de la loi des XII tables⁶⁸. Consacrant les usages antérieurement suivis, la législation romaine entérinait alors le droit de tester de la manière la plus absolue qui soit⁶⁹ : « *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* »⁷⁰. Par cette disposition, la loi des XII tables permettait au *pater familias* de disposer de façon unilatérale de son hérédité⁷¹. Cet absolutisme du *pater familias* parachevait la mise en place d'une organisation « *plébéienne de la famille* »⁷². Ce mouvement trouva néanmoins peu à peu ses détracteurs.

10. *Officium pietatis* et formalisme. L'une des principales restrictions apportées au droit de propriété⁷³, et consubstantiellement au droit de la transmission était liée aux liens de sang⁷⁴. Cet *officium pietatis* comme courant de fond du contrôle de la volonté unilatérale du *de cuius* sera l'un des fondements qui irriguera le développement d'un corps de règles coercitives. Paradoxalement, l'une des premières manifestations matérielles d'une restriction à l'absolutisme de la volonté s'est trouvée

⁶⁷ Comme le décrit Prosper Vernet dans son traité sur la quotité disponible (P. VERNET, *op. cit.*, p. 5), il existait à l'origine à Rome trois types de testaments. La première forme de testament appelée *calatis comitiis* était le testament que faisait le *de cuius* en temps de paix. La deuxième forme appelée *in procinctu* (*Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus*) était le testament fait en temps de guerre. La principale différence entre ces deux types de testaments était leur forme de validation (À cette époque le testament revêtait la forme de la loi et devait donc être approuvé par le peuple : « *il faut que celui qui veut apporter des modifications aux règles sur les successions ab intestat fasse approuver sa volonté par le peuple. Pour le testament calatis comitiis, l'approbation se faisait lors de réunions biennuelles (...) Pour le testament in procinctu, au regard des aléas de la guerre, c'est l'armée qui représentait le peuple approuvateur en délégation du pouvoir législatif* », P. VERNET, *ibid.*). La troisième et dernière forme de testament était le testament *per as et libram* par lequel le chef de famille instituait un successeur universel.

⁶⁸ *Lex Duodecim Tabularum* : la loi des douze tables est un corpus de règles légales rédigé vers 450 avant J-C. Notamment sur le sujet : C. LESBATS, *op. cit.*, n° 4.

⁶⁹ L. GUERRIN, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁰ Fr : {Ce que l'on aura ordonné par testament, quant à son argent, ou pour la conservation de son bien, doit être exactement exécuté.}, Ulpien (*Domitius Ulpianus*), *Reg.*, XI, 14 in V. WEIL-FRIBOURG, *Le droit des héritiers à leur réserve en nature - Essai D'une Théorie Générale D'après La Doctrine Et La Jurisprudence*, Paris : Sirey, 1935, p. 8.

⁷¹ En ce sens : Pilastre « *le système rigoureux du droit romain sur la puissance paternelle, est avoir donné au père de famille un droit absolu de disposer de son patrimoine que n'avaient pu supporter les Romains eux-mêmes, qui avaient exagéré à un si haut point la puissance et les droits du père de famille* », in p. 450.

⁷² P. VERNET, *op. cit.*

⁷³ La propriété en droit romain connaissait une conception stricte assez semblable à la définition que nous connaissons aujourd'hui. La propriété était *jus utendi, frutendi, abutendi, quatenus juris ratio patitur* (Littéralement le droit d'utiliser, de profiter et d'exploiter dans la mesure de ce qui est permis par le droit) partant le droit de propriété, tout absolu qu'il soit pour les romains, pouvait connaître des restrictions.

⁷⁴ Sur ce point en particulier : « *La propriété est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue ; mais à côté de ce droit, si absolu qu'il soit, il en existe d'autres qu'il faut également maintenir, dans l'intérêt de la société. Ainsi, avant d'être libéraux envers les étrangers, nous devons remplir les devoirs que la nature nous impose vis-à-vis de notre propre famille. Les liens du sang donnent lieu à un ensemble de devoirs qui constitue pour ce que les Romains appelaient officium pietatis.* », P. VERNET, *op. cit.*, p. 3. Également sur le sujet E. HACHE, *op. cit.*, p. 1.

dans la notion d'exhérédation, et plus particulièrement dans son formalisme⁷⁵. Si le formalisme de l'exhérédation ne peut être considéré comme la première forme de restriction à la volonté du *pater familias* en droit romain, elle a ouvert la voie à une disposition qui fait consensus sur sa portée dans l'établissement d'un véritable contre-pouvoir, la *querella inofficiosi testamenti*⁷⁶.

11. *Querella inofficiosi testamenti et quarte falcidie*. Selon Charles Bahurel, la première limite posée à la liberté de tester en droit romain avait pour fonction « *de limiter le pouvoir de tester en dénonçant l'inexécution d'un devoir envers ses enfants notamment en raison d'une possession par des mauvais esprits* » ; cette limite était la *querella inofficiosi testamenti*⁷⁷. La persistance d'un pouvoir exorbitant du *pater familias* à l'aune de la consécration du principe de *l'officium pietatis* obligeât les prudents⁷⁸ à durcir la réglementation successorale par l'institution de cette plainte. Comme l'expliquait Prosper Vernet cette action visait à « *restreindre toutes dispositions qui n'étaient pas conformes aux devoirs qu'imposent le sang et la nature* »⁷⁹. Ainsi, ce n'est pas tant la validité juridique que visait cet outil de protection mais sa morale. Certains proches parents du défunt faisant l'objet d'une exhérédation ou d'une omission injustifiée pouvaient littéralement se plaindre pour demander que le testament soit réduit parce que le testateur n'était pas sain d'esprit. Si l'on devait faire une comparaison triviale cette action s'apparenterait à une action en réduction pour cause d'insanité d'esprit. Or, par insanité d'esprit il

⁷⁵ Selon certain auteur ce sont les prudents qui ont développé cette idée d'imposer au *de cuius* un formalisme obligatoire quand celui-ci voulait supprimer l'émolument successoral d'un héritier. En effet, se fondant sur la conception d'une copropriété familiale existante entre le père et ses enfants, les prudents exigèrent que celui-ci les exhérède formellement avant de donner son hérité à un tiers. Sur ce sujet : « *Il semble ne pas y avoir de consensus sur la date d'apparition de cette règle, mais les écrits de Cicéron relatant dans son traité de l'Orateur (CICERON, de oratore, 55 av. J-C) une affaire d'invalidité du testament suite à la survenance d'un enfant que l'on croyait posthume* » (En ce sens : E. HACHE, *op. cit.*, p. 10 ; L. GUERRIN, *op. cit.*, p. 5 ; P. VERNET, *op. cit.*, p. 12 corroborent le champ d'application temporel de cette obligation formaliste). Bien que cette règle soit objectivement une première entorse à la volonté du *pater familias*, les auteurs s'accordent sur le fait que cette disposition formaliste n'apportait que peu, voire aucune restriction, à la volonté du *de cuius* (Sur l'absence de coercition réelle de ces obligations formalistes : « *On ne saurait dès lors, à proprement parler, ranger parmi les restrictions à la liberté de tester la nécessité imposée au testateur d'instituer ou d'exhérer certaines personnes.* », L. GUERRIN, *op. cit.*, p. 6. ; ou encore : « *En effet, si nous considérons les choses attentivement, nous reconnaitrons que cette obligation imposée au pater familias créait une formalité nouvelle, plutôt qu'elle apportait une restriction réelle à son droit de disposer* », E. HACHE, *op. cit.*, p. 8). Louis Guerrin écrivait d'ailleurs qu'initialement cette disposition ne devait pas être un obstacle au *de cuius* bien au contraire (« *Mais ce résultat incontestable n'était pas celui que l'on s'était proposé à l'origine de cette institution. Loin d'avoir pour but de contrarier la volonté du testateur, on cherchait, au contraire, en exigeant une institution ou une exhérédation formelle à se conformer le plus possible à sa volonté présumée.* », L. GUERRIN, *op. cit.*, p. 4).

⁷⁶ « *Toutefois, comme la théorie de l'exhérédation a fini par devenir le point de départ de la querella inofficiosi testamenti, qui constitue la seule véritable restriction apportée par le droit romain à la liberté de tester, dans l'intérêt de la famille du de cuius* », *ibid.*, p. 6.

⁷⁷ C. BAHUREL, *op. cit.*,

⁷⁸ Sur la source de la *querella inofficiosi testamenti* : « *il est facile de reconnaître que l'innovation dont nous nous occupons est due à l'esprit inventif des Prudents. On a pourtant dit, comme Cujas, que la querella inofficiosi testamenti avait été introduite par une loi Glitia, dont on ne connaît que le nom. Cette dernière opinion, qui, du reste, est presque universellement abandonnée, se fonde uniquement sur l'inscription de la loi 4 au Digeste de inofficioso testamento. On peut fixer l'époque de l'introduction de la querella inofficiosi testamenti aux derniers temps de la république.* », L. GUERRIN, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁹ « *On appelait inoficiosum ce qui n'était pas conforme aux devoirs que nous imposent les liens du sang. Ainsi le testament inoficiosum est un testament régulier ne blessant aucune des règles du droit mais contraire au sentiment de la nature. Recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis.* », P. VERNET, *op. cit.*, p. 92.

ne fallait pas nécessairement comprendre la maladie mentale⁸⁰. *La querella inofficiosi testamenti* était une action rigoureusement encadrée et appelait un certain nombre de questions⁸¹.

L'étude de la *querella inofficiosi testamenti* a fait émerger une nouvelle notion consubstantielle à cette action, celle de la légitime. En effet, prenant pour acquis que l'héritier injustement exhéredé pouvait demander à faire rescinder les largesses testamentaires de son ascendant, se posait la question de la sanction de cette action et, plus particulièrement, du montant du droit à rétribuer à l'héritier exerçant la plainte d'*inofficiosité*. Voulant sortir d'une appréciation des juges du fond au cas par cas, un plébiscite émergea, appelé loi de Falcidie. Selon Eugène Hache, par cette loi, « *il fut ordonné que tout héritier institué par testament ne pouvait jamais recevoir un legs au-delà des trois quarts de sa part héréditaire, de telle sorte qu'il devait toujours lui rester pour lui au moins un quart de sa part. Cette portion de biens réservée était appelée quarte Falcidie ou portio legitima* »⁸². La *quarte Falcidie* permettait au *de cuius* de connaître par avance la portion qui devait être obligatoirement dévolue pour que la transmission soit conforme au principe de l'*officium pietatis*⁸³.

Le principe de la *quarte* posé, comment était-elle calculée ? Selon son analyse et la retranscription de Louis Guerrin, la *quarte* devait se calculer en formant une masse qui devait comprendre à la fois les biens présents dans le patrimoine du défunt à son décès, en ce compris les biens devant sortir de son patrimoine *mortis causa* : les legs, les donations pour cause de mort. De cette masse active « *devaient être déduites les dettes liées aux frais funéraires et d'autres dettes comme les frais d'affranchissement des esclaves* »⁸⁴. Une fois la masse nette déterminée, il suffisait de prendre son quart pour déterminer le montant de la portion protégée. S'est rapidement posée la question de la prise ou non en compte des donations *inter vivos* dans le calcul de la masse de la *quarte*. Sur ce point précis, il apparaît que la première manifestation d'une volonté de prise en compte des donations entre vifs

⁸⁰ Dans ses écrits Vernet le précise très justement : « *il a fallu la colorer d'un prétexte : on a supposé qu'une exhéredation ou une omission imméritée ne pouvait provenir d'un esprit sain ; on a prétendu qu'elle devait avoir été dictée par une passion aveugle voisine de la démence, et, sur ce prétexte, hoc colore, on a permis de rescinder un testament qui, s'il eût réellement émané d'un fou, eût été nul ab initio.* » in P. VERNET, *op. cit.*, p. 94.

⁸¹ Quelles étaient les personnes fondées à intenter cette action ? Contre qui devait être dirigée cette plainte ? Quelles étaient les conditions d'admissibilité de cette plainte ? À qui appartient la charge de la preuve ? Quelle était la sanction de cette action ? Pour une étude détaillée de ces questions : L. GUERRIN, *op. cit.*, pp. 34 -74 - P. VERNET, *op. cit.*, pp. 91-176 - E. HACHE, *op. cit.*, pp. 21-54.

⁸² E. HACHE, *op. cit.*, p. 31. Également sur le sujet : « *La loi Falcidia fut portée, qui, dans son premier chapitre, donne la liberté de léguer jusqu'aux trois quarts de la succession, en ces termes : 'Ceux d'entre les citoyens Romains qui, après promulgation de cette loi, voudront faire un testament, pour léguer de l'argent et d'autres choses, en auront le droit, sous réserve de la disposition suivante'. Dans le second chapitre, la loi Falcidia fixe la limite des legs en ces termes : 'Tout citoyen romain qui fera son testament après la promulgation de cette loi aura le droit de léguer à tout autre citoyen romain selon le droit public une somme aussi considérable qu'il voudra, pourvu cependant qu'il soit donné par legs de manière à ce que les héritiers testamentaires reçoivent au moins le quart de la succession. Ceux à qui il aura ainsi été donné ou légué auront la permission de prendre cette somme sans fraude et l'héritier qui aura été obligé d'exécuter ce legs devra remettre la somme à laquelle il a été obligé'* », J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2^e éd., Paris, 2000, pp. 376-377, n° 118.

⁸³ Il faut apporter une précision importante : « *pour que la querella inofficiosi testamenti fût exclue, il ne suffisait pas que la quarte entière fût laissée à l'ayant droit, il fallait, de plus, que le testateur n'ait imposé au légataire aucune charge de nature à diminuer son quart* » (L. GUERRIN, *op. cit.*, p. 51) ; cette règle n'est pas sans faire écho à la notion moderne de la réserve libre de charges (C. civ. art. 914.).

⁸⁴ L. GUERRIN, *op. cit.*, pp. 51 à 56.

s'est matérialisée par la loi *Cincia* portée en 550 à Rome qui imposa au donateur un certain taux qu'il ne pouvait dépasser qu'en faveur de certaines personnes⁸⁵. Cette loi « *boiteuse* »⁸⁶ pour reprendre l'expression de l'auteur a été perfectionnée par l'Empereur Alexandre Severe. À partir du rescrit d'Alexandre Severe, « *la portion légitime se calculait en réunissant fictivement les biens donnés entre-vifs à la masse des biens restés dans le patrimoine du défunt jusqu'à sa mort* »⁸⁷. On ne peut que faire le lien entre ces règles et la détermination actuelle posée par l'article 922 du Code civil de la masse de calcul de la quotité disponible⁸⁸.

12. Les Nouvelles de Justinien. Justinien⁸⁹ par ses Nouvelles⁹⁰ apporta un certain nombre de modifications et d'innovations à la notion et à la méthode de la *querella inofficiosi testamenti*. Eugène Hache⁹¹ catégorise ses évolutions en quatre grands points : le montant de la *portio legitima*⁹², la nature de la légitime⁹³, les conséquences d'un testament rescindé⁹⁴ et l'instauration de cause d'exhérédation⁹⁵.

⁸⁵ E. HACHE, *op. cit.*, pp. 31-34.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Pour la sanction de cette action : Une fois calculé et après avoir contesté le potentiel excès, restait une question en suspens qui était la sanction liée à la plainte d'inofficiosité. Selon les différents écrits, lorsque l'action arrivait à son but, le testament mis en cause se trouvait rescindé, les affranchissements testamentaires étaient nuls et les legs n'étaient pas dus. Les legs déjà payés devaient alors faire l'objet d'une rétribution. La rescision du testament ne pouvait être que partielle. Le *querelans*, qui perdait son procès était privé de toutes libéralités auxquelles il avait droit par testament (L. GUERRIN, *op. cit.*, pp. 59-65.). Il était possible au *de cuius* de sécuriser sa transmission en prévoyant une alternative pour que l'héritier qui souhaitait se voir rempli de sa légitime le soit sans intenter une action sur le testament. Comme le précise Eugène Hache, à partir de Constantin il fut permis au testateur d'ordonner que dans le cas où les biens légués seraient insuffisants pour former la *quarte*, cette *portio legitima* serait complétée *boni viri arbitratu*. Ainsi, cette action en complément de part évitait à l'héritier de contester le testament. Peu à peu cette action était possible pour l'héritier même en l'absence de mention expresse dans le testament (E. HACHE, *op. cit.*, pp. 36-38).

⁸⁹ Bordas. (1970), Justinien, in *Focus Encyclopédie internationale tome II D/K* : Empereur de Byzance en 527. Son dessein était notamment de restaurer l'empire Romain et son droit, et pour ce faire il légiféra par voie de Nouvelles.

⁹⁰ Bordas. (1970), Nouvelles, in *Focus Encyclopédie internationale tome III L/Q*.

⁹¹ En ce sens : E. HACHE, *op. cit.*, pp. 49-55 - L. GUERRIN, *op. cit.*, pp. 65-74 - P. VERNET, *op. cit.*, pp. 168-175.

⁹² Avant l'avènement des Nouvelles, nous avons vu que le fait de laisser à l'héritier au moins le quart des biens qu'il aurait dû recueillir *ab intestat*, constituait en quelque sorte une fin de non-recevoir à la plainte d'inofficiosité. Au regard de cette dette naturelle et pour éviter que les récipiendaires de l'hérédité offensent par leur opulence les héritiers du sang, réduits à la pauvreté, Justinien décida d'augmenter le montant de la légitime (Novelle X VIII. Ch.I.). Ainsi, si le défunt avait un, deux, trois ou quatre enfants, il devait leur laisser au moins le tiers de ses biens et lorsque le nombre des enfants était supérieur à quatre, la légitime devait être de la moitié de la succession. Justinien ne semblait pas faire de discrimination entre les héritiers *ab intestat*, si bien que cette augmentation du chiffre de la légitime bénéficiait également aux légitimaires ascendants et collatéraux privilégiés du testateur.

⁹³ Pour Justinien, la nature de la légitime était importante en ce qu'elle fondait l'institution, c'est ainsi que pour lui il ne suffisait plus que la *portio legitima* soit laissée à son destinataire par legs, *fidéicommiss* ou donation *mortis causa*, mais elle devait être laissée par voie d'institution d'héritier. Cette évolution s'expliquait notamment par le fait que le légitimaire devait venir à la succession non pas comme légataire ou fideicommissaire mais bien comme un héritier (L. GUERRIN, *op. cit.*, pp. 59-65).

⁹⁴ Avant Justinien, nous l'avons vu, le testament inofficieux rescindé faisait tomber toutes les dispositions qui y étaient contenues. Avec la Novelle CXV les choses sont modifiées et c'est, *in fine*, uniquement l'institution qui tombera en caducité. Ainsi, les legs, les fideicommiss, les affranchissements et autres nominations se voyaient maintenus.

⁹⁵ Justinien, par la Novelle CXV, ch. III et IV, dressa une liste de causes légitimes d'omission et d'exhérédation afin de supprimer le pouvoir discrétionnaire des juges en la matière et instaurer une certaine prévisibilité.

Dans les dernières heures de l'Empire, le principe de liberté absolue de tester connaissait un certain nombre de restrictions. La volonté absolue du *pater familias* avait glissé vers une volonté contrôlée par un certain formalisme *ad validitatem*, et par l'institution d'une légitime ayant pour principale mission de protéger les héritiers de sang contre les emportements injustifiés du père. Les différentes règles mises en place laissaient d'ores et déjà entrevoir, tant au regard de leur fondement que de leur méthode, la signature de ce que l'on considère aujourd'hui être l'ordre public successoral.

Succédant au droit romain, l'ancien droit français était scindé en deux droits séparés par deux zones géographiques distinctes. En premier lieu, le droit successoral du midi de la France qualifié de droit écrit. En second lieu, à l'opposé du midi, se trouvaient les provinces du nord où l'on suivait le droit des coutumes et où le système successoral était pour le moins radicalement différent de la législation romaine suivie.

13. Le droit écrit, l'influence du droit romain. Ce droit reposait grandement sur les influences romaines précédemment étudiées notamment dans la législation du midi où le droit romain s'est appliqué jusqu'à la fin du XII^{ème} siècle⁹⁶. De par l'omniprésence de ce droit, on retrouvait en droit écrit les principaux axes de la législation romaine : le rôle prédominant du *pater familias*, un droit de propriété quasi-absolu, une unité du patrimoine, *etc.* L'une des plus grandes différences avec le droit des coutumes était l'absence de différenciation entre les biens au regard de leur nature et de leur origine, ce qui avait le mérite d'amener une incontestable simplicité⁹⁷. Malgré quelques incursions timides du droit coutumier, le droit écrit ne nous apprend guère plus de choses que l'étude du droit romain sur l'évolution des règles coercitives qui pouvaient entraver le pouvoir de disposer du *de cuius*.

14. Les tendances du droit des coutumes. Le droit des coutumes a fait émerger plusieurs notions essentielles qui serviront de bases aux éléments modernes de l'ordre public successoral. On pense notamment aux quatre institutions qui ont plus ou moins marqué cette

⁹⁶ Not. en ce sens : « la Gaule méridionale avait d'abord été régie par le Code Théodosien que le Bréviaire d'Alaric avait conservé non sans le modifier. Le droit de Justinien ne s'était introduit que vers le XI^e siècle. L'influence antérieure du droit romain ne s'entend que d'avant la conquête (v – xii). Les jurisconsultes de Bologne avec leurs gloses et leurs sommes, dépouillèrent les textes des compilations de Justinien ; les glossateurs firent connaître ce droit en France où il prit une place prépondérante avec la somme de Placentin, la Somme d'Azon, les Institutes de Jean Faber ... Ce droit s'appliquait en cas d'absence de statuts locaux et lorsque ceux-ci tombèrent peu à peu en désuétude le droit des successions à la fin du XVIII^e était uniquement réglé d'après l'esprit de la Nouvelle 118 », E. VALLIER, *op. cit.*, pp. 101-102.

⁹⁷ Sur ce point : « La dévolution des pays de droit écrit présentait sur celle des pays de droit coutumier l'avantage de la simplicité. Au lieu de distinguer les biens nobles et les biens roturiers, les immeubles et les meubles, les propres et les acquêts, le droit écrit ne présentait qu'une dévolution unique pour tous les biens, et la dévolution ainsi organisée avait le mérite de ne pas présenter de complication analogue à celle que l'on retrouvait dans la succession aux propres », *ibid*, p. 139.

période : les réserves coutumières, les douaires, la légitime et le tiers de Normandie⁹⁸. Avant de revenir sur ces institutions en tant que telles et leurs méthodes, il est nécessaire d'analyser en quoi le droit coutumier s'éloignait du droit romain.

Le droit coutumier s'est développé à une époque où régnait la féodalité⁹⁹. Ce droit reposait sur des grands axes qui ont été notamment mis en lumière par Ernest Vallier dans sa thèse sur le fondement du droit successoral. Pour l'auteur, le premier axe fondant la législation successorale coutumière était le principe de conservation des biens dans la famille qui, nous le verrons, sera une donnée centrale du droit coutumier¹⁰⁰. Ce principe de conservation était consubstantiel de l'influence de la propriété dans le système féodal¹⁰¹. La propriété n'était d'ailleurs pas individuelle mais familiale sous tutelle du chef de famille¹⁰² et son décès n'entraînait pas la liquidation du patrimoine mais sa transmission à un nouvel administrateur. Cette conception collective du foncier contraignait le pouvoir de la volonté du chef de famille qui, malgré une certaine latitude¹⁰³, ne pouvait par son action « *compromettre les destinées de sa race pour le temps qui suivra sa mort* » n'étant qu'un simple maillon de la chaîne familiale. Il existait une double entrave au pouvoir du chef de famille qui ne pouvait seul disposer *inter vivos* ou *mortis causa* des biens¹⁰⁴.

L'autre axe de la législation successorale en droit des coutumes concernait les règles relatives à la dévolution du patrimoine. Il existe à cet égard un changement de paradigme avec le droit romain, en ce que le droit des coutumes s'intéresse moins aux récipiendaires du patrimoine qu'aux biens qui doivent être transmis. C'est ainsi que le droit des coutumes va particulièrement s'intéresser à la nature du patrimoine avec une première différence notable entre les meubles et les immeubles,

⁹⁸ En ce sens : E. HACHE, *op. cit.*, p. 56.

⁹⁹ Ce régime économique, politique et social prévalait en Europe occidentale et notamment en France après l'effondrement de l'empire romain jusqu'à l'époque où dans chacun des États l'autorité royale triompha des souverainetés particulières. En France, la fin officielle de la féodalité est consubstantielle à la Révolution française, notamment avec l'abolition des privilèges lors de la nuit du 4 août 1789. Dans le système féodal, toute terre relevait d'une autre terre, et tout homme d'un autre homme. Le Roi restait à la tête de la société et concédait en fief une partie de ses domaines à des seigneurs qui devenaient des vassaux et dont il était le suzerain. Le possesseur d'un fief pouvait à son tour inféoder une partie de ses terres à des arrière-vassaux et ainsi de suite. Le seigneur était dans son domaine maître de la législation, de la justice, des finances et de l'armée (Bordas. 1970. Fief, *Focus Encyclopédie internationale tome II D/K*).

¹⁰⁰ E. VALLIER, *op. cit.*, pp. 121-132.

¹⁰¹ Ce poids supplantait la question lignagère qui pouvait presque être occultée, dans certains cas l'étranger faisant partie de la même communauté pouvait subroger un héritier *ab intestat*.

¹⁰² En première lecture, on retrouve ici, comme en droit romain, une certaine omnipotence du *pater familias* mais ce serait faire abstraction de la conception collective de la propriété qui était étrangère au droit Romain.

¹⁰³ *Le cum libera*.

¹⁰⁴ Coutume de Labourt de 1514, chap. XI, art. I. Il est intéressant de relever comme le font beaucoup d'auteurs que ce principe de conservation des biens dans la famille était politiquement utile pour l'avènement de la royauté qui succéda et détruisit la féodalité. En effet, pour s'asseoir dans son pouvoir, la monarchie avait besoin de grandes familles nobles fortes, pour être l'appui du trône. Cela passait par le fait de conserver aux familles leur grande fortune et donc de préserver la conservation des biens dans la famille. La véritable notion de succession ne pouvait dès lors vraiment exister que lorsque disparurent la copropriété familiale et la famille patriarcale.

mais aussi et surtout entre les biens propres et les acquêts¹⁰⁵. L'analyse du droit des coutumes fait apparaître une vision nouvelle de la transmission successorale, où le patrimoine et sa destinée prédominent sur la volonté unilatérale de son titulaire, faisant du droit coutumier un vivier prolifique des dispositions coercitives pour le *de cuius* dans sa volonté de transmission.

15. Le contrôle de la volonté en droit coutumier. Les tendances du droit coutumier relatives au patrimoine font émerger un constat qui est la place prépondérante de la famille comme corps d'appartenance dans le droit successoral des coutumes. Comme le précise Ernest Vallier, « *l'individu n'est rien et la famille est tout* »¹⁰⁶. Ainsi, la liberté offerte au *de cuius* de disposer unilatéralement de son patrimoine était assez contrôlée et n'apparaissait que sur la portion de patrimoine qu'il avait bâtie, les acquêts, les biens propres étant indisponibles. Cette liberté était également contrôlée au stade de l'instrument de transmission. De cette volonté de contrôle, découlaient des outils plus ou moins uniformes dans les coutumes pour justement contrôler la dévolution de ce patrimoine.

16. Les réserves coutumières. D'origine germanique, les réserves coutumières suivaient trois principes de base. Ces trois principes étaient : la prise en considération de l'origine des biens, le droit à réserve de tous les parents et la prise en considération uniquement des legs. Ces réserves reposaient sur l'idée principale selon laquelle le *de cuius* n'est qu'un administrateur du patrimoine

¹⁰⁵ Pour les immeubles en particulier, va se former une subdivision entre, d'un côté, les biens de la lignée, qui seront qualifiés de propres, et, de l'autre, les biens créés par l'industrie de l'individu, les acquêts (*En droit des coutumes la notion d'acquêts s'éloigne de l'acceptation moderne que nous connaissons en droit des régimes matrimoniaux. Un acquêt au sens des articles 1401 et suivants du Code civil est tout bien rentrant dans la communauté de biens*). La dévolution des acquêts et des meubles n'emportait pas de grande difficulté et était basée sur le principe de la parenté de sang. La dévolution des propres emportait, elle, des règles particulières où deux systèmes coexistaient : en présence de descendants, l'intégrité du patrimoine propre était garantie par l'instauration d'un droit d'aînesse ; en l'absence de descendant il fallait se tourner vers les règles de droit commun. Plus particulièrement, entre les enfants n'existait *a priori* aucune discrimination quant à la dévolution du patrimoine du défunt, le principe d'égalité étant suivi. Néanmoins, la crainte d'un morcellement du patrimoine, et particulièrement du patrimoine propre, emmena la législation successorale à se durcir en refusant le principe de la représentation (E. VALLIER, *op. cit.*, p. 33) et en instaurant l'indivisibilité du fief qui donnera naissance au droit d'aînesse. Cette règle s'analysait comme un préciput de droit privé sur le patrimoine propre du défunt grâce auquel l'aîné des enfants prélevait sur la succession à la fois des droits honorifiques tels que le nom et les armes, et dans le patrimoine le bien principal, généralement le bien de famille, ainsi qu'une portion avantageuse du surplus des biens nobles. Comme l'indique Ernest Vallier, le droit d'aînesse ne doit pas être analysé en mesure visant à rompre l'égalité successorale, mais plutôt comme un droit supplémentaire qui au demeurant semblait être d'ordre public en ce que le *pater* ne pouvait y déroger (*ibid.*).

¹⁰⁶ En ce sens : « *il existait une différence entre le droit de tester et le droit donner. Le droit de disposer entre vifs était de droit des gens, communicable aux étrangers, la faculté de tester active et passive était de droit civil refusé à l'étranger. La raison de cette différence était dans le fait que l'on considérait la faculté de donner comme la conséquence du droit de propriété, tandis que le droit de léguer était au contraire regardé comme la création de la loi et comme faisant partie du droit de propriété. Dans l'affaire Pommereil un arrêt du parlement de Paris 15 Janvier 1721 rendu par l'avocat général Gilbert de Voisins résumait clairement la théorie du droit coutumier : 'Le pouvoir de disposer de nos biens après notre mort ne nous appartient pas naturellement. La mort dépouille les hommes de tout ; et ce qu'ils n'ont point exécuté pendant leur vie, leur volonté ne le peut faire après leur mort, si la loi qui est immortelle ne prend soin de la faire accomplir. C'est donc proprement la loi qui imprime le caractère de l'autorité aux volontés des défunts qui naturellement serait caduque'* », E. VALLIER, *op. cit.*, p. 76.

familial et ne pouvait donc exercer de pouvoir de disposition sur celui-ci¹⁰⁷. Fondées sur cette tendance de fond de conservation des biens dans la famille, les réserves avaient pour but de frapper d'inaliénabilité un certain nombre de biens du *de cuius*, l'empêchant d'en disposer par la voie testamentaire. Il n'existait pas de règles et de conceptions communes des réserves et celles-ci pouvaient varier en fonction des territoires. En ce qui concerne les réserves, l'assiette de l'indisponibilité était changeante : elle pouvait être circonscrite aux seuls biens propres comme concerner l'entier patrimoine *du cuius*. Les réserves coutumières les plus connues sont celles régies par les coutumes de Paris et d'Orléans. Selon Eugène Hache « *ces réserves avaient pour principale caractéristique de valoriser la portion indisponible du patrimoine à quatre cinquièmes du patrimoine propre du de cuius, portion qui leur donna le nom de la réserve des quatre quintes des propres, souvent appelée réserve des quatre quintes* »¹⁰⁸.

Contrairement à la transmission testamentaire qui était contrôlée par l'institution des réserves, les donations échappaient à toutes coercitions successorales. Dans la plupart des coutumes, la réserve ne portait pas sur les donations *inter vivos* mais uniquement sur les libéralités testamentaires excessives. Pour ce qui est du cas particulier des libéralités entre vifs, ces actes étaient protégés par le principe de l'irrévocabilité des donations. On pouvait en effet considérer que si le *de cuius* voulait se dépouiller d'un bien par donation au profit d'un tiers qu'il affectionnait, l'on pouvait tout aussi bien le soustraire aux héritiers. Aussi la réserve ne pouvait être calculée que sur les biens appartenant au testateur lors de son décès ; il fallait faire abstraction des biens donnés entre vifs. Or, peu à peu, on considéra la réserve comme un moyen de, non seulement protéger le patrimoine, mais également assurer la subsistance des parents à qui elle était dévolue. Sous l'influence des idées de la légitime, on finit par considérer la réserve comme un moyen employé pour assurer une situation aux membres de la famille, et lorsque ce but n'était pas atteint on chercha à y remédier par diverses mesures. L'une d'entre elles était l'institution de la subrogation¹⁰⁹.

Autre institution visant à protéger la famille et à contrôler la volonté du *de cuius*, l'action *ab irato*. Cette action, explique Ernest Vallier, a été mise en place « *en faveur de la famille pour faire tomber les libéralités portant sur les biens disponibles quand ces libéralités étaient consenties pour des motifs qui n'étaient pas légitimes. Par non légitime, il fallait comprendre les donations, testaments, legs, faits sous l'emprise de la colère ou de la haine. Cette énième mesure protectrice de la famille nucléaire a, dans certaines coutumes, réduit le pouvoir*

¹⁰⁷ V. *supra*, sur la notion de *cum libera*, n° 14.

¹⁰⁸ E. HACHE, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁹ Celle-ci consistait, quand il n'y avait pas de propres et qu'en théorie tout le patrimoine du *de cuius* était disponible, à prélever la réserve sur les acquêts subrogés ainsi aux propres et subsidiairement sur les meubles. Not. sur les coutumes de : Bretagne, art. 199 et 203 ; Anjou, art. 340 ; Touraine, art. 233 et 238 ; Poitou, art. 217 ; Loudunois, art. 25 ; Saintonge, art. 85 et 86 ; Saintes, art. 61 ; Angoumois, art. 49 et 52 ; Sens, art. 68 ; Bar, art. 98, (*ibid* p. 85).

de l'individu même sur la fortune acquise ». ¹¹⁰ Les réserves n'étaient pas le seul instrument de protection des héritiers, on retrouve notamment à côté de ces institutions, l'institution romaine de la légitime.

17. La légitime. La légitime, contrairement aux réserves coutumières, ne prenait pas en considération l'origine des biens, portait sur toutes libéralités du défunt et n'appartenait qu'à une certaine catégorie d'héritiers. Cette institution s'est notamment développée sur les faiblesses des réserves ¹¹¹. D'origine romaine, la légitime ne se destinait qu'aux descendants ¹¹², aux frères et sœurs, et avait pour finalité de sanctionner le testament dans le cas où le *de cuius* aurait exhéredé ou omis injustement un d'entre eux. Avant la réformation des coutumes, la quotité de la légitime suivait celle instaurée par la Nouvelle XVIII cap.1. Les rédacteurs de la coutume de Paris ont voulu faire évoluer le *quantum* de la légitime pour dénoncer une incohérence, pourtant soulevée depuis le droit romain, qui était que, dans l'hypothèse où il y avait cinq enfants, la légitime était plus forte qu'en présence de quatre enfants. Ainsi la nouvelle portion de la légitime était fixée à la moitié de la portion *ab intestat* de chaque légittimaire ¹¹³. Pour déterminer sur quelle portion devait s'appliquer ce *quantum* il convenait, au décès du *de cuius*, de réunir la masse des biens sur laquelle la légitime allait s'appliquer. Cette masse de calcul se déterminait en prenant les biens existants, desquels on déduisait les dettes, et auxquels on réunissait fictivement les biens dont le défunt avait disposés par libéralité *inter vivos*. Cette prise en compte des donations différait des modes de calcul des réserves et faisait écho aux règles modernes de l'article 922 du Code civil.

18. Les douaires. Le douaire était une « *donation* » que faisait le mari à la femme dans l'hypothèse où celle-ci devenait veuve ¹¹⁴. L'assiette de ce droit correspondait à l'usufruit d'une certaine portion du patrimoine immobilier du mari. Droit conventionnel à l'origine, ce droit s'est peu à peu automatisé pour *in fine* devenir légal en l'absence de disposition volontaire ¹¹⁵. Le douaire de la veuve survivante emmena la création d'un douaire pour les enfants qui correspondait à la nue-propriété des biens transmis en usufruit à la veuve. Différents auteurs ont mis en lumière que, comme la légitime, le douaire avait pour finalité de « *pourvoir à l'établissement des enfants et de leur assurer*

¹¹⁰ E. VALLIER, *op. cit.*, p. 91.

¹¹¹ Sur ce point : « *La réserve avait été instituée pour conserver les biens dans la famille, mais elle présentait un très grand vice ; en effet, le droit d'aînesse absorbait la presque totalité des quatre quintes, de sorte que, quand les propres étaient féodaux, les enfants puînés restaient sans protection* », E. HACHE, *op. cit.*, p. 111

¹¹² Il existait des exceptions à cette règle notamment avec les coutumes de Lille, Douai et Tournay qui rendaient éligibles à la protection légittimaire certains ascendants.

¹¹³ Art. 298 de la coutume de Paris. D'autres systèmes ont été mis en place mais celui de la commune de Paris restait le plus suivi.

¹¹⁴ Sur le sujet : P. VERNET, *op. cit.*, p. 291 et E. HACHE, *op. cit.*, p. 68.

¹¹⁵ L. GUERRIN, *op. cit.*, p. 85 : « *Le douaire auquel la veuve et les enfants avaient droit en vertu d'une disposition formelle des coutumes était appelé légal ou coutumier ; lorsqu'il était stipulé par contrat de mariage on l'appelait préfix ou conventionnel : le premier n'avait lieu qu'à défaut du second* ».

un patrimoine après décès »¹¹⁶. Néanmoins, ils s'accordent pour différencier ce droit avec celui de la légitime.

19. Le tiers de Normandie. Comme son nom l'indique, ce droit figurait dans la coutume de Normandie, coutume qui protégeait les héritiers de sang contre les libéralités excessives du *de cuius*. La coutume normande fixait une série de règles qui lui étaient propres et tendaient à une protection plus grande de l'héritier. La réserve coutumière de Normandie, dont le taux était plus important que dans les autres coutumes, protégeait l'héritier à la fois contre les dispositions testamentaires mais également contre les donations entre vifs. En effet, le taux de la réserve normande en présence d'enfants s'étendait à tous les immeubles et aux deux tiers des meubles¹¹⁷.

La fin de l'ancien droit par la période révolutionnaire emmènera un certain nombre de bouleversements dans le droit des successions et des libéralités, marquant l'équilibre sous-jacent pour des centaines d'années. Cette confrontation entre, d'un côté, la volonté du *de cuius* et, de l'autre, les limites qui lui sont opposées est établie depuis plusieurs siècles et fonde l'architecture du droit des successions et des libéralités.

C - De la confrontation à la problématique

20. Deux faces d'une même pièce. Du principe de l'*officium pietatis* à des outils plus concrets comme la légitime ou encore le douaire, il est possible de tirer deux grandes constatations de cette première phase d'évolution de la législation successorale :

Premièrement, de tout temps la volonté de *de cuius* se voyait opposer des règles plus ou moins coercitives. Ces règles, tant dans leurs formes que dans leurs étendues, étaient et sont intimement liées à la société dans laquelle elles s'inscrivent. De notre postulat et notre hypothèse de départ, il ressort donc que la matière a depuis toujours été structurée autour de cette dyarchie entre volonté et limites. C'est ainsi que de cette première constatation l'on peut affirmer que de cette relation de confrontation, la matière successorale a toujours tiré un certain équilibre plus ou moins libéral, plus ou moins protecteur. On parlera d'équilibre libéral quand la volonté du *de cuius* connaissait une latitude assez importante sans jamais être illimitée, on parlera volonté d'équilibre protecteur quand la protection des héritiers était telle que la volonté du *de cuius* se trouvait totalement sclérosée.

Deuxièmement, il apparaît que la moindre évolution sociale, culturelle ou encore économique peut influencer de façon conséquente sur l'essence de la matière. Cela s'explique tout particulièrement par la nature du droit des successions qui est intimement liée à la société et au

¹¹⁶ Sur cette analyse on retrouve notamment les travaux précités de Louis GUERRIN et Prosper VERNET.

¹¹⁷ L. GUERRIN, *op. cit.*, p. 89.

politique. C'est ainsi, que dans une société moderne comme la nôtre, soumise à une corrélation très forte entre les données sociaux-économiques et le politique, le droit des successions et des libéralités fait l'objet de nombreux débats. Cette corrélation amène un certain nombre d'interrogations eu égard à notre société actuelle. L'évolution de la volonté et des limites, de l'époque romaine à la période prérévolutionnaire, démontre qu'à travers l'espace et le temps, la matière successorale s'est articulée entre les volontés anticipatives d'un côté et les règles de l'ordre public successoral de l'autre. C'est ainsi que la confrontation de ces deux données a traversé de nombreux régimes politiques différents, mais se trouve, depuis l'avènement du Code civil, relativement stable.

Cependant, depuis le début du siècle, on ne peut que remarquer que la confrontation de ces données fait l'objet de nombreux débats et d'évolutions législatives. Le néolibéralisme et l'autodétermination prônés par nos sociétés modernes entraînent en matière de transmission une augmentation de la volonté à travers le développement de l'anticipation successorale. Le *de cuius*, doit pouvoir, par sa volonté et les outils qui sont à sa disposition, transcender les règles normalement applicables par défaut pour gérer son hérité et la transmission de son patrimoine selon ses souhaits. Corrélativement, l'augmentation de cette volonté via l'anticipation successorale entraîne des conséquences sur les règles de l'ordre public successoral. La confrontation entre ces deux données, confrontation qui a toujours existé, semble prendre aujourd'hui un nouveau tournant au profit d'une prédominance de la volonté.

21. Les questionnements liés à une prédominance de la volonté. Cette confrontation entre les notions a toujours permis à la matière successorale d'assurer un état juridique plus ou moins stable permettant une pratique sereine de la matière. Cependant, les évolutions récentes de la matière obligent à analyser le nouveau rapport de force entre l'anticipation successorale et l'ordre public successoral et ses évolutions prévisibles eu égard du mouvement néolibéralisme institutionnalisé en droit patrimonial de la famille.

À ce titre, la présente étude aurait pu se borner à analyser les célèbres lois des 3 décembre 2001¹¹⁸ et 23 juin 2006¹¹⁹. En effet, il ne fait plus de doute de l'importance de ces textes sur la matière successorale. La loi du 23 juin 2006 démontrera par exemple une véritable volonté de refonte du droit des successions et des libéralités, mais également un bouleversement des composantes de l'ordre public successoral telles qu'elles existaient ne serait-ce que par la

¹¹⁸ 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, JORF n° 281 du 4 décembre 2001.

¹¹⁹ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

libéralisation des libéralités et l'intronisation d'un principe de réduction en valeur¹²⁰. Une partie de la doctrine arguant même que le législateur était venu, avec cette loi, « *rompre avec mille ans de réserve coutumière et deux siècles de Code civil* »¹²¹. Il est en effet important d'analyser comment ces deux lois ont contribué - malgré leur grande qualité - à un certain délitement de l'équilibre induit de la confrontation de la dyarchie. À ces deux lois s'ajoute l'avènement du règlement (UE) n° 650/2012¹²², qui, à l'instar des mouvements internes, promeut l'anticipation successorale dans ses composantes de volonté et de prévisibilité comme données hégémoniques du droit des successions et des libéralités.

Cependant, l'actualité jurisprudentielle¹²³, législative et politique¹²⁴, médiatique et sociale¹²⁵ de ces cinq dernières années ont offert à cette étude un matériel scientifique particulièrement fourni. Sans jamais être exhaustif à ce stade, on peut notamment citer : les arrêts *Jarre* et *Colombier* qui ont amené un nombre important d'interrogations sur la réception des règles françaises en matière de succession internationale ; le rapport sur la réserve héréditaire commandé par la précédente mandature et dont la mission - très orientée - amena un rapport particulièrement fourni et

¹²⁰ Not. sur ce sujet : M. BEAUBRUN, « Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009 - N. BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2006, étude 44 - P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étude - T. PIAZZON, « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 42, 2014, pp. 161-173.

¹²¹ P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, n° 26, 1206, spéc. n° 12.

¹²² Règl. (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil, 4 juill. 2012 (JOUE n° L 210/107, 27 juill. 2012) relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et la création d'un certificat successoral européen.

¹²³ On pense tout particulièrement à certains arrêts : Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 *Jarre* et n° 16-13.151, *Colombier* : *JCP N* 2017, act. 850 et *JCP N* 2017, p. 1305, É. FONGARO ; *JCP N* 2018, n° 27, 1239, note C. DENEUVILLE et S. GODECHOT-PATRIS ; *JDI* 2018, comm. 3, p. 113, E. BENDELAC ; *JCP G* 2017, 1236, C. NOURISSAT et M. REVILLARD ; *D.* 2017 p. 2185, J. GUILLAUMÉ ; *AJ famille* 2017, 595, A. BOICHÉ ; *ibid.*, p. 598, obs. P. LAGARDE ; *D.* 2017, p. 2310, H. FULCHIRON ; *RJPF* 2017, p. 44, note S. GODECHOT-PATRIS et S. POTENTIER ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 87, note B. ANCEL ; *Dr. fam.* 2018, étude 13, n° 5, note D. VINCENT ; *RTD civ.* 2017, p. 833, obs. L. USUNIER ; *ibid.* 2018, p. 189, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. fam.* 2017, comm. 230, obs. M. NICOD ; *Defrénois* 2017, p. 1, obs. M. GRIMALDI ; *ibid.*, p. 26, obs. M. GORÉ ; *ibid.*, p. 40, obs. C. NOURISSAT ; *Gaz. Pal.*, 28 nov. 2017, n° 41, p. 49, obs. Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; *ibid.*, p. 70, obs. G. DUMONT ; *RLDC* 2016-11, p. 30, obs. S. TORRICELLI-CHIRIF. Ou encore : Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17.16.515 et n° 17-16.522.

¹²⁴ Tout particulièrement la dernière loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République et bien évidemment la mission législative sur l'avenir de la réserve héréditaire plus qu'orienté, commandé par l'ancienne garde des Sceaux Nicole Belloubet (N. BELLOUBET, « Lettre de mission », in C. PÉRÈS et P. POTENTIER, « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019).

¹²⁵ De nombreux phénomènes sociétaux touchant directement le droit des successions et des libéralités, ont, ces dernières années fleuries. On pense tout particulièrement au phénomène américain du *Giving pledge* (R.-J. Jr. SCALISE, « La réserve héréditaire : a report from the United States of America », (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 247-258 - P.-C. RANOUIL, « Pourquoi Bill Gates et Warren Buffet ne peuvent pas faire d'émules en France... », Institut Montaigne, mai 2011) qui ressurgit en France avec la persistance d'une volonté d'opposer réserve héréditaire et philanthropie (G. DROUOT et C.-M. PEGLION-ZIKA, « D'un rapport à l'autre, de la réserve à la philanthropie », *RJPF* n° 10, 1^{er} oct. 2020 - BOISSON (J.), « La réserve héréditaire en lien avec les libéralités philanthropiques », (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 57-80 - M. CHABROL, « La philanthropie », (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 95-114 - G. CERQUEIRA et G. CHOISEL, « Le retour inattendu d'un fondement moral pour la réserve héréditaire », Dalloz 2020, p. 2302).

intéressant ; les débats politiques, sociaux et médiatiques qui bousculaient les règles établies au nom d'intérêts philanthropiques, de volonté d'harmonisation européenne voire internationale ; ou encore une loi sur le « *séparatisme* »¹²⁶ entraînant, contre toute attente, la résurgence d'un droit passé.

Ces nouvelles données ont amené, et amènent encore aujourd'hui, un grand nombre d'incertitudes sur le point d'équilibre actuel et sur la relation des piliers de la dyarchie. Tirillés entre sirènes anglo-saxonnes et nostalgie révolutionnaire, les présents débats ne sont pas neutres et amènent des questionnements. Faut-il poursuivre dans l'augmentation de la volonté anticipative, au détriment d'un certain effacement des règles coercitives de la transmission ? Doit-on reformer aujourd'hui les règles de l'ordre public successoral pour les adapter aux nouvelles problématiques socio-économiques du pays ? Doit-on, sous l'influence internationale et européenne, amener plus de libéralisme dans les règles de la transmission, pour permettre une législation sur-mesure et au cas par cas ? Doit-on purement et simplement supprimer les règles de l'ordre public successoral ? Sont autant de pistes envisagées.

Au-delà de ces questions qui tendent - pour certaines - vers la métaphysique juridique, l'étude et les débats portant sur l'augmentation de la volonté dans ce rapport de force posent des interrogations - souvent occultées - sur la pratique du droit de la transmission. La promotion sans entrave des possibilités d'anticiper sa succession a des conséquences importantes en pratique qui s'expliquent essentiellement par le modèle de notre droit. Contrairement à d'autres ordres juridiques, et notamment anglo-saxon, le droit français par l'ordre public successoral pose une série de règles délimitant le périmètre de la volonté anticipative. Dès lors, partant du principe qu'il existe des limites dans l'expression de sa volonté, le *de cuius* sait, *ab ante*, les limites à ne pas franchir sous peine de voir sa volonté court-circuitée. En restant dans ce qu'il est possible de faire, l'anticipation successorale semble donc pérenne. *A contrario* et en l'absence de limites connues de la volonté, la pérennité de l'anticipation successorale se trouve entre les mains du juge. C'est pourquoi l'anticipation successorale, dans son expression pratique, s'est toujours confrontée à l'ordre public successoral. C'est en effet cette confrontation qui permet une pratique efficiente de la matière en ce qu'elle permet de connaître le champ des possible et les frontières de l'interdit. Plus avant, cette seconde grille de lecture, permet d'analyser la faisabilité et l'opportunité du droit.

Ce fossé, parfois consommé, entre la théorie et la pratique, se révèle tout particulièrement dans le cadre des successions internationales. S'il est extrêmement intéressant - et même fondamental - de s'intéresser à la réception en droit international privé de l'ordre public successoral, en analysant notamment les conséquences des arrêts *Jarre* et *Colombier*¹²⁷, *quid* de la solution de ces

¹²⁶ Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

¹²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 *Jarre* et n° 16-13.151, *Colombier* : précités.

décisions sur l'anticipation successorale internationale mais aussi sur la technique liquidative en elle-même ?

Ce sont autant d'interrogations qui peuvent démontrer l'importance d'une vision globale de la matière de la transmission dans son étude actuelle, mais également dans une étude prospective et une démarche de sécurisation.

22. Entrevoir les conséquences. Partant du postulat que le droit des successions et des libéralités se trouve gouverné par deux pôles que sont la volonté et ses limites - matérialisés par l'anticipation successorale et l'ordre public successoral -, il est nécessaire de s'interroger sur les conséquences, tant théoriques que pratiques, de la constante promotion de la volonté, et ainsi se poser l'interrogation suivante : comment la prédominance d'une donnée dans une relation bilatérale influe sur l'écosystème général d'une relation équilibrée ?

23. Une relation de dépendance. L'anticipation successorale et l'ordre public successoral forment l'actuelle dyarchie du droit des successions et des libéralités qui en gouvernent sa structure et en commandent son fonctionnement. L'analyse de la nature de ces deux piliers nous permet de comprendre le fonctionnement mais aussi et surtout leur interdépendance. Cette dépendance de l'anticipation successorale et de l'ordre public successoral crée un équilibre théorique qui soutient la matière. Néanmoins, force est de souligner que l'équilibre induit de la dyarchie voit son point d'équilibre bouger du fait d'une augmentation de plus en plus importante de la volonté du *de cuius*, matérialisée par la promotion sans commune mesure de l'anticipation successorale tant en droit interne qu'en droit international privé. Ce basculement vers une volonté exacerbée démontre l'interdépendance des notions d'anticipation successorale et d'ordre public successoral (**Première partie**).

24. Une relation nécessaire. L'influence de plus en plus importante de la volonté et de son expression dans la dyarchie de la transmission entraîne des conséquences théoriques inévitables sur la conception de la matière. Ce nouvel équilibre - voire déséquilibre - emporte également une problématique pratique très importante. Ces difficultés démontrent de façon univoque que l'équilibre juridique de la transmission n'est pas seulement une construction théorique, il est aussi en phase avec la pratique de la matière de laquelle elle en tire toute son efficacité et sa pérennité. En effet, la modification dans l'équilibre des notions d'anticipation successorale et d'ordre public successoral, pouvant amener à un déséquilibre judiciaire, entraînerait des conséquences directes sur la construction actuelle de la pratique qui se verrait immédiatement compromise dans sa nature même. De constat prospectif s'entrevoient alors des possibilités d'évolution, mais également de

rétablissement de la dyarchie de la transmission vers un équilibre théorique et pratique restauré confortant le nécessaire équilibre entre l'anticipation successorale et l'ordre public successoral (Seconde partie).



**PREMIÈRE PARTIE – L'INTERDÉPENDANCE DES NOTIONS
D'ANTICIPATION SUCCESSORALE ET D'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL**

**SECONDE PARTIE – LE NÉCESSAIRE ÉQUILIBRE ENTRE
L'ANTICIPATION SUCCESSORALE ET L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL**

PREMIÈRE PARTIE

**L'INTERDÉPENDANCE DES NOTIONS
D'ANTICIPATION SUCCESSORALE ET
D'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL**

« Deux droits sacrés sont en présence, et le législateur qui doit les concilier, a un problème difficile à résoudre. Imposer des limites à la volonté du testateur, c'est amoindrir une des conditions vitales de la propriété, la liberté de la transmettre ; abandonner les droits des héritiers du sang, c'est affaiblir les principes nécessaires de la famille, en détruisant la communauté naturelle des biens entre ses membres, et en refusant une protection légitime aux besoins et aux espérances des enfants. La question soulevée par cette alternative domine toute l'histoire du droit de succession ».

F. ESQUIROUX de PARIEU¹²⁸

25. La transmission active du patrimoine. La transmission du patrimoine peut revêtir un nombre pluriel de formes ; elle peut être unilatérale, concertée, *inter vivos*, *causa mortis*, automatique ou suivre le schéma prédéfini par son titulaire. La problématique de la transmission et de la continuité du patrimoine entre les mains de bénéficiaires subséquents est une question qui s'est nécessairement posée dans l'intégralité des cultures, des sociétés, depuis l'origine des temps. Le patrimoine étant par principe un élément qui, dans son essence, survit à la personne de son titulaire, le pouvoir normatif a dû instaurer tout un corps de règles pour organiser sa dévolution quand une manifestation de volonté du titulaire venait à manquer. Quand elle émane de son titulaire, la transmission peut être qualifiée de volontaire, elle obéit alors non pas à un corps de règles *in abstracto* mais à la propre loi du *de cuius*, à sa volonté autonome.

Cette transmission volontaire sera consubstantielle d'une réflexion intellectuelle préalable, conjonction de multiples facteurs, ayant pour fonction d'analyser, estimer, prévoir et anticiper. Le caractère protéiforme de la réflexion anticipative la rend presque évanescence, et permet de légitimement douter de l'existence d'une notion autonome regroupant l'intégralité du périmètre d'une telle pensée. En effet, comment reconnaître à un acte ponctuel la même portée qu'une construction complexe prenant effet au décès du donneur d'ordre ? Il faut, pour apprécier un lien de connexité entre la multitude de manifestations, se concentrer sur leur finalité commune que sera la succession du titulaire.

¹²⁸ F. ESQUIROUX de PARIEU : « Successions », in C. COQUELIN et G.-U. GUILLAUMIN (dir.), vol. 2, p. 670-678 in P. STEINER, « L'héritage au XIX^{ème} siècle en France. Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Presse de Science Po --Revue économique* vol. 59, 2008, pp. 75-97.

Force est de constater que l'existence d'un certain nombre de règles successorales coercitives donnent une dimension commune à la transmission active du patrimoine, en ce qu'elles lient le moindre acte, les rendant opposables et interdépendants. Sans cette emprise coercitive, la prise en considération du schéma intellectuel d'anticipation perdrait en force et aurait une utilité limitée sur les conséquences d'une planification. Selon Émile de Girardin « *gouverner, c'est prévoir* »¹²⁹. Ainsi maîtriser la transmission active de son patrimoine, c'est avant tout prévoir l'intégralité des conséquences patrimoniales du décès, c'est anticiper sa succession.

26. Une dichotomie entre volonté et limite. Cette anticipation de la succession va venir se heurter au mur de la réalité de la transmission volontaire. Aussi autonome qu'elle soit, la volonté du *de cuius* va devoir s'accommoder d'un corps de règles coercitives, venu contraindre la réflexion anticipative et ses manifestations. Ce corps de règles, miroir restreint des règles de la transmission *ab intestat*, a pour dessein de limiter l'absolutisme de la volonté anticipative, rappelant que la matière successorale, et plus généralement la transmission, doit refléter une certaine conception sociale, économique, philosophique de la société dans laquelle évolue le *de cuius*. On retrouve, d'un côté, une réflexion anticipative faisant émerger un besoin de volonté et de prévisibilité et, de l'autre, un ordre public successoral garant d'une certaine conception de la transmission et de la famille. Le sujet est à la croisée de la volonté et des limites, une dichotomie au sein même de la matière qui va en gouverner la structure. Dès lors que la structure de la matière est fondée sur ces deux piliers *a priori* antinomiques, il est aisé d'imaginer que l'intégralité de sa construction va graviter autour du jeu entre ces deux notions. Or, et ce depuis maintenant des dizaines d'années, un mouvement ostensible de néolibéralisme est venu pénétrer la matière familiale et par capillarité la transmission. La volonté, vainqueur naturelle de cette incursion, est venue façonner un nouveau visage à la transmission active. L'influence presque hégémonique de l'anticipation successorale et de sa pratique sont venues influencer non seulement sur le périmètre mais aussi sur la conception de l'ordre public successoral.

Cette influence sera nécessairement porteuse de conséquences. L'équilibre entre les piliers de la transmission, au-delà de préserver une certaine conception française, a une utilité fonctionnelle sur l'effectivité de celle-ci. En effet, la construction législative telle qu'il faut la concevoir, c'est-à-dire avec un juste équilibre entre les notions, ne relève pas de la simple orthodoxie technocratique mais d'une impérieuse nécessité, sous peine de plonger la transmission dans l'ineffectivité la plus totale.

¹²⁹ E. de GIRARDIN, *Le condamné du 6 Mars. Question de l'année 1867*, éd. Hachette 1868, BNF.

Nous allons, dans cette première approche, analyser précisément la nature des deux notions sur lesquelles la dyarchie de la transmission est structurée (**Titre I**). Cette analyse nous mènera par la suite à étudier l'influence de ces mêmes notions au sein de la dyarchie, influence structurant la matière de la transmission (**Titre II**).

∴

TITRE PREMIER - UNE DYARCHIE STRUCTURÉE

TITRE SECOND - UNE DYARCHIE STRUCTURANTE

TITRE I

UNE DYARCHIE STRUCTURÉE

« La ligne idéale qui, selon Vialleton, sépare la réserve et le disponible, continue de délimiter les territoires respectifs de l'ordre public successoral et de la liberté de disposer par libéralité ».

J. CARBONNIER, P. CATALA,
J. de SAINT-AFRIQUE et G. MORIN¹³⁰

27. Une dyarchie structurée. Le temple de la transmission à titre gratuit repose sur deux colonnes qui permettent de soutenir l'intégralité de la législation qui en découle¹³¹. La conception actuelle de la matière est le fruit d'une construction lente, quasi-empirique, des deux notions que sont l'anticipation successorale et l'ordre public successoral. Notions modernes de la volonté et des limites, elles n'ont pas toujours existé en tant que telles mais reflétaient alors les notions juridiques du moment : de la liberté testamentaire à l'épreuve de la *querrala inofficiosi testamenti*, de la liberté de disposer à l'épreuve du retrait lignager, de la liberté de tester à l'épreuve de la légitime, de l'anticipation successorale à l'épreuve de l'ordre public successoral.

28. Premier pilier. La notion d'anticipation successorale fonde sa conception elle-même sur deux axes : la volonté du *de cuius* et la prévisibilité. La volonté se personnifie dans la possibilité pour le *de cuius* de faire un acte positif dans l'organisation de la transmission de son patrimoine. Le champ des possibles ouvert, c'est à sa propre discrétion que l'action est liée. Cette

¹³⁰ J. CARBONNIER, P. CATALA, J. de SAINT-AFRIQUE et G. MORIN, *Des libéralités – Une offre de loi*, 2003, Defrénois.

¹³¹ Cette métaphore est empruntée à Pierre CATALA qui fait une analogie entre les éléments principaux de l'ordre public successoral et les colonnes d'un temple : « *consciemment ou inconsciemment, ébranlé les colonnes du temple* » (P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006, étude 43).

autodétermination est consubstantielle à la manifestation d'actes positifs (donations, legs, institutions contractuelles d'héritiers, assurance-vie, avantages matrimoniaux, *etc.*), mais germe avant tout dans la réflexion préalable faite par le *de cuius*, une réflexion intellectuelle lui permettant d'analyser l'étendue et la pérennité de ses possibilités, une réflexion d'anticipation sur sa succession. Cette réflexion anticipative et ses manifestations positives n'ont de prise que si elles sont pérennes et effectives. La mise en place énergique d'outils plus inventifs les uns que les autres, résultats du produit intellectuel d'une équipe entière de sachants, sera totalement inopérante si tout cet édifice ne repose pas sur le second axe qu'est la prévisibilité. Une fois sécurisée, l'anticipation pourra laisser place à la pratique de la planification successorale. Premier pilier fondateur de la dyarchie, il est nécessaire d'analyser la nature de l'anticipation successorale (**Chapitre I**).

29. Deuxième pilier. L'analyse de l'autodétermination du *de cuius* quant à la création de sa propre loi successorale se heurte à la présence d'un ensemble de règles coercitives qui vont venir cadrer la réflexion anticipative, et contraindre sa manifestation. L'ensemble de ces dispositions appelées « *ordre public successoral* »¹³² est la manifestation actuelle d'une volonté de protection de la famille nucléaire, conséquence d'une sédimentation des règles coercitives anciennes. La mutation récente de la notion d'ordre public successoral est empreinte d'un mouvement de libéralisation et de contractualisation¹³³ du droit de la transmission. Nombreux sont les auteurs qui ont théorisé depuis plus de vingt ans la fin de ce corps de règles, sacrifié sur l'autel de l'individualisme et de l'autonomie de la volonté¹³⁴. L'internationalisation de la transmission et des successions ajoute une grille de lecture supplémentaire en défaveur de l'ordre public successoral¹³⁵. Il apparaît néanmoins que les condamnations sont prématurées et empreintes d'un certain fatalisme auquel il ne faut pas adhérer. En effet, loin d'avoir disparu, l'ordre public successoral s'est adapté à la fois au libéralisme

¹³² V. *infra*, « Ch. II – La nature de l'ordre public successoral », n° 92 et s.

¹³³ En ce sens : D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N*, n° 19, 7 mai 2004, 1223. - J.-M. MATHIEU, « Les enjeux de la renonciation anticipée à l'action en réduction : vers une contractualisation de la transmission successorale – plaider pour une utilisation accrue, mesurée et raisonnée de la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N*, n° 5, 5 févr. 2010, doss. 1060. - M.-C. MONSALLIER-SAINTE MLEUX, « Une contractualisation certaine mais contrôlée du droit des incapacités, des successions et des libéralités », *JCP N*, n° 5, 5 févr. 2010, 1062.

¹³⁴ En ce sens : M. BEAUBRUN, « Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, p. 3. - A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018 - M. GRIMALDI, « La réserve à la casse ? », *Defrénois*, 12 oct. 2017, n° 22, p. 1.

¹³⁵ En ce sens : C. NOURISSAT et É. FONGARO, « Autonomie de la volonté et succession - Le règlement successions », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLANT, p. 205. - É. FONGARO, « La préparation d'une succession internationale - Ou l'art subtil d'éluder la réserve héréditaire », *JCP N*, n° 24, 13 juin 2008, 1221.

et à la pluridisciplinarité de la transmission. Second pilier de la dyarchie¹³⁶, il est nécessaire, à l'instar de l'anticipation successorale, d'approfondir la nature de l'ordre public successoral (**Chapitre II**).

¹³⁶ Cette position est partagée en partie par le 118^{ème} congrès des Notaires qui souligne que « *L'ordre public successoral est la colonne vertébrale du droit successoral français. Il est, et reste, le pilier du temple !* » (118^{ème} congrès des notaires de France, *L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 12-14 octobre 2022, Rapport p. 871). De cette vision monolithique il conviendra d'entrevoir dans notre démonstration l'existence d'une dyarchie.

Chapitre I

LA NATURE DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE

30. La nature de l'anticipation successorale. La nature d'une chose se définit comme « *l'ensemble des caractères, des propriétés qui définissent un être, une chose concrète ou abstraite* »¹³⁷. L'anticipation successorale est une chose abstraite, abstraite car non corporelle et difficile à appréhender. Il faut pour apprécier la nature d'une chose, si elle s'appréhende par l'ensemble des caractères qui la définissent, en étudier son utilisation, son comportement, pour en extraire son essence et *in fine* appréhender sa conception. L'anticipation successorale fait partie des expressions juridiques qui n'ont *a priori* pas de nature autonome, souvent amenée comme un outil ou comme un biais cognitif qui permet de justifier un acte positif. Dès lors, peut-on qualifier l'anticipation successorale de concept juridique autonome ? Est-elle, dans sa nature, une véritable notion juridique (**Section 1**) ?

L'expression « anticipation successorale » a été majoritairement accaparée par la pratique juridique et c'est notamment pour cela que beaucoup ne voient en elle qu'une justification pour passer un acte. Or, la pratique de l'anticipation - au sens général - révèle quelque chose de plus profond qu'une simple justification, elle révèle un véritable courant transcendant tous les domaines du droit, en ce compris le droit des successions et des libéralités (**Section 2**). Partant, la nature de l'anticipation successorale ne doit pas se cantonner à une simple propriété accessoire, mais pourrait se révéler être une véritable notion juridique irriguant tant la théorie que la pratique du droit, et tout particulièrement le droit de la transmission.

¹³⁷ Larousse (2020), Nature, in *Le Dictionnaire Larousse*.

Section 1

LA NOTION D'ANTICIPATION SUCCESSORALE

31. Une notion juridique. Le terme « notion juridique » ou « notion de droit » est dans le domaine juridique l'équivalent d'un label de conformité. On ne s'intéresse à un point que si celui-ci s'inscrit dans cette liste non exhaustive. Le professeur Jacques Mestre interrogeait récemment sur l'opportunité d'intégrer le terme d'optimisation dans la liste des notions de droit : « *Mais néanmoins, parce qu'elle exprime la recherche du meilleur, l'optimisation conserve elle-même, nous semble-t-il, de beaux attraits pour des juristes qui auraient l'ambition de réguler au mieux les rapports sociaux et mérite donc que nous nous intéressions à elle. Cela étant, est-elle vraiment une notion de droit ?* »¹³⁸, pour conclure sa démonstration sur le fait que l'optimisation était un « *grand mot du droit* »¹³⁹. Deux points sont à soulever : le premier est que la démonstration faite implique que pour être étudié, et non pas juste utilisé, il faut que le concept cible soit une véritable notion de droit ; le second point est que la réflexion développée par Jacques Mestre sur la notion d'optimisation¹⁴⁰ pourrait être transposable à notre réflexion sur l'anticipation. Mais alors comment déterminer ce qu'est une notion juridique ? Paradoxalement la réponse ne se trouve pas dans les recueils et dictionnaires juridiques où le terme de « notion juridique » est absent. Il faut dès lors décomposer l'expression pour essayer d'en déterminer le sens. Le mot notion se définit comme « *une connaissance, un savoir élémentaire, rudimentaire* »¹⁴¹ quand le mot juridique correspond à « *relatif au droit en général* »¹⁴². Par voie de conséquence, une notion juridique se définirait comme étant un savoir élémentaire du droit.

Si l'on reprend la réflexion précédente, Jacques Mestre utilise un faisceau d'indices pour déterminer si le concept vaut notion. Il se penche notamment dans son étude sur plusieurs points : « *la présence ou non du concept cible dans les différents domaines du droit, mais également sa présence dans la pratique quotidienne du juriste et les éventuels liens que noue ce concept avec d'autres notions* »¹⁴³. Ce n'est que si le terme étudié répond à ces différentes variables catégorielles qu'une notion de droit se révèle « *vertueuse pour le juriste* »¹⁴⁴. Les conceptions de l'anticipation juridique et tout particulièrement celle de l'anticipation successorale font échos à ces marqueurs (§ 1). De cette conception nous étudierons les fondements de la notion d'anticipation successorale (§ 2) pour *in fine* entrevoir qu'au-delà de

¹³⁸ J. MESTRE, « Optimisation », *RLDC*, n° 182, 1^{er} juin 2020.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Bordas (1970), *Notion*, in *Focus Encyclopédie internationale tome III L/Q*.

¹⁴² Bordas (1970), *Juridique*, in *Dans Focus Encyclopédie internationale tome II D/K*.

¹⁴³ J. MESTRE, *op cit.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

répondre au faisceau d'indices théorisés, l'anticipation juridique, et plus particulièrement, l'anticipation successorale est une vertu pour le juriste mais également pour le justiciable.

§ 1 - LES CONCEPTIONS DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE

32. L'absence d'unité conceptuelle. Les freins d'une émergence de l'anticipation successorale comme véritable notion juridique sont incontestablement dus à l'absence de conception unitaire. Pour exister et être autonome, une notion juridique doit avoir des fondements intangibles. Aujourd'hui, les différentes conceptions et définitions qui ont été publiées sur l'anticipation ont des points de contact, mais il n'existe pas de base établie de ce qu'est l'anticipation successorale. Pour ériger une notion, il faut en établir la nature et étudier ses émanations actuelles pour *in fine* en proposer une définition.

Dans un premier temps, nous analyserons la genèse de la conception de l'anticipation successorale comme étant une émanation du courant de l'anticipation juridique (A), pour dans un second temps, approfondir sur la réception doctrinale, législative et prétorienne de l'anticipation successorale (B).

A - La genèse de l'anticipation successorale

33. Le courant de l'anticipation. Pour comprendre ce qu'est l'anticipation successorale et en apprécier ses fondements et limites, il faut prendre du recul sur la notion d'anticipation. Avant d'être un courant juridique, l'anticipation était présente dans de nombreux domaines. En 1970, l'encyclopédie internationale des éditions Bordas définissait l'anticipation comme « *l'action de devancer le temps, comme le fait d'escompter l'avenir* »¹⁴⁵. Cette définition permettait de déterminer le large spectre de conceptions de l'anticipation : philosophie, littérature, médecine, musique, rhétorique, droit, *etc.* Nous avons vu que l'anticipation, avant d'être une conception juridique pouvait concerner tant l'art que les sciences économiques¹⁴⁶. En droit, on retrouve le concept de l'anticipation dans de nombreuses matières (1) et tout particulièrement en matière de droit des successions et des libéralités (2).

¹⁴⁵ Bordas (1970), Anticipation, in *Focus Encyclopédie internationale tome I A/C*.

¹⁴⁶ V. *supra*, n° 5.

1 - Les conceptions de l'anticipation en droit

34. L'anticipation juridique En droit, et comme précédemment évoqué, le concept de l'anticipation juridique semble dépasser la théorie originelle de l'anticipation et se présente, selon le Doyen Joël Monnet sous quatre axes : « 1°) *l'amélioration de la connaissance du risque et du degré de son exposition*, 2°) *la prévision d'une réaction lorsque le risque se réalisera*, 3°) *la création d'une situation juridique qui aura des effets immédiats de manière à mieux préparer l'avenir* et 4°) *la précipitation du risque afin d'en minimiser les effets* »¹⁴⁷. A l'aune de ces différents axes, on s'aperçoit que l'anticipation juridique est omniprésente en droit. En effet, anticiper et prévoir les conséquences de la réalisation d'un risque relève du réflexe pour le praticien. Son utilisation quotidienne comme un outil n'est plus à prouver, sa consécration comme une véritable notion autonome, elle, ne fait pas l'objet de beaucoup de littérature. Pourtant, le canevas de la réflexion anticipative telle que développée n'est pas révolutionnaire en ce qu'il constitue les axes de réflexion normaux pour un juriste, praticien comme théoricien. De l'analyse d'une jurisprudence, à la rédaction d'une donation-partage, le juriste va user automatiquement de ce mode de réflexion. Quelques exemples parlant de cette anticipation juridique doivent être mis en avant.

35. Le droit des contrats et l'anticipation. La matière contractuelle est la plus encline à la réflexion anticipative. En effet, le droit des contrats est un domaine où l'autonomie de la volonté joue un rôle des plus importants. L'avancée de la volonté et le recul concomitant des règles impératives - mouvement qui atteint plusieurs domaines du droit notamment le droit patrimonial - est le vivier de développements de l'anticipation dans une matière. Par la grande liberté existante dans les relations contractuelles les co-contractants et leurs conseils peuvent user de nombreuses techniques contractuelles, souvent matérialisées par des clauses, pour anticiper tant la mutabilité du contrat dans le temps que ses conséquences et sa fin.

L'anticipation de la mutabilité du contrat : de nombreuses clauses seront insérées dans le contrat pour anticiper sa vie et la pérennité de son insertion dans son environnement. Ces clauses de mutabilité vont permettre au co-contractant de prévoir les potentiels « aléas » qui vont intervenir lors de la formation du contrat, pour que son exécution ne soit pas entravée par l'émergence d'un élément nouveau. Ces clauses peuvent être des clauses d'indexation, des clauses de ventilation de

¹⁴⁷ J. MONNET, « Observations de synthèse » ; E. MONTEIRO : « L'anticipation en droit pénal » ; C. RADÉ : « L'anticipation des risques en droit du travail » ; C. ASFAR CAZENAVE : « Les stratégies d'anticipation des risques dans les contrats internationaux » *in* L'anticipation des risques par l'entreprise – colloque La Rochelle 31 janvier 2014, *RLDA*, n° 91, 1^{er} mars 2014.

certaines charges ou de certains travaux, *etc.* Une clause d'indexation pourra par exemple être insérée dans un contrat de bail pour faire évoluer le loyer en fonction d'un indice, et ainsi prévoir une corrélation entre son *quantum* et l'évolution de certaines données économiques¹⁴⁸. Une clause de ventilation des travaux pourra également être insérée dans un bail pour anticiper la prise en charge de certains types de travaux pouvant être à la charge tant du preneur comme du bailleur, le cas le plus classique étant les travaux sous injonction administrative¹⁴⁹.

L'anticipation de la défaillance et du contentieux : un autre aspect de l'anticipation dans la matière contractuelle est la prévision du dénouement imprévu du contrat du fait d'un des co-contractants. Outre les clauses relatives à l'imprévision ou à la force majeure qui sont inhérentes à un fait en théorie externe¹⁵⁰, la réflexion anticipative va et doit aussi porter sur le fait de se prémunir d'un éventuel défaut fautif. La clause pénale est l'une des clauses permettant de concourir à cette fin. Elle peut être définie comme étant « *la clause par laquelle les parties évaluent par avance et forfaitairement les dommages et intérêts résultant de l'inexécution d'un engagement ou, plus rarement, la clause qui, en cas d'inexécution du contrat, oblige le débiteur à l'exécution d'une obligation autre que le paiement d'une somme d'argent* »¹⁵¹. Sa fonction anticipative est double, premièrement cette clause va anticiper les conséquences financières d'une éventuelle défaillance d'un co-contractant, deuxièmement elle va avoir un effet « désincitatif » sur le contentieux. D'autres clauses permettent d'anticiper le contentieux, non pour l'endiguer mais pour en contrôler sa portée, tel est par exemple le cas des clauses d'élection de *for*¹⁵² et des clauses compromissaires¹⁵³. Les clauses d'élection de *for* - ou clauses attributives de juridiction - permettent de fixer *ab ante* la ou les juridictions compétentes pour connaître d'un litige qui pourrait survenir entre les cosignataires et ainsi éviter la saisine d'une

¹⁴⁸ En ce sens : C. DENIZOT et G. TRAUTMANN : « Le sort des clauses d'indexation ne jouant qu'à la hausse dans les baux commerciaux », *JCP N*, n° 14, 8 avr. 2016, 1120 - M.-P. DUMONT-LEFRAND : « Chapitre 254 - Clauses financières liées aux mécanismes du statut », in *Droit et pratique des baux commerciaux 2018-2019*, 5^e éd., Dalloz 2018, coll. Dalloz action.

¹⁴⁹ En ce sens : M.-P. DUMONT-LEFRAND : « Chapitre 263 - Réparations, travaux », in *Droit et pratique des baux commerciaux 2018-2019*, 5^{ème} éd., Dalloz 2018, coll. Dalloz action. - P.-H. BRAULT : « Imputabilité des travaux faisant l'objet d'une injonction administrative », *Loyers et copr.* n° 9, sept. 2015, comm. 197.

¹⁵⁰ En ce sens : sur la force majeure, C. civ. art. 1218 : « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.* » ; sur l'imprévision, C. civ. art. 1195 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son co-contractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.* ».

¹⁵¹ En ce sens : S. PIMONT, « Clause Pénale », in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, avr. 2010 (act. sept. 2019).

¹⁵² En ce sens : D. SINDRES, « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de *for* », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 787.

¹⁵³ En ce sens : F. PIGNARRE, « Convention d'arbitrage » in *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, déc. 2013 (act. juill. 2019).

potentielle juridiction inadaptée ou incompétente. La clause compromissoire elle, anticipe le contentieux en déplaçant son mode de résolution. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1442 du Code civil la définit comme étant « *la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats* ». Partant, à l'aune d'un litige le demandeur n'aura pas d'autre choix que de saisir le tribunal arbitral avant toute action au fond.

Qu'elle porte sur la mutabilité, la vie, les obligations, la fin ou le contentieux, l'anticipation en droit des contrats est devenue une véritable ligne directrice. Plus qu'un savoir élémentaire du droit, l'anticipation juridique en droit des contrats est une véritable notion de droit servant la théorie et la pratique.

36. La prévention des risques en droit des affaires et des sociétés. Les relations d'affaires sont également un terrain propice à la réflexion anticipative. Se basant en partie sur le droit commun des contrats, le droit des sociétés a depuis de nombreuses années fait sienne la maxime apprendre, analyser, prévoir et se prémunir. La rédaction des contrats d'affaires, de cession de fonds de commerce ou même des statuts de société, utilise quotidiennement la réflexion anticipative. Dans les contrats de cessions on peut nommer comme étant des clauses relevant de la réflexion anticipative les clauses dites de garanties. Dans ces clauses on retrouve notamment les clauses de garantie de passif, les clauses de *earn out* et les clauses de garantie de valeur¹⁵⁴. Par exemple, la clause de garantie de passif et d'actif permet à l'acquéreur d'un fonds de commerce de se prémunir par anticipation d'une augmentation importante du passif social postérieurement à la vente, si le fait générateur de ladite augmentation est antérieur à celle-ci. Dans cette hypothèse le cessionnaire « *se réserve le droit d'aller rechercher la responsabilité pécuniaire du cédant pour qu'il apure personnellement tout ou partie du passif né antérieurement à la cession* »¹⁵⁵.

La rédaction des statuts d'une société, comme la rédaction d'un contrat, vont faire appel à une certaine ingénierie anticipative dans les différents articles et clauses à mettre en œuvre. Les statuts pourront prévoir les différentes conséquences liées à une modification des associés que cette modification intervienne par cession, libéralité ou décès. Ces clauses, qui permettent de contrôler le devenir des parts et actions, font partie des clauses dites de « contrôle » : on en dénombre plusieurs types, notamment, parmi les plus répandues, les clauses d'agrément, de préemption¹⁵⁶ et d'inaliénabilité¹⁵⁷. La clause d'agrément - notamment codifiée aux articles L228-23 et suivants du

¹⁵⁴ A. TANGUY, « Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux » in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, oct. 2018 (act. fév. 2019).

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Pour une étude sur les clauses de préemption : M. JEANTIN, « Les clauses de préemption statutaire entre les actionnaires », *JCP E*, n° 19, 2 mai 1991, 49.

¹⁵⁷ Pour une étude des clauses d'inaliénabilité : C. FERRY, « Validité des clauses d'inaliénabilité portant sur des actions », *JCP E*, n° 13-14, 1^{er} avr. 2010, 1327.

Code de commerce - permet de contrôler par anticipation le sort des titres dans l'hypothèse d'une aliénation des titres. Cette clause coercitive obligera le cédant à respecter un certain formalisme lors d'une cession et notamment de demander à ce que le cessionnaire soit agréé par la collectivité des associés, laquelle se sera réservée par anticipation le droit de refuser l'entrée d'un tiers au capital de la société.

Autre phénomène qui puise son essence dans la notion juridique de l'anticipation et de la réflexion anticipative sans pour autant en porter le nom : celui de la *compliance*. Il existe de nombreuses définitions de la *compliance*, qui pourrait se définir comme l'obligation constante de mise en conformité. Mais la *compliance* est avant tout définie par la doctrine et notamment par Blandine Cordier-Palasse qui résume parfaitement la notion : « *Dans son acception très opérationnelle et transversale, la compliance recouvre l'ensemble des processus qui permettent d'assurer aussi bien le respect des règles, des normes et des processus, que d'insuffler un esprit éthique dans l'entreprise. La conformité de l'entreprise en est le résultat* »¹⁵⁸. Elle précise que l'enjeu principal de la *compliance* est de se prémunir des dangers : « *Le premier objectif de la compliance est donc de protéger l'entreprise (...) Que ce soit dans la fabrication où l'on trouve de plus en plus de robots et cobots, ou dans les services où foisonnent l'Internet des objets, les predictive analytics et le cloud computing, les sources de risques se sont démultipliées, délocalisées et complexifiées. Les recenser, les maîtriser, mettre en place des actions en réduction de risques et savoir réagir si le risque se matérialise, sont typiquement des actions qui incombent aux équipes compliance* ». Recenser et maîtriser les risques pour mettre en place une stratégie de réduction des risques pour l'avenir est donc la ligne directrice de la *compliance*. On ne peut que faire le rapprochement avec la maxime de l'anticipation pour se rendre aisément compte que la notion de *compliance* n'est autre qu'une réflexion anticipative.

La notion d'anticipation qui irrigue plusieurs matières juridiques n'a pas échappé à la matière patrimoniale. Domaine où le pouvoir de la volonté est pourtant *a priori* moins important que dans la matière contractuelle pure, la notion d'anticipation est pourtant bien présente en droit patrimonial et notamment en droit des successions et des libéralités.

2 - Le concept d'anticipation et de planification en droit des successions

37. L'épreuve d'une distinction. Les acceptions d'anticipation et de planification sont souvent utilisées en droit de la transmission et notamment par la doctrine patrimonialiste. Souvent interchangeables dans les récits, nous verrons qu'il est important d'opérer une distinction entre ces

¹⁵⁸ B. CORDIER-PALASSE, « Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur la compliance... mais vous n'aviez pas osé demander », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, n° 2, juin 2018, étude 63.

deux significations car elles ne concourent pas à la même finalité. D'un côté l'anticipation qui reflète la réflexion intellectuelle, et de l'autre la planification représentant l'acte matérialisant la réflexion.

a) *L'anticipation et la succession*

38. L'idée d'anticipation en droit des successions et des libéralités. La succession est « *une institution civile par laquelle la loi transmet à un propriétaire nouveau et désigné d'avance, la chose que vient de perdre le propriétaire précédent* »¹⁵⁹. Plus prosaïquement la succession peut être définie comme étant « *l'ensemble des conséquences patrimoniales du fait juridique qu'est le décès* »¹⁶⁰. Dès lors, et par analogie, l'anticipation de la succession devrait être l'anticipation de l'ensemble des conséquences patrimoniales du fait juridique qu'est le décès. Mais alors comment se manifeste la notion d'anticipation juridique précédemment développée en droit des successions ? Pour essayer de déterminer la réalité et le périmètre d'une telle notion il convient de se reporter au Code civil. En effet, les premières références du droit des successions dans la législation française actuelle sont les règles qui y sont codifiées. Débutant dans le livre troisième intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » le titre 1 « Des successions » débute par les articles 720 et 721. Ces deux articles prévoient en substance que les successions s'ouvrent par la mort, au dernier domicile du défunt, et que celles-ci (les successions) sont dévolues selon la loi lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par des libéralités dans la mesure de la compatibilité avec la réserve héréditaire. Les enseignements de ces deux articles sont pluriels. Premièrement, on comprend que c'est la loi qui régit les règles applicables et les conséquences de la succession. Deuxièmement, le *de cuius*, par une manifestation de volonté matérialisée par une libéralité, peut anticiper et potentiellement s'affranchir des règles édictées par le législateur. Troisièmement, la volonté du *de cuius* doit être compatible avec la réserve héréditaire. La loi prévoit donc la possibilité de déroger par anticipation aux règles légales de la succession sous certaines conditions. Partant, se dessine, dès le début de la codification de la matière, l'horizon de l'anticipation. Pour apprécier véritablement la portée de l'anticipation juridique dans le droit des successions et des libéralités, et ainsi révéler la réalité d'une véritable notion d'anticipation successorale, il est nécessaire d'approfondir la réalité de la réflexion anticipative dans le droit des successions.

39. La réalité de l'anticipation. Pour entrevoir le poids de l'anticipation en droit des successions, il faut déterminer la potentielle fonction de celle-ci. Contrairement à l'anticipation de

¹⁵⁹ Siméon, Fenet, t. XII, p. 218 in E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902.

¹⁶⁰ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 2, 7^e éd., 1983, LGDJ, n° 634 in *Répertoire de droit international*, Succession - Domaine de la loi successorale - P. LAGARDE - Septembre 2015 (act. avril 2019).

la mutabilité d'un contrat ou du départ d'un associé durant la vie sociale, l'anticipation en droit successoral fait appel à une appréhension différente du lien de temporalité. Par analogie, le point fixe qu'est le décès doit être vu comme la fin d'un contrat qu'est la vie. L'anticipation de la succession va être tournée vers ce point fixe qui, comme une singularité, va nécessairement tout ensevelir. Concrètement, la fonction de l'anticipation en droit des successions va être de prévoir les conséquences de son décès pour qu'elles reflètent le plus possible la volonté du disposant et se prémunir des éventuelles difficultés qui pourraient survenir en apprenant et en analysant sa situation. L'utilité de l'anticipation va se révéler à l'aune des conséquences de la succession.

La première conséquence de l'ouverture d'une succession est la détermination des héritiers pouvant se porter habiles à recevoir la succession du défunt, c'est le principe de la dévolution successorale. Ce sont ces règles édictées aux articles 731 et suivants du Code civil qui déterminent les héritiers appelés à recueillir la succession. En droit français, cette dévolution fonctionne sur le principe des ordres et des degrés, avant d'apporter toute une série de correctifs légaux. Les ordres vont déterminer les catégories de parents pouvant venir à la succession du prédécédé¹⁶¹. Une fois l'ordre déterminé, c'est le principe des degrés qui permet de préciser la qualité de successible au regard de la proximité de la génération¹⁶². À ces deux principes applicables, et en l'absence de conjoint survivant, la loi successorale prévoit deux correctifs qui sont les principes de la fente successorale¹⁶³ et de la représentation¹⁶⁴. La première réflexion anticipative porterait donc sur la possibilité de modifier la dévolution successorale, de contrevenir au principe légal des ordres et des degrés pour que le *de cuius* fasse sienne la ventilation de son hérédité. Augmenter le nombre d'héritiers, le réduire ou même modifier le *quantum* des parts héréditaires sont des axes de réflexion pouvant constituer une volonté d'anticipation. La deuxième conséquence inhérente à la première est la volonté de contrôle sur la transmission du patrimoine héréditaire. La détermination des héritiers et de leurs émoluments théoriques n'est que la première étape des conséquences successorales et est consubstantielle de la transmission matérielle du patrimoine. En l'absence de manifestation de volonté de la personne de son vivant, le patrimoine successoral existant au décès va être dévolu entre les différents héritiers de façon désincarnée et créant souvent une indivision successorale en l'absence de partage effectif. Pour pallier cela, le *de cuius* pourrait attribuer directement ou à terme des biens à certains héritiers, modifier l'appréhension matérielle de la succession, scinder les éléments de la propriété entre plusieurs héritiers. Ces différentes réflexions sont un autre axe pouvant constituer une volonté d'anticipation.

¹⁶¹ C. civ. art. 731 à 740.

¹⁶² C. civ. art. 741 à 750.

¹⁶³ C. civ. art. 746 à 750.

¹⁶⁴ C. civ. art. 751 à 755.

Ces deux axes ne représentent qu'une partie de la liste exhaustive des fonctions de l'anticipation successorale. Dès lors, la notion d'anticipation en droit des successions se révèle peu à peu au travers de la maxime de l'anticipation juridique sous la forme d'une réflexion intellectuelle permettant à la personne de créer un véritable schéma au travers de volontés qui devront influencer sur les conséquences de sa succession.

Si l'anticipation juridique relève pleinement d'une notion juridique, la détermination de l'anticipation successorale comme notion autonome de la matière ne fait pas consensus. Partant, pourquoi le fait de parler de l'anticipation successorale comme une notion juridique à part entière peut faire débat, alors qu'elle correspond en tous points à la définition de cette même notion ? L'une des réponses se trouve dans la dichotomie souvent occultée entre réflexion et action. L'anticipation en droit des successions comme dans la majorité des matières juridiques - est considérée comme l'accessoire d'une autre notion, comme un biais, plus qu'une notion autonome. Ce point se retrouve dans la définition de l'anticipation donnée par le Professeur Hugo Barbier : « *L'anticipation, au sens strict du terme, à savoir l'accomplissement d'un acte juridique avant que la situation juridique qui ouvre droit à cet acte ne soit constituée, fait l'objet de réactions diverses de la part du droit* »¹⁶⁵. En ne prévoyant pas de distinction entre la réflexion anticipative et l'acte matérialisant cette même réflexion, on laisse subsister une interrogation sur l'autonomie de la notion d'anticipation. C'est ainsi qu'en droit de la transmission il conviendrait de distinguer : l'anticipation de la planification successorale.

b) La planification successorale

40. La matérialisation de la réflexion anticipative. Le terme de planification renvoie en première lecture à une notion d'économie : « *la planification, ou économie planifiée, est un système économique-politique qui vise, par une réglementation complète de la production, des échanges, etc... à atteindre des buts fixés dans un plan, par exemple une certaine augmentation de la production* »¹⁶⁶. Le terme de planification s'est peu à peu démocratisé pour être finalement défini comme « *la détermination des objectifs précis et à mettre en œuvre, les moyens propres à les atteindre dans les délais prévus* »¹⁶⁷. Ainsi, si l'anticipation est le fait d'escompter l'avenir, la planification est la mise en place des outils nécessaires à la réalisation des

¹⁶⁵ H. BARBIER, « L'anticipation juridique et la cession de créances », *RTD civ.*, 2016, p. 123.

¹⁶⁶ Bordas (1970), Planification, in *Focus Encyclopédie internationale tome III L/Q.*

¹⁶⁷ Le Robert (2017), Planification, in *Le Grand Robert de la langue française.*

objectifs futurs. L'anticipation est la réflexion, la planification, la réalisation¹⁶⁸. La réflexion anticipative portant sur la succession va nécessairement amener à la réalisation d'actes positifs de manifestation de volonté pour que la réflexion en germe chez le *de cuius* puisse matériellement prendre forme. Cette matérialité va se retrouver dans la stratégie de planification mise en place. Une fois l'envie déterminée, il faut mettre en œuvre les moyens pour arriver à cette fin. L'interrogation est donc de déterminer de quoi peut être faite cette stratégie, quels sont les actes possibles pour matérialiser l'anticipation.

Or, pour déterminer le périmètre de la planification, il est nécessaire de comprendre l'étendue de la réflexion anticipative. L'interrogation est simple : où commence et où s'arrête l'anticipation successorale ? À la lecture du Code civil et notamment de l'article 721 on comprend qu'une modification des règles légales de la succession est possible. Le Code civil nous indique que les successions peuvent être dévolues par les libéralités. Partant, et suivant une application littérale des textes, la succession ne pourrait être anticipée autrement que par des libéralités. La stratégie de planification ne pourrait donc passer que par des actes de donations ou par la rédaction de testaments, seuls outils capables de matérialiser la volonté anticipative du *de cuius*. Pourtant, circonscrire les actes de planifications successorales aux seules libéralités n'est pas conforme à la réalité juridique de la notion. Pour essayer d'apporter un élément de réponse sur la détermination des actes susceptibles de rentrer dans le giron de l'anticipation et de la planification successorales il faut se remémorer le point fixe qu'est la succession et les différents axes de la théorie rappelée par Joël Monnet. Serait, selon cette doctrine, un acte de planification successorale, « *tout acte qui matérialiserait la réduction et l'exposition aux risques en créant notamment des situations juridiques qui auraient un effet immédiat ou en précipitant ledit risque* »¹⁶⁹. Cette conception de la planification successorale permet d'entrevoir une ébauche de définition mais elle n'est pas suffisante et il convient d'avoir une vision plus large que la simple prévention du risque. Pour déterminer si un acte fait partie d'une stratégie de planification il faudra déterminer si la passation de l'acte de planification reflète une volonté anticipative du donneur d'ordre, et si cet acte a une incidence immédiate ou différée sur la succession du *de cuius* et sur la transmission de son patrimoine. De là, il est possible de déterminer une définition pour la planification successorale : la planification successorale serait la réalisation des objectifs anticipatifs par la mise en œuvre d'actes positifs ayant une incidence directe ou indirecte sur la succession du *de cuius* et concourant à la réalisation de sa volonté.

¹⁶⁸ L'une des seules distinctions entre ces deux termes s'est retrouvée très récemment dans le rapport du 118^e congrès des Notaires. On peut lire dans ce rapport que la démarche d'anticipation successorale est « *une réflexion globale sur la transmission anticipée de son patrimoine* », quand la planification rejoint un aspect plus fonctionnel au travers d'outils (118^{ème} congrès des notaires de France, *L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 12-14 octobre 2022).

¹⁶⁹ V. *supra*, n° 5.

Outre cette distinction nécessaire entre anticipation et planification, l'émergence de notions connexes à l'anticipation successorale est également un frein à la parfaite lisibilité de la notion.

c) Les conceptions connexes à l'anticipation successorale

41. La théorie de la pré-succession et de l'anticipation successorale. Rares sont les occurrences de la notion d'anticipation successorale dans la matière de la transmission. Une théorie de l'anticipation a émergé en opposition à une autre théorie dite de la pré-succession. La réflexion anticipative et les actes qui en découlent permettent de modifier à une certaine échelle le cours de la liquidation et de la transmission, mais ils n'ont en théorie aucun impact sur le moment de l'ouverture de la succession qui est, depuis l'abandon de la notion de mort civile¹⁷⁰ corrélée à la mort charnelle. L'anticipation de la transmission matérielle d'une partie de la succession notamment par l'outil de la donation-partage¹⁷¹ a fait émerger une théorie qui est celle de la pré-succession. Cette théorie voudrait que les libéralités-partages constituent « *un véritable partage de succession : relativement aux biens qui y sont compris, la succession se trouve comme ouverte, quoique le de cujus soit encore en vie (un peu comme jadis au cas de mort civile). Il s'ensuit que les biens inclus dans la donation-partage et ceux qui ne l'ont pas été constituent deux successions distinctes, et qu'ainsi la réserve doit être calculée distinctement sur ces deux masses* »¹⁷². Cette théorie soutient que par le biais d'une libéralité-partage le *de cujus* pouvait par anticipation ouvrir et partager une partie de sa succession. Cette théorie a été abandonnée, considérée comme « *inadmissible* »¹⁷³ par une partie de la doctrine au profit de la théorie de l'anticipation successorale consacrée par la jurisprudence¹⁷⁴. Celle-ci veut que la libéralité-partage n'emporte pas l'ouverture d'une pré-succession mais opère un partage anticipé sur le seul et unique partage de la succession qui interviendra après le décès du *de cujus*¹⁷⁵. La théorie de l'anticipation

¹⁷⁰ C. civ. anc. art. 718 : « *Les successions s'ouvrent par la mort naturelle et par la mort civile.* », créé par loi 1803-04-19 promulguée le 29 avril 1803 et abrogé par Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 18 JORF 4 décembre 2001 en vigueur le 1er juillet 2002.

¹⁷¹ C. civ. art. 1076 et suivants.

¹⁷² M. GRIMALDI, « Libéralités-Partages. – Introduction », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 10, LexisNexis, art. 1075 à 1080.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Cass. req., 17 août 1863 : DP 1864, 1, p. 29.

¹⁷⁵ En ce sens : « *Désormais, c'est le principe de l'anticipation successorale qui prévaut, la donation-partage étant considérée comme un partage anticipé d'une succession unique non encore ouverte. Le partage ne se réalise complètement qu'au jour du décès du disposant (v. not. Cass. 1re civ., 4 nov. 1981, n° 80-13.191 : JurisData n° 1981-703377 ; Bull. civ. 1981, I, n° 330. - Cass. 1re civ., 23 janv. 2008, n° 05-20.727 : JurisData n° 2008-042508 ; JCP N 2008, n° 7, act. 230)* », S. LE CHUITON, « Les droits successoraux des enfants adultérins en présence d'une donation-partage : la France encore condamnée ! », JCP N, n° 12, 22 mars 2013, 1061. Également sur le sujet : « *Cette observation déteint naturellement sur le débat théorique de savoir si finalement la donation-partage est une présuccession ou une anticipation successorale. L'analyse de la présuccession, qui conduirait alors à voir deux successions, celle préfigurée dans la donation-partage, puis celle ouverte au décès, résiste difficilement à la réflexion, tandis que celle de l'anticipation successorale prend tout son sens. Cette dernière ne brise pas l'unité de la succession, laquelle est alors précédée d'une libéralité, ôtant de la matière au seul partage qui règlera le sort de l'indivision finale restante au décès* », P. POTENTIER, « La donation-partage à propos de deux arrêts récents de la Cour de cassation : consonances et dissonances... », JCP N, n° 16-17, 18 avril 2014, 1168.

successorale renoue donc avec l'idée que l'intégralité des actes de volonté, impulsés par une réflexion anticipative, ont tous une incidence sur la seule et unique succession du *de cuius* qui ne s'ouvrira pas avant son décès. La théorie de l'anticipation successorale telle que présentée par la doctrine et la jurisprudence, ne doit pas être confondue avec la notion que nous développons. En effet, la théorie de l'anticipation successorale s'est principalement construite en opposition à la théorie de la pré-succession et uniquement en justification de l'acte répartiteur, loin donc de la notion autonome nous que théorisons.

42. L'anticipation en droit patrimonial. Nous avons vu que le concept d'anticipation irrigue aujourd'hui bon nombre des domaines juridiques et que le droit patrimonial de la famille n'a pas échappé à cette composante de la volonté. Le droit patrimonial de la famille regroupe un certain nombre de matières auxquelles l'anticipation successorale va faire appel, comme le droit des biens, le droit de la famille, le droit immobilier, le droit des régimes matrimoniaux, *etc.*¹⁷⁶. Néanmoins, ces matières n'ont pas exclusivement une destination successorale. Beaucoup de règles de ces différentes branches du droit vont effectivement servir le dessein d'une certaine ingénierie successorale, mais vont tout autant régir la vie des acteurs avant d'en anticiper leur mort. L'anticipation patrimoniale n'est donc pas un synonyme de l'anticipation successorale, ces deux conceptions sont pour autant connexes par les matières dont elles usent et peuvent parfois être complémentaires. Il est ainsi important de rappeler que la réflexion anticipative en droit patrimonial existe en dehors de l'anticipation successorale et plus généralement en dehors de l'anticipation de la transmission. L'anticipation de la désunion en est un parfait exemple.

Cette forme d'anticipation se réfère à la réflexion mise en place en amont de l'éventuelle séparation ou de l'éventuel divorce pour en régir *ab ante* les conséquences civiles et fiscales. Si l'indisponibilité des droits reste à un certain égard un obstacle à une complète anticipation de la désunion¹⁷⁷, la réflexion anticipative peut être matérialisée par un certain nombre d'outils. Il sera possible de mettre en place un certain nombre de clauses dans les conventions liant les personnes pour anticiper notamment sur le plan pécuniaire les conséquences d'une séparation : des clauses relatives aux différends liés à l'acquisition d'un bien en indivision¹⁷⁸, des clauses dans la convention matrimoniale permettant la reprise de certains biens propres¹⁷⁹, *etc.* L'anticipation de la désunion ne se résume pas en l'insertion de clauses dans les conventions matrimoniales ou d'acquisitions, la

¹⁷⁶ V. *infra*, n° 64.

¹⁷⁷ G. ESCUDEY, « Faut-il permettre l'insertion de clauses relatives à la désunion dans les contrats de mariage ? », *Dr. fam.*, n° 12, déc. 2019, étude 17.

¹⁷⁸ H. LEMAIRE, O. GAZEAU et F. VANCLEEMPUT, « Anticiper la désunion - retour sur l'acquisition en indivision », *Defrénois*, 17 mai 2010, n° 1, p. 79.

¹⁷⁹ G. ESCUDEY, *op. cit.*

réflexion est plus large et pourra notamment porter sur l'anticipation des conséquences d'une séparation sur la vie d'une entreprise¹⁸⁰. L'anticipation et la planification de la désunion, comme d'autres formes d'anticipations en droit patrimonial, pourront être liées à la transmission.

43. La liberté de tester. Autre conception connexe de l'anticipation successorale avec laquelle elle peut être confondue : la liberté de tester. La liberté de tester, à ne pas confondre avec la liberté testamentaire¹⁸¹, se définit par l'autonomie laissée au *de cuius* de transmettre tout ou partie de ses biens par le biais de dispositions testamentaires. La littérature portant sur la liberté de tester est très riche et celle-ci participe en grande partie de la confusion opérée entre anticipation successorale et liberté de tester. En effet, généralement, la liberté de tester est utilisée pour représenter, plus que la transmission successorale par testament, le pouvoir du propriétaire, du *de cuius*, sur son patrimoine et sa latitude consubstantielle d'en disposer¹⁸². La liberté de tester au-delà d'une fonction purement utilitariste est devenue pour beaucoup d'auteurs l'étendard du pouvoir de la volonté du *de cuius* sur la disposition *causa mortis* de son patrimoine¹⁸³. Dès lors, il peut être aisé de confondre la liberté de tester et l'anticipation successorale si on ne s'en tient pas à la définition purement fonctionnelle de la liberté de tester. Ce serait, en effet, une erreur de vouloir voir dans ces deux notions des synonymes, en ce que la liberté de tester n'est qu'une composante de l'anticipation successorale. Le testament fait partie des libéralités évoquées dans l'article 751 du Code civil, mais n'est pas le seul type de libéralité qui peut être un outil de planification successorale. Au surplus, et nous le verrons, contraindre le périmètre de l'anticipation et de la planification successorales aux simples libéralités, est théoriquement et pratiquement une erreur. La jurisprudence française entérine cette distinction entre les deux notions en les scindant explicitement : « *Aux motifs propres que, (...) les modifications apportées en France par la loi du 23 juin 2006 au droit des successions, telles l'exclusion des ascendants du bénéfice de la réserve, la faculté de renoncer de façon anticipée à l'action en réduction, l'exclusion des assurances-vie de la masse successorale, la réduction en valeur et plus en nature, et les mécanismes instaurés par le règlement européen du 4 juillet 2012 marqués par une plus grande*

¹⁸⁰ P. GAUTIER, « L'entreprise à l'épreuve de la désunion », *Defrénois*, 30 mai 2016, n° 123, p. 552.

¹⁸¹ « Le terme de 'liberté testamentaire' n'est pas, en réalité, un autre nom pour désigner le débat récurrent et classique depuis le début du XIX^e siècle autour du droit de tester : loin d'être un synonyme de 'liberté de tester', catégorie usuelle des juristes, il traduit, plus exactement, une manière inédite de penser la transmission des patrimoines, un déplacement significatif dans la façon de concevoir les fonctions sociales des règles juridiques », F. AUDREN, « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire. Aux origines de l'analyse économique du droit », in *Revue Histoire du XIX^e siècle*, 2014.

¹⁸² « Le droit de transmettre après notre mort les biens dont nous sommes propriétaires à certaines personnes, désignées, soit par nous-mêmes, soit par la loi, est un élément essentiel de la propriété, telle que la reconnaissent toutes les législations des peuples civilisés », P. STEINER, « L'héritage au XIX^e siècle en France. Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », in *Presse de Science Po Revue économique* vol. 59, 2008, pp. 75-97.

¹⁸³ « La modification des lois relatives aux successions et l'établissement de la liberté de tester, dernière sauvegarde de la petite propriété », A.-E. Von OVERBECK, « Problèmes de l'unification des règles de conflits sur le fond des successions », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law*, 1927, pp. 555-592.

liberté de tester et l'anticipation successorale, désormais en vigueur en France, ont fait évoluer le sens de la réserve héréditaire »¹⁸⁴.

Après une étude étymologique des termes de notion juridique, d'anticipation juridique, d'anticipation successorale et de planification successorale aux fins de déterminer l'existence d'une véritable notion juridique d'anticipation successorale, il convient d'approfondir la réception de cette notion dans la doctrine juridique.

B - Les définitions juridiques de l'anticipation successorale

44. La réception théorique de l'anticipation successorale. La notion d'anticipation successorale n'est pas totalement absente de la théorie juridique. Plus effacée que dans la pratique, cette notion n'est pour autant pas oubliée par la doctrine. En effet, nous allons voir que la doctrine a fait sienne la notion d'anticipation successorale (1), réception qui n'est pas si évidente en jurisprudence ou encore dans la matière législative en l'absence de conception unitaire (2). Ce que va notamment révéler l'étude de la doctrine, c'est l'absence de définition précise mais également de conception unitaire. Cette volatilité fait nécessairement écho à l'analyse étymologique et juridique de l'anticipation. L'absence de consensus sur l'existence et sur le périmètre de l'anticipation juridique et de son existence en droit des successions ressurgit nécessairement sur l'appréhension doctrinale et plus généralement juridique de la notion.

1 - L'anticipation successorale vue par la doctrine

45. L'interrogation du périmètre de la notion. L'absence de définition unitaire de l'anticipation successorale entraîne un certain nombre d'écueils avec en premier lieu la détermination du périmètre d'une telle notion. À la lecture d'une partie de la doctrine, la notion d'anticipation successorale n'aurait attiré qu'à une transmission *inter vivos* du patrimoine. Or nous verrons qu'il est nécessaire de raisonner sur une définition plus large de l'anticipation successorale.

a) Une définition *inter vivos* de l'anticipation successorale

46. L'étude de l'anticipation successorale par Jean Patarin. Dans son célèbre cours de droit civil sur l'anticipation successorale dans les contrats et les actes non testamentaires

¹⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 *Jarre* et n° 16-13.151, *Colombier* : précités.

consentis par le *de cuius*, nommé « Les problèmes de l'anticipation successorale »¹⁸⁵, le Professeur Jean Patarin offre une des analyses les plus approfondies de la littérature juridique française sur le sujet de l'anticipation successorale. L'éminent auteur ne donne pas de définition de l'anticipation successorale mais opère une délimitation du sujet par la négative en excluant les éléments de son étude qui ne font pas partie selon lui de la notion.

Premièrement, il exclut du champ de son étude les actes de prévoyance : « *Nous n'étudierons pas les actes de prévoyance qui n'auraient pas une finalité ou une effectivité successorale au sens étroit du terme. Notre problème concerne le sort de la succession, c'est-à-dire la dévolution du patrimoine du de cuius, l'allotissement de ses héritiers, le fournissement des parts de réserve héréditaire* »¹⁸⁶. Selon lui, ces mécanismes, basés sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, sont juridiquement traités hors succession. Au cours de son étude, le spécialiste indique que si l'on devait intégrer les avantages résultant des stipulations pour autrui, il conviendrait également d'intégrer dans le giron de l'anticipation successorale tous les avantages « *qui ne sont pas des biens en droit positif français, mais qui sont pourtant précieux pour le bénéficiaire et qui peuvent même constituer la source de sa fortune* »¹⁸⁷. Il exclut donc également de son étude ce qu'il appelle les avantages de situation tels que « *les avantages d'une éducation ou d'une influence paternelle* ».

Deuxièmement, et de façon plus surprenante, l'auteur exclut du champ de son étude sur l'anticipation successorale les dispositions pour cause de mort que sont les actes testamentaires : « *Une deuxième limite du domaine de la recherche sur l'anticipation successorale consiste dans l'exclusion des actes testamentaires (testament ordinaire et testament partage). Certes le testament offre au de cuius le moyen de façonner plus ou moins longtemps d'avance, la transmission de sa succession. Mais, étant un acte unilatéral, révocable unilatéralement, n'obligeant donc pas le testateur, il ne comporte aucune anticipation susceptible à la fois de produire un effet immédiat et d'engager l'avenir. Le testament n'est donc pas, au sens de notre thème de recherche, un instrument d'anticipation successorale* »¹⁸⁸. Si l'exclusion théorique des stipulations pour autrui comme les contrats d'assurance-vie peut être entendue dans une conception extrêmement restrictive de l'anticipation successorale, la question des dispositions testamentaires, elle, est plus complexe. Par l'exclusion des actes testamentaires, l'auteur opère une scission au sein de l'anticipation successorale que nous retrouverons au fil de notre étude. Cette scission sera fondée sur la volonté du *de cuius* dans la réflexion et l'acte de planification, entre d'un côté une volonté unilatérale et de l'autre une réflexion concertée de la transmission. L'auteur conclut son propos introductif sur le fait que « *c'est du côté des contrats et des actes de disposition ayant un effet immédiat entre vifs qu'il faut chercher les moyens de l'anticipation successorale* »¹⁸⁹. Il faut donc comprendre de l'analyse de Jean Patarin que les moyens de l'anticipation

¹⁸⁵ J. PATARIN, *Le problème de l'anticipation successorale*, Les Cours de droit civil, Paris, 1973/74, 1 vol.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 14.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 15.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 17.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 18.

successorale, en d'autres termes les outils de planification, ne se retrouvent que dans les actes entre vifs engageant d'une façon ou d'une autre le *de cuius* et les récipiendaires de l'acte. Pour lui, l'anticipation successorale est donc intimement liée à la contractualisation de la transmission. Cette vision de l'anticipation successorale se rapproche de la théorie générale de l'anticipation de Hallouin¹⁹⁰ précédemment évoquée, qui voyait dans l'anticipation juridique un mode exceptionnel de formation des situations juridiques et excluait tout acte de prévision. Ainsi, ne feraient partie de l'anticipation successorale, que les réflexions et actes subséquents qui, du vivant du *de cuius*, anticiperaient les conséquences successorales. Cette vision se rapproche également de la conception allemande de l'anticipation successorale dénommée *Vorweggenommene Erbfolge*, littéralement « *la succession anticipée entre vifs* »¹⁹¹. Cette conception veut que l'anticipation successorale ne s'apprécie qu'à l'aune de transmissions entre vifs¹⁹². Ce type d'anticipation aurait notamment les vertus d'éviter les vicissitudes de la transmission testamentaire et son formalisme potentiellement coercitif, mais aussi d'assurer une certaine forme de contrepartie des bénéficiaires qui serait profitable au *de cuius* le temps de sa vie, on pense ici à une clause de réserve d'usufruit.

Mais la limitation du périmètre de la réflexion anticipative aux seuls transferts *inter vivos* de valeur patrimoniale ne reflète pas, ou plus, la véritable conception actuelle de l'anticipation et de la planification successorales. D'ailleurs, cette conception restrictive relève d'une doctrine juridique plutôt minoritaire et bon nombre d'auteurs s'emparent d'une conception plus élargie de la notion.

b) Une définition plus large de l'anticipation successorale

47. Une conception élargie de l'anticipation successorale. Dépasser la théorie générale de l'anticipation pour déterminer la véritable acception de la notion est une démarche empruntée par de nombreux auteurs. Une des conceptions élargies de la notion d'anticipation juridique et d'anticipation successorale est la prise en compte de l'anticipation des risques et plus généralement de leurs prévisions : « *L'anticipation des risques fait aussi appel à une autre logique qui est, notamment, illustrée par les mécanismes du mandat posthume ou de la renonciation anticipée à l'action en réduction et qui se caractérisent par opposition aux situations que l'on range habituellement sous le concept d'anticipation (au*

¹⁹⁰ V. *supra*, n° 5.

¹⁹¹ CJCE, 10 juin 1999, C-376/97, 61997CJ0376 : « Par acte notarié du 4 juillet 1991, M. Wettwer a, par voie de 'vorweggenommene Erbfolge' (succession anticipée entre vifs), cédé son exploitation, y compris les droits et obligations y afférents, à son fils, qui était également agriculteur et gérait une autre exploitation agricole. M. Wettwer en a informé la Bezirksregierung le 23 juillet 1991 ».

¹⁹² « Dans une autre acception, plus restreinte, l'anticipation successorale (vorweggenommene Erbfolge) comprend uniquement des actes de transmission consentis par le *de cuius* de son vivant et qui ont pour effet de transférer des biens hors succession ; cf. H. Dörner, *Internationales Erbrecht*, op. cit., « Art. 25 », no 445 ; D. Olzen, *Die vorweggenommene Erbfolge*, Paderborn, Schöningh, 1984, pp. 13 ss. », A. BONOMI, « L'anticipation successorale », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, pp. 261-319.

*titre desquelles il faut sans aucun doute ajouter la technique de la donation-partage présentée lors du colloque comme mesure d'anticipation du décès du chef d'entreprise) par l'éventualité de leur mise en œuvre. Même si elles reposent sur une situation juridique existante, il n'est pas certain qu'on lui fera produire ses pleins effets. Ainsi, par exemple, la renonciation anticipée à l'action en réduction ne sera vraiment effective que si l'état de la succession laisse entendre qu'il faudra effectivement réduire les libéralités. Il en va de même du mandat à titre posthume ou encore de l'opération d'assurance. En ce sens, la notion d'anticipation des risques inclut les actes de prévision, alors que la notion classique les écarte »¹⁹³. Selon le Professeur Marc Nicod, l'anticipation successorale doit être envisagée dans son sens le plus large, c'est-à-dire en y intégrant tous les actes de volonté pris par le *de cuius* en vue d'organiser sa succession future¹⁹⁴. D'autres auteurs rejoignent cette école d'une définition de l'anticipation successorale élargie à toutes les manifestations de planifications ayant une conséquence directe ou différée sur la succession. On retrouve notamment Andréa Bonomi qui utilise le terme d'anticipation successorale dans ce qu'il appelle « le sens plutôt large de la doctrine française » qui englobe tous les actes visant à organiser la transmission des biens du *de cuius*, que cela soit fait par des libéralités *inter vivos* ou par des dispositions de dernière volonté¹⁹⁵.*

On voit au travers de ces deux exemples qu'il n'existe pas d'unité même dans une conception élargie de l'anticipation successorale. La conception élargie d'Andrea Bonomi reste cantonnée aux libéralités *inter vivos* ou *causa mortis*. En cela, l'auteur se rapproche de la conception de l'article 751 du Code civil qui mentionne comme outils de modification des règles successorales uniquement les libéralités. Marc Nicod va lui plus loin dans sa définition de l'anticipation successorale et parle de tous les actes de volonté pris par le *de cuius* en vue d'organiser sa succession future. La notion d'acte de volonté dépasse largement le cadre des libéralités et renvoie à tous les actes pris par le *de cuius* qui auront une conséquence sur sa succession. La question centrale est de déterminer ce que l'on entend par les termes : « conséquences sur sa succession »¹⁹⁶.

Les conséquences d'un acte de volonté sur la succession peuvent s'analyser tout d'abord d'une façon restrictive : il existe des actes de volonté qui vont modifier la liquidation de la succession, le terme succession étant ici appréhendé comme le processus juridique et son formalisme. Par exemple, un legs de quotité disponible compris dans un testament est un acte de volonté du *de cuius* qui va avoir des conséquences sur la liquidation de la succession au terme de plusieurs étapes de celle-ci : masse de calcul de la quotité disponible, réduction, *etc.* À l'inverse, le versement d'une somme sur un contrat d'assurance-vie avant le soixante-dixième anniversaire du souscripteur-assuré n'aura, à proprement parler, aucune conséquence formelle et fiscale sur la

¹⁹³ J. MONNET, « Observations de synthèse », in *L'anticipation des risques par l'entreprise* – colloque La Rochelle 31 Janvier 2014, *RLDA* n°91, 1^{er} mars 2014.

¹⁹⁴ M. NICOD, « L'anticipation de la succession », *JCP N*, n° 12, 24 mars 2006, 1136.

¹⁹⁵ A. BONOMI, *op. cit.*

¹⁹⁶ M. NICOD, *op. cit.*

succession, hors hypothèse de contestation judiciaire dudit placement. Dès lors, cet acte de volonté qu'est la transmission d'un capital par le biais d'un contrat d'assurance-vie est-il un acte de planification successorale relevant d'une réflexion anticipative ? Tout dépendra alors du sens que l'on veut donner aux termes « organisation de sa succession future ». Selon toute logique, il faut retenir dans les mots organisation de sa succession future une conception élargie qui pourrait être transposée par l'organisation de la gestion et de la transmission de son patrimoine.

Plus avant, ces deux définitions de l'anticipation successorale relèvent d'une conception fonctionnelle de la notion car elles se fondent sur les outils par lesquels la notion se matérialise. D'autres auteurs ont choisi de s'approprier une définition de l'anticipation successorale non pas fondée sur des outils mais sur ses fondements. Le Professeur Huguette Méau-Lautour révèle sa définition de l'anticipation successorale aux travers de deux de ses fondements qu'elle considère être, d'un côté, la paix à la fois du *de cuius* et de sa famille, et, de l'autre, l'adaptation : « *Source de paix et d'adaptation, l'anticipation successorale doit être prise dans un sens large et inclure toutes les techniques qui sont à la disposition du de cuius pour transmettre et distribuer les richesses selon sa volonté. Au sens strict, l'anticipation successorale vise les actes entre vifs plutôt que les actes à cause de mort qui ne produisent leurs effets qu'à cette date ; mais si l'on regarde non pas l'effet mais la source de l'acte, c'est-à-dire la volonté du futur mort comme le demande l'étude d'aujourd'hui, il y a de l'anticipation dans tous les actes qui sont voulus dans la perspective de la mort* »¹⁹⁷. La conception élargie de l'anticipation successorale fait ressortir une notion en réalité plus profonde qu'une simple notion utilitaire servant d'accessoire à des actes juridiques.

2 - L'absence d'une conception unitaire

48. Une conception stratégique et fonctionnelle. Bien que différentes, les définitions de l'anticipation successorale énoncées par la littérature doctrinale ont des points de contact. L'intégralité des définitions et des occurrences énonce que l'anticipation successorale et la planification successorale reposent sur une volonté plus ou moins unilatérale de modifier les conséquences ou le cours de sa succession future. C'est la définition fonctionnelle de l'anticipation successorale à travers laquelle on comprend que la fonction de l'anticipation successorale serait de modifier sa succession future. Et c'est un fait, la réflexion anticipative et son penchant actif ont pour fonction de venir modifier à la fois les règles et les conséquences normalement applicables à sa succession. Dans le prolongement du premier point, en se basant uniquement sur une manifestation de volonté du *de cuius* pour fonder la notion d'anticipation successorale, l'axe fonctionnel de l'anticipation occulte en grande partie les véritables fondements de l'anticipation

¹⁹⁷ H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266.

successorale pour se consacrer sur sa forme active. En se consacrant sur les actes de volontés, sur le biais en lui-même, on occulte nécessairement le pourquoi de l'action. Or, nous avons vu que planification et anticipation doivent être appréhendées différemment comme on différencie la pensée de l'acte¹⁹⁸. Partant, si on s'efforce de quitter la simple vision fonctionnelle de l'anticipation successorale il faut percer les fondements de la pensée anticipative.

49. L'absence de positionnement législatif et jurisprudentiel. Au-delà, de la problématique d'une conception purement fonctionnelle, l'absence de définition unitaire de l'anticipation successorale est aussi liée à sa complète absence des textes législatifs. La notion n'apparaît dans aucun article du Code civil et n'est évoquée qu'à demi-mot dans l'article 751 du même code précédemment étudié. Le droit prétorien fait également figure de grand absent en ce qui concerne la caractérisation d'une définition. Les occurrences de la notion sont assez éparses dans la jurisprudence et n'apparaissent rarement que pour confirmer l'appréciation fonctionnelle de l'anticipation successorale et non pour consacrer une notion autonome. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence évoque la notion dans un arrêt daté du 20 février 2018 où la notion d'anticipation successorale est utilisée pour justifier la cession de parts sociales d'une société civile immobilière : « *Il a par contre retenu que la délibération votée par l'assemblée au bénéfice de la gérante associée majoritaire était entachée d'un abus de majorité dans la mesure où Mme Michèle G. épouse C. avait, de manière non dissimulée, profité de sa part importante dans le capital de la société et manifesté sa volonté, en cédant à la SCI constituée avec ses enfants, de répondre à un souci personnel d'anticipation successorale au détriment de l'intérêt social et des associés minoritaires* »¹⁹⁹. Ici, la notion d'anticipation est utilisée pour justifier un acte de disposition. Une autre occurrence dans le droit prétorien du terme anticipation successorale a trait à la notion d'anticipation opérée par la passation d'une libéralité-partage : « *Attendu que la faculté accordée par l'article 1075 du Code civil aux ascendants de faire par anticipation le partage de leur succession est limitée aux biens dont chacun d'eux a la propriété et la libre disposition sans pouvoir être étendue aux biens communs* »²⁰⁰. D'autres arrêts et jugements²⁰¹ évoquent le terme d'anticipation accolé à celui de succession mais sans se prévaloir de la véritable notion de l'anticipation successorale. L'une des mentions les plus marquantes de l'anticipation successorale, comme une notion à part entière, a été faite dans un arrêt déjà cité et qui malgré son caractère récent est devenu une jurisprudence

¹⁹⁸ En ce sens : K. TERRIOT, « La naissance de l'acte chez Wallon : un acte de naissance pour une approche dynamique du développement », *Enfances & Psy*, vol. 61, n° 4, 2013, pp. 10-19. - D. WIDLOCHER, *Entre la pensée et l'acte. De Freud à Wallon, in Enfance*, tome 47, n° 1, 1993. pp. 87-92.

¹⁹⁹ CA Aix-en-Provence, 1^{ère} ch., 20 fév. 2018, n° 16-12.276.

²⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2000, n° 97-20.839 : *JCP N*, n° 11, 15 mars 2002, obs. R. Le GUIDEDEC ; *JCP G*, n° 48, 28 nov. 2001, *ibid* ; *RJPF*, n° 10, 1 oct. 2000, obs. J. CASEY.

²⁰¹ Également en sens : Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, n° 99-11.308 - Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 2010, n° 8-18.196 - Cass. crim., 28 janv. 2014, n° 12-87.239 - CEDH, 7 fév. 2013, n° 16574/08, *Fabris c/ France*.

incontournable de la matière : « *que les modifications apportées en France par la loi du 23 juin 2006 au droit des successions, telles l'exclusion des ascendants du bénéfice de la réserve, la faculté de renoncer de façon anticipée à l'action en réduction, l'exclusion des assurances-vie de la masse successorale, la réduction en valeur et plus en nature, et les mécanismes instaurés par le règlement européen du 4 juillet 2012 marqués par une plus grande liberté de tester et l'anticipation successorale désormais en vigueur en France, ont fait évoluer le sens de la réserve héréditaire* »²⁰². Le terme anticipation successorale est ici évoqué en tant que notion de fond ayant influé sur la législation successorale et non comme simple justification d'un acte. Mais alors, si l'anticipation successorale a eu une influence sur la législation successorale²⁰³ c'est qu'elle est nécessairement plus qu'un accessoire à un acte juridique mais bien une notion à part entière de la matière des successions et des libéralités dont les fondements sont encore à découvrir.

§ 2 - LES FONDEMENTS DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE

50. Détermination et analyse des fondements. Pour comprendre l'importance de la notion juridique de l'anticipation successorale dans l'ordonnancement juridique de la matière du droit des successions et, plus généralement, du droit de la transmission, il convient d'en faire une notion stable. Ainsi, pour essayer de fixer une notion dans une définition durable, il faut opérer une analyse empirique de celle-ci et chercher ses fondements. Nous avons vu qu'étymologiquement l'anticipation successorale peut facilement être qualifiée de notion de droit, et qu'il convient de scinder, d'un côté, la réflexion anticipative et, de l'autre, la réalisation active du schéma intellectuel. La doctrine, la jurisprudence et le législateur effleurent tous à travers différentes approches la notion sans jamais en donner véritablement une définition. D'une définition utilitaire et fonctionnelle, à une conception par aspiration en passant par une définition négative, le travail de la doctrine ne permet peut-être pas d'apprécier un unique cadre, mais laisse entrevoir le large spectre que couvre la notion d'anticipation successorale. Partant, pour comprendre la notion, il faut en étudier ses fondements. L'anticipation successorale, et plus particulièrement la réflexion anticipative, reposent à notre sens sur deux fondements. Le premier, la volonté *du cuius*, est un

²⁰² Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 *Jarre* et n° 16-13.151, *Colombier* : JCP N 2017, act. 850 et JCP N 2017, p. 1305, É. FONGARO ; JCP N 2018, n° 27, 1239, note C. DENEUVILLE et S. GODECHOT-PATRIS ; JDI 2018, comm. 3, p. 113, E. BENDELAC ; JCP G 2017, 1236, C. NOURISSAT et M. REVILLARD ; D. 2017 p. 2185, J. GUILLAUME ; AJ famille 2017, 595, A. BOICHÉ ; *ibid.*, p. 598, obs. P. LAGARDE ; D. 2017, p. 2310, H. FULCHIRON ; RJPF 2017, p. 44, note S. GODECHOT-PATRIS et S. POTENTIER ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 87, note B. ANCEL ; *Dr. fam.* 2018, étude 13, n° 5, note D. VINCENT ; *RTD civ.* 2017, p. 833, obs. L. USUNIER ; *ibid.* 2018, p. 189, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. fam.* 2017, comm. 230, obs. M. NICOD ; *Defrénois* 2017, p. 1, obs. M. GRIMALDI ; *ibid.*, p. 26, obs. M. GORÉ ; *ibid.*, p. 40, obs. C. NOURISSAT ; *Gaz. Pal.*, 28 nov. 2017, n° 41, p. 49, obs. Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; *ibid.*, p. 70, obs. G. DUMONT ; *RLDC* 2016-11, p. 30, obs. S. TORRICELLI-CHRIFFI.

²⁰³ V. *infra*, « Ch. I – L'influence de l'anticipation successorale sur l'ordre public successoral interne », n° 145 et s.

fondement qui est souvent évoqué dans la littérature juridique (A). Le second, plus discret mais tout aussi important, est la prévisibilité et l'effectivité de l'anticipation successorale (B)²⁰⁴.

A - La volonté du *de cuius*

51. Le pilier de la volonté. La volonté du *de cuius*²⁰⁵ représente littéralement « *ce que veut la personne* »²⁰⁶ relativement à sa succession. L'envie du *de cuius*, sa volonté, va principalement se manifester lorsque celui-ci va vouloir modifier une donnée liée à sa succession et à ses conséquences. Sortir un bien de la future indivision successorale, modifier la dévolution de l'héritage, encadrer la gestion de sa succession pendant la phase de passation, et bien d'autres points, ont la particularité de déroger au schéma prédéfini du droit des successions et de la transmission consubstantielle du patrimoine. C'est la volonté, et son expression par la mise en place d'un acte, qui va permettre au *de cuius* de prendre une part active dans la transmission de son patrimoine. Partant, la volonté du *de cuius* est un des fondements inconstatables de l'anticipation successorale. Il convient dans un premier temps d'analyser la place de la volonté dans le droit successoral (1) pour ensuite apprécier *in fine* son importance dans l'anticipation successorale (2).

1 - La place de la volonté en droit successoral

52. Volonté et succession *ab intestat*. Le droit successoral s'est notamment construit sur une opposition entre, d'un côté, le *de cuius* désireux d'anticiper sa succession, et, de l'autre, celui qui ne l'a pas fait. Partant, le législateur a toujours dû prévoir les deux situations avec un principal et un subsidiaire pour que la législation successorale puisse répondre à l'intégralité des cas. C'est ainsi que se sont développées, dans la législation successorale, les successions volontaires d'un côté et, de l'autre, les successions dites légales²⁰⁷. Suivant les époques, l'une et l'autre étaient la norme.

²⁰⁴ Sur la référence à ces deux fondements dans le mécanisme de l'*estate planning* : « Cette stratégie patrimoniale doit répondre à deux objectifs complémentaires : une gestion créative et individualisée et le respect de la volonté du titulaire du patrimoine. (...) Aussi bien les praticiens de l'*Estate planning* se placent-ils sous le signe de la prévisibilité et de la sécurité », M. GORÉ, « Estate Planning : Quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Mélanges Pierre CATALA, LexisNexis, mai 2001, p. 383.

²⁰⁵ Pour une définition du terme *de cuius* : « Abréviation usuelle d'une expression latine, *is de cuius successione agitur* (celui de la succession duquel il s'agit) qui sert à désigner la personne décédée dont la succession est ouverte », G. CORNU, *De cuius*, Vocabulaire juridique, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT, 11^{ème} éd., PUF, 2016.

²⁰⁶ Bordas (1970), Volonté, in *Focus Encyclopédie internationale* tome IV R/Z.

²⁰⁷ « La place respective de la succession légale et de la succession volontaire varie suivant les systèmes juridiques. Elle dépend de l'importance accordée aux considérations familiales et économiques qui président à toute succession. Par-delà les modèles théoriques concevables, les différences culturelles jouent ici un rôle essentiel, de même que l'environnement juridique, variable suivant les systèmes, dans lequel se déploie le droit des successions », C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 5.

Aujourd'hui, le principe en droit français est la succession dite *ab intestat*²⁰⁸, et l'exception la succession appelée testamentaire. La hiérarchie n'a pas toujours été celle-ci, notamment, sous l'empire romain, où la succession « *testamentaire* »²⁰⁹ était la norme. Les successions *ab intestat* sont là pour régir la succession du défunt en l'absence de manifestation de volonté de son vivant. Il fallait donc pour le législateur prévoir un corps de règles répondant à l'intérêt général. C'est à cette occasion que certains auteurs estiment qu'il serait opportun de distinguer le droit successoral général du droit successoral spécial²¹⁰. Le droit successoral général correspondrait aux règles de la dévolution et de la transmission *ab intestat*, alors que le droit successoral spécial répondrait aux successions volontaires dans lesquelles le *de cuius*, par une volonté et un acte subséquent, va vouloir modifier tout ou partie des règles qui lui seront applicables.

La question de la place de la volonté dans ces deux conceptions de succession doit se poser. La volonté du *de cuius* apparaît totalement absente en droit successoral général. Les règles des ordres, des degrés, semblent relever de l'application automatique du droit sans besoin que le *de cuius* n'en approuve ou désapprouve l'application. Le constat serait donc l'absence de la notion de volonté dans les successions *ab intestat* et la transmission consubstantielle du patrimoine du défunt aux héritiers. Néanmoins, la doctrine relève que l'application de ce corps de règles ne serait pas exempte de volonté et que, paradoxalement, même en l'absence d'acte positif, les règles de la succession *ab intestat* seraient empreintes de volonté non pas active mais passive du *de cuius*. On peut citer à l'appui de ce constat la théorie de la volonté présumée impulsée par Samuel Von Puffendorf et reprise par Ernest Vallier qui prévoit que « *La volonté du défunt est présumée moins telle qu'elle a été que telle qu'elle devrait l'être* »²¹¹. L'auteur poursuit en citant Charles Toullier : « *Ce ne sont donc pas les affections ou la volonté présumée du défunt que le législateur doit prendre pour règle : c'est sa volonté telle qu'elle devait être, sa volonté conforme à ses devoirs. C'est donc en dernière analyse sur les devoirs du défunt plutôt que sur ses affections que doit être réglé l'ordre des successions* »²¹². Suivant ces différentes analyses, le droit successoral général ne serait pas autonome de la volonté du *de cuius* en ce qu'il se base sur sa volonté passive, sur sa volonté présumée, la volonté que le *de cuius* aurait dû avoir. Cette théorie fait sens. Pour réguler la question de la transmission du patrimoine qui est un droit éminemment personnel, le législateur a dû en tout temps justifier des règles mises en place quand celles-ci venaient à transmettre d'office le patrimoine de l'individu sans son express aval. Justifier ainsi les règles de la dévolution du patrimoine comme étant corrélées à une volonté présumée de l'individu permet de donner une justification aux choix

²⁰⁸ « *Le principe est la dévolution ab intestat* », J. PATARIN, Le problème de l'anticipation successorale, Les Cours de droit civil, Paris, 1973/74, 1 vol.

²⁰⁹ V. *infra*, n° 9.

²¹⁰ H. MÉAU-LAUTOUR, *op. cit.*

²¹¹ E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902, p. 145.

²¹² *Ibid.*, pp. 287-288.

législatifs. Cette notion de volonté présumée a été également théorisée par Barthélémy Joubaire au travers de la théorie de « l'affection présumée ». Selon lui, c'est l'affection présumée du défunt et la volonté de conservation des biens dans la famille qui fondent les règles du droit successoral général : « *Le principe étant l'application d'un ensemble de vocations héréditaires reposant, pour la plupart, sur la juste et double idée des affections présumées du défunt, et de la conservation des biens dans la famille ; la portion des enfants naturels réglée suivant les inspirations de l'humanité et de la morale* »²¹³. Les fondements de la succession légale seraient donc la volonté présumée du *de cuius* corrélée à l'affection qu'il devrait avoir envers les membres de sa famille. Cependant, si cette volonté passive existe, elle n'en reste pas moins présumée et tournée vers l'idée d'un intérêt général²¹⁴, intérêt pouvant être divergent avec ceux du *de cuius*. Si effectivement les règles actuelles des ordres et des degrés de la réserve héréditaire, et à moindre mesure les règles applicables au conjoint survivant, peuvent laisser transparaître cette idée d'affection présumée, il convient d'exclure la notion de volonté du *de cuius* de la notion de succession légale. Cette notion de volonté reste à notre sens le point de scission entre les successions *ab intestat* et les successions volontaires, et une volonté présumée du *de cuius* par le législateur ne saurait remplacer la volonté anticipative expresse du *de cuius*.

53. Volonté et succession testamentaire. À l'inverse, les successions volontaires dites testamentaires sont-elles fondées sur une manifestation de volonté, voire d'autorité, du *de cuius* ? La place de la succession volontaire s'est peu à peu perdue. En effet le droit Romain plaçait au premier plan la succession testamentaire, le *de cuius* étant seul maître de son hérédité, c'est lui qui la dévolue²¹⁵. Aujourd'hui, la part des successions comportant un testament est minime. Il faut apporter un correctif à ces estimations et affirmations. On oppose succession *ab intestat*, littéralement succession « sans avoir testé », aux successions testamentaires, or cette opposition ne reflète plus aujourd'hui grand-chose. Cantonner une succession volontaire et anticipée à la présence ou non d'un outil de planification qu'est le testament, revient à réduire à une portion congrue de l'anticipation et la planification successorales. Il existe des successions volontaires sans testament, il existe des successions volontaires sans libéralité. On revient à notre interrogation originale sur ce que l'on entend par conséquences successorales. Comme précédemment évoqué, il faut retenir dans les mots organisation de sa succession future une conception élargie. Partant, le mot de

²¹³ B. JOUBAIRE, *Essai sur la révision du Code civil*, PLON & Cie, Paris, 1873, p. 81.

²¹⁴ « La loi a pour rôle de conformer sa réglementation au sentiment général des hommes pour qui elle est faite, puisqu'il est établi que la volonté de laisser ses biens à sa famille après sa mort est une volonté commune des hommes. Il est naturel que la loi se conforme à cette volonté normale dans la réglementation du droit successoral en réalisation ainsi la volonté de chacun, la loi statuera dans le sens le plus conforme à l'intérêt général », E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902.

²¹⁵ *Ibid.*

succession testamentaire devrait être abandonné comme étant devenu un abus de langage pour être remplacé par le terme de succession volontaire.

Ceci étant observé, la notion de volonté irrigue la notion même de succession volontaire. Cette succession anticipée a besoin d'une volonté du *de cuius* pour prendre forme et celle-ci va se matérialiser par un acte positif de planification successorale. La volonté, tant en pensée qu'en action, va développer son apparition en fonction des différentes données factuelles et des objectifs projetés.

2 - L'importance de la volonté dans l'anticipation successorale

54. Une dichotomie entre volonté unilatérale et volonté concertée. L'anticipation successorale et la mise en place d'actes de planification placent notre réflexion dans la catégorie des successions volontaires. C'est parce que la succession *ab intestat* ne correspondra pas à la volonté du *de cuius* que va germer une volonté d'anticipation. Partant, l'anticipation successorale n'existe que par la volonté du *de cuius* et sa manifestation. Une partie de la doctrine ne voit dans l'anticipation successorale que les actes liés à une transmission *inter vivos*²¹⁶, d'autres n'y voient que des manifestations de volonté concertées avec les récipiendaires présumptifs d'une partie de la succession du *de cuius*. Or, la transmission anticipée du patrimoine par des libéralités, ou par la mise en place de pactes de famille, ne regroupe pas l'intégralité des manifestations de volonté qui peuvent découler d'une volonté d'anticiper sa succession. Nous avons vu que la conception élargie de l'anticipation successorale, et par capillarité celle de la planification successorale, oblige à prendre en compte dans cette notion toute manifestation de volonté qui a pour conséquence de modifier une donnée dans la succession du donneur d'ordre. Les donations simples, les donations partages, les pactes de famille font indéniablement partie des outils de planification successorale mais n'en reflètent qu'un aspect. Si celles-ci peuvent relever d'une volonté de transmission commune avec les héritiers, le *de cuius* peut également avoir la volonté d'organiser seul la transmission de son patrimoine, ou à tout le moins de ne pas la faire dépendre directement de quelqu'un. Il coexisterait donc deux formes d'anticipation et de planification successorales, d'un côté la volonté unilatérale d'anticipation et de planification, strictement personnelle au *de cuius* et ne faisant intervenir aucun héritier, et de l'autre des volontés concertées d'anticipation amenant la passation de véritables pactes de famille. Cette dichotomie au sein de l'anticipation est relevée par une partie de la doctrine : « *Toutes ces motivations de favoriser une transmission différente de celle qui est légalement prévue ne sont pas forcément personnelles au disposant, elles peuvent être partagées par ses proches, ses futurs héritiers réservataires.*

²¹⁶ V. *supra*, n° 46.

*Il peut même y avoir une entente familiale autour de la nécessité d'avantager au-delà de la quotité disponible un compagnon ou un enfant handicapé notamment »*²¹⁷. Si l'anticipation et les actes de planification successorale concertée ne font que peu débat sur leur intégration dans la notion juridique de l'anticipation successorale, l'intégration des actes liés uniquement à une volonté unilatérale du *de cuius* reste plus délicate. Cette position s'entend en ce que l'anticipation successorale est aussi fondée sur les notions de prévisibilité, d'efficience et de pacification. Partant, il est juste de soulever qu'un acte de volonté concertée peut être - contrairement à un acte purement unilatéral - mieux accueilli et risque moins d'être remis en cause²¹⁸. Néanmoins, la plus grande prévisibilité d'un acte de planification concertée ne doit pas occulter que l'anticipation unilatérale peut également apporter une prévisibilité dans la transmission et dans la liquidation de la succession. Ce sera notamment le cas quand l'anticipation successorale débouchera sur la mise en place d'actes de planification comme l'institution d'un legs universel pour juguler l'apparition d'une indivision successorale.

Souvent ces actes unilatéraux de volonté ne seront pas qualifiés directement comme résultant d'une volonté d'anticipation mais comme pris dans une volonté de contournement : contournement de la loi successorale, des règles relevant de l'ordre public successoral, de la loi fiscale, *etc.* Contournement que certains auteurs ont pu qualifier d'habileté ou de déloyauté patrimoniale²¹⁹. Or, il ne faut pas faire un amalgame entre anticipation successorale unilatérale et acte de contournement. Une confusion peut légitimement émerger du fait de la place qu'a aujourd'hui prise l'assurance-vie dans la littérature juridique comme mécanisme de contournement de la réserve héréditaire²²⁰. Or, le contournement de la réserve héréditaire n'est pas qu'une volonté unilatérale, et pourra s'insérer dans une transmission concertée avec l'établissement d'une renonciation anticipée à l'action en réduction²²¹ ou par une donation-partage visant à supprimer le

²¹⁷ E. BERRY et D. FAVREAU, « L'ordre public successoral », *intervention l'Université d'été 2018*, Poitiers, 2018.

²¹⁸ En ce sens : « *C'est encore le contrat (ou plus généralement l'acte juridique), qui, bien plus qu'hier, permet d'anticiper, d'organiser et de conforter le règlement successoral* », M. GRIMALDI, « Sécuriser le règlement successoral - Rapport de synthèse », *JCP N*, n° 16, 22 avr. 2011, 1139.

²¹⁹ En ce sens : « *Les détournements des techniques familiales dans l'« enclos des familles » sont polymorphes. On peut, toutefois, tenter de les classer en fonction de la réaction organisée ou non du droit objectif : ou bien le détournement suspecté n'entre pas dans le cadre d'un comportement érigé objectivement par la loi en infraction (au sens large), c'est-à-dire en comportement prohibé. Au fond, l'attitude en cause relève plus d'une habileté patrimoniale qui n'échappe pas pour autant à tout contrôle, le juge ayant la faculté d'en dénoncer le caractère abusif ; ou bien le détournement considéré fait l'objet d'une réaction expresse du législateur, qui le réprime. Il s'agit alors d'un acte de déloyauté patrimoniale, sanctionné par la loi* », P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les détournements intrafamiliaux de nature patrimoniale », *Dr. & patr.*, n° 209, 1^{er} déc. 2011.

²²⁰ En ce sens : V. ÉGEA, « La réserve héréditaire à l'épreuve du contrat d'assurance-vie », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2019, doss. 23 - M. LEROY, « Sécuriser l'exhérédation par l'assurance-vie », *Dr. & patr.*, n° 284, 1^{er} oct. 2018 - F. PERROTIN, « Assurance-vie et transmission du patrimoine », *LPA*, n° 204, 11 oct. 2019, p. 4 - V. ZALEWSKI-SICARD, « Réserve et assurance-vie », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 49.

²²¹ En ce sens : C. GOLDIE-GENICON, « Les renonciations à la réserve », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 33 - J.-M. MATHIEU, « Les enjeux de la renonciation anticipée à l'action en réduction : vers une contractualisation de la transmission successorale - plaider pour une utilisation accrue, mesurée et raisonnée de la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N*, n° 5, 5 févr. 2010, doss. 1060 - A. MOLIÈRE, « Ordre public successoral *versus* renonciation anticipée à l'action en réduction - le faux argument », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 155.

mécanisme de la dette de valeur pour justement contourner les règles d'évaluation mises en place par la liquidation de la succession²²². Partant, nous pensons qu'il ne faut pas ostraciser l'anticipation et la planification successorales unilatérales comme étant uniquement du pur contournement qui ne devrait pas être pris en compte dans la notion d'anticipation successorale. Marc Nicod l'avait théorisé : « *toute manifestation de volonté* »²²³, de notre analyse il conviendrait de compléter cette affirmation par : qu'elle soit unilatérale ou concertée. Cette scission entre volonté unilatérale et concertée est devenue beaucoup plus concrète et légitime avec l'apparition d'un véritable droit des successions internationales, où l'anticipation successorale unilatérale, caractérisée par une véritable autonomie de la volonté de *du cuius*, représente un point déterminant.

55. Volonté et extranéité. La volonté en droit interne va permettre d'influer sur les spécificités du droit matériel national, que ce soit dans une volonté de modifier le moment de la transmission, la gestion ou tout autre aspect des conséquences de la succession. Nous verrons que la volonté individuelle aboutit à des conséquences moins importantes sur le déroulé de la succession et de la transmission qu'une expression concertée des volontés²²⁴. L'émergence de successions dites transfrontalières et d'un droit presque autonome y afférent oblige à s'interroger, comme nous l'avons fait jusqu'alors, sur la place de la volonté et corrélativement de l'anticipation successorale dans ce type de succession particulière. En présence d'un élément d'extranéité, quel qu'il soit, le pouvoir de la volonté va prendre une autre dimension. En effet, outre la modification des règles matérielles classiques, le *de cuius* aura - sous certaines conditions - la possibilité de s'affranchir des règles matérielles nationales et de déterminer par exemple la loi applicable à sa succession et indirectement, les juridictions potentiellement compétentes²²⁵. Paradoxalement, la place de la volonté unilatérale en matière de succession internationale est beaucoup plus grande qu'en droit interne et prend le pas sur l'anticipation successorale concertée. Les successions transfrontalières permettent la mise en place de pactes de famille mais c'est dans la prise unilatérale d'actes de planification que la volonté anticipative va se révéler la plus forte. Là où elle sera bridée par un corps d'ordre public plus ou moins coercitif, la volonté pourra s'affranchir d'une législation nationale qui ne lui correspond pas grâce à un simple acte unilatéral. Si cette affirmation est à fortement nuancer au regard des conditions d'éligibilité du changement de loi et des différentes règles protectrices du for, l'idée est là. D'une volonté autonome en droit interne on bascule vers

²²² En ce sens : F. SAUVAGE, « Libéralités - partages », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, sept. 2009.

²²³ V. *supra*, n° 47.

²²⁴ V. *infra*, « B - Une contractualisation de la transmission », n° 170 et s.

²²⁵ « *Suivant les différents textes internationaux visant le droit des personnes et de la famille il existe différentes formes d'expression de l'autonomie de la volonté : Prorogation de compétence, Élection de for et Choix de loi* », É. FONGARO, « L'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille », in *Mélanges Jean Pierre LABORDE, Des liens et des droits*, Dalloz, sept. 2014, pp. 651-666.

une véritable autonomie de la volonté. Au surplus, l'anticipation successorale en matière de succession internationale est aussi importante en ce qu'elle a irrigué une partie de la construction du droit en question²²⁶. La place de la volonté dans la préparation des successions internationales est donc un pivot structurant qui permet d'affirmer en tant que de besoin l'ancrage de la notion d'anticipation successorale dans la matière.

B - La prévisibilité et la pérennité

56. La prévisibilité du fondement à l'outil. L'anticipation de la succession et les actes qui y concourent sont le reflet et la manifestation de la volonté du *de cuius*, et ont notamment pour objectif de modifier les règles normales de dévolution ou de transmission de la succession. Néanmoins, l'expression de la volonté du *de cuius* ne suffit pas à caractériser une situation d'anticipation successorale. En effet, pour exister l'anticipation successorale doit se fonder d'un côté, sur la volonté et, de l'autre, sur la prévision de l'avenir. On veut anticiper uniquement parce que l'on prévoit les conséquences de sa succession future. Étymologiquement, le terme de prévisibilité renvoie au fait de connaître et d'annoncer quelque chose de futur comme devant se produire²²⁷. Le fondement de la prévisibilité dans la notion d'anticipation successorale se matérialise notamment par la connaissance des conséquences juridiques, fiscales et sociales de sa succession. Ainsi, la prévisibilité peut à la fois concerner la connaissance des règles de droit applicables aux potentielles conséquences d'une libéralité, la connaissance du *quantum* de l'impôt successoral devant être acquitté par les héritiers, ou même la connaissance de rancœurs et de dissensions présentes ou futures entre les différents acteurs de la transmission. La volonté et la prévisibilité peuvent, par exemple, également avoir pour but d'« *aplanir d'avance les difficultés, plus ou moins dramatiques, que pourraient causer son décès et le règlement de sa succession* »²²⁸. Ce sera notamment le cas du *de cuius* qui utilisera l'anticipation successorale pour réduire le potentiel contentieux qu'il sait sous-jacent entre ses enfants.

La première approche de la prévisibilité dans la notion d'anticipation successorale se place donc au niveau de la prévention des risques par notamment la connaissance de ceux-ci. La prévisibilité porte en elle deux autres notions subséquentes que sont la pérennité et l'efficacité, littéralement le fait de durer²²⁹ et la capacité de produire un effet²³⁰. En effet, l'anticipation

²²⁶ V. *infra*, « A – La construction d'un droit des successions internationales », n° 202 et s.

²²⁷ Le Robert (2017), Prévisibilité - Prévoir, in *Le Grand Robert de la langue française*.

²²⁸ J. PATARIN, *op. cit.*

²²⁹ Le Robert (2017), Pérennité, in *Le Grand Robert de la langue française*.

²³⁰ Le Robert (2017), Efficacité, in *Le Grand Robert de la langue française*.

successorale n'a de sens que si elle dure et qu'elle atteint son but. La volonté anticipative et l'acte y afférent vont devoir prévoir tout un nombre de variables pour assurer l'efficacité et la pérennité de l'acte de planification pour qu'il développe les effets escomptés. On sait que les actes de planification successorale pris en vertu d'une volonté anticipative auront *in fine* une conséquence sur la succession du *de cuius*. Partant, il va inévitablement exister un décalage temporel entre la volonté, l'acte et l'effet, qui pourra se calculer en mois, voire en années. Or, entre la volonté et sa prise d'effet, il risque de se passer un certain nombre de choses qui pourraient mettre à mal la volonté contenue dans l'acte de planification. En l'absence de prévisibilité, la volonté peut donc se retrouver inefficace. Cette imbrication de la volonté et de la prévisibilité a notamment été mise en avant par Jean Patarin dans son cours de droit : « *L'anticipation successorale est motivée ou conditionnée par des prévisions relatives à la dévolution de la succession, à l'état du patrimoine que laissera le de cuius, aux qualités et aux aptitudes que l'on peut attendre des héritiers et des personnes gratifiées. L'anticipation n'est souhaitable et utile que si l'évènement se confirme des prévisions. Or, un élément d'incertitude ou d'aléa s'attache à elles et l'avenir peut déjouer les prévisions du de cuius* »²³¹. La volonté d'anticiper sa succession va donc à la fois se fonder sur la prévisibilité mais également s'en servir pour assurer pérennité et efficacité à la notion. Cette prévisibilité peut être mise à rude épreuve en fonction du facteur humain (1) du facteur contentieux (3) ou encore de la modification de l'évolution des lois (2).

1 - La prévisibilité à l'épreuve de l'humain

57. La composition de la famille. Le droit des successions et plus généralement le droit de la transmission est intimement lié à la famille et à sa composition²³². De cette relation étroite il résulte que la transmission se fait principalement au sein même de la famille et plus particulièrement des ascendants vers les descendants. La conséquence de cette transmission intra familiale est l'importance que va jouer la composition de la famille sur la réflexion anticipative et les actes de planification qui pourraient suivre. La présence ou non d'un lien de conjugalité, le nombre de descendants sont autant de données qui vont être importantes pour apprécier le caractère prévisible et efficace. Au regard des règles légales de la succession et notamment des règles de liquidation liées à la réserve héréditaire²³³, la composition de la famille va être déterminante pour la prévisibilité tant de l'acte que de l'anticipation.

²³¹ J. PATARIN, *op. cit.*

²³² Not. sur ce sujet : « *Le droit des successions, à la rencontre du droit des biens et du droit de la famille* », J.-L. HALPÉRIN, « L'ordre des familles », in *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2012, Cairn info, pp. 77-114.

²³³ V. *supra*, n° 116.

En effet, on va à la fois fonder l'anticipation et la planification sur la configuration existante de la famille mais également prévoir les potentielles mutations de celle-ci qui vont venir influencer sur la pérennité et l'efficacité de l'acte de planification pris. D'un côté, la composition de la famille existante a un impact déterminant sur l'anticipation successorale. La présence d'un conjoint, le régime matrimonial choisi, le nombre d'héritiers réservataires vont permettre de prévoir les règles normalement applicables à sa succession. Le régime matrimonial applicable va notamment permettre de prévoir les conséquences patrimoniales de sa liquidation et par capillarité de déterminer une partie de l'allotissement du conjoint survivant. Le nombre d'enfants, ou le nombre souches en cas de prédécès sont également une donnée déterminante pour prévoir les conséquences de la passation d'une libéralité. Après avoir justifié sa volonté sur les conséquences successorales prévues au regard de la situation de fait, la notion de prévisibilité va également permettre d'appréhender la potentielle mutabilité de la famille pour que la planification soit pérenne et efficace. Le législateur s'est également emparé de cette notion de prévisibilité, conscient de l'importance de la composition de la famille et des potentielles conséquences de sa modification. Il a donc mis en place un certain nombre de règles pour assurer la mutabilité de la planification vis-à-vis de l'évolution de la famille. Le premier exemple est la révocation des libéralités pour cause de survenance d'enfants prévue aux articles 953²³⁴ et 960 et suivants du Code civil²³⁵. Autrefois automatique²³⁶, la révocation pour survenance d'enfants permet au donateur - qui l'a expressément prévu dans son acte - d'engager une action en révocation²³⁷ si, à la suite de cet acte, alors qu'il n'avait pas de descendant à la date de la donation, un enfant survient.

Une autre hypothèse, où le législateur est venu prendre en compte la possible modification de la composition de la famille, se trouve dans le cas particulier de l'enfant puiné du renonçant. Dans cette configuration, l'article 754 alinéa 2 du Code civil prévoit que « *Les enfants du renonçant conçus avant l'ouverture de la succession dont le renonçant a été exclu rapportent à la succession de ce dernier les biens dont ils ont hérité en son lieu et place, s'ils viennent en concours avec d'autres enfants conçus après l'ouverture de la succession. Le rapport se fait selon les dispositions énoncées à la section 2 du chapitre VIII du présent titre* ». Par ce mécanisme, l'enfant né postérieurement à l'ouverture de la succession, succession où son

²³⁴ C. civ. art. 953 : « *La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants* ».

²³⁵ C. civ. art. 960 : « *Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre Ier du titre VIII du livre Ier* ».

²³⁶ « *La loi de 2006 ne l'a pas supprimée mais en a transformé le régime ; la révocation n'a désormais lieu que si elle a été prévue dans l'acte de donation, ce qui sera probablement peu courant* ». Sur le sujet : P. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, LGDJ Lextenso, 8^e éd. 2018, n° 494.

²³⁷ C. civ. art. 966 : « *L'action en révocation se prescrit par cinq ans à compter de la naissance ou de l'adoption du dernier enfant. Elle ne peut être exercée que par le donateur* ».

ascendant direct avait renoncé, ne se verra pas spolié vis-à-vis des représentants de celui-ci. Ces deux règles ne sont que deux exemples montrant l'incidence de la composition familiale sur la succession. Ici, la prévisibilité va permettre de venir prendre en compte les potentielles modifications de la famille pour avoir la meilleure efficacité de la volonté anticipative. Une difficulté cependant est à soulever. S'il y a plusieurs siècles la composition de la famille était uniquement basée sur l'agnation et sur la cognation²³⁸, la cellule familiale aujourd'hui a bien changé. Émergence de nouveaux modèles familiaux, augmentation significative du démariage, évolutions biologiques et médicales avec les nouveaux modes de création de la filiation, et les évolutions juridiques ont métamorphosé la conception de la famille. Il n'y a plus aujourd'hui un, mais des modèles familiaux²³⁹. L'exercice de prévisibilité de la potentielle mutabilité de la famille doit donc s'accommoder de ces nouvelles variables. L'exemple aujourd'hui très courant²⁴⁰ des familles recomposées avec des enfants de part et d'autre, des démariages et des nouvelles unions avec parfois des différences d'âge importantes va nécessiter de mettre en place une ingénierie anticipative particulière notamment fondée sur une prévisibilité liée à un éventuel contentieux. La prévisibilité liée à la composition de la famille n'est pas la seule variable à être prise en compte par la notion de prévisibilité et reste somme toute une des plus « anticipables ».

58. Dans la santé comme dans la maladie. Une autre donnée vient jouer un rôle important dans l'efficacité de l'anticipation successorale, la santé du *de cuius*. En effet, prévoir l'efficacité d'une volonté et par-delà d'un acte, c'est avant tout s'assurer de sa validité au jour de sa passation et tout particulièrement sécuriser la volonté anticipative en s'assurant que celle-ci soit libre et éclairée et non sujette à des vices qui pourraient entacher sa validité. C'est ainsi que le *de cuius*, lorsqu'il souhaite anticiper et passer un acte de planification, devra s'assurer que sa volonté soit exempte de tout vice potentiel qui pourrait entraver son efficacité lors de l'ouverture de la succession. Le premier exemple est celui de la capacité juridique essentielle à la passation d'un acte. À ce titre, l'article 901 du Code civil prévoit que pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit et que celle-ci (la libéralité) sera nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence. S'il pèse un soupçon sur l'état de santé mental du disposant au jour de la passation de

²³⁸ « *A la fin du droit romain la famille est uniquement basée sur les liens du sang, la cognation (la parenté) a supplanté l'agnation (la parenté religieuse)* », E. VALLIER, *op. cit.*

²³⁹ V. *infra*, n° 149.

²⁴⁰ « *D'après l'enquête Famille et logements (sources) réalisée en 2011, 13,7 millions d'enfants âgés de moins de 18 ans vivent en famille en France métropolitaine. Sept sur dix vivent dans une famille « traditionnelle » (graphique 1) avec leurs deux parents. Les autres vivent dans une famille monoparentale (18 %), avec un seul parent donc, ou dans une famille recomposée (11 %). Ainsi, 1,5 million d'enfants mineurs résident dans 720 000 familles recomposées (encadré 1). Près de la moitié d'entre eux vit dans un logement où cohabitent des enfants que la femme a eus d'une union précédente et les enfants communs au couple. Parmi les enfants en famille recomposée, 530 000, soit un peu plus d'un tiers, sont issus de l'union actuelle : ils vivent alors avec des demi-frères ou demi-sœurs. Les 940 000 autres vivent principalement avec un seul de leur parent et un beau-parent* », (Insee première n° 1470, 23 oct. 2013, étude de A. LAPINTE).

l'acte, celui-ci aura de grandes chances d'être contesté²⁴¹ lors de l'ouverture de la succession pour insanité d'esprit²⁴². Outre l'insanité d'esprit liée au consentement, il conviendra de sécuriser l'acte au regard de la capacité de disposer. Le *de cuius* qui se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté²⁴³, pourra être sujet à une mesure de protection judiciaire ou contractuelle. La mise en place de ces mesures de protection liées à un état de santé déclinant du *de cuius*, restreignent corrélativement la capacité de disposer. C'est ainsi que le majeur protégé soumis à une mesure de tutelle ne pourra pas seul rédiger son testament et que le majeur sous mesure de curatelle ne pourra pas disposer entre vifs qu'avec l'assistance de son curateur²⁴⁴.

Outre la prévision de l'efficacité de l'acte au jour de sa passation liée à l'état de santé du disposant, il conviendra également de prévoir l'efficacité de l'acte eu égard aux potentielles modifications futures de l'état de santé du *de cuius*. En effet, pour assurer la pérennité et l'efficience de l'anticipation successorale, la réflexion anticipative devra en sus se fonder sur la prévision de la fluctuation de la santé. Il y a aura des cas où la diminution des capacités d'une personne va avoir une conséquence directe sur son organisation successorale. Le cas le plus concret est la mise sous tutelle d'une personne à qui on aura désigné un représentant en opposition d'intérêt avec sa construction patrimoniale. Il pourrait alors être loisible au représentant de modifier les différents actes pris par le *de cuius* et les rendre sans conséquence ou à tout le moins, moins efficaces. Un autre cas fréquent de l'incidence de l'absence d'anticipation de l'état de santé futur sur la planification successorale est la désignation d'un héritier, en particulier dans une fratrie, comme représentant. En l'absence de manifestation de volonté *ab ante*, ce sera le juge qui désignera la personne qui devra assurer la représentation des intérêts du majeur protégé. Or, la désignation d'un enfant contrairement à un autre pourra engendrer des soupçons et des incompréhensions qui déboucheront sur des contestations à l'ouverture de la succession, qui auraient pu être évitées avec la désignation d'un tiers ne faisant pas partie des héritiers présomptifs.

²⁴¹ C. civ. art. 414-1 : « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte ».

²⁴² Sur la définition prétorienne de l'insanité d'esprit : Cass. civ., 4 févr. 1941 : « Attendu que l'insanité d'esprit prévue par ce texte comme cause de nullité des dispositions à titre gratuit émanées de celui qui en était atteint au moment de ces libéralités, comprend toutes les variétés d'affections mentales par l'effet desquelles l'intelligence du disposant aurait été obnubilée ou sa faculté de discernement dérégulée »

²⁴³ En ce sens : C. civ. art. 425 : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions ».

²⁴⁴ Sur le sujet : M. NICOD, « Testament », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2016 (act. déc. 2019).

59. Jusqu'à ce que la mort nous sépare. L'anticipation successorale est par essence l'anticipation des conséquences de sa succession, l'anticipation de sa propre mort. Or, le fondement de la prévisibilité dans l'anticipation oblige à s'intéresser ou du moins prévoir la mort des autres. Assurer la pérennité d'un acte et son efficacité c'est faire en sorte qu'il atteindra son but peu important la mutabilité de la situation factuelle. Il faut donc prévoir la modification de la structure familiale, la modification de son état de santé mais également la mort des acteurs qui pourrait avoir une incidence sur les actes d'anticipation pris. La prévision de la mort d'autrui se retrouve assez souvent dans l'anticipation et la planification successorales. On retrouve ces prévisions dans l'anticipation du décès d'un ascendant et des biens qui pourraient nous être dévolus, dans l'anticipation du prédécès du premier conjoint ou encore dans l'anticipation du prédécès d'un des descendants. Sur ce dernier point en particulier, si le législateur a mis en place un certain nombre de mécanismes pour assurer la mutabilité des règles successorales à l'éventuel prédécès d'un enfant²⁴⁵, l'anticipation successorale devra impérativement se fonder sur ce point de prévision. L'exemple de la volonté de conservation d'un bien dans la famille permet d'imager ce point. Prenons le cas où la volonté d'un parent est de conserver un bien dans le giron de la famille nucléaire, mais conscient de la pression fiscale importante qu'engendrera l'ouverture de sa succession, il souhaite préparer par anticipation la transmission de son patrimoine. Pour ce faire, il souhaite donner à un de ses enfants le bien en question. Dans ce cas la volonté va être de transmettre un bien et que ce bien soit conservé en nature dans la famille lignagère. Pour que l'anticipation successorale soit effective, il conviendra de prévoir les potentielles mutabilités de la situation factuelle qui pourraient venir faire échec à la volonté. Dans les faits, la prévision du décès de l'enfant récipiendaire de la libéralité sans postérité devra être envisagée dans la réflexion anticipative pour consolider la volonté, et faire de l'acte pris un véritable acte de planification successorale. En effet, le prédécès de l'enfant donataire en l'absence de descendance entraînera l'ouverture de sa succession et la dévolution pourra faire apparaître un concours entre l'ascendant donateur et le conjoint survivant et/ou les collatéraux. Le bien ainsi donné pourra être transmis en partie en dehors de la famille. Le législateur a, par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, mis en place le mécanisme du droit de retour légal permettant d'assurer une certaine conception de la conservation des biens dans la famille. L'article 738-2 du Code civil prévoit que : « *Lorsque les père et mère ou l'un d'eux survivent au défunt et que celui-ci n'a pas de postérité, ils peuvent dans tous les cas exercer un droit de retour, à concurrence des quote-parts fixées au premier alinéa de l'article 738, sur les biens que le défunt avait reçus d'eux par donation. La valeur de la portion des biens soumise au droit de retour s'impute en priorité sur*

²⁴⁵ On pense notamment aux mécanismes de la représentation successorale édictés aux articles 751 et suivants du Code civil : « *La représentation est une fiction juridique qui a pour effet d'appeler à la succession les représentants aux droits du représenté* ».

les droits successoraux des père et mère. Lorsque le droit de retour ne peut s'exercer en nature, il s'exécute en valeur, dans la limite de l'actif successoral»²⁴⁶. L'absence de prévision fera potentiellement ici tomber la volonté de conservation des biens dans la famille et donc rendra inefficace l'anticipation successorale. À l'inverse, une anticipation successorale basée sur les deux fondements que nous développons - volonté et prévisibilité - permettra d'anticiper le potentiel décès du donataire en ajoutant dans l'acte de planification une clause de retour conventionnel. L'article 951 du Code civil prévoit que le donateur pourra « *stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul* ». Ici, le droit de retour conventionnel s'exerce indépendamment des droits successoraux du donateur dans la succession du donataire, et « *contrairement au simple droit de retour légal, la donation est alors automatiquement résolue par l'effet de la clause résolutoire* »²⁴⁷. L'anticipation successorale atteindra ici sa finalité.

2 - La prévisibilité et l'évolution des lois

60. La modification de la loi dans le temps. Le conflit de loi dans le temps « *se définit comme la concurrence entre plusieurs normes, due à leur succession dans le temps. En principe la loi nouvelle est immédiatement applicable sans rétroactivité ; la loi ancienne est immédiatement abrogée, sans prorogation provisoire* »²⁴⁸. Nous avons vu que le temps entre la réflexion anticipative et la prise d'effet de l'acte de planification peut prendre un certain temps. Or, la loi est changeante. Si les dispositions civiles concernant la transmission ont le mérite d'avoir une certaine stabilité depuis l'avènement du Code civil en 1804, la loi fiscale elle, par définition, est modifiée tous les ans avec les nouvelles lois de finances. L'un des exemples les plus parlants de cette instabilité de la loi fiscale en ce qui concerne la transmission successorale est matérialisé par les règles du rapport fiscal des libéralités.

²⁴⁶ Sur le sujet : *Le droit de retour légal ne produit ses effets qu'à concurrence de la vocation successorale des père et mère qui pourra être moindre que la valeur du bien donné. La conséquence directe est que si la valeur du bien donné est inférieure ou égale au quart de la succession qui reviendrait au père ou à la mère en application de l'article 738, le donateur reçoit le bien donné lui-même. Si elle le dépasse, une indivision se constitue entre le bénéficiaire du droit de retour et les héritiers. Si le bien donné ne se prête pas à un partage en nature il fera l'objet d'une licitation et c'est finalement une somme d'argent qui sera attribuée au donateur*, C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, n° 347, p. 273.

²⁴⁷ P. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, n° 469.

²⁴⁸ DALLOZ (2013), *Conflits de lois dans le temps*, in *Lexique des termes juridiques*, 20^e éd.

Véritable carrefour du droit fiscal et du droit patrimonial de la famille en ce qui concerne les délais, les abattements, les barèmes, le rapport fiscal est défini à l'article 784 du Code général des impôts²⁴⁹.

De façon concrète, une libéralité est un fait générateur de fiscalité²⁵⁰. Dans l'hypothèse où une nouvelle donation où l'ouverture de la succession du donateur intervient dans un intervalle de moins de quinze années entre le nouveau et le premier transfert, il conviendra de prendre en compte dans la liquidation fiscale les droits de mutation à titre gratuit de la première libéralité consentie. Les conséquences seront qu'au terme du second transfert les abattements seront appliqués déduction faite de ceux dont les intéressés ont pu bénéficier sur les donations qui leurs ont été consenties par le défunt depuis moins de 15 ans. De même lorsqu'il y a eu lieu à l'application d'un tarif progressif, les tranches les plus basses, qui ont totalement servi pour l'imposition des donations de moins de 15 ans, ne seront pas utilisables et celles ayant servi en partie ne sont reprises que pour leur solde. Cet élément important de la transmission successorale a énormément évolué au cours de ces dernières années²⁵¹ rendant la prévision de l'anticipation successorale complexe.

Le cas du rapport fiscal n'est qu'une donnée parmi d'autres qui permet de matérialiser la difficulté de la confrontation entre l'anticipation successorale et la modification de la loi dans le temps. Une interrogation légitime émerge sur la compatibilité de la notion de prévisibilité de l'anticipation successorale face aux différentes modifications législatives. La difficulté vient du fait que l'intégralité des actes pris, qu'ils émergent d'une anticipation directe ou différée, vont avoir une incidence plus ou moins directe sur la succession du *de cuius*. Partant, ce sont les règles applicables au jour de l'ouverture de la succession qui vont vraiment être importantes pour fixer l'effectivité du schéma anticipatif. Or, comment faire en sorte que l'acte pris sous l'empire de la loi ancienne, ait les mêmes effets escomptés qu'avec l'application de la loi nouvelle ? La réponse est assez simple, cela n'est pas possible. La modification de la loi civile comme de la loi fiscale ne peut à proprement parler être anticipée, sauf à être vigilant, et ainsi adapter les actes de planifications pris pour que

²⁴⁹ CGI. art. 784 : « Les parties sont tenues de faire connaître, dans tout acte constatant une transmission entre vifs à titre gratuit et dans toute déclaration de succession, s'il existe ou non des donations antérieures consenties à un titre et sous une forme quelconque par le donateur ou le défunt aux donataires, héritiers ou légataires et, (...) à l'exception de celles passées depuis plus de quinze ans, et, lorsqu'il y a lieu à application d'un tarif progressif, en considérant ceux de ces biens dont la transmission n'a pas encore été assujettie au droit de mutation à titre gratuit comme inclus dans les tranches les plus élevées de l'actif imposable. Pour le calcul des abattements et réductions édictés par les articles 779, 790 B, 790 D, 790 E et 790 F il est tenu compte des abattements et des réductions effectués sur les donations antérieures visées au deuxième alinéa consenties par la même personne ».

²⁵⁰ Le transfert à titre gratuit ainsi opéré va notamment générer, en principe au profit de celui qui en est destinataire, des droits de mutation à titre gratuit (DMTG) calculés après déduction d'abattements et suivant un barème progressif (v. en ce sens notamment CGI. art. 777 et 779).

²⁵¹ Depuis le 18 août 2012 (v. en ce sens article 5 de la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificatives pour 2012) les donations soumises au rapport fiscal sont : Entre le 17 août 2012 et le 31 juillet 2011 (v. en ce sens L'article 7 de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011) le délai du rapport était de 10 ans. Entre le 30 juillet 2011 et le 1er janvier 2006 (v. L'article 8 de la loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006) le délai du rapport était de 6 ans. Avant le 31 décembre 2005 le délai du rapport était de 10 ans.

leurs effets correspondent à la volonté anticipative initiale au regard de la nouvelle réglementation applicable.

3 - La prévisibilité à l'épreuve du contentieux

61. Prévoir l'animosité existante et future. Un autre point important qui va animer l'anticipation successorale est la prévisibilité du potentiel contentieux qui va s'inviter dans la succession du *de cuius*. La volonté anticipative va ici s'allier à la prévention des risques pour que l'anticipation successorale ait pour fin de réduire le contentieux et ses potentielles conséquences sur la succession. En connaissant par avance le climat familial il est aisé de déceler s'il existe, ou existera, entre les différentes personnes appelées à succéder une rancœur, des animosités, une jalousie voire une haine. Le *de cuius* peut par anticipation essayer soit de réduire l'apparition du contentieux, ou de faire en sorte que le pouvoir de nuisance d'un des héritiers n'entachera pas le bon déroulé de la succession. La prévisibilité comme fondement de l'anticipation permettra également d'analyser les conséquences de la réflexion anticipative et sa matérialisation sur l'éventuelle apparition d'un litige. En effet, parfois un acte positif pourra paradoxalement avoir une conséquence négative. L'anticipation successorale est aussi là pour apprécier la balance d'un bénéfice risque. Il y a des cas où une libéralité, une désignation bénéficiaire, même un présent d'usage pourra venir scléroser l'entière succession et mettre à mal l'entier schéma de planification. La prévisibilité est donc un fondement déterminant au même titre que la volonté pour la notion d'anticipation successorale.

La notion d'anticipation successorale, notion juridique parente de la notion d'anticipation juridique, se fonde sur deux fondements complémentaires que sont la volonté et la prévisibilité. Elle est la réflexion qui va précéder la mise en place d'un schéma de planification pris en fonction des éléments de réflexion et va permettre d'apprendre, d'analyser, de prévoir, de se prémunir et de modifier les conséquences successorales en fonction des objectifs de *du cuius*. La notion théorique d'anticipation successorale va essentiellement se retrouver dans sa pratique.

Section 2

LA PRATIQUE DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE

62. De la théorie à la pratique. Établir l'existence d'une notion juridique est un préalable important à la légitimation d'une pratique, mais elle n'en est pas fondamentalement un préalable nécessaire. C'est ainsi que la pratique juridique a, depuis toujours, pris pour acquis l'existence de

l'anticipation successorale. Hors de toute théorie juridique, c'est paradoxalement la pratique qui a permis à la notion de se structurer.

Nous l'avons vu, la théorie de l'anticipation successorale permet de comprendre le cheminement intellectuel de la notion. D'une connaissance des règles successorales et de la situation personnelle du *de cuius* va découler une volonté d'anticiper, volonté qui devra s'appuyer sur la notion de prévisibilité pour être effective. Une fois cette réflexion parachevée, il convient de mettre en place les outils de planification adéquats pour que l'organisation patrimoniale du *de cuius* soit conforme à sa réflexion anticipative. La conception pratique de l'anticipation successorale reprend le même schéma que ce cheminement intellectuel (§ 1). Pour pratiquer l'anticipation successorale, il convient d'abord de comprendre la pluridisciplinarité de la matière de la transmission. Cette pratique va faire appel à un nombre important d'autres pratiques (droit des biens, droit de la famille, droit des contrats, *etc.*), pratiques qui vont devoir s'imbriquer. Un des enjeux de la pratique de l'anticipation successorale est en effet d'appréhender les conséquences d'un acte sur différentes matières ou plus généralement sur le processus de succession et de transmission. En fonction de la volonté et du but du *de cuius*, la pratique de la planification successorale va avoir différentes finalités (§ 2).

§ 1 - LA CONCEPTION PRATIQUE DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE

63. Des concepts juridiques connexes, des pratiques plurielles. La pratique de l'anticipation successorale peut prendre plusieurs formes en fonction de la volonté du *de cuius* et des branches du droit utilisées. Cette réflexion va poursuivre des objectifs qui, pour se matérialiser, vont utiliser la planification successorale. L'exercice de l'anticipation successorale (**B**) fait appel à une multitude de matières du droit privé et a fait sienne cette transversalité juridique (**A**).

A - Une pratique pluridisciplinaire

64. Une pratique au carrefour du droit privé. La pratique de l'anticipation successorale, de par sa nature, fait appel à un nombre important de matières juridiques avec, en premier lieu, le droit des successions et des libéralités qui en est la matière pivot. Nous avons néanmoins vu que l'anticipation successorale se caractérisait par tout acte de volonté ayant pour conséquence *in fine* de modifier la succession. Partant, si le droit des successions et des libéralités est la matière centrale de l'anticipation successorale, il ne faut pas occulter l'intégralité des branches du droit privé qui

gravitent autour, et qui donnent tout son sens à la conception large de la notion que nous prôtons. Du droit des successions, en passant par le droit patrimonial de la famille, la pluridisciplinarité de l'anticipation oblige à étudier une nouvelle branche du droit privé, le droit de la transmission. Ce droit de la transmission fait appel à des sources plurielles (1) qui se retrouvent liées entre elles (2).

1 - Les sources plurielles du droit de la transmission

65. Le droit du patrimoine privé. La pratique et la conception large de la notion d'anticipation successorale obligent à repenser les divisions hermétiques des différentes matières du droit privé. Par la pratique de l'anticipation on voit peu à peu émerger un véritable droit qui a trait à la transmission souvent appelé le droit patrimonial. Le droit patrimonial ou du patrimoine contrairement à sa dénomination ne va pas uniquement s'intéresser au seul patrimoine mais va également s'intéresser aux personnes et à leurs relations. Il va s'intéresser tout autant à la transmission active par un acte entre vifs ou à cause de mort, qu'à l'utilisation de tout élément de droit permettant de préparer, gérer la transmission du patrimoine immédiat ou à terme. De nombreuses branches du droit privé font partie, pour un certain nombre de leurs dispositions, du périmètre de ce droit de la transmission.

66. Le droit des successions et des libéralités. Le droit des successions et des libéralités est « *le droit qui aménage la transmission des biens d'une personne à une autre, soit de son vivant, volontairement et gratuitement (les libéralités), soit légalement (les successions) à sa mort* »²⁵². Cette branche du droit privé est le cœur du droit de la transmission et de l'anticipation successorales, elle en constitue la matière de référence autour desquelles vont graviter une multitude d'autres matières.

67. Le droit de la famille. Le droit de la famille est présenté généralement comme une branche du droit privé qui regroupe les règles régissant les liens de l'alliance et de la parenté. Il va à la fois régir le droit du mariage et du divorce, le droit de la filiation et de l'état civil, l'adoption et l'autorité parentale. Le droit de la famille et le droit de la transmission sont intimement liés. En effet, c'est le droit de la famille qui va déterminer les règles applicables à la création des liens familiaux, liens qui sont indispensables pour la pratique de la transmission, et notamment du droit de la transmission intrafamiliale.

Le premier point important est la détermination des règles de la filiation. Le titre septième « De la filiation » du Livre I intitulé « Des Personnes » du Code civil régit les différents modes

²⁵² B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHRIFI, *Libéralités et successions*, 2014, LGDJ, p. 4.

d'établissement de la filiation et débute par l'article 310 du même code qui prévoit que « *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun* ». Reconnaissance volontaire ou judiciaire, possession d'état²⁵³, quelle que soit sa forme, l'établissement de la filiation permet de faire entrer l'enfant dans la famille et donc par capillarité de lui donner une vocation légale certaine. Le droit de la filiation est donc un préalable nécessaire à l'application du droit des successions et des libéralités.

Autre point du droit de la famille qui va irriguer le droit de transmission, c'est le droit du couple. Le lien de conjugalité, que ce soit le mariage, le pacte civil de solidarité ou même le concubinage notoire, va plus ou moins créer des droits dans la succession et dans la transmission pouvant servir d'appui à une stratégie d'anticipation successorale. C'est le droit de la famille qui régit la construction de ces formes de conjugalité mais aussi leur déconstruction. De la validité du mariage à la procédure de divorce, le droit de la famille va irriguer l'existence des liens de conjugalité. Au surplus, ce droit va également instituer le régime primaire qui va lier les époux sur le plan patrimonial indépendamment de leur régime matrimonial. Le doyen Bernard Beignier définissait ce régime primaire comme « *un minimum mais un minimum qui tend à devenir un maximum (...) Au fond, c'est la 'grande charte' du foyer dans laquelle sont inscrits les droits et les devoirs des époux* »²⁵⁴. Ce régime va être déterminant dans un certain type d'anticipation successorale en ce que ce corps de règles va permettre de fixer la prévisibilité de l'acte. Prenons l'exemple de l'article 215 alinéa du 3 du Code civil²⁵⁵ qui prévoit une protection particulière du logement de la famille quel que soit le titre de son occupation. Ainsi, dans un objectif de transmission de ce logement²⁵⁶, il conviendra de prendre en compte les principes du régime primaire et notamment le principe de cogestion pour ne pas entacher l'acte de planification d'un potentiel vice.

Le droit de la famille concourt de manière très large à la réflexion anticipative et fonde une grande partie des règles à prendre en compte dans une volonté de transmettre.

²⁵³ C. civ. art. 310-1.

²⁵⁴ B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIF, *Régimes matrimoniaux - Pacs - Concubinage*, 2014, LGDJ, p. 1.

²⁵⁵ C. civ. art. 215 al. 3 : « *Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissout.* ».

²⁵⁶ Sur la notion de logement de la famille : « *À côté des termes de domicile ou surtout de résidence, une nouvelle notion est peu à peu apparue dans les textes : celle de « logement familial » que l'on retrouve, ici et là, dans diverses parties du Code civil. La terminologie est, toutefois, encore un peu imprécise : il s'agira, selon les cas de : « logement de la famille » (art. 215, al. 3 ; bien que l'alinéa 2 du même article parle de « résidence de la famille » !), de « logement conjugal » (art. 262-1 et 515-11, 3°), de logement des époux occupé « à titre d'habitation principale » (art. 763), de « local [...] qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité » (art. 1751), ou encore de « local servant de logement à la famille » (art. 285-1), etc. », Y. BUFFELAN-LANORE, « Domicile, demeure et logement familial - Définition et intérêt des notions de domicile, de demeure et de logement familial », *Répertoire de droit civil DALLOZ* - juin 2014 (act., déc. 2019).*

68. Le droit des régimes matrimoniaux. Dans la ligne du droit de la famille, le droit des régimes matrimoniaux va, lui, s'intéresser aux relations patrimoniales des époux. Le régime matrimonial se définit comme « *l'ensemble des règles d'ordre patrimonial qui régissent, au cours et à la dissolution du mariage, les biens des époux (quant à la propriété, la disposition, l'administration et la jouissance) et toutes les questions pécuniaires du ménage, tant dans les rapports entre époux que dans les relations de ceux-ci avec les tiers, y compris les règles du régime matrimonial primaire* »²⁵⁷. Le régime matrimonial va donc articuler les relations patrimoniales des époux pendant la vie du régime mais également à sa dissolution. Il sera un outil important d'anticipation en ce qu'il permettra, tant pendant sa vie qu'à sa dissolution, de répondre à un certain nombre d'objectifs du *de cuius* comme la protection du conjoint survivant. Outre le fait de répondre à des objectifs d'anticipation successorale, le droit des régimes matrimoniaux sera également déterminant au stade de la prévisibilité en ce qu'il va fixer un nombre important des règles de pouvoir sur les biens du *de cuius*. À l'instar des dispositions de l'article 215 alinéa 3 du Code civil, le droit des régimes matrimoniaux va fixer les règles de pouvoir en fonction de l'acte de propriété des biens. Le cas des libéralités portant sur des biens communs est un parfait exemple des règles à prendre en considération dans l'hypothèse d'une anticipation. L'article 1421 du Code civil prévoit que « *Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre. L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci. Le tout sous réserve des articles 1422 à 1425* ». L'article 1422 du même code poursuit que les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté. Partant, la donation entre vifs de biens communs devra obligatoirement recueillir *a minima* le consentement des époux pour être valable. S'il existe des exceptions à ce principe, notamment en ce qui concerne les présents d'usage et la donation de gains et salaires²⁵⁸, le principe reste l'application de la règle de la cogestion. Ces données devront être prises en compte au stade de la réflexion anticipative.

69. Les autres branches du droit sollicitées. La liste des branches du droit sollicitées dans le droit de la transmission n'est pas exhaustive tant elle est large. Le droit des personnes, le

²⁵⁷ G. CORNU, *Régime matrimonial*, *Vocabulaire juridique*, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT, 11^{ème} éd., PUF, 2016. Pour une autre acception de la notion : v. Consd. 18, Règl. (UE) n° 2016/1103 du Conseil, 24 juin 2016 (JOUE n° L 183/1, 8 juill. 2016) mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux. Également sur cette définition J. REVEL, « Régimes matrimoniaux », *Répertoire de droit civil*, DALLOZ, novemb 2016 (act. avr. 2019).

²⁵⁸ Sur ce point : Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 2019, FS-P+B+I, n° 16-15.867 : *Dalloz actu.*, 09 janv. 2020, obs. M. COTTET ; S., n° 39, 12 nov. 2020, obs. S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER ; *Gaz. Pal.*, 24 déc. 2020, n° 41, obs. O. VERGARA ; *JCP E*, n° 43-44, 22 oct. 2020, obs. M. LEROY ; *Defrénois*, 3 sept. 2020, n° 36, obs. B. VAREILLE et S. GAUDEMET ; *JCP N*, 3 juill. 2020, n° 27, obs. P. SIMLER.

droit fiscal, le droit rural, le droit des sociétés, le droit des assurances, le droit immobilier, le droit international privé, le droit de la sécurité sociale sont autant de domaines juridiques qui vont à un certain point intéresser la pratique et la notion de l'anticipation successorale. La spécificité de ce droit de la transmission tient aussi au fait de l'imbrication des matières les unes avec les autres.

2 - Des sources liées entre elles

70. Des matières liées. Les matières comprises dans le droit de la transmission sont interconnectées entre elles. Partant du principe que l'anticipation successorale a pour finalité un point commun qui est la succession du *de cuius*, il est logique que le moindre acte pris dans une réflexion d'anticipation ait des conséquences immédiates ou différées au moment du décès. Au-delà du moment de la succession, les actes de planification *inter vivos* ou *mortis causa*, font également appel à un nombre important de matières. Une donation portant sur un bien immobilier ne va pas juste intéresser le droit des libéralités, elle va également nécessiter une analyse au regard de la propriété du bien immeuble, des pouvoirs liés à sa disposition, de la fiscalité afférente à cet acte, *etc.*

71. Le cas de l'ouverture de la succession. Pour illustrer cette connexion, l'exemple de l'ouverture d'une succession est sans doute l'exemple le plus parlant. Prenons le cas d'une personne mariée sous le régime de la communauté ayant de son vivant fait donation d'une partie des parts de sa société civile immobilière. L'ouverture de la succession du défunt va entraîner toute une série de conséquences qui vont s'imbriquer dans une chronologie précise et « millimétrée ». Toutes les étapes que nous allons rapidement développer ci-après ne sont pas hermétiques les unes des autres mais sont totalement interdépendantes. C'est notamment cette connexité qui justifie cette ingénierie pluridisciplinaire de la matière, car au-delà de faire appel à plusieurs domaines juridiques comme nous l'avons vu, ces règles vont venir se combiner.

Dans notre cas, le décès va provoquer la liquidation du lien conjugal. L'article 227 du Code civil prévoit que le mariage se dissout par la mort ; consubstantiellement l'article 1441 du même code prévoit que la communauté entre époux se dissout par la mort de l'un des époux. La fin du régime matrimonial entraîne directement sa liquidation et active les différentes opérations qui y sont liées comme la reprise des propres²⁵⁹, la liquidation des comptes de récompense²⁶⁰, et *in fine* le partage. Cette liquidation va permettre de déterminer quelle est la part de communauté qui va entrer

²⁵⁹ C. civ. art. 1467.

²⁶⁰ C. civ. art. 1468.

dans la masse successorale. Une fois cette donnée acquise la succession peut s'ouvrir au travers de ses différentes étapes : la détermination des héritiers, la constitution de l'actif et du passif, la détermination de la masse de calcul de la quotité disponible en présence de libéralités, l'option des différents héritiers, la liquidation civile et la liquidation fiscale de la succession. La présence d'immeubles entraînera la constitution d'une indivision successorale entre les différents héritiers qui fera appel au mécanisme de droit commun de l'indivision²⁶¹. La présence d'une donation entraînera des conséquences sur les opérations civiles de liquidation²⁶² mais aussi sur les opérations fiscales²⁶³. La présence éventuelle d'une société civile immobilière dans le patrimoine devra être prise en compte à la fois pendant la liquidation du régime matrimonial et pendant la liquidation de la succession. La prise en considération des dispositions statutaires sera aussi primordiale pour fixer un certain nombre de points : la dissolution, la poursuite de la société avec les seuls survivants, la poursuite de la société avec les héritiers, sans ou avec la présence d'une procédure d'agrément.

Droit des successions, des libéralités, des sociétés, des biens, de la famille et des régimes matrimoniaux, toutes ces matières ont été mises à contribution pour une situation assez simple. On s'aperçoit que la pratique de l'anticipation va entraîner une coordination des différentes matières comprises dans ce que nous appelons le droit de la transmission.

B - L'exercice de l'anticipation successorale

72. Un exercice de spécialité. La pratique professionnelle de l'anticipation et de la planification successorales s'est structurée autour de véritables fonctions professionnelles (1) s'organisant grâce à une méthode de réflexion commune (2).

1 - Les manifestations professionnelles de l'anticipation successorale

73. La gestion et l'ingénierie du patrimoine. La pratique de l'anticipation successorale se fonde sur plusieurs exercices et professions de spécialistes. Du fait de sa pluridisciplinarité et par-delà sa complexité, l'anticipation successorale est devenue une pratique quasi-autonome. Autrefois relevant du conseil accessoire du notaire ou de l'avocat, cette pratique est devenue un exercice professionnel à part entière principalement intégré dans le domaine de la gestion et de l'ingénierie du patrimoine. L'ingénierie du patrimoine représente à la fois la réflexion et la mise en

²⁶¹ C. civ. art. 815 et s.

²⁶² C. civ. art. 922.

²⁶³ CGI. art. 784.

place d'une organisation patrimoniale visant à optimiser le patrimoine de la personne. Si la pratique de la gestion de patrimoine était « *ancrée dans la pratique professionnelle comme une discipline autonome et transversale, l'ingénierie du patrimoine tente aujourd'hui de la remplacer, il ne suffit plus de gérer en bon père de famille il faut trouver des solutions adaptées, innovantes, créatives à des problèmes de plus en plus sophistiqués en raison de la complexification des outils juridiques (...) Cette montée en puissance de la créativité, de l'inventivité pour surmonter les nouvelles préoccupations patrimoniales doit s'afficher* »²⁶⁴. L'ingénierie patrimoniale comme exercice pratique et professionnel s'est développée à l'aune de l'évolution de la société et du patrimoine, et corrélativement vis-à-vis des nouveaux besoins des personnes et des familles²⁶⁵. Il ne suffit plus d'être un bon gestionnaire domestique pour gérer son patrimoine « en bon père de famille » ou de façon diligente, cette fonction a aujourd'hui été externalisée et s'est donc développée autour de cette idée de complexité de la pratique : « *Tous ces changements et bien d'autres encore ont considérablement compliqué le droit patrimonial, qui est de plus en plus largement soumis au volontarisme et donc à l'ingéniosité créative, dans ses aspects familiaux aussi bien que professionnels. D'où une très grande spécialisation de la pratique : notaires, avocats, banquiers assureurs, experts-comptables, conseillers fiscaux et consultants, conseillers en gestion du patrimoine, tous pratiquent aujourd'hui à leur manière la gestion du patrimoine, mais de façon nécessairement parcellaire et, souvent, avec la difficulté d'avoir une vue d'ensemble de toutes les données et implications de leur action, des multiples possibilités qui s'offrent à eux mais aussi des limites qui demeurent infranchissables* »²⁶⁶. Mettre en place une organisation patrimoniale efficiente passe par un certain nombre d'opérations. C'est ainsi que la pratique de l'ingénierie patrimoniale ne tend pas uniquement vers une seule volonté d'anticipation successorale. Elle peut également porter sur de la gestion immobilière, de la restructuration sociétaire, une optimisation des flux de revenus et de trésorerie.

La pratique de l'anticipation successorale s'inscrit dans cette pratique de la gestion et de l'ingénierie patrimoniale comme une de ses finalités, et permet, pour reprendre l'analyse de Sandie Lacroix de Sousa, de trouver les solutions adaptées, innovantes et créatives à des problèmes de plus en plus complexes et des outils de plus en plus variés. En ce qui concerne l'anticipation successorale, l'ingénierie patrimoniale permet de trouver les solutions adaptées aux objectifs

²⁶⁴ S. LACROIX de SOUSA, « L'ingénierie du patrimoine aux prises avec la compliance » in « De la gestion du patrimoine à l'ingénierie du patrimoine » (dir.) S. LACROIX de SOUSA et M. ROBINEAU, Université d'Orléans, nov. 2019.

²⁶⁵ À la faveur du 118^{ème} congrès des Notaires, on voit se développer une nouvelle appellation de cette pratique, nommée l'ingénierie notariale. Selon le Président Thierry DELESALLE, l'ingénierie notariale est précisément cette science juridique mise au service des particuliers et des personnes morales, animée par ce dessein : anticiper toutes les situations pour leur conseiller un contrat sur mesure, applicable dans la durée en prévenant tous les éventuels conflits possibles. Loin d'être une nouveauté, l'ingénierie notariale n'est que l'application par les notaires de la pratique de l'ingénierie du patrimoine (118^{ème} congrès des notaires de France, *L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 12-14 octobre 2022, Rapport p. LXI). Également en ce sens : A. PORTMANN, « Les multiples facettes de l'ingénierie notariale », *Dr. & patr.* n° 325, 1^{er} juin 2022.

²⁶⁶ C. BRENNER et B. SAVOURÉ, « Ingénierie du patrimoine », *Rev. fisc. patr.*, n° 4, Avril 2009, 29.

anticipatifs des clients. C'est à raison que la pratique de l'ingénierie patrimoniale repose sur les mêmes fondements que la notion théorique d'anticipation successorale²⁶⁷.

74. La planification successorale internationale et l'*estate planning*. La théorie de l'anticipation et de la planification successorales trouve une réflexion différenciée en présence d'un élément d'extranéité. Si les finalités classiques se retrouvent dans la situation où le droit international privé est présent, il convient d'avoir une deuxième lecture de la situation en ce que l'élément d'extranéité peut apporter des possibilités nouvelles vis-à-vis de l'autonomie de la volonté du *de cuius*. Une autonomie renforcée qui obligera à repenser le fondement de la prévisibilité pour venir l'adapter à ce regain de volonté.

En pratique, comme en théorie, l'anticipation et la planification successorales internationales relèvent d'un exercice quasi autonome qui répond à leur propre logique. Pour désigner cet exercice, nombreux sont les praticiens à afficher une activité d'*estate planning* ou à se présenter comme *Estate planner*. En doctrine, l'anticipation et la planification successorales dans un contexte international sont également souvent qualifiées d'*estate planning*²⁶⁸. Littéralement cette qualification fait sens, la transposition anglaise du terme planification internationale étant bel et bien *estate planning*. Or, une question doit être relevée, est-ce que la planification successorale internationale est un synonyme juridique de l'*estate planning* ? Nous verrons qu'à notre sens il convient de marquer une différence.

Pour reprendre la définition de Marie Goré : « L'expression *Estate planning* désigne d'abord un savoir-faire : préparer dans la perspective de sa gestion et de sa répartition le patrimoine d'un individu. Mais elle recouvre aussi toute une branche du droit spécialisé dans l'organisation d'un patrimoine, en prenant en compte le droit des testaments, le droit fiscal, le droit des biens et des trusts. Gestion de patrimoine, anticipation successorale, ingénierie juridique, etc. autant de locutions équivalentes qui pourraient encourir le même reproche que leur homologue américain, qualifié par certains de 'vague, obscur et prétentieux' »²⁶⁹. Premièrement, si l'*estate planning* est l'équivalent américain de l'anticipation successorale, il n'est donc pas le pur équivalent de la

²⁶⁷ Partant, comme l'anticipation successorale, l'ingénierie patrimoniale trouverait également sa source sur les mêmes fondements : « volonté et efficacité apparaissent alors comme deux principes majeurs en ingénierie patrimoniale », A. CERMOLACCE, F. DOUET et V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Ingénierie patrimoniale », JCP N, n° 40, 2 oct. 2015, 1176.

²⁶⁸ En ce sens : « L'*estate planning* est un mariage entre le droit international privé, le droit civil et le droit fiscal, nous devrions rajouter le droit comparé. En effet, « l'une des grandes difficultés des successions internationales réside dans le fait de savoir si une application du droit dans un État donné sera unanimement reconnue par les autres États en présence » (p. 161), ce que l'auteur désigne sous la nomination de reconnaissance internationale de l'institution », H. PÉROZ, « L'*estate planning*, Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale », JDI n° 1, janv. 2012, biblio. 3 ; Également sur le sujet : « Le considérant n° 7 du texte précise que « dans l'espace européen de justice, les citoyens doivent être en mesure d'organiser à l'avance leur succession ». L'anticipation successorale, l'*estate planning*, a ainsi été au cœur des préoccupations des rédacteurs du texte européen », É. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions », JDI n° 2, avr. 2014, doct. 5 ; : « Les secondes familles multinationales disposent souvent d'un patrimoine réparti dans différents pays et souhaitent quelques conseils pour la préparation de cette succession internationale. Cette activité est largement développée sous le nom d'*Estate Planning* au sein des cabinets de lawyers anglo-américains », M. REVILLARD, LPA, 8 oct. 1997, p. 23.

²⁶⁹ M. GORÉ, « Estate Planning : Quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Mélanges Pierre CATALA, LexisNexis, mai 2001, p. 383.

planification successorale internationale. Faire donc un amalgame entre *estate planning* et anticipation successorale internationale serait faire une fausse application d'un anglicisme. Deuxièmement, si les deux notions d'*estate planning* et d'anticipation successorale sont parentes, leur pratique devrait être similaire. Or, il existe une différence fondamentale entre le droit français et le droit américain qui tient à la nature de la succession. D'un côté, dans les pays de tradition romano-germanique, on retrouve le principe d'une succession à la personne, de l'autre, notamment dans les pays anglo-saxons, on fait face à une succession dite aux biens²⁷⁰. Ce principe de la succession aux biens se matérialise en droit de *Common Law* par une procédure spéciale appelée la procédure du *probate*²⁷¹. La procédure du *probate*, littéralement procédure d'homologation, est la procédure juridique officielle qui reconnaît un testament, et désigne l'exécuteur ou le représentant personnel qui administrera la succession et distribuera les biens aux bénéficiaires prévus. Le travail de base d'administration et de comptabilité des actifs doit être effectué, que la succession soit gérée par un exécuteur testamentaire ou que l'homologation soit évitée parce que tous les actifs ont été transférés à un *living trust* de son vivant ou qu'ils sont détenus en commun²⁷². Dan Andrei Popescu résume la procédure du *probate* comme « *étant le système où le patrimoine successoral est transmis temporairement à un représentant personnel. Pendant ce temps, les héritiers et les légataires doivent attendre jusqu'au moment de la liquidation du passif successoral. À la date de l'ouverture de la succession s'opère le premier transfert, vers le personal representative, par l'intermédiaire d'une procédure judiciaire (probate procedure). La fonction de représentant personnel peut être remplie par l'exécuteur testamentaire établi par le de cuius ou, en absence de désignation spécifique,*

²⁷⁰ Sur la dichotomie entre succession aux biens et succession à la personne : « *Théoriquement, on peut concevoir deux manières de résoudre le problème de l'acquisition des biens du de cuius par ses héritiers. Suivant le premier modèle, appelé succession à la personne, les héritiers continuent la personne du défunt : ils prennent immédiatement sa place, deviennent de plein droit, titulaires des droits et propriétaires des biens compris dans la succession sans autre formalité. Aucune rupture n'est introduite entre le temps du règlement successoral. Bien que le terme soit régulièrement employé, il n'y a pas ici de transmission à proprement parler : l'acquisition se fait par substitution d'une personne (vivante) à une autre (décédée) de ses biens. La succession, c'est-à-dire le patrimoine du défunt, intègre directement celui de l'héritier et se mêle instantanément aux éléments qui s'y trouvent sans qu'on puisse l'en dissocier. De là découlent des conséquences pratiques. C'est l'héritier qui prend directement en main la gestion de la succession dans l'attente du partage et qui paye les créanciers successoraux, le cas échéant au-delà de l'actif successoral qu'il reçoit. L'administration de la succession est ici inorganisée en ce qu'elle est l'affaire privée des héritiers. Suivant un second modèle, appelé succession aux biens, les héritiers n'acquièrent pas immédiatement les droits et les biens compris dans la succession. Un administrateur acquiert temporairement la propriété fiduciaire de la succession, vient s'intercaler dans le processus acquisitif entre le mort et les héritiers. Désigné par le défunt ou le juge, l'administrateur gère la succession dans l'attente de sa répartition, vérifie les titres, liquide le passif* », C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, pp. 6-7.

²⁷¹ J. HARVEY, « Dealing with probate in 2013 », *The Guardian*, 19 Sept. 2017.

²⁷² « *Probate is the formal legal process that gives recognition to a will and appoints the executor or personal representative who will administer the estate and distribute assets to the intended beneficiaries. The laws of each state vary, so it is a good idea to consult an attorney to determine whether a probate proceeding is necessary, whether the fiduciary must be bonded (a requirement that is often waived in the will) and what reports must be prepared. Most probate proceedings are neither expensive nor prolonged, which is contrary to the claims of many vendors selling living trust and other products. The basic job of administration and accounting for assets must be done whether the estate is handled by an executor in probate or whether probate is avoided because all assets were transferred to a living trust during lifetime or jointly owned. Many states have simplified or streamlined their probate processes over the years. In such states, there is now less reason to use probate avoidance techniques unless there are other valid reasons to continue to minimize probate. In planning your estate, more important than minimizing probate is minimizing the real issues that can make probate difficult, such as lawsuits by heirs* », American Bar Association (ABA), « The Probate process » {En ligne}, https://www.americanbar.org/groups/real_property_trust_estate/resources/estate_planning/the_probate_process/

par l'un des héritiers ; dans les deux cas, c'est l'instance qui fait la désignation. Le représentant personnel est un administrateur temporaire et ses prérogatives sont limitées dans le temps et en fonction de la nature des opérations qui rentrent dans sa compétence. Pendant cette période les héritiers et les légataires ont seulement la qualité de créiteurs de l'actif successoral net et, en cette qualité, peuvent introduire des actions contre l'exécuteur testamentaire ou contre l'administrateur de la succession. Après avoir liquidé les dettes et établi l'actif net de l'héritage, s'opère le deuxième transfert successoral - vers les héritiers légaux et vers les légataires »²⁷³.

Cette procédure du *probate* apparaît comme une étape extrêmement coercitive pour un certain nombre de contribuables qui ont cherché à s'émanciper de ce carcan²⁷⁴. C'est cette volonté de contourner la procédure du *probate* qui a notamment fait émerger l'*estate planning* comme le précise Andréa Bonomi : « Dans le monde anglo-saxon, par exemple, le recours à celui dit des *will substitutes* s'est développée dans le but principal d'échapper à la lourdeur et aux coûts des procédures judiciaires d'administration de la succession (*probate*) »²⁷⁵ et comme le rappelle Marie Goré : « La procédure traditionnelle d'administration des successions, caractéristique de la succession aux biens, est apparue bien inadaptée. Précisément l'*Estate planning* procède d'une démarche fondamentalement critique de la procédure du *probate*. Initialement cantonnée à la seule vérification de la régularité du testament sous le contrôle du juge, cette procédure englobe de nos jours toutes les phases de la transmission judiciaire des successions. Le formalisme sous le contrôle judiciaire qui lui est inhérent a pour fonction principale d'assurer une identification précise des héritiers, de satisfaire les créanciers et d'acquitter les impôts dont l'*estate* est redevable. En dépit de ses avantages apparents - et d'une longévité certaine - le *probate* jouit aujourd'hui d'une mauvaise réputation, due avant tout au coût et à la durée de la procédure »²⁷⁶. Partant, si l'*estate planning* tend en un contournement de la procédure du *probate*, il ne peut être un synonyme de l'anticipation successorale internationale. On va en effet d'un côté, chercher à éviter une procédure précise de transmission d'une succession, et de l'autre chercher à anticiper et planifier une succession qui présente des éléments d'extranéité. On ne peut pas faire de parallèle entre ces deux

²⁷³ D.-A. POPESCU, « Guide de droit international privé des successions », trad : L. VLASCEANU, Onești Magic Print, 2014.

²⁷⁴ Sur ce sujet « Plus précisément, constituer un trust entre vifs présente un intérêt, notamment dans le cadre de successions soumises à la loi américaine. Il échappera à la procédure du *probate*. Rappelons en effet que dans les États de Common Law, la succession est confiée à un administrateur successoral au terme d'une procédure dite du *probate*. Or cette dernière peut être longue - car elle suppose un inventaire des biens -, coûteuse, voire contentieuse. Placer de son vivant son patrimoine en trust, c'est donc avoir l'assurance qu'à son décès la confidentialité autour de ce dernier sera largement préservée », S. GODECHOT-PATRIS, « Succession française et trust anglo-américain - font-ils bon ménage ? », D. 2018, p. 1960.

²⁷⁵ « Aux États-Unis, ce phénomène a pris beaucoup d'ampleur, au point que l'on a parlé, à partir de la fin des années soixante, d'une véritable révolution en ce qui concerne les modalités de transfert du patrimoine. L'expression éditoriale la plus connue en est le best-seller de N. F. Dacey, *How to Avoid Probate !* New York, Harper Collins, 1967, une sorte de guide 'do-it-yourself', qui s'est vendu à plus d'un million et demi d'exemplaires et a fait l'objet dans plusieurs États américains de procédures pour « unauthorized practice of law ». Pour des analyses de doctrine, cf. J. H. Langbein, 'the Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession', Harv. L. Rev., vol. 97, 1984, pp. 1108-1141; id., 'the twentieth Century Revolution in Family Wealth transmission », Mich. L. Rev., vol. 86, 1988, pp. 722-751. Pour une définition des *will substitutes*, cf. infra, note 777. En Allemagne, une transmission des biens hors succession peut se réaliser par le biais de *Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall* », A. BONOMI, « L'anticipation successorale » in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law.

²⁷⁶ M. GORÉ, *op cit.*, p. 383.

exercices car ils ne tendent tout simplement pas aux mêmes objectifs. Nous pensons donc qu'il convient de bien différencier les deux exercices professionnels que sont l'*estate planning* et l'anticipation successorale internationale.

2 - La méthode de l'anticipation successorale

75. L'audit patrimonial. Nous avons vu que les fondements de l'anticipation juridique *apprendre, analyser, prévoir et se prémunir* fondent tant la théorie que la pratique de cette notion. L'exercice professionnel de l'anticipation successorale varie suivant le ou les objectifs de la personne, mais repose sur une méthode commune²⁷⁷. Pour entrevoir les possibilités offertes par la volonté et les consolider par une construction prévisible il faut nécessairement bâtir sur l'existant. Cet existant est la situation de la personne désireuse d'anticiper sa succession, et va se révéler à l'aune d'une méthode qui est un préalable nécessaire : l'audit patrimonial.

Du latin *auditus* qui veut dire audition²⁷⁸, cette pratique est empruntée aux cabinets d'audit qui ont pour mission notamment de contribuer à sécuriser les différents acteurs économiques sur la pertinence et la fiabilité de l'information financière²⁷⁹. Appliqué à la matière et plus précisément à la pratique de l'anticipation successorale, l'audit va permettre de cartographier la situation civile et fiscale du *de cuius* pour permettre d'appréhender et d'analyser sa situation. C'est notamment au travers de l'audit que la pluridisciplinarité de la matière et de la pratique prend tout son sens.

76. La détermination des liens juridiques. L'une des premières étapes dans l'établissement de l'audit est la détermination des liens familiaux du *de cuius*. Le mode de conjugalité, le nombre d'enfants, la présence ou non d'ascendants encore en vie, vont avoir une influence déterminante sur la réflexion anticipative. Par exemple, le lien de conjugalité va permettre de déterminer les droits du survivant et de les aménager, le nombre d'enfants de déterminer le montant du patrimoine disponible, *etc.* L'audit des liens juridiques ne vas pas s'arrêter à la détermination factuelle des liens, il va également permettre de relever les particularités juridiques de l'imbrication de ces différents liens. Prenons l'exemple de l'enfant adopté par le conjoint. Après avoir étudié la

²⁷⁷ En ce sens : « *La planification successorale internationale suppose de procéder en trois temps* Note 1. Tout d'abord, il convient de réaliser un audit de la situation patrimoniale du futur du *de cuius*. Ensuite, il faut s'enquérir des souhaits de cette personne, en considérations de l'audit précédemment réalisé. Enfin, il importe de dégager les options, tant civiles que fiscales, permettant d'atteindre les objectifs visés, ou à tout le moins de s'en rapprocher », É. FONGARO et J.-C. REGA, « L'anticipation successorale en droit international privé », JCP N, n° 50, 14 déc. 2018, 1358.

²⁷⁸ Le Robert. (2017), Auditer, Littérature, in *Le Grand Robert de la langue français*.

²⁷⁹ KPMG, « Les missions d'audit - Analyser, Tester, Dialoguer, Aviser », {En ligne}, <https://home.kpmg/mc/fr/home/carrieres/nos-metiers/audit/les-missions-audit.html>.

vocation successorale de l'enfant adopté²⁸⁰, il conviendra d'apprécier la conséquence de ce lien sur la vocation successorale du conjoint survivant. L'article 757 du Code civil prévoit en substance que le conjoint survivant dispose d'une option lors de l'ouverture de la succession du prédécédé entre un quart en pleine propriété ou l'intégralité de l'usufruit de la succession. En présence d'un enfant d'un autre lit cette option n'existe plus et le conjoint survivant se verra allotté de l'unique quart en pleine propriété. *Quid* de l'existence de cette option dans l'hypothèse de l'adoption simple de l'enfant du conjoint ? La question serait donc de déterminer si le fait d'avoir une vocation successorale comme celle d'un enfant « commun » efface *in fine* le statut d'enfant d'un premier lit au regard des dispositions de l'article 757 du Code civil. La doctrine et la jurisprudence française semblent de façon pérenne établir qu'en présence d'un enfant adopté, le conjoint survivant recouvre son option²⁸¹. Cette analyse de la situation *de cujus* sera importante dans l'établissement de son schéma de planification afin d'éviter la prise d'acte contre-productif ou inutile qui pourrait avoir des effets autres que ceux escomptés. Ainsi, l'audit des liens juridiques va permettre au *de cujus* d'avoir une vision juridique d'ensemble de ses liens familiaux et de leurs conséquences sur sa future succession.

77. La détermination du patrimoine et ses particularités juridiques. Après avoir déterminé les liens juridiques et familiaux du *de cujus*, une attention toute particulière devra être apportée à son patrimoine. L'audit du patrimoine financier, intellectuel, immobilier et sociétaire va permettre d'analyser un par un les actifs pour déterminer leurs caractéristiques juridiques et financières. Premièrement, l'évaluation des éléments du patrimoine va être un préalable nécessaire à l'analyse. Deuxièmement, il sera question d'analyser les caractéristiques juridiques de chaque poste d'actif : années et montant d'acquisition, date d'ouverture du placement, territorialité de l'immeuble, statuts constitutifs et successifs des actifs sociétaires, financement et origine de propriété, état des inscriptions, *etc.* Ces données vont permettre de répondre à une série de questions comme : est-ce que l'année de construction ou d'acquisition de mon bien immobilier le rend éligible à un régime de faveur pour une transmission anticipée ? Puis-je transmettre mes parts de société au regard des clauses insérées dans mes statuts ? Le bien objet d'une volonté de transmission est-il soumis à une sureté ? L'analyse juridique et fiscale va également permettre de sécuriser mais surtout de prévoir l'efficacité de l'acte de projeté. C'est parce que le bien a été

²⁸⁰ L'article 368 du Code civil prévoit que l'adopté simple et ses descendants ont, dans la famille de l'adoptant, les droits successoraux prévus au chapitre III du titre Ier du livre III. L'adopté et ses descendants n'ont cependant pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant.

²⁸¹ Not. sur ce point : « 232.162. *Notion d'enfants « issus des deux époux. Par ailleurs, et selon une jurisprudence désormais bien établie rendue à propos des textes susvisés, il y lieu d'assimiler à l'enfant issu des deux époux celui qui aurait fait l'objet d'une adoption, simple ou plénière, de la part des deux conjoints, ou encore l'enfant de l'un d'eux adopté par l'autre »*, M. GRIMALDI et C. VERNIÈRES, *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6^{ème} éd., Dalloz 2017, coll. Dalloz action.

juridiquement analysé que le *de cuius* peut prévoir un acte de planification le concernant. L'analyse *ab ante* va en effet permettre de cadrer la réflexion anticipative et de déterminer la prévisibilité et l'efficience de l'acte passé au regard d'une potentielle remise en cause par les héritiers ou par l'administration fiscale.

Prenons l'exemple d'une volonté de transmission anticipée d'une société d'exploitation qui pratique majoritairement de la location de chambres dans des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EPHAD). Le *de cuius* souhaitera utiliser les dispositifs fiscaux en vigueur pour optimiser fiscalement sa transmission anticipée et pour cela aura recours au régime de faveur de l'article 787 B du Code général des impôts. Pour être notamment éligible à ce dispositif fiscal, il convient d'analyser si l'activité de la société est éligible au dispositif dit Dutreil. Les dispositions de l'article précité prévoient que sont seules éligibles à ce régime de faveur les entreprises exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Cette exigence devrait donc exclure du bénéfice de l'exonération les activités civiles de location. La location meublée professionnelle est soumise à un régime hybride, c'est une activité qui est civile mais fiscalement commerciale. Cette dichotomie nourrit une grande hésitation sur la compatibilité du régime Dutreil avec des entreprises exerçant cette activité²⁸². L'audit patrimonial ici dans sa dimension analytique va donc permettre de contrôler la manifestation de volonté au regard du droit applicable mais également d'assurer une certaine prévisibilité et pérennité de l'acte.

78. La détermination des conséquences civiles de la succession. Aux fins d'anticiper sa succession il convient d'en connaître ses conséquences. Cette affirmation qui reprend nos développements antérieurs se matérialise dans cette partie de l'audit patrimonial. L'audit va permettre de déterminer et de prévoir un certain nombre de données primordiales pour affiner le périmètre de la volonté du *de cuius* : dévolution successorale, montant prévisionnel de la quotité disponible, émoluments et impôts successoraux. Mais l'audit successoral au-delà de simuler l'intégralité des conséquences « classiques » de la dévolution *ab intestat* va aussi permettre de mettre

²⁸² En ce sens : « L'activité de location en meublés relevant du régime fiscal du loueur en meublé professionnel est-elle éligible à l'exonération partielle ? Cette activité est assurément juridiquement civile. Elle se situe donc par principe en dehors du champ d'application de l'exonération partielle. Ce principe est parfois rappelé dans toute sa rigueur pour conclure à l'impossibilité absolue de bénéficier de l'exonération partielle. Cette analyse est contredite en doctrine et désavouée par l'administration fiscale elle-même : (...) Toutefois, dès lors que l'administration fiscale n'énonce (à la différence des commentaires consacrés aux transmissions de titres sociaux) aucune mesure de tempérament concernant cette activité, qui est assurément civile sur le plan juridique, dans ses commentaires afférents aux entreprises individuelles (CGI, art. 787 C), il semble prudent, compte tenu des enjeux, d'obtenir préalablement confirmation de l'éligibilité de la transmission au régime de faveur dans le cadre d'une procédure de rescrit », F. DOUET, « Location meublée et pacte Dutreil : imbroglio fiscal autour de la notion de location meublée », JCP N 2015, 1115. Également F. FRULEUX, « Fasc. 20 - Donations d'entreprises – Exonération partielle au titre des engagements Dutreil », J.-Cl. Enregistrement Traité, 1^{er} sept. 2017 (act. 20 janv. 2020).

en lumière les potentielles conséquences « inattendues » de l'ouverture de la succession. Deux exemples courants peuvent être mis avant :

- Premièrement, la récompense due par la succession du fait du financement avec des deniers communs du contrat d'assurance-vie dénoué par le décès du *de cuius*. En régime de communauté les gains et les salaires sont des biens communs²⁸³, ainsi le financement d'un contrat d'assurance-vie souscrit par un seul des époux communs en biens par des salaires rendra nécessairement commune la valeur du contrat. L'article L. 132-16 du Code des assurances prévoit que le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint, constitue un propre pour celui-ci. L'article poursuit en précisant qu'aucune récompense n'est due à la communauté en raison des primes payées par elle, sauf dans l'hypothèse où les primes versées ont été manifestement exagérées eu égard à ses facultés. Cette règle connaît une exception quand l'époux n'est pas exclusivement bénéficiaire dudit contrat d'assurance-vie²⁸⁴. Dans ces circonstances, le fait d'alimenter un contrat d'assurance-vie souscrit par un seul des époux, avec des fonds communs, pour un bénéficiaire autre que le conjoint survivant ouvre un droit à récompense au profit de la communauté qui s'est appauvrie²⁸⁵. Partant, au jour du décès de l'époux en question, la liquidation du régime matrimonial va venir constater potentiellement une récompense très importante au profit de la communauté qui pourrait mettre à mal l'entier schéma anticipatif. Une conséquence inattendue d'un acte de volonté que l'audit aura pour finalité de mettre en exergue et, *in fine*, corriger par une réflexion anticipative²⁸⁶.

- Deuxièmement, l'application au détriment des parties à l'anticipation de la présomption édictée à l'article 751 du Code général des impôts²⁸⁷. Il est aujourd'hui courant, dans une volonté

²⁸³ Not. sur le sujet : « La Cour de Cassation a tranché définitivement dans un arrêt très important du 8 février 1978. Ainsi les revenus d'un époux sont communs « dès lors qu'ils trouvent leur origine dans son activité antérieure à la dissolution de la communauté, même s'ils sont perçus postérieurement », B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHRIFI, *Régimes matrimoniaux - Pacs - Concubinage*, 2014, LGDJ.

²⁸⁴ Sur le sujet : « La dispense légale de récompense est écartée lorsque le conjoint ne reçoit pas la garantie. Dans un tel cas, le souscripteur doit récompense à la communauté, en application du droit commun (Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2005, n° 03-10.854, préc.) », P. SIMLER, G. WIEDERKEHR, M. STORCK et A. TISSERAND-MARTIN, « Régime matrimoniaux », *JCP G*, n° 47, 21 nov. 2007, doct. 208.

²⁸⁵ C. civ. art. 1437 : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un bien à lui propre ou le rachat des services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense ».

²⁸⁶ La récompense induite du financement par des deniers communs *in fine* destinés à un tiers doit être jugulée au stade de la réflexion anticipative. Une des façons les plus classiques de supprimer cette conséquence liquidative est de passer par un changement de régime matrimonial et adjoindre au régime de communauté existant une clause de préciput permettant au conjoint souscripteur de l'assurance-vie de se la voir attribuer avant la liquidation pour ainsi court-circuiter le jeu des récompenses.

²⁸⁷ CGI. art. 751 : « Est réputé, au point de vue fiscal, faire partie, jusqu'à preuve contraire, de la succession de l'usufruitier, toute valeur mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant, pour l'usufruit, au défunt et, pour la nue-propriété, à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux, même exclu par testament ou à ses donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées, à moins qu'il y ait eu donation régulière et que cette donation, si elle n'est pas constatée dans un contrat de mariage, ait été consentie plus de trois mois avant le décès ou qu'il y ait eu démembrement de propriété effectué à titre gratuit, réalisé plus de trois mois avant le décès, constaté par acte authentique et pour lequel la valeur de la nue-propriété a été déterminée selon le barème prévu à l'article 669 ».

de gestion de son patrimoine privé mais également d'anticipation successorale, que des situations de démembrement de propriété fleurissent entre certains couples parents/enfants. Générée par une libéralité, elle peut également l'être directement par un achat en démembrement. Par cette stratégie, les parents acquièrent l'usufruit du bien et un enfant en acquiert la nue-propriété²⁸⁸. Ainsi, au décès des parents, l'usufruit s'éteint pour rejoindre la nue-propriété en franchise de droit. L'enfant devient plein propriétaire sans droits de succession à acquitter²⁸⁹. Au surplus, si les parents ont amélioré le bien pendant l'usufruit, l'enfant bénéficie de l'augmentation de valeur de l'immeuble. Enfin, cette stratégie permet d'éviter une indivision entre les cohéritiers, sauf pluralité d'enfants nus-propriétaires. La jurisprudence considère que la construction édictée par l'usufruitier sur un terrain nu d'immeubles ne constitue par une donation indirecte soumise aux droits de mutation à titre gratuit. En effet, il n'existe aucun enrichissement pour le nu-propriétaire qui n'entrera en possession des constructions qu'à l'extinction de l'usufruit. En conséquence, l'accession n'opère pas immédiatement au profit du nu-propriétaire du sol²⁹⁰. Cette situation appelle un certain nombre d'alertes et notamment au regard de la présomption fiscale. L'article précité prévoit en substance qu'au décès de l'usufruitier, la nue-propriété a été transmise à l'un de ses présomptifs héritiers ou à l'un de leurs descendants, ou encore à une personne interposée, le bien est présumé faire partie de la succession du défunt pour sa valeur en pleine propriété. Cependant, pour que la présomption s'applique, les conditions suivantes doivent être remplies : le défunt doit être usufruitier au jour de son décès, le nu-propriétaire doit être l'un des présomptifs héritiers de l'usufruitier décédé ou l'un des descendants de ces derniers, ou encore une personne interposée, le démembrement de propriété ne doit pas résulter d'une donation régulière consentie plus de 3 mois avant le décès et les parties doivent être dans l'impossibilité d'apporter la preuve de la réalité et de la sincérité du démembrement. L'audit patrimonial permettra de mettre en avant cette présomption et d'alerter les différentes parties à l'acte sur l'impérieuse nécessité de tracer leur opération avec

²⁸⁸ L'acquisition en démembrement de propriété implique de ventiler le prix d'acquisition du bien en pleine propriété entre l'usufruit et la nue-propriété. Lorsque l'usufruit acquis est un usufruit viager, c'est-à-dire consenti pendant la vie de l'usufruitier, l'usufruit et la nue-propriété sont évalués en fonction de l'âge de l'usufruitier et conformément au barème de l'article 669 du Code général des impôts. En revanche, si l'usufruit est consenti pour une durée fixe, il est alors estimé à 23 % de la valeur pleine propriété pour chaque période de 10 ans de la durée de l'usufruit, sans fraction et sans égard à l'âge de l'usufruitier (CGI. art. 669 al. 2). Lorsque l'usufruit est consenti à une personne morale, sa durée ne peut excéder 30 ans, soit une valeur maximale de 69 % (art. 619 C. civ). Également en sens : G. BAFFOY, « Fasc. Q-15 : acquisitions et transmissions. – Transmission d'entreprise à titre gratuit. », J.-Cl. LexisNexis, 1^{er} déc. 2010.

²⁸⁹ CGI. art. 1133 : « *Sous réserve des dispositions de l'article 1020, la réunion de l'usufruit à la nue-propriété ne donne ouverture à aucun impôt ou taxe lorsque cette réunion a lieu par l'expiration du temps fixé pour l'usufruit ou par le décès de l'usufruitier* ».

²⁹⁰ « *En principe, à l'extinction de l'usufruit, l'usufruitier doit indemniser le nu-propriétaire pour les détériorations du bien pendant l'usufruit. Il n'a en revanche, en principe, droit à aucune indemnité pour les améliorations du bien qu'il a financées (C. civ. art. 599, al. 2). (...) Or, selon une jurisprudence déjà ancienne, la Cour de cassation admet que des constructions peuvent constituer des dépenses d'amélioration (Cass. Civ. 23 mars 1825 ; Cass. Req 04 nov. 1885, DP 1886, 1 p. 361), La Cour de cassation a jugé par exemple que les travaux de démolition, de reconstruction d'une habitation d'une superficie supérieure, de construction d'une piscine et d'aménagement du terrain réalisés correspondent à une amélioration et non à des grosses réparations incombant aux nus-propriétaires (Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-11.424)», M. LEROY, « Ingénierie du patrimoine », Cours de droit, Maitrise, Université Capitole, 2015.*

tous les justificatifs permettant de mettre en lumière l'absence de fictivité de l'opération immobilière. Au-delà de permettre de déterminer les règles applicables à sa succession et les points de vigilance à potentiellement dénouer, l'audit patrimonial va également s'intéresser aux règles fiscales.

79. La détermination de la fiscalité successorale. La cartographie patrimoniale opérée, l'audit va longuement s'attarder sur la question de la fiscalité applicable au contribuable concerné par l'étude. En premier lieu, sera analysée la fiscalité directe : tranche marginale d'imposition, contribution exceptionnelle aux hauts revenus, soumission ou non à l'impôt sur la fortune immobilière. En second lieu, l'audit patrimonial va simuler l'impôt successoral applicable dans l'hypothèse d'une succession *ab intestat*. Cette simulation va permettre au *de cuius* d'avoir une idée certaine de la pression fiscale qui portera sur la tête de ses héritiers présomptifs. C'est par cette analyse et cette connaissance de la fiscalité que le *de cuius* pourra motiver sa réflexion anticipative avec une volonté de transmission anticipée.

80. Les particularismes de l'audit patrimonial international. L'analyse de la situation juridique du *de cuius* peut prendre une autre dimension en présence d'un ou de plusieurs liens d'extranéités. Dans cette nouvelle configuration, l'analyse va nécessiter une ingénierie supplémentaire qui va principalement tendre à fixer la loi applicable. Ces interrogations sur la loi applicable relative à la libéralité, au régime matrimonial, à la succession vont participer de l'établissement de l'audit patrimonial car de ses réponses vont découler des situations juridiques précises et conditionner différentes analyses subséquentes.

Nous avons vu que le régime matrimonial pouvait avoir des conséquences importantes sur la détermination de la masse comprise dans la succession mais également au niveau des pouvoirs accordés au *de cuius* dans la passation de certains actes de planification. La détermination de cette donnée va donc être essentielle mais se verra moins aisée que dans une situation purement interne. Dans l'hypothèse où, dans la situation matrimoniale des époux cibles, existe un élément d'extranéité, il conviendra de se tourner vers les règles de droit international privé. L'élément d'extranéité porteur de perturbation pourra prendre plusieurs formes : nationalité étrangère d'un des époux, mutabilité géographique du couple, lieu de célébration du mariage. Pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial dans ce contexte international, il convient de raisonner en fonction de la date du mariage et des textes européens. En effet, c'est la succession de conventions internationales qui permet de déterminer le canevas juridique adéquat pour apprécier la loi applicable au régime matrimonial d'un couple.

La première temporalité est celle applicable avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux conclue le 14 mars 1978. Avant cette convention, c'est la jurisprudence qui fixait les règles applicables à la détermination de la loi applicable aux régimes matrimoniaux, et c'est alors le principe de l'autonomie de la volonté qui prédominait. Mis en avant par Dumoulin²⁹¹, les époux étaient alors présumés avoir choisi la loi applicable à leur régime matrimonial. La jurisprudence est venue préciser la règle par un arrêt important²⁹² qui a posé le principe comme indice prédominant de la volonté des époux, leur premier domicile matrimonial après l'union²⁹³.

Avec l'entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1992 de la Convention de la Haye du 14 mars 1978²⁹⁴, les époux qui se marièrent postérieurement à cette date voyaient leur situation textuellement encadrée. Les règles applicables étaient principalement codifiées aux articles 3²⁹⁵ et 4²⁹⁶ de ladite convention qui prévoyaient en substance pour les époux une liberté encadrée de choix de la loi applicable et qui, à défaut, se basaient sur des éléments objectifs pour fixer le droit applicable en l'absence de choix. La convention de La Haye ajouta une nouvelle donnée porteuse d'une grande instabilité, la notion de mutabilité automatique du régime matrimonial. L'article 7 de

²⁹¹ En ce sens : « L'application du principe de l'autonomie de la volonté à la résolution des conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux trouve son origine dans la consultation délivrée par Dumoulin, en 1525, aux époux de Ganay (B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* : Dalloz, 5^e éd., p. 130, n° 4.) Dumoulin considérait que l'absence de contrat exprès laissait place à un contrat tacite ou présumé. Cette analyse se trouve à l'origine de « l'analyse contractuelle et volontariste du régime légal » (B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* : Dalloz, 5^e éd., p. 130, n° 5.), qui a rencontré le succès que l'on connaît en droit international privé français », É. FONGARO, « Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2017, doss. 31.

²⁹² Cass. req., 4 juin 1935, *Zelcer*, Rev. crit. 1936, p. 755, note Basdevant : « Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement, d'après les faits et circonstances, et notamment en tenant compte du domicile matrimonial des époux, le statut matrimonial que des étrangers se mariant en France sans contrat, ont eu la volonté commune d'adopter pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires ».

²⁹³ En ce sens : « Mais, afin d'éviter des interrogations sans fin sur une volonté hypothétique, la jurisprudence avait retenu un indice prédominant de cette volonté : le premier domicile matrimonial, donc le lieu où les époux avaient fixé leur premier domicile après leur mariage (Cass. req., 4 juin 1935, *Zelcer*, Rev. crit. 1936, p. 755, note Basdevant, S. 1936, 1, p. 377, *Rapp. Pilon*, note Niboyet, DP 1936, I, p. 7, *Rapp. Pilon*, note R. Savatier ; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 15) » (Le Lamy droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, coll. *Lamy droit civil*, dir. J. MESTRE).

²⁹⁴ Conv. La Haye, 14 mars 1978, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (entrée en vigueur le 1^{er} sept. 1992).

²⁹⁵ Conv. La Haye, 14 mars 1978, art. 3 : « Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage. Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes : 1. la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation, 2. la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation, 3. la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage. La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens. Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation ».

²⁹⁶ Conv. La Haye, 14 mars 1978, art. 4 : « Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage. Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État de la nationalité commune des époux : 1. lorsque la déclaration prévue par l'article 5 a été faite par cet État et que son effet n'est pas exclu par l'alinéa 2 de cet article ; 2. lorsque cet État n'est pas partie à la Convention, que sa loi interne est applicable selon son droit international privé, et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage : a) dans un État ayant fait la déclaration prévue par l'article 5, ou b) dans un État qui n'est pas partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit également l'application de leur loi nationale ; 3. lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même État leur première résidence habituelle après le mariage. À défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même État et à défaut de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits ».

la convention susmentionnée visait en son paragraphe 1 le principe de la permanence du rattachement pour poursuivre sur une série d'exceptions à ce principe organisant la mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial des époux en fonction de certaines conditions²⁹⁷.

La troisième et dernière temporalité est liée à l'adoption et l'entrée en application du règlement européen dit « *règlement régimes matrimoniaux* ». Le règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux est entré en vigueur le 28 juillet 2016, et est devenu applicable dans les États membres qui participent à la coopération renforcée à partir du 29 janvier 2019. Ce texte instaure des critères de rattachement harmonisés pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial ainsi que la juridiction compétente pour statuer sur tous les aspects de droit des régimes matrimoniaux²⁹⁸. Cette convention ne modifie pas de façon exceptionnelle les règles alors applicables, le choix de loi restant le principe, le rattachement objectif à défaut de manifestation de volonté, l'exception. L'une des modifications majeures est la suppression de la notion de mutabilité automatique et la consécration du principe d'immutabilité de la loi applicable au régime matrimonial.

Cette rapide analyse de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial n'est qu'une facette des questions que va soulever la présence d'un élément d'extranéité. Il existe en effet en présence d'une situation internationale d'autres interrogations, en particulier, liées à la loi applicable à la succession, ou encore à la fiscalité applicable. L'analyse de la fiscalité d'une succession internationale soulève d'ailleurs un nombre important d'interrogations. La fiscalité internationale des successions et des donations est essentiellement régie par les règles de territorialité posées par l'article 750 ter du Code général des impôts. En substance ce texte prévoit que : lorsque le défunt ou le donateur avait son domicile fiscal en France, l'assiette de taxation se compose du patrimoine mondial (meubles ou immeubles en France ou à l'étranger) ; si celui-ci avait son domicile fiscal hors de France, seuls les biens situés en France sont taxables en France ; enfin

²⁹⁷ Conv. La Haye, 14 mars 1978, art. 7 p. 2 : « Toutefois, si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis : 1. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet État est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou 2. lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, ou 3. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'État de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3 ».

²⁹⁸ Livret explicatif du règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux ; Notaire d'Europe. Également sur le sujet : D. BOULANGER, « Mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial : gare aux couples migrants », *JCP N*, n° 27, 4 Juillet 2014, 1241.

et surtout, si le défunt avait son domicile fiscal hors de France mais que l'héritier, le légataire ou le donataire, avait son domicile fiscal en France depuis plus de 6 ans au cours des 10 dernières années précédant la transmission, ce dernier va être assujéti aux droits de mutation à titre gratuit sur le patrimoine mondial. L'analyse de la fiscalité internationale des transmissions soulèvera une série de difficultés notamment liées à un risque de double imposition pouvant être la résultante de revendications étatiques concurrentes, ou encore de divergences sur l'appréciation de situation d'un bien. Pour juguler ce risque de double imposition, l'article 784 A du même code prévoit un système de crédit d'impôts. Un autre moyen d'éviter cette double fiscalité est lié à la conclusion de conventions fiscales bilatérales prévoyant l'élimination de la double imposition soit par le jeu de l'imputation ou de l'exemption.

L'audit patrimonial international rejoint la pratique professionnelle qui lui correspond, à savoir la planification successorale internationale : une méthode *sui generis* pour une pratique professionnelle autonome.

§ 2 - LA FINALITÉ DE LA PLANIFICATION SUCCESSORALE

81. Une pratique fondée sur des objectifs. La pratique de l'anticipation successorale emprunte des exercices professionnels différents mais se concentre sur une méthode unique. L'analyse et la projection déterminées dans l'audit patrimonial du *de cuius* vont permettre de mettre en lumière toute une série de données qui vont aider le *de cuius* à structurer sa pensée anticipative. Avec la parfaite connaissance des règles qui lui sont applicables, le *de cuius* va pouvoir matérialiser en pensée sa volonté pour lui donner une finalité. Cette finalité va se constater en pratique au travers d'objectifs²⁹⁹. Si les objectifs de planification successorale en droit interne peuvent se regrouper autour de plusieurs axes classiques (A), les objectifs en matière de planification successorale internationale sont eux plus spécifiques (B).

A - Les objectifs de la planification successorale interne

82. Une pluralité d'objectifs. La planification successorale répond à des objectifs anticipatifs. Ces objectifs sont habituellement de deux grands ordres : protéger une personne (1) et

²⁹⁹ En ce sens : « Ensuite, il faut s'enquérir des souhaits de cette personne, en considération de l'audit précédemment réalisé. Enfin, il importe de dégager les options, tant civiles que fiscales, permettant d'atteindre les objectifs visés, ou à tout le moins de s'en rapprocher », É. FONGARO et J.-C. REGA, « L'anticipation successorale en droit international privé », JCP N, n° 50, 14 déc. 2018, 1358.

transmettre son patrimoine (2). En sus de ces deux objectifs primaires, la planification successorale peut répondre à des objectifs connexes (3).

1 - La protection de la personne

83. La personne à protéger. L'objectif de protection du *de cuius* va en premier lieu se diriger vers la personne à protéger. La détermination du réceptacle de l'acte de planification va être déterminante dans la mise en place de la réflexion anticipative. Premièrement, la qualité de la personne va nécessairement influencer sur l'étendue et sur la forme de la volonté anticipative. Il est courant de regrouper en trois catégories les personnes susceptibles d'être protégées : les héritiers directs, le conjoint survivant et ce qu'on appellera la catégorie des tiers apparents. Pour les héritiers directs, enfants ou descendants directs, il existera les règles de la réserve héréditaire et consubstantiellement les règles de la réduction et du rapport. Pour le conjoint survivant, il existera toute une série de règles d'ordre social, matrimonial et successoral. Les tiers apparents sont les personnes qui n'ont, sauf manifestation de volonté expresse du *de cuius*, aucun droit dans la succession et ne sont protégées d'aucune manière par le droit successoral. Ainsi, la qualité de la personne à protéger va importer à l'aune des droits qui lui sont déjà accordés. La qualité de la personne va également être déterminante au regard des règles plus au moins coercitives en présence. Protéger un héritier à réserve sera plus aisé que protéger un tiers apparent à la succession, notamment en termes de prévisibilité. Pour répondre à l'objectif de protection, la qualité de la personne à protéger ne sera pas suffisante pour arriver à terminer la finalité de l'anticipation. Il faudra en effet s'intéresser à la cause de cette protection.

84. Les causes de la protection. Dans l'objectif de protection de la personne si le « qui » est primordial le « pourquoi » l'est tout autant. Il est en effet nécessaire de pouvoir répondre à la question : « *pourquoi l'objectif de protection est mis en place ?* » pour correctement apprécier la finalité de la réflexion anticipative. Il existe en réalité autant de réponses à cette interrogation que de situations factuelles, nous prenons le parti de regrouper en deux grandes catégories les causes de l'objectif de protection : anticiper la perte d'un cadre social ou d'un niveau de vie, anticiper une dépendance actuelle ou future.

- L'objectif de protection causé par une volonté de maintenir pour le survivant un cadre social ou d'un niveau de vie. Il est courant que la mort entraîne une conséquence directe dans l'organisation familiale notamment au regard des liens de dépendance économique. Pour pallier cela, il est courant d'anticiper les conséquences de sa succession en prévoyant un certain nombre

d'outils pour protéger les personnes qui pourraient être dans le besoin du fait de sa mort. Cet objectif va notamment se concrétiser par l'attribution immédiate ou différée de quelque chose. Ce quelque chose pourra être à la fois un bien physique ou un flux financier.

- Le cas de l'attribution d'un bien physique, meuble comme immeuble. La personne à protéger peut ou pourra se trouver dans une situation de précarité qui pourra causer l'objectif de protection matérielle. L'exemple le plus courant est la protection du survivant par l'attribution du logement qui était jusqu'à lors la résidence principale. Il est certain que l'immeuble ne fait *in fine* pas le pouvoir d'achat mais il est pour beaucoup de foyers l'élément principal de leur patrimoine. Le cadre de vie d'un couple ne se résume pas à des dépenses quotidiennes mais aussi et surtout il relève d'un environnement et d'habitudes. Ainsi, la protection matérielle du survivant par l'attribution du logement de la famille est l'exemple parfait de l'objectif de protection car révèle une double lecture de celui-ci, qui est à la fois physique et psychologique.

- La protection financière. Contrairement à la protection matérielle, elle ne va pas résulter de la passation d'un bien physique mais prendra le plus souvent la forme d'un flux financier. La transmission d'une somme d'argent ne sera pas causée par les mêmes facteurs. Il sera ici question d'aider le bénéficiaire de la somme à acquitter une de ses créances ou à maintenir un certain niveau de vie.

- L'objectif de protection lié à la personne pourra ensuite être causé par une dépendance immédiate ou à venir. Cette protection juridique et non matérielle de la personne aura pour finalité d'anticiper le besoin humain d'une personne après sa mort. Le handicap d'un enfant ou d'un aîné, l'âge avancé et la dépendance qui s'en suit seront souvent les causes d'une volonté de protection. Ladite protection pourra tout d'abord être matérielle ou financière pour assurer un certain cadre à la personne à protéger. Elle sera également juridique quand elle a trait à la mise en place d'une mesure juridique, conventionnelle ou judiciaire permettant d'instaurer un contrôle par une personne déterminée de la gestion du patrimoine privé de la personne à protéger.

2 - La transmission d'un patrimoine

85. La préservation d'un patrimoine familial privé. L'objectif de protection de la personne n'est pas le seul objectif qui suscite l'émergence de la réflexion anticipative. Un autre objectif se dessine dans la volonté de préservation du patrimoine familial. Ici, l'objectif de protection ne sera pas tourné vers une personne en particulier, mais aura pour fonction de protéger l'objet de la transmission et non son bénéficiaire. Cette volonté de conservation des biens dans la

famille, héritage des motifs anciens du système successoral³⁰⁰, est reprise à certains égards par le droit positif. Le droit successoral connaît en effet des dispositions dérogatoires, sources de succession anormale concernant certains biens familiaux. Parmi ces mesures prétorienne dérogatoires, on peut citer le sort des souvenirs de famille³⁰¹ ou encore les droits de retour des père et mère³⁰². Hormis, ces cas limitativement énumérés, le droit de succession ne protège pas directement certains biens de famille comme les biens immobiliers sentimentalement importants. Pour pallier l'inertie de la législation successorale, l'objectif de protection du patrimoine familial devra nécessairement se matérialiser par une réflexion anticipative et un acte de planification successorale quels qu'ils soient³⁰³.

86. La préservation d'un patrimoine professionnel. L'objectif de transmission ne concerne pas uniquement les biens de famille mais peut s'étendre à tous les éléments du patrimoine du *de cuius* qu'ils soient corporels ou incorporels, privés ou professionnels. Nous opposons volontairement la préservation du patrimoine privé à celle du patrimoine professionnel. En effet, si l'objectif est *in fine* le même, la méthodologie diffère. Il faut d'abord soulever qu'il existe des cas où la transmission du patrimoine professionnel ne sera pas accompagnée d'une volonté de préservation. Ce sera notamment le cas de la transmission avant cession de la société d'exploitation. Cette « donation avant cession »³⁰⁴ est une stratégie civile qui permet de transmettre un bien grevé d'une plus-value dans des conditions fiscales favorables. En inversant la chronologie des opérations, en commençant par la donation pour finir par la cession, l'opération va permettre de purger la plus-value latente grevant le bien donné³⁰⁵. Mises à part ces stratégies principalement fiscales³⁰⁶, la transmission du patrimoine professionnel a souvent pour objet sa conservation. Ainsi,

³⁰⁰ V. *supra*, n° 14.

³⁰¹ V. *infra*, n° 126.

³⁰² V. *infra*, n° 119.

³⁰³ Les biens successoraux qui ne font pas l'objet de disposition spécifique ou d'une attribution préférentielle vont, *in fine* et avant tout partage, tomber dans l'indivision successorale. Cette indivision entre les différents héritiers peut se révéler ne pas être la détention la plus opportune pour la conservation du patrimoine familial et il conviendra souvent de l'éviter. Sur le sujet de l'indivision successorale (v. *infra*, n° 297). Également sur le sujet : D. DAVODET, T. NICOLAS et J.-F. DESBUQUOIS, « Transmission d'entreprise - Les stratégies liées à la transmission d'entreprise », *Rev. fisc. patr.*, n° 6, Juin 2011, étude 11.

³⁰⁴ N. ESCAUT et R. MORTIER, « Validation de l'opération de donation-cession par le Conseil d'État », *JCP N*, n° 16, 20 avril 2012, 1191.

³⁰⁵ Not. sur le sujet : « La donation est apparue alors ici comme une technique éprouvée, sous réserve bien entendu de respecter certaines conditions pour ne pas ouvrir la porte à l'abus de droit, permettant d'échapper à la taxation de la plus-value puisque, on le sait, les donations purgent les plus-values », O. PECQUEUR, « Donation de stock-options : une efficacité relative », *Dr. fisc.*, n° 12, 19 mars 2003, 12.

³⁰⁶ A ne pas confondre avec l'abus de droit pour motif principalement fiscal : « Afin d'en restituer le véritable caractère et sous réserve de l'application de l'article 205 A du Code général des impôts, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ont pour motif principal d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles » LPF, art. L64 A. Également sur le sujet : F. DOUET, « Abus de droit pour motif 'principalement fiscal' », *JCP N*, n° 19, 10 mai 2019, 1188.

et contrairement à la simple libéralité portant sur un immeuble, la transmission de la société va dépasser la simple possession matérielle pour s'ancrer dans une véritable stratégie de reprise. Cela implique que la transmission des parts de la société d'exploitation s'accompagnera de la transmission d'un savoir-faire que celui-ci porte sur des techniques de management ou sur une expertise en particulier. Également la transmission du patrimoine professionnel se fera sur une période plus longue que la transmission du patrimoine privé pour de multiples raisons tant civiles, fiscales que managériales : mise en place de mécanisme de fiscalité pour alléger la transmission³⁰⁷, restructuration, transmission en plusieurs fois des titres de la société, *etc.*

3 - Les objectifs connexes

87. La fiscalité. Protéger et transmettre sont les deux objectifs classiques qui irriguent le droit et la pratique de l'anticipation et de la planification successorales. Néanmoins, il ne faut pas occulter l'existence d'autres motivations qui vont compléter et parfois conforter ces objectifs initiaux. La question de la fiscalité de la transmission est l'une des motivations les plus importantes. La volonté de protection comme de transmission va souvent être accompagnée d'une volonté de réduire au maximum la fiscalité de la passation projetée. Le donataire étant par principe la personne devant s'acquitter des droits de mutation à titre gratuit³⁰⁸, il est naturel que ce soit dans un objectif de protection ou de préservation d'un patrimoine que la charge fiscale liée aux actes de planification soit la plus basse possible pour leur assurer la meilleure effectivité. Pour réaliser cet objectif, il existe de nombreux cas où la loi fiscale et/ou l'exercice d'une ingénierie successorale permettront de réduire la pression fiscale : utilisation des abattements légaux liés à la personne du donataire ou à la nature du bien transmis, utilisation de technique sociétaire comme l'apport-cession pour supprimer *in fine* une partie de la fiscalité, *etc.*

La volonté de réduction de la fiscalité de la transmission projetée est principalement une motivation connexe à un objectif initial. Or, il existe certains cas, *a priori* étrangers à la pratique de l'anticipation successorale, où la fiscalité devient l'objectif principal et la transmission accessoire. Prenons le cas d'un contribuable fortuné qui est sujet à une importante pression fiscale directe. Celui-ci après avoir optimisé la fiscalité de ses flux de revenus souhaite baisser sa base taxable à

³⁰⁷ CGI. art. 787B.

³⁰⁸ CGI. art. 1705, 6° : « Les droits des actes à enregistrer ou à soumettre à la formalité fusionnée sont acquittés, savoir : (...) 6° Et par les héritiers, légataires et donataires, leurs tuteurs et curateurs, et les exécuteurs testamentaires, pour les testaments et autres actes de libéralité à cause de mort ». Sur le sujet : M. IWANESCO, « Paiement des droits de donation par le donateur : conséquences civiles et fiscales », *Sol. Not. EFL*, 4-2013.

l'impôt sur la fortune immobilière (IFI)³⁰⁹. Pour ce faire le contribuable aura la possibilité de procéder à une donation d'usufruit temporaire à un tiers ou à un de ses enfants ne faisant pas partie de son foyer fiscal. L'usufruitier temporaire devra déclarer la valeur de la pleine propriété³¹⁰ du bien éligible à l'IFI, ce qui permettra au contribuable nu-propriétaire de réduire sa base d'imposition. La motivation fiscale, accessoire ou véritable objectif autonome, est de plus en plus importante au regard de la place de l'impôt.

88. La sanction. Le lien qu'entretient le droit de la transmission avec l'environnement familial est très proche³¹¹. Si les liens familiaux irriguent les règles de la dévolution *ab intestat* il conditionne également la volonté anticipative et les objectifs liés. S'il existe un objectif de protection il peut aussi exister, de façon plus ou moins rare, un objectif de sanction.

Les liens familiaux sont ce qu'ils sont et là où existe l'amour, la haine n'est jamais très loin. Les dissensions familiales ont des incidences au sein même de l'organisation sociale de la famille mais peuvent également ressurgir sur les dispositions patrimoniales du *de cuius*. Il est en effet compréhensible que la volonté de transmettre son patrimoine, ou de le répartir par anticipation, soit influencée par l'affection ou par la rancœur. Partant, la motivation liée à la rancœur va se matérialiser en une sanction patrimoniale de l'héritier. La sanction peut être directe comme indirecte³¹². Elle sera directe quand le *de cuius* par un, ou plusieurs actes de planification, va venir réduire expressément ou supprimer l'émolument successoral de l'héritier. Cette suppression aura plus ou moins d'effet en fonction de la qualité de l'héritier cible, mais pourra en tout état de cause affecter son appréhension matérielle du patrimoine successoral.

La sanction pourra également être indirecte. Dans ces conditions la rancœur du *de cuius* ne transparaîtra pas dans l'acte de planification, celui-ci préférant « sur-allotir » un autre héritier plutôt que de réduire directement l'émolument du sanctionné.

³⁰⁹ L'impôt sur la fortune immobilière est un impôt déclaratif taxant la détention du patrimoine immobilier. Tout contribuable ayant au 1^{er} janvier de chaque année un patrimoine (immobilier ou assimilé) taxable supérieur à un certain seuil est tenu de s'acquitter de cet impôt. Au titre de l'année 2020, le seuil de taxation s'établit à 1 300 000 € par foyer fiscal (CGI. art. 964 et suivants).

³¹⁰ L'article 968 du CGI prévoit en substance que les biens entrant dans l'assiette de l'IFI grevés d'un usufruit, d'un droit d'habitation ou d'un droit d'usage sont imposables pour leur valeur en pleine propriété dans le patrimoine de l'usufruitier ou du titulaire du droit. La conséquence directe de cette règle est que le nu-propriétaire ne doit en principe pas faire entrer dans sa base imposable à l'IFI les biens qu'il détient en nue-propriété.

³¹¹ Sur l'importance de la relation entre famille et patrimoine en droit successoral : « *Plus précisément en matière de droit successoral, les juristes considèrent généralement que l'état du droit dépend de la conception que les membres d'une société se font de la famille et de la propriété à une époque donnée* », C. MORIN, « La liberté de tester : entre évolution et révolution dans les représentations de la doctrine Québécoise », *RDUS*, 2007-2008, vol. 38, numéro 2, pp. 339-384.

³¹² Sur l'exhérédation directe et indirecte : « Chapitre 323 - Règles de fond des testaments : contenu du testament », M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6^e éd., Dalloz 2017, coll. Dalloz action.

B - Les objectifs de la planification successorale internationale

89. Un paradigme supplémentaire. L'audit patrimonial international va mettre en lumière les incidences de l'extranéité sur le patrimoine du *de cuius* et notamment sur sa transmission *ab intestat*. La finalité de l'anticipation et de la planification successorales internationales restera la même que pour une situation interne. Le *de cuius* voudra toujours protéger, transmettre ou même sanctionner. Néanmoins, là où la finalité diffère c'est au regard de la lecture supplémentaire que va apporter la situation d'extranéité. Ainsi, la finalité commune et supplémentaire de l'anticipation successorale internationale sera ce que nous appelons le fait de gérer « l'internationalisation » de la situation.

90. Limiter l'effet perturbateur de l'extranéité. Avant de permettre une autonomie de la volonté anticipative plus poussée³¹³, la situation d'extranéité va générer un certain nombre d'interactions qui vont potentiellement venir perturber la situation du *de cuius*. On peut notamment citer comme contexte perturbateur lié à l'extranéité la segmentation du statut personnel. La notion de segmentation du statut personnel a notamment été théorisée par Christian Kohler : « *Il suffit de penser aux liens qui peuvent exister entre les dispositions régissant le divorce et celles applicables aux obligations alimentaires, ou aux rapports entre les droits à la succession du conjoint survivant et le régime matrimonial. Or, lorsque les matières en question relèvent de règles de conflit différentes et que ces règles renvoient à des droits différents, il n'est pas souvent possible de tenir compte des liens systématiques susmentionnés. La segmentation du droit matériel par les règles de conflit risque alors de conduire à des incohérences voire des contradictions lors de l'application des dispositions matérielles des lois concernées qui constituent pour ainsi dire, des dommages collatéraux du fonctionnement des règles de conflit* »³¹⁴. Cette notion fait écho au caractère pluridisciplinaire et interconnecté des matières liées à la transmission successorale³¹⁵. Il est en effet possible que des éléments d'extranéité viennent perturber la liquidation de la succession ou la mise en place d'une stratégie de planification. La volonté anticipative va alors avoir pour objectif supplémentaire de

³¹³ V. *infra*, « Section 1 - L'emprise de l'autonomie de la volonté et de la prévisibilité », n° 200 et s.

³¹⁴ C. KOHLER, « La segmentation du statut personnel comme vecteur de l'autonomie de la volonté en matière familiale et successorale », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLANT, p. 73. Également sur la notion d'interférence : « *L'interférence entre la loi du régime et la loi successorale - Un problème important résulte de l'interférence entre le régime matrimonial et la succession, lorsqu'on est en présence d'un régime matrimonial qui ne donne rien (les époux sont mariés sous un régime de séparation de biens), et d'une loi successorale qui n'accorde qu'une faible part au conjoint survivant. En définitive, on a constaté qu'il n'était pas possible de trouver une adaptation sur ce point. Toutefois, pour remédier à ces inégalités, un changement de loi ou de régime matrimonial peut faire partie de la préparation des successions internationales* », M. REVILLARD, *Le droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois notariale 15 avril 2005, n° 1, p. 106.

³¹⁵ V. *supra*, « 1 – Les sources plurielles du droit de la transmission », n° 64.

juguler ces différentes incohérences. La segmentation du statut personnel n'est pas le seul effet perturbateur lié à une situation internationale : mécanisme du renvoi et clause d'exception, loi de police et ordre public international, phénomène de double taxation, sont autant d'éléments qui seront pris en compte, et dont la sécurisation sera un des objectifs vecteurs de l'anticipation successorale.

91. Le *shopping*. L'extranéité n'est pas uniquement porteuse de difficultés, elle est aussi un vecteur puissant d'anticipation successorale³¹⁶. C'est ainsi que s'offre au *de cuius*, en présence d'une situation transfrontalière, une possibilité supplémentaire qui pourra s'analyser en un choix. L'un des premiers choix possibles sera le choix de loi entre la loi normalement applicable et la loi que nous qualifierons de loi d'opportunité. Qu'il existe une ou plusieurs lois d'opportunité, le *de cuius* aura un choix, un choix qui n'existera pas dans une situation purement nationale, un choix de loi. Partant, l'objectif projeté pourra se faire à l'aune de législation potentiellement différente, plus ou moins attractive et le *de cuius* aura une latitude de positionnement.

Ce phénomène, connu sous le nom de *law-shopping* peut se qualifier comme « *l'arbitrage entre plusieurs types de ressources juridiques* »³¹⁷. La présence d'une situation où le *law-shopping* est possible va venir ajouter des objectifs, des nouvelles finalités à l'anticipation successorale : modification de l'assiette des droits, exhérédation totale d'un héritier pourtant normalement protégé, transmission contrôlée de l'entier patrimoine successoral, *etc.*

Une autre forme de choix pourra être possible en présence d'un élément d'extranéité, c'est le choix de la juridiction applicable dans l'hypothèse d'une contestation d'un acte lié à la transmission. Ce choix de juridiction, ou *forum-shopping*, est une pratique propre au droit international privé qui a pour finalité de choisir la juridiction applicable au potentiel litige futur, en faisant en sorte que la juridiction désignée donne le plus probablement raison à la situation créée. Ces possibilités ouvertes par une situation de fait internationale vont venir ajouter des objectifs potentiels à la pratique de l'anticipation successorale confortant l'exercice de la planification successorale internationale comme étant une pratique quasi-autonome.

³¹⁶ V. *infra*, « § 1 - L'influence de l'anticipation successorale », n° 201 et s.

³¹⁷ F. MARTY, *Les stratégies de forum-shopping et de law-shopping en droit de la concurrence : Applications aux contentieux entre AMD et Intel (2000-2010). Instrumentalisation et utilisation stratégique du droit de la concurrence*, Juin 2012, Paris, France.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

92. Conclusion. L'anticipation successorale n'est pas une simple notion accessoire. Indubitablement, la notion d'anticipation successorale est une notion juridique autonome. Si l'on devait reprendre les différents faisceaux permettant de déterminer ce qu'est une notion de droit, force est de souligner que l'anticipation successorale remplit tous les critères. En effet, la présence du concept d'anticipation successorale, par sa pluridisciplinarité, se retrouve dans un nombre important de matières juridiques créant des liens entre elles. Aussi, nous l'avons démontré, plus qu'une notion théorique, l'anticipation successorale est omniprésente dans la pratique quotidienne du juriste. Cette présence n'est pas une présence accessoire, mais une présence autonome répondant à ses propres codes méthodologiques et professionnels. Du notaire à l'avocat en passant par l'ingénieur patrimonial, la pratique de cette notion irrigue une grande partie des métiers du droit privé. Cependant si le principe d'une notion autonome tant théorique que pratique est incontestablement établi, encore faut-il que sa conception stable perdure. L'une des faiblesses de la notion est essentiellement son morcellement doctrinal. Si la littérature juridique diverge, la pratique semble s'accorder sur une méthode unique qui conforte les deux piliers que font émerger l'analyse approfondie du domaine : la volonté et la prévisibilité.

À partir de là, il faut nécessairement s'essayer à proposer une définition structurée et pérenne de l'anticipation successorale. Nous proposerons ainsi la définition suivante : l'anticipation successorale est la mise en place d'un schéma de pensée unilatérale ou concertée ayant pour finalité de modifier les conséquences de sa succession future tant au regard de la dévolution, de la gestion que de la transmission anticipée ou différée de son patrimoine. La réflexion anticipative s'assoit de façon cumulative sur la volonté du *de cuius* voulant voir modifier les règles lui étant normalement applicables, et sur la prévisibilité de la volonté prise pour assurer l'effectivité et l'efficacité de celle-ci. C'est un préalable nécessaire à la planification successorale qui en constitue sa forme active par la prise d'actes juridiques concourant à la réalisation de la pensée anticipative. Par analogie avec la réflexion du doyen Jacques Mestre, nous pouvons affirmer que l'anticipation successorale est incontestablement un grand mot, une grande notion du droit.

Chapitre II

LA NATURE DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

93. La nature de l'ordre public successoral. Pour reprendre l'analyse précédente de la notion d'anticipation successorale, la nature d'une chose se définit comme l'ensemble des caractères, des propriétés qui définissent un être, une chose concrète ou abstraite³¹⁸. Comme l'anticipation successorale, l'ordre public successoral est abstrait, car également non corporel et peut-être même encore plus difficile à appréhender que la notion précédemment analysée. Étudier une nature c'est avant tout étudier son utilisation, il est ici intéressant de développer une analyse en miroir de celle de l'anticipation successorale avec d'un côté la pratique et de l'autre la théorie de la notion.

En premier lieu, il apparaît que, contrairement à la notion d'anticipation successorale, la notion d'ordre public n'est pas une donnée pratique. En effet, si le praticien peut utiliser certains points apparentés à l'ordre public successoral comme la notion de réserve héréditaire pour fonder une planification ou liquider une succession, il n'existe pas de pratique autonome de la notion d'ordre public successoral.

En second lieu, l'ordre public successoral n'est pas étranger à la théorie juridique, elle fait même figure de notion cardinale de la matière des successions et des libéralités. Force est de souligner qu'en première lecture il est peut-être futile de s'attarder sur une notion tant commentée. En effet, la doctrine et la jurisprudence se sont, à maintes reprises, exprimées sur ce qu'était l'ordre public successoral. Or, son évocation dans la littérature juridique fait ressortir le même écueil que pour la notion d'anticipation successorale, celui d'une conception restrictive. Si l'anticipation successorale est principalement vue comme le prétexte de la passation d'un acte juridique, l'ordre public successoral lui, est souvent décrit comme un corps d'appartenance. Il n'existe en effet que

³¹⁸ V. *supra* n° 30.

peu de littérature sur la notion d'ordre public successoral en dehors d'une analyse de ses composantes classiques. Ses composantes sont traditionnellement définies par le tryptique que sont la réserve héréditaire, la prohibition des pactes sur succession future et la prohibition des substitutions fidéicommissaires³¹⁹. D'autres auteurs, et notamment Marcel Beaubrun³²⁰, ajoutent une quatrième composante à ce tryptique : le principe de non-discrimination. Une telle définition est-elle suffisante ou faut-il aller plus loin ? Pour répondre à cette interrogation, il faut déterminer si la nature de l'ordre public successoral est la somme de ses composantes ou, au contraire s'il existe une nature autonome de la notion. Si la notion est connue par la théorie et à certains égards par la pratique, il est impérieux, avant d'en analyser les récentes mutations, d'en comprendre la nature et la consistance.

En droit interne, la notion d'ordre public successoral ne reçoit pas de définition consacrée et est même sujette à des attaques de la part d'une grande partie de la doctrine. Bousculée sur le fond par un effritement de ses principaux piliers³²¹, elle est également contestée étymologiquement³²² sur sa véritable nature.

En droit international privé, l'émergence importante de la problématique des successions internationales a contraint à s'interroger sur l'internationalisation de cette notion et sur sa consistance dans certains corps législatifs étrangers. Notre étude va nous amener à scinder l'analyse de la notion en droit interne (**Section 2**) et sa réception en droit international privé (**Section 3**) pour que puissent se dessiner les caractères du second pilier de la transmission autour duquel s'articule la matière. Cependant, pour déterminer la consistance et la nature d'une chose il est nécessaire d'en comprendre les origines.

C'est ainsi que l'analyse de l'ordre public successoral commande une analyse historique de l'évolution de la coercition de la volonté du *de cuius*. Nous avons, d'ores et déjà, évoqué les racines de la coercition de la volonté du *de cuius* en droit français et notamment en droit romain et dans l'ancien droit³²³, nous allons maintenant nous arrêter sur la sédimentation de la notion de la période révolutionnaire jusqu'à son évolution récente (**Section 1**).

³¹⁹ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^e éd., LexisNexis, 2017, coll. Manuels, p. 273.

³²⁰ M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse, Paris II, 1979 (dir. J. PATARIN).

³²¹ Pour reprendre la métaphore développée par Pierre CATALA de l'ordre public successoral comme étant un temple soutenu par des piliers que seraient notamment la réserve héréditaire et le principe de la prohibition des pactes sur succession future (« La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étude 43.).

³²² Notamment sur le sujet : A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018, n° 50, p. 66.

³²³ V. *supra*, n° 7 et s.

Section 1

LA SÉDIMENTATION RÉCENTE D'UNE NOTION

94. L'analyse d'une sédimentation juridique. Afin de comprendre la notion actuelle de l'ordre public successoral il est nécessaire de retracer et d'analyser les différentes manifestations des limites à la volonté du *de cuius* au travers des âges. En effet, comme le souligne Ernest Vallier : « *Pour étudier le fondement du droit successoral en droit français moderne, on pourrait être tenté de croire qu'il suffirait d'étudier le Code civil et ses travaux préparatoires, c'est le système successoral de ce Code qui dans ses grandes lignes nous régit à l'heure actuelle et les lois récentes se sont toutes placées sous son égide avec la prétention plus ou moins justifiée de n'être que des applications de principes déjà consacrés. Mais une étude enfermée dans des bornes aussi étroites aurait-elle donné des résultats satisfaisants ? C'est peu probable.* »³²⁴. Si c'est bien le Code civil de 1804 et ses aménagements qui irriguent en partie les règles applicables au droit de la transmission et notamment ses limites, il faut rappeler que ces règles ne sont qu'une reprise, qu'une adaptation des dispositions anciennement en vigueur³²⁵.

Il est, en effet, nécessaire de souligner que la construction juridique de la matière est notamment le fruit de l'évolution précédemment analysée du droit romain, mais également du droit des coutumes. Cette analyse historique a permis de retracer les évolutions de la coercition de la volonté du *de cuius* à travers les âges. *Officium pietatis*, *querrella inofficiosi testamenti*, légitime et réserves coutumières sont autant d'outils et de notions qui ont concouru à la création du droit des successions et des libéralités modernes.

Pour comprendre une notion, et notamment son évolution, il faut déterminer les raisons de sa naissance, et par-delà remonter dans le temps pour analyser les raisons de la coercition de la volonté du *de cuius* quant à la transmission de son patrimoine. Si la période romaine et l'ancien droit sont un vivier fertile pour le droit des successions, la législation moderne est également le fruit du droit révolutionnaire (§ 1) et de l'avènement du Code civil (§ 2).

³²⁴ E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902, p. 1.

³²⁵ Nous verrons que l'analyse des différentes manifestations de l'ordre public successoral au cours de différentes époques fait incontestablement apparaître une certaine continuité des objectifs. Que ce soit sous l'ère Romaine ou avec le droit des coutumes, les différents outils utilisés pour contrôler directement ou indirectement la transmission active du patrimoine font échos aux composantes modernes de la notion. Outre une similarité des composantes on va surtout s'apercevoir d'une similarité plus ou moins fidèle des objectifs.

§ 1 - LE DROIT RÉVOLUTIONNAIRE

95. Révolution et évolution. Il est classiquement enseigné que la fin de l'ancien droit s'est faite par la Révolution française de 1789. S'il est vrai que la Révolution française a, à bien des égards, redessiné le paysage juridique français et notamment celui du droit des successions et des libéralités (**B**), les prémices de cette révolution législative sont tout aussi instructifs (**A**).

A - Les prémices d'une révolution législative

96. Les réflexions prérévolutionnaires. La doctrine prérévolutionnaire³²⁶ nous permet d'analyser l'état du droit successoral et les limites de la transmission à l'aube de la révolution. Ces mouvements doctrinaux ont été notamment de deux formes : ceux qui se sont directement occupés du droit successoral et ceux plus larges pour lesquels la thématique successorale était accessoire.

Dans ses écrits, Ernest Vallier explique qu'il existait, à la fin du XVIII^{ème} siècle, une concentration des critiques sur un point de la législation successorale « *qu'était l'inégalité des enfants* »³²⁷. Si dans l'ancien droit, que ce soit en droit écrit ou en droit des coutumes, la dévolution *ab intestat* était fondée sur le principe de l'égalité des héritiers, le nombre de dérogations important n'arrivait jamais en pratique à cet idéal égalitaire. Liberté testamentaire en droit écrit, droit d'aînesse en droit coutumier sont entre autres des principes qui, directement ou indirectement, empêchaient une parfaite dévolution égalitaire de l'héritage. Sur la question particulière du droit d'aînesse la discussion portait sur le fait que cette institution était inhérente au régime monarchique, arbitraire et dangereuse pour les puînés et vecteur d'oisiveté pour les aînés. Ce droit était également critiqué car contraire au droit naturel. La large liberté testamentaire était aussi violemment critiquée pour ses conséquences sur l'égalité des souches héréditaires. La critique notamment rapportée par les mémoires de Maupeou à Louis XVI en est l'une des plus parlantes expressions : « *s'il m'eût été permis de porter à la main dans cette grande opération, j'eusse désiré anéantir les testaments et les substitutions, deux sources de procès et d'abus qui nourrissent les haines, mettent les volontés de l'homme à la place des lois, sèment la défiance et dépravent la morale publique. J'aurais voulu du moins que la faculté de tester eût des bornes plus étroites, que les substitutions n'eussent pu être établies que par la volonté du souverain* »³²⁸. S'opposaient sur ces sujets deux

³²⁶ E. VALLIER, *op. cit.*, p. 140.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Mémoire de MAUPEOU à Louis XVI, en appendice dans Flammermont, Le chevalier de Maupeou et les Parlements, p. 618, in E. VALLIER, *op. cit.*, p. 144.

courants, l'un civiliste pour lequel la législation successorale était la construction du législateur, l'autre jusnaturaliste fervent défenseur des droits d'origine naturels. De l'analyse de Rousseau dans le contrat social à celle de Montesquieu dans l'esprit des lois, en passant par la pensée de Grotius, la littérature et la réflexion sur la provenance et l'étendue des droits successoraux et ses limites ont été particulièrement nourries, et ont servi de fondement aux futures législations³²⁹. C'est donc sur une matière en discussion et en débat que la Révolution française a éclaté.

B - La parenthèse révolutionnaire

97. Succession et révolution. Le droit successoral révolutionnaire est souvent mis en avant dans les analyses historiques de la matière comme une période marquante du droit civil. Il est en effet indéniable que les règles coercitives issues de ce droit sont jusqu'à aujourd'hui les plus restrictives qu'ait connu la volonté du *de cuius* dans la transmission active de son patrimoine³³⁰. Les auteurs³³¹ expliquent que c'est, entre autres, sur la haine de la féodalité que s'est bâti le mouvement révolutionnaire, haine principalement fondée sur les discriminations consubstantielles des privilèges. Le mouvement révolutionnaire, lui, prônait l'égalité totale entre les citoyens et par voie de conséquence est venu abolir et régler la législation successorale par une série de lois et de décrets. La première loi marquante est celle du 15-28 mars 1790 qui avait pour vocation affichée d'abolir tout signe de la féodalité. L'article 11 de cette loi³³² venait abolir tous les droits visant une répartition inégale de l'héritage - droit d'aînesse, de masculinité - et abroge certaines coutumes qui refusaient jusqu'alors de reconnaître le mécanisme successoral de la représentation en ligne directe.

³²⁹ En ce sens : E. VALLIER, *op. cit.*, pp. 135-160.

³³⁰ Not. sur le sujet :: « La révolution de 1789, dont les conséquences sociales et politiques renouvelleront la face du monde, modifie profondément notre vie privée. Sécularisation de la législation civile, liberté de conscience, égalité de tous les citoyens devant la loi, protection de la liberté individuelle, inviolabilité de la propriété, abolition des derniers vestiges de la féodalité, suppression de toutes les institutions de droit privé ayant pour but à conservation des grandes fortunes entre les mêmes mains et la perpétuité de l'éclat du nom sur la tête de l'aîné... » P. VERNET, *op. cit.*, p. 321.

³³¹ En ce sens : L. GUERRIN, *op. cit.*, pp. 91-94 - E. VALLIER, *op. cit.*, p. 183 - P. VERNET, *op. cit.*, pp. 321-331.

³³² Loi du 15-28 mars 1790, art. 11 : « Tous privilèges, toute féodalité et nobilité de biens étant détruits, les droits d'aînesse et de masculinité à l'égard des fiefs, domaines et alleux nobles, et les partages inégaux à raison de la qualité des personnes, sont abolis. En conséquence, toutes les successions, tant directes que collatérales, tant mobilières qu'immobilières, qui échoiront, à compter du jour de la publication du présent, seront, sans égard à l'ancienne qualité noble des biens et des personnes, partagées entre les héritiers, suivant les lois, statuts et coutumes qui règlent les partages entre tous les citoyens ; toutes lois et coutumes à ce contraires sont abrogées et détruites. Seront exceptés ceux qui sont actuellement mariés ou veufs avec enfants, lesquels, dans les partages à faire entre eux et leurs cohéritiers de toutes les successions mobilières et immobilières, directes et collatérales, qui pourront leur échoir, jouiront de tous les avantages que leur attribuent les anciennes lois. Les puînés et les filles, dans les coutumes où ils ont eu jusqu'à présent sur les biens tenus en fief plus d'avantages que sur les biens non féodaux, continueront de prendre dans les ci-devant fiefs les parts à eux assignées par lesdites coutumes, jusqu'à ce qu'il ait été déterminé un mode définitif et uniforme de succession pour tout le royaume ».

Après cette loi, subsistaient encore des inégalités, et notamment une qui était liée à la liberté testamentaire³³³. Cette question a fait l'objet d'un débat important entre les penseurs et notamment entre l'école jusnaturaliste et l'école civiliste. Le point d'achoppement entre ces différents courants de pensée était de déterminer quelle était la source du droit de propriété et de sa disposition. Était-il un droit naturel ou un droit civil et politique ? Ce débat irrésolu peut encore faire écho aujourd'hui, mais à l'époque les conclusions de Tronchet suite aux débats de l'Assemblée Nationale permettent de faire émerger quatre principes qui figent la réflexion sur laquelle s'est basée la législation : « *Le droit de disposer de ses biens entre-vifs vient du droit naturel ; il doit en conséquence voir d'autres limites que la nécessité d'exécuter l'obligation de fournir des aliments à ses descendants, auxquels on devra conserver un droit de légitime. Néanmoins la loi devra prohiber toutes substitutions. La faculté de tester vient, au contraire, de la loi civile qui peut dès lors y apporter des limites, même en faveur des parents à l'égard desquels l'obligation alimentaire n'existerait pas. Ces limitations seront les mêmes pour le royaume et tous les citoyens. Cette réserve sera des trois quarts au profit des héritiers en ligne directe descendante ou ascendante, de la moitié au profit des frères, sœurs, neveux, nièces, oncles et tantes* »³³⁴.

Une série de décrets et de lois concernant la coercition de la liberté de disposer de son patrimoine ont vu le jour³³⁵ jusqu'à la consécration de plusieurs lois qui sont venues restreindre considérablement la faculté de disposer à titre gratuit. Les lois des 17 et 21 nivôses an II sont les lois les plus importantes de la période révolutionnaire quant à la limitation de la volonté du *de cuius*. Ces lois, prises sous le régime de la terreur, préoyaient une égalité parfaite entre les enfants naturels et légitimes³³⁶ ainsi que la suppression de toute différenciation selon la nature des biens. Ces lois instaurent un régime unique de loi successorale et de dévolution *ab intestat* mettant un terme aux différentes errances législatives. La loi du 5 brumaire an II est venue compléter ces dispositions, prévoyant une quotité disponible intangible d'un dixième en présence de descendants directs et d'un sixième en présence de collatéraux. Le décret du 9 fructidor an II finissait de compléter l'arsenal juridique en supprimant la possibilité du *de cuius* de recourir au mécanisme de l'exhérédation. Ces règles parachevaient le but révolutionnaire de fractionnement du sol faisant nécessairement écho à la haine inhérente du système féodal aux fiefs. Néanmoins, le régime

³³³ E. VALLIER, *ibid.*

³³⁴ Discours de Tronchet à la Constituante, 5 avril 1791 Archives parlementaires, XXIV, p. 564.

³³⁵ Pour ne citer que les plus connus : les lois des 8 et 15 avril 1791 qui consacraient notamment le principe d'égalité entre les héritiers peu important leur sexe et la suppression des différences suivant que l'enfant soit né pendant ou en dehors de l'union maritale. La loi du 12 brumaire an II qui promeut l'égalité des enfants légitimes et naturels dans la succession des parents. Le décret du 7 mars 1793 interdisant au citoyen ayant des enfants le droit de disposer de leurs biens par testament et entre vifs.

³³⁶ « La loi révolutionnaire du 17 nivôse an II consacra, dans un esprit d'égalité absolue entre les héritiers, le système des coutumes d'égalité parfaite. Le disposant ne pouvait pas dispenser du rapport l'héritier et ce dernier y était tenu même en cas de renonciation à la succession. Mais l'application de cette loi fut de courte durée. La loi du 4 germinal an VIII revint, en effet, au système des coutumes de préciput », J.-Cl. *Civil Code*, Art. 731 à 733, Fasc. unique, LexisNexis, 3 mars 2016, n° 41.

révolutionnaire a appris à ses dépens les conséquences d'une trop grande coercition de la volonté. Comme le rapporte Vernet : « suite à ces lois le nombre de conventions frauduleuses et de procès liés à l'héritage avait littéralement explosé »³³⁷. Ce mouvement venait alors déjà confirmer l'importance d'un juste équilibre entre la volonté et la limite sous peine de rendre la transmission paralysée. La dernière grande loi marquante de cette période avant l'avènement du Code civil fut la loi du 4 Germinal an VIII notamment prise au regard des dysfonctionnements évoqués de la matière. Cette loi reprenait les grandes coercitions des lois de l'an II en les assouplissant, notamment en étendant le disponible³³⁸. Cette loi permettait également au *de cuius* de venir gratifier l'un des successibles au préjudice des autres ce qui n'était plus possible depuis les lois de l'an II.

Ernest Vallier conclut de cette phase son propos sur la phase révolutionnaire en soulignant le caractère assez exceptionnel de cette législation sur le plan successoral : « *Tel est le trait caractéristique de la législation révolutionnaire, il lui était vraiment personnel et n'avait été emprunté à aucune autre législation antérieure : il avait été produit par la combinaison des idées philosophiques et politiques de l'époque* »³³⁹. Il est vrai que la période révolutionnaire n'avait en soit rien pour profondément marquer la matière. En effet, si l'on devait mettre en perspective la phase révolutionnaire à l'épreuve de l'évolution de la matière depuis le droit romain il serait important d'apporter deux nuances.

Premièrement, la période révolutionnaire, à tout le moins en ce qui concerne le droit de la transmission, n'a duré qu'un laps de temps très court. C'est à dessein que nous avons qualifié cela de parenthèse. Il est en effet important de replacer dans un contexte temporel ces règles.

Deuxièmement, les règles révolutionnaires, notamment celles qui tendent à un contrôle élevé de la volonté du *de cuius* de créer sa propre loi successorale relève d'une législation que nous pouvons qualifier d'épidermique et par conséquent en quelque sorte irréfléchie. Et pourtant, cette courte insurrection législative aura eu des conséquences profondes sur la matière.

Porte étendard d'un contrôle trop important de la volonté de transmettre, les principes de la Révolution sont présents dans toutes les études récentes du droit successoral et de l'ordre public successoral. Au-delà d'avoir marqué la doctrine juridique, le droit révolutionnaire a également ouvert la marche à l'élaboration d'une nouvelle législation successorale.

³³⁷ En ce sens : P. VERNET, *op. cit.*, p. 329.

³³⁸ En ce sens : « Cette loi, la meilleure à notre avis qui ait été faite sur cette matière, modifie la loi de nivôse dans le sens des critiques que nous venons de présenter. Elle étend le disponible tout en le laissant encore dans une mesure assez restreinte. », P. VERNET, *op. cit.*, p. 330.

³³⁹ E. VALLIER, *op. cit.*, p. 241.

§ 2 - LE CODE CIVIL ET SES ÉVOLUTIONS

98. La révolution juridique de 1804. Le 30 ventôse an XII (21 mars 1804) fut promulguée la version finale du Code civil. Cette œuvre nouvelle pour l'époque est le fruit d'un projet arrivé rapidement à maturation mais dont les origines « *peuvent cependant, et à juste titre, être recherchées dans les efforts multiséculaires de la monarchie française tendus vers l'affermissement de l'unité du royaume* »³⁴⁰. Véritable œuvre de compromis (A), le Code civil a irrigué l'évolution du droit des successions et des libéralités au XIX^{ème} et au XX^{ème} siècle (B).

A - Le Code civil, une œuvre de compromis

99. Le Code civil. L'idéologie prédominante à la rédaction du Code civil était radicalement opposée de celle des années précédentes et notamment des révolutionnaires. En effet, il faut avoir conscience que c'est notamment « *la politique de la table rase* » suivie par les révolutionnaires qui a servi les avancées dans le sens de l'unification et de la réforme du droit³⁴¹. On peut affirmer que le Code civil s'est développé comme une réaction épidermique à la période révolutionnaire. Plus que jamais, on cherchait à créer une législation tempérée mais avant tout pérenne.

Plus particulièrement sur la législation successorale, le droit issu du Code civil a gravité autour de plusieurs grands axes idéologiques³⁴² dont l'un des plus marquants était la volonté de mettre en œuvre une législation pratique. En effet, une des grandes nouveautés issues du Code civil, et qui fait écho à la problématique de notre thèse, est ce refus de différencier pratique et théorie juridique. Ce désir d'une législation pratique et « *modeste* »³⁴³ est sûrement l'une des clés qui a permis sa longévité. Comme nous l'apprend la théorie de l'anticipation juridique, il est nécessaire de regarder le passé pour organiser le futur, est c'est sur cet exercice précis que l'on retrouve l'aspect sédimentaire du droit successoral issu du Code civil. Si l'on reprend les grandes périodes de la

³⁴⁰ S. SAFATIAN, La rédaction du Code civil, *Napoleonica, La Revue*, 16, 49-63, 2013.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² « *Un point doit être avant tout mis en évidence : les rédacteurs du Code n'ont eu la prétention ni de faire une œuvre nouvelle, ni de faire une œuvre rigoureusement logique, ils ont avant tout voulu faire quelque chose de pratique* », E. VALLIER, *op. cit.*, p. 247.

³⁴³ Sur ce point les mots de MONTESQUIEU rapportés par Portalis sont éloquentes : « *Il faut être sobre de nouveauté, en matière de législation, parce s'il est possible dans une institution nouvelle de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir, qu'il faut laisser le bien si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer,* » in Portalis, Fenet, I, p. 466, in E. VALLIER, *ibid.*

matière, les rédacteurs avaient trois grandes sources normatives à partir desquelles ils pouvaient façonner le droit successoral : le droit romain et des pays de droit écrit, le droit coutumier et le droit issu de la période révolutionnaire. C'est finalement une œuvre transactionnelle, une œuvre de compromis que nous offrent les rédacteurs.

Le droit successoral issu du Code civil emprunte aux différentes époques : au droit romain une certaine persistance de la volonté du *de cuius*, au droit coutumier cette idée d'une transmission intrafamiliale du patrimoine successoral³⁴⁴. Du droit révolutionnaire il conserve l'esprit égalitaire tout en en atténuant la rigueur³⁴⁵. La détermination des héritiers et donc la dévolution du patrimoine se fait, en l'absence de manifestation de volonté expresse du *de cuius*, selon l'ordre successoral et le degré de la parenté³⁴⁶. Néanmoins, cette primauté d'une dévolution légale axée sur la famille et la volonté présumée est venue se concilier avec une part de liberté laissée au *de cuius* dans la possibilité de disposer de son patrimoine.

En effet, même si le principe de l'égalité est toujours établi entre les héritiers en ce sens que l'on ne pense pas à ressusciter le droit d'aînesse, celui-ci n'est plus aussi coercitif que sous la terreur. Si bien que l'on commence à voir dans l'égalité « *moins un principe politique qu'un principe dicté par des sentiments de justice naturelle* »³⁴⁷. Ainsi, on refuse « *la liberté rigoureuse* »³⁴⁸ des lois de nivôse en permettant de rétablir l'inégalité par libéralité et notamment avec la possibilité d'attribuer la quotité disponible à un successible. Selon la doctrine, ces mesures avaient pour but de donner aux individus la possibilité de substituer une égalité réelle à l'égalité forcément un peu artificielle que la loi peut établir³⁴⁹. La contrepartie de cette liberté est la mise en place d'une portion congrue du patrimoine successoral obligatoirement dévolue à une partie des héritiers, une réserve héréditaire. Cette réserve puise à la fois dans la tradition romaine et dans la tradition coutumière³⁵⁰. Comme l'indique justement François Letellier dans son étude chronologique de la réserve héréditaire, le Code civil « *a réalisé une synthèse entre la légitime romaine et la réserve coutumière. Du droit romain il prend la conception universelle de la légitime avec l'unicité du patrimoine et la prise en compte de toutes les libéralités faites par le de*

³⁴⁴ C. LESBAT, *La dévolution successorale*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, p. 15.

³⁴⁵ C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 22.

³⁴⁶ P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^{ème} éd., 2018, LGDJ Lextenso, n° 37.

³⁴⁷ « *Le principe d'égalité dans le droit de succession reste l'un des plus grands points d'achoppement dans la matière. En effet, si pour certains l'égalité entre les souches héréditaires est une planche de salut pour la législation successorale, ce point ne fait pas l'unanimité* », E. VALLIER, *op. cit.*, p. 252. Pour un avis contraire : H. de BALZAC, *Œuvre*, T. IX, la Pléiade, Le curé de campagne, p. 817 : « *La cause du mal gît dans le Titre des successions du Code civil qui ordonne le partage des biens. Là est le pilon dont le jeu perpétuel émiette le territoire, individualiste des fortunes en leur ôtant une stabilité nécessaire, et qui, décomposant sans récompenser finira par tuer la France* », B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIFI, *Libéralités et successions*, 2015, LGDJ, p. 7.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ Comme le relate très justement Ernest VALLIER : « *L'égalité aboutit en effet généralement à des inégalités de faits. La loi ne peut précéder que par mesure générale, elle est faite pour les hommes qu'elle ne peut considérer que comme tous identiques, doués des mêmes qualités physiques, intellectuelles et morales ; la réalité montre au contraire des différences profondes entre les divers enfants d'une même famille (Bérenger, Fenet, T. XII, p.315) et c'est pour faire disparaître ces inégalités qu'une certaine QD est laissée à la disposition du chef de famille.* », *op. cit.*, p. 253.

³⁵⁰ C. LESBAT, *op. cit.*, p. 16.

cujus. Du droit coutumier il s'inspire pour tracer la limite des récipiendaires de cette protection à la famille lignagère, et sanctionner les libéralités excessives par une réduction en nature »³⁵¹. On voit que les règles découlant de la promulgation du Code civil mettent un point d'honneur à trouver un équilibre en droit successoral.

En faisant la synthèse de plusieurs sources normatives, certaines très libérales, d'autres très coercitives avec la notion de volonté, le droit successoral du Code civil pose comme ligne directrice une volonté de compromis. La protection et la liberté doivent cohabiter et c'est à travers la réserve héréditaire et la quotité disponible que cette dichotomie prend tout son sens. Les règles ainsi posées, la période qui suivit fut en quelques sorte une phase de test pour consolider les nouvelles règles ainsi promulguées.

B - L'évolution des règles successorales au XIX^{ème} et au XX^{ème} siècle

100. L'épreuve du Code civil. Comme chaque nouvelle loi, la loi successorale issue de 1804 a été mise à l'épreuve par une partie de la doctrine et de la pratique. Comme le souligne très justement Prosper Vernet les longs débats qui se sont tenus postérieurement au Code civil faisaient « déjà écho aux débats dans l'ancien droit et le droit révolutionnaire »³⁵². Le premier point d'achoppement fut la question de l'égalité issue notamment des règles réservataires³⁵³. Par ailleurs, une partie de la doctrine actait alors les méfaits de la réserve héréditaire et demandait à ce que la loi vienne suppléer l'absence de manifestation du *de cuius* en prévoyant des préciputs légaux à l'ainé. Frédéric Le Play proposa plus tard également la restauration du droit d'aînesse pour supprimer le hachage foncier et résorber le désagrément de la famille qui pour lui était liés. D'autres ont même voulu supprimer la réserve héréditaire et la notion même d'héritage. Nous verrons que ces débats sont plus que jamais d'actualité³⁵⁴.

Le XIX^{ème} siècle a vu aussi bons nombres de lois venir augmenter la vocation successorale de certains successibles. Le premier est le conjoint survivant. On dénombre en effet une grande série de lois qui ont pour finalité de peu à peu faire de cet héritier un membre à part entière de la famille. On peut notamment citer la loi du 9 mars 1891 qui créa au profit du conjoint un droit d'usufruit et une pension alimentaire, mais également les lois du 3 avril 1917, du 29 avril 1925, du 3 décembre

³⁵¹ F. LETELLIER et M. THEBAULT, « La protection par la réserve : une question ancienne (bref historique de la réserve héréditaire) » in Rapport 116^{ème} congrès des notaires, p. 415, n° 2213.

³⁵² « Les principes fondamentaux sont encore aujourd'hui dans cette matière l'objet de vives controverses », P. VERNET, *op. cit.*, p. 331.

³⁵³ Not. en ce sens : « Cette égalité coercitive entre certains héritiers fut ardemment combattue d'abord par les monarchistes. C'est ainsi qu'en 1826 le Gouvernement de Charles X soutint devant la chambre des pairs un projet tendant à établir un droit d'aînesse obligatoire pour contrer le morcellement de la propriété foncière, contraire à l'essence même de la monarchie », N. LAURENT-BONNE, « Notations historiques sur l'avenir de la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER, 2019, pp. 155-164. Également sur ce sujet : E. VALLIER, *op. cit.*, pp. 356-361 :

³⁵⁴ V. *infra*, « § 2 - Un Équilibre instable », n° 249 et s.

1930 et du 26 mars 1957³⁵⁵. Les seconds sont les enfants naturels. Le Code civil revient sur le principe d'égalité entre les enfants, naturels et légitimes³⁵⁶, partant du principe que les vertus privées sont indissociables des vertus publiques et qu'autoriser une égalité entre ces enfants aurait des répercussions directes sur l'institution du mariage. La période post-Code civil a, par plusieurs lois, essayé de revenir sur ce point³⁵⁷ pour *in fine* rétablir une égalité entre les enfants naturels et légitimes par une loi du 3 janvier 1972³⁵⁸. La fin du XXe siècle a aussi marqué les prémices de l'évolution de la réserve héréditaire³⁵⁹.

L'étude de l'évolution de la transmission volontaire du patrimoine par le *de cuius* au fil des siècles nous apprend que malgré de nombreuses évolutions souvent liées au régime en place, les grandes règles irriguant notre droit positif sont en place depuis des centaines d'années, bien avant l'avènement du Code civil. Cela permet de mettre en perspective un certain nombre de points et notamment l'évolution récente du droit des successions. En effet, notre époque souffre d'une inflation législative très importante³⁶⁰, mais également d'une politique de l'émotion. Il fait consensus qu'un simple fait divers ou des titres de journaux peuvent aujourd'hui mener six mois plus tard à une nouvelle loi. Le cas particulier de l'ordre public successoral et notamment de la réserve héréditaire ne font pas exception. C'est ainsi qu'en décembre 2020 on apprenait que le projet de loi sur le séparatisme comprenait une proposition de modification de l'article 913 du Code civil pour réintégrer un mécanisme de prélèvement compensatoire, quand presque un an auparavant la Chancellerie commandait un rapport orienté sur l'avenir de la réserve héréditaire, et notamment l'opportunité de sa suppression³⁶¹. Ce droit de prélèvement nouvelle mouture fut promulgué sans aucune entrave à ce jour par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République³⁶².

³⁵⁵ C. LESBAT, *op. cit.*, p. 18.

³⁵⁶ Droit accordé par la loi du 11 brumaire an II.

³⁵⁷ La loi du 25 mars 1896 augmenta la vocation *ab intestat* des enfants naturels. Elle augmenta également la part réservataire de ceux-ci qui restera néanmoins inférieure à la part des enfants légitimes. La loi du 31 décembre 1917 réduisit le seuil de successibilité de 12 à 6.

³⁵⁸ Loi n° 71-523 sur l'égalité des filiations.

³⁵⁹ On peut notamment citer : En premier lieu, sur la sanction de l'empiètement de la réserve. Il y a d'abord eu le décret-loi du 17 juin 1938 qui a permis de mettre en place un système de réduction en valeur et non en nature pour le donataire d'un immeuble ou d'une exploitation agricole dont la libéralité empiète sur la réserve. La loi du 19 décembre 1961 a étendu la réduction en valeur aux dons et legs d'entreprises commerciales, industrielles ou artisanales. Il y a eu ensuite la loi du 3 juillet 1971 n° 71-523 qui a un peu plus élargi le domaine de la réduction en valeur à tous dons faits à un successible acceptant. La sanction de la réduction en nature ne persistait alors que pour les tiers du *de cuius*. En second lieu, sur la méthode de calcul de la réserve héréditaire et de la quotité disponible. La loi du 7 février 1938 avait fixé l'évaluation des biens donnés au jour de la donation pour le calcul de la quotité disponible et la détermination des excédents réductibles. La loi du 3 juillet 1971 n° 71-523 est revenue à des règles d'évaluation plus conformes à la notion classique de la réserve héréditaire ainsi qu'à l'égalité entre héritiers réservataires.

³⁶⁰ Not. sur le sujet : S. De ROUMEFORT, « Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires », *RLDC*, avril 2022.

³⁶¹ En ce sens : D. BOULANGER, « La réserve héréditaire : un principe républicain ? », *JCP N*, n° 51, 18 déc. 2020, act. 1039.

³⁶² Sur ce sujet sans être exhaustif : É. FONGARO, « Successions internationales : le prélèvement nouveau est arrivé », *IP* 2021, étude 7-5, p. 153 s. - S. GODECHOT-PATRIS, « Le prélèvement est mort...Vive le prélèvement ! De quelques

L'étude de l'évolution historique de la coercition de la volonté du *de cuius* dans la dévolution volontaire de son patrimoine nous apprend que l'analyse de la nature de l'ordre public successoral doit se concentrer sur sa fonction intrinsèque : le contrôle de la volonté.

Section 2

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL EN DROIT INTERNE

101. La notion d'ordre public successoral. Pour s'efforcer de comprendre ce que recèle la notion d'ordre public successoral, il est nécessaire d'en décomposer l'expression. Si l'acception du terme successoral ne pose que peu de problèmes, le terme d'ordre public se révèle être une notion éminemment plus complexe. L'ordre public est en droit français un véritable serpent de mer et il ne sera pas ici question d'étudier la nature de l'ordre public en droit français, le sujet ayant déjà fait l'objet de nombreux travaux³⁶³. De l'acception de Guillaume Drago³⁶⁴ aux analyses du Professeur Malaurie³⁶⁵ et du Doyen Beignier³⁶⁶ ou encore de la définition proposée par le

réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doct. 2. - H. PÉROZ, « Le droit de prélèvement : tel un phœnix ? », *Gaz. Pal.* 2021, n° 12, p. 48 et « le droit de prélèvement compensatoire ou la mise à mal de la pratique des successions internationales », *JCP N* 2021, n° 35, act. 805. - P. LAGARDE, « Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 291. - C. PÉRÈS, « Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 296. - N. LAURENT-BONNE, « Le nouveau droit de prélèvement compensatoire dans les successions internationales : quand la fin ne justifie pas les moyens », *AJ fam.* 2021, p. 548. - H. FULCHIRON et S. FERRÉ-ANDRE, « Entre trop et pas assez : le droit de prélèvement version 2021 », *JCP G* 2021, 1109. - D. Le GRAND de BELLEROCHE, « Contre le retour du droit de prélèvement en droit français : une vue de la pratique du droit international », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 303. - S. RAMACIOTTI, « Le prélèvement compensatoire du projet d'article 913 du Code civil à l'épreuve des exigences européennes et constitutionnelles », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 310. - J. SAGOT-DUVAUROUX, « La réintroduction du droit de prélèvement par la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République », *RLDC* 2021, n° 197. - B. HAFTEL, « Successions internationales : le retour du droit de prélèvement », *D.* 2021, p. 2012. Pour une étude du nouveau droit de prélèvement compensatoire v. *infra*, n° 365 et s.

³⁶³ Pour ne citer que ces travaux : M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse, Paris II, 1979 (dir. J. PATARIN) - C. DUARD-BERTON, *L'ordre public dans le droit de la famille*, thèse, 2004 Paris II (dir. G. CHAMPENOIS) - J. GOGNETTI, *La notion d'ordre public*, thèse, Reims, 1998 (dir. B. TOURET) - H. HAMADI, *Recherche sur l'ordre public familial*, thèse, Toulon, 2009 (dir. E. PAILLET) - W. LIENHARD, *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international*, thèse, Dijon, 1934 - A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018 (dir. B. BEIGNIER).

³⁶⁴ G. DRAGO, « Avant-propos », in *Rapport annuel 2013 : l'ordre public*, Paris : La documentation française, 2014.

³⁶⁵ P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public : Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, Reims : Éditions Matot-Braine, 1953, th. (dir. P. ESMEIN), p. 3. - Cette citation, toujours très actuelle a d'ailleurs fait l'objet d'une étude approfondie par Alex TANI dans sa thèse de doctorat (*L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018), pp. 3-26. - Également sur le sujet on peut citer l'intervention du Professeur Jean-Marie Plazy quand il exprimait lors d'un colloque que « La doctrine a tenté de définir à de nombreuses reprises la notion d'ordre public. Le professeur MALAURIE dans son temps avait recensé plus de vingt définitions différentes de l'ordre public. L'ordre public est une notion relative dans le temps et dans l'espace » (colloque sur l'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO)

³⁶⁶ B. BEIGNIER, « L'ordre public renaissant ? », *Dr. fam.*, n° 3, mars 2009, repère 3.

vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant³⁶⁷, nous avons relevé que poser une définition commune de l'ordre public se trouve extrêmement compliqué. Cependant, de ce qu'il précède et à l'aide de ces quelques définitions de l'ordre public nous avons pu poser un cadre général. Nous retenons, à dessein, une acception de la notion qui nous est propre et qui sera nécessairement lacunaire tant elle est tentaculaire : en droit privé l'ordre public dans sa conception fonctionnelle vise à limiter l'autonomie de la volonté du sujet de droit aux fins de tendre au respect des objectifs sociaux, économiques et politiques français³⁶⁸. La violation de cette règle subit une sanction à géométrie variable suivant le rapport de droit à protéger.

Cette acception de l'ordre public posée, elle nous permet d'étudier plus en détail l'appréhension d'ordre public successoral (§ 1) et de faire émerger la caractérisation d'une véritable notion cadre (§ 2).

§ 1 - L'APPRÉHENSION DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

102. Des limites, un grand flou et un cadre. L'analyse historique des limites à la volonté du *de cuius* nous apprend un certain nombre de choses ; l'une des plus importantes est que la législation actuelle n'a rien d'inédit mais est le fruit de règles préexistantes modulées pour s'insérer dans notre législation actuelle. Néanmoins, depuis 1804 le droit français est unitaire, la différenciation des lois qui pouvaient exister en fonction des fiefs, des coutumes n'a plus lieu d'être. Le droit successoral s'est structuré autour d'un corps uniforme de règles tendant à un contrôle plus ou moins coercitif de la volonté du *de cuius* dans la transmission de son patrimoine. Partant, ce corps de règles unitaires en droit successoral français s'est peu à peu structuré comme un tout, comme un ensemble de règles cohérent visant à contrôler la transmission active du patrimoine. Ce cadre, qualifié unanimement d'ordre public successoral par la doctrine et les différents acteurs du droit, serait aujourd'hui en souffrance. Souffrance parce qu'il serait la cible des incursions libérales mais également et surtout car la notion en elle-même est contestée³⁶⁹. Nous verrons que si l'ordre public successoral est une notion à part entière qu'il faut consacrer dans notre droit successoral contemporain, elle est dévoyée par une définition par composantes qui n'en reflète pas la véritable

³⁶⁷ G. CORNU, *Ordre public, Vocabulaire juridique, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT*, 11^e éd., PUF, 2016.

³⁶⁸ Cette acception se rapproche particulièrement de celle de Marc AZAVANT : « *Si l'on se situe en droit interne, l'ordre public est en lutte contre les volontés individuelles et la liberté contractuelle qui chercheraient à s'émanciper des valeurs fondamentales portées par le droit positif* » (in « Successions internationales - L'ordre public successoral », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2013, doss. 38) et de celle développée par Elsa BERRY et Dominique FAVREAU dans leur très importante intervention sur l'ordre public successoral : « *En droit civil, l'ordre public peut être défini comme l'ensemble des règles juridiques qui s'imposent dans les rapports sociaux pour des raisons de moralité ou de sécurité impérative. C'est une limite au champ contractuel, ainsi qu'en dispose l'article 6 du Code civil selon lequel : 'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs'* » (« L'ordre public successoral », *intervention l'Université d'été 2018*, Poitiers, 2018).

³⁶⁹ V. *infra*, « B – Les doutes sur la persistance de la notion », n° 108 et s.

essence. Mais en définitive, comment est défini l'ordre public successoral et de quoi est-il composé ?

103. La protection de l'intérêt général en droit successoral. L'ordre public serait donc une barrière à l'autonomie de la volonté individuelle pour protéger à la fois le sujet de droit et la société. Des interrogations doivent se poser pour comprendre la réception de la notion en droit successoral : comment se matérialisent ces considérations en droit successoral ? Quels sont les sujets de droit qu'il convient de protéger ? Comment la limitation de l'autonomie de la volonté individuelle peut-elle influencer sur la protection de la société ? La notion d'ordre public en droit des successions et des libéralités, contrairement à la notion d'anticipation successorale, n'est pas étrangère à la doctrine juridique qui s'est longuement penchée sur sa caractérisation **(A)** jusqu'à parfois conclure à des doutes sur son existence **(B)**.

A - Les visions doctrinales de l'ordre public successoral

104. Un sujet prégnant. L'ordre public successoral fait partie des notions juridiques françaises dont la caractérisation apparaît comme inattingible. C'est à Marcel Beaubrun que l'on doit l'une des premières caractérisations de la notion **(1)**. Par la suite, la notion d'ordre public successoral sera reprise par la majeure partie de la doctrine patrimonialiste, mais ne trouvera jamais une véritable définition, oscillant entre caractérisation par composantes **(2)** et holiste **(3)**.

1 - L'apport de Marcel Beaubrun

105. La définition de Marcel Beaubrun. L'une des plus grandes contributions à l'étude de la notion d'ordre public successoral est à mettre au crédit de Marcel Beaubrun dans sa thèse de doctorat³⁷⁰. Il oppose dans les premières pages de son étude deux courants qui selon lui traversent le droit positif successoral avec d'un côté l'anticipation et la transmission active de son patrimoine, et de l'autre ce qu'il qualifie comme « *une orientation du titre gratuit (qui) vient enchâsser ces prérogatives (anticipatives) dans un dispositif légal de nature institutionnelle, imputation des libéralités excédentaires et réduction du dépassement éventuel. Tout débordement de générosité, comme tout entraînement de la volonté, est strictement limité et, au besoin, anéanti. Les mécanismes héréditaires traditionnels du rapport et de la réduction ont pour fonction essentielle de contrôler, en conformité avec les prévisions légales, le fournissement d'une part successorale à chacun des* »

³⁷⁰ M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse, Paris II, 1979 (dir. J. PATARIN).

participants au partage »³⁷¹. Pour lui, l'ordre public successoral naît notamment de la combinaison de trois éléments : la réserve héréditaire, la règles visant la prohibition des pactes sur succession future et le principe d'égalité successorale³⁷². Il continue par une affirmation fondamentale dans la détermination de la notion : « *Ce sont là les sources principales de l'ordre public successoral mais non les seules. Il n'est que de songer à la liberté d'option héréditaire ou à la liberté de tester qui sous certains aspects peuvent apparaître comme des sous-produits* »³⁷³. Ainsi, dans l'acception de Marcel Beaubrun, l'ordre public successoral ne se limite pas uniquement au triptyque classique qu'il est commun de mettre en avant, mais regroupe toute une série de données qui ont trait directement ou indirectement à un contrôle de la volonté du *de cuius*. Il voit dans l'ordre public successoral plus qu'une « *prohibition prononcée une fois pour toutes* », et évoque son caractère quasi tentaculaire³⁷⁴. Pourtant l'un de ces premiers théoriciens, Marcel Beaubrun est aussi l'un des premiers à en théoriser la décrépitude : « *le droit de l'héritage semble refreiner ses ardeurs dominatrices* », pour poursuivre en affirmant qu'« *il y a incontestablement une détérioration lente, progressive et régulière de la norme héréditaire* »³⁷⁵.

Quarante ans plus tard, c'est un constat sur sa propre réflexion que nous apporte l'auteur³⁷⁶. Toujours axé sur une réflexion par composantes il réaffirme néanmoins la vitalité de la notion qu'il qualifie de riche et de féconde, constituée « *d'une multitude d'éléments composites, voire hétérogènes* »³⁷⁷. Du dessin principal, il met en avant les composantes classiques de l'ordre public successoral : réserve héréditaire et prohibition des pactes sur succession future. Des détails, il discerne une série d'autres composantes comme notamment : la prohibition des substitutions, la prohibition des testaments conjonctifs, l'égalité du partage, la possible décharge du passif successoral. L'auteur reprend son analyse première d'un certain délitement et d'une modification de la notion. S'il est certain que « *les mots ne recouvrent plus les mêmes réalités* », l'ordre public successoral semble selon lui, également happé

³⁷¹ *Ibid.*, p. 3.

³⁷² On retrouve cette décomposition de l'ordre public successoral également en droit étranger : B. GSELL, « L'ordre public successoral en droit allemand », *RJPF* n°1, 1^{er} janv. 2022 - A. MALACKET, « L'ordre public successoral en droit québécois », *RJPF* n°1, 1^{er} janv. 2022 - G. WILLEMS, « L'ordre public successoral en droit belge », *RJPF* n°1, 1^{er} janv. 2022.

³⁷³ *Ibid.*, p. 6.

³⁷⁴ Pour reprendre l'expression de M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, Paris, P.U.F., Les grandes thèses du droit français, 1^{er} éd., 2001. Aussi, le caractère tentaculaire de l'ordre public successoral fait écho à l'analyse précédente de la notion d'anticipation successorale notamment quand Marcel BEAUBRUN affirme « *l'énergie dont la notion est portense ne se concentre pas au plan successoral en un trait de temps et sur une opération isolée. Bien au contraire ; il y a dans notre matière une sorte de chaînon invisible qui relie les éléments d'un ensemble et qui achemine progressivement vers l'instant de l'ultime confrontation ou tout fusionne et se cristallise* » (M. BEAUBRUN, *op. cit.*, p. 9).

³⁷⁵ M. BEAUBRUN, *op. cit.*

³⁷⁶ M. BEAUBRUN, « Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009.

³⁷⁷ « *L'incomparable richesse de la notion, sa surprenante fécondité à travers ses métamorphoses successives, procède incontestablement de ce qu'elle est constituée d'une multitude d'éléments composites, voire hétérogènes. À côté des colonnes d'angles, des sources diffuses ont toujours fait rayonner une dose d'intensité variable, de principe obligatoire, hors de portée des volontés individuelles. (...) C'est dire combien l'ordre public successoral obéit à une logique d'expansion continue et de lutte en faveur des valeurs essentielles qu'il a en charge de défendre ; omniprésentes en sont les manifestations. De cet écheveau, il convient de démêler le dessin principal avant de s'attacher à en discerner le détail* », *ibid.*, n° 4.

par la bipolarisation³⁷⁸ de l'ordre public pour passer « *d'un ordre public imposé à un ordre public négocié* ». Partant, il est peut-être hâtif d'affirmer que l'auteur enterre la notion qu'il développait autrefois³⁷⁹. En effet, loin d'une disqualification ou d'un recul, il faut souligner qu'à notre sens l'auteur salue plutôt sa transformation qu'il estimait nécessaire pour assurer sa pérennité³⁸⁰.

2 - La conception par composantes

106. D'un corps d'appartenance à une définition par composantes. La doctrine française a longuement disserté sur la notion d'ordre public successoral qui est peu à peu devenue une notion incontournable, presque automatique quand on évoque le droit des successions et des libéralités³⁸¹. Mais, de cet automatisme d'utilisation ressort un point important. En effet, malgré des

³⁷⁸ Sur cette expression : v. *supra*, n° 6.

³⁷⁹ Not. en ce sens : 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, p. 2185 - É. FONGARO et E. NAUDIN, « Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public successoral », *JCP N*, n° 20, 17 mai 2019, 1193 - J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2015 (act. juin 2016) - C. MASSON, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018, p. 809.

³⁸⁰ « *A y réfléchir, pourtant, n'est-il pas salutaire, au regard de la pérennité du concept, que les besoins de la vie juridique l'emportent sur les arguments dictés par la froide raison* », M. BEAUBRUN, *op. cit.*, n° 17.

³⁸¹ Sur l'utilisation de la notion d'ordre public successoral et pour ne citer que ces occurrences : S. ARNAUD, « Les conséquences de la réduction en valeur », *JCP N*, n° 47, 22 nov. 2013, 1270 - S. ARNAUD et M. NICOD, « Le choix d'avantager un enfant », *JCP N*, n° 22, 29 mai 2015, doss. 1173 - F. AUDREN, « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire. Aux origines de l'analyse économique du droit », *Revue Histoire du XIX^{ème} siècle*, 2014 - M. AZAVANT, « Successions internationales - L'ordre public successoral », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2013, doss. 38 - C. BAHUREL, « Réserve et sociétés », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 54 - N. BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2006, étude 44 - B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRFI, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée », *JCP N*, n° 24, 17 juin 2016, doss. 1199 - E. BERRY et D. FAVREAU, « L'ordre public successoral », *intervention l'Université d'été 2018*, Poitiers, 2018 - J. CARBONNIER, P. CATALA, J. de SAINT-AFRIQUE et G. MORIN, *Des libéralités - Une offre de loi*, 2003, *Defrénois*, p. 116 - P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2006, étude 43 et « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N*, n° 26, 29 juin 2007, 1206 et « Le droit successoral entre son passé et son avenir », in *Le Monde du Droit, Mélanges Jacques FOYER*, Economica, déc. 2007, pp. 229-240 et « De l'offre de loi - à la loi du 23 juin 2006, le cheminement d'une réforme », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, (dir.) A. LEBORGNE, 2008, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - D. COIFFARD, « Faut-il supprimer la réserve des ascendants ? », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 77 - P.-A. CONIL, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain - Une tentative d'aller au-delà des mythes », *Dr. fam.*, n° 2, févr. 2013, étude 1 - G. DEBERNARDI, *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, thèse, Côte d'Azur, 31 mai 2017 - S. DEVILLE, « L'article 918 du Code civil face à la question prioritaire de constitutionnalité : histoire d'une occasion manquée », *Dr. Fam.*, n° 5, Mai 2014, étude 8 - É. FONGARO, « Feu le droit de prélèvement », n° 2011-159, *JCP N*, n° 36, 9 sept. 2011 et « L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions », *JDI*, n° 2, avr. 2014, doctr. 5 et (dir.), *Droit patrimonial européen de la famille*, LexisNexis, juin 2013, p. 135 - H. FULCHIRON, « Ordre public successoral et réserve héréditaire - réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p. 2310 - S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER, « Droit patrimonial de la famille interne et international », *D.* 2018, p. 2384 - M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 6^e éd., Paris, Éditions Litec, 2001, pp. 273-274 et « Sécuriser le règlement successoral - Rapport de synthèse », *JCP N*, n° 16, 22 avr. 2011, 1139 et « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755 ; N. LAURENT-BONNE, « Notations historiques sur l'avenir de la réserve héréditaire », (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 155-164 - C. LESBAT, *La dévolution successorale*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, p. 46 - J. LEPROVAUX, « Que reste-t-il de la réserve héréditaire ? », *LPA*, 8 sept. 2017, n° 1179-180, p. 53 - R. LIBCHABER, « Des successions en quête

occurrences très nombreuses dans la littérature juridique, peu sont les auteurs qui prennent le temps de définir la notion qu'ils emploient. Prenant pour acquis son existence, une majorité évoque l'ordre public successoral sans nous éclairer sur sa conception.

Dans l'étude de la définition de l'ordre public successoral on retrouve rapidement un problème similaire à celui de la notion d'anticipation successorale : la caractérisation de notion d'appartenance. Nous avons vu que l'anticipation successorale était souvent évoquée non pas comme notion autonome mais comme une appartenance, une justification d'un acte de planification³⁸². En ce qui concerne l'ordre public successoral, nous pouvons *mutatis mutandis* formuler la même réflexion. Il est ainsi souvent affirmé, entre autres points, que la réserve héréditaire fait partie de l'ordre public successoral, sans autre justification. Ici, la notion d'ordre public successoral sert de corps d'appartenance sans que l'on en donne une définition autonome. À s'intéresser aux colonnes on oublie parfois trop souvent le temple qu'elles soutiennent³⁸³, et cet écueil conceptuel peut avoir, nous le verrons, des conséquences directes sur l'autonomie de la notion en tant que telle.

Il est ainsi nécessaire de donner une définition de l'ordre public successoral, et nous allons voir que la doctrine fait un effort de définition plus ou moins poussé. L'analyse de l'ordre public successoral a notamment été développée par Pierre Catala à qui on doit une étude poussée de la notion et une métaphore reprise par beaucoup. Pour lui, l'ordre successoral n'est pas qu'une donnée juridique, mais « *repose sur des données socio-économiques et politiques mouvantes comme la famille et la primauté de la propriété foncière, qui s'opposent directement aux éléments invariants des lois et de la logique* »³⁸⁴. Il relève très justement une opposition qui va gouverner l'évolution de la notion entre d'un côté « *une volonté fixe de protection égalitaire et de l'autre la mutation libérale des politiques et de l'économie* ». Pour lui, le fief de

d'avenir », *RTD civ.*, 2016, p. 729 - H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266-14 - A. MOLIÈRE, « Ordre public successoral *versus* renonciation anticipée à l'action en réduction – le faux argument », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1554 - M. NICOD et É. FONGARO, « Réserve héréditaire - Quotité disponible », in *Répertoire de droit civil*, *Dalloz*, janv. 2011 (act. oct. 2017) - J. PATARIN, « L'exclusion par la volonté du *de cuius*, de l'attribution préférentielle d'une exploitation agricole dans le partage de sa succession », *RTD civ.*, 1997, p. 486 - C.-M. PEGLION-ZIKA, « Contentieux original, solutions classiques : un arrêt deux en un sur la réserve et la notion de libéralité », *RJPF* n° 12, 1^{er} déc. 2018 ; T. PIAZZON, « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 42, 2014, pp. 161-173 - J. PICARD, « Anticiper la liquidation de la succession : entre régime primaire successoral et aménagement contractuel », *LPA*, 3 juill. 2018, n° 132, p. 5 - C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 305, n° 391 ; A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018 - P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAU, « Successions – Pacte sur succession future », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 721 à 724-1, Fasc. 20, LexisNexis, 20 fév. 2016 - G. WICKER, « Successions – Mandats successoraux : le mandat à effet posthume », *J.-Cl. Code Civil*, Art. 812 à 812-7, Fasc. unique, LexisNexis, 1 fév. 2014, n° 136.

³⁸² V. *supra*, n° 32 et s.

³⁸³ Pour reprendre la métaphore développée par Pierre CATALA de l'ordre public successoral comme étant un temple soutenu par des piliers que seraient notamment la réserve héréditaire et le principe de la prohibition des pactes sur succession future (« La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étude 43).

³⁸⁴ P. CATALA, « Le droit successoral entre son passé et son avenir », in *Le Monde du Droit, Mélanges Jacques FOYER*, Economica, déc. 2007, pp. 229-240.

l'ordre public successoral est intimement lié aux libéralités : « *Si l'on enjambe l'indivision et le partage où le législateur a fait œuvre de retouche plutôt que de refonte, on aboutit aux 'Libéralités', nouvel intitulé du Titre IV du Livre troisième. Il est le siège principal de l'ordre public successoral, caractérisé par la réserve héréditaire ainsi que par la prohibition des pactes sur succession future et des substitutions* »³⁸⁵. Sa consistance principale, ses colonnes, sont ainsi constituées par la réserve et la prohibition des pactes sur succession future, qui en sont « *ses deux visages prescriptifs* »³⁸⁶. L'auteur rejoint en ce sens la définition de Marcel Beaubrun d'un ordre public successoral par composantes en affirmant par ailleurs que l'ordre public successoral est constitué de plusieurs règles impératives³⁸⁷.

Cette vision par composantes est partagée par une majorité de la doctrine³⁸⁸ mais peut s'avérer parfois trompeuse. Une composante est par définition un élément d'un ensemble complexe. L'ensemble complexe abrite les composantes desquelles il résulte une entité plus ou moins autonome. Or, quand on rapporte cette relation à notre réflexion on s'aperçoit que si les composantes de l'ordre public successoral font l'objet d'un développement, l'ensemble complexe qu'est l'ordre public successoral ne fait, quant à lui, pas ou peu l'objet de développement autonome.

Toujours sur cette conception par composantes on peut notamment citer les travaux de Nathalie Baillon-Wirtz³⁸⁹, celle des Professeurs Marc Nicod et Éric Fongaro³⁹⁰ ou enfin celle des Professeurs Cécile Pérès et Christophe Vernière³⁹¹. Comme dans l'acception de Marcel Beaubrun, on retrouve systématiquement dans les définitions par composantes un triptyque de normes coercitives, triptyque qui peut varier selon les auteurs³⁹².

Cette définition par composantes induirait donc que la notion d'ordre public successoral serait le fruit de la somme de ses composantes. C'est notamment ce qui est affirmé dans le rapport

³⁸⁵ P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2006, étude 43.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N*, n° 26, 29 juin 2007, 1206.

³⁸⁸ Not. sur le sujet : B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIFI, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée », *JCP N*, n° 24, 17 juin 2016, doss.1199 - P.-A. CONIL, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain - Une tentative d'aller au-delà des mythes », *Dr. fam.*, n° 2, févr. 2013, étude 1 - M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 6^e éd., Paris, Éditions Litec, 2001, pp. 273-274 - J. LEPROVAUX, « Que reste-t-il de la réserve héréditaire ? », *LPA*, 8 sept. 2017, n° 1179-180, p. 53 - H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000.

³⁸⁹ « *La prohibition des pactes sur succession future est, avec la protection de la réserve, une pièce maîtresse de l'ordre public successoral, frappant de nullité absolue les actes de celui qui aliène sa liberté de tester ou qui, de son vivant, règle contractuellement la dévolution de sa succession* », N. BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étude 44.

³⁹⁰ « *On enseigne communément que la réserve héréditaire est, avec la prohibition des pactes sur succession future et la prohibition des substitutions fidéicommissaires, l'un des trois piliers de l'ordre public successoral* », M. NICOD et É. FONGARO, « Réserve héréditaire - Quotité disponible », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2011 (act. oct. 2017).

³⁹¹ « *Ces considérations justifient que la liberté individuelle soit bridée par différents freins formant l'ordre public successoral. Jusqu'à une période récente, l'on regroupait dans cet ensemble trois corps de règles complémentaires : la prohibition des pactes sur succession future qui assurait une police des contrats successoraux ; la réserve héréditaire qui permettait à certains héritiers désignés par la loi de recevoir une part minimale de la succession ; l'interdiction des substitutions, c'est-à-dire les libéralités par lesquelles le futur défunt cherchait à maîtriser le sort de ses biens sur plusieurs générations* », C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, (dir. C. LABRUSSE-RIOU, D. TRUCHET et L. CADIEU), n° 391, pp. 305-306.

³⁹² Néanmoins l'égalité prônée par l'auteur a été permutée avec la prohibition des substitutions.

de la Cour de cassation sur l'ordre public : « *la combinaison de ces principes conduit à invoquer l'ordre public pour définir les limites de la liberté de transmission gratuite des biens du vivant ou à la mort du gratifiant. Constat qui se vérifie en matière de réserve héréditaire, de clause pénale, de donations entre vifs et de partage* »³⁹³. Nous l'avons vu, une définition par composantes est par essence liée à ses éléments constitutifs. Partant, le délitement de plusieurs de ces données pourrait entraîner la disparition de la notion. Faut-il dès lors se détourner d'une telle conception en ce qu'elle fragiliserait la notion cadre ? Ou au contraire, une définition par composantes est-elle la plus à même de retranscrire l'état de fait d'une notion cadre ? Il n'y a pas à notre sens de bonne réponse à cette interrogation car elle relève éminemment du point de vue. Pour comprendre l'importance du débat, il convient d'envisager l'autre clé de définition qui à notre sens semble plus stable.

3 - La conception holiste

107. L'opportunité d'une définition fonctionnelle. Pour reprendre la position d'une partie de la doctrine, l'ordre public appartiendrait aux catégories des notions fonctionnelles³⁹⁴. Par conséquent, ne serait-il pas plus judicieux pour la pérennité de la notion de l'ordre public successoral de rechercher sa fonction pour s'émanciper de sa seule composition ? Des auteurs ont tenté de s'affranchir d'une conception par composantes pour nous donner quelques clés d'une définition fonctionnelle³⁹⁵. Pour Marc Azavant, l'ordre public successoral est « *le reflet des valeurs et des principes fondamentaux du droit successoral français* »³⁹⁶. Josselin Picard lui, offre une analyse plus large qui tend à déterminer la fonction de l'ordre public successoral. Selon lui, « *la matière successorale est le point de rencontre de règles impératives qui lient le de cujus et les ayants droits ; ce corpus de règles coercitives forme un véritable régime primaire successoral qui a pour mission de fixer le cadre des aménagements contractuels possibles en matière d'anticipation successorale* »³⁹⁷. Une autre analyse intéressante de la notion propose de mettre

³⁹³ C. cass., *Rapport annuel 2013 : l'ordre public*, Paris : La documentation française, 2014, p. 279.

³⁹⁴ V. *supra*, n° 6.

³⁹⁵ Not. sur le sujet : M. AZAVANT, *op. cit.* - E. BERRY et D. FAVREAU, *op. cit.* - H. MÉAU-LAUTOUR, *op. cit.*, p. 266 - T. PIAZZON, « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 42, 2014, pp. 161-173 - J. PICARD, *op. cit.*, p. 5.

³⁹⁶ M. AZAVANT, *op. cit.*

³⁹⁷ « *En matière de succession, il est des règles impératives auxquelles tant le futur défunt que les ayants-droit ne peuvent déroger ; sans être qualifiées légalement de régime primaire successoral, les règles de dévolution légale fixent un ensemble de normes impératives constituant le cadre des aménagements contractuels possibles en matière d'anticipation successorale. Les dispositions présentes aux articles 725 à 808 du Code civil constituent le régime primaire successoral approfondi, soit l'ordre public successoral, puisqu'elles fixent un corpus de règles impératives à l'encontre des successions, tout en laissant quelques possibilités d'aménagement contractuel au futur de cujus, notamment en matière de libéralités aux héritiers non réservataires (père et mère, collatéraux, conjoint, etc.)* », J. PICARD, *op. cit.*

en avant une définition quasi-hybride partant d'une fonction pour déboucher sur ses différentes manifestations³⁹⁸.

On voit au travers de la littérature juridique qu'il n'existe pas une, mais des fonctions de l'ordre public successoral. Au-delà des axes précédemment développés, on peut notamment en citer deux majeurs. Le premier est intimement lié à la corrélation avec la notion de famille. En effet, comme peut le souligner une partie de la doctrine, la famille étant une donnée centrale de la société, le droit successoral doit être encadré par un ordre public qui en est le reflet³⁹⁹, ordre public qui traduit une conception des rapports de famille marqués par la volonté d'assurer une solidarité inter-générationnelle, une égalité minimale au sein de chaque génération et la protection des personnes vulnérables⁴⁰⁰. Le second, que l'on décèle dans l'analyse de l'ordre public successoral et qui fait écho à la notion d'anticipation successorale, c'est sa fonction de prévisibilité. En effet, l'ordre public successoral en ce qu'il permet de limiter, de restreindre l'autonomie de la volonté du *de cuius*, est nécessaire pour la prévisibilité des actes. Ces quelques analyses doctrinales de la notion d'ordre public successoral nous permettent de déceler les marqueurs d'une analyse fonctionnelle.

Ainsi, l'ordre public successoral représenterait les valeurs et les principes fondamentaux du droit successoral. Pour concourir à cette représentation, il mettrait en place un cadre de règles impératives limitant la volonté anticipative tout en permettant une certaine prévisibilité dans la transmission et une promotion d'une certaine idée de la solidarité familiale. Si l'on voit se dessiner en trame de fond la notion de l'ordre public général, reste à déterminer ce que l'on entend par valeurs et principes fondamentaux du droit successoral. L'ordre public a une fonction de protection. Nous l'avons vu en théorie générale, l'ordre public tend à défendre les intérêts collectifs de la Nation. Dès lors, quel sont les principes fondamentaux que protège l'ordre public successoral ?

³⁹⁸ Sur ce sujet, l'étude faite par Elsa BERRY propose sa définition hybride de la notion : « *Cet ordre public, en matière successorale, constitue un ensemble de règles qui viennent limiter la volonté individuelle afin de protéger tant le futur défunt que ses héritiers présomptifs, qui ont vocation à hériter de lui. Ainsi conçue, cette notion d'ordre public successoral, se manifeste principalement à travers deux mécanismes : la protection de la réserve et la prohibition des pactes sur succession future. (...) Ces règles d'ordre public successoral ont ainsi, comme beaucoup d'autres règles constituant l'ordre public familial, été affectées par le phénomène global de recul de l'ordre public. Il s'agit d'un recul de ce qui est impératif ou interdit, au profit d'une plus grande liberté contractuelle. En droit des successions, ce mouvement s'est accéléré avec la dernière réforme : la loi du 23 juin 2006. (...) L'ordre public successoral pose traditionnellement deux limites à la liberté du futur défunt de disposer selon son souhait de son patrimoine par libéralités. En premier lieu, il ne peut, selon l'article 1130 du Code civil, créer des droits sur sa succession non ouverte par convention. En second lieu, le disposant ne peut par libéralités porter atteinte à la réserve, sous peine de réduction des libéralités excessives* » (« L'ordre public successoral », intervention l'Université d'été 2018, Poitiers, 2018).

³⁹⁹ « *Quel que soit le modèle familial retenu, la famille reste cette cellule de base de la société ; il est donc conforme à la fonction du droit successoral qui en est un reflet d'être encadré par un ordre public* », H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266.

⁴⁰⁰ « *étant rappelé que cet ordre public n'a jamais eu pour fonction d'attenter à la liberté mais de traduire une conception des rapports de famille marqués par la volonté d'assurer une solidarité inter-générationnelle, une égalité minimale au sein de chaque génération et la protection des personnes vulnérables* », G. WICKER, « Le nouveau droit des libéralités – entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. & patr.*, n° 157, 1^{er} mars 2017.

L'une des premières réponses peut se trouver dans la doctrine. Le professeur Michel Grimaldi expose dans une analyse de droit international privé que le droit successoral français s'articule autour de plusieurs principes fondamentaux, qu'il liste. Pour lui, « *les principes fondamentaux du droit successoral français sont : la succession à la personne, le principe de non-discrimination, la prohibition des pactes sur succession future, et l'institution de la réserve en ce qu'elle défend la solidarité familiale, l'égalité et la liberté individuelle de l'héritier* »⁴⁰¹. Ces différents principes, qui font nécessairement écho aux composantes de l'ordre public successoral, démontrent une finalité quasi commune qui est la protection de l'égalité la plus pure entre les héritiers.

La réponse peut également se trouver dans l'évolution du droit précédemment évoquée. En effet, comme nous l'avons vu, la loi successorale est l'instrument du politique. Alexis de Tocqueville le résume parfaitement : « *ces lois appartiennent il est vrai, à l'ordre civil ; mais elles devraient être placées en tête de toutes les institutions politiques, car elles influent incroyablement sur l'état social des peuples, dont les lois politiques ne sont que l'expression* »⁴⁰². Tantôt inégaux pour concentrer la propriété et consolider les fiefs, tantôt égalitaires pour rompre avec toute forme d'aristocratie et de privilège, les valeurs et principes fondamentaux de l'héritage sont par essence mouvants. Selon Portalis : « *Le droit de succéder en général est donc d'institution sociale. Mais tout ce qui regarde le monde du partage dans les successions n'est que du droit politique ou civil* »⁴⁰³. Les volontés fondatrices du droit successoral contemporain restent les mêmes depuis 1804 et peuvent être regroupées au tour de cette maxime proposée par le Doyen Carbonnier : « *égalité, liberté et volonté individuelle* »⁴⁰⁴. L'ordre public successoral a trait, dans cette maxime, à la notion d'égalité souligne Pierre Catala : « *sous un prisme plus proche du droit public, on y trouve aussi deux des trois thèmes de la devise républicaine : la liberté de disposer et l'égalité des héritiers. Il est vrai que ces notions ne jouent pas un rôle égal dans le modèle napoléonien, car les règles impératives, constitutives de l'ordre public successoral, sont celles qui promeuvent l'égalité et non la liberté* »⁴⁰⁵. Cette notion d'égalité qui ne cesse de revenir, serait donc le principe fondamental défendu par l'ordre public successoral ? Ce serait donc sa protection qui tendrait vers la recherche de l'intérêt général, fonction normalement première de l'ordre public. Cette relation se confirme quand on analyse la jurisprudence constitutionnelle dans une décision n° 2013-337 QPC du 1^{er} août 2013, dans laquelle le Conseil constitutionnel admet que le respect de l'égalité entre les héritiers présomptifs et *in fine* l'ordre

⁴⁰¹ M. GRIMALDI, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755.

⁴⁰² A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, Pagnerre, 12^e éd., 1848, p. 98. Analyse notamment reprise : E. CALZOLAIO, « La réserve héréditaire en droit comparé et le projet de réforme du droit italien », *RLDC*, n° 182, 1^{er} juin 2020 ; B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHRIFI, *Libéralités et successions*, 2015, LGDJ, p. 4, n° 2.

⁴⁰³ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004, p. 78. Coll. : Voix de la Cité.

⁴⁰⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF 27^e éd., 2002 n° 74, pp. 136-137.

⁴⁰⁵ P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* n° 26, 29 juin 2007, 1206.

public successoral, est un motif d'intérêt général « *qui ne porte pas une atteinte disproportionnée aux conditions d'exercice du droit de propriété* »⁴⁰⁶.

On retrouve ici un point fixe qui est celui de l'égalité déjà théorisée cumulativement par Pierre Catala et Marcel Beaubrun. La recherche d'une définition fonctionnelle de l'ordre public successoral s'avère être ardue car par essence plus relative qu'une définition par composantes nécessairement concrète, néanmoins, malgré sa complexité elle nous apparaît plus juste. Récemment, un pont entre l'aspect fonctionnel et par composantes a été fait dans la caractérisation de l'ordre public successoral. En effet, le rapport du 118^{ème} congrès des Notaires présente l'ordre public successoral comme étant « *un ordre public de protection comprenant deux notions qui sont liées : tout d'abord, la réserve héréditaire ; ensuite, la prohibition des pactes sur succession future* »⁴⁰⁷. Ces composantes auraient alors pour fonction « *de protéger l'individu contre un risque, un danger, une atteinte* » voire « *d'un mal* »⁴⁰⁸. Mais avant de proposer une définition de l'ordre public successoral, il faut s'interroger sur l'opportunité de définir une telle notion.

B - Les doutes sur la persistance de la notion

108. Entre révélation et négation. La définition de la notion de l'ordre public successoral est une arlésienne en droit des successions et des libéralités. Indépendamment de sa caractérisation précise, une partie de la doctrine opine à la négation de son existence (1). L'absence de référence en dehors de la doctrine de cette notion confirmerait à certains égards sa déchéance, voire son inexistence (2).

1 - La négation d'une notion

109. Une notion éreintée et obsolète ? Le développement qui précède pourrait être parfaitement vain si *in fine* la notion d'ordre public successoral n'existait pas ou plus⁴⁰⁹. Qu'il soit fonctionnel ou par composantes, l'effort de définition d'une notion ne s'apprécie qu'à la hauteur

⁴⁰⁶ Sur cette analyse : « *Autant de considérations déterminantes dans le maintien par le législateur de 2006 - contre les souhaits du notariat - de la radicale présomption de l'article 918, texte dont le ressort fondamental consiste, comme le relève le Conseil, dans la protection de la réserve, donc de l'ordre public successoral qui constitue bien le 'motif d'intérêt général' auquel les sages font in fine référence* », T. PIAZZON, « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 42, 2014, pp. 161-173.

⁴⁰⁷ 118^{ème} congrès des notaires de France, *L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 12-14 octobre 2022, Rapport p. 850.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ « *À l'instar de la thèse d'un 'ordre public matrimonial', celle d'un 'ordre public successoral' mérite sans doute d'être refoulée car, s'il est douteux qu'elle ait une véritable existence, elle manque assurément d'une réelle consistance* », A. TANI, *op. cit.*, n° 50, p. 66.

de son utilité et en conséquence de son existence univoque. Or, l'ordre public successoral est une notion contestée tant dans son existence que dans sa nature contemporaine. En premier lieu contestée dans son existence. En effet, une partie de la doctrine⁴¹⁰ conteste l'existence même d'un ordre public successoral celui-ci apparaissant comme un abus de langage⁴¹¹. Se basant sur une conception uniquement par composantes, la critique analyse que les principaux éléments de l'ordre public successoral⁴¹² ne répondent pas, ou plus, à la définition d'une norme d'ordre public. En effet selon eux, les marqueurs normalement présents dans l'ordre public sont totalement absents des composantes de l'ordre public successoral et plus généralement dans l'ordre public patrimonial. Partant, reconnaître l'existence d'un ordre public en droit successoral quand ses principaux composants n'en relèveraient pas, serait, en effet, une erreur. Ainsi, comme l'affirme Alex Tani : « *si l'on entend uniquement affirmer, par-là, l'intangibilité de l'institution, il suffit de lui reconnaître le caractère d'une règle simplement impérative* »⁴¹³.

En second lieu, contestée dans sa nature contemporaine. L'ordre public serait depuis des années en recul⁴¹⁴, en repli, ébranlé⁴¹⁵, ébréché⁴¹⁶, en relâchement⁴¹⁷, en reflux⁴¹⁸, moribond⁴¹⁹ ou même anéanti⁴²⁰ selon une majorité de la doctrine notamment sous l'effet des dernières réformes⁴²¹. À l'aune de ces énonciations il est dès lors essentiel de poser les interrogations suivantes : existe-t-il un ordre public successoral ? L'ordre public successoral est-il d'ordre public ? L'interrogation désarçonne car elle induirait que la quasi-intégralité de la doctrine juridique

⁴¹⁰ Not. sur cette critique : B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIFI, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée », *JCP N*, n° 24, 17 juin 2016, doss.1199 - C. BRENNER, « Libéralité – Réserve héréditaire et quotité disponible - Nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve », *J.-Cl. Code Civil*, Art. 912 à 930-5, Fasc. 10, LexisNexis, 15 mars. 2017.

⁴¹¹ Si Marcel BEAUBRUN exprimait que l'ordre public successoral était un vocable commode pour les juristes (« Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009), certains auteurs expriment que cette expression serait un véritable abus de langage : « *Le pressentiment se confirme : les dispositions empruntées aux lois matrimoniales ou successorales relèvent de règles simplement impératives, que l'on ne saurait élever au rang d'un prétendu ordre public – sauf à se rendre coupable d'un abus de langage* » in A. TANI, *op. cit.*, p. 191.

⁴¹² La critique porte majoritairement sur la réserve héréditaire, la prohibition des pactes sur succession future et l'interdiction des substitutions fidéicommissaires.

⁴¹³ A. TANI, *op. cit.*, p. 290.

⁴¹⁴ Sur cette expression : D. COIFFARD, « Faut-il supprimer la réserve des ascendants ? », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 77 ; P.-A. CONIL, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain - Une tentative d'aller au-delà des mythes », *Dr. fam.* n° 2, févr. 2013, étude 1.

⁴¹⁵ P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étude 43 : « *Il a pourtant, consciemment ou inconsciemment, ébranlé les colonnes du temple* ».

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ É. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions », *JDI*, n° 2, avr. 2014, doct. 5.

⁴¹⁸ D. GRILLET-PONTON, *La famille et le fisc*, 1998, P.U.F, coll. Droit éthique société, p. 33.

⁴¹⁹ M. BEAUBRUN, « Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, p. 15.

⁴²⁰ A. MOLIÈRE, « Ordre public successoral *versus* renonciation anticipée à l'action en réduction - le faux argument », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1554

⁴²¹ Pour une étude sur l'influence de la législation récente sur l'ordre public successoral, v. *infra*, « Chapitre 3 – L'influence de l'anticipation successorale sur l'ordre public successoral interne », n° 145 et s.

s'égèrerait sur une notion qui n'aurait pas de consistance. Pour affirmer l'autonomie de la notion il est nécessaire de répondre sur ces différents points.

Tout d'abord, sur l'inexistence de la notion. La réflexion est légitime en ce que l'ordre public successoral ne répond pas aux marqueurs classiques de l'ordre public et notamment aux marqueurs procéduraux. En matière de transmission active, le ministère public ne peut poursuivre directement et le juge saisi ne soulèvera jamais d'office une atteinte à la réserve héréditaire, cela est un fait. Premièrement, cela s'explique par du bon sens et du pragmatisme. Il n'est matériellement pas possible pour les magistrats d'avoir un œil dans toutes les successions qui s'ouvrent en France. Il y a eu pour exemple entre le 1^{er} mai et le 31 août 2020, 191 685 décès toutes causes confondues, enregistrés en France à la date du 30 octobre, soit le même niveau qu'en 2019 et 2 % de plus qu'en 2018⁴²². Pour mettre les chiffres un peu plus en perspective, l'année 2019 a compté 612 000 décès en France⁴²³. Si nous imaginons que sur toutes ces successions en puissance, 1% d'entre elles comportaient des atteintes à l'ordre public successoral, cela reviendrait pour les magistrats français en un total de 6 120 procès par an. Ce n'est évidemment pas gérable tant au regard de l'encombrement judiciaire que cela provoquerait, que du manque de magistrats spécialisés dans ce type de contentieux. Mais, l'impossibilité matérielle est-elle suffisante pour disqualifier l'ordre public ? Nous ne le pensons pas. Deuxièmement, cette absence de marqueur se justifie par le passage « *d'un ordre public imposé à un ordre public négocié* » pour reprendre les mots de Marcel Beaubrun⁴²⁴. Cette qualification d'ordre public de protection entraîne des conséquences au niveau des marqueurs communs⁴²⁵. Une partie de la doctrine reconnaît cet état de fait en précisant qu'« *il ne s'agit pas d'une institution d'ordre public au sens classique du terme* »⁴²⁶. Mais l'absence de ces marqueurs disqualifie-t-elle automatiquement la notion ? Nous pensons également que non. En effet, l'ordre public successoral n'est pas la seule notion à souffrir de l'absence de ces marqueurs. L'exemple du statut des baux commerciaux et des baux d'habitation soumis à la loi n° 89-462 du 6 juillet

⁴²² INSEE - Base de données - Évolution du nombre de décès entre le 1^{er} mai et le 31 août 2020 -Tableaux, cartes, graphiques et commentaires Paru le : 30/10/2020.

⁴²³ INSEE - Tableau de mortalité.

⁴²⁴ V. *supra*, n° 105.

⁴²⁵ « *Sauf s'il existe un texte qui se prononce clairement sur la nature de la sanction, on trouve de nombreuses hésitations qui conduisent plutôt à l'impression que les juges ont une vision très fonctionnelle de la nullité. Il arrive assez souvent que, malgré le caractère manifestement directif d'un texte, les juges du fond notamment, soient assez facilement enclins à ne retenir que la nullité relative, ce qui permet la renonciation, et interdit au juge de soulever d'office l'argument, comme on vient de le voir* », J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2015 (act. juin 2016), n° 46.

⁴²⁶ « *Pour autant, il ne s'agit pas d'une institution d'ordre public au sens classique du terme. En effet, les juges ne sont pas autorisés - y compris le ministère public - à se saisir d'office d'une atteinte à la réserve* (V. VAREILLE, obs. ss. Montpellier, 5 avr. 1990, D. 1993. Somm. 232) », M. NICOD et É. FONGARO, « Réserve héréditaire - Quotité disponible », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2011 (act. oct. 2017). Également sur la caractérisation de l'ordre public successoral comme relevant d'un ordre public de protection : « *un ordre public de protection comprenant deux notions qui sont liées : tout d'abord, la réserve héréditaire ; ensuite, la prohibition des pactes sur succession future* » (118^{ème} congrès des notaires de France, L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse, Marseille 12-14 octobre 2022, Rapport p. 871).

1989⁴²⁷ est également parlant. En effet, tant le statut des baux commerciaux que celui des baux d'habitation nue reposent par nature sur des règles d'ordre public⁴²⁸. Le fait est que les clauses dérogeant à leurs grands axes et insérées dans les contrats de droit privé ne subissent pas, non plus, les foudres du ministère public et ne sont pas relevées d'office par le juge.

Sur les marqueurs de fond, l'émergence récente de la possibilité de renoncer par anticipation à la protection successorale a fini de convaincre les plus hésitants de sa disparition⁴²⁹. Là encore, la possibilité de renoncer par anticipation à la protection de l'ordre public successoral n'entraîne pas *ipso facto* sa disqualification mais sa mutation en un ordre public de protection⁴³⁰. S'il est indéniable que les dernières réformes du droit des successions et des libéralités, notamment sous la pression d'une volonté d'anticipation successorale, ont profondément impacté l'ordre public successoral dans ses composantes, il n'est pas nécessairement exact que celles-ci sont venues détruire la notion, ce serait ici également faire preuve d'une mauvaise interprétation. Il ne faut en effet pas confondre recul et mutation. Marcel Beaubrun l'avait parfaitement compris quand il constatait dans ses écrits une profonde modification de l'ordre public successoral ; ce n'était finalement pas pour signer sa perte mais pour saluer son renouveau⁴³¹, comprenant que corrélér la mutation avec les besoins de la vie juridique assuraient *in fine* la pérennité de la notion. C'est d'ailleurs un renouveau de l'ordre public successoral et de ses composantes que l'on peut observer dans la loi confortant le respect des principes de la République, qui prévoit dans son article 24 une modification de l'article 913 du

⁴²⁷ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

⁴²⁸ Not. en ce sens sur l'ordre public et le statut des baux commerciaux : M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit et pratique des baux commerciaux, 2017-2018*, coll. Dalloz action, « Livre 2 - Bail : choix du régime applicable et conclusion » - A. JACQUIN, « Durée du bail et ordre public jurisprudentiel », *Gaz. Pal.* 18-19 avr. 2014, p. 9 - J. MONÉGER, « Unité ou pluralité des statuts », *AJDI* 2014. 112 - F. PLANCHEEL, « La loi Pinel et l'ordre public des baux commerciaux », *AJDI* 2015. 11.

⁴²⁹ « De plus, l'introduction en 2006 de la renonciation anticipée à l'action en réduction des libéralités excessives aurait mis à mal le principe même de la réserve héréditaire : permettre à l'héritier réservataire de renoncer à l'avance à un pilier de l'ordre public successoral aurait profondément modifié la nature de ses rapports avec la volonté individuelle et porté un coup sévère à l'institution » in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, (dir. C. PÉRÈS et P. POTENTIER, p. 60. Mais également sur ce sujet : B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRFI, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée », *JCP N*, n° 24, 17 juin 2016, doss.1199 - A. MOLIÈRE, « Ordre public successoral *versus* renonciation anticipée à l'action en réduction – le faux argument », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1554 - C.-M. PEGLION-ZIKA, « Contentieux original, solutions classiques : un arrêt deux en un sur la réserve et la notion de libéralité », *RJPF*, n° 12, 1^{er} déc. 2018.

⁴³⁰ En effet, la possibilité de renoncer par anticipation à la protection réservataire démontre une mutation de la matière pour s'adapter à la volonté de planification successorale concertée. Le *de cuius* ne pouvant unilatéralement actionner cette renonciation, ses droits sont tout autant limités. Not. En ce sens : J.-M. MATHIEU, « Les enjeux de la renonciation anticipée à l'action en réduction : vers une contractualisation de la transmission successorale - plaidoyer pour une utilisation accrue, mesurée et raisonnée de la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N*, n° 5, 5 févr. 2010, doss. 1060.

⁴³¹ En ce sens : N. RANDOUX et P. CAIGNAULT in Deuxième commission : « un cadre » 108^{ème} congrès des notaires de France, *La transmission*, Montpellier, 23 - 26 septembre 2012. Dans leur rapport, les auteurs font le constat d'une évolution importante de ce cadre légal, depuis quelques années, liée aux mouvements de notre société. Ils ont également fait apparaître l'émergence d'un véritable ordre public international : « D'une manière générale, l'ordre public, sans disparaître, ni reculer, s'adapte à la société et aux familles nouvelles. Confronté par principe à la volonté, il se concilie de plus en plus avec elles, dérivant peut-être d'un ordre public de direction vers un ordre public de protection ».

Code civil avec un élargissement de la protection réservataire dans le cadre d'une succession transfrontalière. Cet article, présent dans le chapitre visant la protection, la dignité de la personne humaine, amorce une nouvelle vitalité de la notion, bien loin des oraisons funèbres relayées ces dernières années. Il faut néanmoins être sobre sur cette nouvelle disposition. La saisine du Conseil constitutionnel par 60 sénateurs et 60 députés ne comportait aucun grief à l'encontre de cet article, et la décision rendue par les sages précise expressément que le Conseil n'a soulevé d'office aucune autre question de conformité à la Constitution et ne s'est donc pas prononcé sur la constitutionnalité des autres dispositions que celles examinées dans la décision rendue⁴³². Il faudra attendre une éventuelle question prioritaire de constitutionnalité ou une question préjudicielle pour déterminer si cette disposition ne rentre pas en contradiction avec notamment le règlement (UE) n° 650/2012 sur les successions internationales.

En tout état de cause, la doctrine juridique a beaucoup étudié ce phénomène de mutation qui touche le droit de la famille dans son sens large, phénomène par lequel « *l'ordre public familial se voit muter en un ordre public de protection* »⁴³³. En effet, comme le souligne certains auteurs, « *il n'est toujours pas permis au de cujus de modifier, dans un sens défavorable au réservataire, les droits d'ordre public que la loi lui a conférés. Il ne peut ni les supprimer ni les amoindrir* »⁴³⁴. Aussi, il faut noter que cette analyse critique ne se fonde que sur une approche par composantes de la notion d'ordre public successoral. Il serait en effet logique que la disqualification, phénomène que nous combattons, des colonnes, fasse tomber le temple qu'elles soutiennent. Plus prosaïquement, la disparition des composantes d'une notion qui en serait la somme, amènerait effectivement *in fine* à la négation de celle-ci. En réalité, si nous nous positionnons dans l'axe d'une définition fonctionnelle et non par composantes, on se rend compte que l'analyse perd de sa vitalité. En effet, au regard de la finalité de protection et d'égalité de l'ordre public successoral, la modification de ses composantes pourrait avoir une influence plus ou moins importante mais ne jamais condamner la notion dans son principe. C'est la différence fondamentale entre une conception fonctionnelle autonome et une définition par composantes dépendantes. La conception fonctionnelle permet de s'affranchir des composants à proprement parler pour faire émerger une définition autonome.

⁴³² Décision n° 2021-823 du 13 août 2021.

⁴³³ Not. en ce sens : « *Du fait de sa double fonction de protection de la famille et des individus, la réserve héréditaire participait aussi traditionnellement de l'ordre public familial dont elle était l'une des manifestations les plus emblématiques. Mais, après glissement de l'institution d'un ordre public de direction vers un ordre public de protection, cette dimension a dégénéré en un caractère simplement impératif pour le de cujus* », M. GRIMALDI : « Livre 2 - Les successions », in *Droit patrimonial de la famille, 2018-2019*, 5^{me} éd., Dalloz 2018, coll. Dalloz action ; C. BRENNER, « Quotité disponible et réduction », J.-Cl. *Civil Code*, Fasc. 10, LexisNexis, n° 4 et n° 33 ; Également sur le sujet : « *on constate une baisse de l'ordre public de direction corrélatif à une augmentation de l'autonomie de la volonté. Le développement d'un ordre public de protection avec une nouvelle conception de la société* » (intervention de Jean-Marie PLAZY, colloque sur l'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

⁴³⁴ En ce sens : M. NICOD et É. FONGARO, *op. cit.*, n° 31.

Reste à déterminer si cette démarche n'est pas purement superficielle. Avant de s'aventurer dans la détermination d'un « *ordre public successoral rénové* »⁴³⁵ il est nécessaire, comme pour la notion d'anticipation successorale, de voir si cette notion apparaît ailleurs que dans la simple doctrine juridique.

2 - Des références discrètes en dehors de la doctrine

110. Des occurrences hésitantes en dehors de la doctrine. Pour reprendre les mots déjà utilisés du Doyen Mestre « *la grandeur et la vitalité d'une notion s'apprécient dans ses multiples sources* »⁴³⁶. Nous savons que la notion d'ordre public successoral est indéniablement une notion reprise par la doctrine, néanmoins quelle est sa place dans les sources légales et prétoriennes françaises ?

Les manifestations prétoriennes de la notion font ressurgir une dichotomie similaire à celle de la littérature doctrinale. La notion d'ordre public dans la matière successorale apparaît comme une source d'appartenance plus que comme une notion autonome. Ainsi, la jurisprudence française admet volontiers que les composantes classiques de l'ordre public successoral relèvent de l'ordre public ; constat qui se vérifie en matière de réserve héréditaire, de clause pénale, de donations entre vifs et de partage⁴³⁷ : « *les dispositions relatives à la réserve légale sont d'ordre public* »⁴³⁸ ; « *serait contraire à l'ordre public toute restriction à l'action en réduction d'une donation portant atteinte à la réserve* »⁴³⁹ ; « *porte atteinte à l'ordre public une clause testamentaire ayant pour objet de sanctionner l'héritier qui demanderait la révocation d'un legs pour ingratitude* »⁴⁴⁰ ; *etc*⁴⁴¹. Cette position constante des juridictions françaises s'est confirmée récemment dans un arrêt où la Cour de cassation relevait le caractère d'ordre public interne de la réserve héréditaire⁴⁴².

Quid de la réception prétorienne de la notion d'ordre public successoral en elle-même ? On ne peut que constater que les occurrences ne sont pas nombreuses. La jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas très prolifique sur le sujet. On peut néanmoins trouver deux arrêts récents dans lesquels les magistrats du quai de l'horloge usent de l'expression d'ordre public successoral pour

⁴³⁵ Selon l'expression de H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266.

⁴³⁶ J. MESTRE, « Optimisation », *RLDC*, n° 182, 1^{er} juin 2020.

⁴³⁷ C. cass., *Rapport annuel 2013 : l'ordre public*, Paris : La documentation française, 2014, p. 279.

⁴³⁸ Req., 23 nov. 1898, *D.P.* 1899, 1, p. 38.

⁴³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 1963, *Bull.* 1963, I, n° 347.

⁴⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007, pourvoi n° 04-16.461, *Bull.* 2007 ; *JCP G* 2007, 1254, obs. J.-G. MAHINGA ; *Dr. fam.* 2007, comm. 90, obs. B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2008, p. 134, obs. M. GRIMALDI.

⁴⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1965, *Bull.* 1965, I, n° 659 - Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1970, pourvoi n° 68-13.205, *Bull.* 1970, I, n° 89 - Cass. 1^{ère} civ., 18 juin 1974, pourvoi n° 73-11.114, *Bull.* 1974, I, n° 199 - Cass. 1^{ère} civ., 11 sept. 2013, pourvoi n° 12-15.618, *Bull.* 2013, I, n° 167 ; *RTD civ.* 2014, p. 424, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. fam.* 2013, comm. 153, obs. M. NICOD ; *AJ fam.* 2013, p. 640, obs. N. LEVILLAIN ; *Defrénois* 2013, p. 1090, obs. C. VERNIÈRES.

⁴⁴² Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17.16-515 et n° 17-16.522.

marquer les limites de l'autonomie de la volonté du *de cuius* : « aucune atteinte à l'ordre public successoral n'est constatée »⁴⁴³. Un autre arrêt y fait référence de manière intéressante : « que la réserve étant l'expression de l'ordre public successoral »⁴⁴⁴. Cette référence fait écho à la conception par composantes de la notion. C'est vers la jurisprudence des Cours d'appel qu'il faut dès lors se tourner pour trouver des occurrences plus nombreuses de la notion⁴⁴⁵. Très récemment la Cour d'appel d'Amiens a réaffirmé la vitalité de la notion d'ordre public successoral en précisant qu'elle était le réceptacle de différentes règles et notamment de la réserve héréditaire : « Concernant la règle obligatoire, il s'agit de la réserve héréditaire à laquelle Mmes O et T ont droit dans la succession de leur père et qui est une règle d'ordre public successoral prévue par l'article 912 du Code civil »⁴⁴⁶. D'autres arrêts font indirectement référence à la notion sans en utiliser les termes exacts : « vu les articles 887, 1116 et 1131 du Code civil et le principe d'ordre public de l'égalité du partage successoral »⁴⁴⁷.

Si la notion transparaît dans la jurisprudence, il y a un domaine où elle est la grande absente, c'est la loi et les débats législatifs. En effet, l'ordre public successoral n'est pas légalement reconnu. Les seules occurrences connues de la notion dans les textes et débats législatifs internes se trouvent dans les deux rapports⁴⁴⁸ fournis par le député Sébastien Huyghe sur les débats portant la réforme des successions et des libéralités en 2006. Pour lui, l'ordre public successoral fondait les limites délimitant le pouvoir de la volonté accordé au *de cuius*.

Présente dans la jurisprudence et dans la doctrine, absente des textes, en mutation ou en décrépitude, la notion d'ordre public successoral est instable juridiquement et étymologiquement. De cette instabilité présumée ressortent des points qui permettent de déceler néanmoins une certaine persistance de la notion. Une persistance, fruit d'une mutation, d'une adaptation qui trouve sa force dans une finalité quasi-inchangée, la protection. On voit alors se dessiner une nouvelle voie dans la caractérisation renouvelée de la notion d'ordre public successoral qu'une partie la doctrine appelle de ses vœux : des composantes hétérogènes concourant à la persistance d'un cadre fixe.

§ 3 - LA CARACTÉRISATION D'UNE NOTION CADRE

111. Une nouvelle vision de l'ordre public successoral. L'article 1111 du Code civil définit le contrat cadre comme « un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de

⁴⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2019, 18-10.796 - Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2018, 17-14.381.

⁴⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2014, 13-16.340.

⁴⁴⁵ CA Versailles, 18 juin 2019, n° 18/00263 - CA Rennes, 18 nov. 2014, n° 13/06203 - CA Colmar, 10 mars 2017, n° 173/2017 - CA Montpellier, 18 févr. 2016, n° 13/06241 - CA Pau, ch. 02 sect. 13 déc. 2011, n° 10/03936.

⁴⁴⁶ CA Amiens, 6 oct. 2020, n° 17/00945 - CA Amiens, 8 juill. 2021, n° 19/07926.

⁴⁴⁷ CA Paris, 11 oct. 2017, n° 16/18098.

⁴⁴⁸ S. HUYGHE, *Rapport n° 2850*, Doc. AN, 15 fév. 2006 ; *Rapport n° 3122*, Doc. AN, 6 juin. 2006.

leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution ». De cette définition il ressort une caractérisation en double détente, un contrat général qui fixe les grandes modalités de la relation contractuelle, et des contrats découlant de cette relation générale. Il est intéressant de faire une analogie entre cette technique contractuelle et la caractérisation de la notion d'ordre public successoral. Il apparaît alors que l'ordre public successoral doit être lui aussi appréhendé par une analyse à double détente : un cadre d'ordre public (A) et des éléments constitutifs hétérogènes (B).

A - Un cadre d'ordre public

112. Le cadre de l'ordre public. Dans la doctrine et la jurisprudence, la notion d'ordre public successoral est omniprésente, elle reste néanmoins en retrait dans la législation à proprement parler et dans la pratique. Il n'en demeure pas moins qu'elle apparaît essentielle car elle a la lourde tâche de poser les principes fondamentaux du droit des successions, et de poser la ligne de démarcation entre ce qui est possible et ce qui ne l'est pas dans la transmission active du patrimoine. Or, les possibilités de transmission offertes par l'anticipation et la planification successorales ont vu leurs champs des possibles élargis par le mouvement de néolibéralisme. Cette avancée de la volonté a automatiquement fait bouger les lignes de l'ordre public successoral, et c'est cet état de fait que dénonce une grande partie de la doctrine. Mais nous l'avons vu, faut-il vraiment parler de recul ou de mutation ? Là encore, il n'y a pas de réponse exacte et le point de vue sur la matière est un point d'achoppement important. Les règles de protection des principes fondamentaux du droit successoral doivent-elles être intangibles ou doivent-elles suivre leur temps ? Doit-on à tout prix tenir une orthodoxie juridique contre un mouvement général de libéralisation qui emporte tout le droit sur son passage ? Nous ne le pensons pas. Certains y verront de la modernité, d'autres un relâchement. En effet, la rigidité civile de l'ordre public successoral hérité de 1804, frappée par la prohibition du volontarisme et du contractuel dans les transferts à cause de mort⁴⁴⁹, ne peut plus correspondre à une matière aujourd'hui marquée par justement une volonté de volontarisme et de contractualisation. Mais cela veut-il dire que les principes fondamentaux du droit des successions comme l'égalité des souches dans tous ses aspects ont disparu ? La réponse est négative. Ainsi, l'avancée de la volonté n'a pas supprimé les limites, mais les a obligées à s'adapter face à cette influence pour continuer de protéger ces valeurs fondamentales. Par conséquent, il apparaît que si la définition par composantes est plus parlante, seule une définition fonctionnelle de l'ordre public

⁴⁴⁹ D. GRILLET-PONTON, *op. cit.*

successoral permettrait de retranscrire la véritable identité de la notion. Des occurrences doctrinales de carcan⁴⁵⁰, de régime primaire⁴⁵¹, nous retiendrons celles développées lors du 108^{ème} congrès des notaires et par Josselin Picard qui est l'idée d'un cadre⁴⁵². Cette caractérisation de l'ordre public comme une notion cadre répond à l'idée de Marcel Beaubrun quand il théorisait « *l'incomparable richesse de la notion* », sa « *surprenante fécondité à travers ses métamorphoses successives et sa constitution par une multitude d'éléments composites, voire hétérogènes* ». Un cadre fixe, pouvant accueillir des éléments mouvants. Ne serait-ce pas finalement la véritable acception de l'ordre public successoral ?

En effet, il nous apparaît illusoire de vouloir définir une notion comme l'ordre public successoral en ne regardant que ses composantes. Comme l'affirme Josselin Picard, « *face à une multiplication des schémas familiaux, la loi ne peut dresser qu'un vaste cadre dont les limites sont imposables à tous* »⁴⁵³. C'est de ce vaste cadre que dépendent les composantes impératives de l'ordre public successoral. Cette conception résoudrait le problème de définition de la notion. En effet, il est à notre sens incohérent de regarder l'ordre public successoral uniquement par le prisme de ses outils et de ses composantes tous impératifs ou d'ordre public qu'ils soient. Ces composantes appartiendraient à un tout, à une notion cadre, dont elles tirent leur force, un cadre coercitif commun d'ordre public répondant à une logique plus importante que la simple disposition impérative⁴⁵⁴.

Le cadre fixe représenterait les principes directeurs du droit successoral que l'ordre public tend à protéger. Il rassemblerait, pour reprendre la définition de l'association Henri Capitant, « *l'ensemble des principes, écrits ou non, qui sont au moment où l'on raisonne, considérés dans un ordre juridique comme fondamentaux* ». Si ces principes directeurs ont pu changer du tout au tout depuis les premières manifestations de la matière, les successions et les transmissions suivent le même schéma général depuis l'avènement du Code civil. En effet, malgré une libéralisation de la matière, les principes fondamentaux du droit successoral restent fixes. Nous avons vu précédemment que l'ordre public

⁴⁵⁰ En ce sens : « *L'ordre public successoral est un carcan qu'il faut élargir, et les nouveaux pactes de famille visent à accorder davantage de latitude au disposant. Cette liberté a toutefois pour revers l'abandon par les enfants d'une partie de leurs droits* », J. LEPROVAUX, « Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités », *LP4*, 28 oct. 2009, n° 215, p. 5.

⁴⁵¹ J. PICARD, « Anticiper la liquidation de la succession : entre régime primaire successoral et aménagement contractuel », *LP4*, 3 juill. 2018, n° 132, p. 5.

⁴⁵² En ce sens : « *L'ordre public successoral est un ordre public en mouvement : le cadre imposé tend à s'assouplir et le cadre proposé tend à se durcir. Les règles d'hier ne sont plus nécessairement celles d'aujourd'hui* » in Rapport, 108^{ème} congrès des notaires de France, *La transmission*, Montpellier, 23 - 26 septembre 2012.

⁴⁵³ « *Seulement, face à une multiplication des schémas familiaux, la loi ne peut dresser qu'un vaste cadre dont les limites sont imposables à tous* », J. PICARD, *op. cit.*

⁴⁵⁴ Sur cette idée d'un carcan coercitif de la transmission d'ordre public car répondant à une logique plus importante que la simple loi impérative : « *Le droit de la famille répond à des questionnements touchant à l'organisation de la vie de l'être humain situé dans un phénomène d'union, de 'génération', voire de filiation. Il précise notamment, dans un contexte national donné, quels droits et devoirs font naître par exemple le mariage, l'union civile ou partenariat enregistré, ou encore le lien de parenté. Il détermine également, par le jeu notamment des obligations alimentaires au sein de la famille ou encore des dispositions pécuniaires de l'après-divorce ou du droit des successions, l'étendue d'une certaine 'solidarité familiale'* », F. FERRAND, « Droit de la famille et obligations alimentaires », *RIDC vol. 65*, n° 3, 2013, pp. 637-680, n° 1.

successoral avait pour principale fonction de défendre une certaine conception de l'héritage fondé sur l'égalité et une certaine conception de la famille : affection présumée, solidarité intrafamiliale⁴⁵⁵, l'égalité et la morale⁴⁵⁶. Si l'égalité est l'âme des partages⁴⁵⁷, l'égalité ne serait-elle pas l'esprit de l'ordre public successoral⁴⁵⁸ ? Ces données fondamentales à défendre pourraient constituer l'essence du cadre fixe de l'ordre public successoral.

113. Un cadre fixe mais un cadre large. L'ordre public successoral est le pendant restrictif de la transmission en ce qu'il s'oppose à la volonté induite de l'anticipation successorale pour la limiter. Or, une interrogation supplémentaire doit être posée aux frontières du fond et de l'étymologie. En effet, on évoque l'ordre public successoral comme étant une limite générale. Or, il n'en demeure pas moins que ces limites ne sont pas tant directement liées au droit des successions qu'au droit des libéralités, voire au droit patrimonial de la famille dans son sens large. Aussi bien avons-nous vu que l'anticipation et la planification successorales, tant en théorie qu'en pratique, revêtent aujourd'hui un caractère pluridisciplinaire. La conception élargie de l'anticipation successorale que nous avons développée met en exergue le caractère pluridisciplinaire et « interconnecté » des matières liées à la transmission. Dès lors, l'ordre public successoral ne devrait-il pas s'adapter à cette mutation de l'anticipation successorale sur le fond et sur la forme ? Le cadre de la coercition ne devrait-il pas s'élargir pour accueillir toutes les notions de la transmission active du patrimoine ? Est-ce que la notion d'ordre public de transmission ne refléterait pas ce que Huguette Méau-Lautour appelle de ses vœux comme étant un ordre public successoral renoué⁴⁵⁹ ? Cet élargissement de la pensée a notamment été évoqué dans le rapport de Dekeuwer-Defossez qui réaffirme et assure les solidarités familiales avec une ambition qui dépassait le simple cadre de la succession⁴⁶⁰. Partant, le cadre de l'ordre public de transmission respecterait les mêmes fondamentaux que l'ordre successoral car il tendrait *in fine* au même but, mais accueillerait plus de

⁴⁵⁵ Sur ce sujet : « Or les nouveaux textes, très au-delà des objectifs annoncés, sont de nature à remettre très profondément en cause l'ordre public successoral, étant rappelé que cet ordre public n'a jamais eu pour fonction d'attenter à la liberté mais de traduire une conception des rapports de famille marqués par la volonté d'assurer une solidarité intergénérationnelle, une égalité minimale au sein de chaque génération et la protection des personnes vulnérables », G. WICKER, « Le nouveau droit des libéralités – entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. & patr.*, n° 157, 1^{er} mars 2017.

⁴⁵⁶ Sur la présence d'un nouveau référent moral pour la réserve héréditaire : G. CERQUEIRA et G. CHOISEL, « Le retour inattendu d'un fondement moral pour la réserve héréditaire », *Dalloz* 2020, p. 2302.

⁴⁵⁷ Not. sur cette expression : H. BOSSE-PLATIERE, « L'esprit de famille.... Après les réformes du droit des successions et des libéralités », *Informations sociales*, vol. 139, n° 3, 2007, pp. 78-93.

⁴⁵⁸ Sur la notion d'égalité dans le domaine successoral comme étant un principal fondateur : « Une étude plus fouillée confirmerait, si besoin était, l'hypermotivité de notre droit à l'inégalité successorale. C'est ainsi que les juges n'hésitent pas à utiliser la panacée de l'enrichissement sans cause là où nos règles spécifiques n'offrent plus de remède : cas du fils qui travaillant bénévolement sur l'exploitation artisanale ne remplissait pas les conditions du salaire différé, ou celui qui sacrifie sa réussite professionnelle », P. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit, Mélanges François TERRÉ*, Dalloz, juin 1999, pp. 417-430.

⁴⁵⁹ H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266.

⁴⁶⁰ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille, Rapport La documentation française*, sept. 1999, p. 70.

composantes. Que l'on évoque les régimes matrimoniaux, le droit des contrats ou encore le droit des assurances, la finalité reste la même : contrôler et limiter la volonté unilatérale, peu important l'outil utilisé, pour que la transmission corresponde *a minima* aux principes essentiels français de l'ordre successoral.

Force est de souligner qu'il n'existe que peu, voire pas, d'occurrence à un ordre public de transmission dans la littérature juridique⁴⁶¹. Il est peut-être illusoire de vouloir théoriser une notion cadre à partir d'une autre encore trop fragilisée par la doctrine. L'existence d'un ordre public de transmission relève pourtant du pragmatisme juridique. Si l'on fonde le développement de la matière de la transmission sur la dyarchie de la volonté d'un côté et des limites de l'autre, il apparaît alors évident que les limites doivent nécessairement s'adapter à l'expansion des volontés. Le refuser ce serait renoncer à l'interdépendance de ces deux axes. La prise en compte de l'ordre public de transmission dans son intégralité en ce qu'il comprendrait l'intégralité des règles impératives du droit patrimonial de la famille liée à la transmission, n'est-ce pas cela aussi la mutation prochaine de l'ordre public successoral ?

B - Des éléments constitutifs hétérogènes

114. Vers la levée d'un *numerus clausus*. Les composantes de l'ordre public successoral peuvent être répertoriées en fonction de leurs notoriétés. Il existe ainsi des éléments classiques comme la réserve héréditaire et la prohibition des pactes sur succession future (1). Mais ces grandes colonnes ne sont pas les seules à soutenir le temple (2), l'on peut même s'interroger s'il ne conviendrait pas de retenir une vision plus large des composantes de l'ordre public successoral (3).

1 - Les éléments classiques de l'ordre public successoral

115. Les composantes du cadre. Du cadre fixe de l'ordre public successoral, voire de l'ordre public de transmission, découle nous l'avons vu des composantes, des outils plus ou moins coercitifs, qui permettent de concourir à la réalisation de l'objectif de la notion cadre auxquels ils se rattachent. Il ne s'agit pas ici de faire une étude anthropologique des composantes de l'ordre public successoral mais d'en évoquer les grandes lignes tant la littérature est riche sur le sujet. Nous

⁴⁶¹ L'une des seules mentions de la caractérisation d'un ordre public de transmission est faite par Cécile ARNAUDIN lors d'une intervention sur l'ordre public en droit patrimonial de la famille (colloque sur l'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

allons voir que ces outils ont pour fonction commune de restreindre directement ou indirectement la volonté unilatérale du *de cuius* dans la transmission active de son patrimoine.

116. La réserve héréditaire et les mécanismes qui y sont attachés. Figure de proue de l'ordre public successoral, la réserve héréditaire éclipse souvent les autres composantes de l'ordre public. Conjonction de la légitime et des réserves coutumières, la réserve héréditaire du Code civil est historiquement une portion de l'hérédité, qualifiée de *pars hereditatis* par la jurisprudence *Lavialle*⁴⁶² en opposition à une réserve *pars bonorum* d'origine Romaine qui s'analysait comme une créance. Nous verrons comment le poids de l'anticipation successorale sur la matière a peu à peu fait basculer la conception de cette notion. Codifiée depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 à l'article 912 du Code civil, elle est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. Par opposition, elle permet de déterminer la portion dont le *de cuius* peut librement disposer appelée la quotité disponible. Cette protection bénéficie, depuis la suppression de la réserve des ascendants, aux descendants en ligne directe et subsidiairement en l'absence de ceux-ci au conjoint survivant. Dans l'hypothèse d'un empiètement tant dans son *quantum* que dans sa substance, l'héritier dit réservataire pourra agir en réduction contre l'acte le privant de son juste droit pour se voir au principal dédommagé en valeur de sa portion empiétée, et subsidiairement en nature si le bénéficiaire de l'acte se trouve insolvable⁴⁶³. Cette action en réduction est impérativement enfermée dans un délai de cinq ans à compter de l'ouverture de la succession, ou de deux ans à compter du jour où les héritiers ont eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve, sans jamais pouvoir excéder dix ans à compter du décès⁴⁶⁴. De la réserve héréditaire et de sa protection découlent un certain nombre de mécanismes impératifs liquidatifs. En effet, pour déterminer la part réservataire, la première étape est le calcul de la masse de calcul de la quotité disponible visée par les articles 922 et suivants du Code civil. Cette étape obligatoire va obliger à réunir fictivement l'intégralité des actes à titre gratuit faits par le *de cuius* pour déterminer les parts de réserve de chacun. Une fois cette masse déterminée, l'étape obligatoire de l'imputation chronologique va nécessiter d'imputer les actes à titre gratuit du plus récent au plus ancien en commençant par les dispositions testamentaires⁴⁶⁵. Ces règles interdisent au *de cuius* de réduire

⁴⁶² Cass. ch. réunies, 27 nov. 1863, *Lavialle* (« Attendu que de l'article 913 du Z... Napoléon, qui détermine la portion des biens que les pères et mères peuvent donner, soit à leurs enfants, hors part, soit à des étrangers, il résulte que la réserve n'est autre chose que la succession elle-même diminuée de cette portion, s'il en a été disposé »), DP. 1864, 1, p. 5 ; S. 1863, I, p. 513.

⁴⁶³ La réduction des libéralités excessive ne revêt pas un caractère automatique et l'héritier doit exprimer une volonté positive pour voir son droit réservataire respecté. Not. en ce sens : Cass. com., 2 mars 2022, n° 20-20.173 : *Dr. Fam.* n° 5, mars 2022, obs. A. TANI.

⁴⁶⁴ C. civ. art. 921.

⁴⁶⁵ C. civ. art. 923.

unilatéralement les droits d'un héritier protégé et notamment de recourir à l'exhérédation. La réserve héréditaire offre d'autres mécanismes coercitifs comme la présomption irréfragable édictée à l'article 918 du Code civil⁴⁶⁶, la qualification de primes manifestement exagérées de l'article L 132-13 alinéa 2 du Code des assurances, ou encore l'action en retranchement des avantages matrimoniaux de l'article 1527 du Code civil qui concourent chacun à leur niveau aux maillages juridiques de la notion. La protection réservataire s'est récemment dotée d'un nouvel outil, faisant figure de revenant, le droit de prélèvement compensatoire.

117. La prohibition des pactes sur succession future et des substitutions *fidéicommissaires*. Autres composantes de l'ordre public successoral, la prohibition des pactes sur succession future et des substitutions sont avec la réserve précédemment étudiée les éléments automatiquement évoqués quand l'on évoque l'ordre public successoral. En premier lieu, la prohibition des pactes sur succession future est codifiée à l'article 722 du Code civil qui prévoit que *« les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte, ou d'un bien en dépendant, ne produisent d'effets que dans les cas où elles sont autorisées par la loi »*. Cette interdiction générale repose sur quatre fondements⁴⁶⁷ : la crainte d'un encouragement du *votum mortis* et de la spéculation sur le désir de la mort d'autrui, une crainte politique de l'utilisation de ces contrats pour rompre l'égalité entre les héritiers, une volonté de protéger l'héritier également sur l'acceptation de droits non encore consolidés et potentiellement déficitaires, enfin la volonté de protéger la liberté de tester. Le principe est donc la prohibition de toute convention ou acte unilatéral qui aurait pour objet d'attribuer à son cocontractant un droit privatif et éventuel sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte. Toute convention passée avec cet objet, et non autorisée expressément par la loi, sera considérée comme nulle.

En second lieu, la prohibition des substitutions était posée par l'ancien article 896 du Code civil : *« Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire »*. Il existe historiquement deux formes de substitution⁴⁶⁸. La première est appelée substitution vulgaire lorsqu'au terme de celle-ci le gratifié recueille un bien à défaut d'une autre

⁴⁶⁶ En ce sens : *« Mais il nous semble justement que la protection de la réserve est le seul motif qui justifie l'existence de l'article 918 du Code civil, et uniquement en ce que la présomption a pour but d'éviter aux autres réservataires les difficultés inhérentes à la preuve de l'existence de donations déguisées, certaines aliénations spécifiques rendant, par nature, l'établissement de l'absence de contrepartie plus délicat »*, S. DEVILLE, « L'article 918 du Code civil face à la question prioritaire de constitutionnalité : histoire d'une occasion manquée », *Dr. Fam.* n° 5, Mai 2014, étude 8.

⁴⁶⁷ C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, pp. 321-322.

⁴⁶⁸ Sur le sujet notamment : M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille, 2017-2018*, coll. Dalloz action, titre 33 « Les libéralités familiales : les libéralités successives ».

personne⁴⁶⁹. L'ancien article 898 du Code civil prévoyait notamment que : « *un tiers serait appelé à recueillir le don, la succession ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution et sera valable* ». L'article 899 autorisait également la double libéralité ventilant d'un côté l'usufruit et de l'autre la nue-propriété⁴⁷⁰. La deuxième, posée par l'ancien article 896 du Code civil concerne les substitutions dites fidéicommissaires. Il fallait réprimer ici l'idée d'un *fidéicommiss* par lequel une personne gratifie quelqu'un d'un bien pour qu'elle le remette à un tiers. La prohibition s'appliquait lorsque les deux libéralités avaient le même objet, et qu'elles développaient leurs effets à double détente. La sanction d'une telle substitution était la nullité⁴⁷¹ de l'entier schéma, secondes et premières libéralités comprises.

Il ne faut pas confondre les substitutions avec une autre prohibition qui est celle des legs avec faculté d'élire. Ce type de legs sont ceux où le testateur ne désigne pas lui-même le bénéficiaire, mais délègue à un tiers le droit de le faire. Ces legs sont nuls⁴⁷². Ces deux composantes réduisant la latitude du *de cuius* dans l'anticipation de sa succession ont également fait l'objet des mutations du fait de la volonté de plus en plus constante de contractualisation de la matière.

2 - Les autres composantes impératives

118. La saisine héréditaire. Manifestation du principe de succession à la personne en droit français, la saisine successorale se trouve codifiée aux articles 724 et suivants du Code civil qui prévoient notamment que les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt. La saisine peut se définir comme « *l'aptitude reconnue à certains héritiers de se comporter de plano comme possesseur de l'hérédité, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une formalité préalable de vérifier la régularité de leur titre* »⁴⁷³. Ce droit d'appréhension est d'ordre public⁴⁷⁴. L'émergence d'un mandat à effet posthume par la loi du 23 juin 2006 a pu faire penser que le *de cuius* pouvait

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^{ème} éd., 2018, LGDJ Lextenso éditions, n° 645.

⁴⁷¹ Anc. C. civ. art. 896 al. 2 : une substitution prohibée « *sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire* ».

⁴⁷² R. LEGUIDEC, « Généralités sur les legs », *J.-Cl. Civil Code*, LexisNexis, 13 Mai 2020, n° 8.

⁴⁷³ En ce sens : C. PÉRÈS et VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 542 ; A. SERIAUX, « Successions. - Ouverture de la succession. - Saisine des héritiers », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 10, LexisNexis, art. 721 à 724-1 - W. DROSS, « La saisine successorale », *Defrénois* 15 avril 2004, n° 7, p. 471 - B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIFI, *Libéralités et successions*, 2015, LGDJ, n° 542 - P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^{ème} éd., 2018, LGDJ Lextenso éditions, n° 106.

⁴⁷⁴ Sur ce sujet : C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 548. On peut également citer l'analyse du Professeur GODECHOT-PATRIS dans son intervention sur le thème « Que reste-il de l'ordre public en droit patrimonial de la famille » (colloque sur l'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

unilatéralement supprimer la saisine, il n'en demeure pas moins que celui-ci ne peut totalement éteindre ce droit, les héritiers conservant un certain pouvoir malgré la mise en place de mandats⁴⁷⁵.

119. Le droit de retour. Anciennement héritiers à réserve⁴⁷⁶, les ascendants privilégiés se sont vus reconnaître un droit de retour légal en compensation de la perte de leur statut de réservataire. Maigre consolation, le droit de retour légal permet aux ascendants privilégiés lorsqu'ils survivent au défunt et que celui-ci décède sans postérité, d'exercer un droit de retour, à concurrence des quotes-parts fixées par le Code civil, sur les biens que le défunt avait reçus d'eux par donation⁴⁷⁷. Ce droit est de doctrine majoritaire d'ordre public⁴⁷⁸ notamment en ce qu'il n'est pas possible d'y renoncer de son vivant.

120. Le partage. Le partage fait partie de l'une des composantes les plus caractéristiques de l'ordre public successoral. Ce principe empêche par exemple de déroger à l'action en complément de part⁴⁷⁹. L'article 889 du Code civil prévoit que « *lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage* ». Cette action en complément de part porte en elle le principe de l'égalité du partage, il n'est pas possible au *de cuius* de la supprimer unilatéralement ou même d'y faire renoncer un de ses héritiers par anticipation⁴⁸⁰. La protection du partage interdit également au *de cuius* de prévoir dans une libéralité une clause réduisant l'accès au juge pour contester une disposition violant les droits dans la succession d'un héritier⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ Sur la compatibilité du mandat post mortem avec l'ordre public successoral : « *Un tel mandat ne porte pas atteinte à l'ordre public successoral. Notamment, il ne contrevient ni aux règles de la saisine, ni à la prohibition des pactes sur succession future* » in G. WICKER, « Successions – Mandats successoraux : le mandat à effet posthume », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 812 à 812-7, Fasc. unique, LexisNexis, 1 fév. 2014, n° 136.

⁴⁷⁶ Pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007 les ascendants privilégiés et ordinaires venant utilement à la succession du défunt bénéficiaient d'une fraction réservataire fixée à un quart par branche (v. en ce sens. C. civ. anc. Art. 914).

⁴⁷⁷ C. civ. Art. 738-2.

⁴⁷⁸ Not. en ce sens : A.-M. LEROYER, *Droit des successions*, Dalloz, coll. « Cours », 3^e éd., 2014, n° 211 - C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 345. Pour une opinion contraire : C. LESBATS, *La dévolution successorale*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, n° 453.

⁴⁷⁹ Rapport annuel 2013 : *l'ordre public*, Paris : La documentation française, 2014, p. 281.

⁴⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 2 juin 1897, DP 1897. 1.384. Pour étude sur le sujet : P. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, p. 605.

⁴⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 20 févr. 2007, pourvoi n° 04-16.461, *Bull.* 2007, I, n° 74 : « *Il ressort ainsi d'un arrêt que porte atteinte à l'ordre public une clause testamentaire ayant pour objet de sanctionner l'héritier qui souhaiterait voir un droit d'ordre public respecté demanderait la révocation d'un legs pour ingratitude* ». Également : Civ. 1^{ère}, 13 avr. 2016, n° 15-13.312 : *AJ fam.* 2016. 275, obs. J. CASEY ; *RTD civ.* 2016. 424, obs. M. GRIMALDI ; *AJ Fam.* 2020, p. 609, obs. N. LEVILLAIN.

121. Une multitude d'éléments composites. L'ordre public successoral est composé d'une multitude de règles impératives qui concourent tout autant au rayonnement de la notion cadre que les trois grandes notions précédemment évoquées. On peut notamment citer la variabilité des soultes dans le cadre d'une donation-partage. La donation-partage avec soulte permet au *de cuius* d'attribuer tout ou partie des biens qu'il souhaite transmettre à un de ses héritiers présomptifs sans pour autant rompre l'égalité en prévoyant une soulte payable par l'héritier sur-alloti. La soulte pouvant être payable à terme, la question de son évaluation s'est naturellement posée. Pour sécuriser l'égalité et limiter la volonté du *de cuius*, il a été prévu par l'article 1075-4 du Code civil que « *les dispositions de l'article 828 du même code sur la variabilité de la soulte en fonction de la variation de valeur des biens donnés sont applicables aux soultes mises à la charge des donataires, nonobstant toute convention contraire* »⁴⁸². Il a pu ainsi être jugé que les parties ne sauraient s'exempter de ces règles « *dont le caractère d'ordre public est affirmé, une telle clause devant, dès lors, être considérée comme non écrite* »⁴⁸³. Certaines clauses insérées dans les libéralités prévoient une sanction pour l'héritier qui souhaite contester les dernières volontés du *de cuius* devant le juge. La privation de droit pouvant aller de l'exhérédation à la suppression du bénéfice de tout ou partie de la quotité disponible. Ces clauses font l'objet d'un contrôle précis de la part des juridictions⁴⁸⁴.

122. La conversion de l'usufruit du conjoint. Le conjoint survivant peut se voir allouer de l'usufruit de la succession du prédécédé, soit par son option légale tirée de l'article 757 du Code civil, soit au terme d'une disposition volontaire du *de cuius*⁴⁸⁵. Au terme de ce démembrement de propriété l'article 759 du même code prévoit que « *tout usufruit appartenant au conjoint sur les biens du prédécédé, qu'il résulte de la loi, d'un testament ou d'une donation de biens à venir, donne ouverture à une faculté de conversion en rente viagère, à la demande de l'un des héritiers nus propriétaires ou du conjoint successible lui-même* ». Cette faculté ne peut être sujette à une renonciation anticipée, ni être supprimée par la volonté unilatérale du *de cuius*⁴⁸⁶.

⁴⁸² A. KARM, « La donation-partage avec soulte / aspects civils », JCP N, n° 47, 22 nov. 2019, 1315.

⁴⁸³ « *Mais ces parties ne sauraient exclure, dans une donation-partage, les règles légales (essentiellement l'article 828 du Code civil) relatives à la variabilité des soultes dont le caractère d'ordre public est affirmé, une telle clause devant, dès lors, être considérée comme non écrite (1ère Civ., 6 juillet 2011, pourvoi no 10-21.134, Bull. 2011, I, no 140). Pour autant, après le décès des donateurs, les donataires copartagés peuvent déroger à ces dispositions (1re Civ., 19 janvier 1982, pourvoi no 81-10.608, Bull. 1982, I, no 31)* » in Rapport annuel 2013 : l'ordre public, Paris : La documentation française, 2014, p.282.

⁴⁸⁴ V. *infra*, « A - Le rôle de la volonté dans le précontentieux », n° 327 et s.

⁴⁸⁵ Institution contractuelle ou dispositions testamentaire.

⁴⁸⁶ C. civ. art. 759-1 : « *La faculté de conversion n'est pas susceptible de renonciation. Les cohéritiers ne peuvent en être privés par la volonté du prédécédé* ». Également sur le sujet : B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIFI, *op. cit.*, n° 498, p. 232.

123. L'interdiction de recevoir des libéralités. Un autre élément qui concourt à protéger l'égalité mais aussi la morale en réduisant la volonté de transmettre du *de cuius*, est l'interdiction de recevoir de certains groupes de personnes, notamment fixé par l'article 909 du Code civil. Cette disposition prévoit que les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci. Cette interdiction de recevoir est étendue aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs et aux personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ainsi qu'aux ministres du culte. La sanction d'une telle libéralité est la nullité⁴⁸⁷. Le Conseil constitutionnel est récemment revenu sur cette prohibition en censurant comme portant une atteinte disproportionnée au droit de propriété les dispositions de l'art. L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles⁴⁸⁸.

124. Les créances de certains héritiers. Autres droits concourant à l'ordre public successoral, ce sont les droits alimentaires que certains héritiers peuvent revendiquer contre la succession. Pourquoi intégrer ces droits dans le giron de l'ordre public successoral ? Nous allons succinctement voir que le *de cuius* ne peut pas supprimer de sa simple volonté ces droits à créances qui pourront être formulés à son décès. Ces droits, obligatoires, ont pour fonction de protéger une certaine solidarité intra familiale contre la potentielle volonté active du *de cuius*.

Premièrement il convient d'évoquer la créance alimentaire des ascendants ordinaires. Selon la lettre de l'article 758 du Code civil : « *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. Le délai pour la réclamer est d'un an à partir du décès ou du moment à partir duquel les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient auparavant aux ascendants. Le délai se prolonge, en cas d'indivision, jusqu'à l'achèvement du partage. La pension est prélevée sur la succession. Elle*

⁴⁸⁷ C. civ. art. 911 : « Toute libéralité au profit d'une personne physique, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales. Sont présumées personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable. ». Également sur le sujet : A. TANI, « Qui a prodigué des soins, même avant le diagnostic, ne peut recevoir à titre gratuit », *Dr. Fam.*, n° 11, Novembre 2020, comm. 151.

⁴⁸⁸ Cons. const., 12 mars 2021, n° 2020-888 QPC : « Le Conseil Constitutionnel décide : Article 1er. – Les mots « ou d'un service soumis à agrément ou à déclaration mentionné au 2° de l'article L. 7231-1 du code du travail » figurant au premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 116-4 du code de l'action sociale et des familles, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016- 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et les mots « ainsi qu'aux salariés mentionnés à l'article L. 7221-1 du code du travail accomplissant des services à la personne définis au 2° de l'article L. 7231-1 du même code » figurant au second alinéa du même paragraphe sont contraires à la Constitution. Article 2. – La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet dans les conditions fixées au paragraphe 13 de cette décision. (...) ». Not. sur ce sujet: A. GOYARD, « Réflexions sur l'article L. 116-4 du code de l'action sociale et des familles après la censure du conseil constitutionnel », *Dr. & patr.* n° 325, 1^{er} juin 2022.

est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument. Toutefois, si le défunt a expressément déclaré que tel legs sera acquitté de préférence aux autres, il sera fait application de l'article 927 ». Ce droit ne bénéficie pas aux père et mère, mais uniquement aux ascendants ordinaires. Cette raison est principalement due à la présence du droit de retour légal qui est censé protéger les père et mère. Le fait est qu'en l'absence de donation de leur part, les ascendants exhérédés au profit du conjoint ou d'un tiers n'ont que peu de marge de manœuvre. Ce non-sens n'a pas échappé au groupe sur la réservée héréditaire qui propose dans sa recommandation n° 16 un élargissement de ce droit aux ascendants privilégiés⁴⁸⁹. Ce droit s'applique peu important la volonté contraire du *de cuius* ce qui permet à une partie de la doctrine d'afficher son caractère d'ordre public⁴⁹⁰.

Deuxièmement il faut évoquer la créance alimentaire du conjoint survivant. L'article 767 du Code civil prévoit en substance que la succession de l'époux prédécédé doit une pension au conjoint successible qui est dans le besoin⁴⁹¹. Il est précisé par la doctrine que le conjoint renonçant ou expressément exhérédé par le *de cuius* peut revendiquer son droit à pension⁴⁹². Ce droit à créance, ne pouvant être unilatéralement supprimé par le *de cuius* relève de l'ordre public successoral.

Enfin, le dernier droit à créance pouvant relever de l'ordre public successoral est celui du droit pour l'héritier de demander une créance de salaire différé. Selon l'article L. 321-13 du Code rural, les descendants d'un exploitant agricole qui, âgés de plus de dix-huit ans, participent directement et effectivement à l'exploitation, sans être associés aux bénéfices ni aux pertes et qui ne reçoivent pas de salaire en argent en contrepartie de leur collaboration, sont réputés légalement bénéficiaires d'un contrat de travail à salaire différé sans que la prise en compte de ce salaire pour la détermination des parts successorales puisse donner lieu au paiement d'une soulte à la charge des cohéritiers. Le droit de réclamer une créance de salaire différé est considéré par la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁹³ et la doctrine⁴⁹⁴ comme étant un droit d'ordre public. En effet, comme

⁴⁸⁹ C. PÉRÈS et P. POTENTIER, « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019, résolution n° 16.

⁴⁹⁰ Not. en ce sens : B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIFI, *op. cit.*, p. 366.

⁴⁹¹ C. civ. art. 767 : « *La succession de l'époux prédécédé doit une pension au conjoint successible qui est dans le besoin. Le délai pour la réclamer est d'un an à partir du décès ou du moment où les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient auparavant au conjoint. Le délai se prolonge, en cas d'indivision, jusqu'à l'achèvement du partage. 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. Toutefois, si le défunt a expressément déclaré que tel legs sera acquitté de préférence aux autres, il sera fait application de l'article 927* ».

⁴⁹² C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 269 ; C. LESBATS, *op. cit.*, n° 1311.

⁴⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 2018, n° 16-27.845.

⁴⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997, n° 95-19.630 : JurisData n° 1997-004181 ; RD rur. 1999, p. 272, n° 3, obs. F. ROUSSEL : « *L'ordre public (successoral – rapprocher la prohibition des pactes sur succession future) régissant le salaire différé ne s'oppose pas, en revanche, à ce que le créancier renonce en tout ou partie à ses droits postérieurement au décès de l'ascendant exploitant. En effet, une fois la succession ouverte, le droit est né et actuel, et il est donc loisible à son titulaire d'y renoncer, s'il le souhaite. Encore faut-il que cette renonciation soit faite sans fraude, en toute connaissance de cause, et qu'elle soit certaine et sans équivoque* » (« Successions agricoles – Salaire différé », J.-Cl. Notarial Formulaire, Fasc. 10, LexisNexis, 1er Juill. 2018, act. 22 nov. 2018).

le précise Franck Roussel : « *La matière du salaire différé, toute entière d'ordre public fait ainsi échec au pouvoir des volontés privées. Aussi, non seulement le bénéficiaire du salaire différé ne peut pas renoncer, avant l'ouverture de la succession de l'ascendant exploitant, à tout ou partie de ses droits de créance, mais en outre l'ascendant lui-même ne saurait pas davantage le priver, en tout ou partie, de ces droits que ce soit par une disposition entre vifs ou à cause de mort* »⁴⁹⁵.

3 - Vers une vision plus large des composantes

125. L'impôt successoral. Les occurrences de la présence de l'impôt successoral, comme étant une composante concourant à la notion cadre d'ordre public successoral, sont très limitées⁴⁹⁶. L'une des principales raisons est certainement liée au fait que cette assimilation pourrait être un contre-sens juridique majeur. En effet, l'ordre public successoral est une notion éminemment civile quand la fiscalité successorale est par définition une notion fiscale. Mais il est nécessaire d'approfondir la réflexion. En effet, une partie de la doctrine s'accorde sur le poids de plus en plus grandissant de la fiscalité dans le droit civil. Ce nouveau paradigme juridique est notamment mis en lumière par le professeur Frédéric Rouvière : « *Le droit civil dépérit. Ses territoires sont conquis par les droits spéciaux. (...) le droit des régimes matrimoniaux et des successions doit désormais composer avec le PACS et le concubinage, chose impensable il y a seulement vingt ans, et il subit l'influence du droit fiscal* »⁴⁹⁷. Force est de souligner que le sujet de la fiscalité est un point récurrent dans la question de la transmission active du patrimoine⁴⁹⁸. Nous avons d'ailleurs vu qu'elle fait partie de l'un des objectifs majeurs de l'anticipation et de la planification successorales. Partant, si la fiscalité peut faciliter une certaine forme de transmission d'un côté, elle peut tout aussi bien la sanctionner de l'autre. Effectivement, que ce soit les abattements de l'article 779 Code général des impôts ou les barèmes de l'article 777 du même code, la fiscalité applicable retranscrit, comme la dévolution successorale *ab intestat*, une certaine conception des liens familiaux. Les descendants en ligne directe sont plus avantagés tant au regard de l'abattement que du barème applicable, quand les tiers subissent une fiscalité que l'on peut aisément qualifier de confiscatoire⁴⁹⁹. Ainsi, la fiscalité a une influence directe sur la

⁴⁹⁵ F. ROUSSEL, *op. cit.*, n° 90.

⁴⁹⁶ « *Il s'agit, enfin, du cadre fiscal de la transmission* » in Rapport, 108^{ème} congrès des notaires de France, *La transmission*, Montpellier, 23 - 26 septembre 2012.

⁴⁹⁷ F. ROUVIERE, « Qu'est-ce que le droit civil aujourd'hui ? », *RTD civ.* 2020., 538. Également en ce sens : « *Le débat idéologique autour de la succession s'est déplacé du droit civil vers la fiscalité. C'est en taxant lourdement les successions que l'État assure la redistribution des richesses et lutte contre la reproduction des inégalités sociales. (...) Les civilistes devraient s'y attacher s'ils ne veulent pas laisser la loi fiscale décider à leur place des proximités familiales avec ses abattements et sa taxation progressive. Où l'on retrouve la question soulevée par la succession ab intestat de définir les fondements d'un nouvel ordre familial indispensable pour construire l'ordre successoral* », C. PÉRÉS, et C. VERNIÈRES, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁹⁸ En ce sens : F. COLLARD, « L'impôt de succession : comme régulation de patrimoine », *JCPN* n° 5, 4 févr. 2022.

⁴⁹⁹ En application des barèmes de l'article 777 du Code général des impôts le taux applicable serait de 60 %.

transmission en ce qu'elle réduit automatiquement toute transmission qui s'éloignerait du schéma intergénérationnel classique. Si elle ne l'interdit pas expressément, la sanction fiscale indirecte a un effet désincitatif très important. Si le pénal tient le civil en l'état, on peut aujourd'hui largement affirmer que le fiscal le tient tout autant. L'ordonnancement actuel de la fiscalité de la transmission successorale est clair dans ses objectifs : privilégier la transmission intra familiale et par-delà une certaine forme de solidarité en pénalisant les transmissions qui s'en écartent. Si les règles de la réserve héréditaire sanctionnent civilement par le mécanisme de la réduction les libéralités qui excèderait la quotité disponible, les règles de taxation des droits de mutation à titre gratuit sont une sanction fiscale tout aussi prohibitive. Il suffit pour s'en persuader de prendre l'exemple d'une donation simple de 100 000 € en numéraire. Une telle donation ne sera pas fiscalisée entre un parent et un enfant si l'abattement de l'article 779 n'a pas été entamé par une donation antérieure. Cette même donation, mais faite à un tiers, sera taxée au taux de 60% et le donataire devra s'acquitter de 60 000 € d'impôts au titre des droits de mutation. Concourir à une diminution directe ou indirecte de la volonté du *de cuius* dans la transmission active de son patrimoine pour répondre aux objectifs fondamentaux d'égalité et de solidarité, ne voit-on pas ici se dessiner une véritable composante de l'ordre public successoral ? A notre sens, l'impôt successoral doit être pris en compte dans cette conception rénovée de la notion que nous prônons car c'est une composante qui vient au soutien de la notion cadre.

126. L'élargissement probable vers un ordre public de transmission. Nous l'avons expliqué, le cadre de l'ordre public limitant la volonté devrait s'adapter à l'influence et la pluridisciplinarité grandissante de l'anticipation et de la planification successorales. Partant, ce cadre élargi devrait englober tous les outils permettant de limiter l'autonomie du *de cuius*. On pense en premier lieu au droit temporaire au logement du conjoint survivant exposé à l'article 763 du Code civil. Ce droit d'ordre public⁵⁰⁰ étant un effet, non pas de la succession, mais du mariage⁵⁰¹ ne devrait pas *ab initio* faire partie de l'ordre public successoral. Pourtant, ce droit, en conférant au survivant des deux conjoints soit un droit à une occupation gratuite pendant un an ou un droit au remboursement d'un an de loyers concourt aux objectifs de la notion cadre de l'ordre public successoral. Il conviendrait donc d'ajouter aux composantes de l'ordre public de transmission l'intégralité des lois et normes impératives limitant de façon directe ou indirecte la volonté du *de cuius*. On pense notamment aux règles liées au mode de conjugalité, aux règles qui découlent de

⁵⁰⁰ En ce sens : « Succession - Dévolution - Vocation du successible à l'hérédité », Répertoire de Droit civil, janv. 2009, dir. R. Le GUIDE et G. CHABOT, (act. Sept. 2020), n° 404.

⁵⁰¹ « Perte de la vocation successorale » in J.-P. CLAUX et S. DAVID, Droit et pratique du divorce, 2018-2019, 4^e éd., Dalloz, 2018, coll. Dalloz référence, n° 212.122.

certaines biens sources de successions anormales comme les souvenirs de familles⁵⁰² ou encore les droits de propriété intellectuelle⁵⁰³.

Mais cette liste n'est pas exhaustive, et après tout, l'ordre public successoral, ou de transmission, en ce qu'elles seraient des notions cadres, pourraient accueillir toutes les composantes impératives qui concourent à la réalisation de leurs objectifs.

Section 3

LES MANIFESTATIONS DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

127. Un exercice de caractérisation. La notion d'ordre public successoral est éminemment liée à l'histoire juridique française, et développe ses particularismes en fonction de l'ordre juridique dans lequel elle est née. Or, la volonté anticipative et les successions dans un contexte international obligent les limites à se développer dans un paradigme international (§ 1). L'étude des limites dans le cadre des successions internationales se concentre principalement sur deux outils, les lois d'application immédiate (§ 2) et l'exception d'ordre public international (§ 3).

§ 1 - LE PARADIGME INTERNATIONAL

128. Limites et extranéité. L'extranéité est littéralement entendue comme « *la qualité de ce qui étranger* »⁵⁰⁴, et c'est cette qualité qui va faire basculer une situation purement interne, en une situation internationale. On décèle un élément d'extranéité dans la situation de fait quand la relation présente des points de contact avec des pays étrangers. En matière successorale, les données pouvant être qualifiées d'élément d'extranéité, peuvent être regroupées en deux grands blocs : celles relatives aux personnes et celles relatives aux biens. Des données liées aux personnes on retiendra principalement les questions de la nationalité et de la dernière résidence tant du défunt que des héritiers. Des données relatives aux biens on se concentrera notamment sur leurs localisations.

⁵⁰² En ce sens : B. BEIGNER, « De la succession des souvenirs de famille », *Dr. fam* n° 5, Mai 2003, comm. 63 - C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, n° 368, p. 288.

⁵⁰³ En ce sens : C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *op. cit.* n° 371, pp. 290-292 - F. POLLAUD-DULIAN, « Droits des auteurs – Successions », *J.-Cl. Civil Annexes*, LexisNexis, 24 oct. 2018 (act. 1^{er} déc. 2020).

⁵⁰⁴ G. CORNU, *Extranéité, Vocabulaire juridique, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT*, 11^{ème} éd., PUF, 2016.

La mobilité des personnes et des biens⁵⁰⁵ a nécessairement fait se développer de façon exponentielle les situations factuelles transnationales et consubstantiellement les successions présentant un élément engageant une réflexion internationale. Cette internationalisation des successions et de la transmission ajoute une grille de lecture supplémentaire dans l'étude de l'ordre public successoral, notion par essence attachée à l'ordre français⁵⁰⁶.

De notre réflexion découle un postulat inchangé : la matière de la transmission du patrimoine est fondée sur une dyade juridique. Néanmoins, et c'est une donnée factuelle, l'équilibre consacré par celle-ci dans notre ordre interne pourra ne pas se retrouver dans des législations étrangères⁵⁰⁷. Absence de limites, degrés de coercition plus ou moins importants, ces disparités vont nécessairement faire émerger en pratique des conflits de lois. L'analyse précédemment faite de la volonté en présence d'un élément d'extranéité conduit à l'étude des limites en présence de ce même élément. En effet, l'émergence de successions internationales et d'un droit presque autonome y afférent interrogent sur la place des limites dans un schéma international.

Une interrogation principale se dessine naturellement : comment les composantes de l'ordre public successoral interne vont ressurgir pour protéger, dans une situation internationale, les fonctions de la notion cadre française ?

Factuellement, la réponse à cette question se trouvera dans deux grandes hypothèses : premièrement la reconnaissance en droit français de situations régulièrement acquises à l'étranger et deuxièmement l'éviction de la loi étrangère si l'application de celle-ci au cas d'espèce est manifestement contraire aux principes essentiels du droit français. Notre analyse se concentrera sur la seconde manifestation pour *in fine* déterminer comment, et avec quelle force, va se manifester l'ordre successoral français ? L'analyse est ardue, en ce qu'elle révèle un point important : comment apprécier l'influence d'un tel corps de règles hors de l'ordre juridique dans lequel il s'est développé ? En effet, les lois successorales sont des lois politiques par essence, territoriales car débattues et

⁵⁰⁵ Sur ce sujet : V. BELLAMY : « En 2015, 236 300 mariages ont été célébrés en France, dont 33 800 entre une personne de nationalité française et une personne de nationalité étrangère : 14 % des mariages célébrés en France en 2015 sont donc des mariages mixtes. Dans un cas sur deux, ils ont uni un homme de nationalité étrangère et une femme de nationalité française. Un mariage mixte sur dix est un remariage pour les deux époux. En 2015, 46 300 mariages célébrés à l'étranger ont été transcrits à l'état civil français. La plupart (91 %) ont uni une personne de nationalité française et une personne étrangère. Ainsi, quel que soit le lieu de célébration, 27 % des mariages ayant concerné au moins une personne de nationalité française en 2015 sont des mariages mixtes. » in « 236 300 mariages célébrés en France en 2015, dont 33 800 mariages mixtes », (division Enquêtes et études démographiques, Insee).

⁵⁰⁶ En ce sens : C. NOURISSAT et É. FONGARO, « Autonomie de la volonté et succession – Le règlement successions », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLANT, p. 205. - É. FONGARO, « La préparation d'une succession internationale - Ou l'art subtil d'éluder la réserve héréditaire », *JCP N* n° 24, 13 juin 2008, 1221.

⁵⁰⁷ Une étude de droit comparé en matière de successions démontre que chaque ordre successoral national a sa propre logique et ses propres modèles. Si les nations européennes consacrent des règles assez similaires, les nations de droit anglo-saxon ont une législation plus libérale et des outils différents des nôtres.

votees d'après une certaine vue morale propre aux peuples pour qui elles sont faites⁵⁰⁸. Ainsi, nombre des composantes sont fondées par le commandement de l'utilité sociale et de l'intérêt général français⁵⁰⁹. Or, si les bornes sont justifiées par l'intérêt général que la société ordonne au regard d'un certain contrat social et moral⁵¹⁰, comment, dans un contexte transnational, apprécier cette coercition de l'intérêt général ? En effet, existe-il un intérêt général commun aux Nations ?

Si beaucoup sont tentés de répondre par l'affirmative, en ce que l'intérêt général de l'homme dans une conception humaniste⁵¹¹ devrait tendre vers un même point, force est de constater que chaque nation voit l'intérêt général sous un prisme différent. Pour autant, la présence de plus en plus nombreuses de conventions internationales et de réglementations européennes tend peu à peu à une convergence juridique des nations de telle sorte que l'on voit se dessiner également une convergence - plus ou moins forcée - des limites à la volonté du *de cuius*⁵¹². Partant, il convient de s'interroger sur la place de la notion de l'ordre public successoral dans un tel schéma.

Déterminer les manifestations spécifiques d'une branche du droit interne français dans une situation d'extranéité amène une interrogation sur la notion d'ordre public international et les mécanismes de droit international privé y afférents. En l'absence de définition consacrée de la notion d'ordre public international, il convient de se tourner vers la définition du vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant qui présente cette notion comme « *un ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée mais aussi des lois étrangères et des actes des autorités étrangères* »⁵¹³. De cette définition découle un certain nombre de commentaires nécessaires, et pour comprendre véritablement l'enjeu des manifestations de l'ordre public successoral en droit international, il est un préalable nécessaire qui est l'analyse des mécanismes juridiques de protection du *for* qui vont intervenir dans l'hypothèse d'un conflit de lois, mécanismes qui seront *in fine* les outils de défense utilisés par l'ordre public successoral.

⁵⁰⁸ En ce sens : « *réciroquement le législateur ne doit pas permettre que la loi étrangère puisse s'appliquer sur son propre territoire, car cette loi n'a pas été rédigée en tenant compte des facteurs qui l'ont déterminée, le législateur a adopté le système qu'il a organisé* », E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902, p. 326.

⁵⁰⁹ En ce sens : « *Le droit du maître sur sa chose n'est donc pas un droit illimité et tyrannique ; c'est un droit étendu qui est borné par l'utilité sociale* », E. PILASTRE, « De l'abrogation de la réserve légale des enfants », in *Revue pratique de droit français*, 1865, tome 20, p. 439.

⁵¹⁰ Sur ce point J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, livre I, chap. 6, in *Œuvres complètes*, tome III *La Pléiade*, 1964. Également sur le sujet S. POTENTIER-RIOS, *Les frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille*, thèse, Paris-Est, 2020 (dir. S. GODECHOT-PATRIS), n° 33, p. 31.

⁵¹¹ Bordas (1970), Humanisme, in *Focus Encyclopédie internationale tome II D/K*.

⁵¹² Sur une convergence et une fondamentalisation de l'ordre public international, v. *infra*, n° 225 et s.

⁵¹³ G. CORNU, *Ordre public – international, Vocabulaire juridique, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT*, 11^e éd., PUF, 2016.

129. Droit international privé, théorie générale du conflit de lois, et correctifs.

D'après les mots du Professeur Bernard HafTEL, le droit international privé peut être défini comme « *la branche du droit positif qui a pour objet les relations internationales entre personnes privées* »⁵¹⁴. Il précise très justement que ce droit « *ne s'intéresse qu'aux règles qui ont spécifiquement pour objet ces relations internationales et ne s'intéresse pas, en théorie, au droit substantiel* »⁵¹⁵. Cette matière juridique doit son développement et son rayonnement aux travaux de la doctrine qui à travers ses différents courants universalistes, statutaires, territorialistes, a structuré et continue de structurer le droit international privé⁵¹⁶. Pour comprendre les fonctions de cette matière, la doctrine a très justement posé les quatre catégories de problèmes juridiques qu'elle tend à contrôler : les conflits de lois, les conflits de juridictions, la nationalité et la condition des étrangers⁵¹⁷. Dans la présente étude c'est la question des conflits de lois et ses correctifs qui vont nous intéresser.

Avant d'analyser la théorie générale des conflits de lois, il est nécessaire de comprendre les différentes étapes qui composent celle-ci, on pense notamment à la qualification et au rattachement. La notion de qualification en droit international privé est présentée très justement par Ridha Boukhari comme « *la détermination de la nature juridique* »⁵¹⁸. Pour cet auteur, la démarche présuppose d'opérer une comparaison entre le fait qualifié et le contenu de la norme légale pour s'assurer « *que les concepts désignant la situation concrète sont équivalents aux concepts délimitant la norme* »⁵¹⁹. Il peut exister des conflits de qualification principalement quand les différents systèmes juridiques retiennent des qualifications différentes pour une même situation factuelle. Pour résoudre ce conflit le mécanisme de la qualification en droit international peut principalement se faire selon deux méthodes : *la qualification lege fori* qui fait appel à la loi de l'ordre juridique appelé à connaître de la question et/ou la qualification *lege causae* qui sera la loi étrangère⁵²⁰. En France, c'est *la qualification lege fori* qui prédomine⁵²¹ et qui a été défendue notamment par Etienne Bartin à travers une très célèbre affaire

⁵¹⁴ B. HAFTEL, Le droit international privé, coll. Le cours Dalloz, 2^e éd., 2020, p. 1. Pour une autre définition de la matière : « *Le droit international privé est l'ensemble des règles applicables aux personnes privées dans leurs relations internationales, qui peuvent faire apparaître des prétentions concurrentes de plusieurs lois ou de plusieurs juridictions.* », in rapport du 115^{ème} congrès des Notaires, *L'international*, 2019, p. 90.

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ Pour une étude sur l'influence et l'apport de la doctrine juridique sur le droit international privé : « Les doctrines du droit international privé et les principaux auteurs », in rapport du 115^{ème} congrès des Notaires, *L'international*, 2019, p. 7.

⁵¹⁷ En ce sens : M. REVILLARD, « France - Droit international privé », in *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, LexisNexis, 23 Janv. 2018 (act. 12 juin 2020), n° 1 - T. VIGNAL, *Droit international privé*, Sirey, 5^e éd., 2020, introduction, p. 1.

⁵¹⁸ En ce sens : R. BOUKHARI, « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de droit*, volume 51, n° 1, mars 2010, pp. 159-193, n° 12 - E. RABEL, « Le problème de la qualification », *Rev. crit. DIP* 1933, 1.

⁵¹⁹ R. BOUKHARI, *op. cit.*

⁵²⁰ En ce sens : rapport du 115^{ème} congrès des Notaires, *L'international*, 2019, p. 13.

⁵²¹ Sur ce sujet : Cass. 1^{re} civ., 22 juin 1955, *Caraslanis* : *Rev. crit. DIP* 1955, 723, note H. BATTIFOL. Également sur le sujet : « *La qualification lege fori défendue, en France par Bartin et en Allemagne par Kahn, l'a emporté en doctrine et en jurisprudence. La Cour de cassation l'a consacrée à différentes reprises et pour la première fois dans l'arrêt Caraslanis* », in rapport du 115^{ème} congrès des Notaires, *L'international*, 2019, p. 16, n° 1026.

successorale, l'affaire *Bartholo*⁵²². Dans cette affaire la question centrale était notamment de déterminer la qualification de la quarte du conjoint pauvre alors inconnu du droit français, était-il un droit lié au régime matrimonial ou à la succession du défunt ? On comprend que la question de la qualification est une étape préliminaire à la réflexion conflictuelle, car c'est en qualifiant le rapport de droit que l'on détermine la catégorie juridique dans laquelle il se classe. Une fois l'étape de la qualification et de la classification faite, se pose la question du rattachement qui va être résolu par la méthode conflictuelle. La théorie générale du conflit de lois regroupe l'ensemble des méthodes qui permettent de sélectionner, et/ou d'identifier, parmi les règles de droit substantiel posées par les différents ordres juridiques ayant des liens avec une situation internationale donnée, celle qui sera en définitive appelée à régler cette situation de fait⁵²³. Ce n'est qu'avec le résultat de la méthode conflictuelle que peut être déterminée la loi substantielle applicable au cas d'espèce. Les règles de conflits étaient généralement du ressort du droit international privé et des conventions internationales mais depuis plusieurs années, l'omniprésence du droit de l'Union européenne est venue introduire une strate de lecture supplémentaire, qu'une partie de la doctrine prend le parti d'analyser en droit autonome⁵²⁴. Ne dérogeant pas à ce principe, la règle de conflit en droit successoral est justement posée par un règlement européen pour toutes les successions ouvertes à compter du 17 août 2015⁵²⁵. Laissant au passé le principe séculaire de la scission entre les meubles et les immeubles⁵²⁶, le règlement européen pose en son article 21⁵²⁷ une règle de conflit de lois qui promeut l'unicité du droit substantiel. Selon cette disposition, et sauf éléments contraires⁵²⁸, la loi matérielle applicable à l'entière succession sera celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. Une fois cette règle, en théorie assez simple, posée, il appert que la mise en œuvre de cette disposition peut parfois faire émerger des situations en contradiction profonde avec la conception française de l'ordre successoral. En effet, *quid* d'une hypothèse où le droit étranger applicable connaîtra des règles discriminatoires entre les héritiers par exemple ? Pour pallier ces situations, le droit international privé s'est doté d'outils de régulation, outils repris par

⁵²² CA Alger, 24 déc. 1889, *Bartholo* : *JDI* 1891, p. 1171.

⁵²³ Pour reprendre l'acception : S. CLAVEL, *Droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2018, coll. HyperCours, p. 5.

⁵²⁴ En ce sens : M. REVILLARD, « Droit international privé européen », *J.-Cl. Civil code*, Art. 720 à 892, Fasc. 30, LexisNexis, 5 juill. 2018.

⁵²⁵ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Appelé règlement « successions » ou moins couramment « Brussels IV ».

⁵²⁶ Dans le système de droit commun applicable aux successions ouvertes avant le 17 août 2015 la France retient le principe du morcellement successoral, la succession immobilière étant régie par la loi de situation des immeubles et la succession mobilière par la loi du domicile du défunt.

⁵²⁷ Règl. 650/2012, art. 21 : « 1. Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès ».

⁵²⁸ On pense notamment à l'application de la clause d'exception prévue par l'article 21 alinéa 2 ou à la possibilité pour le *de cuius* de fixer par anticipation la loi successorale applicable à sa succession (v. en ce sens art. 22 du règlement UE n° 650/2012).

les conventions internationales et les règlements européens, pour amener dans la situation transnationale une certaine correction.

Il est commun de présenter trois mécanismes : les lois d'application immédiate ou lois de police, l'exception d'ordre public international et le mécanisme du renvoi.

Le mécanisme du renvoi⁵²⁹, notamment introduit en France par la célèbre affaire *Forgo*⁵³⁰, permet à l'État de la loi désignée applicable, de décliner sa compétence et déclarer applicable une autre loi⁵³¹. Le domaine du renvoi est principalement déterminé par la jurisprudence, mais également par les conventions internationales ou les règlements européens⁵³². En matière successorale, le mécanisme du renvoi s'est construit grâce à plusieurs décisions importantes : *Soulié*⁵³³, *Marché*⁵³⁴, *Ballestrero*⁵³⁵, *Wildenstein*⁵³⁶, *Riley*⁵³⁷ et *Tassel*⁵³⁸.

Depuis l'avènement d'une législation européenne unique dans la matière successorale, c'est l'article 34 du règlement européen susmentionné qui vise les règles applicables au renvoi. Il devient avec le règlement européen fortement encadré et même exclu lorsque la loi applicable à la succession est désignée par une *professio juris*, ou si elle est désignée en application de la clause d'exception. Outre ce mécanisme, notre étude portant sur les manifestations de l'ordre public successoral interne en droit international, nous préciserons tout particulièrement le régime des lois d'application immédiate et de l'exception d'ordre public international⁵³⁹, mécanisme à la finalité commune : défendre les valeurs les plus importantes de l'ordre juridique du *for*.

⁵²⁹ Sur le sujet : E. AGOSTINI, « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP*, vol. 3, no. 3, 2013, pp. 545-586 - J. DERRUPE, « Étude théorique du renvoi », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 532-1, LexisNexis, 1^{er} nov. 1993.

⁵³⁰ Cass. civ., 24 juin 1878, *Forgo* : *S.* 1879, p. 156. ; *D.* 1879, I, p. 56.

⁵³¹ T. DEBARD et S. GUINCHARD, v^o « Renvoi », in *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2017.

⁵³² En ce sens : H. PEROZ, « Exclusion et admission du renvoi en droit international privé français », *JCP N* n° 20, 15 mai 2020, 1109.

⁵³³ Cass. req., 9 mars 1910 : *Rev. crit. DIP* 1910, 870.

⁵³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1938.

⁵³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2000, no 98-15.650, *Ballestrero* : *Bull. civ.* 2000, I, n° 96 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399 et s., note B. ANCEL.

⁵³⁶ Cass., 1^{ère} civ., 20 juin 2006, n° 05-14.281, *Wildenstein* : *JurisData* n° 2006-034123 ; *JDI* 2007, p. 125, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 383, note B. ANCEL.

⁵³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2009, *Horace et Charles Riley c/ Richard Riley* : *D.* 2009, p. 1658, note G. LARDEUX.

⁵³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2010, n° 09-11.901, *Tassel* : *JurisData* n° 2010-010075 ; *JCP N* 2010, 1308, obs. A. DEVERS.

⁵³⁹ Not. sur le sujet : P. HAMMJE, « Ordre public et lois de police – Limites à l'autonomie de la volonté ? », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLAN'T, p. 111.

Il est important de préciser que ces corrections et exclusions, presque chauvines, peuvent également se trouver en droit international privé dans les mécanismes de la fraude à la loi⁵⁴⁰ ou de l'abus de droit fiscal⁵⁴¹.

§ 2 - LES LOIS D'APPLICATION IMMÉDIATE

130. Les lois de police. En droit international privé le mécanisme des lois de police est un mécanisme puissant de contrôle (A), il reste cependant inexploité en droit des successions voire inexploitable (B).

A - Un mécanisme puissant de contrôle

131. Méthode et détermination des lois de police. Le droit français vise les lois de police à l'article 3 du Code civil⁵⁴². D'autres sources normatives définissent les lois de police comme étant « *des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, telles que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable* »⁵⁴³. En doctrine, c'est notamment

⁵⁴⁰ Basé sur le célèbre adage juridique « *fraus omnia corrumpit* », la question de la fraude à la loi en droit international privé des successions est un véritable sujet. En effet, une situation présentant un élément d'extranéité peut rapidement devenir un terrain fertile pour ce type de comportement. Pour être véritablement constituée « *la fraude doit cumulativement recueillir deux éléments, un matériel (manipulation du rattachement ou de la qualification) et un intentionnel. Pour une affaire célèbre de fraude en matière de succession* » (v. en ce sens Civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, Caron, Rev. Crit. DIP 1986.66, note Y. LEQUETTE). Not. sur le sujet M. GORÉ et de R. GOURCY, « Fraude. Conditions », *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6^e éd., Dalloz, 2017, coll. Dalloz action, (dir.) M. GRIMALDI, n° 722.71.

⁵⁴¹ LPF. art. L64 : « *Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* ». En droit des successions internationales l'abus de droit en fiscalité s'analyse en l'utilisation volontaire d'un élément d'extranéité dans le but principal de se soustraire à la loi fiscale théoriquement compétente.

⁵⁴² C. civ. art. 3 : « *Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étranger*. ».

⁵⁴³ Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, 17 juin 2008 (JOUE n° L 177/6, 4. Juill. 2008) sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 9, 1 : « *une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* ». Pour une reprise à l'identique de cette définition : Règl. (UE) n° 2016/1103 du Conseil, 24 juin 2016 (JOUE n° L 183/1, 8 juill. 2016) mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, art. 30, et Règl. (UE) n° 2016/1104 du Conseil, 24 juin 2016 (JOUE n° L 183/30, 8 juill. 2016) mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, art. 30.

grâce aux travaux de Phocion Francescakis que la notion s'est développée⁵⁴⁴, travaux desquels il ressort que « *les lois d'application immédiate s'imposent avant toute règle de conflits* »⁵⁴⁵. Pour reprendre une acception plus courante de la notion, les lois de police peuvent se définir comme « *les règles de droit matériel d'un État dont le respect est jugé si essentiel qu'elles doivent faire l'objet d'une application immédiate sans qu'il soit besoin de rechercher la loi normalement applicable au terme de la méthode conflictuelle* »⁵⁴⁶. Les lois de police sont un mécanisme « *unilatéraliste* »⁵⁴⁷ interférant avec la théorie générale du conflit de lois en ce qu'elle l'évince purement et simplement. À l'aide de ce mécanisme conservatoire, les nations, si elles estiment que l'application de la règle de conflit est susceptible de contrevenir à l'organisation sociale, politique et économique du pays, peuvent appliquer d'autorité une règle de droit substantielle de son ordre juridique⁵⁴⁸. Dans les faits, c'est souvent le magistrat saisi du litige qui aura cette charge⁵⁴⁹. Saisi d'un contentieux, il ne devra pas rechercher la règle de conflit qui permettrait de déterminer le droit substantiel applicable, mais il devra *a priori* vérifier si dans la situation factuelle qualifiée juridiquement son ordre juridique comporte une loi de police susceptible de s'appliquer⁵⁵⁰. À défaut, il conviendra de recourir à la méthode conflictuelle.

Reste à déterminer quelles sont les dispositions impératives dans l'ordre juridique du *for* pouvant être portées au rang de lois de police, chose qui n'est pas aisée⁵⁵¹. Les différentes définitions, notamment proposées par les conventions internationales, permettent de mettre en évidence certains marqueurs d'identification. Ainsi, la loi de police devrait s'appliquer de façon automatique dans toutes les situations, peu important la méthode conflictuelle, et doit participer à la défense de l'organisation sociale, politique et économique du pays⁵⁵². Mais ces critères de définitions sont-ils suffisants ? Assurément non. Premièrement, dire que les lois de police doivent immédiatement s'appliquer corrobore un mécanisme méthodologique, mais n'aide pas à les identifier concrètement. Deuxièmement, les lois de police doivent défendre l'organisation sociale,

⁵⁴⁴ P. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ En ce sens : C. LATIL, « Lois de police », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 552-100, LexisNexis, 2 sept. 2019.

⁵⁴⁷ Rapport du 115^{ème} congrès des Notaires, *L'international*, 2019, p. 37 et s.

⁵⁴⁸ En ce sens : « *Plusieurs définitions des lois de police ont été proposées. En raison de son adoption par une source du droit positif, on retiendra d'abord celle qui figure à l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (...) 'dispositions impératives de la loi d'un [...] pays [qui], selon le droit de ce pays, sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat' (...) Pour donner à la définition un caractère tout à fait général, il suffit de dire que les lois de police sont les règles impératives qui, selon le droit du pays dont elles émanent, sont applicables quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit de ce pays* », P. MAYER, « Lois de police », in *Répertoire de droit international*, Dalloz, déc. 1998.

⁵⁴⁹ Force est de constater que cette charge est également dévolue au notaire liquidateur en charge d'instrumenter une succession internationale. Mais dans les faits, peu d'entre eux prennent la responsabilité d'une décision unilatérale.

⁵⁵⁰ Sur la méthode des lois de police : É. FONGARO et J. SAGOT-DUVAUROUX, « Le détournement et le droit international privé », *Dr. & patr.*, n° 9, 1^{er} déc. 2011.

⁵⁵¹ La principale difficulté réside dans l'identification des lois de police : C. LATIL, *op. cit.*, n° 7 à 53.

⁵⁵² On retrouve une acception très proche de celle développée par FRANCESCAKIS in « *dont l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays* » in « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? » in, Travaux du Comité français de droit international privé, 27-30^e année, 1966-1969. 1970, p. 149.

politique et économique du pays. Or, n'est-ce pas la fonction de toutes les lois d'un territoire d'exprimer cela ? Sur ce sujet Yvon Loussouarn relevait très justement que la loi de police n'a « *rien d'exceptionnel* » vis-à-vis des autres lois impératives, que cela ne relèverait pas « *d'une différence de nature mais d'une simple différence de degrés* »⁵⁵³. Si ces différentes définitions permettent d'entrevoir une conception fonctionnelle des lois de police elles ne font pas émerger l'ébauche d'une définition par composante. C'est paradoxalement quand une définition par composante s'avère être la plus utile que celle-ci se trouve la plus absente. En effet, il n'existe pas aujourd'hui de clausier répertoriant les règles impératives nationales pouvant être élevées au rang de loi de police. Pour déterminer quelles lois revêtent cette qualification il convient donc de regarder la jurisprudence. Ainsi, ont pu être qualifiées de lois de police des dispositions relatives au droit du travail et notamment des règles concernant la représentation du personnel⁵⁵⁴, les règles relatives à l'information et la protection du consommateur⁵⁵⁵ ou encore les règles relatives au droit moral de l'auteur⁵⁵⁶. La réception de cet outil en droit des successions et des libéralités semble être le mécanisme le plus intéressant pour faire rayonner la notion d'ordre public successoral. Il apparaît néanmoins que l'utilisation des lois de police dans la matière successorale ne soit inexploitée, voire inexploitable.

B - Un mécanisme inexploité et inexploitable

132. Succession et loi de police. La qualification de loi d'application immédiate - ou de loi de police - apparaît donc comme le parfait bouclier contre des législations étrangères qui ne reconnaîtraient pas notre équilibre, entre volonté et limites en droit des successions et plus généralement en droit de la transmission. Elles permettraient en effet de mettre complètement en échec des ordres juridiques ou le *de cuius* aurait des pouvoirs trop importants comme un pouvoir unilatéral d'exhérédation testamentaire, ou à l'inverse des législations où la présence de certains héritiers empêcherait toutes manifestations de volonté. Mais l'utilisation, par chaque nation, de lois de police pour préserver leurs conceptions de la transmission ne rentre-elle pas en contradiction complète avec le projet de convergence européen, et plus généralement de libéralisme juridique ? Assurément.

⁵⁵³ En ce sens : Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1973. II., spéc. p. 328.

⁵⁵⁴ CE, 29 juin 1973, n° 77582, *Synd. Général du personnel de la Compagnie des Wagons-lits*, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 273, note P. FRANCESCAKIS.

⁵⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1999, n° 97-17.650, *Moquin c/ Deutsche Bank* : Bull. civ. I, n° 281, *Rev. crit. DIP* 2000, note P. LAGARDE.

⁵⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991, n° 89-19.522, *Huston* : Bull. civ. I, n° 72, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 752, note P.-Y. GAUTIER.

En droit français, les lois impératives concourant à la notion cadre d'ordre public successoral ont pour fonction de retranscrire une certaine conception sociale, politique et économique française ; elles devraient donc, selon toutes vraisemblance, pour certaines, être portées au rang des lois de police. Or, paradoxalement, aucune des grandes composantes de l'ordre public successoral français n'a, à ce jour, été qualifiée de loi de police. La doctrine⁵⁵⁷ constate cet état de fait et l'attribue principalement à deux causes. La première est liée à l'unification du *jus* et du *for*. En effet, le rapprochement entre la règle substantielle applicable et la juridiction compétente entraîne consubstantiellement l'application par le *for* de la loi de son ordre juridique. Le magistrat ainsi saisi ne verra aucune utilité à soulever la notion de loi de police. La seconde est liée à l'émergence d'un droit de source supra étatique.

En effet, depuis maintenant plusieurs années, la question des successions internationales est régie par le règlement européen n° 650/2012. C'est vers ce règlement qu'il convient de se tourner pour apprécier la portée des lois de police dans le règlement d'une succession internationale, or le texte ne connaît pas, en soit, d'article sur les lois de police. Pour trouver une référence indirecte à ce mécanisme d'application immédiate, il faut se tourner vers l'article 30. L'article 30 lui, intitulé « *Dispositions spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens ou ayant une incidence sur celle-ci* », reprend en substance l'article 15 de la convention de La Haye 1^{er} août 1989⁵⁵⁸. Il prévoit que « *Lorsque la loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens comporte des dispositions spéciales qui, en raison de la destination économique, familiale ou sociale de ces biens, imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens, ou ayant une incidence sur celle-ci, ces dispositions spéciales sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession* ». À la lecture de cet article, la notion de loi de police n'apparaît pas nécessairement évidente. Comme certains auteurs ont pu le remarquer il ne s'agit pas là d'une autorisation de recourir aux lois d'application immédiate pour contrer la méthode conflictuelle, mais de reconnaître dans certains cas le rattachement à la loi du lieu de situation des biens⁵⁵⁹. Cette constatation ressort d'autant plus à la

⁵⁵⁷ Not. sur le sujet : P. HAMMJE, *op. cit.*,

⁵⁵⁸ Sur ce sujet : P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Revue critique de droit international privé*, vol. 4, n° 4, 2012, pp. 691-732, n° 26.

⁵⁵⁹ En ce sens : A. PANET, « Le statut personnel en droit international privé européen - les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté ? », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 837 - D. BUREAU, « Juger le présent, prévoir l'avenir », *Dr. & patr.*, n° 236, 1^{er} mai 2014.

lecture du considérant 54⁵⁶⁰ du même règlement qui impose une interprétation stricte de cet article⁵⁶¹. Rapidement on s'aperçoit qu'en matière de succession internationale le recours au mécanisme des lois de police en dehors des prescriptions du règlement européen semble compromis⁵⁶². Mais alors, dans cette conception restrictive des lois d'application immédiate, quelles sont les dispositions de l'ordre successoral français qui peuvent s'en revendiquer ? La question trouve rapidement une réponse, en ce qu'une seule disposition française successorale revêt aujourd'hui ce caractère si particulier.

133. Le paradoxe de l'attribution préférentielle. Les articles 831 et suivants du Code civil français posent les principes du droit d'attribution préférentielle, droit permettant au conjoint survivant et aux héritiers s'ils répondent aux critères posés par le code, de demander l'attribution de la pleine propriété d'un bien par voie de préférence lors du partage. Ce droit d'attribution préférentielle, souvent utilisé dans les actions en liquidation-partage contentieuses, n'est pas un droit d'ordre public⁵⁶³. En effet, selon toute vraisemblance, la volonté du *de cuius* de transmettre un bien par testament ne pourra pas être mise en échec par un héritier au motif qu'il répond au critère de l'attribution préférentielle. Ce droit, qui ne concourt donc pas à la notion cadre de l'ordre public successoral par son manque d'impérativité, est pourtant présenté par la jurisprudence française comme une loi de police. En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt, a pu considérer que « *les règles relatives à l'attribution préférentielle sont, en raison de leur destination économique et sociale, des lois de police, de sorte qu'ont vocation à s'appliquer celles que fixe la loi du lieu de situation de l'immeuble* »⁵⁶⁴. Cette décision qualifiant l'attribution préférentielle de loi de police a fait beaucoup réagir la doctrine française. En effet, quand on s'attarde sur la réflexion des magistrats on peut s'apercevoir d'une faille dans le

⁵⁶⁰ Règl. (UE) n° 650/2012, Cons. 54 : « *En raison de leur destination économique, familiale ou sociale, certains biens immobiliers, certaines entreprises et d'autres catégories particulières de biens font l'objet, dans l'État membre de leur situation, de règles spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci. Le présent règlement devrait assurer l'application de ces règles spéciales. Toutefois, cette exception à l'application de la loi applicable à la succession requiert une interprétation stricte afin de rester compatible avec l'objectif général du présent règlement. Dès lors, ne peuvent être considérées comme des dispositions spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens ou ayant une incidence sur celle-ci ni les règles de conflits de lois soumettant les biens immobiliers à une loi différente de celle applicable aux biens mobiliers, ni les dispositions prévoyant une réserve héréditaire plus importante que celle prévue par la loi applicable à la succession en vertu du présent règlement.* ».

⁵⁶¹ En ce sens : Circulaire du 25 janvier 2016 de présentation des dispositions du règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

⁵⁶² Not. pour une analyse en ce sens : N. NORD, « Les lois de police – une conception classique ou restrictive ? », *Dr. & patr.*, n° 236, 1er mai 2014.

⁵⁶³ En ce sens : M. GRIMALDI, qui met en avant l'attribution préférentielle comme une modalité de partage qui ne saurait être d'ordre public, *in* Droit civil, *Successions*, Litec, 8^e éd., 2020, n° 893.

⁵⁶⁴ La haute juridiction a déjà estimé que les règles de l'attribution préférentielle constituaient des lois de police. En ce sens : Cass. 1 civ., 10 oct. 2012, n° 11-18.345 : *JCP G* 2012, 1368, note L. PERREAU-SAUSSINE ; *JDI* 2013, p. 119, note É. FONGARO ; *JCP N* 2013, n° 13, 1069, note S. GODECHOT-PATRIS.

sylogisme de la décision. Par définition une loi de police est d'application immédiate ce qui induit nécessairement une application qui n'est pas liée à la loi successorale substantielle. Or, l'attribution préférentielle est, par définition, liée à la loi successorale applicable au fond car elle nécessite pour être soulevée une action en liquidation-partage d'une indivision successorale. Force est de souligner, comme une majorité d'auteurs l'ont fait, que cette solution « *a été rendue avec la volonté d'anticiper les solutions consacrées par le règlement 'successions'* »⁵⁶⁵. Si on peut déplorer cette qualification de loi de police au forceps, il n'en demeure pas moins que l'attribution préférentielle est la seule disposition successorale à revêtir cette qualification. Il faut également relever qu'il existe en droit patrimonial de la famille d'autres dispositions susceptibles d'être qualifiées de loi de police. On pense notamment au droit temporaire au logement du conjoint survivant, ou aux dispositions du régime primaire des articles 212 et suivants du Code civil, ou encore aux dispositions de dernière volonté concernant les funérailles⁵⁶⁶.

Force est de constater que le mécanisme des lois de police ne concourt pas au rayonnement international de l'ordre public successoral. Pire, certains ont tenté de voir dans cette absence une justification supplémentaire d'un recul ou de l'inexistence d'un corps de règles d'ordre public en droit des successions et des libéralités. Les dispositions du règlement européen, en focalisant une telle protection sur la *lex rei sitae* vide pour une grande partie la latitude des États à promouvoir certaines dispositions comme étant d'application immédiate. Les composantes incontournables de l'ordre public successoral comme la prohibition des pactes sur succession future ou la protection réservataire ne peuvent, au regard des dispositions européennes, être qualifiées de loi de police. Partant, au-delà de ne pas être un allier, ce mécanisme peut rapidement s'avérer un ennemi de la notion. En effet, le caractère *in abstracto* des lois de police permet de concourir à ce besoin de prévisibilité et de sécurité juridique promu par le règlement européen. En droit international, c'est l'absence de recours aux lois de police qui permet une sécurité en limitant ce que certains qualifient d'interférence, position qui s'entend. Néanmoins, et nous le verrons, en termes de mécanisme de défense du for, les lois de police de par leur application immédiate, concourent de façon beaucoup plus vigoureuse à la protection d'une certaine conception française que le second mécanisme mis à l'étude dans cette thèse, l'exception d'ordre public international.

⁵⁶⁵ N. NORD, *op. cit.*

⁵⁶⁶ En ce sens : « Selon M. Perreau-Saussine, d'autres règles françaises ont vocation à recevoir la qualification de loi de police, telles les règles relatives à la transmission des sépultures, ou au droit au logement temporaire du conjoint survivant prévues aux articles 763 et suivants du Code civil. », in Rapport du 115^{ème} congrès des Notaires, L'international, 2019, p. 904 - A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018, n° 124, p. 115 et s. Sur la loi applicable aux funérailles : Cass. 1^{ère} civ., 19 sept. 2018, n° 18-20.693 : JCP N n° 41, 12 oct. 2018, 1313, note H. PÉROZ, in C. NOURISSAT, H. PÉROZ, M. DEVISME, I. FARABOLINI, É. FONGARO et J. GASTÉ ; M. REVILLARD, « France - Droit international privé », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, LexisNexis, 23 Janv. 2018 (act. 12 juin 2020), n° 275.

§ 3 - L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

134. L'exception de protection. Le mécanisme de l'exception d'ordre public international recouvre un champ d'application limité (A). Néanmoins, cet outil permet de garantir une défense ciblée de l'ordre public successoral (B).

A - Un champ d'application limité

135. Méthodologie et définitions. L'acception d'ordre public international renvoie nécessairement en première lecture à la notion d'ordre public interne, notion étymologiquement proche. Or, que faut-il tirer de cette apparente relation ? Là aussi, les avis divergent, une partie de la doctrine entend rappeler « *que l'ordre public international ne doit pas être confondu avec l'ordre public de droit interne* »⁵⁶⁷, mais si les deux notions ne sont bien évidemment pas des synonymes, est-il possible d'en faire des analyses hermétiques ? Selon le Professeur Éric Fongaro « *l'ordre public international et l'ordre public interne ne peuvent pas être appréhendés séparément* »⁵⁶⁸, la réponse serait donc négative. Aussi, l'étude du droit international privé nous apprend classiquement que l'ordre public international qui protège les valeurs essentielles de la France est le « *noyau dur* »⁵⁶⁹ de l'ordre public interne ; leurs destinées apparaissent dès lors intimement liées. Pour déterminer les liens entre l'ordre public interne et l'ordre public international, il faut se concentrer sur l'expression de la défense de ce dernier : le mécanisme de l'exception.

Contrairement aux lois de police qui font fi de la méthode conflictuelle, l'exception d'ordre public international est un pur produit de cette méthode. Selon le Professeur Fongaro, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international nécessite un raisonnement en trois temps : une phase d'examen de la loi étrangère ainsi que de la situation litigieuse, une phase de confrontation du résultat de l'application de la loi étrangère avec les règles d'ordre public et, enfin, une phase de décision dans laquelle il convient d'écarter, ou non, la loi étrangère comme étant contraire aux

⁵⁶⁷ « Il est ici primordial de rappeler que l'ordre public international ne doit pas être confondu avec l'ordre public de droit interne. En droit interne, l'expression 'règles d'ordre public' vise des règles d'application impérative, auxquelles les parties ne peuvent pas se soustraire conventionnellement », in Rapport du 115^{ème} congrès des Notaires, L'international, 2019, p. 925.

⁵⁶⁸ Sur ce sujet on peut notamment relever l'intervention du Professeur Éric FONGARO lors d'un colloque sur l'internationalisation de l'ordre public (Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO), mais également S. POTENTIER-RIOS, *Les frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille*, thèse, Paris-Est, 2020, p. 479.

⁵⁶⁹ « L'ordre public international constitue le « noyau dur » de l'ordre public interne et empêche l'application d'une loi étrangère si celle-ci contraire des valeurs qu'un pays estime devoir particulièrement protéger. », B. SAVOURÉ, « Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire de droit français », JCP N n° 22, 29 mai 2015, doss. 1178.

dispositions impératives du for⁵⁷⁰. Ce n'est donc qu'après que la règle de conflit ait déterminé le droit substantiel applicable que cet outil va rentrer en jeu, et il ne développera ses effets que si l'application de la loi étrangère désignée conduit à un résultat manifestement incompatible avec les principes essentiels du droit du for. Mais s'ils tendent objectivement vers la même finalité, outre leurs méthodes, en quoi une disposition impérative interne pourra être soulevée au nom de l'exception d'ordre public international et pas selon le régime des lois de police ? Il n'existe pas de réponse précise sur cette interrogation. Certains auteurs évoquent une question de degrés de la disposition à protéger ou de hiérarchie de la politique à défendre, d'autres font un parallèle avec la distinction entre l'ordre public de direction et de protection. Est également avancée une problématique vis-à-vis « *d'une meilleure compatibilité avec les normes coercitives des conventions prônant une coordination des ordres juridiques étatiques* »⁵⁷¹. Néanmoins, l'exception d'ordre public international, comme les lois de police, souffrent d'un manque de détermination de leur contenu. Une même interrogation se pose, comment déterminer quelles sont les dispositions internes assez importantes pour qu'elles méritent que le mécanisme de l'exception se déclenche ? Nous verrons que le caractère *in concreto* de ce mécanisme rend la réponse à cette interrogation encore plus ardue que pour les lois de police.

136. La conception française. La notion d'exception d'ordre public international n'est pas nouvelle et remonte selon certains travaux au moyen âge⁵⁷². Dans sa conception contemporaine, l'exception d'ordre public fait l'objet d'une multitude de définitions doctrinales comme jurisprudentielles. Dans la littérature juridique, c'est la définition fonctionnelle de Lerebours-Pigeonnière qu'il est courant de mettre en avant. Pour l'éminent auteur, la finalité de l'exception d'ordre public « *est notamment de rejeter les lois étrangères contraires aux principes du droit naturel et qui méconnaîtraient les principes de droit public ou privé commun aux nations civilisées* »⁵⁷³. Néanmoins, c'est

⁵⁷⁰ Sur ce canevas intellectuel : É. FONGARO, « Le règlement 'successions' et l'ordre public international », *Dr. & patr.* n° 236, 1^{er} mai 2014.

⁵⁷¹ Not. sur ce sujet : « *Selon la doctrine dominante, l'exception d'ordre public international et les lois de police sont opposées quant à leurs cas et leur mode d'intervention, mais aussi leurs régimes juridiques qui sont souvent antagonistes. L'exception d'ordre public international, certes destinée à mettre une loi étrangère à l'écart se caractérise par une certaine souplesse, alors que les lois de police sont plutôt marquées par la rigidité* », N. NORD, *Ordre public et loi de police en droit international privé*, thèse, Strasbourg, 2003, n° 17, p. 11. Également sur le sujet : B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, vol. 79, Dalloz, 2009, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses - S. POILLOT PERUZZETTO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 16^e année, 2002-2004. 2005., pp. 65-116.

⁵⁷² P. LAGARDE, « Ordre public », in *Répertoire de droit international*, Dalloz, déc. 1998 (act. mai. 2020), n° 2. Également sur l'évolution de la notion historique de l'ordre public international on peut relever les propos du Professeur Hélène PEROZ lors de son intervention sur la variabilité de l'ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de cassation « *l'ordre public international n'est pas une notion récente, dans les théories des statuts on différenciait les odieux des favorables. Les odieux sont les ancêtres de l'ordre public international* » (colloque, L'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

⁵⁷³ P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Droit international privé* : Paris, Dalloz, 8^e éd., 1962, p. 461, n° 379.

principalement la jurisprudence de la Cour de cassation qui a donné une véritable acception à l'exception d'ordre public international. Nous retiendrons la conception issue du célèbre arrêt *Lautour*⁵⁷⁴ au terme duquel les hauts magistrats estimaient que l'ordre public international était l'ensemble des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ». Beaucoup de reproches ont été faits à cette définition, notamment sur son caractère restrictif⁵⁷⁵. C'est en effet une conception qui nécessite un raisonnement à double détente : le premier consiste à déterminer quels sont les principes de justice universelle, puis une fois fait, à déterminer ceux qui, dans l'ordre français, sont doués de valeur internationale absolue. Certains auteurs ont analysé ce que pouvait recouvrir cette conception de l'ordre public international français comme étant « *les principes consubstantiels au droit français, ceux qui en sont le fondement, qui le caractérisent ou encore qui en déterminent le fonctionnement* »⁵⁷⁶. Peut-être consciente d'avoir fait émerger une acception assez insaisissable, la Cour de cassation dans un arrêt du 8 juillet 2010 présente l'ordre public international avec de nouveaux qualificatifs sans pour autant renier sa jurisprudence *Lautour*. Ainsi, aux termes de cet arrêt, la loi étrangère devrait être rejetée si elle est contraire « *aux principes essentiels du droit français* »⁵⁷⁷. Là encore, la définition de ces principes n'est pas nécessairement évidente. Le rapport susmentionné consacré à l'ordre public en donne une définition comme étant les « *exigences impératives du droit interne, qu'il convient aussi de sauvegarder à l'international* »⁵⁷⁸.

La définition fonctionnelle de l'ordre public international général est donc principalement posée par la jurisprudence⁵⁷⁹ et est précisée par les différents textes supranationaux qui comprennent communément une clause relative à cet ordre public et notamment au mécanisme de son exception. Comment extraire pratiquement un contenu de cette définition fonctionnelle ? Une partie de la doctrine schématise le contenu de l'ordre public autour de trois cercles concentriques⁵⁸⁰.

⁵⁷⁴ Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour* : *Rev. crit. DIP* 1949. 89, note H. BATIFFOL ; *D.* 1948. 357, note P. LEREBOURS-PIGEONNIERE ; *JDI* 1949. 38 ; *S.* 1949. 1. 21, note J.-P. NIBOYET.

⁵⁷⁵ « On avait reproché à cette formule, qui n'est pas reprise dans les arrêts de la dernière période, de limiter à l'excès le domaine d'intervention de l'ordre public », H. BATIFFOL, *op. cit.*

⁵⁷⁶ « Dans une seconde approche, la notion pourrait alors évoquer plus largement des valeurs qui, même non fondamentales au sens précédent, façonnent néanmoins l'ordre juridique français. On rejoint alors l'une des acceptions d'ailleurs parfois données au terme 'fondamental', à savoir qu'un principe l'est 'en raison d'une fonction d'identité et de cohérence d'un système juridique. Seraient alors essentiels les principes consubstantiels au droit français, ceux qui en sont le fondement, qui le caractérisent ou encore qui en déterminent le fonctionnement' », in D. BUREAU, H. MUIR WATT, et P. HAMMJE, « I. - Conflits de juridictions », *Revue critique de droit international privé*, vol. 4, n° 4, 2010, pp. 740-768 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français », *D.* 1995. *Chron.* 323, spéc. p. 325.

⁵⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, n° 08-21.740. : *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER.

⁵⁷⁸ « Chapitre 3. Consécration jurisprudentielle des principes essentiels du droit français » in Rapport annuel 2013 : l'ordre public, Paris : La documentation française, 2014, p.199. Également sur le sujet : S. TORRICELLI-CHIRIFI, « Ordre public international : le 'dépeçage' de la réserve héréditaire », *RLDC* n° 153, 1^{er} nov. 2017.

⁵⁷⁹ Intervention du Professeur Sara GODECHOT-PATRIS sur la virtualité de l'ordre public international (colloque, L'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

⁵⁸⁰ Intervention du Professeur Éric FONGARO (colloque, L'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

Le premier cercle réunirait ce que la jurisprudence *Lautour* qualifiait de principe de justice universelle, principe qu'il conviendrait d'assimiler aux droits naturels, aux droits de l'homme et aux droits issus de la convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le second cercle comprendrait les fondements politiques et sociaux de la civilisation française comme la laïcité. Enfin, le troisième et dernier cercle, mais également le plus conceptuel, serait celui visant à la défense de la politique législative du *for*. Une fonction claire, un contenu déterminable, tels sont les éléments qui permettraient de déterminer les manifestations de l'exception d'ordre public international, notamment en droit successoral. Or, un point fondamental reste à soulever, le domaine si particulier de l'exception d'ordre public international ne rend-il pas totalement stérile la recherche d'une définition stable et *in abstracto* de l'ordre public international notamment en droit successoral⁵⁸¹ ?

137. L'appréciation *in concreto* de l'exception d'ordre public international. Nous l'avons vu, le mécanisme d'ordre public international repose principalement sur une notion d'éviction. En l'espèce, l'éviction sera celle de la loi étrangère, si son résultat apprécié relativement aux faits s'avère inadmissible. Le caractère inadmissible de cette atteinte ne peut se déterminer que de façon concrète⁵⁸² comme le rappelle la Cour de cassation : « *une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la (...) 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* »⁵⁸³. Après avoir apprécié le fond du droit substantiel et avoir considéré son application au cas d'espèce comme contraire aux principes essentiels du droit français, c'est selon toute vraisemblance la législation de fond du *for* qui va venir s'appliquer. On est ici face à un double mécanisme d'éviction et de substitution. L'éviction de la loi étrangère n'est en principe pas total, seule sera évincée la disposition de l'ordre juridique étranger qui sera considérée comme en

⁵⁸¹ En ce sens : Le Professeur Éric FONGARO exprimait que « *l'ordre public international est par essence une notion mouvante, dont la délimitation paraît impossible. D'une part parce qu'il réside un doute sur certaines dispositions et de l'autre parce que son contenu est mouvant avec le temps* » (colloque, L'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO). Également sur cette interrogation le Professeur Sara GODECHOT-PATRIS évoquait « *qu'il n'est pas pertinent de dresser une liste des éléments composants l'ordre public international parce qu'essayer de faire une photographie à un instant T serait immédiatement périmée* ». En effet, selon elle, « *le relativisme de l'ordre public international fait échec à la détermination d'un périmètre fixe*, in « *L'ordre public international en droit patrimonial de la famille* », (colloque, L'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

⁵⁸² Not. en ce sens : « *sa confrontation (l'ordre public international) aux faits qui révèlent ses composantes et ses exigences* », in M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, Paris, P.U.F., Les grandes thèses du droit français, 1^{ère} éd., 2001.

⁵⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 : JurisData n° 2017-018703 ; JCP N 2017, n° 40, act. 850, obs. É. FONGARO ; Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 : JurisData n° 2017-018698. Également sur le sujet : « *la seconde branche de l'alternative impose une appréciation in concreto. Aussi bien, pour être significative et légitimée l'exception évinçant la loi désignée, il faut que la perturbation redoutée soit suffisamment marquée tant dans son rapport avec la justice matérielle promue par l'ordre du for que dans son rapport spatio-temporel avec le tissu des relations privées constitutif de l'ordre du for* », Rev. crit. DIP, 2018, p. 87. note B. ANCEL.

opposition avec les valeurs du *for*. Partant, on comprend assez aisément, que contrairement aux mécanismes des lois d'application immédiate, le domaine de l'exception d'ordre public international s'apprécie au cas par cas, contentieux par contentieux⁵⁸⁴. Il a notamment été précisé que l'exception d'ordre public international revêtait un caractère de plus en plus individualiste, en ce sens qu'il n'est plus question de protéger un idéal ou une politique importante, mais de protéger un individu dans une situation particulière⁵⁸⁵. Ce mécanisme de défense est directement lié aux contentieux. Cependant, aucun contentieux n'est le même : parties, juridictions, éléments d'extranéité en jeu, arguments avancés par les conseils, *etc.* Il ne peut donc y avoir de constante dans le mécanisme de l'ordre public international, c'est notamment pour cela qu'il est qualifié d'ordre public virtuel. Le caractère virtuel de l'ordre public international induit directement d'autres caractères comme le principe d'actualité ou de proximité de l'ordre public international. Cet affinement méthodologique fait appel à une certaine proportionnalité qui participe à renforcer le caractère individualiste des solutions⁵⁸⁶.

138. L'actualité de l'exception d'ordre public international. Le principe de l'actualité de l'ordre public - ou comme certains l'appelle la relativité temporelle du contenu de l'ordre public international - oblige le magistrat à apprécier au jour où il statue la conformité de la norme étrangère sans considération de l'ordre public international au jour où la situation a été créée. Ce mécanisme va lier la décision du juge qui devra prendre en compte l'évolution du contenu de l'ordre juridique. L'actualité de l'exception d'ordre public déroge un peu plus avec l'application *in abstracto* des lois d'application immédiate et entraîne nécessairement une spécialisation encore plus grande de ce mécanisme de défense. En effet, quand on sait avec quelle rapidité les ordres juridiques peuvent modifier leur législation, et notamment le droit civil, il n'est pas nécessairement exagéré de dire que chaque décision est potentiellement unique. En effet, une décision usant de ce mécanisme ne reflèterait qu'une certaine conception d'une matière à un instant T, conception qui ne correspondra plus à la question litigieuse pourtant berceau du contentieux. Il est nécessaire de se demander, à l'aune de ce principe d'actualité, quelle est la portée d'une telle décision. Faut-il vraiment en tenir compte ou est-elle tout simplement automatiquement périmée ? Le contenu de l'ordre public international et le principe d'actualité font émerger une analyse double du mécanisme de défense

⁵⁸⁴ Sur ce sujet : G. DEBERNARDI, *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, thèse, Côte d'Azur, 31 mai 2017, (dir. M.-M. SALVADORI et L.-C. HENRY), p. 128.

⁵⁸⁵ S. POTENTIER-RIOS, *Les frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille*, thèse, Paris-Est, 2020 (dir. S. GODECHOT-PATRIS), p. 71 et p. 328.

⁵⁸⁶ Pour analyse de ce phénomène précis : Cass. Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, pourvois n° 16-17.198 et 16-13.151, 2017, p. 2185, note J. GUILLAUME. Analyse reprise par K. BIHANNIC, « L'exception d'ordre public à la croisée des chemins Digressions méthodologiques au départ de l'arrêt du 27 septembre 2017, n° 16-19.654. », *RDLF* 2018, chron. n° 6, n° 21.

qu'est l'ordre public. En effet, si le contenu des politiques législatives du *for*⁵⁸⁷ peut varier rapidement, les principes de justice universelle eux, seront par essence plus constants. Ainsi, le principe d'actualité de l'ordre public offre deux courants de jurisprudence, ceux prenant appui sur les principes fondamentaux stables et des décisions plus précaires reposant sur une émanation de politique interne. À une appréciation *in concreto*, et au principe d'actualité, vient s'ajouter une troisième strate de réflexion, la question spatiale.

139. Un ordre public atténué, un ordre public de proximité. L'intensité de la norme à protéger n'est pas le seul biais de raisonnement quand on évoque le mécanisme de l'exception d'ordre public international, la question temporelle et territoriale a tout autant, si ce n'est plus d'importance. Comme le précise très justement Kevin Bihannic « *l'effet plein, l'effet atténué et l'ordre public de proximité ne sont que les différentes facettes d'un même mécanisme ayant en charge de déterminer le seuil de tolérance de l'ordre juridique du for aux valeurs et principes étrangers* »⁵⁸⁸. Reste à déterminer comment cette tolérance se matérialise. Premièrement, se pose la question du déclenchement de l'exception d'ordre public international lorsqu'il s'agit de reconnaître des droits acquis à l'étranger sur le territoire français. C'est la jurisprudence *Rivière*⁵⁸⁹ qui pose une réponse de principe pour faire face à cette problématique, celle de l'ordre public atténué en opposition à un ordre public plein. Cette théorie admet un tempérament dans le mécanisme défensif de l'ordre public en fonction du lieu et du moment où est née la situation de fait ayant donné naissance au contentieux. Ainsi, une situation acquise sans fraude à l'étranger aura moins, voire pas de chance, de se voir opposer une exception d'ordre public. Cet effet atténué de l'ordre public est notamment justifié sur des considérations temporelles et spatiales⁵⁹⁰. On estime, qu'une situation déjà acquise dans un autre pays et qui nécessite uniquement une reconnaissance heurte potentiellement moins l'ordre public du *for* qui l'accueille. A pu notamment être acceptée la reconnaissance d'un mariage polygamique⁵⁹¹. Concernant les mariages célébrés à l'étranger, la notion d'ordre public est atténuée⁵⁹².

⁵⁸⁷ Politiques qui font écho au troisième cercle de l'ordre public international successoral théorisé par le Professeur FONGARO, v. *supra*, n° 136.

⁵⁸⁸ K. BIHANNIC, *op. cit.*, n° 22.

⁵⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1953, *Rivière* : *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412 et s., note H. BATIFFOL, (« la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger »).

⁵⁹⁰ On distingue classiquement depuis la jurisprudence *Rivière*, l'ordre public plein et l'ordre public atténué. Pour baser cette réflexion, il est commun de se placer sur deux critères : le spatial (la situation est-elle créée à l'étranger ou en France ?), de proximité (quels sont les liens avec le for). Le Professeur PÉROZ ajoute à ces deux critères, un troisième qui est celui de la réserve. Selon son analyse, on retrouve ce critère quand la confrontation à une conception conditionnelle de l'ordre public international, quand « un minimum est exigé pour ne pas déclencher l'ordre public », *op. cit.*

⁵⁹¹ En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 3 janv. 1980, n° 78-13.762, *Beneddouch* : obs. in Rapport du 115^{ème} congrès des Notaires, L'international, 2019, p. 144 : « Ainsi la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu le 3 janvier 1980, jugé que l'ordre public international ne fait pas obstacle à l'acquisition des droits en France sur le fondement d'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger, alors que ce mariage étant interdit en France ».

⁵⁹² Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 1958 et 19 févr. 1963, *Chemouni*.

Deuxièmement, à cette distinction entre ordre public plein et atténué vient s'ajouter une autre réflexion liée à l'éloignement géographique qui est celle de la proximité avec le *for*. Cette appréciation vient apporter un correctif supplémentaire à l'atténuation de l'ordre public. Ainsi, le critère spatial sus-évoqué doit faire l'objet d'une étude quasi autonome pour déterminer quels sont les liens existants entre le *for* et la situation litigieuse : lieu de réalisation du dommage, nationalité et résidence habituelle des parties, *etc.* ; grâce notamment à la technique des points de contact⁵⁹³. Plus le lien sera fort avec la France plus la réponse sera exigeante peu important que la situation soit créée ou non en France⁵⁹⁴. On comprend l'idéologie derrière cet ajout d'une notion de proximité mais elle rend perplexe, car elle fait émerger l'idée que les notions fondamentales du *for* sont à « géométrie variable ».

In concreto, proportionnel, actuel, individuel, plein, atténué, proche, la défense d'une certaine conception du *for* par le biais négatif de l'exception d'ordre public international révèle une complexité méthodologique qui constitue presque un empêchement dirimant à l'étude de la manifestation précise de la notion. Nous avons vu que l'ordre public successoral ne trouve que peu, voire pas d'écho dans le mécanisme des lois d'application immédiate, *quid* au travers de l'exception d'ordre public international ?

B - Une défense ciblée de l'ordre public successoral

140. L'exception d'ordre public international en matière de succession. L'analyse de la manifestation de l'ordre public successoral interne sous le prisme de l'exception d'ordre public international apparaît comme une étude presque vaine au regard de sa nature. Cependant c'est une analyse nécessaire pour comprendre l'expression des limites de la volonté du *de cuius* dans le cadre d'une succession internationale. Partant, par quel prisme cette réception doit être analysée ? Même s'il est vrai que l'on ne peut pas agir par simple transposition, l'ordre public interne n'étant pas l'ordre public international⁵⁹⁵, l'analyse classique d'une telle réception oblige à s'appuyer sur la notion interne de l'ordre public successoral.

⁵⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 : RLDC n°153, 1^{er} nov. 2017, note S. TORRICELLI-CHIRIFI : « L'ordre public de proximité, un espoir ? - L'appréciation *in concreto* se poursuit par l'utilisation de la méthode des points de contact. Dans l'arrêt Colombier, il est fait référence au fait que le défunt 'résidait depuis presque trente ans en Californie, où sont nés ses trois enfants, et que tout son patrimoine immobilier et une grande partie de son patrimoine mobilier sont situés aux États-Unis'. Quant à l'arrêt Jarre, il relève que 'le dernier domicile du défunt est situé dans l'État de Californie, que ses unions, à compter de 1965, ont été contractées aux États-Unis, où son installation était ancienne et durable'. L'utilisation d'un tel faisceau d'indices laisse penser que la réserve héréditaire relèverait plutôt d'un ordre public de proximité, tel que préconisé par certains auteurs' ».

⁵⁹⁴ « L'ordre public de proximité est l'ordre public qui joue avec une vigueur proportionnelle avec les liens du *for* », (intervention de Éric Fongaro, colloque sur l'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

⁵⁹⁵ S. TORRICELLI-CHIRIFI, *op. cit.*

Avant toute chose il est important de préciser que les deux notions ne reposent pas sur les mêmes fonctions : si l'ordre public interne vise la protection contre les volontés individuelles et la liberté contractuelle, l'ordre public international a trait à la lutte contre l'application d'un droit étranger contraire aux principes fondamentaux de notre ordre juridique⁵⁹⁶. Ainsi, si les deux fonctions sont différentes on comprend que le lien à analyser se concentre sur les principes internes qui peuvent être consacrés comme des principes fondamentaux de notre ordre juridique.

D'ordinaire, le principe de souveraineté commande que chaque nation dispose de toute latitude pour déterminer les contours de son ordre public international. Néanmoins, continuer à soutenir l'autonomie de la notion dans une telle démarcation est lui donner trop de pouvoirs. En effet, même si cela peut influencer, on assiste majoritairement à un ordre public international dirigé voir formaté par le droit européen. En matière de succession et de transmission c'est toujours le règlement succession qui vient nous donner les clés de compréhension du mécanisme de défense.

On retrouve le mécanisme de l'exception d'ordre public international aux articles 35 et 40 du règlement européen. Premièrement l'article 40 présente l'ordre public international comme un motif de non reconnaissance des décisions étrangères, en prévoyant qu'une décision ne sera pas reconnue « *si sa reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre dans lequel sa reconnaissance est demandée* »⁵⁹⁷. Deuxièmement, l'article 35 intitulé sobrement « *ordre public* » prévoit une « *souape de sécurité* »⁵⁹⁸ : « *L'application d'une disposition de la loi d'un état désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* ». Reste à déterminer ce qui est incompatible avec l'ordre public successoral du *for*. Pour aider à la cause, plusieurs considérants permettent d'affiner l'analyse, notamment les considérants 50, 54 et 58. Plus particulièrement le considérant numéro 58⁵⁹⁹ précise qu'il serait possible d'écarter une disposition étrangère notamment lorsque son application serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné, dans un cas précis. La rédaction de ce considérant ne laisse que peu de place à la libre appréciation et apparaît dès lors assez restrictive en poussant l'analyse *in concreto* à son paroxysme. Cette définition reflète une volonté de contrôle sur la marge d'appréciation

⁵⁹⁶ En ce sens : M. AZAVANT, « Successions internationales - L'ordre public successoral », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2013, doss. 38.

⁵⁹⁷ Règl. 650/2012, art. 40.

⁵⁹⁸ C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, n° 463, pp. 392-394.

⁵⁹⁹ Règl. 650/2012, Consd. 58 : « *Dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des États membres chargées du règlement des successions la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné. Néanmoins, les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre État membre ou refuser de reconnaître ou, le cas échéant, d'accepter, ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou une transaction judiciaire d'un autre État membre, lorsque ce refus serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination* ».

des États dans la détermination du contenu de leur ordre public international. À cette lecture on comprend qu'il n'existerait pas, *a priori*, de source interne *in abstracto* d'ordre public international⁶⁰⁰.

Partant, comment peut être réceptionnée la réflexion d'un contenu en cercles concentriques ? Quelles seraient les composantes de l'ordre public successoral interne qui rentreraient dans ce contenu ? À l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation, on ne peut que constater le faible nombre d'arrêts portant sur le caractère d'ordre public international de l'ordre public successoral interne. Il faut soulever, d'une part, que le peu de recul sur le règlement européen combiné à une lenteur patente des procédures contentieuses est un facteur déterminant de ce quasi désert prétorien. D'autre part, le règlement assurant une convergence certaine entre le *for* et le *jus*, en ce qu'il réalise une unité entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable, réduit considérablement le jeu de l'exception de l'ordre public entre états membres.

Ainsi, se reposant sur les éléments que nous avons en notre possession il est aisé de déterminer deux strates de contenus de l'ordre public international successoral. La première strate est relative aux principes fondamentaux tirés des conventions internationales. De ces principes universels, la Cour de cassation nous offre certains axes de réflexions. Notamment mis en lumière et recensés par le rapport sur l'ordre public⁶⁰¹, ont pu être consacrés comme d'ordre public international les principes d'égalité des époux⁶⁰² et des parents⁶⁰³, du droit de la filiation,⁶⁰⁴ d'un ordre public alimentaire⁶⁰⁵ et de l'indisponibilité de l'état des personnes⁶⁰⁶.

En droit des successions et des libéralités on retrouve principalement deux axes de protection que sont le principe d'égalité et de non-discrimination, liés à la race, au sexe ou la religion qui irriguent la jurisprudence. On dénombre un certain nombre de décisions antérieures à l'application du règlement, mais qui, au regard des valeurs protégées restent aujourd'hui applicables. On pense notamment au célèbre arrêt *Mazurek*⁶⁰⁷ qui a condamné la France pour l'amputation de la part successorale de l'enfant adultérin au visa de l'article 14 de la convention EDH et du protocole additionnel n° 1 protecteur du droit de propriété. Ont également pu être considérées comme

⁶⁰⁰ Sur cette analyse d'une rédaction en entonnoir : M. AZAVANT, *op. cit.*

⁶⁰¹ Sur ce sujet : « Illustrations de la conception française de l'ordre public international substantiel », in Rapport annuel 2013 : l'ordre public, Paris : La documentation française, 2014, pp. 130-134.

⁶⁰² Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2004, n° 01-11.549 : Bull. civ. 2004, I, n° 47 ; *Rev. crit. DIP* 2004. 423, note P. HAMMJE ; *JDI* 2004. 1200, note L. GANNAGE ; *LPA* 5 août 2004, p. 13, note H. PÉROZ ; *JCP* 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON ; *Defrénois* 2004. 812, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 3-4 sept. 2004, p. 27, chron. M.-L. NIBOYET ; *Rev. crit. DIP* 2006. 627, note M.-C. NAJM ; *RTD civ.* 2004. 367, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.* 2005. Pan. 1266, obs. P. COURBE et H.CHANTELOUP.

et Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2004, n° 02-11.618 : Bull. civ. 2004, I, n° 48.

⁶⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302 : Bull. civ. 2010, I, n° 218.

⁶⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1993, n° 89-21.997 : Bull. civ. 1993, I, n° 64.

⁶⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 16 juill. 1992, n° 91-11.262 : Bull. civ. 1992, I, n° 229.

⁶⁰⁶ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 : Bull. civ. 1991, ass. plén., n° 4.

⁶⁰⁷ CEDH, 1^{er} févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France* : *D.* 2000, 626, note B. VAREILLE ; *D.* 2000. 332, note J. THIERRY ; *RDSS* 2000. 607, obs. F. MONÉGER ; *RTD civ.* 2000. 311, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 601, obs. J. PATARIN ; *JCP G* 2000, I, 278, obs. R. Le GUIDEDEC ; *Defrénois* 2000, p. 654, obs. J. MASSIP.

contraires à l'ordre public international successoral français : une loi consacrant un privilège d'aînesse⁶⁰⁸, une loi Russe limitant à 10 000 roubles l'émolument successoral et attribuant le surplus à l'État⁶⁰⁹, une loi consacrant « *une incapacité successorale fondée sur la non appartenance à une religion déterminée et directement contraire aux principes de la loi française et notamment à la liberté de conscience* »⁶¹⁰, un legs sous condition de conversion religieuse, sanctionné par une clause d'exhérédation en cas d'inexécution⁶¹¹, une loi inspirée du droit musulman qui excluait les non-musulmans de la succession⁶¹². Ces exemples démontrent que d'une façon générale, toutes lois étrangères qui consacraient un principe de discrimination entre les héritiers devraient être considérées comme purement et simplement contraires à l'ordre public international successoral français. De façon plus générale, toutes dispositions étrangères qui viendraient heurter les droits et les libertés fondamentaux tels que prévus par les conventions internationales qui lient la France, devront être déclarés comme contraires aux principes de justice universelle français. On retrouve ici d'une certaine façon une défense de la fonction d'égalité de l'ordre public successoral.

Mais *quid* de l'ordre public successoral par composantes ? En effet, si les principes de justice universelle font nécessairement corps avec la fonction de l'ordre public successoral interne, qu'en est-il de ses composantes actives que nous avons précédemment évoquées ? Le Professeur Fongaro pose légitimement une interrogation : « *l'ordre public successoral interne français relève-t-il du contenu de l'ordre public international ?* »⁶¹³. Si un consensus se dégage en doctrine sur la place de l'indignité successorale dans l'ordre public international français⁶¹⁴ les autres composantes de l'ordre public successoral français semblent totalement absentes. Nous verrons tout particulièrement que l'évolution de la matière de la transmission, notamment sous l'influence de l'anticipation successorale, a profondément modifié l'acception que nous pouvons avoir de l'ordre public successoral en droit international privé. Les assauts doctrinaux et législatifs sur les composantes de l'ordre public successoral comme nous l'avons vu n'ont pas épargné la conception que l'on pouvait se faire de cette notion hors de son cadre national déjà fragilisé. Partant, la réception des

⁶⁰⁸ T. civ. Blois, 30 nov. 1925.

⁶⁰⁹ T. civ. Seine, 18 févr. 1932, *JDI* 1932, p. 444, concl. PICARD - CA. Paris, 16 mars 1934 : *Gaz. T.* 1934. 1. 256 ; *JDI* 1934. 1207.

⁶¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1964 : *Bull. civ. I*, n° 505.

⁶¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2012, n° 10-17.365 : *RTD civ.* 2013, p. 162, M. GRIMALDI ; *AJ fam.* 2013. 59, obs. A. BOICHE ; *Dr. & Patr.* 2013, p. 81, M.-E. ANCEL ; *D.* 2013 p. 880, M.-C. MEYZEAUD-GARAUD ; *L'essentiel du droit de la famille et des personnes*, janv. 2013. 11, N. PETRONI-MAUDIERE ; *JCP N* 2013, p. 31, A. DEVERS.

⁶¹² En ce sens : A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions – commentaire du règlement du 4 juillet 2012*, 2016, *Bruyant*, art. 35, p. 534, n° 17 - F. BOULANGER, *Droit international des successions, Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, 2004, p. 136, n° 120.

⁶¹³ « *C'est alors que se pose la question de la place – dans ou hors l'ordre public international – de l'ordre public successoral français* », É. FONGARO, « Le règlement 'successions' et l'ordre public international », *Dr. & patr.* n° 236, 1^{er} mai 2014.

⁶¹⁴ En effet, cette règle, reprise par de nombreux états européens aurait vocation à rayonner à l'international. En ce sens : M. AZAVANT : « *Pourtant, il est une règle, presque de droit naturel que l'on retrouve dans la quasi-totalité des droits successoraux nationaux* », *op. cit.*

composantes classiques de l'ordre successoral dans le cadre d'une succession transnationale, font figure, comme pour les lois d'application immédiates, de grands absents.

Même s'il est vain de se prononcer à un instant T, les composantes classiques de la notion cadre que sont notamment les substitutions *fidéicommissaires*, les prohibitions des pactes sur succession future et la réserve héréditaire semblent ne pas concourir à la conception actuelle de l'ordre public international français. Les substitutions *fidéicommissaires*⁶¹⁵ et les pactes sur succession future⁶¹⁶ n'ont, de par leurs spécificités internes et le contexte de promulgation de l'anticipation successorale, que peu de chance de se voir reconnaître un statut d'ordre public international sauf pacte manifestement prohibé pour des raisons touchant aux droits fondamentaux. Quant à la réserve héréditaire, à la suite d'un véritable combat doctrinal, la jurisprudence de la Cour de cassation a tranché par deux arrêts que : « *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* »⁶¹⁷. Néanmoins, les récents débats politiques et législatifs français semblent vouloir revenir sur la place de la réserve héréditaire dans le cadre d'une succession transfrontalière avec la résurgence du droit de prélèvement compensatoire. Preuve supplémentaire de l'instabilité du périmètre de ces différentes notions sur le plan international.

Ainsi, l'exception d'ordre public international, comme mécanisme de défense de notre conception de l'ordre public interne ne permet que de défendre une certaine conception de la fonction, qui se rapproche des droits fondamentaux au détriment de la notion cadre française de l'ordre public successoral.

⁶¹⁵ Notamment sur ce sujet : É. FONGARO et H. PEROZ, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2017, LexisNexis, coll. Pratique Notariale - J. GUILLAUMÉ, « Ordre public international – Notion d'ordre public international », *J.-Cl. Civil Code*, 2 mai 2018, art. 3 - É. FONGARO, *op. cit.* - M. AZAVANT, *op. cit.*

⁶¹⁶ En ce sens : CA Aix-en-Provence, 16 oct. 2003 : *Rev. crit. DIP* 2004, p. 589, note P. LAGARDE. Également sur le sujet : A. BONOMI, « Les pactes successoraux à l'épreuve du règlement européen sur les successions », *Dr. & patr.* n° 246, 1^{er} avr. 2015 - É. FONGARO, « *la prohibition des pactes successoraux ne relèverait plus de l'ordre public international (43), ce qui devrait faciliter, grâce aux règles de conflits de lois du règlement « Successions », la planification des successions internationales* » (« L'anticipation successorale à l'épreuve du 'règlement succession' », *JDI*, n° 2, avril. 2014, doct. 5). Pour une vision plus nuancée : M. AZAVANT : « *Dès lors, il n'est pas exclu qu'une juridiction française puisse retenir la nullité d'un pacte attributif de succession au nom de l'ordre public successoral international français portant par exemple sur des biens situés en France et conclut par un Français domicilié en Suisse (puisque l'article 25, paragraphe 1, permet au de cujus de choisir la loi du lieu de sa résidence principale au jour de la conclusion du pacte)* », *op. cit.*

⁶¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 Jarre et n° 16-13.151, *Colombier* : *JCP N* 2017, act. 850 et *JCP N* 2017, p. 1305, É. FONGARO ; *JCP N* 2018, n° 27, 1239, note C. DENEUVILLE et S. GODECHOT-PATRIS ; *JDI* 2018, comm. 3, p. 113, E. BENDELAC ; *JCP G* 2017, 1236, C. NOURISSAT et M. REVILLARD ; *D.* 2017 p. 2185, J. GUILLAUMÉ ; *AJ famille* 2017, 595, A. BOICHÉ ; *ibid.*, p. 598, obs. P. LAGARDE ; *D.* 2017, p. 2310, H. FULCHIRON ; *RJPF* 2017, p. 44, note S. GODECHOT-PATRIS et S. POTENTIER ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 87, note B. ANCEL ; *Dr. fam.* 2018, étude 13, n° 5, note D. VINCENT ; *RTD civ.* 2017, p. 833, obs. L. USUNIER ; *ibid.* 2018, p. 189, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. fam.* 2017, comm. 230, obs. M. NICOD ; *Defrénois* 2017, p. 1, obs. M. GRIMALDI ; *ibid.*, p. 26, obs. M. GORÉ ; *ibid.*, p. 40, obs. C. NOURISSAT ; *Gaz. Pal.*, 28 nov. 2017, n° 41, p. 49, obs. Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; *ibid.*, p. 70, obs. G. DUMONT ; *RLDC* 2016-11, p. 30, obs. S. TORRICELLI-CHIRIF.

Néanmoins cette appréciation de l'ordre public successoral international se trouve réorganisé avec la récente modification de l'article 913 du Code civil⁶¹⁸.

⁶¹⁸ Pour un développement sur le nouveau droit de prélèvement compensatoire : v. *infra*, n° 364.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

141. Conclusion. Second pilier de la dyarchie sur lequel repose le droit de la transmission, l'étude de la nature de l'ordre public successoral diffère dans sa fonction de l'étude précédente portant sur l'anticipation successorale. En effet, s'il a fallu étudier avec précision les manifestations de l'anticipation successorale pour *in fine* en révéler son caractère de notion juridique autonome, l'existence juridique d'un ordre public successoral, peu important sa caractérisation, n'était que peu contestée. La question de fond était ici de déterminer à quoi correspond la notion juridique de l'ordre public successoral, question, qui elle, fait débat. Là encore, l'un des premiers écueils vient, d'une absence de définition unitaire. Fonctionnelle ou par composantes, l'acception que nous nous faisons de l'ordre public comme pilier des limites à la volonté du *de cuius* varie d'un auteur à l'autre, variation qui va avoir une incidence directe sur sa véritable conception. Pour pallier ces divergences nous proposerons de définir l'ordre public successoral comme une notion cadre regroupant l'ensemble des règles visant à contraindre directement ou indirectement la volonté anticipative du *de cuius*, qu'elle soit unilatérale ou concertée, tout en respectant les objectifs sociaux, économiques et politiques français.

Partant, cette acception, aux frontières de la définition fonctionnelle et par composantes, permettrait de donner un cadre et une fonction claire à la notion de l'ordre public successoral. Nous avons débuté cette étude de la notion en affirmant que la nature de l'ordre public était changeante, en confirmant cela par l'exposé de ses mutations. Mais, il faut tempérer cette affirmation. En effet, après avoir étudié les racines de la notion on s'aperçoit que si les modalités d'application ont nécessairement évolué avec le temps et les époques, la fonction intrinsèque consistant à manifester une limite au pouvoir du *de cuius*, pour répondre à un idéal sociétaire, est assez constante jusqu'au début du XXI^{ème} siècle. Les manifestations positives de cet ordre public successoral que sont - entre autres - certaines prohibitions et l'institution de la réserve héréditaire ont certes muté. Cette mutation s'est concrétisée en droit interne pour faire face à une volonté de plus en plus oppressante et à une internationalisation qui fait la part belle aux valeurs fondamentales. Il n'en demeure pas moins qu'en droit interne la notion cadre de l'ordre public successoral, par des composantes variées et impératives résiste et continue d'assurer un véritable contre-pouvoir à la volonté du *de cuius*, notamment unilatérale. En droit international privé, le paradigme est différent. En effet, la fonction de l'ordre public successoral n'est pas la même qu'en droit interne. Ce corps de règles se manifeste principalement par les mécanismes de défense de droit international privé que sont les lois d'application immédiate et l'exception d'ordre public, qui de par leur méthodologie et essence ont

notamment pour finalité de défendre une certaine conception de la politique législative française. Il n'est pas possible de retranscrire telles quelles les règles internes en droit international privé sous peine de réduire à néant toute coordination et coopération internationale et européenne. Cependant, la présence de défense formatée rend quasi-impossible toute originalité nationale en matière successorale et réduit à un noyau dur fondamental la conception française de l'ordre public successoral. La récente résurgence du droit de prélèvement, si elle devait être pérenne, redonnerait un certain poids à la conception française de l'ordre public successoral international.

Notion pour certains en déclin, l'ordre public successoral fait preuve d'un regain de vigueur depuis quelques temps, notamment en ce qui concerne l'institution de la réserve héréditaire. Les politiques publiques se souviennent des bienfaits d'une protection réservataire en reconnaissant à la réserve une fonction autre qu'un simple obstacle qu'il convient de préserver, et non de balayer sous la pression libérale et le néo-philanthropisme. Si on ne peut que regretter le chemin pris, il faut se contenter de saluer la reconnaissance de la protection réservataire comme une institution favorisant une certaine forme d'égalité, de solidarité et de rempart contre les discriminations déguisées. L'ordre public successoral, notion protéiforme et vivace se pose comme le second pilier de structuration de la transmission.

CONCLUSION DU TITRE I

142. Conclusion. L'effort de définition et de caractérisation entrepris ne relève pas de la seule orthodoxie juridique mais répond à un besoin de la présente étude. Le droit des successions et des libéralités et plus généralement le droit de la transmission successorale de par leurs caractères protéiformes, pluridisciplinaires voire tentaculaires font appel à un nombre important de données juridiques. C'est ainsi qu'essayer de comprendre l'évolution de la matière mais également son fonctionnement nécessite de lui donner un cadre dans lequel elle peut être analysée. La dyarchie de la transmission que nous théorisons permet un tel exercice. Il convenait dès lors d'analyser avec précision la nature des notions d'anticipation successorale et d'ordre public successoral. Nous avons déterminé que l'anticipation successorale est la mise en place d'un schéma de pensée unilatérale ou concertée ayant pour finalité de modifier les conséquences de sa succession future tant au regard de la dévolution, de la gestion que de la transmission anticipée ou différée, de son patrimoine. Afin de pouvoir se créer et se développer la réflexion anticipative s'assoit de façon cumulative sur la volonté du *de cuius* et sur la prévisibilité de celle-ci. La volonté va ainsi pouvoir s'exprimer en ayant conscience des limites qu'elle ne doit pas franchir constituées par l'ordre public successoral, notion cadre regroupant l'ensemble des règles visant à contraindre directement ou indirectement la volonté anticipative, qu'elle soit unilatérale ou concertée, tout en respectant les objectifs sociaux, économiques et politiques français. C'est notamment de cette connaissance de l'interdit que la mise en place d'un schéma de planification successorale s'avère efficace.

De cette théorie de la dyarchie et de cet effort de caractérisation on se rend compte que les deux notions, les deux piliers, se répondent et forment un grand tout structuré et interdépendant, créant un rapport de force équilibré. Nous qualifierons ce rapport de force fondateur : l'équilibre de la transmission. Cet équilibre, comme point de rencontre entre la volonté et les limites va avoir une fonction structurante pour la matière de la transmission car, va en gouverner tout particulièrement son évolution et sa pratique.

TITRE II

UNE DYARCHIE STRUCTURANTE

« Dans notre société où chacun revendique la légitimité de ses choix quant à sa vie personnelle et où les mœurs s'accommodent de diversité et d'absence de réprobation, toute demande de liberté requiert un recul de l'ordre public au profit d'une autonomie qui se voudrait proche de l'autonomie contractuelle. Le droit successoral est ici aussi confronté à la nouvelle donne de la famille ».

H. MÉAU-LATOUR⁶¹⁹

143. Une dyarchie structurante. La construction d'une matière juridique comme la transmission est nécessairement la conséquence d'une sédimentation centenaire d'un nombre important de réglementations éparses gravitant autour des mêmes considérations. Les deux piliers étudiés, que sont l'anticipation successorale et l'ordre public successoral, organisent et structurent la transmission tant sur un plan théorique que pratique. Le droit de la transmission volontaire - *inter vivos* ou *mortis causa* - s'est bâti sur l'articulation entre d'un côté la volonté du *de cuius* et de l'autre les limites à cette même volonté. C'est ainsi que l'anticipation successorale s'est développée en tenant compte des règles comprises dans l'ordre public successoral et plus généralement des règles coercitives inhérentes à la transmission. Sa pratique en est d'ailleurs irriguée : pactes sur succession future autorisés, mécanismes de contournement, mécanismes dérogatoires sont autant d'outils de planifications nés de la confrontation et de l'interconnexion de ces deux données.

⁶¹⁹ H. MÉAU-LATOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266-14.

144. Une dyarchie en mouvement. Ce mécanisme de balancier entre deux données antinomiques a pour finalité essentielle de poser un cadre stable dans la transmission à titre gratuit. Permettre au *de cuius* d'exprimer sa volonté tout en posant un certain nombre de garde-fous pour la contraindre si celle-ci s'écarterait trop de la conception française de la transmission et de la solidarité intrafamiliale. Or, pour agir comme un contre-pouvoir de la volonté, l'ordre public successoral a besoin d'outils, de composantes⁶²⁰ pour contraindre une trop forte autonomie de l'anticipation et de la planification. Nous avons précédemment analysé dans la caractérisation de la notion d'ordre public successoral qu'il existe de nombreuses composantes permettant de concourir à cette fin.

Depuis un certain temps, la législation civile française - vivier de ces composantes - arpente un chemin sinueux. Traversés par un courant libéral, les sociétés et les régimes juridiques ont eu tendance à adopter des conceptions de plus en plus libertaires tant sur le plan économique et social que juridique. En droit de la famille et du patrimoine, ce libéralisme s'est manifesté par un net recul de la place de l'État et une augmentation importante de l'individualisme. Ce courant néolibéral a inévitablement ressurgi sur l'harmonie de la dyarchie pour *in fine* en bousculer la stabilité. La volonté, composante essentielle de l'anticipation successorale, s'est vue donner une place de plus en plus centrale dans la matière, plaçant les souhaits du *de cuius* comme source quasi-normative, parfois au détriment de l'ordre instauré par les limites.

La promotion de la volonté a été encouragée par un souhait d'adaptation de la réglementation successorale aux nouvelles considérations familiales et patrimoniales. Conscient de l'appétence de la population pour l'autodétermination, le législateur utilisa notamment l'argument de l'anticipation successorale comme point cardinal de la réflexion législative. Cette modernisation des règles juridiques a introduit - à tort ou à raison - de la flexibilité dans l'ordre public successoral, flexibilité dont la pratique s'est emparée pour en ostraciser une partie des règles. Confrontées à ces assauts, les règles de l'ordre public successoral ont dû s'adapter à ces nouveaux enjeux tout en conservant un cadre fixe démontrant l'influence de l'anticipation successorale sur l'ordre public interne (**Chapitre I**). L'influence de l'anticipation successorale, et notamment de l'autonomie de la volonté anticipative, s'est trouvée démultipliée avec le nouveau paradigme de l'internationalisation des personnes et des actifs. Si la réglementation supranationale n'a pas pour finalité de régir matériellement le droit de la transmission, elle est tout de même garante de la protection de l'ordre juridique du *for* en lui permettant de conserver des mécanismes d'éviction et de correction pour des solutions contraires à sa conception juridique. Or, par ses considérations globalisantes, la législation

⁶²⁰ V. *supra*, n° 115.

successorale internationale se fonde majoritairement sur l'anticipation successorale en lui faisant une place majeure en droit international privé (**Chapitre II**).

Chapitre I

L'INFLUENCE DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE SUR L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL INTERNE

145. Un jeu d'influence. S'il est établi que les notions d'anticipation successorale et d'ordre public successoral fondent la matière de la transmission, elles ont également pour fonction d'y apporter un équilibre et une structure. Or, à l'analyse de ces deux notions autonomes, une vitalité à géométrie variable apparaît de façon univoque.

En effet, si l'ordre public successoral est contesté par beaucoup⁶²¹, le mouvement de l'anticipation successorale lui, sans nécessairement porter ce nom, est plus que jamais au centre des préoccupations législatives et doctrinales. Si nous réfutons le constat d'une décrépitude de l'ordre public successoral, il est évident que celui-ci a muté, s'est transformé pour accompagner de nouvelles considérations, de nouvelles données. L'ordre public successoral est donc sous influence, notamment d'une modification des paradigmes sociaux, économiques et politiques. La modification de certains paramètres comme la transformation des familles, l'allongement de l'espérance de vie, l'évolution des patrimoines, pour ne citer que ces données, ont fait naître de nouveaux besoins, de nouveaux objectifs. Ces nouveaux objectifs ont été accaparés par l'anticipation successorale qui a ainsi développé son emprise (**Section 1**). Or, pour atteindre ces nouveaux objectifs, il était nécessaire de donner plus de pouvoir à la réflexion anticipative et à ses manifestations. Pour cela, et fidèle à ce mouvement de balancier, il a nécessairement fallu modifier l'équilibre de la transmission en faisant évoluer les limites. Les outils de planification ainsi utilisés pourront avoir des conséquences frontales avec les règles de l'ordre public successoral. Il conviendra néanmoins de souligner que malgré cette incursion importante de la volonté dans le droit de la transmission, le souci de l'équilibre institutionnel de la matière est toujours au cœur des

⁶²¹ V. *supra*, n° 119 et s.

préoccupations. C'est ainsi que la majeure partie des aménagements se sont faits via des mécanismes anticipatifs faisant concourir l'intégralité des acteurs objets de la protection. Dès lors, afin d'anticiper et de modifier les règles successorales pour répondre à ces nouveaux enjeux, il a nécessairement fallu promouvoir les possibilités de l'anticipation, et par conséquent faire évoluer et réagir les règles de l'ordre public successoral (**Section 2**).

Section 1

L'EMPRISE DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE SUR LA LÉGISLATION

146. Les racines d'une emprise. La promotion de la volonté anticipative et, consubstantiellement son influence dans la dyarchie structurée, s'est d'abord manifestée de par le lien très étroit entre le droit de la transmission et l'évolution de la société. En effet, l'essor du libéralisme dans les différentes strates de la société française a emmené un certain nombre de transformations structurelles importantes, comme l'apparition de nouveaux modèles sociaux de référence (§ 1). L'anticipation successorale s'est emparée de ces nouvelles problématiques pour *in fine* devenir un élément législatif central et opérer un changement de paradigme (§ 2).

§ 1 - L'ESSOR DU LIBÉRALISME

147. L'affranchissement de la volonté humaine. Dérivé du latin *liberalis*, libéral signifie au sens étymologique « *qui convient à un homme libre* »⁶²². De ce mot découle un courant bien connu qu'est le libéralisme⁶²³. Dans une acception large, le libéralisme a pour principe fondamental la liberté de l'individu dans tous les domaines : politique, économique et juridique. Sur le plan purement politique, le mouvement libéral lutte pour que soit reconnue aux hommes la liberté de penser et de s'exprimer, ainsi que la liberté d'agir dans les limites d'une loi aussi peu contraignante que possible. Sur le plan économique⁶²⁴, le libéralisme se fonde sur deux postulats : d'un côté, sur celui qu'il existe des lois économiques nécessaires comme la loi de l'offre et de la demande, et, de l'autre, que la libre concurrence a des bienfaits notamment en rendant l'intérêt de l'individu conforme à l'intérêt général. L'idée sous-jacente est que l'État ne doit pas entraver le libre jeu des

⁶²² Bordas (1970), Libéral, in *Focus Encyclopédie internationale tome III L/Q*.

⁶²³ Pour une étude des auteurs majeurs de ce courant : A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, Broché, 2012.

⁶²⁴ C'est en Grande-Bretagne, premier pays industriel du monde, que s'est développée la doctrine libérale avec les travaux d'Adam Smith, de David Ricardo et des économistes de l'école de Manchester dont certaines analyses ont d'ailleurs fourni un point de départ à la théorie marxiste.

lois économiques, il doit « *laisser faire et laisser passer* »⁶²⁵. Ce mouvement de fond s'est peu à peu répandu au droit avec les mêmes objectifs principaux qui étaient de déréguler⁶²⁶ les grandes réglementations coercitives pour assurer une meilleure autodétermination des sujets de droit dans l'exercice de leurs prérogatives juridiques quotidiennes.

Ce libéralisme juridique⁶²⁷ a particulièrement irrigué ces dernières années le droit de la famille et le droit du patrimoine privé⁶²⁸. Nous l'avons déjà évoqué dans le développement de la notion, l'anticipation successorale est intimement liée à la conjonction de trois facteurs : les limites posées par l'État, la constitution de la famille et le fondement du droit de propriété. Ainsi, l'évolution de ces facteurs, notamment impulsée par ces élans libéraux, a directement eu des répercussions sur la conception de la notion. En droit de la famille tout particulièrement, l'autonomie de la volonté grandissante dans la matière est la résultante de l'évolution juridique et sociale de la cellule familiale. Gaël Hennaf relève très justement que « *la dérégulation et la privatisation des relations par un renvoi à l'autonomie de la volonté entraînent un glissement de la matière vers le domaine de la liberté contractuelle* »⁶²⁹. Ce lien de causalité posé, il est intéressant de déterminer qui est le déclencheur et qui est le déclenché : la libéralisation du droit est-elle la conséquence d'une évolution et d'une transformation des rapports humains ? Ou à l'inverse, les rapports humains se sont-ils libéralisés à l'aune d'une libéralisation du droit ? Force est de souligner que dans un rapport entre le social et le juridique, la question sociale est souvent en amont de la réflexion législative quand celle-ci n'en est pas l'élément déclencheur.

L'analyse développée par Catherine Labrusse-Riou sur l'incidence de la sociologie juridique dans le mécanisme législatif est parlante : « *les lois, sans abandonner leur préoccupation normative qui est le propre de toute règle juridique, ont dû procéder à une adaptation du droit aux faits sociaux (promotion et professionnalisation des femmes, allongement de la vie humaine, besoins accrus d'éducation et de formation de la jeunesse...) et économiques (transformation de la composition des patrimoines privés, extension des salaires comme*

⁶²⁵ Bordas (1970), Libéralisme, in *Focus Encyclopédie internationale* tome III L/Q.

⁶²⁶ En ce sens : « Depuis une dizaine d'années, la tendance, en France, est à l'allègement du « poids » des réglementations juridiques sur le champ économique, en particulier sur les entreprises. Le diagnostic sous-jacent est que le champ économique français subirait une pression juridique (et administrative, s'agissant du droit public) qui freine son inventivité, ralentit ses efforts d'adaptation à un environnement économique international devenu de plus en plus changeant et pénalise l'ensemble du corps social en menaçant l'efficacité de son tissu industriel », D. ALFIER, « Un rapport libéral au droit », *Revue projet*, mars 2008, n° 303.

⁶²⁷ B. BACHOFEN (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit. L'État, la personne, la propriété*, Lyon, ENS Éditions, 2008, p. 241.

⁶²⁸ Sur ce sujet : « Nous ne vivons plus à cette époque-là, mais dans une époque qu'on peut appeler l'âge du libéralisme avancé en droit (international privé) de la famille. Ce libéralisme se fonde sur plusieurs idées. En premier lieu, le droit interne se libéralise, et le droit international privé suit en cela le modèle du droit interne. En deuxième lieu et sans doute plus significativement, le droit international privé a pris un tournant libéral ou néolibéral », P. KINSCH, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLANT, p. 13. Également sur ce sujet B. BEIGNIER, « La réserve héréditaire : évolution ou révolution ? », *JCP N* n° 11, 19 mars 2021, 1136.

⁶²⁹ G. HENAFF, « Liberté ou libéralisme en droit de la famille ? Vers la privatisation des rapports familiaux », *Économie sociale et droit (Tome 2)*, 2006, pp. 110-115.

source principale des revenus, fluctuations monétaires...) »⁶³⁰. La relation causale établie, force est de souligner que l'évolution des rapports humains et familiaux, mais également l'évolution de l'appréhension du patrimoine privé, ont une influence directe sur la réflexion législative et par capillarité sur le droit de la transmission. Nous allons voir comment l'importance de l'évolution du paradigme de la transmission (A) est venue placer au premier plan la notion d'anticipation successorale face à une législation inadaptée (B).

A - L'évolution du paradigme de la transmission

148. Un paradigme mouvant. Le droit de la transmission est intimement lié aux notions de personnes et de patrimoines. Lié, parce qu'il en est souvent la manifestation mais aussi parce qu'il est dépendant de leurs conceptions. Nous allons voir que les évolutions tant des familles que de l'appréhension du patrimoine privé ont une influence certaine sur ce droit (1), mais également que les notions de famille et de patrimoine sont intimement liées (2).

1 - L'évolution de la famille et du patrimoine

149. Une conception évolutive de la famille. Les dernières évolutions sociales, biologiques et médicales ont directement influencé la conception de la famille. L'évolution de cette conception peut notamment s'analyser à l'aune de l'évolution de sa définition. Au sens antique du terme, la famille représentait l'ensemble des personnes (enfants, serviteurs, esclaves, parents) vivant sous le même toit, sous la puissance du *pater familias*⁶³¹. L'étude historique de la coercition de la volonté montrait notamment qu'à Rome la famille romaine dite primitive était conçue comme une monarchie où le chef était le maître incontesté. Plus proche de nos considérations, la famille pouvait être définie en 1970 comme : « *l'ensemble des personnes d'un même sang (mère, père, enfants, neveux, etc.)* »⁶³². Aujourd'hui, la famille peut se définir comme : « *l'ensemble des personnes unies par le sang ou par les alliances et composant un groupe ou un clan familial* »⁶³³. On s'aperçoit d'une évolution conceptuelle de la famille au niveau même de sa définition⁶³⁴. La famille fondée sur la cognation et le lignage a évolué pour englober ce qui rentrera dans le vocabulaire courant comme étant « les liens électifs ». En

⁶³⁰ C. LABRUSSE-RIOU, « Sécurité d'existence et solidarité familiale en droit privé : Étude comparative du droit des pays européens continentaux », RIDC, vol. 38 n° 3, juill.-sept. 1986, pp. 829-865.

⁶³¹ Le Robert (2017), Famille. Antique, in *Le Grand Robert de la langue française*.

⁶³² Bordas (1970), Famille, in *Focus Encyclopédie internationale tome II D/K*.

⁶³³ Le Robert (2017), Famille, in *Le Grand Robert de la langue française*.

⁶³⁴ E. FILIBERTI, « Les familles ne sont plus seulement fondées par le mariage et dissoutes par la mort », LPA n° 92, 7 mai 2004, p. 73.

sociologie, un lien de participation élective s'analyse en opposition avec les liens de filiation. Ce sont les liens que l'on noue avec les proches choisis, des relations liées à la volonté, et non à la fatalité du sang.

Dès lors, il n'est pas faux d'affirmer qu'il n'y a plus aujourd'hui une mais des familles, sa conception uniforme, autrefois seule représentée dans le droit, est devenue obsolète. Il faut en effet prendre en compte les évolutions sociales (démariage, nouveau modèle de famille), biologiques, médicales (allongement de la durée de vie⁶³⁵ et les progrès notamment de la procréation) et juridiques (sous influence internationale : égalité et non-discrimination) de la famille⁶³⁶.

150. Une libéralisation de la construction de la conjugalité. Le mariage entre couple hétérosexuel a été pendant des siècles la seule conception reçue en droit français comme constituant un lien familial électif au sens commun classique du terme, et permettant une prise en compte dans un éventuel schéma de transmission successorale. Le concubinage n'était pas reconnu en tant que tel pour créer de véritables liens familiaux même si une certaine occurrence de ce mode de conjugalité était reprise dans le droit civil⁶³⁷. Il a fallu attendre la loi du 15 novembre 1999⁶³⁸ pour que soit institué un véritable pacte civil de solidarité aux fins notamment de répondre aux évolutions sociales sur le plan de la conjugalité. C'est paradoxalement cette même loi qui donnera une définition du concubinage⁶³⁹. L'histoire de la mise en place du pacte civil de solidarité (ci-après PACS) est jonchée de débats houleux mêlant religion, politique et mauvaise interprétation de la règle de droit. Avec l'adoption du PACS le droit français connaissait alors trois modes de conjugalité distincts : le concubinage, le partenariat civil et le mariage. Ces différents modes de conjugalité ont été chacun régis par leurs propres corps de règles et ont une incidence plus ou moins importante en termes de transmission et de droits successoraux. Après l'institution du PACS, c'est la loi de 2013⁶⁴⁰ qui a fait, de nouveau, véritablement évoluer le droit de la famille avec l'élargissement du mariage aux couples de personnes de même sexe.

Si l'on regarde les chiffres publiés par l'INSEE en 2018, ceux-ci démontrent de façon claire une baisse constante du nombre de mariages sur le territoire national, une augmentation du nombre

⁶³⁵ Sur ce sujet : J.-L. GAGNADRE et H. LÉCUYER, « Transmission anticipée du patrimoine et allongement de la durée de vie », *JCP N* n° 9-10, 1^{er} mars 2013, doss. 1043.

⁶³⁶ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille*, Rapport La documentation française, sept. 1999.

⁶³⁷ Sur les occurrences de l'institution du concubinage dans la législation civile : C. civ., art. 340, 4^o ancien dans sa rédaction issue de la loi n° 72-3, 3 janv. 1972 où le concubinage constituait le quatrième des cinq cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité.

⁶³⁸ La loi n° 99-944 du 15 nov. 1999 (*JO 16 nov. 1999*).

⁶³⁹ C. civ., art. 515-8 : « *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

⁶⁴⁰ La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage civil aux couples de personnes de même sexe.

de PACS⁶⁴¹ et une augmentation constante du nombre de divorces⁶⁴². Le nombre de familles recomposées a également augmenté, donnée qu'il convient de lier à la facilitation de la désunion⁶⁴³.

151. Une libéralisation de la déconstruction de la conjugalité. L'évolution du droit du divorce est également symptomatique de cette évolution sociale de la famille. L'institution du divorce - s'il on peut le qualifier ainsi - est tout aussi importante que l'évolution de la conception du mariage. Pendant longtemps cantonné à l'existence d'une faute, il a fallu attendre les années 1970 et la loi du 11 juillet 1975⁶⁴⁴ pour sortir du seul divorce sanction et prévoir trois causes de divorce : le consentement mutuel, la rupture de la vie commune et la faute. Ce premier élargissement des causes de divorce judiciaire a fait augmenter considérablement leur nombre. Néanmoins, l'évolution la plus importante à notre sens, qui s'inscrit dans ce mouvement de contractualisation et de déjudiciarisation, est arrivée avec la loi du 18 novembre 2016⁶⁴⁵ permettant le divorce par consentement mutuel par acte d'avocat. Cette procédure de divorce totalement déjudiciarisée, sous le contrôle plus ou moins aiguisé du notaire, a entraîné une véritable contractualisation de la désunion. Si les pactes de famille organisant la séparation existaient en pratique depuis de nombreuses années, leur passage devant le juge aux affaires familiales obligeait une certaine orthodoxie dans les concessions réciproques et les règles mises en œuvre.

Or, il est rapidement apparu en pratique que cette volonté de libéralisation du divorce a entraîné consubstantiellement une certaine précarité juridique dans le processus de séparation : dévoiement de certaines institutions comme l'utilisation de la prestation compensatoire pour pallier une mauvaise liquidation du régime matrimonial, absence de protection des époux dans le cas où les négociations échoueraient, liquidation plus ou moins approximative des intérêts patrimoniaux des époux qui entraîne des liquidations contentieuses, *etc.* La dernière réforme importante du divorce a été faite par la loi du 23 mars 2019⁶⁴⁶ réformant en profondeur la procédure en supprimant l'ancienne procédure sur requête de l'article 251 du Code civil et la phase de conciliation obligatoire

⁶⁴¹ « En 2016, 192 000 pactes civils de solidarité (Pacs) ont été conclus, soit 3 000 de plus qu'en 2015. Parmi eux, 7 000 ont été conclus entre des personnes de même sexe. La hausse du nombre de Pacs est continue depuis 2002 à l'exception de l'année 2011, du fait d'une modification de la réglementation fiscale : depuis 2011, les couples qui se marient ou concluent un Pacs n'ont plus la possibilité de signer trois déclarations de revenus différentes l'année de leur union. En 2016, quatre Pacs ont été conclus pour cinq mariages célébrés pour les couples de sexe différent. Pour les couples de même sexe, on dénombre autant de Pacs que de mariages », INSEE référence, févr. 2018.

⁶⁴² « En 2016, 128 000 divorces ont été prononcés, soit 4 400 divorces de plus qu'en 2015. Plus de la moitié des divorces ont été prononcés par consentement mutuel. La baisse quasi continue du nombre de divorces enregistrée depuis le pic de 2005, année qui suit l'adoption de la loi visant à simplifier les procédures de divorce, s'était interrompue en 2015 », *ibid.*

⁶⁴³ Not. sur ce sujet : H. FULCHIRON, « La transmission des biens dans les familles recomposées », *Deffrénois*, 30 juin 1994, n° 12, p. 833.

⁶⁴⁴ « La loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, adoptée à partir d'un avant-projet rédigé par le doyen Carbonnier, a profondément modifié les conditions du divorce. Elle a traduit le souci du législateur de dédramatiser le divorce et de régler définitivement ses conséquences lors de son prononcé » in P. GÉLARD, Rapport n° 252 (2001-2002), 20 février 2002.

⁶⁴⁵ La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

⁶⁴⁶ La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

avant d'assigner au fond en divorce. Cette réforme, qui a pour principale ambition d'accélérer les procédures de divorce contentieux, permet de directement saisir le juge aux affaires familiales au fond pour un divorce, et demander les mesures provisoires sur incident du juge de la mise en état. Si l'esprit de la loi est louable, au regard de la longueur des procédures de divorce judiciaire, elle ne permet pas de pallier les problèmes actuels de la procédure et notamment la question de la liquidation du régime matrimonial.

152. Une libéralisation de la filiation. Dernier élément de libéralisation de la famille après sa construction, sa déconstruction, c'est son extension via les notions de filiation et d'adoption. Depuis les années 1960, la France a connu principalement deux formes d'adoption : plénière et simple. Depuis l'institution du mariage entre personnes de même sexe, l'adoption s'est élargie à tous les couples. L'évolution de la médecine et de la biologie a également transformé les liens de filiations avec la question de la procréation médicalement assistée (PMA) et de la gestation pour autrui (GPA). Deux sujets qui auront d'ici quelques années une influence de plus en plus importante sur la conception de la cellule familiale⁶⁴⁷. Plus récemment, la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption a ouvert aux partenaires de PACS et aux concubins la possibilité d'adopter un enfant ensemble en levant ainsi les obstacles qui, en pratique, rendaient impossible l'adoption, par l'un d'eux, de l'enfant de leur partenaire ou concubin.

De nouvelles conjugalités, de nouvelles libertés, de nouvelles filiations, une modification du cercle des héritiers, telles sont les évolutions importantes qu'a connues la famille. La famille sociologique tend à prendre l'ascendant sur la famille biologique. Cet état de fait est corroboré par les auteurs qui concluent au resserrement de la famille sur le couple et les enfants au détriment des autres liens⁶⁴⁸. Aussi, la fonction de la famille a changé, là où elle était uniquement un vecteur de continuation de la lignée et de procréation, la famille s'est construite sur la poursuite d'autres objectifs : social, professionnel, intellectuel, *etc.*

153. Une adaptation du patrimoine à la société. La famille n'est pas la seule composante centrale de la matière de la transmission ayant subi une métamorphose importante, le patrimoine privé connaît aussi une révolution. Le terme de patrimoine peut revêtir des acceptions bien diverses. Françoise Choay relevait très justement à propos de la notion de patrimoine que : « *ce beau*

⁶⁴⁷ Not. sur l'évolution des modes de filiation à l'épreuve du droit : A. CHEYNET de BEAUPRÉ et V. DEPADT, « AMP, filiation... et demain ? Pistes de réflexion », RJPF n° 3, 1^{er} mars 2022.

⁶⁴⁸ Not. en ce sens : « *d'autre part, les spécialistes ont bien mis en lumière les transformations démographiques et sociologiques qui ont conduit à donner la priorité au ménage plutôt qu'au lignage, à ne plus considérer le maintien des biens dans la famille par le sang comme une exigence absolue, à privilégier les liens choisis aux liens subis, la famille nucléaire à la famille étendue* », J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille*, PUF, Thémis, 1999, p. 9 in F. BELLIVIER et J. ROCHFELD, « Droit successoral - Conjoint survivant - Enfant adultérin », *RTD civ.*, 2002, p. 156.

et très ancien mot, était, à l'origine, lié aux structures familiales, économiques, juridiques, d'une société stable et enracinée dans l'espace et le temps. Requalifié par divers adjectifs (générique, naturel, historique...) qui en ont fait un concept « nomade », il poursuit, aujourd'hui une carrière autre et retentissante⁶⁴⁹. À la lecture de cette acception, le patrimoine n'a pas qu'une dimension de possession personnelle et matérielle, mais englobe quelque chose de plus grand. Le patrimoine conté par Françoise Choay fait ressortir une dimension que l'on pourrait presque rapprocher de la notion de copropriété familiale développée sous le droit coutumier⁶⁵⁰. Le patrimoine serait alors par essence lié à la notion de transmission intrafamiliale, d'où ressurgirait une continuation presque imposée entre les générations. Cette définition, liée à une conception familiale forte, entraîne au stade étymologique à considérer - même inconsciemment - le patrimoine comme limite intrinsèque à la volonté du *de cuius* sur la transmission active de son patrimoine. Or, tout comme la conception de la famille, la consistance et l'appréhension du patrimoine ont considérablement évolué. Le patrimoine, au sens de patrimoine privé, a également fait face à une modification profonde en 50 ans. D'une société rurale et foncière à une société numérique et financière, en passant par une société industrielle, le patrimoine s'est vu transformé dans sa consistance même. Le foncier, pourtant valeur refuge par excellence, ne représente plus qu'une fraction des gros patrimoines immobiliers, et n'est souvent pas l'actif le plus valorisé. Le phénomène de transformation de la société agricole en une société industrielle était déjà une petite révolution dans la consistance du patrimoine, mais l'actuelle titrisation et numérisation de la société aura des conséquences bien plus profondes⁶⁵¹, conséquences que nous ne pouvons encore qu'envisager dans une approche prospective de la question. On pense tout particulièrement à l'avènement de la *blockchain*, et la *tokénisation* de l'immobilier.

La conséquence directe de cette mutation est le phénomène de fongibilité des patrimoines entre eux⁶⁵². Cet état de fait est aussi la conséquence d'une nouvelle gestion de son patrimoine alimentée par la pratique. « *Ne pas placer tous ses œufs dans le même panier* »⁶⁵³ est un slogan que tous les conseillers en gestion de patrimoine ont appris lors de leurs formations. Les conséquences de cette mentalité de gestion sur le patrimoine privé des contribuables conduit à une ventilation du patrimoine sur différents postes d'investissements : financier, assurantiel, immobilier, sociétaire,

⁶⁴⁹ F. CHOAY, *L'allégorie du patrimoine*, Paris, Le Seuil, 1992, p. 9. Également sur le sujet : M.-R. KERVILLA, « Si le patrimoine m'était conté...? Regards croisés de l'historien et du juriste », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2013, 1, pp. 79-88.

⁶⁵⁰ V. *supra*, n° 14.

⁶⁵¹ Alternatives Économiques, *La financiarisation des patrimoines se poursuit*, 2003, n° 58.

⁶⁵² En ce sens : « C'est ensuite la transformation des patrimoines, qui ont perdu beaucoup de leur stabilité de jadis. Parce que la spéculation, mobilière et immobilière, a fongibilisé les avoirs », M. GRIMALDI, *L'intention libérale*, Conférences Roger-Comtois, 2, Thémis, 2003, p. 8.

⁶⁵³ Pour avoir notamment repris cette expression : A. de BISSY et G. DEDEURWAERDER, « Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2012, dossier 14.

actifs numériques, *etc.* On assiste à une digitalisation du patrimoine, à un phénomène de plus en plus important de fongibilité entre les actifs patrimoniaux.

L'*intuitu personae* dans le patrimoine est, pour de nombreuses raisons, de moins en moins présent. Les grandes demeures familiales et autres biens de famille ne représentent que peu de successions dans la masse globale des liquidations. L'une des causes est l'augmentation de l'espérance de vie qui a un impact direct sur la composition du patrimoine. Il est en effet très courant que la personne avançant dans l'âge vende son bien immobilier pour placer le produit de cession sur un contrat pour financer sa dépendance et notamment les mensualités de sa maison médicalisée. Un autre phénomène marquant est lié à la « mode » des sociétés civiles immobilières. Il est courant de créer aujourd'hui des sociétés civiles immobilières pour le moindre achat immobilier, même si cela relève parfois de la véritable fausse bonne idée notamment pour l'acquisition d'une résidence principale.

La fiscalité liée à la transmission est également un point déterminant dans la nouvelle construction patrimoniale des ménages. L'allongement du délai du rappel fiscal⁶⁵⁴ et le cantonnement des abattements légaux obligent une grande partie des contribuables à concentrer leur patrimoine sur des contrats d'assurance-vie pour limiter au maximum l'exigibilité des droits de mutation à titre gratuit⁶⁵⁵.

Enfin, la monétisation de plus en plus grandissante des actifs numériques et leurs patrimonialisations vont également avoir pour conséquence dans un avenir très proche un bouleversement dans l'organisation patrimoniale des contribuables.

Ces différents phénomènes, interférant avec l'évolution du patrimoine, tendent vers un constat : le patrimoine d'un ménage est aujourd'hui constitué tant d'actifs immobiliers que mobiliers. Il est important de remarquer que là où il y a plusieurs années le patrimoine familial reposait sur des actifs intangibles, le patrimoine familial actuel a tendance à se diversifier et à muter vers un patrimoine de plus en plus mobile, financier et fongible. Cet état de fait a une influence directe sur la conception de l'ordre public successoral. En effet, les différentes évolutions touchant tant la famille que le patrimoine, ont une influence directe sur notre sujet en ce que les notions de patrimoine et de famille sont directement liées à la conception de la transmission et à sa réception dans une société donnée.

⁶⁵⁴ Depuis le 18 août 2012 (*v. en ce sens article 5 de la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificatives pour 2012*) les donations soumises au rapport fiscal sont : Entre le 17 août 2012 et le 31 juillet 2011 (*v. en ce sens L'article 7 de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011*) le délai du rapport était de 10 ans. Entre le 30 juillet 2011 et le 1er janvier 2006 (*v. L'article 8 de la loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006*) le délai du rapport était de 6 ans. Avant le 31 décembre 2005 le délai du rapport était de 10 ans.

⁶⁵⁵ Sur la fiscalité avantageuse des contrats d'assurance-vie par rapport à une transmission successorale classique, *v. infra*, n° 194 et s.

2 - Famille et patrimoine : des notions liées

154. Une relation fondamentale. Il est indiscutable que la cellule familiale a toujours une place centrale dans la transmission du patrimoine et notamment pour apprécier la latitude du *de cuius* à pouvoir en disposer unilatéralement⁶⁵⁶. Il suffit de reprendre l'analyse historique de la coercition de la volonté pour s'apercevoir que la famille constituait une donnée puissante de contrôle de la volonté ; on pense notamment au principe de copropriété familiale instauré par certaines coutumes⁶⁵⁷ ou encore à la notion d'*officium pietatis*⁶⁵⁸. L'analyse d'une relation se confirme avec une étude de droit comparé, et notamment en droit germanique où il fut un temps, le testament était inconnu du droit positif, un tel acte individuel étant considéré comme contraire à la conception globale du patrimoine familial⁶⁵⁹. La doctrine fait également le constat de la connexité entre la famille et le droit des successions. Pour Domat, le fondement de la dévolution successorale est le devoir familial : « *On peut dire que les successions légitimes ont toutes ensemble la faveur de l'ordre naturel qui appelle les proches par le droit du sang et par l'affectation des biens aux familles, et la faveur de l'affectation que leur doivent ceux qui disposent de leurs biens* »⁶⁶⁰. Ernest Vallier avait également exprimé cette relation en affirmant que les successions étaient étroitement unies à la conception de la famille et de la propriété foncière⁶⁶¹.

La notion, et surtout la conception de la famille dans une société, ont donc une incidence directe sur la conception de la transmission dans un État donné. On comprend également que, plus la famille a une place centrale dans une société, plus les contraintes liées à la transmission vont être importantes. On sait également qu'à certains égards le droit de la famille était le fondement de la

⁶⁵⁶ Sur la relation entre le droit des successions sur l'accumulation patrimoniale : J. GOUPILLE-LEBRET et A. INFANTE, « Impact des droits de succession sur le comportement d'accumulation du patrimoine », *Revue française d'économie*, 2016, pp. 187-206.

⁶⁵⁷ V. *supra*, n° 14 et s.

⁶⁵⁸ V. *supra*, n° 10 et s.

⁶⁵⁹ « *Le testament avait été inconnu en droit germanique ; en effet la notion de testament, acte destiné à produire des effets après la mort de celui qui l'accomplit, implique un état de culture juridique assez développée et par suite, est ignorée de toute législation quelque peu primitive. De plus le testament étant un acte essentiellement individuel ne pouvait être accepté par le droit germanique où la propriété était collective. Dans un état de droit où l'on admet la copropriété familiale, il n'y a pas de place pour le testament, on ne connaît que la succession ab intestat ou plus exactement la permanence de la propriété dans la famille* », E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902, pp. 79-80.

⁶⁶⁰ E. VALLIER, *ibid.*, p. 162.

⁶⁶¹ « *Or, de toutes les institutions, les successions étaient celles pour lesquelles un règlement spécial paraissait le plus indispensable. En vertu des mêmes raisons qui font qu'aujourd'hui encore les successions sont la partie du droit où les emprunts aux législations étrangères sont les plus dangereux, on les considérait alors comme le même du statut réel. Étroitement unies à la conception de la famille et à l'organisation de la propriété foncière, elles ne pouvaient être régies par des statuts autres que ceux du lieu des biens de la succession.* », E. VALLIER, *ibid.*, p. 8.

réserve⁶⁶² comme il était le fondement de la succession *ab intestat*. D'un autre côté, la notion de patrimoine, et son appréhension sociale et juridique, sont déterminantes dans la construction de la matière de la transmission. En effet, nous verrons que l'influence de l'origine de la propriété peut avoir une incidence plus ou moins importante sur les pouvoirs du maître sur sa chose.

Dès lors, l'on voit se dessiner une analyse en miroir entre, d'un côté, la relation entre les notions de famille et de patrimoine et, de l'autre, entre la volonté et ses limites⁶⁶³. Cette analyse a été notamment développée par une partie de la doctrine patrimonialiste⁶⁶⁴. On doit à Michel Grimaldi d'avoir établi un lien de dépendance entre l'évolution des notions de famille et de patrimoine et l'évolution du droit successoral⁶⁶⁵. Il décèle dans l'importance de la famille et du patrimoine des incidences sur les pouvoirs du *de cuius* dans la transmission active de son patrimoine⁶⁶⁶. Bien qu'analysant un autre système juridique que le système français, la réflexion de Christine Morin est totalement transposable en ce qu'elle rejoint l'analyse de ce lien en exprimant notamment que dans la matière successorale : « *les juristes considèrent généralement que l'état du droit dépend de la conception que les membres d'une société se font de la famille et de la propriété à une époque donnée. Il contextualisait cette association de notion* »⁶⁶⁷. Dans cette même étude, l'auteur citant Denise Jodelet confirme qu'au-delà d'un simple lien de connexité, il existe une véritable influence entre ces notions : « *la doctrine classique se rallie donc à l'idée qu'il existe des liens étroits entre l'évolution de la liberté de tester et l'évolution des représentations sociales de la famille et du patrimoine* »⁶⁶⁸.

Enfin, cette relation est également évoquée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans les arrêts *Marckx c. Belgique*⁶⁶⁹ et *Pla et Puncernau c. Andorre*⁶⁷⁰ dans lesquels la Cour affirme que

⁶⁶² « Affirmons tout d'abord que la réserve héréditaire doit impérativement être conservée : elle est le signe de la dimension familiale de la propriété », M. GRIMALDI, « Un regard tranquille et curieux sur le droit des successions en 2021 », JCP N n° 11, 19 mars 2021, act. 337.

⁶⁶³ En ce sens : « Donnée juridique, mais repose sur des données socio-économiques et politiques mouvantes comme la famille et la primauté de la propriété foncière, qui s'oppose directement aux éléments invariants des lois et de la logique », P. CATAL, « Le droit successoral entre son passé et son avenir », in *Le Monde du Droit*, Mélanges Jacques FOYER, Economica, déc. 2007, pp. 229-240. Aussi sur le sujet : « Quel que soit le modèle familial retenu, la famille reste cette cellule de base de la société ; il est donc conforme à la fonction du droit successoral qui en est un reflet d'être encadré par un ordre public. », H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *D*, 2000, p. 266.

⁶⁶⁴ En ce sens : Henri VIALLETON qui théorise que les grandes idées qui commandent la succession sont les notions de famille et de patrimoine (« Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France, depuis le Code civil » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 577, p. 580).

⁶⁶⁵ « Le droit patrimonial de la famille est non seulement le reflet mais aussi l'instrument d'une évolution du droit de la famille et du droit du patrimoine », M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 8^e éd., Paris, Litec, 2020, pp. 6-10.

⁶⁶⁶ « Des auteurs établissent également un lien entre la liberté de tester et la signification accordée à la famille et au patrimoine en comparant le droit romain et le droit coutumier. En droit romain, une nette prépondérance aurait été accordée à la liberté de disposer de ses biens à son décès en raison de la valorisation du droit de propriété alors qu'au contraire, en droit coutumier, cette liberté de disposition aurait été limitée en raison de la valeur conférée aux droits et aux devoirs familiaux » citant Grimaldi, *ibid.* n° 50-51 aux pp. 43-45 in C. MORIN, « La liberté de tester : entre évolution et révolution dans les représentations de la doctrine Québécoise », *RDUS*, 2007-2008, vol. 38, numéro 2, pp. 339-384.

⁶⁶⁷ C. MORIN, *ibid.*

⁶⁶⁸ D. JODELET, « Représentation sociale : phénomènes, concept et théorie » in Serge Moscovici, dir., *Psychologie sociale*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, 357 à la p. 361.

⁶⁶⁹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, aff. n° 6833/74.

⁶⁷⁰ CEDH, 13 juill. 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, aff. n° 69498/01.

les droits successoraux entre enfants et parents, ainsi qu'entre petits-enfants et grands-parents, sont si étroitement liés à la vie familiale qu'ils tombent sous l'empire de l'article 8 de la CEDH⁶⁷¹ et que le domaine des successions - et des libéralités - entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale. Autre pays mais analyse identique, c'est en Allemagne que la Cour constitutionnelle fédérale sollicitée pour se prononcer sur la constitutionnalité de la réserve héréditaire⁶⁷² fait le lien entre la protection constitutionnelle de la famille et celle de la propriété. La Cour utilise ce raisonnement pour en déduire que la réserve héréditaire était de nature constitutionnelle en ce qu'elle lie le patrimoine et la famille tout en précisant que celle-ci « *n'a pas perdu sa raison d'être en dépit de l'évolution des données sociologiques* »⁶⁷³.

Au regard des différentes études réalisées, on peut affirmer que l'état du droit successoral peut être considéré comme le résultat de la recherche d'un certain équilibre entre la famille et le patrimoine. Cet équilibre varierait selon le poids accordé par une société aux enjeux matériels et symboliques qu'elle associe à ses deux notions⁶⁷⁴. S'il est clair que, de tout temps, les considérations familiales et la conception de l'origine de la propriété foncière ont été des vecteurs de contrôle de la loi successorale, *quid* des évolutions récentes de ces deux notions ? L'évolution, et la libéralisation, des notions de famille et de patrimoine ont nécessairement eu une influence sur la conception française du droit de la transmission. Force est de constater que l'évolution, et plus particulièrement l'évolution libérale de la famille et de sa place dans la société, couplée à une fongibilité et une digitalisation du patrimoine a influé sur la volonté de transmettre et donc sur l'anticipation successorale. En effet, si l'on s'attache au caractère familial de la succession et de la transmission, on aura tendance à « gripper » l'autonomie de la volonté sous couvert d'une destination familiale de la matière : solidarité, continuation, *etc.* Or, partant du postulat que la place de la famille dans une société est une donnée centrale de contrôle de la volonté de transmission, son évolution dans un sens libéral s'éloignant de la cognation et du lignage, devrait permettre consubstantiellement un rôle accru de la volonté. Ainsi, la récente évolution de la famille, et la contractualisation des rapports autrefois très normés, influe par capillarité sur la conception monolithique que l'on pouvait avoir de la transmission notamment sous les ères révolutionnaires les plus strictes.

⁶⁷¹ Convention EDH, art. 8 - Droit au respect de la vie privée et familiale : « 1 - Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2 - Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁶⁷² Cour constitutionnelle fédérale, 19 avril 2005, BvR 1644/00, § 53.

⁶⁷³ Sur la question de la constitutionnalité de la réserve héréditaire : A. RUTHEL, « La réserve héréditaire en Allemagne », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 241-246.

⁶⁷⁴ En ce sens not. : C. MORIN, *op. cit.* - A. SÉRIEUX, « La notion juridique de patrimoine : Brèves notations civilistes sur le verbe avoir » in E. CAPARROS, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, pp. 311-322.

Ces données ne sont bien évidemment pas les seules évolutions qui ont permis une incursion aussi grande de la volonté anticipative dans l'ordre juridique français. Porte étendard de ces évolutions, les lois de 3 décembre 2001, puis du 23 juin 2006 ont marqué de leur empreinte l'équilibre de la transmission, mais ne sont pas les seules à avoir structuré la dyarchie⁶⁷⁵.

Ainsi, si la relation famille/patrimoine, a été l'un des moteurs du développement de l'anticipation successorale comme vecteur législatif du droit de la transmission, nous allons voir que l'anticipation successorale est devenue nécessaire au regard de nombreuses données factuelles.

B - Une anticipation nécessaire face à une législation inadaptée

155. Un droit ancien non réformé. Au-delà d'une modification de cette relation fondamentale entre la famille et le patrimoine, d'autres données sociaux-économiques modernes ont démontré une réelle inadaptation du droit de la transmission tant au regard des évolutions biologiques que, juridiques et sociétares françaises. En effet, l'absence de réforme d'envergure du droit des successions et des libéralités depuis près de 200 ans créait automatiquement une distorsion entre l'appréhension juridique et factuelle de la matière.

L'évolution du droit de la transmission depuis le droit romain a été riche tout en gravitant toujours autour des mêmes axes que sont la volonté et les limitations de celle-ci. Néanmoins, depuis l'œuvre de compromis que fut le Code civil en 1804, la législation successorale, à tout le moins dans ses grandes lignes, n'avait connu que peu de modifications majeures avant les lois de 2001 et de 2006. La littérature sur les lois du 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006 est très importante, et chacun s'accorde pour constater que ces deux lois sont venues transformer le droit des successions et des libéralités en profondeur⁶⁷⁶. Si le contenu de ces lois nous intéresse tout particulièrement sur l'incidence de l'équilibre de la transmission, c'est avant tout leur motivation qu'il faut développer

⁶⁷⁵ Notamment pour une étude sur le poids de la réforme de 2006 notamment sur l'institution de la réserve héréditaire : P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral français », *JCP N* 2007, 1206, n° 12 - M. NICOD, « Oscillations idéologiques autour de la réserve héréditaire », *Dr. fam.* n° 3, Mars 2021, repère 3.

⁶⁷⁶ Not. sur ce sujet : P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2006, étude 43. - M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.*, 2006. - A.-M. LEROYER, « Réforme des successions et des libéralités », *RTD civ.*, 2006, p. 612 ; P. MALAURIE, « La réforme des successions et des libéralités : loi du 23 juin 2006 », *LPA*, 9 janv. 2007, n° 7, p. 11 - F. PETIT, « L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 déc. 2001 et celle du 23 juin 2006 », *JCP N*, n° 49, 5 déc. 2008, 1344 - F. SAUVAGE, « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N*, n° 29, 18 juill. 2018, 1284. - A. SÉRIAUX, « L'égalité des héritiers depuis la loi du 23 juin 2006 », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, (dir.) A. LEBORGNE, 2008, Presses Universitaires d'Aix-Marseille. - J.-B. DONNIER, « Les développements du principe de dévolution volontaire après la loi du 23 juin 2006 », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, (dir.) LEBORGNE (A.), 2008, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

pour démontrer comment, par ces deux lois, la dyarchie entre la volonté et ses limites, entre l'anticipation successorale et l'ordre public successoral, s'est vue modifiée.

156. L'absence de prise en compte du vieillissement de la population. Il est nécessaire d'étudier les chiffres pour comprendre le changement global de paradigme lié à une donnée aussi simple que celle de l'espérance de vie. Selon les données de l'INSEE, en 1950 l'espérance de vie pour les hommes plafonnait à 63,4 ans et 69,2 ans pour les femmes. 50 ans plus tard, à l'aube du XXI^{ème} siècle, cet âge de référence passait pour les hommes à 75,3 ans et 82,8 ans pour les femmes⁶⁷⁷. Les conséquences de cet allongement de près de 10 ans de l'espérance de vie sont multiples sur l'appréhension de la transmission.

Premièrement, il crée un nouveau besoin pour les *de cuius*. Nous l'avons brièvement évoqué dans l'étude de la transformation du patrimoine, l'allongement de l'espérance de vie - et corrélativement le vieillissement de la population - entraîne de nombreuses problématiques liées à la dépendance. Problématiques quasi-inexistantes dans les années 1950, la dépendance, l'épreuve de la vieillesse et ses conséquences physiologiques et sociales sont devenues des sujets centraux de nos sociétés modernes. D'abord des nouveaux besoins physiologiques : on pense notamment au déménagement parfois devenu obligatoire dans des maisons médicalisées qui nécessitera la vente de la résidence principale pour payer les mensualités. Ensuite des nouveaux besoins sociaux également liés à la vie à la retraite. L'allongement de la durée de la vie induit que les années gagnées sont en théorie les années passées à la retraite. Partant, les personnes voulant profiter du fruit de leur travail à la retraite retardent l'âge d'une éventuelle transmission volontaire. Ces nouvelles problématiques entraînent un phénomène très bien décrit par le Professeur Bicheron, celui de la constitution d'un patrimoine qu'il qualifie de « *patrimoine de sécurité* »⁶⁷⁸.

Deuxièmement, l'allongement de l'espérance de vie retarde d'autant la transmission du patrimoine par décès. C'est un constat purement mathématique, plus l'espérance de vie est grande, plus l'âge auquel les enfants héritent le sera également (si nous prenons une conception classique de la transmission *mortis causa*). Une étude réalisée par l'institut national d'études démographiques estime que l'âge moyen des enfants au décès de leurs parents est en constante augmentation⁶⁷⁹. En 1980, l'âge moyen des enfants au décès du père était de 37 ans, il est porté à 47 en 2020. L'âge moyen au décès de la mère est encore plus marquant, 47 ans en 1980, 56 en 2020. Première conséquence de l'étude de ces chiffres : l'âge auquel on hérite arrive de plus en plus tard. Ainsi,

⁶⁷⁷ Espérance de vie – Mortalité, Tableaux de l'économie française, éd. 2020, Insee références, Paru le : 27/02/2020.

⁶⁷⁸ F. BICHERON, « Vieillesse de la population - Quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ? », *JCP N* n° 9-10, 1er mars 2013, doss. 1041.

⁶⁷⁹ L'espérance de vie en France, institut national d'études démographiques, Maj juil. 2018.

l'héritage reçu n'a plus la même fonction qu'auparavant. Avant, moteur pour débiter dans la vie pour un achat immobilier ou un investissement financier, l'héritage vient désormais consolider le patrimoine déjà existant à défaut d'être un de ses éléments constitutifs⁶⁸⁰. Seconde conséquence, elle augmente la transmission volontaire intergénérationnelle. Les enfants aux premiers degrés étant déjà plus avancés dans la vie, les donations aux petits-enfants sont devenues un véritable mouvement de fond consacré notamment par le droit fiscal pour libérer le civil⁶⁸¹. Selon une partie de la doctrine le vieillissement de la population renforcerait 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* »⁶⁸². L'absence de prise en compte de cette évolution basait le droit des successions et des libéralités sur un modèle inopérant.

157. L'absence de prise en compte de la place du conjoint. Le droit successoral s'est toujours intéressé au conjoint survivant⁶⁸³, on peut notamment citer à ce titre la loi du 9 mars 1891 qui créa au profit du conjoint un droit d'usufruit et une pension alimentaire, ou encore les lois du 3 avril 1917, du 29 avril 1925, du 3 décembre 1930 et du 26 mars 1957. Néanmoins, la question du conjoint et de sa place et, plus généralement de la personne avec qui on partage sa vie, est devenue rapidement de plus en plus centrale. Ce nouvel héliocentrisme du partenaire de vie est notamment mis en avant dans les travaux de Carbonnier, Florence Bellivier et Judith Rochfeld qu'ils qualifient très justement de mouvement de promotion des liens électifs : « *d'autre part, les spécialistes ont bien mis en lumière les transformations démographiques et sociologiques qui ont conduit à donner la priorité au ménage plutôt qu'au lignage, à ne plus considérer le maintien des biens dans la famille par le sang comme une exigence absolue, à privilégier les liens choisis aux liens subis, la famille nucléaire à la famille étendue* »⁶⁸⁴. Cette promotion des liens électifs entraînera petit à petit un délaissement de la vision biologique de la famille. Ce changement de paradigme n'était pas pris en compte en droit des successions et des libéralités. Cette concentration, voire cette contraction vers la famille nucléaire et ses liens de volonté n'étaient jusqu'à la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 pas assez pris en compte. Avant la réforme de la vocation successorale du conjoint survivant, et en l'absence de toute manifestation positive de volonté, ce dernier était appelé à la succession pour recueillir uniquement un quart du patrimoine

⁶⁸⁰ Not. en ce sens : « L'absence de réforme d'envergure en droit des successions et des libéralités depuis près de 200 ans crée automatiquement une distorsion entre l'appréhension juridique et l'appréhension factuelle de la matière » in P. TOUR-SARKISSIAN, « Audition devant le groupe de travail portant sur la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 275-288.

⁶⁸¹ C'est notamment le cas avec l'instauration de l'abattement de l'article 790 G du Code général de l'impôts, aussi appelé « Don Sarkozy ».

⁶⁸² P. TOUR-SARKISSIAN, *ibid.*

⁶⁸³ C. LESBATS, *La dévolution successorale - Théorie, liquidations et pratique notariale - Aspects civils et fiscaux - Protection du concubin, du partenaire et du conjoint survivant*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, p. 18.

⁶⁸⁴ F. BELLIVIER et J. ROCHFELD, *op. cit.*

successoral en usufruit en présence d'héritiers des trois premiers ordres. Une vocation bien maigre au regard de la place sociale du conjoint dans l'architecture familiale au XXI^{ème} siècle. Il faut néanmoins relativiser ce point en ce que les conjoints pouvaient toujours s'avantager par le biais d'une institution contractuelle d'héritier ou par leur régime matrimonial.

158. La législation successorale en constant décalage. À l'aube du passage au XXI^{ème} siècle, d'autres données que le vieillissement et la place du conjoint dans la famille apparaissaient en total décalage avec le droit des successions et des libéralités. On peut notamment citer les règles applicables en matière de transmission et de réserve héréditaire à l'épreuve de la multiplication des transmissions des entreprises, règles que certains qualifient de législation hachoir⁶⁸⁵.

Force est de souligner qu'il ressort de cette étude rapide un constat qui est le décalage constant du droit successoral avec les constructions sociétales du moment. Le reproche fait à la législation successorale de ne pas s'adapter est aussi le reflet d'une société qui évolue constamment et parfois de façon très rapide. Ainsi, ce problème de décalage peut être *in fine* insoluble. Mais cela n'avait-il pas été réglé depuis 1804 ? En effet, la volonté des rédacteurs du Code civil, il faut le rappeler, était de trouver une œuvre de compromis en totale contradiction avec la législation épidermique révolutionnaire. Partant, une question légitime doit se poser, la modification constante de la législation successorale, répondant à une certaine politique de l'émotion, est-elle souhaitable ou au contraire en contradiction avec l'essence même du Code civil ? L'exemple le plus récent était un projet de loi contre le séparatisme devenu la loi confortant le respect des principes de la République, qui vise dans son article 24 une évolution de la réserve héréditaire dans un contexte transnational. Cet article, compris dans le chapitre 3 relatif à la dignité de la personne humaine, prévoit la modification de l'article 913 du Code civil comme ainsi reproduit : « *Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci* ». La première référence publique d'une telle modification de la réserve héréditaire était faite sur les réseaux sociaux par la Ministre déléguée auprès du ministre de l'intérieur, chargée de la Citoyenneté, quand elle exprimait sa crainte de l'application de loi étrangère dans une succession ayant un élément de rattachement français, notamment quand celle-ci ostracise les droits successoraux des femmes. Cette déclaration a entraîné une levée de bouclier

⁶⁸⁵ Après avoir été accusées d'être le hachoir des propriétés foncières, les règles de l'ordre public successoral et notamment les règles de la réserve sont encore accusées d'être un hachoir des sociétés.

dans la doctrine patrimonialiste qui voyait dans cette déclaration, au mieux une exhumation d'un droit de prélèvement inconstitutionnel, au pire une totale incompréhension du mécanisme héréditaire⁶⁸⁶. C'est pourtant dans l'incompréhension la plus totale que la loi fut promulguée en modifiant tant l'article 913 que l'article 921 du Code civil⁶⁸⁷. Si un tel exemple de réforme affecte le droit de la transmission, une certaine refonte devenait nécessaire.

§ 2 - UN CHANGEMENT DE PARADIGME LÉGISLATIF

159. L'héliocentrisme de la volonté anticipative. Ces données évolutives ont nécessairement dû être prises en compte par le législateur. Loin de vouloir participer à une inflation législative devenue presque monnaie courante, le droit des successions et des libéralités a toujours joué sur l'équilibre entre la volonté et ses limites, essayant de garder cet équilibre en prise avec la réalité factuelle de la transmission. L'essor du libéralisme dans la relation entre la famille et le patrimoine a donné à l'expression de la volonté une place hégémonique (**B**), place que le législateur a dû s'approprier pour l'inclure dans une réflexion libérale (**A**).

A - Une libéralisation de la réflexion législative

160. Un constat éclairé. L'importante réforme de l'équilibre successoral opérée par la loi du 23 juin 2006 a largement été inspiré des travaux de Carbonnier, Pierre Catala, Jean de Saint-Afrique, et Georges Morin⁶⁸⁸. Le travail parlementaire sur cette loi a été assez conséquent et assez fourni de telle sorte qu'à la lecture des travaux préparatoires et des différents rapports

⁶⁸⁶ Sur ce sujet sans être exhaustif : É. FONGARO, « Successions internationales : le prélèvement nouveau est arrivé », *IP* 2021, étude 7-5, p. 153 s. - S. GODECHOT-PATRIS, « Le prélèvement est mort...Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doct. 2. - H. PÉROZ, « Le droit de prélèvement : tel un phœnix ? », *Gaz. Pal.* 2021, n° 12, p. 48 et « le droit de prélèvement compensatoire ou la mise à mal de la pratique des successions internationales », *JCP N* 2021, n° 35, act. 805. - P. LAGARDE, « Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 291. - C. PÉRÈS, « Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 296. - N. LAURENT-BONNE, « Le nouveau droit de prélèvement compensatoire dans les successions internationales : quand la fin ne justifie pas les moyens », *AJ fam.* 2021, p. 548. - H. FULCHIRON et S. FERRÉ-ANDRÉ, « Entre trop et pas assez : le droit de prélèvement version 2021 », *JCP G* 2021, 1109. - D. Le GRAND de BELLEROCHÉ, « Contre le retour du droit de prélèvement en droit français : une vue de la pratique du droit international », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 303. - S. RAMACIOTTI, « Le prélèvement compensatoire du projet d'article 913 du Code civil à l'épreuve des exigences européennes et constitutionnelles », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 310. - J. SAGOT-DUVAUROUX, « La réintroduction du droit de prélèvement par la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République », *RLDC* 2021, n° 197. - B. HAFTEL, « Successions internationales : le retour du droit de prélèvement », *D.* 2021, p. 1012.

⁶⁸⁷ Pour une étude complète du nouveau mécanisme de prélèvement, v. *infra*, n° 365 et s.

⁶⁸⁸ J. CARBONNIER, P. CATALA, J. de SAINT-AFRIQUE et G. MORIN, *Des libéralités – Une offre de loi*, 2003, Defrénois.

parlementaires, on comprend le cheminement intellectuel, les raisons et les impulsions liées. Premièrement, le travail parlementaire repose sur un constat. Reprenant les éléments d'inadaptation juridique aux regards des profondes mutations de la société, Henri De Richemont relate très clairement les raisons de cette réforme⁶⁸⁹ : allongement de la durée de la vie, nombre important de disparitions d'entreprises suite aux décès, mouvement de contractualisation du droit de la famille imposant une plus grande souplesse pour organiser sa succession, aménager la législation pour mieux prendre en compte des situations particulières, *etc.* Par ailleurs, à ces éléments de mutation et d'inadaptation factuelle s'ajoutent les griefs tirés de l'étude législative des réformes de 2001 et 2006. À ce sujet deux rapports sur la loi de 2006 constituent des apports fondamentaux pour comprendre le travail lié à l'avènement de cette loi. Le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités⁶⁹⁰, dans son exposé des motifs, pose un constat des plus clairs : « *Suite aux retours des professionnels, il appert que les foyers sont de plus en plus en demande d'anticiper les conséquences de leurs successions via des libéralités. Or, les règles applicables apparaissent comme en déconnection avec la réalité démographique, économique ou à la forme des familles actuelles* »⁶⁹¹. Au terme de ces constats, le projet de loi fixe des objectifs qui feront ressortir d'autres griefs liés à la réglementation successorale : faciliter la gestion du patrimoine successoral, accélérer et simplifier le règlement des successions.

161. L'anticipation au cœur de l'hémicycle. Étudier l'évolution des éléments de la transmission et le libéralisme qui en découle n'est pas un simple exercice de style. Analyser l'évolution des éléments de la transmission et les griefs de la législation c'est avant tout comprendre que le législateur faisait face à une modification d'un paradigme essentiel qui est la fonction même de la succession et plus généralement de l'héritage. Modifié dans sa fonction, le législateur devait y remédier en adaptant le droit applicable en le faisant muter. C'est en analysant les motifs du législateur attachés notamment à ces deux grandes réformes que l'on comprend l'influence de la notion de la volonté dans le rapport équilibré de la dyade. Ainsi, de l'intégralité des évolutions et des griefs précédemment étudiés, apparaissait une véritable problématique portée par une volonté de promouvoir de façon significative l'anticipation successorale. La demande d'anticipation successorale des ménages n'était pas seulement une problématique technique, mais un véritable

⁶⁸⁹ H. de RICHEMONT, « La réforme des successions et des libéralités », *Rapport n° 343*, Doc. Sénat, session ord. 2005-2006.

⁶⁹⁰ Projet de loi n° 2427 portant réforme des successions et des libéralités.

⁶⁹¹ Pour quelques exemples tirés de ce projet : « *Suivant les conseils et les informations diffusés par les professionnels, les foyers tentent de plus en plus d'anticiper leur succession par le biais de libéralités faites entre vifs ou à cause de mort.* » ; « *Cependant, les règles applicables en la matière ne correspondent plus aux attentes car elles ne sont plus adaptées aux réalités démographiques, économiques ou à la forme des familles actuelles.* » ; « *En outre, les règles de la réserve héréditaire et de la réduction qui, hier constituaient une protection des descendants, s'avèrent aujourd'hui un obstacle à la liberté de disposer de ses biens.* ».

mouvement de fond qui nécessitait pour y répondre de toucher au cœur de l'ordre public successoral et ses fameux piliers.

L'exercice législatif consistant à poser un constat est particulièrement intéressant en ce qu'il fait nécessairement écho à la méthodologie de l'audit précédemment analysé. Comprendre le passé, analyser les problèmes pour tenter d'y apporter des solutions. On peut observer avec intérêt que la méthodologie législative au cœur des lois de 2001 et de 2006 se rapproche fortement de l'empirisme de l'anticipation juridique. Le rapport évoque dans son constat une complexité législative et jurisprudentielle du droit des successions qui font que l'on pouvait se retrouver face à des situations aberrantes. Si ce constat peut toujours être posé⁶⁹², le législateur prend position sur un point central et lourd de sens : les règles successorales constituent un frein à la transmission (1), De frein à limite, le choix des mots est potentiellement lourd de sens, d'autant que c'est par cette même loi que le législateur a décidé pour la première fois depuis 1804 de réaffirmer une partie des composantes de l'ordre public successoral (2).

1 - Les règles successorales : un frein à la transmission

162. L'opposition entre la volonté et ses limites. Au XXI^{ème} siècle, l'équilibre la volonté et ses limites se retrouve encore une fois au cœur des débats. L'équilibre construit par le Code civil n'est plus en mesure de satisfaire la volonté d'anticipation successorale des foyers, principalement motivée par un changement de paradigme de l'héritage précédemment étudié. Le projet de loi de 2006 prend une position claire sur l'équilibre irriguant le droit de la transmission. On peut lire dans ce projet que « *les règles de la réserve héréditaire et de la réduction qui, hier constituaient une protection des descendants, s'avèrent aujourd'hui un obstacle à la liberté de disposer de ses biens* »⁶⁹³. Il est dès lors expliqué que l'objectif de cette réforme est notamment d'assouplir, dans un souci de transmission efficace des patrimoines, notamment les règles de la renonciation, en autorisant d'une part certains pactes successoraux, et en permettant d'autre part la représentation des héritiers indignes et renonçants.

Cette vision est importante, car si le constat était partagé par une grande partie de la pratique et de la théorie, son appropriation dans le débat parlementaire confère une nouvelle dimension au sujet. Tout le champ lexical de l'obstacle, du frein, induit *in fine* une métaphore de blocage. Par ce choix des mots très important, le législateur entend opposer le besoin de volonté aux règles de l'ordre public successoral. Or, c'est à ce moment précis qu'il y a, à notre sens, une maladresse dans

⁶⁹² Force est de constater qu'il existe encore aujourd'hui des situations aberrantes : malgré les réformes la procédure de liquidation-partage judiciaire reste longue et inadaptée, v. *infra*, n° 307 et s.

⁶⁹³ P. CLEMENT, « Exposé des motifs du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités », in Projet de loi n° 2427 portant réforme des successions et des libéralités.

l'analyse d'où découle une appréhension faussée de l'évolution de la matière de la transmission. Personnifier la notion cadre de l'ordre public successoral comme un barrage retenant les flots de la volonté, induit que l'augmentation de la pression de la volonté ferait céder le barrage et mettrait fin à cette dyarchie, pourtant millénaire. Si l'on sort de la métaphore, il ne s'agit donc pas tant pour le législateur de libéraliser l'ordre public successoral, que de proposer un nouvel équilibre entre les volontés et les limites fondées sur les nouvelles données socio-économiques et un désir de fond d'une véritable promotion de la volonté anticipative.

Tout l'enjeu du législateur était de trouver un équilibre dans la transmission en prenant en compte le besoin d'anticipation successorale. Sébastien Huyghe le résume parfaitement. Pour lui il s'agissait de « *de concilier le souhait de donner plus de liberté au disposant pour transmettre son patrimoine avec le respect de l'ordre public successoral* »⁶⁹⁴. Promouvoir la volonté, libérer des entraves la transmission sans oblitérer la notion cadre de l'ordre public successoral, telle était la mission reformulée à notre avantage du législateur dans les années 2000. Pour ce faire, le législateur s'est doté de nouveaux outils permettant notamment d'aménager les règles relatives à la réserve héréditaire et à la prohibition des pactes sur succession future : suppression de la réserve des ascendants se voyant substituer un droit de retour, réduction en valeur des libéralités excessives, réduction du délai de prescription liée à une action en réduction, renonciation anticipée à l'action en réduction, développement des libéralités-partages et des libéralités graduelles et résiduelles.

La question est la suivante : le législateur a-t-il réussi ? Est-ce que les modifications apportées par la loi, sous l'influence de l'anticipation successorale, ont permis de libérer le droit de la transmission, tout en préservant le rôle de l'ordre public successoral dans sa fonction première de contraindre directement ou indirectement la volonté anticipative *de cuius*, pour que la transmission corresponde aux objectifs sociaux, économiques et politiques français ? L'interrogation est longue mais à la hauteur des enjeux. À la lecture de la doctrine majoritaire⁶⁹⁵ il semblerait que la réponse soit négative. En effet, nombre d'auteurs ont démontré que les réformes de 2001 et de 2006 avaient véritablement endommagé l'équilibre de la transmission. On rappelle l'éloge des superlatifs quand il s'agissait de qualifier l'ordre public successoral et notamment la réserve héréditaire : en recul⁶⁹⁶,

⁶⁹⁴ S. HUYGHE, « La réforme des successions et des libéralités », *Rapport n° 3132*, Doc. Assemblée Nationale, 6 juin 2006, p. 55.

⁶⁹⁵ V. *supra*, n° 109.

⁶⁹⁶ Sur cette expression : D. COIFFARD, « Faut-il supprimer la réserve des ascendants ? », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 77 - P.-A. CONIL, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain - Une tentative d'aller au-delà des mythes », *Dr. fam.*, n° 2, févr. 2013, étude 1.

en repli, ébranlé⁶⁹⁷, ébréché⁶⁹⁸, en relâchement⁶⁹⁹, en reflux⁷⁰⁰, moribond⁷⁰¹ ou même anéanti⁷⁰². Or, au-delà de ne pas caractériser une rupture dans l'équilibre, mais une mutation nécessaire, il faut souligner que ce n'est pas l'adaptation de l'ordre public successoral dans ce nouvel équilibre du XXI^{ème} siècle qui a apporté les principaux outils permettant d'outrepasser les règles coercitives. Ce nouvel équilibre trouvé à l'aube des années 2010 était louable mais perfectible car n'est pas allé assez loin à notre sens dans la recherche d'une véritable construction patrimoniale entre la volonté et ses limites. Néanmoins, dans ce nouvel équilibre, plus libéral, l'anticipation successorale et ses ramifications influent sur l'ordre public successoral. Or paradoxalement c'est avec cette loi de 2006 qu'une composante fondamentale de la notion cadre va faire son entrée dans le Code civil.

2 - Le paradoxe d'un ordre public successoral réaffirmé

163. Les raisons d'une justification. Paradoxalement, le législateur comprenant l'équilibre nécessaire dans la transmission du patrimoine n'a eu de cesse de réaffirmer l'existence et l'importance de l'ordre public successoral et plus généralement des limites à la volonté. L'étude réalisée dans le rapport d'Henri de Richemont à ce sujet est plus que parlant. Le point le plus marquant, à tout le moins le plus symbolique, est bien entendu la codification à l'article 912 du Code civil de la réserve héréditaire. Comme le précise l'auteur « *dans sa rédaction actuelle, le Code civil définit en effet en creux la réserve et la quotité disponible en déterminant la proportion des biens dont il est possible de disposer par des libéralités* »⁷⁰³. C'est ainsi que presque 200 ans après l'avènement du Code civil, la réserve héréditaire fait son entrée dans le Code civil comme étant « *la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent* »⁷⁰⁴. Certains auteurs ont jugé inopportune cette retranscription, argumentant que définir une notion par une loi qui en pourfend les grands principes apparaît comme un artifice, qui démontre plus une volonté de façade. Il est vrai qu'en première lecture cette volonté de codification apparaît des plus artificielles, comme une justification morale pour contrebalancer les ajouts libéraux de ces réformes successives. Les mots du Garde des Sceaux, à l'époque, ne permettent en

⁶⁹⁷ « *Il a pourtant, consciemment ou inconsciemment, ébranlé les colonnes du temple* » in P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étude 43.

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ É. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions », *JDI*, n° 2, avr. 2014, doct. 5.

⁷⁰⁰ D. GRILLET-PONTON, *La famille et le fisc*, 1998, P.U.F, coll. Droit éthique société, p. 33.

⁷⁰¹ M. BEAUBRUN, « Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009., p. 15.

⁷⁰² A. MOLIÈRE, « Ordre public successoral *versus* renonciation anticipée à l'action en réduction – le faux argument », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1554.

⁷⁰³ H. de RICHEMONT, *op. cit.*, p. 210.

⁷⁰⁴ C. civ. art. 912.

effet pas de juger du sérieux de cette position sur l'ordre public successoral. Lors d'une séance à l'Assemblée nationale celui-ci affirmait que : « *La réserve conserve aujourd'hui toute son utilité. Au-delà, elle poursuit un triple objectif. D'abord elle garantit la solidarité familiale : elle prolonge la succession, l'obligation alimentaire* »⁷⁰⁵. Sur ce point, la question de la solidarité familiale qui découle de la réserve est une réflexion induite de l'outil lui-même. En effet, en réservant une fraction du patrimoine successoral aux descendants, elle concourt directement et/ou indirectement à une certaine solidarité inter générationnelle. Le caractère alimentaire avancé, lui, interroge plus en ce qu'il s'éloigne de la nature induite de la jurisprudence *Lavialle* d'une réserve *pars hereditatis*. Le ministre poursuivra avec ces mots : « *Enfin la réserve permet de garantir le maintien de certains biens dans la famille* »⁷⁰⁶ ; là encore cette déclaration est en contradiction avec la réforme de l'action en réduction en nature. Il termine en affirmant son attachement au principe de la réserve héréditaire. Henri de Richemont le rappelle d'ailleurs dans son rapport : « *la réserve une institution d'ordre public* »⁷⁰⁷. Cependant, et de façon moins cynique, les différentes prises de position pour la réserve héréditaire et plus généralement pour la notion d'ordre public successoral, permettent de justifier le principe d'un équilibre dans la transmission.

Réaffirmer les limites face à l'influence de la volonté était assurément un exercice nécessaire. Car après avoir apprécié que les limites, même en étant un frein, sont nécessaires, il restait à prendre acte de cette volonté. Vouloir du pouvoir pour mieux contrôler l'avoir, c'est ainsi que pourrait se résumer l'influence de l'anticipation successorale et le mouvement de fond l'accompagnant, le néolibéralisme successoral.

B - L'hégémonie de la volonté

164. Le néolibéralisme successoral. Les réformes du droit de la transmission et tout particulièrement celles de 2001 et de 2006 ont en commun une volonté d'affirmation de la volonté du *de cuius*⁷⁰⁸. Nous avons théorisé que la notion de volonté en droit des successions et des libéralités est un des piliers structurants de la notion juridique d'anticipation successorale. Cette volonté - qu'elle soit unilatérale ou concertée - permet notamment au *de cuius* de s'affranchir des règles légales de la succession et de la transmission, et de choisir les règles applicables à sa succession dans la mesure des règles de l'ordre public successoral.

⁷⁰⁵ Journal officiel des débats de l'Assemblée nationale, troisième séance du mardi 21 février 2006.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ H. de RICHEMONT, *op. cit.*, p. 213.

⁷⁰⁸ Not. en ce sens : Ernest VALLIER explique qu'avec la Révolution le droit de tester sera considéré comme nuisible car il est vu comme une aide au maintien de l'aristocratie (*Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902. p. 266).

S'inscrivant comme une donnée essentielle de la dyarchie, la volonté a été mise au centre de l'équilibre successoral par ces dernières réformes au risque de bouleverser l'équilibre de la transmission. Le législateur, prenant conscience d'un besoin accru d'anticipation successorale, a par ses deux réformes promu l'autodétermination du *de cuius* dans l'anticipation des conséquences de sa succession. Cette promotion de l'anticipation successorale a conduit notamment à un phénomène de contractualisation du droit de la transmission souvent évoqué par la doctrine⁷⁰⁹. Ce terme de contractualisation n'est pas anodin. De fait, la matière contractuelle est la plus encline au développement de l'autonomie de la volonté. En effet, les domaines où s'installe la liberté contractuelle sont ceux régis par les volontés des co-contractants et non par la loi⁷¹⁰. Ce pouvoir presque normatif de la volonté fait écho à une tendance, à un phénomène externe à première vue de la matière nommée le néolibéralisme sociétal, notion développée notamment par Patrick Kinsch dans une étude sur l'autonomie de la volonté en droit interne⁷¹¹. L'auteur - développant une analyse en droit international privé mais qui à notre sens est tout à fait transposable en droit interne - explique que l'évolution libérale du droit interne en faveur d'une certaine individualité en matière familiale fait écho à « *la déréglementation des marchés et des activités économiques* »⁷¹². Il poursuit : « *si le recul du contrôle étatique de l'économie a reçu la désignation de 'néolibéralisme économique', le phénomène d'autonomisation des individus dans leurs relations familiales peut être désigné comme 'néolibéralisme sociétal'* »⁷¹³.

Ainsi consacrée, la notion de néolibéralisme sociétal correspondrait à un phénomène d'autonomisation des hommes du fait d'un recul voulu des normes coercitives étatiques, allant jusqu'à l'idée que « *les individus, guidés par un 'choix rationnel', sont mieux placés pour savoir ce qui convient pour eux que l'État auquel ils se rattachent* »⁷¹⁴. Compte tenu de la réforme de 2006, il est tentant d'oser la comparaison en droit des successions. Nous avons démontré que l'impulsion de cette loi était,

⁷⁰⁹ Not. en ce sens : D. BOULANGER, « Droit patrimonial du couple et contractualisation », *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, p. 34 - D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N* n° 19, 7 mai 2004, 1223. - J.-M. MATHIEU, « Les enjeux de la renonciation anticipée à l'action en réduction : vers une contractualisation de la transmission successorale - plaidoyer pour une utilisation accrue, mesurée et raisonnée de la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* n° 5, 5 févr. 2010, doss. 1060 - M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, « Une contractualisation certaine mais contrôlée du droit des incapacités, des successions et des libéralités », *JCP N* n° 5, 5 févr. 2010, 1062 - C. NOURISSAT, « Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle et en matière familiale », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLANT, p. 61 - P.-M. REVERDY, « La contractualisation de la transmission successorale », *LPA*, 14 févr. 2007, n° 33, p. 4.

⁷¹⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Chapitre II. La volonté », éd., *Le droit des contrats*. Presses Universitaires de France, 2018, pp. 17-47.

⁷¹¹ P. KINSCH, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLANT, p. 19.

⁷¹² P. KINSCH, *op. cit.*, p. 20.

⁷¹³ *Ibid.*

⁷¹⁴ *Ibid.*

outre une volonté de plus en plus pressante d'anticipation successorale, de corriger les écueils du droit des successions et des libéralités en remettant au centre de la matière l'individu. On voit alors se dessiner véritablement un mouvement que nous qualifierons de néolibéralisme successoral⁷¹⁵.

Ce phénomène est également développé par Maryline Bruggeman et Hélène Capela sans jamais vraiment le nommer : « *Le principe de l'autonomie personnelle justifie incontestablement ce mouvement qui promeut la volonté anticipée comme modalité de protection de l'individu. Expression de son libre arbitre, cette volonté, quel que soit le moment où elle s'exprime, doit désormais primer toute autre source normative. La loi était ainsi jusqu'à récemment la seule à pouvoir organiser systématiquement la protection des plus faibles. Dans certains cas, elle est aujourd'hui supplétive. Qui mieux que l'individu lui-même sait ce qui est bon pour lui, pour sa personne ou pour ses biens ?* »⁷¹⁶.

165. La normativité de la volonté pour pallier les manquements législatifs. Avec ce phénomène de néolibéralisme successoral qui irrigue l'équilibre de la transmission, la dyarchie structurée fait face à un changement de paradigme. Du temps où l'État providence s'ingérait dans les relations familiales pour contraindre au respect d'un certain schéma successoral, l'on est aujourd'hui témoin de l'avènement d'un *de cuius* autodéterminé. Autodéterminé, car il sait ce qu'il veut, il sait que les règles successorales applicables à la transmission de son patrimoine ne correspondent pas à ses envies et que sa volonté doit primer. Il doit donc pouvoir anticiper, modifier et contrevenir aux lois coercitives qui lui imposent un schéma de transmission qu'il sait en inadéquation. Avec cette présentation, la structure du droit de la transmission semble se redessiner et prendre acte d'une disparation, d'une réduction massive de l'ordre public successoral. Faut-il déduire de ce mouvement de néolibéralisme successoral un absolutisme de la volonté en droit de la transmission ? Nous ne le pensons pas. En effet, comme le rappellent Maryline Bruggeman et Hélène Capela : « *La situation est aujourd'hui différente. Le recours à l'anticipation tend en apparence à prendre le pas sur la loi. Toutefois cela ne résiste pas à l'analyse et la portée de cette volonté exprimée de manière anticipée demeure limitée* »⁷¹⁷. Il faut prendre du recul sur la place et sur l'influence de la volonté dans la transmission active de son patrimoine. Si la contractualisation de la transmission a nécessairement eu une influence sur les règles de l'ordre public successoral, force est de constater que ces mêmes règles sont restées presque intactes quand on raisonne dans le cadre d'un schéma

⁷¹⁵ La seule référence à une notion de néolibéralisme successoral dans la littérature juridique se trouve dans les écrits de Jacques Krynen dans son ouvrage : « *ont pu être perçues comme une déconstruction de l'ordonnement juridique existant au profit d'un ordonnancement nouveau, établissant une sorte de néolibéralisme successoral* » (*Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2018, p. 306).

⁷¹⁶ M. BRUGGEMAN et H. CAPELA, « L'expression anticipée de la volonté individuelle en droit des personnes et de la famille : analyse critique », in *De la volonté individuelle*, M. NICOD (dir.), *De la volonté individuelle*. Nouvelle Edition, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009, n° 27.

⁷¹⁷ M. BRUGGEMAN et H. CAPELA, *op. cit.*, n° 25.

d'anticipation successorale unilatérale. Aussi, nous verrons que la promotion de l'anticipation successorale a une influence sur les possibilités offertes par les actes de planification successorale ; cela est indéniable, l'évolution de l'équilibre de la transmission permettant en effet une plus grande latitude au *de cuius* dans l'organisation de sa transmission future. Néanmoins, il faudra souligner que cette évolution, si elle permet notamment une plus grande contractualisation de la transmission, n'est pas la cause des mécanismes d'érosion de l'ordre public successoral comme peuvent l'être les mécanismes dits de « *contournement* »⁷¹⁸. Enfin, il faut souligner que peu importe l'outil de planification envisagé, les règles coercitives de l'ordre public successoral se sont adaptées à l'influence de l'anticipation successorale.

Section 2

LA RÉACTION DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

166. Une influence à géométrie variable. Le néolibéralisme successoral porté dans la matière de la transmission entraîne consubstantiellement une adaptation des règles étatiques pour laisser la volonté s'exprimer, c'est ce que nous qualifions comme étant l'influence de l'anticipation successorale sur l'ordre public successoral.

L'influence d'une certaine volonté de transmission anticipée dans la législation successorale a toujours existé dans la construction de l'équilibre de la transmission. Néanmoins, les récentes réformes de 2001 et de 2006 ont véritablement fait évoluer le curseur de l'équilibre entre volonté et limites. Cette mutation de l'ordre public successoral, à la suite de ces réformes d'importance, a amené une plus grande flexibilité dans la transmission et notamment une certaine contractualisation de la matière : évolution des libéralités partage et transgénérationnelle, renonciation anticipée à l'action en réduction, *etc.* Le point commun à ces entorses au cadre coercitif est l'adaptation de la législation aux besoins de volonté de prévisibilité et notamment la promotion du caractère concerté des actes de planification. Que ce soit une libéralité-partage ou une renonciation par anticipation à l'action en réduction, ces actes, pour être valables et efficaces, nécessiteront une rencontre de volonté entre le *de cuius* et la personne protégée par la règle étatique. Nous l'avons théorisé, il coexiste deux formes d'anticipation et de planification successorales, d'un côté, une anticipation faisant place à une volonté unilatérale d'anticipation et de planification, strictement personnelle au *de cuius* et ne faisant pas forcément intervenir les héritiers, et de l'autre, des volontés concertées

⁷¹⁸ Not. sur cette caractérisation de contournement : B. BEIGNIER, « Quelques idées pour une évolution sans révolution de la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 7-12 - J. BOISSON, « La réserve héréditaire en lien avec les libéralités philanthropiques », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 57-80.

d'anticipation amenant la passation de véritables pactes de famille. Force est de souligner que les récentes évolutions du droit des successions et des libéralités, sous impulsion libérale, ont obligé l'ordre public successoral à s'adapter (§ 1).

167. Le paradoxe du contournement. Il est important de souligner un élément paradoxal. La majorité des commentaires portant sur l'affaiblissement voire l'anéantissement de l'ordre public successoral se fondent sur l'évolution de l'équilibre inhérente aux réformes de 2001 et de 2006⁷¹⁹. Cependant, il est patent de constater que les plus grandes atteintes à l'ordre public successoral et aux valeurs qu'il entend défendre, devraient se trouver dans le cadre d'une anticipation unilatérale de son patrimoine, dans une anticipation qui ne fait pas nécessairement intervenir les acteurs protégés par la loi. Or, les mécanismes de contournement ne sont pas nés avec les lois de 2001 et de 2006, et ces lois n'en ont pas modifié le régime qui leur est applicable. Nous verrons que ces mécanismes anticipatifs ne profitent pas d'une adaptation plus souple de l'ordre public successoral, mais, de par leurs caractéristiques intrinsèques, font souvent échec à l'application des outils coercitifs de la transmission en les occultant purement et simplement (§ 2).

§ 1 - L'ADAPTATION DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

168. Une réaction par l'adaptation. Les nouveaux besoins, portés par un désir de volonté et d'autodétermination sont nécessairement entrés en confrontation avec les règles coercitives de l'ordre public successoral. Celui-ci a donc dû s'adapter à ces nouveaux impératifs de liberté et a dû évoluer.

Nous verrons particulièrement trois adaptations symptomatiques de l'ordre public successoral face à ce besoin d'anticipation successorale : une évolution des règles réservataires, avec le principe de la réduction en valeur (A) ; mais également un véritable besoin de transmission concertée du patrimoine devant se concilier avec « *l'impossible succession contractuelle* »⁷²⁰ (B). Enfin, nous verrons que l'adaptation de l'ordre public à une volonté anticipative revêt une coloration particulière en présence d'un lien de conjugalité (C).

⁷¹⁹ V. *supra*, n° 159.

⁷²⁰ Pour reprendre l'expression : D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N* n° 19, 7 mai 2004, 1223.

A - Une réduction en valeur

169. La réduction en valeur, entre révolution et adaptation. Avec les mesures de contractualisation de la transmission, le principe de la réduction en valeur est la mesure la plus lourde de sens pour l'adaptation de l'ordre public successoral et plus précisément de la réserve héréditaire. Le mécanisme de la réduction est l'un des plus complexes du droit des successions et des libéralités, mais également l'un des plus intéressants tant il implique toute une ingénierie liquidative impérative. Évaluations, chronologie, imputation, assiette ou conversion⁷²¹, sont - entre autres - les conséquences du principe de la réduction des libéralités excessives. Originellement, la réduction des libéralités excessives pouvait s'opérer soit en nature soit en valeur. Le principe étant comme le rappelle Henri de Richemont que : *« les legs sont réductibles en nature, ce qui ne pose pas de difficulté dans la mesure où le légataire n'en a pas encore pris possession. Les donations consenties à un successible sont réductibles en valeur tandis que celles qui ont été consenties à un non successible le sont en nature. Ces principes souffrent toutefois de nombreuses exceptions qui rendent les règles applicables extrêmement complexes »*⁷²². Le principe de la réduction en nature notamment pour les libéralités s'exerçant en dehors du cercle familial était symptomatique d'une volonté encore pressante de la conservation des biens dans la famille héritée des législations anciennes.

La loi de 2006 décide de renverser les règles et d'imposer le principe de la réduction en valeur pour les libéralités excessives. La doctrine a vu dans ce volet de la réforme la fin de la réserve héréditaire et un véritable revirement du principe instauré par la jurisprudence *Lavialle*⁷²³. Cette volonté législative s'explique notamment par une série de critiques concernant le principe de la réduction en nature. Selon Monsieur de Richemont, sa perspective *« créerait une insécurité, elle-même génératrice d'une gestion négligente et d'une indisponibilité de fait »*⁷²⁴. Sur le fond de la critique, nous partageons ce constat. Il est indéniable que la réduction en nature de principe pour certaines libéralités est en totale inadéquation avec la volonté pressante de transmission anticipée du patrimoine et de prévisibilité de ladite transmission. Assurer une plus grande sécurité juridique aux libéralités et un meilleur respect des volontés de leur auteur était donc la vocation de l'instauration

⁷²¹ Not. sur ce sujet : S.ARNAUD, « Les conséquences de la réduction en valeur », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2013, 1270 - Y. FLOUR, « Réserve héréditaire - Remarques sur la généralisation de la réduction en valeur », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 22 - S. DEVILLE et M. NICOD, « Réserve héréditaire - réduction des libéralités », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2012 - B. VAREILLE, « La réserve en valeur », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 28.

⁷²² H. de RICHEMONT, *op. cit.*, p. 36.

⁷²³ Cass. ch. réunies, 27 nov. 1863, *Lavialle* : DP. 1864, 1, p. 5 ; S. 1863, I, p. 513 : *« la réserve n'est autre chose que la succession elle-même diminuée de cette portion, s'il en a été disposé »*.

⁷²⁴ H. de RICHEMONT, *ibid.*

de la réduction en valeur comme la réduction du délai de prescription. En effet avant 2006, le délai de prescription de l'action en réduction des libéralités excessives était tricennal, après la réforme celui-ci est ramené à un délai quinquennal enfermé dans un délai décennal en fonction de la connaissance ou non de l'excessivité des libéralités. C'est donc au nom de la sécurité juridique que fut motivée cette réforme⁷²⁵, en supprimant le principe automatique de la réduction en nature, le législateur répondait à ce nouveau besoin de prévisibilité lié à l'anticipation successorale⁷²⁶.

Néanmoins, une partie de la doctrine voyait dans cette réforme la fin de la réserve héréditaire telle que le droit français la connaissait, comme étant une réserve *pars hereditatis*. C'est ainsi que la réflexion s'est posée : le choix de la réduction en valeur est-elle la manifestation d'un changement de conception des droits successoraux ? Le principe de la réduction en valeur témoigne-t-il d'un changement de nature de la réserve elle-même ? Est-elle devenue totalement *pars bonorum*, à savoir un simple droit de créance sur la succession ? Là encore, il faut faire preuve de nuance. L'extension de la réduction en valeur au non successible a effectivement indéniablement mis à mal la justification de la réserve comme étant un outil de conservation des biens dans la famille. Mais faut-il pour autant en déduire, comme le fait une partie de la doctrine, que les héritiers réservataires ne bénéficient plus que d'une créance en valeur ? A-t-on rompu « avec mille ans de réserve coutumière et deux siècles de Code civil »⁷²⁷ ? Non, nous ne le pensons pas.

Premièrement, il faut mettre en parallèle ce principe de réduction en valeur avec l'évolution des patrimoines précédemment étudiée. La dématérialisation et la fongibilité croissante des patrimoines devraient nécessairement avoir une conséquence sur le principe de la réduction des libéralités excessives. Cette analyse est confirmée par les écrits de Maître Stéphanie Arnaud qui constate que « la dématérialisation de la réserve s'inscrit dans un mouvement plus large de dématérialisation des patrimoines familiaux et de la fongibilité des éléments de fortune qui les composent. La succession, à l'exception de quelques biens remarquables dont la sauvegarde est importante, tels que le logement ou l'entreprise, subit le même sort et est aujourd'hui moins composée de biens que de valeurs »⁷²⁸. Dès lors, plutôt qu'une rupture, nous assistons encore et toujours à une adaptation. On retrouve ici l'idée déjà développée que la

⁷²⁵ « La réduction et donc la réserve est un facteur d'imprévisibilité juridique : Le législateur de 2006 a visiblement perçu la réduction, telle qu'elle était jusqu'alors pratiquée, comme une menace pour la sécurité juridique. Aussi a-t-il cherché à en réduire les conséquences : de là, le passage de la réduction en nature à la réduction en valeur, et l'admission de la renonciation anticipée à l'action en réduction », S. DEVILLE et M. NICOD : « Réserve héréditaire - réduction des libéralités », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2012.

⁷²⁶ « Là-dessus, l'évolution de notre droit successoral paraît assez claire. L'idéologie sécuritaire gagne du terrain, surtout lorsqu'il s'agit de protéger le commerce juridique. C'est que l'air du temps est favorable à l'ordre marchand, plus qu'à l'ordre familial. Voyez, par exemple, la généralisation que l'on peut juger excessive s'agissant des legs de la réduction en valeur. », M. GRIMALDI, « Sécuriser le règlement successoral – Rapport de synthèse », *JCP N* n° 16, 22 avr. 2011, 1139.

⁷²⁷ P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N*, n° 12, 2007, 1206.

⁷²⁸ S. ARNAUD, « Les conséquences de la réduction en valeur », *JCP N*, n° 47, 22 nov. 2013, 1270.

transformation et la financiarisation du patrimoine ont un impact direct sur l'équilibre de la transmission.

Deuxièmement, il faut revenir aux termes de cette réforme, sur la distinction fondamentale entre la légitime et la réserve coutumière⁷²⁹. Une partie de la doctrine consacre avec cette réforme la victoire de la légitime sur le principe de l'existence d'une créance réservataire désincarnée. Mais, n'est-ce pas plutôt une version travestie d'une réserve coutumière dématérialisée ? La notion de créance est-elle juridiquement correcte ? Le mot créance désigne un droit que détient une personne, dite le créancier, à l'encontre d'une autre personne, dite le débiteur ou la personne débitrice, qui lui doit la fourniture d'une prestation⁷³⁰. Cette définition ne sied guère à la protection réservataire, même pour une protection en valeur. Au surplus, il ne faut pas faire un amalgame entre le principe d'une réduction en valeur et la caractérisation d'une créance alimentaire réservataire, cela est faux et immédiatement contredit par le principe de la dette de valeur⁷³¹ et l'action en revendication⁷³². En effet, la réduction en valeur ne fait pas échec au mécanisme liquidatif, et le bien donné fera toujours l'objet d'une réévaluation⁷³³, sauf cas particulier de la donation-partage⁷³⁴. Aussi, en cas d'insolvabilité du bénéficiaire de la libéralité excessive, les héritiers lésés pourront toujours exercer à titre subsidiaire leur action en revendication. Au terme de cette réforme nous sommes donc en présence d'une véritable adaptation de l'ordre public successoral aux enjeux de sécurité juridique et de dématérialisation du patrimoine.

Le mécanisme de la réserve n'est pas le seul à s'être adapté aux besoins de volonté et de prévisibilité. Le principe de prohibition des pactes sur succession future, mécanisme faisant directement échec au principe d'une anticipation successorale concertée a lui aussi fait preuve d'une mutation importante.

⁷²⁹ V. *supra*, n° 16 et 17.

⁷³⁰ Bordas (1970), Créance, in *Focus Encyclopédie internationale tome I A/C*.

⁷³¹ C. civ. art. 922 al. 2 : « Les biens dont il a été disposé par donation entre vifs sont fictivement réunis à cette masse, d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession, après qu'en ont été déduites les dettes ou les charges les grevant. Si les biens ont été aliénés, il est tenu compte de leur valeur à l'époque de l'aliénation. S'il y a eu subrogation, il est tenu compte de la valeur des nouveaux biens au jour de l'ouverture de la succession, d'après leur état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation des nouveaux biens était, en raison de leur nature, inéluctable au jour de leur acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation ».

⁷³² C. civ. art. 924-4 al. 1 : « Après discussion préalable des biens du débiteur de l'indemnité en réduction et en cas d'insolvabilité de ce dernier, les héritiers réservataires peuvent exercer l'action en réduction ou revendication contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des libéralités et aliénés par le gratifié. L'action est exercée de la même manière que contre les gratifiés eux-mêmes et suivant l'ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente. Elle peut être exercée contre les tiers détenteurs de meubles lorsque l'article 2276 ne peut être invoqué ».

⁷³³ Not. en ce sens : G. DUMONT, « Paiement de l'indemnité de réduction : nécessité d'une revalorisation », *Gaz. Pal.* 23 mars 2021, n° 12, p. 67.

⁷³⁴ C. civ. art. 1078 : « Nonobstant les règles applicables aux donations entre vifs, les biens donnés seront, sauf convention contraire, évalués au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve, à condition que tous les héritiers réservataires vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient reçu un lot dans le partage anticipé et l'aient expressément accepté, et qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent ».

B - Une contractualisation de la transmission

170. La transmission, un contrat de confiance. La mutation la plus flagrante de l'ordre public successoral sous l'impulsion d'une volonté d'anticipation consiste à notre sens dans les possibilités offertes par une certaine « contractualisation »⁷³⁵ de la matière. Cette voie empruntée par le législateur permettait alors de donner un nouveau visage à la transmission, tout en contrôlant le principe d'une anticipation successorale unilatérale. Michel Grimaldi résume parfaitement cet état de fait : « *Le choix des renonciations anticipées comme outils privilégiés de libéralisation de la succession révèle la volonté du législateur de suivre une voie moyenne entre liberté individuelle et contraintes sociales : sans renonciation de l'héritier présomptif, le de cuius ne voit pas sa liberté renforcée* »⁷³⁶.

Ainsi, l'adaptation de l'ordre public devait se faire en fonction de cette nouvelle forme concertée de transmission : laisser les volontés privées avoir une importance, pour autant que celles-ci émanaient tant du *de cuius* que des acteurs initialement protégés par la loi, afin de faire tomber les piliers coercitifs de la transmission. Cette analyse reprend les marqueurs de l'ordre public de protection⁷³⁷. On le rappelle, l'ordre public de protection - en opposition à la notion d'ordre public de direction - « *vise à rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel* »⁷³⁸. C'est ainsi que cette couverture protectrice ne s'intéressera à une relation déséquilibrée que pour autant que le protégé s'en prévaut. Partant du postulat que le contrat implique un accord de volonté entre les acteurs, en concourant à l'acte de planification ou en étant à l'origine de celui-ci, la personne protégée par l'ordre public successoral renonce à l'application de la norme protectrice. On retrouve ici la caractérisation même de la notion précédemment étudiée d'anticipation concertée.

L'une des premières manifestations de cette incursion fut la refonte de la prohibition des pactes sur succession future par la loi du 3 décembre 2001. Cette loi créa sur les cendres de l'ancien article 1600 du Code civil⁷³⁹ un nouvel article 722 au même code prévoyant que : « *Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi* ».

⁷³⁵ Sur cette expression de contractualisation, v. *supra*, n° 164.

⁷³⁶ M. GRIMALDI, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755, notamment mis en lumière par C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 338.

⁷³⁷ V. *supra*, n° 6.

⁷³⁸ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 495 et 496) in Lamy droit du contrat (dir. F. FAGES et P. FLEURY), n° 1180, 2020.

⁷³⁹ C. civ. art. 1600 anc. abrogé par loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 21 : « *On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même avec son consentement* ».

Cette formulation, bien loin de celle de l'ancien article 1600 qui prévoyait que la vente d'une succession du vivant d'une personne était interdite même avec son consentement, permet une ouverture sur la contractualisation de la transmission. Même si le principe reste celui de la prohibition, la loi permet dans certains cas de procéder par contrat, par pacte, pour aménager les règles de la transmission au-delà de ce que la loi permet normalement.

Cette contractualisation influençant la règle coercitive est particulièrement prégnante dans un contexte familial⁷⁴⁰.

171. Les manifestations de l'érosion par le concours des descendants. Les manifestations d'une adaptation des règles de l'ordre public successoral sont nombreuses. Pour les besoins de la présente étude nous concentrerons notre analyse sur quelques cas précis. Il faut avant tout souligner que si les lois de 2001 et 2006 ont fortement contribué à démontrer l'influence de l'anticipation successorale sur la mutation de l'ordre public successoral, il existait d'ores et déjà avant ces réformes des possibilités offertes par l'anticipation successorale concertée.

172. Les premières manifestations de l'influence d'une anticipation successorale concertée à l'aune du Code civil. L'une des premières manifestations d'une telle forme d'anticipation se manifeste notamment par la possibilité de contourner la présomption de l'article 918 du Code civil. Cet article datant de l'époque révolutionnaire⁷⁴¹ et légèrement remanié par la loi de 2006 prévoyait que : « *La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, 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. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale* »⁷⁴². Cette disposition instaure une présomption, irréfragable⁷⁴³, de gratuité de l'acte de planification visant à juguler les éventuelles transmissions en fraude aux principes de l'ordre

⁷⁴⁰ En ce sens : D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N* n° 19, 7 mai 2004, 1223. ; J.-M. MATHIEU, « Les enjeux de la renonciation anticipée à l'action en réduction : vers une contractualisation de la transmission successorale - plaidoyer pour une utilisation accrue, mesurée et raisonnée de la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* n° 5, 5 févr. 2010, doss. 1060 ; M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, « Une contractualisation certaine mais contrôlée du droit des incapacités, des successions et des libéralités », *JCP N* n° 5, 5 févr. 2010, 1062.

⁷⁴¹ Not. en ce sens : C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, *op. cit.* p. 329.

⁷⁴² C. civ. art. 918 anc.

⁷⁴³ Sur la caractérisation d'une présomption irréfragable tirée de la règle de l'article 918 du Code civil : Cass. req., 19 août 1847 : *DP* 1848, 1, p. 202. - Cass. req., 28 déc. 1937 : *Sem. jur.* 1938, II, 615 - Cass. 1re civ., 15 mai 2008, n° 07-12.197 : *JurisData* n° 2008-043930. Pour étude précise sur les conséquences de cette présomption dans la liquidation de la succession notamment au regard de la caractérisation de libéralité : M. GRIMALDI, *Droit des successions* ; *LexisNexis*, 8e éd., 2020, n° 805 - P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8e éd., 2018, LGDJ Lextenso éditions, n° 739.

public successoral⁷⁴⁴. L'article prévoit une dérogation à l'application de cette présomption qui est le consentement des autres co-réservataires présomptifs du *de cuius*. Cette renonciation anticipée implique que l'héritier réservataire renonce à se prévaloir de la gratuité d'un acte translatif et partant de toutes actions en réduction si *in fine* cet acte venait à empiéter sur ses droits réservataires. On retrouve ici un parfait exemple d'un pacte sur succession future autorisé par la loi, permettant une anticipation et une planification successorales concertées. Cette acceptation pourrait même selon une jurisprudence récente être tacite⁷⁴⁵.

Une seconde manifestation de cette anticipation concertée a été introduite par la loi du 3 juillet 1971 à l'alinéa 2 de l'article 930 du Code civil. Selon Maître Didier Coiffard cette manifestation « *constituait le premier pacte de renonciation (...) Il s'agit d'un véritable pacte de famille car seule l'unanimité des réservataires et des disposants valide ce pacte. Il s'agit d'un pacte de renonciation qui constitue une véritable abdication à un droit éventuel de nature successorale* »⁷⁴⁶. Ce pacte sur succession future autorisé, permettait aux co-réservataires présomptifs de consentir à l'aliénation d'un bien ayant fait l'objet d'une libéralité pour juguler l'éventuelle action en revendication dans l'hypothèse d'un empiètement de leur part réservataire. Ce pacte fut transposé par la loi de 2006 à l'article 924-4 du Code civil⁷⁴⁷.

Ces deux pactes sur succession future autorisés par la loi caractérisaient déjà un besoin de prévisibilité inhérent à une volonté concertée d'anticipation, les lois de 2001 et de 2006 ne feront que poursuivre dans cette voie de recherche du concours des descendants pour débloquer les règles de l'ordre public successoral.

173. La renonciation anticipée à l'action en réduction. Dérogation la plus symptomatique à la prohibition des pactes sur succession future, la renonciation anticipée à l'action en réduction est un pacte successoral créé par la loi du 23 juin 2006. Ce pacte permet à un héritier réservataire présomptif de renoncer par anticipation à l'exercice de son action en réduction contre une libéralité qui pourrait *in fine* empiéter sur sa part de réserve normalement dévolue. Introduit dans le Code civil aux articles 929 à 930-5, les différents articles explicitent le régime de ce pacte, de son formalisme *ad validatem* à sa pérennité. Il est notamment prévu que cette renonciation

⁷⁴⁴ « La présomption de gratuité édictée par l'article 918 du Code civil a une double finalité ; elle sanctionne le fait que les actes visés peuvent n'être que des libéralités déguisées en fraude de la réserve mais on peut craindre aussi que les prestations viagères dues à l'aliénateur ne soient pas versées ou qu'il en soit de même du prix de la nue-propriété ou encore que l'usufruit réservé ne soit pas exercé », M. MATHIEU, « Libéralités-Partages. - Quotité disponible et réserve - Masse de calcul », J.-Cl. Liquidation - Partage, Fasc. 120, LexisNexis, art. 918 (act. N. LEVILLAIN 2020).

⁷⁴⁵ Sur l'efficacité d'un pacte de famille tacite pour contrer la lettre de l'article 918 du Code civil : Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 2022, n° 20-14.155 : *Dr. fam.* n° 5, avril 2022, comm. 54, obs. M. NICOD.

⁷⁴⁶ D. COIFFARD, *op. cit.*

⁷⁴⁷ C. civ. art. 924-4, al. 2 : « Lorsque, au jour de la donation ou postérieurement, le donateur et tous les héritiers réservataires présomptifs ont consenti à l'aliénation du bien donné, aucun héritier réservataire, même né après que le consentement de tous les héritiers intéressés a été recueilli, ne peut exercer l'action contre les tiers détenteurs. S'agissant des biens légués, cette action ne peut plus être exercée lorsque les héritiers réservataires ont consenti à l'aliénation ».

procédurale doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées, et que celle-ci peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement ou encore ne viser que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé.

Cet acte important dans ses implications liquidatives pour l'héritier originellement protégé, est sécurisé par un formalisme important censé empêcher toute fraude. C'est ainsi que l'article 930 du même code prévoit expressément que la renonciation doit être établie par un acte authentique spécifique reçu par deux notaires, et signée séparément par chaque renonçant en présence des seuls notaires. L'acte portant renonciation doit préciser les conséquences juridiques futures pour chaque renonçant. Le terme « censé » n'est pas utilisé de façon anodine. Il arrive malgré ce lourd formalisme qu'en pratique on s'aperçoive avec stupeur que certains signataires d'un tel pacte n'ont pas mesuré la portée de leur engagement et que cette passation pourrait *in fine* entraîner leur complète exhérédation. Ce formalisme est paradoxalement un fort élément dissuasif de la passation de ces actes.

Dans son rapport, Sébastien Huyghe commentait l'introduction de cette évolution de l'ordre public successoral : « *Cet article apporte une modification très substantielle au droit successoral, dont la réserve héréditaire est depuis 1804 l'un des piliers, en permettant à ceux qui en bénéficient de renoncer par avance à s'en prévaloir lorsque la succession sera ouverte, si des libéralités excessives ont alors été effectuées. Par ce biais, il permettra au disposant, avec l'accord de chacun, de préparer sereinement la transmission d'un patrimoine plus important à une ou plusieurs personnes déterminées, par exemple pour venir en aide à un enfant handicapé ou assurer la gestion d'une entreprise par un membre de la famille, sans craindre que les donations effectuées de son vivant donnent lieu à des litiges après son décès* »⁷⁴⁸. Préparer sereinement la transmission d'un patrimoine important, là était la clé de lecture du législateur pour l'instruction de cette renonciation. Une véritable mesure de contractualisation de la transmission pour contrer les différents problèmes rencontrés en pratique entre anticipation et ordre public successoral. Sébastien Huyghe relate deux exemples concrets que nous reprendrons pour les besoins de la présente étude. Le premier exemple concerne le cas de l'enfant handicapé. Les faits posés sont les suivants : le *de cujus*, en présence de plusieurs présomptifs héritiers réservataires, est lié par une certaine égalité imposée dans la transmission. Or, en présence d'un héritier en état de dépendance physique ou psychologique qui nécessiterait une plus grande aide financière ou patrimoniale, l'égalité imposée par la loi ne serait pas souhaitable. Le second exemple est afférent à la transmission anticipée d'un actif sociétaire. Là encore, la présence de multiples héritiers réservataires pourrait rendre la transmission à titre gratuit de la société à un seul héritier repreneur sujette à problème au regard de l'importance de la valeur du bien transmis par rapport à la consistance du patrimoine successoral.

⁷⁴⁸ S. HUYGHE, *op. cit.* p. 49.

Dans ces deux hypothèses le besoin d'anticipation successorale se trouvait confronté à un ordre public successoral inadapté, et une mutation évidemment était la bienvenue. En effet, confronté à un tel besoin, il n'existait pas de possibilité directe pour outrepasser la protection imposée. Il est évident que la réduction pouvait tout simplement ne pas être demandée par les héritiers réservataires à l'ouverture de la succession. Il est en effet important de rappeler que l'action en réduction des libéralités excessives n'est qu'une faculté pour l'héritier qui peut tout à fait ne pas s'en prévaloir. Néanmoins, ce type de schéma ne sied guère à la prévisibilité nécessaire à la réflexion anticipative, et il n'est pas concevable de mettre en place une stratégie de planification basée sur l'éventualité d'une non-option d'un héritier lésé de ses droits réservataires. Cela entrerait en totale inadéquation avec le pilier de la prévisibilité.

Dès lors, il devenait important de faire évoluer le principe de la prohibition des pactes sur succession future pour permettre à l'héritier de renoncer par anticipation à exercer son action en réduction sur une libéralité donnée. L'introduction de ce mécanisme en droit français a créé un véritable « séisme » dans la doctrine patrimonialiste. Rémy Libchaber affirmait qu'offrir à l'héritier réservataire la possibilité de renoncer par anticipation à l'action en réduction renversait ainsi le sentiment d'utilité collective de l'institution et engagerait le désarmement de la réserve. Il poursuivait son raisonnement avec cette phrase forte : « *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* »⁷⁴⁹. Il faut néanmoins préciser, que contrairement à ce qui a pu être écrit, la renonciation par anticipation à l'action en réduction n'est pas une nouvelle entorse au principe de la réserve héréditaire, mais bel et bien une évolution de la prohibition des pactes sur succession future. Henri de Richemond le résumait parfaitement : « *Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une atteinte à la réserve, mais plutôt d'une nouvelle dérogation au principe de l'interdiction des pactes sur succession future* »⁷⁵⁰. Dès lors, le législateur en 2006 a pris le parti d'une part de reconnaître le poids de la réserve héréditaire tout en concluant sur le bien-fondé de sa possible renonciation anticipée. Sur le plan théorique, ce nouveau pacte sur succession future autorisé par la loi est une illustration de l'inévitable mutation de l'ordre public successoral. Dans les faits elle ne représente pas, contrairement à ce qui a été longuement affirmé, le début de la fin de l'ordre public successoral. En effet, comme le souligne parfaitement le Professeur Pérès : « *la réserve héréditaire relève*

⁷⁴⁹ L'auteur poursuit : « *mais elle est aussi une institution d'ordre public, qui constitue l'épine dorsale du droit successoral français. 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* », R. LIBCHABER, « Observations proposées devant la Commission de réflexion sur la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 187-192.

⁷⁵⁰ H. de RICHEMONT, *op. cit.*, p. 233.

*de l'ordre public de protection. Jamais, elle ne peut représenter une règle contre la volonté de son bénéficiaire. Celui-ci peut y renoncer*⁷⁵¹. Cette mutation ne peut donc être que saluée, en ce qu'elle répond au poids de l'influence de l'ordre public tout en constituant une coercition certaine à la volonté unilatérale du *de cuius*. En pratique, cet outil est peu utilisé et une nouvelle réforme est vivement appelée de ses vœux par la doctrine pour intégrer cette renonciation dans un véritable pacte de famille.

Paradoxalement, l'influence potentiellement néfaste de ce mécanisme sur la conception de l'ordre public successoral n'allait pas venir de son principe mais de son exception. En effet, prévoyant une clause de sauvegarde dans ce mécanisme de renonciation, le législateur voulait prévoir une porte de sortie pour le présomptif réservataire dans des cas limitativement énumérés où il voudrait revenir sur sa renonciation. Furent ainsi consacrés à l'article 930-3 du Code civil les réserves ci-après reproduites : « *Le renonçant ne peut demander la révocation de sa renonciation que 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* ». Si les numéros 1° et 3° laissent peu de place à l'imagination bien qu'une qualification pénale ou une absence d'aliment peut toujours être sujette à débat sur le fond et sur les faits, le numéro 2 a laissé sceptique un bon nombre de juristes. Nous verrons en effet que cette disposition marque à notre sens l'incursion d'un caractère purement alimentaire à la protection réservataire. Ce sentiment est notamment partagé par Charles Bahurel : « *C'est purement et simplement une réserve alimentaire qui s'appelle la family provision du droit anglais car il ne s'agit plus alors d'attribuer un droit successoral au réservataire mais simplement de lui accorder une compensation calculée en fonction de ses besoins, c'est-à-dire une créance alimentaire. La réserve alimentaire existe donc désormais en droit français comme substitut à la réserve successorale, en cas de renonciation anticipée* »⁷⁵². Loin de transformer le fondement de la réserve, cette mention n'est pas anodine et nous analyserons le poids de cette éventuelle conception alimentaire prospective dans l'équilibre de la transmission.

Les exemples développés n'ont pas vocation à retranscrire l'intégralité des pactes sur succession future autorisés par la loi ou consacrés par la jurisprudence. Il existe en effet de

⁷⁵¹ « *La réserve héréditaire relève de l'ordre public de protection. Jamais, elle ne peut représenter une règle contre la volonté de son bénéficiaire. Celui-ci peut y renoncer. C'est l'ouverture que la loi du 28 juin 2006 a créée en permettant la renonciation à l'action en réduction – la RAAR. La RAAR ouvre elle-même au pacte de famille que le rapport a voulu étendre encore. La liberté de tester apparaît alors, non comme une liberté égoïste d'un individu qui veut transmettre, mais comme une liberté partagée avec ceux qui reçoivent. Le notaire, qui a dans ses gènes le sens de l'anticipation, de la prévention et de l'apaisement, apprécie dans l'exercice quotidien de sa fonction la réserve héréditaire. Celle-ci prévient le règlement d'une succession de nombreux litiges. La RAAR est une ouverture considérable de la loi du 23 juin 2006. Elle est un outil précieux qu'il faut utiliser plus souvent. C'est en la transformant petit à petit, au fil de la pratique, en pacte de famille, que nous consacrerons son utilité et son efficacité* », C. PÉRÈS, « La remise du rapport relatif à la réserve héréditaire », JCP N n° 7-8, 14 fév. 2020, act. 212.

⁷⁵² Charles BAHUREL évoque l'incursion d'une réserve alimentaire sur la base de 930-3 du fait de la RAAR (*Les volontés des morts – Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, thèse, Paris II, 2014, p. 419).

nombreuses dérogations permettant de contractuellement aménager par anticipation les règles coercitives de la transmission⁷⁵³.

174. La rénovation des libéralités substitutives. La question des libéralités substitutives fut également un sujet de discussion apparu avec les réformes. Le Code civil dans sa rédaction de 1804 imposa à son article 896 une nullité absolue des substitutions fidéicommissaires. Il aura fallu attendre la loi de 2006, fortement inspirée de l'ouvrage « *l'Offre de loi* »⁷⁵⁴, pour trouver une refonte de ces libéralités. Répondant aux besoins d'anticipation et d'évolution précédemment analysés, le législateur a décidé d'exhumer ces libéralités pour les adapter aux besoins juridiques des citoyens. Désormais, aux articles 1057 à 1061 du Code civil, le législateur de 2006 reconnaît la validité des libéralités résiduelles, déjà admises en partie par la jurisprudence⁷⁵⁵. Aux termes de ces articles, on apprend qu'il sera désormais possible de prévoir dans une libéralité qu'une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci. Le premier gratifié ne sera pas soumis à une quelconque obligation de conservation mais uniquement de transmission. Il est contractuellement possible de contraindre l'aliénation à titre gratuit du premier gratifié, il est néanmoins prévu que si celui-ci est réservataire, il conserve la possibilité de disposer entre vifs ou à cause de mort des biens qui ont été donnés en avancement de part successorale. Pour les libéralités graduelles - véritable substitution fidéicommissaire autrefois prohibée - la loi de 2006 les consacrent aux articles 1048 à 1056 du Code civil. Il est désormais possible de prévoir une libéralité en la grevant d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte. Les droits du second gratifié s'ouvrent à la mort du grevé. L'article 1054 du Code civil prévoit expressément que « *si le grevé est un héritier réservataire du disposant, la charge ne peut être imposée que sur la quotité disponible. Le donataire peut toutefois accepter, dans l'acte de donation ou postérieurement dans un acte établi dans les conditions prévues à l'article 930, que la charge greève tout ou partie de sa réserve. Le légataire peut, dans un délai d'un an à compter du jour où il a eu connaissance du testament, demander que sa part de réserve soit, en tout ou partie, libérée de la charge. À défaut, il doit en assumer l'exécution* ». Là encore, le besoin d'anticipation de la transmission a fait muter les règles de l'ordre public successoral en levant la prohibition des substitutions. Pascal Clément, alors ministre de la justice, illustre cette évolution pour répondre à des besoins concrets des contribuables. Il prenait notamment l'exemple de l'anticipation motivée par l'incapacité d'un héritier : « *les parents pourraient*

⁷⁵³ Sur une énumération de ces pactes sur successions futures autorisés : « *agrément statutaire, clause de continuation de la société, convention d'indivision, la suppression du droit du conjoint survivant en séparation de corps, clause commerciale, raar, 918, la renonciation à l'action en revendication 924-4* », C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, n° 399 s.

⁷⁵⁴ J. CARBONNIER, P. CATALA, J. de SAINT-AFRIQUE et G. MORIN, *op. cit.*

⁷⁵⁵ En ce sens : H. de RICHEMONT, *op. cit.*, p. 38.

*recourir à la libéralité graduelle pour accorder à leur enfant handicapé un appartement qui serait rendu à ses frères et sœurs à son décès et à la libéralité résiduelle pour confier à ce même enfant un portefeuille de valeurs mobilières. Les revenus dégagés par sa gestion lui permettraient de mener une existence normale. Si des frais importants s'avéraient nécessaires, son tuteur pourrait vendre les valeurs mobilières. À son décès, ses frères et sœurs, ou leurs descendants, récupéreraient le portefeuille »*⁷⁵⁶. Cette rénovation des libéralités substitutives s'est faite dans la ligne droite du mécanisme de contractualisation du patrimoine successoral. C'est ainsi que ces libéralités prennent tout leur sens lorsque le réservataire accepte de voir sa réserve grevée d'une telle charge. En effet, cette libéralisation de la prohibition des substitutions s'est faite dans le respect des autres composantes de l'ordre public successoral et notamment du principe d'une réserve héréditaire libre de charges. Là encore, on a recours au principe de l'anticipation et de la planification successorales concertées.

175. Une mutation plus large. D'autres mécanismes sont symptomatiques de l'influence de l'anticipation successorale, on pense notamment à l'extension des libéralités partages transgénérationnelles, ou à la possibilité de renoncer par anticipation à exercer l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs. Sur ce dernier point, la loi de 2006 a permis aux enfants d'un premier lit de renoncer par anticipation à exercer une action en retranchement à l'encontre du beau-parent qui bénéficie d'un avantage matrimonial portant atteinte à leur réserve héréditaire. Cette renonciation permet de sécuriser la protection matrimoniale, protection qui est le troisième pilier de l'adaptation des règles de l'ordre public successoral.

C - L'influence du lien de conjugalité

176. La valorisation juridique des liens électifs. L'évolution de la cellule familiale s'est notamment faite au profit de la famille nucléaire et plus particulièrement par une valorisation exceptionnelle du lien de conjugalité comme lien fondateur de la famille. Il faut souligner que cette valorisation est à géométrie variable en fonction du lien de conjugalité envisagé. Si la place de conjoint survivant est fortement valorisée, force est de constater que le partenaire de PACS ne bénéficie pas d'une telle valorisation sans même mentionner la question du concubin. Concernant la place du conjoint, la loi du 3 décembre 2001 réformant les droits successoraux du conjoint survivant a véritablement privilégié la famille nucléaire composée du seul couple et de ses enfants

⁷⁵⁶ H. de RICHEMONT, *ibid.*

sur le lignage et la fratrie⁷⁵⁷. Cet héliocentrisme de la conjugalité a entraîné tout un mouvement juridique de promotion de règles protectrices pour celui-ci.

L'évolution du droit successoral vis-à-vis du conjoint ne s'est pas faite directement sous l'influence d'un besoin d'anticipation successorale ; la promotion successorale du conjoint s'est avant tout faite sous l'impulsion de sa place dans la famille. C'est ainsi que la loi de 2001 a véritablement placé le conjoint comme le successible central de la dévolution successorale en lui octroyant aux termes de l'article 757 du Code civil une vocation successorale inédite, bien loin de sa vocation antérieure. Plus symbolique encore, avec cette loi, le conjoint survivant se voit reconnaître la qualité d'héritier réservataire subsidiaire. La question du conjoint survivant est cependant ambiguë sur le plan de la transmission car elle se trouve à mi-chemin entre les régimes matrimoniaux et le droit des successions. Ces premières évolutions juridiques des droits *ab intestat* du conjoint sont consubstantielles à sa nouvelle importance dans l'architecture familiale, mais ne permettaient pas pour autant de pallier une véritable volonté d'anticipation ayant pour objectif primaire la protection du conjoint, volonté pourtant récurrente dans le schéma d'anticipation successorale. En effet, le sort du conjoint cristallise une grande partie de l'ingénierie patrimoniale et les droits légaux du conjoint, même augmentés, ne sont parfois qu'un pis-aller face à la volonté de protection exprimée. Dès lors, en présence de descendants réservataires, il a fallu organiser les règles de l'ordre public successoral pour que celui-ci s'adapte au concours de ces types d'héritiers particuliers, parfois en conflits, avec un besoin de protection différent.

177. L'incidence des droits successoraux du conjoint survivant, la quotité disponible spéciale entre époux. La manifestation la plus emblématique de l'adaptation des règles de l'ordre public successoral en présence d'une volonté anticipative est l'institution de la quotité disponible spéciale entre époux. Pratiquement, cette quotité disponible spéciale est celle qui limite les libéralités entre époux dans l'hypothèse où des héritiers réservataires viennent en concours avec le conjoint survivant. Paradoxalement cette disposition n'est pas récente et a beaucoup varié au cours des époques⁷⁵⁸. On retrouve cette quotité disponible spéciale dès l'avènement du Code civil avec des différences de conception dans le cadre de la présence d'enfant commun ou non du couple. En présence d'enfant commun, à cette époque, le disponible spécial entre époux était soit d'un quart

⁷⁵⁷ F. BELLIVIER et J. ROCHFELD, « Droit successoral - Conjoint survivant - Enfant adultérin », *RTD civ.*, 2002, p. 156.

⁷⁵⁸ « Longtemps, elles ont été différentes en fonction de la nature du lien de filiation des descendants venant en concours avec lui, d'une part, de leur qualité d'enfant commun ou non commun, d'autre part. Puis les quotités spéciales se sont progressivement unifiées, pour prendre leur consistance actuelle, au fur et à mesure que s'égalisaient les droits de tous les enfants, en 1972 d'abord, puis en 2001, avec la suppression du régime défavorable aux enfants dits 'adultérins' » in D. EPAILLY, « Libéralités-Partages. - Quotité disponible et réserve - Quotité disponible entre époux. - Étendue et limites », *J.-Cl. Liquidation - Partage*, Fasc. 80, LexisNexis, 2019.

en pleine propriété et d'un quart en usufruit, soit de la moitié en usufruit de la succession⁷⁵⁹. La loi n° 63-699 du 13 juillet 1963 a étendu les branches de la quotité spéciale entre époux en permettant au *de cuius* de disposer au profit du conjoint dans les limites soit de la quotité disponible ordinaire, soit de la quotité disponible d'un quart en propriété et des trois quarts en usufruit soit, de l'usufruit universel de la succession. La présence d'enfant d'un autre lit entraînait des options différentes en fonction de la configuration familiale et notamment filiale. La quotité aujourd'hui consacrée par l'article 1094-1 du Code civil prévoit expressément que : « *Pour le cas où l'époux laisserait des enfants ou descendants, issus ou non du mariage, il pourra disposer en faveur de l'autre époux, soit de la propriété de ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, soit d'un quart de ses biens en propriété et des trois autres quarts en usufruit, soit encore de la totalité de ses biens en usufruit seulement. Sauf stipulation contraire du disposant, le conjoint survivant peut cantonner son émoulement sur une partie des biens dont il a été disposé en sa faveur. Cette limitation ne peut être considérée comme une libéralité faite aux autres successibles* ». Cette mesure constitue une adaptation importante des règles de l'ordre public successoral et notamment de la réserve héréditaire. En effet, peu importe la configuration familiale, le conjoint survivant peut se voir allouer de l'usufruit de la réserve. Au terme d'une institution contractuelle ou d'un testament, le conjoint, dont l'émoulement sera anticipé, pourra recevoir dans les plus grandes largesses du *de cuius*, la majorité du patrimoine successoral ou à tout le moins la plus grande latitude de pouvoir. Au terme des réformes de 2001 et de 2006, l'influence conjuguée d'une volonté d'anticipation successorale, et d'une promotion de la qualité de conjoint survivant, a été discutée notamment au regard de l'équilibre de la transmission. Dans le cadre de la discussion parlementaire de la loi du 23 juin 2006 la perspective d'une modification de la quotité disponible spéciale avait été envisagée. La question de sa modification avait notamment été posée au regard du nombre croissant de familles recomposées et du problème parfois consubstantiel de l'exercice d'un usufruit par un conjoint survivant beaucoup plus jeune⁷⁶⁰. Il avait alors été objecté que : « *ces situations devraient se rencontrer de plus en plus fréquemment du fait de l'augmentation des recompositions familiales. Néanmoins, votre commission considère que ces difficultés ne justifient pas de priver le testateur de sa liberté testamentaire* »⁷⁶¹. Cette opposition ne s'entend guère car la liberté testamentaire est une chose, la vocation du conjoint en est une autre. C'est *in fine* derrière la question de la sécurité juridique que se sont retranchés des auteurs : « *Ceci aura des conséquences qui n'ont sans doute pas été pleinement mesurées par les auteurs de la réforme, alors même que la pratique notariale a encouragé depuis des décennies l'attribution de l'usufruit universel au conjoint survivant. Cette disposition porte donc atteinte aux anticipations des testateurs, et de nombreuses personnes qui se croient protégées*

⁷⁵⁹ C. civ. art. 1094 anc.

⁷⁶⁰ « *Certes, l'attribution à un conjoint beaucoup plus jeune d'un usufruit grevant la totalité des biens du défunt peut, de fait, priver des enfants plus âgés pendant toute leur vie de la jouissance de leurs biens réservataires, alors même que le nu-propriétaire doit prendre en charge les gros travaux concernant le bien.* », H. de RICHEMONT, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁶¹ *Ibid.*

risqueraient de sévères déconvenues à l'ouverture de la succession»⁷⁶². L'adaptation de l'ordre public successoral à la volonté de protection du conjoint est, par la manifestation de la quotité disponible spéciale, une marque importante de la promotion de la volonté. Nous sommes en effet ici dans le cadre d'une anticipation autonome vis-à-vis des présomptifs réservataires, leur accord n'étant pas un prérequis pour grever leur part de réserve d'une charge.

L'adaptation, la mutation de l'ordre public successoral face à cette exceptionnelle quotité n'est pas totale et certains outils subsistent pour contrôler l'exercice de l'émolument du conjoint survivant. En effet, comme le relatent certains auteurs dans les hypothèses « *où le conjoint survivant est encore relativement jeune (...) les droits en usufruit accordés au conjoint sont de nature à priver les enfants de la jouissance de la succession pendant fort longtemps* »⁷⁶³. Dès lors, la loi prévoit des outils pour (re)mettre en balance les droits des descendants et les droits du conjoint survivant. Ils sont au nombre de deux : les mesures dites conservatoires et la possibilité de demander la conversion de l'usufruit. Il existe également la faculté de substitution offerte à l'article 1098 du Code civil mais celle-ci ne sera pas développée. En effet, cette dernière disposition prévoit que les enfants non-communs ont, dans l'hypothèse où un époux a fait à son conjoint, dans les limites de la quotité disponible spéciale, une libéralité en propriété, la faculté de substituer à l'exécution de cette libéralité l'abandon de l'usufruit de la part de succession qu'il eût recueillie en l'absence de conjoint survivant. Néanmoins, l'article ajoute : « *sauf volonté contraire et non équivoque du disposant* » ; qui impliquerait que cette faculté de substitution puisse être écartée par la seule volonté unilatérale du *de cuius*. Dès lors, cette faculté ne concourt pas à notre sens à des règles protectrices de l'ordre public successoral⁷⁶⁴.

Concernant les mesures dites conservatoires, l'article 1093-1 du Code civil prévoit que « *les enfants ou descendants pourront, nonobstant toute stipulation contraire du disposant, exiger, quant aux biens soumis à l'usufruit, qu'il soit dressé inventaire des meubles ainsi qu'état des immeubles, qu'il soit fait emploi des sommes et que les titres au porteur soient, au choix de l'usufruitier, convertis en titres nominatifs ou déposés chez un dépositaire agréé* ». Cette disposition nous apprend que ces mesures relèvent d'un caractère impératif voire d'ordre public⁷⁶⁵, selon la lettre même de l'article. Il apparaît donc que le *de cuius* ne peut exclure unilatéralement ce pouvoir aux héritiers. Concernant les mesures à proprement parler, on peut en

⁷⁶² *Ibid.*

⁷⁶³ En ce sens notamment : M. NICOD et É. FONGARO, « Réserve héréditaire - Quotité disponible », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2011 (act. oct. 2017), n° 125 - C. PÈRES et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 363.

⁷⁶⁴ En ce sens : « *Quant à ses conditions d'application, il convient tout d'abord d'observer que l'article 1098 n'est pas d'ordre public. Le disposant peut ainsi priver chacun des enfants de la faculté de substituer l'abandon de son usufruit à l'exécution de la libéralité en propriété* », M. NICOD et É. FONGARO, *op. cit.*, n° 137.

⁷⁶⁵ Pour la qualification de droit d'ordre public : TGI Paris, réf., 21 sept. 2017, n° 17/56034 : « *Il est par ailleurs constant que ces dispositions sont d'ordre public de sorte que la clause de dispense du conjoint à fournir ces garanties insérées dans une donation entre époux ou un testament est inefficace, ou plutôt inutile, car les descendants pourront toujours exiger l'emploi des sommes ; et cette injonction est discrétionnaire* ».

distinguer deux. La première, est la mise en place d'un inventaire pour les meubles et les immeubles. Cet inventaire a pour intérêt de fixer de façon précise l'état et la consistance du patrimoine objet de l'usufruit du conjoint survivant. La seconde, a pour finalité, quand l'usufruit porte sur des liquidités, de faire employer les fonds sur des placements sécurisés afin notamment de contrer la création d'un quasi-usufruit sur ces sommes⁷⁶⁶. Si l'usufruit sur des biens corporels permet au nu-propriétaire d'avoir une espérance de récupération à l'extinction du démembrement, la question de l'usufruit sur des liquidités emmène d'autres problématiques. Le quasi-usufruit nouvellement créé permettrait, dans les faits, au conjoint survivant de totalement dilapider les liquidités, à charge de laisser une créance de restitution, souvent bien maigre consolation pour les héritiers réservataires⁷⁶⁷. L'obligation d'emploi de ces sommes sur des comptes permet aux héritiers de faire échec à la constitution de ce quasi-usufruit légal, l'usufruitier n'ayant droit qu'au fruit du placement laissant le capital investi intact⁷⁶⁸.

La mise en place de ces mesures tirées de l'article 1093-1 est en pratique directement demandée au notaire liquidateur. Néanmoins, il est courant que le conjoint survivant refuse la mise en place de ces mesures conservatoires. Le notaire se retrouve donc dans une position délicate, même si le caractère d'ordre public de ces mesures induit qu'il pourrait, d'autorité, les mettre en place⁷⁶⁹. Paradoxalement, il sera fréquent qu'en pratique, dans le cadre d'une opposition, le notaire tergiverse à prendre les mesures conservatoires. L'héritier demandeur devra alors saisir par voie de référé le président du tribunal judiciaire compétent pour demander leur mise en place⁷⁷⁰. Dans le cadre de ces mesures, il est intéressant d'observer la forme que prend l'adaptation de l'ordre public successoral. La confrontation entre deux rangs d'héritiers protégés fait émerger un équilibre protecteur différent de celui présent entre héritiers réservataires et un tiers. Le concours entre conjoint et présomptif réservataire fait émerger un nouvel équilibre entre volonté et protection qui

⁷⁶⁶ C. civ. art. 587 : « si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité, soit leur valeur estimée à la date de la restitution ».

⁷⁶⁷ Pour une étude sur le sujet : S. LEROND, « Quasi-usufruit sur comptes bancaires : analyse et conséquences », *Gaz. Pal.* 23 mars 2021, n° 12, p. 73.

⁷⁶⁸ TGI Paris, 19 déc. 2007 : *RTD civ.* 2008, 340, obs. M. GRIMALDI.

⁷⁶⁹ Quitte à ce que le conjoint tente de demander la main levée judiciaire desdites mesures.

⁷⁷⁰ TGI Paris, réf., 21 sept. 2017, n° 17/56034 : Il a été jugé que l'article 1094-3 du Code civil « énumère différentes garanties que peuvent exiger les héritiers réservataires pour préserver les biens dont l'usufruit a été donné ou légué au conjoint. Ces garanties sont dues par le conjoint survivant sans qu'aucune circonstance particulière ne soit exigée. Ainsi cette faculté peut être exercée même si les droits des héritiers réservataires ne sont pas en péril. (...) Même en l'absence de mise en péril de leurs droits, les enfants du de cujus peuvent demander au conjoint survivant donataire l'emploi des sommes soumises à usufruit prévu par l'article 1094-3 du Code civil. » (CA Versailles, 5 juin 1989 : *JurisData* n° 1989-042279). En application de ce même article, les héritiers réservataires peuvent exiger, outre l'établissement d'un inventaire, mesure strictement conservatoire, qui permet de fixer la consistance du patrimoine du de cujus, lorsque l'usufruit donné ou légué. Le contexte manifestement conflictuel existant entre les parties justifie de l'urgence à prendre les mesures conservatoires prescrites par l'article 1094-3 du Code civil, tandis que le refus opposé par la défenderesse à l'application de dispositions d'ordre public, établit la réalité du différend, sans que l'allégation d'un potentiel abus de droit, de surcroît insuffisamment démontré, ne puisse faire échec audit texte dès lors que l'article 808 précité écarte l'éventuel impact d'une contestation sérieuse ».

ne s'appuie pas sur une idée de restitution immédiate, mais plutôt sur une conservation des droits le temps de la vie du conjoint.

Cela nous mène à la seconde forme d'adaptation de l'ordre public successoral dans le cadre de ce concours réservataire/conjoint : la conversion de l'usufruit. Pour les successions ouvertes après le 1^{er} juillet 2002, l'article 759 du Code civil prévoit que « *tout usufruit appartenant au conjoint sur les biens du prédécédé, qu'il résulte de la loi, d'un testament ou d'une donation de biens à venir, donne ouverture à une faculté de conversion en rente viagère, à la demande de l'un des héritiers nus-propriétaires ou du conjoint successible lui-même* ». Cette faculté de conversion, poursuit l'article 759-1 du même code, est insusceptible de renonciation et le *de cuius* ne peut priver ce mécanisme d'effet ; elle concourt donc à l'adaptation de l'ordre public successoral. Le texte parle d'une faculté qui pourrait se conclure à l'amiable, il est néanmoins constant que cette demande oppose les héritiers et le conjoint et que la voie judiciaire sera souvent empruntée. Dans cette hypothèse c'est le magistrat qui tranchera l'opportunité de la conversion de l'usufruit et le montant de la rente viagère. La conversion ne pourra cependant pas être opérée sur le logement que celui-ci occupait effectivement à titre de résidence principale, ainsi que sur le mobilier le garnissant. Là encore, le rétablissement des droits des héritiers réservataires ne se fait pas complètement mais à charge de contrepartie pour le conjoint, prouvant encore que l'équilibre successoral entre ces deux types d'héritiers relève d'une matrice intellectuelle différente.

Le dernier point concernant l'adaptation de l'ordre public successoral dans le cadre de la conjonction de la volonté anticipative et de la protection du conjoint a trait à son traitement fiscal.

178. La fiscalité successorale du conjoint et du partenaire de PACS. L'article 8 de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat dite loi TEPA a instauré une mesure inédite à l'article 796-0 bis du Code général des impôts qui prévoit une exonération de droits de mutation par décès au profit du conjoint survivant et du partenaire lié au défunt par un PACS. Ainsi, la part successorale reçue par le conjoint survivant ou le partenaire lié au défunt par un PACS est exonérée de tous droits de succession⁷⁷¹. Cette mesure unique en droit successoral français supprime donc le régime de fiscalité antérieure applicable entre conjoint et partenaire de PACS mais laisse intact le régime applicable dans le cadre d'une mutation à titre gratuit entre vifs. Dans notre acception élargie de l'ordre public successoral qui intégrerait justement l'impôt successoral, cette mesure est primordiale. En effet, si la fiscalité peut faciliter une certaine forme de transmission d'un côté, elle peut tout aussi bien la sanctionner de l'autre. En levant la barrière fiscale de la transmission pour cause de mort entre conjoints et partenaires de

⁷⁷¹ BOFIP. BOI-ENR-DMTG-10-20-10.

PACS le législateur a envoyé un signal très important, et fait sauter le verrou psychologique que peut représenter la charge fiscale d'un émolument trop important.

La levée de la fiscalité pour le conjoint survivant apparaît être une bonne mesure. Celui-ci, parfois âgé, n'aura pas à s'acquitter des charges fiscales pour se maintenir dans les biens qu'il a acquis sa vie durant avec feu son conjoint. La solution fait sens, notamment à la vue de certaines situations factuelles. Cependant, cette exonération a une portée importante. Conscient que le conjoint ne paiera aucune charge fiscale du fait de la transmission *causa mortis*, le *de cujus* n'aura pas la crainte de sur allouer son conjoint, crainte qu'il pourrait avoir face à un héritier fiscalisé. Encore et surtout, la fiscalité successorale, partie intégrante de l'ordre public successoral, a une importance dans l'équilibre de la transmission. Si une fiscalité confiscatoire de 60% pour un tiers a un effet dissuasif, son absence peut, par opposition, avoir un effet attractif et ainsi conclure à la transmission d'un important patrimoine parfois au détriment des descendants réservataires. Avantagé au civil, exonéré au fiscal, l'influence de l'anticipation successorale et de la promotion du conjoint survivant est peut-être dans notre droit de la transmission contemporain l'un des points les plus importants.

L'influence de l'anticipation successorale portée par la volonté et la prévisibilité a donc une influence croissante et importante sur la conception de l'ordre public successoral, influence qui oblige à une certaine adaptation de ses règles. Cependant, l'ordre public successoral ne peut s'adapter dès lors qu'il n'est pas sollicité. L'anticipation et la planification successorales qui useront d'outils étrangers au déclenchement du périmètre de l'ordre public successoral ne le feront pas s'adapter, mais l'occulteront purement et simplement, obligeant les règles coercitives à emprunter des chemins détournés pour concourir à la réalisation de l'équilibre.

§ 2 - L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL OCCULTÉ

179. La lisière du contournement. Les composantes de l'ordre public successoral sanctionnent, en première lecture, un certain type d'anticipations et de planifications. Si l'on occulte les prohibitions liées à un certain formalisme porté par les pactes sur succession future et la prohibition des substitutions, la protection réservataire et les mécanismes impératifs qui en découlent nécessitent un élément pour se déclencher : la présence d'une libéralité et notamment d'une intention libérale⁷⁷². Partant, pour que la protection réservataire, et plus généralement les mécanismes de réduction et de rapport soient efficaces, il est nécessaire que soit constatée une

⁷⁷² En ce sens : « la transmission qui a été opérée par le défunt n'est pas juridiquement analysée comme une donation entre vifs, elle échappe à l'emprise de l'article 922 du Code civil et ne doit pas venir accroître la masse de calcul. L'exclusion de la qualification libérale peut notamment trouver sa source dans la modicité de l'appauvrissement du disposant ou dans la présence d'un aléa », S. DEVILLE et M. NICOD : « Réserve héréditaire – réduction des libéralités », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2012, n° 31.

intention libérale ; à défaut le mécanisme de transfert ne sera pas regardé comme devant être pris en compte dans la liquidation de la succession. C'est notamment pour cette raison que le législateur a mis en place toute une série de présomptions de libéralités comme celles édictées à l'article 918 du Code civil.

Nous avons vu que la réflexion anticipative et les outils de planification n'étaient pas - ou plus - nécessairement axés sur l'utilisation de libéralités. Dès lors, une partie de l'anticipation et des actes pris dans cette hypothèse vont se faire en dehors du giron du contrôle habituel de l'ordre public successoral et de ses composantes. Existence ou non d'une libéralité **(A)**, présence d'un aléa **(B)**, nous allons voir que l'influence de l'anticipation successorale peut amener en pratique à une véritable occultation des règles de l'ordre public successoral, faisant fi de l'équilibre de la transmission.

A - La présence d'une libéralité

180. Une notion pivot. L'outil de transmission qu'est la libéralité est omniprésent dans l'étude des successions et de la transmission. Cette notion répond à un régime juridique complexe. L'étude des éléments constitutifs de la libéralité **(1)** permet de mettre en exergue les moyens de faire échec à sa constitution par des mécanismes d'anticipation **(2)**. Cette disqualification sera notamment utilisée dans le cadre de l'anticipation conjugale **(3)**.

1 - Les éléments constitutifs de la libéralité

181. Les conditions cumulatives de la libéralité. La loi du 23 juin 2006 est venue définir la notion de libéralité à l'article 893 du Code civil. La libéralité est donc « *l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* » tout en précisant qu'« *il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament* ». Pour que la libéralité soit constituée, il est nécessaire qu'elle réunisse certains éléments cumulatifs. Le premier a trait uniquement pour les donations et est défini à l'article 894 du Code civil. Il est ainsi prévu que : « *la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépossède actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte* ». Pour être qualifié de libéralité l'acte de donation devra donc être consubstantiel d'un transfert matériel de la chose donnée. C'est ainsi qu'il est d'usage que le donataire ne puisse conserver la maîtrise de la chose ni se réserver un moyen de récupérer à terme l'objet de la libéralité. Il existe un nombre important de dérogations à ce principe, on pense

notamment aux clauses de retour conventionnel⁷⁷³ ou à la clause de réserve d'usufruit du bien donné⁷⁷⁴.

Les deux autres éléments constitutifs de la libéralité sont communs à tout type de libéralité : l'absence de contrepartie et l'existence d'une intention libérale⁷⁷⁵. L'absence de contrepartie de la libéralité permet de tracer la ligne de démarcation entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. C'est ainsi qu'en présence d'une vente, l'existence du paiement du prix de vente fait directement échec à la qualification de libéralité. Néanmoins il y a des cas où l'insuffisance volontaire de la contrepartie peut faire échec à la qualification d'acte onéreux des parties. Par exemple, la contrepartie insuffisante dans un transfert peut faire apparaître la présence d'une donation qui sera requalifiée à la demande du cohéritier lésé dans la liquidation⁷⁷⁶ ou par l'administration fiscale. Une distinction doit néanmoins être opérée dans le cadre de la gratuité avec, d'un côté, les libéralités et, de l'autre, ce que l'on peut qualifier de contrat de services à titre gratuit. À première vue semblables, ces typologies d'actes s'opposent sur leurs régimes juridiques. La distinction fondamentale entre les deux qualifications tient notamment au caractère économique. Il est d'usage de constater que dans le cadre d'un contrat de services l'appauvrissement du débiteur n'est autre qu'un manque à gagner, quand le créancier se voit réaliser une économie. Ces qualifications font échec à la constatation d'un véritable transfert de valeur et *in fine* à l'exercice des règles de l'ordre public successoral.

Cette distinction opérée, pour que la libéralité soit parfaitement qualifiée, il est nécessaire que soit caractérisée une intention libérale⁷⁷⁷.

⁷⁷³ C. civ. art. 951.

⁷⁷⁴ Not. sur ce sujet : S. FERRE-ANDRE, « L'usufruit dans les libéralités à l'épreuve du temps », in *Mélanges Raymond Le GUIDE*, LexisNexis, mars 2014, pp. 397-414.

⁷⁷⁵ Pour une étude précise sur la notion de libéralité : P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^{ème} éd., 2018, LGDJ Lextenso éditions, p. 181 s. - B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIF, *Libéralités et successions*, 2015, LGDJ, p. 23 s.

⁷⁷⁶ « Insuffisance convenue de contrepartie – L'existence d'une libéralité peut aussi résulter d'une contrepartie insuffisante, dès lors que les parties en sont convenues ainsi. La libéralité porte alors sur la différence entre la valeur de ce qui est donné et la « contrepartie » stipulée. Selon les cas, il peut s'agir d'une donation déguisée (si cette contrepartie insuffisante n'a été prévue que dans une contre-lettre) ou d'une donation indirecte (si l'acte porte ouvertement une contrepartie insuffisante) », A. SERIAUX et S. MAZEAUD-LEVEUR, « Synthèse - Notion de libéralité ; conditions et charges des libéralités », *J.-Cl. Civil Code*, 2020.

⁷⁷⁷ Sur la preuve de l'existence d'une donation : Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2012, n° 11-12.863 : *RTD civ.* 2012. 353, obs. M. GRIMALDI : « Pour prouver l'existence d'une donation, il faut démontrer l'appauvrissement du donateur et son intention libérale. Ces deux critères, requis cumulativement, caractérisent l'existence d'une donation » - Civ. 1^{ère}, 20 avr. 2017, n° 16-15.101 : *AJ fam.* 2017. 368, obs. N. LEVILLAIN.

Plus récemment : Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2020, n° 19-18.472 (809 F-D) : *AJ Fam.*, 2021 p. 139, obs. N. LEVILLAIN : « En l'espèce, une fille avait habité dans un logement appartenant à son père. Sa sœur demande le rapport d'une indemnité correspondant à la valeur locative du bien. Sa demande est rejetée au visa de l'art. 843 c. civ. car elle n'apporte pas la preuve de l'intention libérale. Elle est également rejetée aux visas des art. 1353 et 843 c. civ. : le demandeur doit apporter la preuve de l'appauvrissement. Ainsi, il n'incombe pas au défendeur de prouver qu'il a payé un loyer mais au demandeur de démontrer que le loyer n'a pas été payé ». Également sur le sujet : G. DROUOT et C.-M. PÉGLION-ZIKA, « L'absence d'intention libérale se présume-t-elle ? », *RJPF* n°2, fév. 2021.

182. L'impérieuse intention libérale. L'intention libérale « *est de l'essence même de la libéralité, pas de donation sans animus donandi, pas de testament sans animus testandi* »⁷⁷⁸. La définition de l'intention libérale est un sujet central dans la doctrine patrimonialiste tant les conceptions divergent. Tout un chacun s'accorde pour affirmer que pour qu'il y ait une libéralité, il faut que le disposant soit animé d'une intention libérale⁷⁷⁹. Il est dès lors essentiel d'appréhender les contours d'une telle notion. Selon Michel Grimaldi il existerait majoritairement deux conceptions de l'intention libérale. Dans une première conception, dite large, l'intention libérale serait « *suffisamment caractérisée par la volonté et la conscience de s'appauvrir* »⁷⁸⁰ ; dans cette hypothèse les mobiles seraient indifférents. Dans une seconde conception plus restrictive, mais également subjective, « *l'intention libérale supposerait un sacrifice non seulement conscient et voulu, mais entièrement désintéressé. Les mobiles sont alors essentiels : si le disposant a eu en vue son intérêt personnel, matériel ou moral, l'intention libérale disparaît* »⁷⁸¹. Cette seconde conception de l'intention libérale nécessiterait un véritablement examen de la volonté du disposant lors de la passation d'un acte. En ce compris, le mobile de l'intention libérale pourrait reposer sur des sentiments multiples : « *piété, charité, désintéressement, haine, orgueil, justice, etc.* »⁷⁸². Si cette conception restrictive de l'intention libérale implique pour une partie des auteurs de sonder les reins et les cœurs des *de cuius*, la première conception, large, souffre d'une critique qui serait de confondre intention libérale et consentement donné à l'acte⁷⁸³. Aussi complexe qu'elle soit, la détermination de l'existence de l'intention libérale est pourtant centrale car elle permet de déterminer si l'acte passé revêt ou non la qualification de libéralité, et entraînera ou non en conséquence les règles de l'ordre public successoral. La recherche de l'intention libérale devant être faite au moment de la formation et de la passation de l'acte juridique, elle est parfois extrêmement difficile à caractériser. La preuve de cette intention libérale doit être rapportée par la personne qui cherche à faire reconnaître l'existence d'une libéralité : soit à son profit, soit au profit d'une autre personne. L'intention libérale étant un élément autonome et obligatoire⁷⁸⁴ à la caractérisation d'une libéralité, elle ne peut être déduite du seul appauvrissement⁷⁸⁵.

Pourtant primordiale, certains auteurs ont mis en exergue la difficulté grandissante de la détermination de cette notion notamment liée à une ingénierie juridique et successorale de plus en plus galopante : « *La patrimonialisation des rapports de famille a provoqué une contraction de la catégorie des*

⁷⁷⁸ M. GRIMALDI, *L'intention libérale*, Conférences Roger-Comtois, 2, Thémis, 2003, p. 6.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ M. GRIMALDI, *op. cit.* p. 7.

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² M. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, p. 183.

⁷⁸³ En ce sens : N. PETERKA, « 355.41. Chapitre 355. Achats pour autrui entre époux » in, *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6^e éd., Dalloz 2017, coll. Dalloz action (dir. M. GRIMALDI).

⁷⁸⁴ En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 2018, n° 16-26.971 : JurisData n° 2018-000659 : *Dr. fam.*, 2018, comm. 106, obs. A. TANI.

⁷⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012, n° 11-12.863, 09-72.542, 10-25.685, 10-27.325 : JurisData n° 2012-000375.

*libéralités. Le second, jouant en sens opposé, a emporté sa dilatation : il s'agit de la quête d'optimisation fiscale. (..) De ce dessèchement ou de cette évaporation de l'intention libérale, le contenu même de la libéralité apporte d'ailleurs une preuve éclatante : souvent, la donation est truffée de clauses qui attestent que le donateur n'a nulle envie de se dépouiller»⁷⁸⁶. Paradoxalement, c'est cette intention libérale qui va souvent permettre à l'ordre public successoral de déjouer l'habileté patrimoniale de certains *de cuius* au mépris du respect de l'équilibre de la transmission. Pas d'intention libérale, pas de libéralité ; pas de libéralité, pas de réunions fictives et *in fine* une occultation des limites successorales.*

2 - Anticiper la disqualification de libéralité

183. L'enjeu de la qualification. Il existe des outils d'anticipation pouvant se développer en occultant les règles de l'ordre public successoral. Nous développerons ici deux formes spéciales de transfert : les présents d'usage et la mise à disposition d'un logement.

184. Le présent d'usage. C'est l'article 852 du Code civil qui prévoit cette exception aux règles du rapport et de la réduction. Selon la lettre de cet article les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et les présents d'usage ne doivent pas être rapportés, sauf volonté contraire du disposant. Le caractère de présent d'usage s'apprécie à la date où il est consenti et compte tenu de la fortune du disposant⁷⁸⁷. Prosaïquement le présent d'usage s'analyse en un cadeau fait à l'occasion d'un certain événement et ne devant excéder une certaine valeur au regard des moyens du disposant au jour du transfert. Les deux conditions sont cumulatives : l'existence d'un usage social ou familial et l'absence d'excès de la libéralité. C'est ainsi que le chèque d'un grand-parent pour un anniversaire ne sera pas regardé par les règles de l'ordre public successoral comme une donation rapportable, sauf si le dit chèque représente un nominal manifestement disproportionné par rapport à ses moyens. Ces transferts échappent donc aux règles liées au statut des libéralités : ils n'ont pas à être fictivement réunis à la masse de calcul de la quotité disponible et ne sont pas donc réductibles, ils ne sont pas rapportables et échappent également à une éventuelle révocation pour ingratitude.

Néanmoins la qualification de présent d'usage se révèle être en pratique une grande source de contentieux du fait de leur caractère assez peu définissable. Si l'occasion du don pose peu de

⁷⁸⁶ M. GRIMALDI, *L'intention libérale*, Conférences Roger-Comtois, 2, Thémis, 2003, p. 11.

⁷⁸⁷ C. civ. art. 852 al. 2 : « Le caractère de présent d'usage s'apprécie à la date où il est consenti et compte tenu de la fortune du disposant ».

questions⁷⁸⁸ c'est souvent son *quantum* qui fera l'objet de discussions passionnées lors des liquidations successorales. En cas de litige ce sera au juge du fond de trancher sur le caractère social et modique du présent d'usage. Dans l'hypothèse où le transfert ne revêt pas l'une des caractéristiques pour être qualifié de présent d'usage, ledit transfert sera requalifié en un don manuel classique, et notamment soumis aux règles du rapport et de la réduction.

185. La mise à disposition d'un logement. Peut également se poser la question des conséquences liquidatives procurées par un avantage en nature pendant la vie d'un héritier. En effet, la qualification de l'acte de planification projetée est primordiale dans une réflexion d'anticipation successorale. C'est de cette qualification que va découler à l'ouverture de la succession l'application ou non des règles de l'ordre public successoral. S'est rapidement posée la question de la nature de l'entraide familiale et de ses éventuelles répercussions lors de la liquidation. Comme le précise Pierre Murat : « *l'entraide entre générations n'est pas juste une aide matérielle qui serait économiquement et juridique transparente : elle provoque des flux de valeurs (paiement d'études, de certaines charges dans des périodes de difficultés...), ou en empêche d'autres par le choix de la gratuité (mise à disposition gracieuse de certains biens ou dans des conditions avantageuses ; prêts sans intérêts...) et peut donc potentiellement entraîner des déséquilibres économiques* »⁷⁸⁹. Dès lors, la prise en compte de ces éléments et de leurs conséquences potentielles sur la transmission du patrimoine relève d'une volonté d'anticipation. En l'absence de traitement, ces gestes pourront être qualifiés d'avantages indirects et pourront être rapportables et réductibles. Il est dès lors important de s'attarder sur la qualification de ces avantages en droit de la transmission pour *in fine* déterminer comment la pratique tente de les exclure du giron de l'ordre public successoral. Le cas de la mise à disposition gratuite d'un logement à un enfant héritier présomptif offre un exemple parfait de cette corrélation entre entraide et libéralité⁷⁹⁰. La question de la mise à disposition d'un logement gratuit a fait l'objet de nombreuses qualifications au fil des décisions et des analyses doctrinales. Il faut en première intention souligner que cette interrogation est toujours le fruit d'un conflit. En pratique aucun notaire n'ira spontanément calculer l'avantage réellement procuré par la mise à disposition gratuite d'un logement et cette donnée sera tout

⁷⁸⁸ En ce sens « Généralement, les présents d'usage sont faits à l'occasion d'événements à caractère social : naissance, baptême, fiançailles (Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 1960 et 20 juin 1961, préc. ; Paris, 1^{er} juin 1965, JCP 1967. II. 14762, note M.-P. Vié ; bague de fiançailles de valeur mais jugée non excessive eu égard au « rang » du disposant ; comp. Douai, 17 sept. 1985, D. 1986. 301, note J.-P. Langlade), mariage, anniversaire (Civ. 1^{re}, 30 déc. 1952, Sacha Guitry, D. 1953. 161, JCP 1953. II. 7475, note J. Mihura, Gaz. Pal. 1953. 1. 148, Rép. gén. not. 1953. 75 ; cet arrêt a confirmé un arrêt de Paris, 22 nov. 1949, Gaz. Pal. 1950. 1. 44, concl. Dupin ; V. aussi Civ. 1^{re}, 15 oct. 1963, Bull. civ. I, n° 433), succès scolaire ou social, événement intime... », I. NAJJAR, « Donation Civ. – Mise en œuvre du critère de la donation », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2008 (act. janv. 2021).

⁷⁸⁹ P. MURAT, « L'entraide entre générations et les comptes en famille : comment gérer le risque ? », JCP N n° 17, 26 avr. 2013, doss. 1112.

⁷⁹⁰ En ce sens : A. TANI, « Libéralités - Celui qui profite d'un logement devra-t-il le rapport ? », *Dr. fam.* n° 2, févr. 2021, comm. 24.

simplement occultée. La question de sa prise en compte et de sa valorisation dans le cadre de la liquidation civile et fiscale d'une succession ne se verra que dans l'hypothèse où il existe un conflit entre les héritiers dans la liquidation.

Sur le fond, le bénéfice de la mise à disposition d'un logement a fait l'objet de plusieurs qualifications. Le prisme de la réintégration de cette mise à disposition se fait principalement sur l'absence de loyers perçus par les parents propriétaires du bien. La jurisprudence avait d'abord tenté d'inclure ce bénéfice dans le périmètre des avantages indirects. Véronique Bouchard qualifiait l'avantage indirect « *comme étant un profit constaté objectivement chez un bénéficiaire, sans qu'un appauvrissement corrélatif soit nécessairement détectable chez le de cuius, d'une part parce que l'avantage peut résulter d'une situation de fait, d'autre part car il consiste plus en un manque à gagner éventuel pour le défunt, qu'en l'abandon d'un bien ou d'une créance* »⁷⁹¹. Il existe de nombreux cas dans lesquels la qualification d'avantage indirect peut influencer sur l'application des règles de l'ordre public successoral, on pense notamment aux clauses de rapport forfaitaire ou encore aux avantages liés à l'établissement d'un cohéritier. Cette qualification fut consacrée par un arrêt du 8 novembre 2005 ; la Cour de cassation énonçait que : « *même en l'absence d'intention libérale établie, le bénéficiaire d'un avantage indirect en doit compter à ses cohéritiers* »⁷⁹². Ainsi la qualification d'une telle mise à disposition ne relèverait pas d'une donation indirecte de fruits mais d'un véritable avantage indirect. La qualification d'avantage indirect emporterait une présomption d'intention libérale et ferait se déclencher les règles successorales protectrices. Cette décision apporta son lot de critiques notamment sur les fondements juridiques utilisés. On pouvait voir dans ce positionnement juridique une volonté affirmée de favoriser une certaine conception de l'égalité entre les héritiers⁷⁹³. C'est par quatre décisions que la Cour de cassation est revenue sur cette qualification. Dans ces quatre arrêts⁷⁹⁴ les magistrats du quai de l'horloge s'interrogent sur la nature de la mise à disposition d'un logement et de sa prise en compte

⁷⁹¹ V. BOUCHARD, « La réserve et les avantages indirects », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 39.

⁷⁹² Cass., 1^{ère} civ., 8 nov. 2005, n° 03-13.890 : « *Attendu, d'une part, que même en l'absence d'intention libérale établie, le bénéficiaire d'un avantage indirect en doit compter à ses cohéritiers ; que l'arrêt relève que Mme Y... a été favorisée en occupant gratuitement depuis le mois de septembre 1977, le pavillon sis ... à Arcueil et que, indépendamment du fait, inopérant en l'espèce, que les trois enfants avaient bénéficié de la jouissance à titre gratuit de leurs immeubles, la Cour d'appel en a justement déduit que la demande de rapport dirigée contre elle en raison de cet avantage indirect, est fondée ; d'autre part, que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la Cour d'appel, par une décision motivée, a fixé la valeur locative de l'immeuble litigieux, indépendamment des éventuels travaux d'amélioration qui ont pu être réalisés par Mme Y... et sans pratiquer d'abattement pour précarité sur la somme sujette à rapport ; que le moyen ne peut être accueilli* ».

⁷⁹³ Pour une étude sur le sujet : « *Certains commentateurs y ont décelé la volonté des magistrats d'imposer systématiquement le rapport pour permettre le strict respect de l'égalité entre héritiers, consacrant ainsi une conception large et autonome de la notion d'avantage indirect. Indépendamment de toute intention libérale, l'occupation gratuite favorisant, dans tous les cas le bénéficiaire au détriment de ses frères et sœurs, serait alors automatiquement rapportable quelles que soient les circonstances (V. Barabé-Bouchard op. cit.). Pour d'autres, plus nuancés (A. Chamoulaud-Trapiers op. cit.)* », Y. DELECRAZ, « L'avantage résultant de l'occupation gratuite d'un logement n'est pas toujours rapportable », *JCP N* n° 16, 20 avr. 2012, 1188.

⁷⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012, n° 10-25.685 : *JurisData* n° 2012-000378 - Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012, n° 10-27.325 : *JurisData* n° 2012-000380 - Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012, n° 11-12.863 : *JurisData* n° 2012-000375 - Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012, n° 09-72.542 : *JurisData* n° 2012-000376.

notamment au titre des règles liquidatives de la réserve héréditaire et du rapport.⁷⁹⁵ La Cour pose le principe que « *l'avantage pour l'enfant résultant de l'occupation gratuite d'un logement appartenant à ses parents n'est rapportable que s'il constitue une libéralité qui suppose l'existence d'une intention libérale dont la preuve doit être rapportée (...). Pour s'être placés sur le seul terrain de l'avantage indirect sans constater l'intention libérale de la mère, les juges du fond sont censurés* »⁷⁹⁶. Partant, ce n'est plus sur la cause de l'avantage indirect que se placent les juges mais sur celui de la donation indirecte visée à l'article 843 du Code civil. On revient ici sur l'impérieuse nécessité pour la personne se prévalant des règles de l'ordre public successoral de prouver l'existence d'une intention libérale. Or la preuve de l'intention libérale⁷⁹⁷ dans le cadre d'une telle occupation se révèle en pratique très complexe car elle ne peut se déduire de la simple occupation à titre gratuit du bien. Vivier de contentieux certains, la pratique a trouvé une façon de sécuriser cette occupation tout en anticipant les conséquences successorales. Le parent désireux d'avantager son enfant par la mise à disposition gratuite d'un bien devra passer par la conclusion d'un prêt à usage pour s'assurer de la stricte qualification de l'acte. Le Code civil définit le prêt à usage à l'article 1875 comme étant un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi. Il est de jurisprudence et littérature constante que le prêt à usage - bien que gratuit - ne constitue pas au sens juridique du terme une donation notamment au regard de l'obligation de restitution qui y est attachée. Il a ainsi été jugé « *qu'ayant retenu que la mise à disposition par Jean Y... à son fils d'un appartement depuis l'année 2000, sans contrepartie financière, relevait d'un prêt à usage, la Cour d'appel en a, à bon droit, déduit qu'un tel contrat est incompatible avec la qualification d'avantage indirect rapportable* »⁷⁹⁸.

Il appert que l'influence de « l'anticipation qualificative » sur les règles de l'ordre public successoral est déterminante, influence qui oblige ce corps de règles à s'adapter. Mais, malgré l'émergence de qualifications comme les avantages indirects, il reste qu'en l'absence d'une

⁷⁹⁵ « On sait que la Cour de cassation avait déjà précisé, dans un arrêt du 3 mars 2010 (Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, n° 08-20.428 : JurisData n° 2010-001113 ; JCP N 2010, n° 18, 1184, note V. Barabé-Bouchard), que l'hébergement au domicile des parents n'était pas rapportable en se fondant sur l'article 852 du Code civil qui dispense de rapport 'Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et les présents d'usage...' », Y. DELECRAZ, *op. cit.*

⁷⁹⁶ Y. DELECRAZ, *ibid.*

⁷⁹⁷ En ce sens : « L'intention libérale permettant de requalifier un acte en donation déguisée, ne peut simplement être caractérisée négativement. En l'espèce, la défunte avait mis au nom de son fils une maison dont elle avait assuré le paiement intégral. La Cour d'appel retient que ce seul élément matériel caractérise une intention libérale 'en l'absence de toute autre cause'. Or, cet élément primordial révélant la conscience et la volonté de s'appauvrir par le disposant, ne peut se satisfaire d'une déduction de l'élément matériel. Si les deux sont indispensables, ils doivent être appréciés de manière autonome. Au demeurant, de nombreux éléments plaident en faveur d'une contrepartie au financement de la maison par le de cujus. Cette opération avait été réalisée afin de loger la mère qui s'était installée avec son fils dans cette maison. La contrepartie résidait alors dans 'un droit d'usage illimité en son principe et effectivement exercé'. Ces divers éléments concouraient évidemment au rejet de l'intention libérale qui méritait une analyse indépendante. Dans la recherche de la volonté insaisissable d'un défunt, la déduction est souvent un raccourci commode... La Cour de cassation sanctionne la Cour d'appel au visa de l'article 843 du Code civil : 'en déduisant l'intention libérale du seul financement, par la défunte, de l'immeuble acquis par [son fils], la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision', S. TORRICELLI-CHIRIFI, « Gare à l'intention libérale par voie de déduction ! », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2016, comm. 10.

⁷⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 2017, n° 16-21.419 : JurisData n° 2017-019860.

qualification faisant entrer l'acte dans le giron des règles coercitives, l'anticipation arrive à contourner la dévolution normale de l'hérédité. La qualification juridique de l'acte d'entraide est le « nerf de la guerre », car c'est d'elle que va découler au moment de la succession la question d'un rétablissement financier ou non. Ne pas qualifier un acte c'est risquer de faire courir un aléa sur la qualification de l'anticipation et pourrait créer un contentieux. L'anticipation successorale va donc jouer sur la qualification pour assurer une prévisibilité de l'acte au regard d'une éventuelle requalification en donation directe. L'analyse de Pierre Murat sur le jeu de la qualification est parlante⁷⁹⁹. La pratique de l'anticipation et de la planification successorales a fait sienne la question de cette qualification et n'hésite pas à jouer sur l'existence de l'élément intentionnel et ou de l'élément économique. L'auteur explique que si l'on veut avantager il convient de contrer l'élément économique du transfert : *« face à la preuve du transfert d'un droit patrimonial, deux tactiques peuvent être déployées pour modifier la qualification : soit prétendre que ce transfert dispose d'une contrepartie ; soit plaider l'insignifiance de ce transfert. Dans les deux cas, il s'agit de disqualifier l'élément économique, ce qui doit conduire à écarter la qualification de libéralité »*⁸⁰⁰. Ce jeu de qualification vis-à-vis des règles de l'ordre public successoral est encore plus parlant en la présence d'un aléa.

3 - Anticiper la qualification de libéralité grâce au lien de conjugalité

186. L'influence de la conjugalité. L'existence d'un lien de conjugalité est un terrain propice pour la mise en place d'une réflexion anticipative. L'anticipation successorale dans cette configuration aura tendance à passer par la voie classique de l'institution contractuelle d'héritier. Néanmoins, la protection mise en place passe souvent au niveau direct du lien de conjugalité. C'est ainsi qu'ont pu se développer, dans le cadre de cette conjugalité, des outils de planification occultant l'ordre public successoral notamment par le jeu de la qualification. Il est intéressant de s'apercevoir que la majorité des cas étudiés ont émergé dans des contentieux liquidatifs liés à une séparation. À l'aune des différentes décisions de jurisprudence, la pratique de l'anticipation et de planification successorales a fait sienne ces outils pour les utiliser comme des biais de protection. Force est de constater néanmoins que l'utilisation des mécanismes peut arriver en contradiction avec un autre objectif qui est la sécurisation de la désunion⁸⁰¹. Anticiper sa succession selon sa volonté et en

⁷⁹⁹ P. MURAT, *op. cit.*

⁸⁰⁰ *Ibid.*

⁸⁰¹ Cet équilibre entre anticipation matrimoniale et anticipation de la désunion est notamment lié au devoir de conseil du notaire. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu juger que : *« Le notaire chargé de rédiger le contrat choisi par des futurs époux est tenu, non pas de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux, mais de les conseiller concrètement au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations »* (Civ. 1^{ère}, 3 oct. 2018, n° 16-19.619).

dehors des règles coercitives ou protéger son patrimoine dans l'éventualité d'une séparation future, parfois il conviendra de faire un choix.

187. Les avantages matrimoniaux. L'un des outils les plus efficaces se trouve entre l'acte à titre gratuit et l'acte à titre onéreux⁸⁰². L'article 1527 alinéa premier du Code civil définit les avantages matrimoniaux « *les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes, ne sont point regardés comme des donations* ». Un avantage matrimonial est donc créé par l'existence d'une convention matrimoniale et a pour finalité de procurer un gain à l'époux par rapport au fonctionnement normal du régime matrimonial. On pense notamment aux clauses de communauté universelle⁸⁰³, d'attribution intégrale ou encore de préciput⁸⁰⁴. Il est expressément prévu que l'avantage matrimonial n'est pas une libéralité. Il revêt dès lors la qualification d'acte à titre onéreux. Cela est notamment confirmé par la lettre des articles 1516 et 1525 du Code civil qui prévoit que « *la stipulation de parts inégales et la clause d'attribution intégrale ne sont point réputées des donations* ». Il en découle que l'avantage matrimonial n'étant point analysé comme une libéralité il ne sera pas soumis aux règles de l'ordre public successoral et ne sera pas normalement pris en compte dans le cadre des opérations de liquidation successorale. L'influence de ce type d'anticipation peut avoir des conséquences importantes sur les règles de l'ordre public successoral, pouvant à certains égards les occulter complètement, prouesse que même la quotité disponible spéciale n'est jamais parvenue à accomplir. C'est ainsi que dans une hypothèse où le couple n'a que des enfants communs, l'absence de qualification de libéralité implique que les règles du rapport et de la réduction ne viendront pas s'appliquer. L'avantage matrimonial ainsi libellé se cumule avec les droits successoraux du conjoint survivant sans considération de la limite posée par la quotité disponible spéciale. Il est dès lors possible pour le *de cuius* de totalement occulter ses descendants réservataires de sa succession. Ce n'est que dans l'hypothèse où le couple aura des descendants non issus des deux époux que les enfants d'un premier lit pourront agir en retranchement pour voir réduire l'avantage matrimonial

⁸⁰² Sur l'autonomie conceptuelle de l'avantage matrimonial : Cass. 1^{ère} civ., 7 avril 1998 : Bull. civ. I, n° 146 ; Defrénois 1998, 825, obs. G. CHAMPENOIS.

⁸⁰³ C. civ. art. 1526 : « *Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir. Toutefois, sauf stipulation contraire, les biens que l'article 1404 déclare propres par leur nature ne tombent point dans cette communauté. La communauté universelle supporte définitivement toutes les dettes des époux, présentes et futures* ».

⁸⁰⁴ « *Réglémentée aux articles 1515 à 1519 du Code civil, la clause de préciput permet à un époux, avant tout partage, de prélever sur la communauté, « soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens ».* Son objet est donc des plus larges, à la seule condition qu'il puisse être déterminé lorsque le préciput vient à être exercé. Ainsi rencontre-t-on en pratique des préciputs : en pleine propriété ou en usufruit seulement ; portant sur des biens aussi divers que : le logement de la famille et les meubles qui le garnissent, la résidence secondaire, les comptes bancaires existant au décès, les participations détenues par la communauté dans des sociétés civiles ou entreprises, les contrats d'assurance sur la vie souscrits par le survivant des époux. », in G. BONNET, « Chapitre 151 – Présentation », in, *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6^e éd., Dalloz 2017, coll. Dalloz action (dir. M. GRIMALDI).

procuré aux limites posées par l'article 1094-1 du Code civil. L'avantage matrimonial n'est pas le seul biais permettant d'avantager le conjoint en interférant avec la notion de libéralité.

188. Disqualifier l'intention libérale, le cas de la donation rémunératoire. On qualifie de donation rémunératoire la donation faite en contrepartie d'un service rendu au donateur par le donataire⁸⁰⁵. La question de l'existence d'une donation rémunératoire entre époux est un sujet très ancien qui a fait l'objet de nombreux commentaires et de décisions de justices⁸⁰⁶. L'utilisation de ce type de transfert pour faire échec à la qualification de libéralité est, en pratique contemporaine de l'anticipation successorale, assez peu courante. Néanmoins, de par la disqualification de *l'animus donandi*, cette stratégie doit être envisagée. La donation rémunératoire⁸⁰⁷ entre époux fait ressortir une difficulté. Comment discerner l'existence d'une intention libérale dans le cadre d'une collaboration professionnelle ou domestique ? La jurisprudence qui repose sur une présomption d'absence d'intention libérale paraît considérer que, dans les cas envisagés, l'intention libérale n'existe pas dans les rapports entre époux. Le cas classique est celui où un époux remet des deniers destinés à rémunérer la collaboration professionnelle ou domestique du conjoint. La jurisprudence, et notamment l'arrêt *Bitter*⁸⁰⁸, retient la qualification d'acte onéreux pour ce transfert dans l'hypothèse où l'époux bénéficiaire de cette somme a sur-contribué au regard de son devoir d'assistance aux charges du mariage. À cette sur-contribution il faut que l'activité excédant la contribution aux charges du mariage n'ait pas déjà été rémunérée et qu'elle ait enrichi l'époux fournisseur des deniers. Lorsque ces conditions se trouvent réunies, l'acte juridique s'analyse comme une donation rémunératoire, c'est-à-dire, en réalité, comme un acte à titre onéreux esquivant le régime juridique des libéralités conjugales⁸⁰⁹. Dès lors que la qualification d'acte onéreux est retenue pour un tel transfert de fonds, l'acte ne rentrerait pas dans le cadre de la réunion fictive des libéralités faites par le *de cuius*⁸¹⁰. Néanmoins cette stratégie s'est vue occultée face à un courant jurisprudentiel concernant les charges du ménage.

⁸⁰⁵ Pour une étude sur cette notion : D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, pp. 229-248.

⁸⁰⁶ Sur ce sujet : B. BEIGNIER, « Donation rémunératoire : ne pas oublier de démontrer les faits qui justifient la requalification », *Dr. fam.* n° 7-8, Juillet 2006, comm. 152 - J. DUBARRY et E. FRAGU, « La qualification de donation rémunératoire : un contentieux qui survit », *RJPF* n° 2, fév. 2021 - V. ÉGÉA, « Gratuité, intention libérale et désintéressement », *RLDC* n° 110, déc. 2013 - N. PETERKA, « Qualification des versements entre époux : contribution aux charges du mariage et donation rémunératoire versus donation révocable », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes* n° 3, p. 5.

⁸⁰⁷ N. PETERKA, « 355.41. Chapitre 355. Achats pour autrui entre époux » in *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6^e éd., Dalloz 2017, coll. Dalloz action (dir. M. GRIMALDI).

⁸⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 1978 : *Deffrénois*, 1979, art. 32038, obs. G. CHAMPENOIS.

⁸⁰⁹ En ce sens : N. COUZIGOU-SUHAS et Y. LE LEVIER, « Les libéralités rémunératoires », *JCP N* 2006, n° 19, 1190 - D. FAUCHER, « Donations rémunératoires entre époux », *JCP N* 2006, n° 35, 1276.

⁸¹⁰ « *Les présents d'usage et les libéralités rémunératoires ne sont ni rapportables, ni réductibles* », P. CATALA in « Synthèse - Donations entre époux et futurs époux - Quotité disponible entre époux » *J.-Cl. Civil Code*, avr. 2020 (act. J.-F. PILLEBOUT).

189. Disqualifier l'intention libérale, la contribution aux charges du ménage. Un sujet plus actuel dans le cadre des transferts de fonds entre époux susceptible d'échapper aux règles de l'ordre public successoral se trouve dans la question de la contribution aux charges du ménage en régime de séparation de biens⁸¹¹. L'interrogation est purgée en présence d'un régime communautaire, les rémunérations étant communes, la question du financement des différents biens au cours de l'union, quand ceux-ci sont financés par l'emprunt, ne pose que peu de difficultés. Dans l'hypothèse des régimes séparatistes, la proportion de remboursement devrait nécessairement être liée aux revenus des époux mais, en l'absence de référence dans l'acte d'acquisition, comme c'est souvent le cas lors du recours à un emprunt pour la majeure partie du prix d'acquisition, la question de la finance se trouve au centre de l'attention. Le financement peut être utilisé comme un biais d'anticipation. La stratégie vient dans un premier temps de la rédaction du contrat de mariage.

Dans les contrats de mariage instituant le régime de la séparation de biens, on trouve une clause de *contribution aux charges du mariage* aussi appelée par la doctrine clause de *quitus*. Cette clause, obligatoire et de style, présente dans les contrats, est proposée par les matrices notariales en deux rédactions différentes⁸¹². Première rédaction : *chaque époux est présumé s'être acquitté au jour le jour des charges du mariage*. Deuxième rédaction : *chaque époux est présumé s'être acquitté au jour le jour des charges du mariage, de sorte qu'aucun compte ne pourra être fait entre eux au jour de la liquidation*. Si la différence rédactionnelle apparaît relever de la simple différence de plume, il s'avère que la portée de ces deux clauses s'avère bien différente notamment sur les conséquences lors de la liquidation du régime matrimonial. La première rédaction de cette clause de *quitus* institue une présomption quant à la contribution aux charges du mariage des articles 212 et 214 du Code civil, mais une présomption « réfragable », dans le sens où elle accepte la preuve contraire en cas de contestation par l'un des époux ou des ayants-droits au moment de la liquidation du régime matrimonial. La seconde rédaction institue une présomption irréfragable⁸¹³. La jurisprudence récente sur le sujet est venue confirmer que : « lorsque les juges du fond ont souverainement estimé irréfragable la présomption résultant de ce que les époux étaient convenus, en adoptant la séparation de biens, qu'ils contribueraient aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives et que chacun d'eux serait réputé avoir fourni au jour le jour sa part

⁸¹¹ Not. sur ce sujet : J. DUBARRY, « Financement d'un immeuble indivis à usage familial et obligation de contribuer aux charges du mariage : (r)évolution en vue ? », *RJPF*, n° 12, 1^{er} déc. 2019.

⁸¹² Pour une étude de ces clauses et leurs conséquences probatoires : S. BERNARD, « Retour sur la nature de la présomption d'acquiescement quotidien des charges du mariage », *Gaz. Pal.*, 23 mars 2021, n° 12, p. 56.

⁸¹³ Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2013, n° 11-26.933 : Bull. civ. I, n° 94 - Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2013, n° 11-26.748 : Bull. civ. I, n° 126 ; D. 2013. 2242, obs. V. BRÉMOND - Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2013, n° 12-17.420 : Bull. civ. I, n° 249 ; RTD civ. 2014. 698, obs. B. VAREILLE - Cass. 1^{ère} civ., avr. 2015, n° 14-14.349 : Bull. civ. I, n° 78 ; RJPF 2015-6/20.

contributive, en sorte qu'ils ne seraient assujettis à aucun compte entre eux ni à retirer à ce sujet aucune quittance l'un de l'autre, un époux ne peut, au soutien d'une demande de créance, être admis à prouver l'insuffisance de la participation de son conjoint aux charges du mariage pas plus que l'excès de sa propre contribution »⁸¹⁴. Dans cette configuration l'époux sur-contributeur ne peut se voir reconnaître une créance. Dès lors le remboursement d'un emprunt lié à l'acquisition d'un immeuble indivis constituant le logement de la famille a été à de multiples fois jugé comme relevant de l'obligation de contribuer aux charges du ménage⁸¹⁵. La caractérisation de la contribution aux charges du ménage peut également revêtir une conception plus large. Il a ainsi pu être jugé que la contribution aux charges du mariage peut inclure des dépenses d'investissement ayant pour objet l'agrément et les loisirs du ménage portant sur l'acquisition d'une résidence secondaire pour la famille⁸¹⁶. Cette présomption irréfragable est donc défavorable à l'époux sur-contributeur dans le cadre d'un divorce, ou aux héritiers dans le cadre d'un contentieux successoral avec le conjoint survivant. Mais, en prenant le contre-pied de ces jurisprudences, le contrat de mariage ainsi rédigé pourrait également être un vecteur de protection du conjoint survivant, et la pratique l'a vite compris. En effet, par le jeu de cette clause, les juges ont paradoxalement accordé à un époux séparé de biens la possibilité de sur-financer le logement de la famille et tout autre bien compris dans la notion vague de charges du mariage sans que ne soit due une créance à la liquidation du régime matrimonial ou que soit caractérisée une libéralité. Si le contrat de mariage des époux est le contrat dans lequel est comprise la clause irréfragable, les époux n'auraient pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature. Suivant ce raisonnement, il serait *ipso facto* impossible aux héritiers ou aux créanciers de le prouver également.

S'il existe d'autres biais de protection du conjoint survivant, il apparaît que celui-ci échappe à tous correctifs matrimoniaux et successoraux : il n'y aurait ni créance entre époux, ni réduction, ni rapport et, jusqu'à preuve du contraire, aucun retranchement. La question de l'enrichissement

⁸¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 18 nov. 2020, n° 19-15.353 : *RJPF* n°1, 1^{er} janv. 2021, obs. J. DUBARRY.

⁸¹⁵ Pour une étude du courant jurisprudentiel : « Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 2014, n° 13-24.949 : *JurisData* n° 2014-023329 ; *JCP G* 2014, *doctr.* 1265, M. Storck. - *CA Versailles*, 17 nov. 2016, n° 15/04069 : *JurisData* n° 2016-024681. - Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2013, n° 11-26.748 : *JurisData* n° 2013-011837 ; *D.* 2013, p. 2242, obs. V. Brémond. - Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 11-26.933 : *JurisData* n° 2013-009351 ; *D.* 2013, p. 2242, obs. V. Brémond. - *CA Amiens*, 8 juin 2017, n° 16/00419 : *JurisData* n° 2017-014518. - *CA Paris*, 3 juin 2015, n° 14/09385 : *JurisData* n° 2015-013304. - *CA Bordeaux*, 8 oct. 2013, n° 12/01569 : *JurisData* n° 2013-022486. - *CA Montpellier*, 25 févr. 2015, n° 13/02024 : *JurisData* n° 2015-017267 », M. STORCK, « Séparation de biens. Gestion des patrimoines des époux. - Dissolution. Liquidation du régime », in *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 20, LexisNexis, art. 1536 à 1543, 2018. Plus récemment sur le sujet : E. BERRY, « La redéfinition de la place du financement du logement de la famille au sein des charges du mariage », *Dr. fam.* n° 2, fév. 2021, éd. 6. Du même auteur on peut également citer « le financement du logement du couple, mode de contribution aux dépenses quotidiennes du couple, *Dr. & Patr.* n°320, 1^{er} janv. 2022. Récemment il a été jugé que le financement du logement familial par l'apport d'un capital personnel ne participe pas de l'exécution de la contribution aux charges du mariage : Civ. 1^{ère}, 17 mars 2021, n° 19-21.463 : *Dr. fam.* 2021, comm. 21, obs. S. TORRICELLI-CHRIFFI ; *RJPF* 2021-5/17, p. 74, obs. E. FRAGU.

⁸¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2013, n° 12-17.420 : *Dr. fam.* 2014, comm. 61, B. BEIGNIER.

injustifié et d'une requalification en libéralité fictive pourra se poser, mais encore faudrait-il prouver la sur-contribution à l'aune de cette clause de non-recours. Cette jurisprudence s'est récemment étendue aux partenaires de PACS. La Cour de cassation a récemment considéré dans le cadre d'une acquisition indivise entre partenaires de PACS que les paiements effectués par un partenaire, qui avait payé la quasi-intégralité du passif, l'avaient été en proportion de ses facultés contributives et a pu décider que ces règlements participaient de l'exécution de l'aide matérielle entre partenaires pour en déduire qu'il ne pouvait prétendre bénéficier d'une créance à ce titre⁸¹⁷.

Remplir ses devoirs légaux disqualifie de fait la qualification de libéralité. Ces différentes sur-contributions parfois volontaires et incluses dans une réflexion anticipative échappent donc aux règles de l'ordre public successoral.

190. Disqualifier l'intention libérale, un usage détourné des présomptions. Dans la même ligne que la contribution aux charges du ménage, les partenaires de PACS peuvent également utiliser le jeu des présomptions pour faire échec aux règles de l'ordre public successoral. L'article 515-5-1 du Code civil prévoit que les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale⁸¹⁸. Cette soumission volontaire au régime de l'indivision va, selon les mots de certains auteurs : « *permettre aux partenaires pacsés d'édifier de véritables avantages au profit du survivant d'entre eux et au détriment des enfants du prédécédé* »⁸¹⁹. Ainsi, l'acquisition par des partenaires d'un bien immobilier postérieurement à l'adoption du régime de l'indivision sera réputé acquis par moitié peu importe son financement. Ce mécanisme se révèle être encore plus fort que le mécanisme lié aux contributions aux charges du mariage, l'acquisition inégalitaire n'ayant ici même pas à être causée. Au regard de ce mécanisme, il semblerait que les héritiers ne puissent agir faute de base légale allant dans ce sens. L'avance ainsi procurée n'étant ni un avantage matrimonial soumis à un éventuel retranchement, ni une donation déguisée susceptible de réduction.

Il existe dans les faits une multitude de mécanismes dans le cadre de la conjugalité qui n'ont pas été évoqués : on pense notamment aux questions relatives aux abandons de récompense, à la modification de leurs évaluations, aux mécanismes de l'encaissement de communauté pouvant être détournés, à l'absence d'emploi ou de remploi, *etc.* Force est de souligner que le lien de conjugalité

⁸¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 2021, n° 19-26.140 ; *Defrénois*, n° 8, p. 5 ; *D.* 2021 p. 237.

⁸¹⁸ C. civ. art. 515-5-1 : « *Les partenaires peuvent, (...) choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, (...) Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre* ».

⁸¹⁹ P. VAN STEENLANDT, « La soumission conventionnelle des partenaires pacsés au régime de l'indivision », *JCPN*, n° 35, août 2009, 1251.

offre dans le cadre de la réflexion anticipative un terreau fertile pour protéger le conjoint en dehors des considérations de l'ordre public successoral.

B - Le cas particulier de l'aléa

191. L'aléa chasse la gratuité. L'influence de l'anticipation et de la planification successorales tient également dans son caractère pluridisciplinaire. La transmission se fonde notamment sur des outils utilisant le droit des libéralités, néanmoins les outils de planification successorale relèvent d'un spectre beaucoup plus large que les simples donations et legs. À l'aune de cette pluridisciplinarité mais aussi de cette influence, l'ordre public doit s'adapter. L'une des influences les plus importantes tient aux outils occultant totalement les règles coercitives normalement applicables. Jouant principalement sur la qualification, ces réflexions se trouvent encore plus puissantes quand elles jouent avec la notion d'aléa. En effet, nous allons voir que la notion d'aléa, insérée en droit de la transmission, permet d'occulter l'intention libérale, élément pourtant nécessaire à caractériser une libéralité.

L'aléa se définit comme une chance incertaine, un hasard⁸²⁰. La définition proposée par Stéphane Dewailly, Vice-Président du tribunal administratif de Melun, caractérise parfaitement à notre sens cette notion : « *Étymologiquement, l'aléa est un jeu de dés. Il y a aléa lorsque, dans l'entreprise qu'elle entreprend, une personne est confrontée à une possibilité de gain, mais aussi de perte, qu'elle ne peut prévoir. À la vérité, les parties cherchent toujours à prévoir l'imprévisible pour échapper à ses conséquences : conclure un marché public, ce n'est jamais jouer aux dés. Cependant, dans l'immense majorité des cas et, notamment, lorsque le marché se caractérise par la masse ou la durée de la prestation, il n'est pas possible de tout prévoir précisément* »⁸²¹. Avant tout développement ultérieur il est important de s'attarder sur ce qui pourrait représenter une contradiction. En effet, l'anticipation successorale repose sur deux piliers dont celui de la prévisibilité. Dès lors, introduire une notion d'aléa dans une démarche d'anticipation par essence recherchant la pérennité et la prévision apparaît comme inefficace. Il n'en est pourtant rien. La qualification aléatoire des actes de planification ne relève pas du complet hasard. Que ce soit un contrat d'assurance-vie⁸²² ou une clause d'accroissement, le dénouement même teinté d'aléa reste à

⁸²⁰ Bordas (1970), Aléa, in *Focus Encyclopédie internationale tome I A/C*.

⁸²¹ S. DEWALLY, « Aléa du marché », Url : <https://www.weka.fr/marches-publics/base-documentaire/gjmp-wk888/execution-technique-du-marche-sl3411914/aleas-du-marche-sl5537468.html>.

⁸²² « Les outils de transmission relèvent pour l'essentiel du droit des libéralités et aussi de l'assurance-vie, devenus pour beaucoup le support favori des transferts patrimoniaux. Or, libéralité et assurance-vie sont autant d'outils d'anticipation successorale » in 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, Montréal (Québec – Canada), 2018, n° 341, p. 189.

tout le moins prévisible. Ainsi, l'anticipation successorale fondant son action sur un aléa ne relève pas d'une contradiction mais d'un oxymore institutionnalisé, celui de l'aléa prévisible⁸²³.

Sur le fond, appliqué au droit et notamment au droit des contrats, le « *caractère aléatoire confère au contrat un certain nombre de spécificités revêtant un degré variable de généralité* »⁸²⁴, il est la cause du contrat⁸²⁵. Mais dès lors, pourquoi user de l'aléa dans le cadre d'une réflexion anticipative, et pourquoi l'évoquer dans le cadre de l'étude de l'influence de cette anticipation sur l'ordre public successoral ?

Nous allons voir qu'il est particulièrement intéressant de s'intéresser aux conséquences de la caractérisation de l'aléa dans le cadre d'une volonté de transmission. En effet, de l'analyse de cette relation entre gratuité et aléa il ressort une visible incompatibilité⁸²⁶. L'aléa comportant intrinsèquement une chance incertaine, il ressort que la relation qui en découle ne peut être qu'un contrat à titre onéreux. Plus précisément, c'est avec l'intention libérale que l'aléa entre en contradiction, le hasard fait par définition échec à son existence⁸²⁷. Il faut néanmoins préciser une évidence : pour que l'aléa chasse la libéralité il est nécessaire que celui-ci soit réel⁸²⁸. Pour étudier l'influence de l'anticipation successorale sur les règles de l'ordre public successoral, il convient d'analyser tout particulièrement deux sujets : celui de l'assurance-vie (1) et celui de la clause d'accroissement (2).

1 - Le contrat d'assurance-vie

192. Le mécanisme juridique de l'assurance vie. Le contrat d'assurance-vie repose sur la technique contractuelle de la stipulation pour autrui et répond aujourd'hui à plusieurs objectifs :

⁸²³ Sur la définition d'une telle notion : S. DEWALLY : « *Aléa prévisible : Constituent des aléas prévisibles ou, pour employer la terminologie des décisions de justice, 'normaux' les événements dont les parties peuvent raisonnablement penser qu'il y a de fortes chances...* » (« Aléa du marché », *op. cit.*).

⁸²⁴ En ce sens : P. SIMLER, « Contrats aléatoires. – Généralités » in *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. unique, LexisNexis, art. 1964, 2015 ; L. MAYAUX, « Contrat d'assurance », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2014 (act. mars. 2020).

⁸²⁵ Com. 10 juin 1960 : S. 1961. 42.

⁸²⁶ « *Intention libérale – Notons que l'aléa chasse l'intention libérale (CA Reims, 27 nov. 2008, n° 07/02594 : JurisData n° 2008-006377* », G. THOMAS-DEBENEST et N. PETERKA, « Donations et testaments. – Donations entre vifs. – Forme. Absence d'acte authentique », in *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 20, LexisNexis, art. 931, 2021, n° 108.

⁸²⁷ En ce sens : « *Intention libérale et aléa sont deux concepts incompatibles. L'aléa implique un risque assumé de déséquilibre des prestations, considération qui est étrangère au concept de libéralité (V., pour des rentes viagères constituées à titre gratuit, Cass. req., 19 févr. 1904 : DP 1904, I, p. 526)* », P. SIMLER, « Contrats aléatoires. – Généralités », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. unique, LexisNexis, art. 1964, 2015, n° 25.

⁸²⁸ En ce sens : « *Cette antinomie entre aléa et libéralité a suscité la question, en présence d'un contrat de rente viagère dépourvu d'aléa, de sa qualification de donation déguisée moyennant preuve d'une intention libérale. Cette solution paraît s'imposer si l'intention libérale était avérée dès le jour du contrat, la réalité de cette intention, révélée par la sous-évaluation du bien cédé ou la modicité de la rente stipulée, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (V. en ce sens, Cass. 3e civ., 3 déc. 1912 : DP 1913, I, p. 175. – Cass. 1re civ., 6 janv. 1969 : JurisData n° 1969-000008 ; Bull. civ. 1969, I, n° 8. – Cass. com., 22 sept. 1983 : JurisData n° 1983-702333 ; Bull. civ. 1983, IV, n° 240). L'intention libérale aura pu, d'ailleurs, apparaître postérieurement à la conclusion du contrat, par le biais d'une dispense de paiement de la partie du prix stipulée payable ou de la rente elle-même (V., à propos d'un redressement fiscal, Cass. com., 18 oct. 1988, n° 86-12.462, inédit)* », Ibid.

prévoyance, épargne et transmission. Si la fonction de l'assurance-vie fut un temps une fonction de pure couverture de risque⁸²⁹, la transformation du produit en fait aujourd'hui tout autant un produit d'épargne que de transmission, mais au-delà de l'aspect fiscal et de l'aspect financier de l'assurance-vie c'est son régime juridique atypique qui doit être analysé. Le contrat d'assurance-vie est un contrat aléatoire. Il ne répond néanmoins pas aux prescriptions de l'article 1964 du Code civil qui qualifie d'aléatoire les conventions réciproques dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Pour déterminer le sens de l'aléa et son rôle dans le contrat d'assurance-vie il convient de se tourner vers la solution apportée par la Cour de cassation. Par quatre arrêts du 23 novembre 2005 les magistrats de la cour régulatrice caractérisent l'aléa dans le contrat d'assurance-vie par l'incertitude sur la durée de la vie humaine de l'assuré⁸³⁰. Le caractère aléatoire de ce contrat entraîne un certain nombre de conséquences au regard de son incompatibilité notoire avec la notion d'intention libérale, et notamment des conséquences sur les règles de l'ordre public successoral. Ces conséquences sont codifiées aux articles L.132-12 et L.132-13 du Code des assurances.

L'article L. 132-12 tient au caractère juridique de la stipulation pour autrui. Au regard du mécanisme tripartite de l'assurance-vie, les capitaux ne font pas partie du patrimoine du *de cuius* de telle sorte qu'au jour du décès et du dénouement du contrat, les fonds ne transitent pas juridiquement par le patrimoine successoral. La lettre de l'article L. 132-13 du Code des assurances apparaît dès lors beaucoup plus lourde de sens et est intimement liée au caractère aléatoire. Selon ce texte, le capital ou la rente payables au décès de l'assuré à un bénéficiaire ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. L'aléa chassant la libéralité et l'intention libérale, les règles de l'ordre public n'ont pas de prise sur le transfert. Le Code des assurances prévoit néanmoins une clause de sauvegarde à l'alinéa 2 de ce même article, permettant aux règles de l'ordre public successoral une incursion dans ce schéma de planification.

Au-delà d'un régime juridique qui fait la part belle à la volonté du *de cuius*, en ce qu'elle l'exempte de respecter les limites qui lui sont normalement imposées dans le cadre d'une anticipation et d'une planification successorales unilatérales, le régime fiscal induit de ce mécanisme

⁸²⁹ Sur ce sujet : « Pourquoi l'assurance-vie bénéficie-t-elle d'un régime dérogatoire ? Il faut revenir pour le comprendre aux origines de ce contrat et à sa fonction initiale. À l'origine, le contrat d'assurance-vie était utilisé pour garantir le remboursement des prêts bancaires en cas de décès de l'emprunteur avant le remboursement intégral du prêt. Il s'agissait d'un pur mécanisme d'assurance destiné à couvrir la charge importante que constituait le remboursement du prêt pour une famille après le décès de l'emprunteur. Cette fonction particulière de l'assurance-vie explique que le bénéfice du contrat ne soit pas assimilé à une libéralité, outre le fait qu'il s'agisse d'une stipulation pour autrui. On voit bien en effet que l'attribution du bénéfice n'est pas fondée sur une intention libérale », J. LEPROVAUX, « Quel avenir pour l'assurance-vie ? », *LPA*, 15 oct. 2020, n° 156, p. 10.

⁸³⁰ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 01-13.592. - Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 02-17.507. - Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 3-13.673 : *RLDC*, janv. 2005, obs. G. DEFRANCE et A. VATHAIRE.

assurantiel est tout aussi important. À l'instar de la fiscalité applicable au conjoint ou au partenaire survivant, le régime fiscal lié à la transmission successorale de l'assurance-vie joue également sur un régime de faveur qui incite à lever les verrous coercitifs de la transmission extra-familiale. Les articles 990 I et 757 B du Code général des impôts fondent la fiscalité applicable en matière d'assurance-vie. De façon succincte, l'article 990 I prévoit que les sommes, rentes ou valeurs quelconques dues directement ou indirectement par un ou plusieurs organismes d'assurances et assimilés, à raison du décès de l'assuré, et versées avant le soixante-dixième anniversaire de l'assuré sont assujetties après un abattement fixe de 152 500 € à un prélèvement de 20 % pour la fraction de la part taxable de chaque bénéficiaire inférieure ou égale à 700 000 €, et à 31,25 % pour la fraction de la part taxable de chaque bénéficiaire excédant cette limite. Passé le soixante-dixième anniversaire de l'assuré les dispositions de l'article 757 B prévoient que les sommes, rentes ou valeurs quelconques dues directement ou indirectement par un assureur, à raison du décès de l'assuré, donnent ouverture aux droits de mutation par décès suivant le degré de parenté existant entre le bénéficiaire à titre gratuit et l'assuré à concurrence de la fraction des primes versées après l'âge de soixante-dix ans après application d'un abattement global de 30 500 €. Ces dispositions fiscales ne sont pas anodines notamment dans le cadre d'une transmission hors du giron de la famille nucléaire. En effet, les règles de l'impôt successoral prévoient une imposition de 60 % des transferts quand ceux-ci sont fait à des tiers. Dans le cadre d'un transfert via une assurance-vie, celui-ci éclipsera les règles de la réserve héréditaire mais également les règles de l'impôt successoral. Ce double verrou civil et fiscal levé, la volonté du *de cujus* pourra se développer sans entrave. L'assurance-vie est au centre des débats sur l'équilibre de la transmission, considéré par beaucoup comme une hérésie juridique dans l'ordre successoral français⁸³¹. De nombreux auteurs demandent sa réformation⁸³². Les critiques sont notamment portées par l'absence de contre-pouvoir efficace. Nous allons en effet voir que l'adaptation de l'ordre public successoral à ce régime dérogatoire ne s'est pas faite de façon proportionnée.

⁸³¹ Not. sur ce sujet : J. LEPROVAUX, « *Quel avenir pour l'assurance-vie ?* », *LPA*, 15 oct. 2020, n° 156, p. 10 - R. LEMAIRE, « *Succession et assurance-vie : un vide législatif permettant une atteinte à la réserve héréditaire ?* » *Gaz. Pal.* 6 oct. 2020, n° 34, p. 57 - V. ZALEWSKI-SICARD, « *Réserve et assurance-vie* », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 49.

⁸³² La prise en compte civilement de l'assurance-vie est la proposition n° 23 : « *Soumettre, pour les seuls aspects civils, l'assurance-vie au droit commun des successions et des libéralités (proposition n° 23)* » in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019 : « 409. Comme cela a été rappelé, l'interprétation jurisprudentielle conduit aujourd'hui à exclure de la réserve héréditaire le capital et les primes versés au titre d'un contrat d'assurance-vie alors même que ce contrat constitue non une opération de prévoyance mais un produit de placement. Cette solution fragilise la réserve héréditaire et, comme cela a été longuement montré en doctrine, n'est pas fondée en droit. En effet, dans ces contrats, l'équivalence entre le capital versé et les primes payées, l'absence de tout aléa économique révèlent qu'il s'agit de contrats de fortune faite, qui, lorsqu'ils se dénouent par le décès, opèrent purement et simplement la transmission d'une épargne accumulée, et une transmission dont l'intention libérale constitue l'explication la plus naturelle ». Sans préjudice des dispositions fiscales propres à l'assurance-vie que cette évolution ne remettrait pas en cause, il est donc proposé d'abandonner cette solution jurisprudentielle et de soumettre l'assurance-vie au droit commun des successions et des libéralités. ».

193. Les traces de l'ordre public successoral. Pour apprécier les manifestations de l'ordre public successoral dans le cadre d'une transmission par un contrat d'assurance-vie il convient de se tourner vers la réponse ministérielle portée par le Ministre de la Justice Jean-Jacques Urvoas interrogé sur le régime exorbitant de l'assurance-vie. Selon lui : « *si les héritiers du de cujus bénéficiant de la réserve s'estiment lésés dans leurs droits, ils disposent déjà aujourd'hui de deux moyens pour obtenir la prise en compte de l'assurance-vie dans la masse de calcul des droits successoraux que la loi leur garantit : ils peuvent faire valoir le caractère manifestement excessif des primes pour obtenir, si tel est le cas, leur réintégration dans la masse, en vertu du deuxième alinéa de l'article L. 132-13 précité ; ils peuvent aussi soutenir, le cas échéant, que l'assurance-vie ne présentant aucun caractère aléatoire mais révélant au contraire une volonté de dépouillement irrévocable en faveur du bénéficiaire désigné, est constitutive d'une donation indirecte qu'il convient de réunir fictivement aux biens existants...* »⁸³³. De l'analyse de cette réponse il ressort qu'il existerait deux moyens offerts aux héritiers de se défendre : la disqualification de l'aléa et l'action en réduction pour primes manifestement exagérées.

194. L'absence d'aléa. L'aléa chasse l'intention libérale. Dès lors, l'héritier qui souhaiterait voir requalifier le transfert en libéralité rapportable et réductible devra s'attacher à faire tomber sa caractérisation. Il fut un temps permis de demander la requalification du transfert sur le fondement de la pure capitalisation⁸³⁴. Cette possibilité fut néanmoins écartée par la jurisprudence, notamment devant la réalité factuelle de l'inflation des contrats d'assurance-vie dits mixtes⁸³⁵. Il faut donc pour s'essayer à l'entreprise de disqualification étudier les éléments qui permettraient de chasser cet aléa. Dans la matière de l'assurance-vie c'est assurément les incertitudes liées à la vie de l'assuré qui permettront d'apprécier l'existence ou l'absence d'un aléa. Il convient de démontrer qu'au regard de l'état de l'assuré (âge, santé, etc.) il n'existe pas de hasard.

Il a pu ainsi être jugé que l'aléa faisait défaut et que la faculté de rachat était illusoire dans le cas où le souscripteur se sachant atteint d'un cancer depuis 1993 avait souscrit en 1994 et 1995 des contrats dont les primes correspondaient à 82 % de son patrimoine, et avait désigné, trois jours

⁸³³ Réponse du Ministre de la Justice publiée au JO Sénat du 12 mai 2016, p. 2026.

⁸³⁴ Sur ce point : L. MAYAUX, « L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? », *RGDA* 2000, p. 767 - M. GRIMALDI, « L'assurance vie et le droit des successions », *Deffrénois* 2001, p. 3.

⁸³⁵ « La Cour de cassation a mis un terme à ce mouvement jurisprudentiel. Elle prémunit aujourd'hui ce type de contrats d'un tel risque en retenant une acception très bienveillante de la notion d'aléa. Ce dernier peut, selon la Haute Juridiction, résider dans l'indétermination du bénéficiaire du capital, suivant que le souscripteur-assuré est ou non en vie à l'échéance du contrat. La Cour de cassation énonce ainsi (Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004 (3 espèces) : *RTD civ.* 2004, p. 434, obs. M. Grimaldi) : la Cour d'appel ayant relevé qu'à la date de souscription des contrats litigieux Mme X... ignorait qui d'elle ou des bénéficiaires recevrait le capital puisque le créancier de l'obligation de l'assureur différait selon que l'adhérent était vivant ou non au moment où le versement du capital devait intervenir, a caractérisé l'aléa inhérent aux contrats au sens des textes précités et ainsi légalement justifié sa décision. », F. FRULEUX, « Successions. — Assurance-vie. — Principes généraux et régimes de droit commun », in J.-Cl. *Enregistrement Traité*, Fasc. 48, LexisNexis, sept. 2017 (act. janv. 2021), n° 10.

avant son décès, comme seule bénéficiaire la personne qui était depuis peu sa légataire universelle⁸³⁶. Dans des faits d'espèce similaires, a également été jugée, comme étant dénuée d'aléa la souscription en 1998 de trois contrats par une personne atteinte d'un cancer depuis 1997 au point d'avoir cessé ses activités professionnelles et décédée fin décembre 1998 à la suite de l'aggravation régulière de son état⁸³⁷. D'autres cas de requalification liés à une absence d'aléa jalonnent la jurisprudence patrimoniale⁸³⁸. L'absence d'aléa n'est cependant pas suffisante pour atteindre la requalification en donation indirecte. Comme précédemment évoqué, il convient, en sus de l'aléa fictif, de démontrer les éléments constitutifs d'une libéralité : la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable et l'existence d'une réelle intention libérale. Dans les faits, atteindre une telle requalification apparaît de l'ordre du fantasme, sauf à rencontrer un cas évident de détournement, cas qui représente une fraction infinitésimale des cas d'espèce. Ainsi, la disqualification de l'aléa relève de la conjonction des astres et ne suffit pas à l'affaire pour assurer une protection suffisante aux héritiers à réserve contre une manifestation positive du *de cuius*. Une seconde voie semble se dessiner non pas sur la disqualification de l'aléa lié à la vie du souscripteur mais en considération de la prise en compte de l'acceptation du bénéficiaire. La loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 a introduit le mécanisme de l'acceptation conventionnelle de la désignation à l'article L. 132-9, II du Code des assurances, laquelle entraîne des conséquences importantes pour le souscripteur. L'acceptation du bénéficiaire rend sa désignation par le souscripteur irrévocable, il ne pourra plus la modifier sauf cas limitativement énuméré⁸³⁹. Le souscripteur ne pourra, non plus, sans recueillir préalablement l'accord du bénéficiaire acceptant, effectuer un rachat ou encore demander une avance⁸⁴⁰. À l'aune de ces coercitions l'on pourrait estimer que la présence d'un aléa et consubstantiellement celle d'une intention libérale peut légitimement se poser. C'est le cheminement intellectuel entrepris par les magistrats à la Cour de cassation dans un arrêt du 20 novembre 2019⁸⁴¹. Prenant appui sur une décision de 2007⁸⁴² la Cour a développé l'argument « *qu'un tel contrat peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable, et que tel est le cas lorsque celui-ci a consenti à l'acceptation de sa désignation par le bénéficiaire dans la mesure où, en une telle hypothèse, il est alors privé de toute*

⁸³⁶ Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, n° 06-12.769 : RTD civ. 2008, p. 137, obs. M. GRIMALDI.

⁸³⁷ Cass. com., 26 oct. 2010, n° 09-70.927 : Dr. fisc. 2011, n° 3, comm. 116.

⁸³⁸ « La jurisprudence fournit de nombreuses illustrations de telles requalifications (v. notamment Cass. 2e civ., 23 oct. 2008, n° 07-19.550 : JurisData n° 2008-045528 ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 376, note H. Groutel. – CA Dijon, ch. civ. A, 20 mai 2003, n° 01-495, Ratat : RJF 2003, n° 1317. – CA Chambéry, ch. civ., 25 oct. 2005, n° 04-2127) », F. FRULEUX, *op. cit.*, n° 12.

⁸³⁹ Cette révocation pourra intervenir si le bénéficiaire acceptant autorise le souscripteur à modifier la clause bénéficiaire ; en cas d'inexécution des charges ou encore en cas de réalisation de l'une des causes de révocation des libéralités (v. en ce sens les dispositions de l'article L. 132-24 du Code des assurances.).

⁸⁴⁰ C. ass. art. L. 132-9 I, al. 1.

⁸⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 2019, n° 16-15.867.

⁸⁴² Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, n° 06-12.769 : RTD civ. 2008, p. 137, M. GRIMALDI.

possibilité de rachat»⁸⁴³. Si dans les faits un problème d'application de la loi dans le temps est le véritable enjeu de la décision, le raisonnement offre certaines possibilités pour les héritiers voulant agir en requalification. Là encore, le contre-pouvoir à la volonté est insignifiant.

Reste à déterminer la protection apportée par la seconde action, la constatation des primes manifestement exagérées.

195. Les primes manifestement exagérées. L'article L. 132-13 du Code des assurances pose dans son alinéa 2 une exception aux règles de dispense de rapport et de réduction. Seraient ainsi soumises aux règles de l'ordre public successoral les sommes versées par le contractant à titre de primes si celles-ci sont manifestement exagérées eu égard à ses facultés⁸⁴⁴. On comprend donc que la disposition du Code des assurances qui prévoit une exclusion des règles du rapport et de la réduction, prévoit immédiatement une clause de sauvegarde en cas d'abus de la part du souscripteur. Mettre dans une certaine mesure en échec la volonté du *de cuius* correspond à l'ADN de l'ordre public successoral. L'article L. 132-13 du Code des assurances porte intrinsèquement cet idéal d'équilibre de la transmission. Il faudrait donc se féliciter de cette disposition et de cette adaptation des limites face à un outil de planification successorale si influent. Or, la limite ici posée par le législateur est très intéressante en ce qu'elle est l'une des premières limites à la volonté qui ne connaît pas de définition ni de *quantum in abstracto*. Si la réduction d'une libéralité excessive sera opérée dès lors que celle-ci dépasse mathématiquement la quotité disponible, la sanction de l'excès de volonté dans le cadre d'une transmission via un contrat d'assurance-vie ne sera pas aussi systématique. De par son caractère *in concreto*, la protection induite des primes manifestement exagérées rompt l'équilibre classique de la transmission. Reste à déterminer ce que recèle cette notion pour comprendre l'inhérence de son problème.

La formulation de l'article L. 132-13 du Code des assurances est en première lecture équivoque. Il a fallu attendre une série de décisions pour pouvoir apprécier, grâce à un faisceau d'indices un peu plus précis, les tenants et les aboutissants de la notion. C'est en effet du côté des juges qu'il convient de se tourner pour comprendre véritablement cette sanction en ayant notamment à l'esprit que la question relève essentiellement de leur pouvoir souverain d'appréciations⁸⁴⁵. La clé de recherche de cette exagération est posée de façon constante par la Cour de cassation depuis les arrêts de Chambre mixte du 23 novembre 2004⁸⁴⁶. Selon ces décisions

⁸⁴³ Sur ce sujet : M. NICOD, « Conséquences de l'acceptation du bénéficiaire sur la qualification des contrats d'assurance-vie mixtes », *Dr. fam.*, n° 2, févr. 2020, comm. 28.

⁸⁴⁴ Pour une analyse de cette notion : J.-M. OHNET, « Rapport des primes manifestement exagérées et requalification en donation », *Dr. & pat.*, n° 218, 1^{er} oct. 2012 - F. FRULEUX et M. LEROY, « Assurance-vie - Primes d'assurance-vie manifestement exagérées : appréciation et objet de la réintégration », *JCP N*, n° 13, 2 Avril 2021, 1146.

⁸⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-17.917.

⁸⁴⁶ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 01-13.592, n° 01-11.352, n° 02-17.507 et n° 03-13.673.

l'exagération s'apprécie au regard de plusieurs critères cumulatifs⁸⁴⁷ : le moment du versement des primes⁸⁴⁸, l'âge et la situation patrimoniale et familiale du souscripteur⁸⁴⁹ et l'utilité de l'opération pour le souscripteur⁸⁵⁰. Cette conjonction de critères repose essentiellement sur une appréciation *in concreto* du cas d'espèce. Le caractère manifestement exagéré sera apprécié par rapport à l'ensemble des facultés du souscripteur, élément qui nécessite une appréciation méticuleuse des faits et des actifs du *de cuius*, et de surcroît une analyse au jour de versement de la prime.

Si la Cour donne des clés d'appréciation elle ne fournit pas les armes pour s'assurer de les remplir, notamment pour une simple et bonne raison qui est celle de l'appréciation *in concreto* de la limite, empêchant par essence toute caractérisation précise. Dès lors, il n'est pas possible aujourd'hui, sauf cas véritablement flagrant, et même en présence d'une volonté manifeste d'exhérédation, d'assurer à l'héritier lésé qu'il obtiendra gain de cause. À ce sujet, de nombreuses critiques se sont élevées contre cette action. Pour le doyen honoraire Jean Aulagnier : « *Les réservataires n'ont rien à espérer de l'article L. 132-13 du Code des Assurances qui pourtant devrait les protéger* »⁸⁵¹. En effet à l'étude de cette notion et de son application pratique, on s'aperçoit que comme pour la disqualification de l'aléa, la preuve du caractère manifestement exagéré des primes sera malaisée. En l'absence de critères objectifs précis, il n'est pas possible à la lecture d'une situation factuelle d'assurer à l'héritier réservataire que le juge ira dans le sens d'une telle qualification. Plus que l'aléa judiciaire, nous sommes ici dans une appréciation souveraine des juges du fond sur un faisceau d'indices peu concentrés. Recourir à l'appréciation souveraine des juges du fond dans la qualification de cette notion d'exagération désarme tant le contre-pouvoir est volatile face à une volonté anticipative précise. Pour pallier ce problème, il a été, à de nombreuses reprises,

⁸⁴⁷ « *Pour apprécier le caractère exagéré des primes, les tribunaux fondent généralement leur décision sur une analyse globale des circonstances de l'investissement (excluant qu'un élément soit appréhendé isolément des autres), reposant sur une méthodologie dont l'application est contrôlée par la Cour de cassation* », M. LEROY, *Assurance-vie et gestion du patrimoine*, Lextenso éditions, 2011, n° 716 in J.-M. OHNET, *op. cit.*

⁸⁴⁸ Not. en ce sens : Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 2006, n° 05-15.409 - Cass. 2^{ème} civ., 4 déc. 2008, n° 07-20.544 : RGD 2009, p. 228, note J. BIGOT - Cass. 2^{ème} civ., 12 mars 2009, n° 08-11.980.

⁸⁴⁹ Not. en ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 35-15.674 - Cass. 2^{ème} civ., 17 févr. 2005, n° 01-10471.

⁸⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2020 n° 19-17.517.

⁸⁵¹ J. AULAGNIER, « Assurance-vie : l'exclusion des réservataires ou la protection inopérante des primes exagérées », *Dr. & pat.*, n° 242, décembre 2014.

proposé de mettre en place des critères pour apprécier de façon univoque le caractère de l'exagération sans que cette question ne soit vraiment d'actualité⁸⁵².

Les règles de l'ordre public successoral souffrent d'une mauvaise adaptation face à ce type d'anticipation. Ce constat motive notamment des demandes conséquentes de réforme. Selon le Garde des Sceaux Jean-Jacques Urvoas ces deux mécanismes légaux (que sont la disqualification de l'aléa et les primes manifestement exagérées) limiteraient le recours indu à l'assurance-vie et permettraient d'assurer aux héritiers « *une protection suffisante de leurs droits* »⁸⁵³, nous nous permettons en l'état et notamment en pratique d'en douter.

Un autre outil de planification basé sur l'aléa met à l'épreuve les règles de l'ordre public successoral mais dans une mesure moins importante.

2 - La clause d'accroissement

196. Le mécanisme de la tontine. La tontine est « *mystérieuse* »⁸⁵⁴, mystérieuse sur le plan civil dans son articulation avec les règles juridiques de la transmission, mystérieuse également sur le plan fiscal où son régime de taxation apparaît en première analyse inadapté à ses enjeux. La tontine ou clause d'accroissement n'est civilement pas définie par le législateur, il convient pour en apprécier les contours de se tourner vers les appréhensions prétoriennes de la notion.

Il est admis que la clause de tontine permet à « *plusieurs personnes d'acheter conjointement un bien en convenant qu'elles auront ensemble la jouissance leur vie durant et que le survivant sera le seul propriétaire, sans*

⁸⁵² En ce sens : A. PANDO, « Assurance-vie : vers des critères légaux de la requalification en libéralité ? », n° 186, *LP4*, 16 sept. 2020, n° 186, p. 7. - R. LEMAITRE, « Succession et assurance-vie ; un vide législatif permettant une atteinte à la réserve héréditaire ? », *Gaz. Pal.*, 6 oct. 2020, n° 34, p. 57 : « *A ce sujet le sénateur Claude Malhuret soulevait la question de l'absence de caractérisation de la notion de primes manifestement exagérées* ».

Sur la question de la mise en place de critères précis pour cette action : La ministre de la Justice, Nicole BELLOUBET, n'apporte pas de réponse précise. Elle estime que « *l'édition de critères d'appréciation du caractère exagéré des primes, tout comme de critères permettant d'identifier les assurances-vie constitutives de libéralités, doit s'insérer dans le cadre d'une réflexion plus large sur la réserve héréditaire* » (Rép. min., n° 15361, JO Sénat 18 juin 2020).

Elle renvoie au rapport sur la réserve héréditaire et notamment sa proposition n° 24 qui prévoyait de mentionner dans la loi, afin de guider le juge et de limiter le contentieux, les critères permettant d'identifier les assurances-vie constitutives de libéralités en droit civil : « *410. Cette proposition permettrait de respecter les catégories juridiques du droit civil et de compenser, moyennant un élargissement de son assiette, la diminution par ailleurs proposée du montant de la réserve héréditaire (v. proposition n°19). Elle ne conduirait cependant pas à regarder tout contrat d'assurance-vie comme une donation mais à le traiter comme telle lorsqu'il constitue une libéralité. Pour éviter qu'un contentieux ne se développe au sujet de la preuve du caractère libéral de l'opération, comme cela semble aujourd'hui être le cas en Belgique depuis les réformes de 2012 et 2014 ayant consisté à réintégrer l'assurance-vie dans la masse de calcul de la réserve héréditaire et pour permettre de dégager des solutions claires et prévisibles, il serait utile d'engager une réflexion visant à identifier les critères – tel, par exemple, l'existence d'une faculté de rachat – permettant de faire le départ entre les assurances-vie constitutives de libéralités et les autres. Ces éléments pourraient constituer des directives que le législateur proposerait au juge dans le cadre de son opération de qualification. Le cas échéant, ces éléments pourraient être érigés en présomption simple.* », in C. PÈRES et P. POTENTIER, « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019.

⁸⁵³ Réponse du Ministre de la Justice publiée au JO Sénat du 12 mai 2016, p. 2026.

⁸⁵⁴ V. ZALEWSKI-SICARD, « Tontine et aspects liquidatifs », *JCP N*, n° 43, 25 Octobre 2013, 1250.

que le coacquéreur ne l'ait jamais été »⁸⁵⁵. Il est enseigné que cette clause repose sur une double condition qui affecte les droits des coacquéreurs : une condition suspensive de survie et une condition résolutoire de prédécès. C'est par le jeu de ces clauses que le prédécès du premier acquéreur entraîne l'anéantissement rétroactif de ses droits. De nombreuses questions se sont posées sur le pacte tontinier, notamment la nature de la jouissance qui lie leur vie durant les coacquéreurs ou encore l'incidence d'un régime d'essence communautaire sur la pérennité du pacte. Nous nous intéresserons plus particulièrement à la réception de ce mécanisme par les règles de l'ordre public successoral. En effet, la clause de tontine reposant sur l'onérosité et l'aléa - caractères reconnus par la jurisprudence et la doctrine⁸⁵⁶ - il est évident que son application va venir parasiter les règles coercitives normalement applicables.

197. L'appréhension par l'ordre public successoral. À l'instar du mécanisme de l'assurance-vie, la présence d'un aléa dans le pacte tontinier induit son exclusion des prescriptions de l'ordre public successoral. C'est ainsi qu'il est courant dans les études portant sur les contournements des règles impératives successorales comme la réserve héréditaire, de voir apparaître des développements tant sur l'assurance-vie que sur la clause de tontine⁸⁵⁷. L'analyse de la tontine à l'épreuve des règles coercitives de la transmission fait ressortir trois points cardinaux.

Premièrement, la compatibilité de la tontine avec le principe de la prohibition des pactes sur succession future. Il a pu être jugé que les caractéristiques d'un pacte tontinier venaient porter directement atteinte à la prohibition des pactes sur succession future. En effet, nous serions en présence d'une disposition d'un droit successoral futur si « *l'acte d'acquisition prévoyait (comme ce fut le cas à une époque) que la part du prédécédé devrait 'revenir' au survivant* »⁸⁵⁸. Cependant, la rédaction actuelle des clauses prévoyant la rétroactivité des conditions a été validée par la jurisprudence comme ne portant pas atteinte au principe sus-évoqué⁸⁵⁹.

Deuxièmement, la compatibilité de la tontine avec les principes liquidatifs inhérents à la réserve héréditaire. La liquidation d'un pacte tontinier ferait échec aux règles réservataires : « *au*

⁸⁵⁵ P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^e éd., 2018, LGDJ Lextenso éditions, pp. 406-407, n° 693. Également sur ce sujet : F. ZENATI, Clause d'accroissement, *RTD civ.* 1998, p. 946.

⁸⁵⁶ « *Fidèle, de ce point de vue, à la jurisprudence traditionnelle, l'arrêt du 3 février 1959 énonçait que la clause confère « à chaque contractant la chance de devenir seul propriétaire du bien acquis contre le risque correspondant de ne le devenir jamais ; qu'une telle convention constitue non une libéralité, mais un contrat aléatoire à titre onéreux* ». Cette analyse est généralement approuvée par la doctrine (J. Mazeaud, *Les clauses d'accroissement ou de réversion et la jurisprudence de la Cour de cassation*, *Defrénois*, 1961. 286 et s. ; Grimaldi, *Successions*, n° 352 ; Dumortier, *préc.* n° 98-999) et il est mentionné expressément dans les formules notariales que la stipulation au profit du survivant est « *formellement convenue à titre de clause aléatoire* » (cf. clause citée par J. Mazeaud, *préc.* p. 283 ; cf. le libellé de la clause ayant donné lieu à l'arrêt de 1970) », in J. PATARIN, *RTD Civ.* 1990 p. 539.

⁸⁵⁷ En ce sens : D. BORILLO, « Réserve héréditaire : une entrave à la liberté, à l'égalité, à la solidarité et à l'esprit entrepreneurial », in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 82-85.

⁸⁵⁸ Req., 24 janv. 1928 : *S.* 1929. I. 137, note H. VIALLETON.

⁸⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1959, *D.* 1960. 592 - Ch. mixte, 27 nov. 1970 : *JCP* 1971. II. 16823.

décès du prémourant, la propriété de l'immeuble commun sera transférée sur la tête du survivant, de sorte que le bien ne figurera pas dans la masse successorale du de cujus : les règles françaises sur la réserve ne pourront donc pas s'appliquer au dit immeuble, du moins au moment du premier décès»⁸⁶⁰. Tout comme le mécanisme assurantiel, la présence d'un aléa, et consubstantiellement d'une qualification onéreuse de la transaction, fait échec à la qualification de libéralité et à son régime potentiellement protecteur (sous le prisme des héritiers). Comme pour l'assurance-vie, il sera possible de faire échec à ce mécanisme dérogatoire en prouvant notamment l'absence d'aléa dans l'opération pour faire requalifier l'opération en donation déguisée. Nous l'avons vu, la conclusion d'un pacte tontinier repose sur un aléa. Pour qu'il soit véritablement présent il est d'usage d'analyser deux facteurs déterminants dans la caractérisation dudit aléa : l'âge des coacquéreurs et leur état de santé. Dans la caractérisation factuelle de l'aléa, seront également regardées les contributions respectives à l'acquisition qui peuvent permettre d'affiner la réflexion, et de potentiellement déterminer une volonté univoque de transmission⁸⁶¹. Il a pu être jugé que l'absence de chance équivalente notamment caractérisée par la « *différence d'âge et l'état de santé créant une inéquivalence des chances et des risques excluent pratiquement l'aléa* »⁸⁶². La preuve de l'absence d'aléa ne sera pas suffisante en soit pour obtenir une requalification en libéralité, la présence et la preuve d'une intention libérale resteront un préalable obligatoire⁸⁶³. Il semblerait que pour apprécier l'équivalence d'un gain ou d'une perte les facteurs déterminant l'aléa puissent se compenser⁸⁶⁴. Reste que pour être parfaitement sécurisé

⁸⁶⁰ É. FONGARO, « La préparation d'une succession internationale - Ou l'art subtil d'éluder la réserve héréditaire », *JCP N* n° 24, 13 juin 2008, 1221.

⁸⁶¹ « Tout est affaire de circonstances, les juges retiennent ordinairement le défaut d'aléa en cas de différence d'âge trop importante entre les stipulants ou si l'un est atteint d'une maladie grave dont l'issue à brève échéance est inéluctable. », F. BICHERON, « Vieillesse de la population - Quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ? », *JCP N* n° 9-10, 1er mars 2013, doss. 1041.

⁸⁶² « Il en serait ainsi en l'absence de chances équivalentes : on cite la différence d'âge et l'état de santé créant une inéquivalence des chances et des risques excluant pratiquement l'aléa (J. Mazeaud article préc. n° 1013 ; Max-Henry, « Une pratique critiquable, la clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial », *JCP éd. N.*, 1987. 415, n° 26 ; Grimaldi, *Successions*, n° 352). Mais la jurisprudence n'admet pas que la circonstance de la différence d'âge ou de la mauvaise santé suffise à entraîner la qualification d'acte à titre gratuit à défaut de la constatation d'une intention libérale certaine par les juges du fond (Civ. 1re, 11 janv. 1983 ; D. 1983. 501, note Larroumet ; Defrénois, 1983. 33114, note Morin). C'est ce que réaffirme en l'espèce la Cour d'Aix-en-Provence dans son arrêt du 13 décembre 1988 : la différence d'âge (dix-huit ans) n'est pas suffisante pour faire disparaître tout aléa. L'arrêt réserve, en revanche, le cas dans lequel la santé de l'un des époux coacquéreurs serait altérée, au moment de l'acte, au point de lui ôter toute chance de survie. Aussi bien le défaut d'aléa, en l'absence d'intention libérale, ne change pas la qualification de l'acte onéreux mais entraîne sa nullité pour défaut de cause », in J. PATARIN, *op. cit.* Également en ce sens : sur le déséquilibre de financement : Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007, n° 05-21.011, D. 2007.

⁸⁶³ « Mais la jurisprudence n'admet pas que la circonstance de la différence d'âge ou de la mauvaise santé suffise à entraîner la qualification d'acte à titre gratuit à défaut de la constatation d'une intention libérale certaine par les juges du fond (Civ. 1re, 11 janv. 1983 ; D. 1983. 501, note Larroumet ; Defrénois, 1983. 33114, note Morin) », *ibid.*

⁸⁶⁴ « Cela étant, une inégalité peut en compenser une autre, la différence d'âge ou d'état de santé étant susceptible d'être rééquilibrée par l'inégalité des apports. Mais il faudrait, à cette fin, que le tontinier jeune et bien portant finance l'acquisition dans une proportion supérieure à celle de son aîné ; or, c'est précisément le contraire qui risque de se produire, les déséquilibres s'additionnant alors au lieu de se compenser, puisque le plus jeune a des chances de survie supérieures alors qu'il a moins apporté », B.-H. DUMORTIER, « Contrats aléatoires. — Clause d'accroissement ou de tontine insérée dans une acquisition en commun », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. unique, LexisNexis, app. art. 1964, 2014.

le pacte tontinier devrait être conclu entre deux personnes ayant un âge, un état de santé, et un écart dans les apports qui ne devrait pas être démesuré.

Enfin, se pose la question de la compatibilité de la tontine avec les principes de l'impôt successoral. Contrairement au plan civil, le droit fiscal a maintenu pour le pacte tontinier la qualification d'acte à titre gratuit. Issu de l'article 69 de la loi n° 80-30 du 18 janvier 1980, l'article 754 A du Code général des impôts prévoit que : « *les biens recueillis en vertu d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra aux survivants de telle sorte que le dernier vivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement. Cette disposition ne s'applique pas à l'habitation principale commune à deux acquéreurs lorsque celle-ci a une valeur globale inférieure à 76 000 €, sauf si le bénéficiaire opte pour l'application des droits de mutation par décès* »⁸⁶⁵. Selon la lettre de cet article, la transmission ainsi opérée sera taxable comme la transmission d'un actif successoral classique, fonction du lien de parenté et des abattements notamment de l'article 779 du Code général des impôts. Une exception existe cependant pour les résidences principales, mais au regard de la valeur affichée de 76 000 €, celle-ci apparaît en total décalage avec la réalité immobilière. Selon l'analyse de Frédéric Douet, les droits de mutation sont assis sur la moitié de la valeur de l'immeuble recueillie en vertu d'une clause d'accroissement⁸⁶⁶. C'est ainsi que le partenaire de pacs ou le conjoint sera exonéré au regard de cette transmission quand un tiers devra acquitter un impôt successoral de 60 %. La fiscalité successorale joue ici - contrairement aux prescriptions dérogatoires de l'article 990 I du Code général des impôts - son rôle de contre-pouvoir à la volonté du *de cuius*. En persistant à reconnaître la transmission inhérente au pacte tontinier comme une transmission à titre gratuit, le législateur maintient le verrou psychologique de l'impôt pour éviter que l'anticipation et la planification successorales basées sur ce type d'outils ne réduisent la protection réservataire à peau de chagrin. Reste que le mécanisme projeté dans le caractère d'une anticipation successorale matrimoniale permet d'éluder complètement les règles successorales en franchise de droit. Face à la résistance fiscale de l'ordre public successoral, la pratique de l'anticipation successorale a essayé de trouver des solutions pour parasiter cette fiscalité. Il revient ainsi régulièrement une solution proposée qui est l'insertion du pacte tontinier dans un contrat de société, société qui détiendrait elle-même l'immobilier. Cette stratégie empêcherait l'application des droits de mutation à titre gratuit. Néanmoins l'utilisation de cette stratégie s'avère très risquée : « *l'insertion d'une clause de*

⁸⁶⁵ Pour une étude précise sur le sujet : V.-A. CHAPPERT, « Le traitement fiscal d'une clause de tontine et de la renonciation à une telle clause », *Defrénois*, 2002, art. 37494 - R. BROCHARD, « La réactualisation du pacte tontinier dans le cadre des mutations à titre gratuit », *JCP N* 2003, n° 15-16, 1270 - F. DOUET, « Les apports du PACS sur la situation fiscale des concubins », *Dr. Fam*, déc. 1999, hors-série, p. 37 et s.

⁸⁶⁶ F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, LexisNexis, 17^e éd., 2017, n° 1555, p. 489.

réversion dans une contrat de société est à manier avec d'innombrables précautions. Pour s'en convaincre, il suffit de penser au spectre de l'abus de droit »⁸⁶⁷.

Force est de constater que l'influence de l'anticipation successorale via l'utilisation d'un pacte tontinier se trouve mieux maîtrisée par les règles successorales, l'impôt successoral étant notamment une vraie limite. Il suffit pour s'en convaincre de regarder l'utilisation qui est faite des clauses de tontine en pratique par rapport au nombre de contrats d'assurance-vie ouverts. En effet, il est très rare de trouver en pratique des clauses d'accroissement, premièrement parce que peu de professionnels du droit prennent la responsabilité d'une telle rédaction au regard de leur responsabilité professionnelle, deuxièmement parce qu'une fois conclue il s'avère extrêmement complexe de sortir d'une clause de tontine, et enfin parce que les risques de requalification et la fiscalité applicables en font un outil souvent peu incitatif.

⁸⁶⁷ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE I

198. Conclusion. On doit au domaine de l'astrologie une des premières définitions de l'influence, elle pouvait se définir alors comme l'action exercée sur les hommes et les choses par un flux provenant des astres. Dans son acception classique, l'influence se définit comme l'action exercée par une personne ou une chose sur une autre. *Quid* de l'action exercée par la notion d'anticipation successorale dans la dyarchie structurée ? De notre étude sur cette influence il ressort que le droit de la transmission est structuré autour de deux pôles co-dépendants. Ces pôles sont également soumis à des influences exogènes ; on pense en première intention aux notions de famille et de patrimoine. Les évolutions sociales et économiques de ces deux constantes ressurgissent sur la matière en ce qu'elles bousculent ces données, rendant la législation successorale souvent inadaptée aux besoins présents. Le législateur a dû s'emparer de cette inadaptation de la machine de la transmission. Le point central de ces mutations converge vers ce besoin de volonté parfois oppressant matérialisé par un mouvement de néolibéralisme successoral. Cette autodétermination en droit de la transmission passe essentiellement par l'anticipation et la planification successorales. En effet, si l'autodétermination est l'action pour un peuple de choisir son organisation politique et administrative, en droit des successions et par analogie, celle-ci serait l'action, pour le *de cuius*, de décider de sa propre organisation successorale et donc de modifier à sa guise les conséquences - normalement imposées - de sa succession future.

L'incursion importante de l'anticipation successorale dans le droit de la transmission a nécessairement une incidence sur l'équilibre de la dyarchie, les deux notions évoluant en vase clos. Dès lors deux chemins étaient possibles : soit l'augmentation de l'anticipation successorale allait consubstantiellement faire reculer l'ordre public successoral ; soit, l'augmentation de l'anticipation successorale allait faire basculer l'équilibre établi et l'obliger à s'adapter. Si la distinction paraît superficielle, son poids est important notamment au regard de la future évolution de la matière. Nous avons vu que l'influence de l'anticipation successorale se manifestait dans les débats législatifs et qu'elle a été un moteur puissant de réforme du droit des successions et des libéralités. De ces différentes réformes, les outils de planification successorale se sont vus dotés de nouveaux pouvoirs, ce qui a obligé les règles de l'ordre public successoral à s'adapter aux nouveaux enjeux pour trouver ce nouvel équilibre si important pour la pérennité de la matière.

Cette réaction en chaîne d'influence liée à un phénomène de néolibéralisme est réceptionnée sous deux courants : mal du siècle pour certains, avancée extraordinaire pour d'autres, nous partons du postulat qu'il ne faut pas faire de corporatisme et juger sur pièce. À notre sens l'influence de

l'anticipation successorale dans la dyarchie a participé à redessiner la structure de la transmission, permettant une plus grande latitude de la volonté tout en conservant des outils de contrôle puissants concourant à l'objectif de la notion cadre de l'ordre public successoral. Reste que le droit de la transmission ne pourra pas accueillir des réformes continues à défaut de faire muter la dyarchie en monarchie et ainsi rompre l'équilibre.

Si l'influence de l'anticipation successorale en droit de la transmission interne est parlante, nous allons voir que la démonstration trouve une évolution notable dans un contexte international.

Chapitre II

LA PLACE DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

199. Un paradigme porteur. L'influence de l'anticipation successorale irrigue le droit de la transmission tant au niveau législatif qu'au niveau de la pratique. Cette influence se matérialise notamment dans l'adaptation - souhaitée mais *in fine* contrainte - des règles limitant la volonté. Si les transformations libérales de la société française ont obligé à repenser un droit de la transmission millénaire, leurs influences sur le droit des successions internationales relèvent d'une approche différente. Les réflexions juridiques soulevées par les successions internationales ne sont pas, en soi, inédites, mais l'importance qu'elles ont prises au cours de ces dernières années a rendu le sujet central.

L'étude de la législation actuellement applicable aux successions internationales fait ressortir un droit jeune si l'on ose la comparaison avec les différents droits nationaux. C'est également un droit qui n'a - en principe - pas la même finalité que les droits matériels des États. L'émergence de ce droit coïncide notamment avec l'évolution du mouvement libéral, courant qui va alors imprégner sa construction et ses motivations. Il apparaît que les piliers de la notion d'anticipation successorale, que sont la volonté et la prévisibilité, vont dominer le droit des successions internationales par leur emprise (**Section 1**). Pour contrôler cette volonté, l'ordre public successoral interne va principalement se manifester par les lois d'application immédiate et par le mécanisme correcteur de l'exception d'ordre public international. Ces développements ne prendront sciemment pas en compte la résurgence du droit de prélèvement compensatoire, ce droit restant aujourd'hui encore un épiphénomène qui ne saurait remettre les évolutions de fond qui se trament depuis plusieurs dizaines d'années. Plus avant, nous allons voir, à quels égards, les marqueurs de l'anticipation successorale en droit international ont une influence sur l'équilibre de la transmission, et notamment sur la manifestation de l'ordre public successoral dont l'apparent recul n'est qu'un trompe l'œil (**Section 2**).

Section 1

L'EMPRISE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ ET DE LA PRÉVISIBILITÉ

200. Une analyse en miroir. En droit interne, l'émergence de l'anticipation successorale est intimement liée à l'influence du libéralisme. Cette influence a été un vecteur de modification de la législation pour faire face aux besoins exprimés par le peuple et les praticiens, d'anticiper les conséquences de sa succession future. Le droit international privé fut longtemps dépossédé d'une vraie législation pour les successions internationales. Là où les mécanismes communs de défense du *for* ont toujours existé au travers de l'orthodoxie du droit international privé, la manifestation de l'anticipation successorale tant en termes de volonté que de prévisibilité relevait quasi-exclusivement des différents droits matériels.

Il était dès lors complexe d'analyser l'empreinte de l'équilibre de la transmission dans un tel paradigme. En droit interne, le libéralisme et l'anticipation successorale ont eu pour effet - notamment par les réformes du début du XXI^{ème} siècle - de faire évoluer le droit de la transmission vers une promotion de l'autonomie de la volonté du *de cuius*. Volonté et prévisibilité se sont retrouvées au cœur des débats législatifs pour faire avancer les lignes d'un équilibre institutionnalisé. *Quid* de ce mouvement de fond dans le contexte d'une succession internationale ?

Nous allons voir qu'à l'instar du droit français, l'influence de l'anticipation successorale est venue façonner le droit des successions internationales de façon peut être encore plus importante qu'en droit interne (§ 1). Le particularisme international a permis au néolibéralisme successoral une incursion beaucoup plus importante qu'en droit interne, où il était nécessaire de bâtir sur l'existant. Le règlement européen⁸⁶⁸ a notamment permis l'émergence de véritables manifestations positives de l'anticipation successorale (§ 2).

§ 1 - L'INFLUENCE DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE

201. L'épreuve d'une étude. Il n'est pas aisé de mettre à l'étude l'influence de la notion d'anticipation successorale dans un contexte international. Premièrement, parce que la notion

⁸⁶⁸ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

d'anticipation juridique en droit des successions est une caractérisation interne du droit français. Deuxièmement, de par son caractère pluridisciplinaire et l'absence de définition autonome, le domaine juridique y afférent se voit souvent éclaté à travers une multitude de textes. Avec l'avènement d'un véritable droit européen, la question des successions internationales et leur appréhension par le prisme des États membres est devenue un sujet de plus en plus central. Nous verrons que la construction d'un véritable droit des successions internationales (A) est empreinte de l'idéologie de l'anticipation juridique pour arriver à la création d'un instrument véritable, porte étendard de l'anticipation successorale, le projet de règlement (UE) n° 650/2012 (B).

A - La construction d'un droit des successions internationales

202. L'anticipation juridique au-delà des frontières. Le mouvement de l'anticipation juridique en droit des successions et des libéralités laisse place à la caractérisation d'une véritable notion autonome fondée à la fois sur la volonté et la prévisibilité. Cette anticipation successorale est venue en droit interne façonner l'équilibre du droit de la transmission, notamment impulsé par un courant prégnant de néolibéralisme successoral.

En droit international privé, la question de la réglementation des successions représente un sujet ardu tout particulièrement au regard des enjeux de la matière dans les droits matériels respectifs des nations. L'absence d'un véritable droit autonome pour la matière laissait un espace libre pour développer un véritable droit des successions internationales, droit qui n'aurait alors pas à combattre un équilibre établi. S'accommoder des équilibres internes tout en pouvant potentiellement s'en affranchir, tel était le champ des possibles offert aux droits des successions et des transmissions internationales. Il est tout particulièrement intéressant de mesurer le poids de l'anticipation successorale dans la création de la réglementation successorale.

Traversé au même titre que le droit interne par un courant libéral, le droit international privé s'est vu directement irrigué par les considérations anticipatives au point d'en constituer son propre ADN. Au-delà de la mise en exergue de racines unifiées (1), nous verrons que l'étude de cette construction législative est notamment riche d'études juridiques et de consultations (2) permettant de véritablement appréhender tant les enjeux des successions internationales que la place centrale de l'anticipation successorale.

1 - Les racines d'un droit unifié

203. De Vienne à La Haye en passant par Tampere. La naissance d'un droit des successions internationales fut assez chaotique. Avant que « *l'européanisation du droit international privé* »⁸⁶⁹ ne vienne donner l'élan nécessaire et lever les résistances des nations, le droit international privé avait essayé de créer des instruments pour régir les successions internationales⁸⁷⁰. C'est à l'Europe, et notamment à ses organes fonctionnels, que l'on doit d'avoir pallier les carences évidentes du droit international privé. La nécessité d'adopter un instrument européen en matière de successions figurait déjà au rang des priorités du plan d'action de Vienne de 1998⁸⁷¹. Déjà conscient que « *l'absence de règles de droit international privé harmonisées n'est pas sans entraîner une certaine insécurité juridique* »⁸⁷², il fallait dès lors agir pour régler ce domaine juridique⁸⁷³. À la suite de ces premières impulsions, on observe une littérature assez riche sur la construction d'une législation successorale internationale⁸⁷⁴. C'est ainsi que pour aborder les différentes règles régissant actuellement le droit de la transmission internationale, et notamment l'équilibre qu'il soutient, il est important de comprendre les cheminements intellectuels qui ont mené à ces textes. C'est à travers ces éléments que l'on peut se rendre réellement compte de l'immixtion de l'anticipation successorale et de ses deux piliers fondateurs : la volonté et la prévisibilité.

⁸⁶⁹ R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD Civ.* 2007, p. 451.

⁸⁷⁰ On pense notamment aux tentatives d'unification des Conventions de La Haye du 2 octobre 1973 (Conférence de La Haye, Convention sur l'administration internationale des successions conclue le 2 octobre 1973 visant les États signataires de la présente convention, désirant établir des dispositions communes en vue de faciliter l'administration internationale des successions), ou encore celle du 1^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort (Conférence de La Haye, Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort visant les États signataires de la présente Convention désirant établir des dispositions communes concernant la loi applicable aux successions à cause de mort.) qui furent deux grands échecs. Pour l'exemple, la convention de la Haye du 1^{er} août 1989 n'a été ratifiée que par les Pays-Bas, (*v.* sur ce sujet : S. GHOZLAN, *La désignation de la loi applicable en matière de successions internationales : La professio juris en droit international privé québécois et comparé*, mémoire, Montréal, 2012, p. 3).

⁸⁷¹ Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice - Texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 déc. 1998 (JO. C 019, 23.1.1999 pp. 1–15. Réf JO C 19 du 23.1.1999).

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ Chacun s'accorde pour débiter l'histoire de la réglementation successorale actuelle au Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 (Conseil européen de Tampere 15 et 16 octobre 1999 (*v.* sur ce sujet : É. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions », *JDI* n° 2, avr. 2014, doctr. 5 ; R. TINIÈRE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, J.-Cl. Droit International, Fasc. 161-25, 28 févr. 2017, n° 9.) et au programme de mesures sur la reconnaissance mutuelle en matière civile et commerciale qui y faisait suite (Conseil, Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, réf : 2001/C 12/01.). Ce conseil avait alors approuvé le principe de la reconnaissance mutuelle des jugements et des autres décisions émanant des autorités judiciaires tout en pressant le Conseil et la Commission d'adopter un programme de mesures notamment relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois. Le programme fut adopté le 30 novembre 2000 portant notamment le constat que « *des instruments juridiques devraient être élaborés en matière de dissolution des régimes matrimoniaux, de conséquences patrimoniales de la séparation des couples non mariés et de successions* » (*v.* sur ce sujet : M.-C. de LAMBERTY-AUTRAND, « Quel droit européen en droit patrimonial de la famille ? Le Livre vert sur les successions et les testaments », *Informations sociales*, 2006/1, n° 129, pp. 84-93).

⁸⁷⁴ Riche de doctrine, mais surtout riche des différents projets de lois et autres consultations.

Le droit européen a permis l'émergence d'outils de coordination et de coopération. Le traité instituant la Communauté européenne⁸⁷⁵ (TCE), posa en son temps la trame de fond pour le futur, en ce qu'il détermina les grandes orientations législatives de la construction européenne. Ce même traité prévoyait en ses articles 61 et 65 la mise en place progressive d'un espace de liberté, de sécurité et de justice organisé autour de plusieurs sujets et notamment en matière de coopération judiciaire⁸⁷⁶. Cette volonté de mise en place d'instruments de coopération en matière civile allait nécessairement ressurgir dans la matière successorale. En effet, le droit des successions se trouvait, de par la mobilité des personnes et des biens, comme étant la cible parfaite pour la mise en place de mesures visant « *une matière civile ayant une incidence transfrontière* »⁸⁷⁷. À l'aune du Programme de La Haye⁸⁷⁸ était alors proposée, concernant le droit de la famille et le droit des successions, la présentation d'un livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de successions⁸⁷⁹.

2 - Des études importantes

204. L'étude de la DNotI. Le livret vert sur les successions internationales est une étape importante dans la construction du droit successoral international et notamment européen. Cette grande consultation a été précédée d'un rapport présenté par la *Deutsches Notarinstitut Institut Notarial Allemand German Notary Institute* (ci-après la DNotI)⁸⁸⁰, portant une étude de droit comparé sur les

⁸⁷⁵ Du Traité sur l'union européenne et du traité instituant la communauté européenne (2002) (2002/C 325/01).

⁸⁷⁶ TCE, art. 65 : « *Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à : a) améliorer et simplifier : (...) — la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires ; b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence ; c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres* ».

⁸⁷⁷ 2009/0157 (COD), Consd. n° 1.

⁸⁷⁸ Quelques années après Tampere, le Conseil européen réuni à Bruxelles les 4 et 5 novembre 2004 a adopté le « Programme de La Haye » relatif à la consolidation de la liberté, de la sécurité et de la justice au sein de l'Union européenne. Dans ce programme était notamment prévu dans la partie coopération judiciaire en matière civile, que dans un délai de deux ans devraient être prises des mesures en vue d'« *examiner la possibilité d'élaborer un instrument juridique sur la compétence internationale, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des jugements relatifs aux régimes matrimoniaux et aux successions. En élaborant de tels instruments, il conviendrait de tenir compte du lien existant entre les biens matrimoniaux et le droit de succession. Les travaux déjà entrepris dans le cadre de la conférence de La Haye sur le droit international privé devraient être pris en considération* » (v. sur ce sujet les conclusions de la Présidence, Conseil européen de Bruxelles, 4 et 5 novembre 2004). Les conclusions de la présidence du Conseil européen de Bruxelles précisait alors sur ce sujet précis que le « *droit civil, y compris le droit de la famille, touche la vie quotidienne des citoyens. C'est pourquoi le Conseil européen attache une grande importance à la poursuite du développement de la coopération judiciaire en matière civile et à l'exécution complète du programme de reconnaissance mutuelle adopté en 2000. Le principal objectif de l'action menée dans ce domaine consiste à faire en sorte que les frontières entre les pays européens ne constituent plus un obstacle au règlement des litiges civils ni à l'engagement de procédures judiciaires et à l'exécution des décisions en matière civile* », *ibid.*

⁸⁷⁹ Cette grande consultation devait alors notamment traiter de la question de la compétence judiciaire, de la reconnaissance mutuelle et de l'exécution des décisions dans ce domaine, d'un certificat d'hérédité européen et d'un mécanisme permettant de savoir avec précision si un résident de l'Union européenne a laissé des dernières volontés ou un testament.

⁸⁸⁰ DNotI – Deutsches Notarinstitut = Institut notarial Allemand ; {En ligne}, <https://www.dnoti.de>.

règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne⁸⁸¹. L'ambition affichée de ce rapport était de présenter « *une synthèse scientifique des problèmes pratiques posés par la rédaction des testaments et la liquidation des successions au sein de l'UE dans le cas de successions internationales et de proposer des éléments de solutions pour une législation au niveau européen* »⁸⁸².

Ce document se structure autour de cinq axes de réflexion et pose un constat simple mais récurrent : la mobilité des personnes et des biens a un impact majeur dans l'Union Européenne⁸⁸³. À cette lecture il apparaissait dès lors impérieux de légiférer pour donner un cadre prévisible et commun aux successions transfrontalières. L'étude soulève de nombreuses problématiques⁸⁸⁴ mais une seule apparaît importante à la lecture de notre étude, celle relative à la question de la non-harmonisation des droits matériels des États sur la matière successorale. Cette problématique des distorsions des lois matérielles était évidemment un sujet qu'il fallait aborder : fallait-il aller au-delà d'une unification des règles de conflits, et directement s'attaquer au droit interne des successions pour essayer de le lisser ? La réponse amenée par le rapport est, à juste titre, négative. Pour le reste, une harmonisation du droit matériel des successions des États membres n'est, à notre avis, ni réalisable ni souhaitable, les traditions juridiques pouvant fortement varier d'un État membre à l'autre. Ce rapport extrêmement complet, posait d'ores et déjà les grands axes de la réglementation future alors repris par la grande consultation du livre vert.

⁸⁸¹ Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union européenne, {En ligne} : http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm. Sur ce sujet : « *Le DNotI a réalisé cette étude conjointement avec le professeur Paul Lagarde, de l'Université Paris I (Sorbonne-Panthéon) à Paris, et le professeur Heinrich Dörner, de l'Université de Münster en Allemagne. L'étude du DNotI a été publiée en 2002. Les propositions suggérées dans cette étude ont également été examinées lors d'une conférence internationale organisée à Bruxelles en mai 2004* », in Forum sur la coopération judiciaire en matière civile : débat avec les parlements nationaux, 2 déc. 2008 (réf : IPOL-JURI_NT 2008 408321).

⁸⁸² *Ibid.*

⁸⁸³ En effet, le rapport expose cette problématique de l'importance des dévolutions successorales transfrontalières au sein de l'Union européenne par une série de trois constats chiffrés : « *Dans certains États membres de l'Union Européenne, il y a un grand nombre de ressortissants d'autres États membres (p. e. en Allemagne où résident 1,8 millions de ressortissants d'autres États membres; ou au Luxembourg où plus de 20 % de la population totale sont des ressortissants d'autres États membres de l'UE). De même, une partie notable de citoyens de certains États membres vivent dans un autre État membre, p. e. plus d'un million d'italiens ou 11,7% des irlandais. De nombreux citoyens de l'UE ont des comptes bancaires (Luxembourg) ou des immeubles dans d'autres États de l'UE : on estime à 1 million d'allemands ayant des immeubles dans d'autres États membres ; les anglais et les néerlandais devraient également être nombreux à avoir des immeubles dans les autres pays de l'UE* », *Ibid.*

⁸⁸⁴ Le rapport s'articule autour de cinq problématiques principales. La première concerne la compétence internationale, la reconnaissance et l'exécution des décisions. À ce sujet le rapport vient à la conclusion qu'il conviendrait de donner compétence au tribunal du lieu de la dernière résidence habituelle du défunt tant pour les biens meubles que immeubles, et laisser par dérogation, compétence à la juridiction du lieu de situation de l'immeuble dans l'unique cas où la *lex rei sitae* exige un certificat d'héritier ou une preuve comparable. La seconde a trait à la détermination de la loi applicable en matière successorale et de formalisme testamentaire. Là encore, les propositions se placent sur la problématique de l'harmonie. C'est ainsi qu'était proposé de soumettre la dévolution de l'ensemble de la succession à la loi de l'État de la dernière résidence habituelle du défunt tout en prévoyant que le *de cuius* puisse choisir la loi applicable entre, soit sa loi nationale, soit la loi de sa résidence habituelle. Seront aussi évoqués dans cette étude les sujets de la création d'un certificat européen uniforme d'héritier, d'un certificat pour les tiers administrateurs et d'un registre européen des testaments.

205. Le livre vert et réception française. Ce document fondateur se présentait comme une large consultation relative aux successions *ab intestat* ou testamentaires comportant des aspects internationaux⁸⁸⁵. Là encore, l'étude se basait sur un constat, similaire à celui développé par la DNotI, d'une augmentation exponentielle des successions présentant un élément d'extranéité, notamment lié à la mobilité croissante des personnes au sein de l'Union européenne et l'accroissement du nombre des mariages entre les ressortissants des États membres⁸⁸⁶. Augmentation qui allait alors créer ce que les rédacteurs du livre vert qualifieront de « *problèmes concrets des citoyens* »⁸⁸⁷. Ces problèmes étaient principalement liés à la disparité des règles substantielles, des normes procédurales et des règles de conflit de lois qui régissent la matière dans les États membres.

Les axes du livre vert reprennent en grande partie les problématiques soulevées par l'étude de droit comparé de la DNotI. Si la question d'une harmonisation des droits matériels des États est écartée, un consensus émerge sur la nécessité d'unifier sur les règles de conflit de lois et de juridictions. En ce qui concerne les conflits de lois en matière successorale, les droits successoraux des États européens varient et le livre vert soulève un certain nombre d'interrogations déterminantes : « *la règle de conflit doit-elle se limiter à la détermination des héritiers ou doit-elle englober la liquidation et le partage de la succession ? Sur quels critères baser le rattachement ? etc.* »⁸⁸⁸. Au-delà de la question du rattachement, seront soulevées deux autres problématiques fondamentales et déjà discutées. Premièrement, se posera la question de la possibilité pour le *de cujus* de choisir la loi applicable à sa succession⁸⁸⁹. De cette réflexion découleront cinq interrogations soumises à l'étude⁸⁹⁰. Deuxièmement, se posait la question des réserves successorales et plus généralement de la présence de règles coercitives. Les rédacteurs soulevaient que les États organisaient à travers leurs droits matériels la protection des proches, et que cette protection prenait souvent la forme d'une réserve héréditaire. Au regard de la présence de ces règles, une interrogation générale était

⁸⁸⁵ COM (2005) 65 final du 1.3.2005.

⁸⁸⁶ « *La mobilité accrue des personnes au sein d'un espace sans frontières intérieures, ainsi que l'accroissement du nombre d'unions entre ressortissants d'États membres différents, lesquelles s'accompagnent souvent de l'acquisition de biens situés sur le territoire de plusieurs pays de l'Union, compliquent singulièrement la succession.* », *ibid.*, p. 3.

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ Sur ce point, les rédacteurs du livre vert tranchent : « *Bien que les États membres de l'Union européenne, pour la plupart, n'admettent pas le choix de la loi successorale par le futur de cujus ou par les héritiers, la question demeure pertinente. Quel que soit le critère de rattachement choisi, on ne peut en effet exclure qu'il sera, dans certaines situations, inadapté aux attentes légitimes des protagonistes d'une succession. Une certaine flexibilité pourrait ainsi être prévue* », *Ibid.*, p. 6.

⁸⁹⁰ « *Faut-il admettre la possibilité pour le futur de cujus de choisir la loi applicable à sa succession, avec ou sans l'accord de ses héritiers présumés ? Si l'on admet le choix de la loi successorale, faut-il limiter les possibilités de choix et en déterminer les modalités ? À quel moment ces rattachements doivent-ils être présents et faut-il les assortir de conditions particulières (durée, maintien à la date du décès...) ? Faut-il admettre le choix de la loi applicable aux testaments conjoints et aux pactes successoraux ? Faut-il encadrer ce choix ? Doit-on permettre à un conjoint de choisir la loi applicable à son régime matrimonial pour régir sa succession ?* », *Ibid.*

alors portée à la consultation : « *faut-il préserver l'application de la réserve successorale lorsque la loi désignée par la règle de conflit ne connaît pas cette institution ou en définit la portée de manière différente ? Dans l'affirmative, selon quelles modalités ?* »⁸⁹¹.

Les consultations découlant du livre vert et de ses propositions ont permis aux États de l'union de s'interroger sur l'impact d'un outil unique pour régler les successions internationales. En France, un examen des propositions de ce livre vert fut notamment entrepris dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution en date du 11 avril 2006⁸⁹². Il ressort des conclusions de cette consultation française un sentiment mitigé. D'un côté, il est fait un accueil favorable au principe d'un instrument supra national permettant de pallier les carences de la liquidation des successions internationales. Mais de l'autre, on voit émerger un certain nombre de préoccupations sur l'influence de cet instrument sur le droit successoral français. De ces commentaires, on comprend alors que le véritable enjeu juridique de l'instrument européen devrait être le respect de l'équilibre nécessaire de la transmission. En effet, *quid* de la compatibilité de ce règlement avec les règles protectrices françaises et tout particulièrement la réserve héréditaire ? Dès lors, une intervention était souhaitable mais elle devait être contrôlée pour ne pas être attentatoire au droit matériel français.

La problématique de la modification des droits internes n'a jamais vraiment fait son chemin dans l'évolution des travaux législatifs. De par leur disparité mais également au regard du principe de souveraineté, un outil comme le futur règlement européen ne pouvait de façon frontale venir harmoniser des droits successoraux nationaux avec des histoires différentes et des constructions

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁹² Justice et Affaires intérieures Communication de Mme Monique Papon sur le Livre vert relatif au divorce et sur le Livre vert relatif aux successions et testaments (réf. : Textes E 2846 et E 2837 COM (2005) 82 final et COM (2005) 65 final). Monique Papon revenait alors sur les interrogations et les orientations du livre vert. Si pour elle certaines orientations lui apparaissaient de « *nature à apporter de réelles améliorations* » comme la création d'un certificat successoral européen, d'autres sujets relevaient certaines difficultés. Le premier sujet d'achoppement, selon elle, relevait de la distinction entre les meubles et les immeubles, notamment entre les différents pays consacrant un régime unitaire et ceux relevant d'un régime scissionniste. Une des préoccupations découlant de ce sujet se révélait à l'aune de l'éventuelle création de droits réels non reconnus par l'État en charge de la loi applicable aux immeubles. Le second sujet, et non des moindres, était lié à la question de la réserve héréditaire et de la saisine. L'auteure relevait très justement qu'il existe deux grandes formes de dévolution : la succession aux biens et la succession à la personne. Dès lors, l'appréhension de cette distorsion interrogeait la commission sur « *la possibilité de rendre compatible ces deux systèmes et de reconnaître les trusts successoraux sur l'ensemble du territoire de l'Union* ». De façon plus large, un point d'alerte était émis sur l'incompatibilité manifeste de l'institution du *trust* avec celui de la réserve héréditaire. Huber Haenel relevait sur ce sujet que les questionnements de la Commission dans son livre vert « *seraient susceptibles d'entraîner un véritable bouleversement de notre droit successoral* ». Sa préoccupation se portait sur la conséquence d'un principe unitaire quand un *de cuius* de nationalité française établirait sa dernière résidence dans un pays ne connaissant pas de règle d'ordre public successoral comme la réserve héréditaire. A ce sujet Pierre Fauchon confirmait les préoccupations précédemment développées : « *La réserve héréditaire est un principe fondamental de notre droit sur lequel il n'est pas question de transiger. Dans les pays du Common law, comme l'Angleterre, la réserve héréditaire n'existe pas, si bien que rien ne s'oppose à la possibilité, pour une personne, de dés hériter l'un de ses héritiers. Il s'agit là d'une question fondamentale qui relève d'un choix de société et de ses valeurs morales. Chaque État doit donc rester libre d'appliquer ou non ce mécanisme* ».

jusqu'alors plus ou moins efficaces en droit interne. Comme le précisait Alix Giraud⁸⁹³ il était prévisible de déterminer à partir de l'étude faite par le DNotI et le livre vert les grandes orientations du règlement à venir : une harmonisation des règles de conflit, un rattachement unitaire de la succession, et une place importante à l'autonomie de la volonté.

B - Le projet de règlement sur les successions internationales

206. Le projet de Commission. Suite aux différentes consultations de la Commission européenne, une proposition de règlement européen émergea⁸⁹⁴. Les motivations de ce projet reprenaient en grande partie les éléments des différentes consultations antérieures. Néanmoins, un véritable constat et des analyses étaient alors posés pour justifier l'émergence d'un tel outil (1), constat permettant de mettre en avant les objectifs de la réglementation future (2).

1 - Des analyses et un constat

207. Analyse d'impact et besoin économique de prévisibilité. La proposition de règlement s'accompagnait d'un document de travail des services de la commission. Cette « *analyse d'impact* »⁸⁹⁵, se fondait alors sur plusieurs travaux⁸⁹⁶. Des différentes consultations, il apparaît que les plus grandes problématiques relevant des successions internationales étaient de deux ordres : la première relevait de la distorsion entre la volonté du *de cuius* et le règlement des successions, la

⁸⁹³ A. GIRAUD, « Les successions transfrontalières dans l'imbricatio des droits européens : un règlement communautaire est-il opportun ? », Les blogs pédagogiques de l'Université de Paris Nanterre, {en ligne}, publié le 26 mai 2009, {consulté le 10 décembre 2019}. <https://blogs.parisnanterre.fr/content/les-successions-transfrontalières-dans-l'imbricatio-des-droits-européens-un-règlement-communa>. Citant notamment : M.-C. de LAMBERTYE-AUTRAND, « Quel droit européen en droit patrimonial de la famille ? Le Livre vert sur les successions et les testaments », *Informations sociales*, 2006/1 (n° 129), p. 84-93 - E. LAMOTTE, « La nouvelle Europe des 25 États membres va considérablement compliquer la tâche du notaire déjà fort ardue », in « Les familles sans frontières en Europe – mythe ou réalité ? », *LPA*, p. 13 et s. - M. VAN SEGGELEN et B. BASSEVILLE, « La *professio juris* : une institution méconnue à découvrir », *LPA*, 14 avril 2005, p. 44.

⁸⁹⁴ Proposition du règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen du 14 octobre 2009 {COM (2009)154 final}. Sur ce sujet : G. KHAIRALLAH et M. REVILLARD, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales*, Paris, Defrénois, 2010 - A. BONOMI et C. SCHMID, *Successions internationales. Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse*, Genève, Schulthess, 2010.

⁸⁹⁵ Document de travail des services de la commission accompagnant la proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Réf : COM (2009) 154 final SEC (2009) 410.

⁸⁹⁶ Notamment : « EPEC, « Impact Assessment Study on Community Instruments on Successions and Will », *analyse d'impact relative aux instruments communautaires en matière de successions et de testaments, mais également sur l'étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union européenne effectuée par le Deutsches Notarinstitut (Institut notarial allemand) en novembre 2002 et enfin sur le livret vert et ses amples 60 questions* », in Dossier interinstitutionnel : 2009/0157 (COD).

seconde tenait à l'absence de respect des droits des présomptifs héritiers et des créanciers. Il ressortait alors que ces difficultés relevaient d'un problème unique : la grande divergence des droits matériels⁸⁹⁷. En effet, en droit interne, nous avons analysé que l'évolution du droit des successions et des libéralités est le fruit d'une construction sédimentaire millénaire dont les ramifications sont tentaculaires, et touche à un nombre important des matières du droit français, tout particulièrement de par son caractère pluridisciplinaire. Matière complexe en droit interne, le contexte international ajoute un élément supplémentaire de complexité.

Ces divergences de législation peuvent amener, comme le relève l'analyse, à des distorsions entre les droits des conjoints ou encore entre les règles de procédure de liquidation régissant les successions. Mais c'est surtout au niveau des règles de coercition de la volonté du *de cuius* que peuvent se trouver des grandes différences entre les droits matériels nationaux. C'est ainsi que « *les parts de l'héritage qui reviennent à chaque membre de la famille sont très variables* » et que même si « *tous les États membres, à l'exception du Royaume-Uni prévoient l'octroi d'une part réservataire de l'héritage aux membres de la proche famille du défunt, (...) leur quantum et leur calcul varient* »⁸⁹⁸. Nature différente, *quantum* différent, techniques liquidatives différentes, la réserve héréditaire oscille suivant les droits nationaux⁸⁹⁹. Au-delà, la question de la part réservataire n'est pas la seule composante de l'ordre public successoral à connaître des différences suivant les frontières ; les questions de la forme des libéralités et de la prohibition des pactes sur succession future se posent tout autant⁹⁰⁰.

L'analyse d'impact fait émerger cinq grandes problématiques qui auraient des conséquences négatives pour les citoyens⁹⁰¹. Ces problématiques juridiques reposent sur une analyse numérale et quantitative de l'ampleur des successions internationales⁹⁰². Mobilité croissante, nombre de successions internationales en hausse, la relation de cause à effet est limpide. Or, la présence de tous ces « *problèmes* » présentés par l'analyse d'impact engendre des coûts et consubstantiellement

⁸⁹⁷ « Bien que leur harmonisation ne relève pas de la compétence de la Communauté européenne, il est important de comprendre que ce sont les règles matérielles nationales en matière de successions, qui diffèrent fortement d'un État membre à l'autre, qui sont à l'origine des problèmes auxquels les citoyens sont actuellement confrontés », COM (2009) 154 final SEC (2009) 410, n° 2.

⁸⁹⁸ COM (2009) 154 final SEC (2009) 410, p. 3.

⁸⁹⁹ V. *infra*, n° 233.

⁹⁰⁰ « Bien que tous les États membres reconnaissent les testaments, certains acceptent des instruments de planification des successions plus élaborés (par exemple les testaments conjoints et réciproques) qui ne sont pas reconnus dans tous les États membres », COM (2009) 154 final SEC (2009) 410, p. 3.

⁹⁰¹ « Difficultés pour les citoyens de déterminer à l'avance le pays et l'autorité jouissant de la compétence internationale ; Conflits entre les lois applicables à une même succession ; Liberté de choix insuffisante (ou limitée) du droit applicable pour le testateur ; Reconnaissance et exécution limitées des décisions et des documents ; Reconnaissance limitée du statut d'héritier ou d'administrateur/exécuteur », *Ibid*.

⁹⁰² On apprend qu'environ 4.5 millions de personnes meurent chaque année dans l'Union européenne et qu'en retenant une valeur moyenne pour une succession de 137.000 euros la valeur annuelle totale des successions serait d'environ 646 milliards d'euros. Le raisonnement se fonde sur une estimation qui est la suivante : sur l'intégralité des successions, entre 9 et 10 % d'entre elles présentent un élément d'extranéité, elles représenteraient *in fine* un marché de plus de 100 milliards d'euros. Ces nombres viennent corroborer un état de fait soulevé depuis le Conseil d'ampère qui est l'évolution exponentielle de la mobilité des personnes ces dernières années. Avec l'évolution des technologies et de l'économie du transport, la mobilité des personnes (hors période de pandémie mondiale), mais aussi des biens et des capitaux, a considérablement augmenté.

une opportunité d'économie. On apprend à la lecture de l'analyse que *« la résolution de ces problèmes pourrait donc permettre aux citoyens de l'Union européenne d'économiser quelques 4 milliards d'euros par an »*⁹⁰³. Nous sommes donc ici dans une volonté à la fois économique et juridique, voire à certains égards, dominée par l'économie et le profit. Cela est si vrai que dans ce document, ou du moins dans sa présentation, les successions internationales sont présentées par le prisme d'un marché, par un prisme économique. L'intégralité de ce constat repose d'ailleurs sur un document intitulé *« analyse d'impact »*. La notion d'analyse d'impact trouve une résonance particulière en droit de l'environnement, où elle est une *« étude technique visant à apprécier les conséquences d'un projet d'aménagement pour en limiter, atténuer les effets négatifs »*⁹⁰⁴. En droit des données personnelles, l'analyse d'impact *« est une étude qui doit être menée lorsqu'un traitement de données personnelles est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et les libertés des personnes concernées »*⁹⁰⁵. Il ressort donc de ces deux acceptions que l'analyse d'impact est un document d'audit, visant à projeter un élément et en déterminer les répercussions négatives. Il est dès lors intéressant pour la Commission européenne d'avoir choisi une telle dénomination pour un document fondant, à certains égards, une proposition de règlement. Se pose alors la question de la nature de cette analyse. Avait-elle pour finalité de projeter les éléments d'une proposition de règlement et en déterminer les limites et les éventuelles conséquences négatives ? Cette méthodologie et cette vision économique de la réglementation traduiront une volonté politique empreinte d'un certain libéralisme qui n'est pas sans rappeler l'évolution du droit interne et que l'on va retrouver dans les objectifs avancés par l'instrument européen.

2 - Les objectifs

208. L'anticipation successorale au cœur de la proposition de règlement. Ce constat posé, la proposition de règlement s'articulait autour d'objectifs. Le document de travail affiche une arborescence entre objectifs principaux, spécifiques et opérationnels. Deux objectifs principaux sont mis en avant, et notamment un qui va particulièrement nous intéresser. Si *« faire en sorte que les droits des héritiers potentiels, des personnes qui ont un lien de parenté formel ou autre avec le défunt, des créanciers privés et publics, etc. soient davantage susceptibles d'être effectivement respectés »*⁹⁰⁶ est évidemment une problématique qui doit être purgée par l'outil européen, l'autre objectif principal affiché est de

⁹⁰³ COM (2009) 154 final SEC (2009) 410, p. 5.

⁹⁰⁴ Ministère de la transition écologique, évaluation environnementale et études d'impact, L'évaluation environnementale, {en ligne}, publié le 20 déc. 2019, {consulté le 9 mars 2021}. <https://www.ecologie.gouv.fr/levaluation-environnementale>.

⁹⁰⁵ Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Ce qu'il faut savoir sur l'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) {en ligne}, publié le 22 oct. 2019, {consulté le 10 mars 2021}. <https://www.cnil.fr/fr/ce-quel-faut-savoir-sur-lanalyse-dimpact-relative-la-protection-des-donnees-aipd>.

⁹⁰⁶ COM (2009) 154 final SEC (2009) 410, p. 5.

« *permettre aux citoyens de planifier et d'organiser efficacement leur succession à l'avance dans un contexte transfrontalier* »⁹⁰⁷.

L'anticipation successorale, et notamment sa pérennité prise sous le prisme transfrontalier, s'avère donc l'un des objectifs principaux de la proposition de règlement. Cela est très intéressant car si les travaux préparatoires et les différentes études laissaient esquisser que la complexité du règlement international des successions rendait la prévisibilité de la volonté du *de cuius* très aléatoire, rien ne laissait présager que l'un des objectifs principaux du règlement européen serait ostensiblement fondé sur la notion d'anticipation successorale dans un contexte international. Cet objectif est par ailleurs directement rappelé dans le corps du projet du règlement : « *la présente proposition vise à permettre aux personnes résidant dans l'Union européenne d'organiser à l'avance leur succession* »⁹⁰⁸.

L'ambition est notamment de faciliter le recours à l'anticipation successorale. L'analyse d'impact conclut ses travaux en affirmant que la plus grande prévisibilité juridique dégagée par une harmonisation des règles de conflits et une unité de la succession permettraient au citoyen de recourir plus facilement à une sereine planification successorale. En cela, elle rejoint les fondements de la notion d'anticipation successorale précédemment développés, confirmant que l'absence de prévisibilité dans l'anticipation et dans la planification successorale rend caduque la volonté car lui soustrait sa pérennité nécessaire. Basant sa réflexion constitutive sur cette notion d'anticipation successorale et donc par capillarité sur celle de la sécurisation de la volonté du *de cuius*, le législateur européen mettait déjà un pied dans la retranscription de l'équilibre de la transmission dans le projet de règlement. Cette appréhension de l'équilibre successoral dans la construction de l'outil européen se retrouve également dans la base juridique affichée du projet, démontrant une réception à géométrie variable de la dyarchie.

209. La scission consommée entre la famille et le patrimoine. Nous l'avons précédemment analysé, en droit interne la transmission repose en particulier sur une relation fondamentale entre les notions de patrimoine et de famille. L'étude de cette relation révélait alors une analogie entre le patrimoine et la volonté d'un côté, la famille et les limites de l'autre⁹⁰⁹. Pour assurer un équilibre dans la législation européenne il était naturel de rechercher une telle relation dans les motivations de la proposition de règlement, tout particulièrement quand la motivation première de ce texte était de combattre les problèmes liés au plein exercice du droit de propriété

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ COM (2009)154 final 2009/0157 (COD), p. 10.

⁹⁰⁹ V. *supra*, n° 154.

privée⁹¹⁰. Or, dans ses fondements juridiques, la proposition de règlement n'ira pas dans ce sens, elle prendra même le parti de refuser de reconnaître une telle relation. Selon la proposition de règlement : « *Il convient de souligner d'abord que la grande majorité des États membres, à l'exception des pays nordiques, qualifie le droit successoral comme une matière distincte du droit de la famille, en raison de ses aspects patrimoniaux prépondérants* »⁹¹¹. Cette affirmation dans les premières pages du document législatif désarçonne à plusieurs niveaux et a notamment fait l'objet d'un commentaire très pertinent de David Martel⁹¹². Le premier point à soulever est l'éviction du droit des successions et des libéralités du droit de la famille comme étant des matières étrangères. Il est indiqué que - sauf les pays nordiques - le traitement successoral est distinct du droit de la famille, or cette analyse est à notre sens une erreur. En droit français, la notion de famille est prépondérante dans le droit successoral, que l'on se place dans la configuration du droit successoral général ou spécial⁹¹³. La dévolution successorale est par exemple le miroir de la volonté présumée du *de cuius*, et est basée sur la cognation et le lignage. En droit spécial, les limites à la volonté du *de cuius*, comme la réserve héréditaire et le droit de retour des père et mère sont intimement liés à la famille car c'est dans la finalité de l'ordre public successoral d'offrir une protection minimum aux proches du défunt. David Martel soulève très justement que « *si dans le Code civil les successions et libéralités sont un moyen comme un autre d'acquérir la propriété, elles n'en demeurent pas moins intimement liées à la famille* »⁹¹⁴. L'affirmation de la proposition de règlement est donc fautive en droit moderne, mais également au regard de l'évolution de la matière que nous avons vu intimement liée à la conception de famille.

Le second point est lié à la fonction de la matière. À la lecture des termes de la proposition de règlement, il semblerait que la fonction première du droit de la famille serait sa fonction sociale

⁹¹⁰ « Ces personnes sont donc aujourd'hui confrontées à des difficultés importantes pour mettre en œuvre leurs droits dans le contexte d'une succession internationale. Ces règles différentes empêchent également le plein exercice du droit de propriété privée, lequel d'après la jurisprudence constante de la Cour de Justice fait partie intégrante des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect », CJCE, 28.4.1998, C-200/96 – Metronome Musik, ECR 1998 I-01953 ; 12.7.2005, C-154 et 155/04 - Alliance for Natural Health and others, ECR 2005 I-06451, in COM (2009)154 final 2009/0157 (COD), p. 2.

⁹¹¹ « (...) Même au niveau du droit matériel, il existe des différences importantes entre les deux matières. La finalité principale du droit successoral est de définir les règles de dévolution de la succession ainsi que de régler la transmission de la succession elle-même. À la différence du droit successoral, le droit de la famille a pour objet de régir surtout les rapports juridiques liés au mariage et à la vie de couple, à la filiation et à l'état civil des personnes. Sa fonction sociale essentielle est de protéger les liens familiaux. En outre, contrairement au droit de la famille où la volonté des individus n'occupe que très peu de place et où la grande majorité des rapports sont régis par des règles d'ordre public, le droit successoral reste une matière où la volonté du titulaire des droits occupe une place importante. Il existe donc une autonomie suffisante entre ces deux branches du droit civil pour que ces matières puissent être traitées séparément l'une de l'autre. », COM (2009)154 final 2009/0157 (COD), p. 3.

⁹¹² D. MARTEL, « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », RLDC n° 77, 1^{er} déc. 2010, pp. 1-8.

⁹¹³ Sur cette distinction, v. *supra*, n° 52.

⁹¹⁴ « la différence entre le droit interne et la proposition de règlement ressort avant tout d'une conception, de l'essence, si l'on ose dire, de la matière successorale. En effet, si dans le Code civil les successions et libéralités sont un moyen comme un autre d'acquérir la propriété, elles n'en demeurent pas moins intimement liées à la famille. Le droit des successions et des libéralités, et c'est sans aucun doute la valeur centrale de la matière, ressort avant tout de la vie familiale, dont il règle souvent les aspects les plus douloureux. Selon le doyen Carbonnier, la succession est une des 'neufs sœurs' parente, notamment, de la filiation, du divorce ou encore de l'autorité parentale », D. MARTEL, *op. cit.*

et notamment la fonction de protection des liens familiaux, excluant de fait cette finalité pour le droit des successions. Pourtant, une grande partie des composantes de l'ordre public successoral tendent également vers cette fonction. Il faut rappeler que la finalité de l'ordre public successoral est la limitation de l'autonomie de la volonté du sujet de droit aux fins de tendre au respect de l'intérêt collectif, intérêt que l'on retrouve corrélé à la protection de certains membres de la famille comme le conjoint et les descendants. L'incohérence de ces propos est très justement soulevée par David Martel qui relève que le droit de la famille est depuis toujours lié à la matière successorale, et que ces matières ont des fonctions communes comme cela pouvait être le cas avec l'institution de la *querella inofficiosi testamenti* animée par *l'officium pietatis* ou encore par les réformes de la Révolution⁹¹⁵.

Le troisième point est la justification de cette distinction basée sur la place de la volonté dans les matières respectives. S'il est vrai que l'ordre public en matière familiale est un sujet prégnant, force est de constater que la libéralisation du droit sus analysé touche également ce pan du droit interne⁹¹⁶. Mais aussi, que la place de la volonté serait plus présente dans le droit des successions ce qui de fait permettrait d'étudier les deux matières de façon parallèle. Au-delà d'une absence de cause à effet dans la relation empirique de cette formule, il est faux de présenter la volonté comme seul acteur ou même comme acteur prépondérant du droit des successions. Par cette présentation, les auteurs du règlement renient l'équilibre successoral fondé tant sur la volonté que sur les limites de celle-ci. Se pose alors l'interrogation d'une telle position : pourquoi décorréliser la matière successorale de la matière familiale ?

Une possible réponse a été soulevée par la doctrine par le prisme de la politique et du formalisme. En effet, en dissociant la matière successorale de la matière familiale, la Commission s'exempte de la procédure liée à la matière familiale et peut passer par la procédure ordinaire de

⁹¹⁵ En ce sens : « Ces propos apparaissent inexacts du point de vue des évolutions du droit français. Si l'on s'en tient aux racines de l'époque révolutionnaire de la matière, c'est bien l'égalité dans la famille que défendait Mirabeau en soutenant une stricte égalité entre les héritiers : « il n'y a plus d'aîné, plus de privilégiés dans la grande famille nationale ; il n'en faut pas plus dans les petites familles qui la composent » (Mirabeau, *Opinions et discours*, tome 3, Paris, 1834, p. 155). L'on pourrait encore rappeler qu'en droit romain la *querela inofficiosi testamenti* (qui est une forme de mécanisme réservataire) était fondée sur un devoir d'affection (*officium pietatis*) du de cujus envers certains de ses parents (P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., 1929, reprint, Dalloz, 2005, p. 913). C'est aussi sans compter que la Cour européenne des droits de l'homme rattache les aspects patrimoniaux à la vie familiale elle-même, le célèbre arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre* en est une remarquable illustration (CEDH, 13 juill. 2004, aff. 69498/01, *Pla et puncernau c/ Andorre*, RTD civ. 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud, JCP G 2005, II, no 10052, note F. Boulanger). », in D. MARTEL, *op. cit.*

⁹¹⁶ Pour une étude de l'incursion du libéralisme dans le droit patrimonial de la famille : A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018, « Section 1 – Le déclin du principe de l'immutabilité du régime matrimonial ».

codécision⁹¹⁷. Si cette voie est à explorer il ne fait aucun doute que cette scission est aussi le fruit d'une volonté marquée de décorrélérer la matière de la famille pour conforter « *l'idéologie libérale* » qu'elle soutient. On ne peut faire que le parallèle entre cette idéologie et le courant néolibéral en droit interne. Néanmoins, malgré cette immixtion de la volonté en droit interne, le droit successoral français n'a jamais consommé cette scission entre les matières, trop attaché au droit patrimonial de la famille comme un tout indissociable. Cette scission est donc à notre sens volontairement consommée pour marquer une rupture avec les droits matériels basés sur un véritable équilibre en balance et pour laisser une place prépondérante à la volonté, reléguant les limites non pas comme contre pouvoir mais comme exception. David Martel regrettera à juste titre cette rupture : « *c'est donc sans ses bornes naturelles que la liberté du de cuius apparaît dans la proposition de règlement. Ceci se vérifie à la lecture des dispositions consacrées à l'exception d'ordre public et, tout particulièrement, à la réserve héréditaire* »⁹¹⁸.

210. La place de la volonté dans les commentaires et les considérants. La proposition de règlement poursuit la présentation de son texte sur des commentaires des articles, commentaires qui apportent des éclaircissements supplémentaires sur l'esprit du texte et la psyché de ses rédacteurs. Nous nous attarderons tout particulièrement sur trois points. Le premier étant le champ d'application du règlement vis-à-vis de son objectif principal, l'anticipation successorale. Le commentaire de l'article 1 sur le champ d'application et les définitions nous apprend que la proposition de règlement aborde la notion - selon leur mot « *le concept* » - de succession comme devant être appréciée de façon autonome⁹¹⁹ et dans tous ses aspects⁹²⁰. On comprend alors que le règlement projeté aura pour fonction de régir l'administration, la dévolution et donc la détermination des héritiers, mais aussi et surtout la liquidation de la succession. La lecture de ce commentaire se poursuit par l'exclusion volontaire de ce même champ d'application des droits et biens créés ou transférés autrement que par succession à cause de mort et notamment les formes de libéralités du droit civil. De cette exclusion ressort l'un des plus grands problèmes auquel va se

⁹¹⁷ « L'adoption à l'unanimité par le Conseil, après une simple consultation du Parlement européen, conformément à l'article 81, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Lagarde P., Présentation de la proposition de règlement sur les successions, in Khairallah G. et Revillard M. (dir.), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales*, Deffrénois 2010, p. 5 et s., spéc. p. 7) », in D. MARTEL, *op. cit.* Également sur ce sujet : P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen des successions », in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2012, p. 691 ; « Il s'agit de la position du Parlement européen du 13 mars 2012 et de la décision du Conseil du 7 juin 2012. L'adoption de la procédure législative ordinaire et non de celle spéciale prévue à l'art. 81, par. 3, TFUE pour les mesures relatives au droit de la famille (qui aurait exigé l'unanimité des membres du Conseil après consultation du Parlement européen) s'explique car le droit des successions, ayant pour objet la dévolution et la transmission des biens à cause de mort, ne relève pas du droit de la famille qui concerne en revanche les rapports juridiques dérivant du mariage et de la filiation », G. DEBERNARDI, *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, thèse, Côte d'Azur, 31 mai 2017, p. 31.

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ On imagine autonome de la matière familiale mais également autonome du droit européen par rapport aux droits internes des États membres.

⁹²⁰ Not. en ce sens : C. NOURISSAT, « Le champs d'application du règlement », in G. KHAIRALLAH et M. REVILLARD (dir.), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Paris.

heurter la réglementation future. L'objectif principal de ce texte est de faciliter et développer l'anticipation successorale et sa réception dans un contexte transnational, or l'erreur manifeste est d'exclure de son champ d'application une grande partie de ce qui constitue cette même notion. La commission, à la lecture de ce commentaire, se fonde sur une conception de l'anticipation successorale que l'on pouvait rattacher à la conception restrictive de Jean Patarin, l'anticipation excluant les actes de prévoyance et les transferts *causa mortis*. Nous verrons tout particulièrement que de cette amputation de la notion ressortent des difficultés de segmentation des législations applicables⁹²¹.

Le second commentaire est relatif à la partie sur la loi applicable et tout particulièrement à l'article 17. La Commission informe que les futurs États parties au texte connaissent « *des mécanismes destinés à assurer la subsistance des proches du défunt et principalement de mécanismes de réserve héréditaire* »⁹²², formulation curieuse quand quelques paragraphes plus haut on prônait la totale autonomie de la matière sur le droit de la famille. On entrevoit dans cette réflexion cette idée d'équilibre de la transmission. Dans la réflexion de la mise en place d'une éventuelle *optio juris* pour le *de cuius*, l'analyse de la commission rappelle que cette réflexion centrée sur la liberté et son autonomie doit s'inscrire dans un équilibre⁹²³. En permettant au testateur un choix de loi, il fallait trouver un compromis entre les avantages d'un tel choix et la protection des intérêts légitimes des proches du défunt. Néanmoins, la prise en compte de cet équilibre de la transmission entre volonté et limite est immédiatement réfrénée à l'article 27 qui précise que le recours à l'ordre public doit revêtir un caractère exceptionnel⁹²⁴.

A la suite de cette présentation, la proposition de règlement se dévoile autour de 36 considérants et 51 articles. L'analyse des considérants est particulièrement importante à ce niveau pour comprendre les véritables objectifs de ce que sera la future réglementation européenne.

211. De l'esprit à l'ADN. Le séquençage de la proposition de règlement fait immédiatement ressortir les deux piliers de la notion d'anticipation successorale que sont la volonté et la prévisibilité. Ces notions constituent l'ADN du projet de règlement, au détriment presque évident de l'ordre public successoral. En effet, la question des limites à la volonté relève, sous

⁹²¹ V. *infra*, n° 214.

⁹²² COM (2009)154 final 2009/0157 (COD), p. 6.

⁹²³ « *C'est pourquoi le règlement ne permet au testateur que de choisir la loi de sa nationalité et cela doit être apprécié en rapport avec la règle générale qui conduit à l'application de la loi de la résidence. Ce choix permet au testateur ayant bénéficié de la liberté de circulation offerte dans l'Union, mais soucieux de conserver des liens étroits avec son pays d'origine, de préserver ces liens culturels à travers sa succession* », *Ibid.*

⁹²⁴ Il est précisé que la « *différence entre les lois relatives à la protection des intérêts légitimes des proches du défunt ne saurait justifier son intervention, ce qui serait incompatible avec l'objectif d'assurer l'application d'une loi unique à l'ensemble des biens de la succession* », *Ibid.*

couvert du principe de subsidiarité, du droit matériel national que l'on ne souhaite pas toucher tout en le limitant, en rendant son action quasi-impossible. Pourtant, le considérant 6 de la proposition du règlement apportait la ligne de démarcation nécessaire à tout outil voulant régir la transmission anticipée de son patrimoine⁹²⁵. Reformulé, ce considérant prévoit que le *de cuius* doit pouvoir organiser l'anticipation et la planification de sa succession dans un contexte transnational sans pour autant occulter les éventuels droits d'une certaine catégorie d'héritiers. Nous verrons que si les solutions de la proposition de règlement et du règlement européen portent en eux l'influence de l'anticipation successorale, cet idéal d'équilibre se ne voit pas consacré.

§ 2 - LES MANIFESTATIONS POSITIVES DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE

212. L'anticipation dans tous ses États. Le 4 juillet 2012 le règlement (UE) n° 650/2012 élaboré par le Parlement européen et le Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, a été adopté avec les enjeux affichés lors des différents travaux préparatoires : politique, économique et juridique⁹²⁶. Ce texte, reprenant la proposition de règlement dans ses grands axes majeurs, et surtout dans ses aspirations, garde comme objectif primaire la promotion de l'anticipation successorale dans un contexte international. Cette ligne directrice est notamment soulignée par Éric Fongaro : « *le considérant n° 7 du texte précise que dans l'espace européen de justice, les citoyens doivent être en mesure d'organiser à l'avance leur succession. L'anticipation successorale - l'estate planning - a ainsi été au cœur des préoccupations des rédacteurs du texte européen* »⁹²⁷. Il ne fait en effet plus de doute que l'influence majeure de ce texte repose sur des considérations anticipatives et tout particulièrement sur les deux piliers de la notion d'anticipation successorale que sont la volonté et la prévisibilité⁹²⁸, directement transposés au travers des principes d'unicité et de prévisibilité (A) et d'autonomie de la volonté (B). Cette ligne forte a été beaucoup commentée par la doctrine, et notamment par François Boulanger qui souligne que ce texte est empreint de « *l'appel à l'anticipation successorale et de la possibilité d'un libre choix par testament ou par pacte*

⁹²⁵ Le considérant prévoit que : « *dans l'espace européen de justice, les citoyens doivent être en mesure d'organiser à l'avance leur succession. Les droits des héritiers et légataires, des autres personnes liées au défunt ainsi que des créanciers de la succession, doivent être garantis de manière efficace* ».

⁹²⁶ Not. sur ces enjeux : É. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions », *JDI*, n° 2, avr. 2014, doctr. 5. Pour une analyse similaire : S. GODECHOT-PATRIS : « *Parallèlement, la définition restrictive de l'ordre public, privilégiée à l'article 35, a pu conduire certains à douter que la réserve puisse être d'ordre public international, d'autant qu'il ne faut pas perdre de vue l'inspiration libérale du règlement venu autoriser le choix de loi en matière successorale et encourager les actes d'anticipation successorale* » (« Le prélèvement est mort...Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doctr. 2).

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ « *Par les innovations dont il est porteur, qui reposent principalement sur les principes d'unité successorale et d'autonomie de la volonté* », É. FONGARO, *op. cit.*

successoral (Règl. n° 650/2012/UE, art. 22 et 25) » et que cette influence « *correspond à une tendance à peu près générale en droit interne d'organiser à l'avance la succession, favorisée, pour la France, par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006* »⁹²⁹.

A - La prévisibilité par l'unicité

213. L'unicité, un bienfait pour la prévisibilité. L'anticipation successorale est fondée sur la volonté du *de cuius* mais également sur la notion de prévisibilité. Dans un contexte international, la prévisibilité nécessaire à la pérennité de l'acte de planification et à la réflexion anticipative se heurte à la complexité du concours de lois inhérent à l'internationalité de la situation. Premièrement, pour anticiper les conséquences de sa succession il faut connaître la loi qui la régira effectivement. Cette donnée peut s'avérer complexe dans le cadre d'un système scissionniste qui fait venir en concours potentiel différentes lois avec des règles successorales complètement différentes. Deuxièmement, au-delà de la connaissance de la loi qui sera applicable au décès, il est nécessaire de connaître, mais surtout de comprendre la loi applicable aux actes de planification pour connaître leur incidence. Il apparaît que cette difficulté liée à la prévisibilité de l'anticipation successorale soit exacerbée dans les systèmes reconnaissant le principe de la scission de loi applicable entre les biens meubles et les biens immeubles. Si une partie de la doctrine réfute une relation causale entre scissionnisme et imprévisibilité, force est de souligner que pour le praticien, retenir le principe d'une loi unique pour régir l'ensemble des conséquences de la succession apparaît comme une solution allant dans le sens d'une plus grande sécurité de la planification. C'est notamment au regard de ces considérations que le règlement (UE) n° 650/2012 opta pour le principe de l'unité mobilière et immobilière de la succession à compter du 17 août 2015. Cette unité se réalisera « *à la fois par le choix d'un même rattachement pour la compétence judiciaire et pour la loi applicable, et par la soumission de l'ensemble de la succession au tribunal compétent et à la loi applicable* »⁹³⁰. Le principe de l'unité s'appliquera qu'il y ait ou non choix de la loi applicable via une *professio juris*.

Cette unité de la loi successorale se porte sur la loi de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès⁹³¹. Le principe d'unité est important au regard du

⁹²⁹ F. BOULANGER, « Révolution juridique ou compromis en trompe-l'œil ? À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales », *JCP G* n° 42, 15 oct. 2012, doct. 1120. Mais également : P. CATALA, « Préparer sa succession », *JCP N* n° 2, 14 janv. 2011, act. 121.

⁹³⁰ P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. dr. int. priv.*, vol. 4, n° 4, 2012, pp. 691-732.

⁹³¹ Règlement (UE) n° 650/2012, art 21 : « *Sanf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès. Lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, la loi applicable à la succession est celle de cet autre État* ».

large spectre que la loi successorale va régir, rappelé par l'article 23 du règlement⁹³². La finalité affichée de la consécration de l'unicité de la loi applicable est motivée par la volonté de prévisibilité. En effet, on retrouve au considérant 17 mot pour mot cet objectif : « *Afin de permettre aux citoyens de profiter, en toute sécurité juridique, des avantages offerts par le marché intérieur, le présent règlement devrait leur permettre de connaître à l'avance la loi applicable à leur succession. (...) Le souci de sécurité juridique requiert que cette loi couvre l'ensemble des biens de la succession, quelle que soit leur nature ou leur lien de situation, afin d'éviter les difficultés nées du morcellement de la succession* ». On retrouve ici les trois piliers importants : unicité, prévisibilité, sécurité. Selon le professeur Fongaro : « *la mise en œuvre de ces principes devrait grandement faciliter le règlement des successions, tout particulièrement dans les États, tels la France, habitués au principe scissionniste* »⁹³³. Au-delà de régler le principe du règlement de la succession le principe de l'unité « *répond au besoin de sécurité juridique et permettra au futur de *cujus* de planifier à l'avance le règlement de la succession* »⁹³⁴. Par l'application d'une loi unique à sa succession future, le *de cuius* est en mesure d'anticiper et de planifier les conséquences de sa succession et de ses choix. L'unicité ainsi impulsée et influencée par l'anticipation successorale permet, à certains égards, de la sécuriser en concourant à son impérieuse prévisibilité⁹³⁵.

214. Une simplification du règlement mais pas nécessairement de l'anticipation.

Néanmoins, une partie de la doctrine relève très justement que l'institution de l'unicité de la loi successorale n'est pas suffisante à gommer les nombreux problèmes persistants pour arriver à une sereine anticipation successorale internationale. On peut citer comme « élément perturbateur » persistant : la présence d'une clause d'exception, les mécanismes d'éviction et de correction liés à la défense du *for*, mais aussi le champ d'application restrictif du règlement. Sur ce dernier point tout particulièrement, il faut relever que l'unicité de la loi successorale est un bienfait dans le cadre d'une

⁹³² Règlement (UE) n° 650/2012, art 23 : « a) les causes, le moment et le lieu d'ouverture de la succession ; b) « la vocation successorale des bénéficiaires, la détermination de leurs parts respectives et des charges qui peuvent leur être imposées par le défunt, ainsi que la détermination d'autres droits sur la succession, y compris les droits successoraux du conjoint ou du partenaire survivant ; c) la capacité de succéder ; d) l'exhérédation et l'indignité successorale ; le transfert des biens, des droits et des obligations composant la succession aux héritiers et, selon le cas, aux légataires, y compris les conditions et les effets de l'acceptation de la succession ou du legs ou de la renonciation à ceux-ci ; f) les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs testamentaires et autres administrateurs de la succession, notamment en ce qui concerne la vente des biens et le paiement des créanciers, sans préjudice des pouvoirs visés à l'article 29, paragraphes 2 et 3 ; g) la responsabilité à l'égard des dettes de la succession ; h) la quotité disponible, les réserves héréditaires et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort ainsi que les droits que les personnes proches du défunt peuvent faire valoir à l'égard de la succession ou des héritiers ; i) le rapport et la réduction des libéralités lors du calcul des parts des différents bénéficiaires ; j) le partage successoral ».

⁹³³ É. FONGARO, *op. cit.*

⁹³⁴ *Ibid.* Également en ce sens : P. LAGARDE, « Présentation du règlement sur les successions », in *Droit européen des successions internationales*, (dir.) G. KHAIRALLAH et M. REVILLARD, 2012, Defrénois, Lextenso Éditions, pp. 5-15.

⁹³⁵ En ce sens : « la scission complexifie l'anticipation successorale dans la mesure où elle peut nécessiter la prise en compte de masses distinctes et de lois différentes susceptibles de régir chacune d'entre elles, contrairement au système unitaire dans lequel une seule loi est prise en considération. La planification reste malgré tout faisable en matière de scission. Dans ce contexte, le véritable obstacle de l'anticipation successorale reste la diversité des règles de conflits et la multiplication des rattachements en matière successorale », S. BERRE, « Vers un droit méditerranéen des successions : symbolique d'un triptyque - Analyse comparée des principes fondateurs », D. 2010. 462.

anticipation successorale notamment en ce qu'elle facilite la connaissance des règles qui seront applicables. Néanmoins, l'unicité n'est utile que dans l'hypothèse où elle remplit effectivement son objectif de détermination simplifiée. Dans le cadre du règlement succession, nous avons d'ores et déjà soulevé le choix fait par les rédacteurs de circonscrire la portée de la loi applicable aux éléments repris dans l'article 23 susvisé. Cette liste exhaustive reprend une grande partie des conséquences de l'ouverture d'une succession mais occulte complètement la véritable acceptation de l'anticipation et de la planification successorales. En effet, comme le souligne Marie Goré : « *Au regard de l'anticipation successorale, la délimitation du champ d'application du règlement laisse également songeur (...) Mais il est pour le moins surprenant que, quoique centré sur un objectif de faveur pour l'anticipation successorale et de prévisibilité, le règlement ait omis un pan entier de l'ingénierie patrimoniale, ce qui laisserait penser que l'anticipation successorale n'est qu'un prétexte à l'unification du droit des successions internationales. L'anticipation successorale n'a pas été pensée dans toute son ampleur* »⁹³⁶. C'est ainsi que l'unicité ne s'avère être qu'un pis-aller dans le cadre de l'anticipation successorale internationale. Car si elle facilite grandement le règlement d'une succession où la volonté s'avère absente, la présence d'acte positif du *de cuius*, comme par exemple le recours à des libéralités, empêche la promesse d'unicité de l'instrument européen de se réaliser complètement⁹³⁷. La doctrine semble unanime sur le caractère discutable de ce périmètre⁹³⁸.

Ce fractionnement du droit applicable révèle une problématique récurrente dans le cadre de l'anticipation successorale internationale : la segmentation du statut personnel. Cette fausse impression d'unicité de la loi applicable est notamment mise en avant par Christian Kohler dans une étude éponyme⁹³⁹. Selon l'éminent auteur : « *La segmentation du droit matériel est un phénomène inhérent au droit international privé moderne qui résulte de la structure et de l'application des règles de conflit de lois et de juridiction. (...) Pour s'en tenir aux matières relevant du statut personnel et du droit des successions lorsqu'elles visent les obligations alimentaires, le divorce, le régime matrimonial ou les successions à cause de mort, la règle de conflit détache ses objets d'un corps de règles matérielles qui forment un ensemble structuré, le droit de la famille et des successions, au sein duquel existent de multiples liens systématiques qui expriment des prémices et des conditions qui font que les dispositions appartenant aux divers objets susmentionnés sont souvent interdépendants. Il suffit de*

⁹³⁶ M. GORÉ, « Les silences du règlement européen sur les successions internationales », *Dr. & patr.* n° 224, 1^{er} avr. 2013.

⁹³⁷ « (art. 21, § 2, 30 et 33), derrière le principe unitaire affiché, on assiste dans la réalité à 'une inflation de lois successorales'. Le nombre des lois appelées à régir la succession augmente considérablement puisqu'à la loi de la dernière résidence habituelle du défunt et à celle qui peut être désignée par *professio juris*, il faut ajouter les lois qui seront appelées à régir le pacte successoral'. On en vient à se réjouir de la possibilité de la *professio juris* qu'il faudra préférer, non sans risques », M. GORÉ, *op. cit.* Également sur ce sujet et toujours de la même auteure : « *La professio juris* », *Défrénois*, 2012, p. 762.

⁹³⁸ « De même, l'exclusion des régimes matrimoniaux peut soulever à l'avenir des problèmes de qualification, si on songe au fameux supplément successoral du quart dans le droit allemand (*Erbhöhererbeil 31371BGB*) sous le régime de « péréquation des gains » (*Zugewinnsausgleich*) entre époux », F. BOULANGER, *op. cit.*

⁹³⁹ C. KOHLER, « La segmentation du statut personnel comme vecteur de l'autonomie de la volonté en matière familiale et successorale », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLANT, p. 73.

*penser ici aux liens qui peuvent exister entre les dispositions régissant le divorce et celles applicables aux obligations alimentaires, ou aux rapports entre le droit de succession du conjoint survivant et le régime matrimonial. Or, lorsque les matières en question relèvent de règles de conflit différentes et que ses règles renvoient à des droits différents, il n'est souvent plus possible de tenir compte des liens systématiques. La segmentation du droit matériel par les règles de conflit risque alors de conduire à des incohérences, voire des contradictions lors de l'application des dispositions matérielles des lois concernées qui constituent pour ainsi dire des dommages collatéraux du fonctionnement des règles de conflit »*⁹⁴⁰. L'incohérence amenée par ce fractionnement juridique est double. Tout d'abord elle empêche une parfaite lisibilité de la situation factuelle en ce qu'elle oblige de se référer à plusieurs ordres juridiques. La seconde conséquence, qui découle de la première, est l'éventuelle contradiction des droits matériels résultant des distorsions des règles de conflit. Cette problématique de fractionnement est exacerbée par la pratique de l'anticipation successorale internationale qui peut user d'outils créant des liens entre plusieurs matières relevant pourtant de textes européens différents. La pluridisciplinarité à laquelle fait appel l'anticipation successorale ressurgit dans le cadre d'une succession internationale et crée une multitude de segments régis par des textes différents, bien loin de l'unicité promise par le règlement européen qui avait pourtant à cœur de promouvoir et sécuriser la planification successorale internationale. Pour pallier cette problématique d'imprévisibilité, Christian Kohler et d'autres auteurs relevaient que cette distorsion pouvait être minimisée en utilisant le second pilier de l'anticipation successorale repris par le règlement : l'autonomie de la volonté.

B - Libéralisme et autonomie de la volonté

215. L'émergence de l'autonomie de la volonté. En droit international, la volonté et plus exactement l'autonomie de la volonté, peut prendre plusieurs formes et relève d'une logique différente de celle précédemment étudiée et peut prendre principalement trois formes : la prorogation de compétence, l'élection de *for* et le choix de loi⁹⁴¹. Si la prorogation de compétence et l'élection de *for* peuvent être deux outils intéressants dans le cadre de l'incursion de l'autonomie de la volonté dans le règlement européen, nous allons principalement analyser les incidences de la possibilité pour le *de cuius* de désigner la loi applicable à sa succession. Afin d'étudier la place de la

⁹⁴⁰ *Ibid.*

⁹⁴¹ En ce sens : É. FONGARO, « L'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille », in *Mélanges Jean Pierre LABORDE, Des liens et des droits*, Dalloz, sept. 2014, pp. 651-666.

volonté dans le règlement européen, il est nécessaire de déterminer le périmètre de la notion d'autonomie de la volonté en droit international⁹⁴².

Le vocabulaire juridique Capitant définit l'autonomie de la volonté comme devant se concevoir, « *avant tout comme une théorie fondamentale selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi, d'où positivement pour l'individu la liberté de contracter ou de ne pas contracter (liberté contractuelle), celle de déterminer par accord le contenu du contrat dans les limites laissées à la liberté des conventions par l'ordre public et les bonnes mœurs, celle, en principe, d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque (consensualisme), d'où, plus généralement, l'affirmation que la volonté des parties est la source de l'obligation contractée (...) et celle de l'interprétation du contrat* »⁹⁴³. Dans sa thèse de doctorat consacrée à la loi applicable aux institutions d'Estate Planning⁹⁴⁴, Esther Bendelac développe une analyse sur la consécration de la notion d'autonomie de la volonté via son histoire. Selon son étude, l'autonomie de la volonté est la sœur moderne de la notion d'autonomie des parties utilisée pour « *justifier, a posteriori, la loi applicable aux contrats respectivement en vertu de l'usage des nations et de la nature des choses* »⁹⁴⁵. La notion d'autonomie des parties renvoie donc à une essence juridique contractuelle très importante dans la construction de la réglementation. De cette notion première d'autonomie des parties découle la notion de l'autonomie de la volonté qui selon Ranouil intégrera au XIX^{ème} siècle « *la science du droit* »⁹⁴⁶. Esther Bendelac précise que l'acception d'autonomie de la volonté n'apparaîtra qu'en 1886 dans le traité de droit international privé de Weiss⁹⁴⁷ et que son évolution ne fut pas sans tumulte. Elle évoque que dans l'acception de la notion, Brocher excluait du domaine de l'autonomie de la volonté les matières régies par les lois impératives⁹⁴⁸. Pillet, lui, précisait alors que l'autonomie de la volonté avait pour conséquence de dénaturer la substance de la loi et d'admettre « *qu'une loi obligatoire dans les rapports entre citoyens entre eux devient purement facultative dès qu'il*

⁹⁴² Sur le périmètre de la notion d'autonomie de la volonté : « *La question de l'autonomie de la volonté en droit international privé revêt une haute importance dans la mesure où elle a vu accroître sa place de manière considérable ces dernières années. Son rôle est de plus en plus important, notamment dans la détermination de la compétence du juge ou dans la détermination de la loi applicable* », J. PEROT, « L'autonomie de la volonté et le droit international privé - Compte rendu de la réunion du 7 mai 2015 de la Commission Droit de la Famille du barreau de Paris », DIP, *Lexbase Hebdo* n° 634, 26 nov. 2015.

⁹⁴³ G. CORNU, *Autonomie de la volonté, Vocabulaire juridique, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT*, 11^e éd., PUF, 2016.

⁹⁴⁴ E. BENDELAC, *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé – Le choix de la loi applicable aux institutions d'estate planning*, thèse, Paris II, 2014, (dir. M. GORÉ).

⁹⁴⁵ E. BENDELAC, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁴⁶ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 61, in E. BENDELAC, *op. cit.*, p. 222. « *Dumoulin, souvent identifié comme le père fondateur de la théorie de l'autonomie de la volonté, évoque le rôle de la volonté en présence de convention matrimoniale* ».

⁹⁴⁷ « *qu'il faut attendre 1886 pour voir apparaître l'expression autonomie de la volonté dans le traité de droit international privé de Weiss. La notoriété de ce dernier permet l'essor de ce principe dans le vocabulaire juridique et reçoit, en droit international privé, ses lettres de noblesse. Elle détermine les dispositions substantielles d'une loi nationale, spécifiquement applicables aux matières que la loi nationale des intéressés ne régleme pas par des règles impératives. Cette identification de la loi applicable a lieu directement lorsque les parties ont opéré entre un choix exprès et indirectement lorsqu'il faut rechercher implicitement ce que les parties auraient pu vouloir* », Ibid.

⁹⁴⁸ C. BROCHER, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, Paris, Genève, 1882.

s'agit de leur rapport avec un étranger»⁹⁴⁹. L'auteur relevait alors l'un des plus grands enjeux de la volonté en droit international. Selon sa doctrine - que certains jugeraient aujourd'hui restrictive - le domaine dans lequel l'autonomie de la volonté peut être mise en œuvre doit être identique à celui accordé à la liberté des conventions en droit interne. Peu à peu, l'autonomie de la volonté devient un critère de rattachement en matière contractuelle, applicable à défaut de règle impérative. Les outils de défense classiques du *for* que sont les lois de police et l'exception d'ordre public international constituent alors les deux principales limites à l'autonomie de la volonté. Aux antipodes de la doctrine de Pillet, une frange de la doctrine considère qu'en droit international privé les parties devraient disposer d'une autonomie de la volonté illimitée dont les seules bornes seraient l'exception d'ordre public international⁹⁵⁰. *Quid* de cette donnée en droit des successions et des libéralités, matière où la volonté est une donnée fondatrice mais contrôlée ?

216. L'incompatibilité entre autonomie de la volonté et succession. Au regard de ce qui précède, il apparaît que l'autonomie de la volonté ne sied guère à la matière successorale française qui n'est *a priori* ni une matière totalement contractuelle, ni une matière exempte de loi impérative. La présence d'une volonté qui pourrait s'affranchir des règles ordinaires de rattachement a fait l'objet de nombreux commentaires⁹⁵¹ notamment au regard de la différence matérielle entre les ordres juridiques romano-germaniques et anglo-américains. L'incompatibilité entre l'autonomie de la volonté et les successions françaises est rappelée depuis longtemps en jurisprudence avec l'arrêt *Labadan*⁹⁵², par laquelle la première chambre civile de la Cour de cassation subordonne clairement la succession testamentaire à la loi applicable à la succession *ab intestat*. Elle répète à l'envi que la volonté du testateur ne peut s'exercer que dans les limites fixées par la loi successorale, et, en particulier que, la réserve héréditaire et la détermination des héritiers réservataires relèvent de la loi successorale. L'arrêt *Bonnevide* rappelait également des années plus tard que la succession testamentaire française ne pouvait s'affranchir des limites posées par la réserve héréditaire⁹⁵³. Cette frilosité était partagée par d'autres pays européens comme l'Allemagne,

⁹⁴⁹ A. PILLET, « *Essai d'un système général de solution des conflits de lois* », JDI, 1894, p. 417.

⁹⁵⁰ E. BENDELAC, *op. cit.*, pp. 222-225 : « L'autonomie de la volonté devrait alors être vue comme une vertu, comme un instrument de prévisibilité, car elle permet d'apporter une souplesse suffisante aux opérateurs du commerce international afin qu'ils puissent satisfaire leur intérêt. Ce critère de rattachement permet d'atteindre l'objectif de prévisibilité de solution ».

⁹⁵¹ En ce sens : A. BONOMI, « Communication du 28 mai 2010 », *Travaux du Comité français de DIP*, 2010-2011, p. 264 ; D. BOULANGER, « Le renouvellement du traitement de l'anticipation successorale au travers du règlement (UE) du 4 juillet 2012 », JCP N n° 27, 5 juill. 2013, 1180. - C. BRIÈRE, « Vers de profonds bouleversements en matière de succession internationale », *LP4*, 20 juill. 2010, p. 14 - M. GRIMALDI, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 30 août 2012, n° 15-16, p. 755 - E. JACOBY, « Application du règlement communautaire sur les successions internationales : le compte à rebours a commencé ! », JCP N 2012, act. 777 - M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire*, Defrénois, 2010, p. 708 - E. VASSILAKAKIS, « La professio juris dans les successions internationales », in Mélanges P. LAGARDE, Dalloz, 2005, pp. 804-806.

⁹⁵² Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 1939, *Labadan* : *GAJFDIP* 2006, n° 18, obs. B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

⁹⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 22 déc. 1970, *Bonnevide*.

l'Italie ou encore la Finlande⁹⁵⁴. Lyn François concluait également en première analyse à un rejet *a priori* du principe de l'autonomie de la volonté en droit des successions : « *Cette position jurisprudentielle est largement approuvée par la doctrine qui avance deux arguments majeurs : d'une part, elle considère que le rattachement en matière de succession a un caractère impératif, à la différence du rattachement en matière contractuelle ou en matière de régime matrimonial où peut intervenir la loi d'autonomie ; d'autre part, elle soutient que le recours à la loi d'autonomie aurait pour principale conséquence de permettre au de cujus de choisir une loi qui ne protège pas par une réserve les parents qu'il veut exhériter* »⁹⁵⁵. Dans son étude, l'auteure soulève justement qu'au regard des différents constats présentés par les travaux européens, cette position, à certains égards, dogmatique, ne correspond plus à la problématique grandissante des successions internationales et son augmentation du fait de l'explosion de la mobilité des personnes et des biens⁹⁵⁶. Elle en conclut qu'une « *réforme devient alors nécessaire afin de rendre les règles de droit international des successions non seulement plus efficaces et plus sûres, mais aussi plus adaptées aux nouvelles réalités sociologiques qui se trouvent au cœur de la matière* »⁹⁵⁷.

Quelle place pour l'autonomie de la volonté en droit international à l'aune de ce mouvement de néolibéralisme successoral ? L'autonomie de la volonté ne doit *a priori* pas s'exercer dans les matières où les lois impératives règnent. Cette acception de la notion fait écho aux termes de la proposition de règlement qui relevait que le droit des successions, contrairement au droit de la famille, « *reste une matière où la volonté du titulaire des droits occupe une place importante* »⁹⁵⁸. La scission consommée entre la famille et la matière successorale dévoile une de ses réelles justifications, permettre à l'autonomie de la volonté de se développer. Par cette rupture dans le tronc commun du droit patrimonial de la famille, le législateur européen extrait la matière successorale des matières régies par une certaine impérativité. En répétant à l'envi que la volonté du titulaire des droits (ici le

⁹⁵⁴ F. BOULANGER : « *Les autres systèmes se sont montrés tout aussi restrictifs, comme la loi autrichienne de 1978 excluant le rôle de la volonté, la loi allemande la limitant à un choix unilatéral concernant l'immeuble allemand (art. 25, 2.). Les textes italiens (L. 31 mai 1995) et surtout finlandais (L. 1er mars 2002) se sont montrés plus ouverts en permettant, pour le premier, la substitution à la loi nationale, de celle de la résidence habituelle (L. 31 mai 1995, art. 46, 2.), le second ouvrant une option large, entre loi de l'État dont il était ressortissant, loi du domicile lors de la rédaction et loi de régime matrimonial* » (« Révolution juridique ou compromis en trompe-l'œil ? À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales », JCP G n° 42, 15 oct. 2012, doct. 1120).

⁹⁵⁵ L. FRANÇOIS, « Réflexions sur l'autonomie de la volonté en matière de dévolution successorale », JCP N n° 31, 1^{er} août 2003, 1476.

⁹⁵⁶ « *Cette solution paraît quelque peu obsolète au moment où l'on assiste au développement des flux migratoires notamment au sein de l'Union européenne, et où la liberté d'établissement se traduit par une augmentation croissante des investissements étrangers dans l'économie française* », L. FRANÇOIS, *op. cit.*

⁹⁵⁷ *Ibid.* En droit internationale privé, la loi d'autonomie est celle compétente pour régir l'acte juridique. Selon Jeremy Heymann, qui analyse cette notion d'autonomie de la volonté, « *l'autonomie de la volonté a pour terrain d'expression naturel* » il en conclut en première intention que la compatibilité avec le droit des personnes et de la famille est dès lors faible. Néanmoins, il poursuit très justement : « *Cela dit, si l'on veut bien ne pas oublier que la loi d'autonomie est avant tout une règle de rattachement, peu importe son support. Dès lors, le champ contractuel peut s'effacer, et de nouvelles matières peuvent être investies par ce qui peut alors se concevoir comme une option de droit* », (v. sur le sujet. J. HEYMANN, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille – Perspective fédéraliste », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, 2017, BRUYLANT, p. 41).

⁹⁵⁸ COM (2009)154 final 2009/0157 (COD), p. 3.

de cuius) occupe une place importante, elle en occulte que cette volonté doit normalement être contrôlée pour être efficiente. La commission européenne nous offre avec ce texte une certaine vision du droit des successions et des libéralités, symptôme clair de sa politique emprunte de libéralisme économique.

217. Libéralisme et volonté. Il faut rappeler un poncif ; l'émergence de l'autonomie de la volonté est intimement liée au libéralisme. Son incursion dans le droit international s'ancre dans « *l'âge du libéralisme avancé en droit (international privé) de la famille* »⁹⁵⁹. Selon l'analyse de Patrick Kinsch, le libéralisme en droit international privé de la famille se cristallise autour de trois fondements : la libéralisation du droit interne⁹⁶⁰, un tournant libéral autonome du droit international⁹⁶¹ et enfin l'influence du droit européen⁹⁶². Ce libéralisme a irrigué les travaux préparatoires ainsi que la rédaction du règlement européen, il est donc évident de voir ressurgir un rôle prépondérant de la volonté⁹⁶³. En droit interne, nous l'avons analysé, le législateur a pris conscience d'un besoin accru d'anticipation successorale, et a, par plusieurs réformes, promu l'autodétermination du *de cuius* dans l'anticipation des conséquences de sa succession. Ce besoin se retrouve en droit international dans l'ADN du règlement européen et tout particulièrement dans un de ses objectifs principaux : faciliter et développer l'anticipation successorale. Si en droit interne, cet élan anticipatif s'est caractérisé par une évolution de la législation vers une certaine contractualisation de la transmission, en droit international la volonté du *de cuius* semble s'affranchir d'une telle caractérisation pour tendre vers une véritable volonté autonome. Le néolibéralisme sociétal, phénomène d'autonomisation des hommes du fait d'un recul voulu des normes coercitives étatiques, se développe en droit international d'une façon différente de celle étudiée en droit interne. Patrick Kinsch parle d'un « *absolutisme de la volonté* »⁹⁶⁴ qui se fonderait selon Maryline Bruggeman et Hélène Capela sur un point précis : « *qui mieux que l'individu lui-même sait ce qui est bon pour lui, pour sa personne ou pour*

⁹⁵⁹ P. KINSCH, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, 2017, BRUYLANT, p. 13.

⁹⁶⁰ « En premier lieu, le droit interne se libéralise, et le droit international privé suit en cela le modèle du droit interne. », *ibid.*

⁹⁶¹ « En deuxième lieu et sans doute plus significativement, le droit international privé a pris un tournant libéral ou néolibéral qui lui est propre, tout en dépendant bien entendu (il ne faut pas croire trop facilement dans la dynamique propre des branches scientifiques en matière de sciences sociales) de l'évolution de la société. », *ibid.*

⁹⁶² « En troisième lieu, il y a l'influence libéralisatrice du droit européen sous ses deux espèces, le droit de l'Union et le droit de la Convention. », *ibid.*

⁹⁶³ En ce sens : « C'est donc sans surprise que la proposition de règlement, pénétrée d'une idéologie ultralibérale, met en lumière le rôle de la volonté (I). De la même manière, l'on ne s'étonnera pas de ce que les bornes de la volonté (II) servant traditionnellement la protection de la famille aient disparues », D. MARTEL, « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », *RLDC* n° 77, 1^{er} déc. 2010, pp. 1-8.

⁹⁶⁴ P. KINSCH, *op. cit.*

ses biens ? »⁹⁶⁵. De cette analyse ressort la notion de néolibéralisme successoral en droit international. Il est question ici d'une véritable « *émancipation des individus de la tutelle de lois (celles de leur nationalité ou celles de leur domicile, selon la règle de conflit pertinente) qui les empêchent de réaliser leurs projets matrimoniaux ou parentaux (...)* »⁹⁶⁶. Cette émancipation passe directement par la promotion d'une véritable autonomie de la volonté. Cette autonomie de la volonté se retrouve à travers divers prismes. Premièrement, vers par le développement conséquent de l'opposabilité des pactes successoraux. Suivant la lettre de l'article 25 du règlement susvisé, contextualisée par son considérant 49, on apprend que la loi applicable à la recevabilité, la validité au fond et les effets contraignants entre les parties des pactes successoraux sera la loi successorale anticipée, soit la loi qui aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu. La soumission à cette loi permet un développement conséquent des pactes successoraux⁹⁶⁷. Deuxièmement, et c'est sur ce sujet que porteront nos développements, la possibilité pour le *de cuius* de choisir la loi applicable à sa succession. Dans le règlement succession on retrouve cette conception de l'autonomie de la volonté dans le considérant 38. Suivant sa lettre, le règlement européen doit permettre une anticipation et une planification successorales sereines en permettant aux citoyens de choisir la loi applicable à leur succession. Ce choix de loi devra néanmoins être limité afin de ne pas « *frustrer les attentes légitimes des héritiers réservataires* »⁹⁶⁸.

La place de la volonté en droit international ne fait plus de doute. Cette volonté dans un contexte international devient autonome et permet au *de cuius* une grande latitude dans l'organisation anticipée de sa succession transfrontalière. Comme le rappelle Paul Lagarde : « *le règlement se prononce sur la loi applicable à de telles dispositions. Il franchit un pas de plus en autorisant dans certaines limites le de cuius ou les parties à un pacte successoral à choisir la loi applicable à la succession ou au pacte* »⁹⁶⁹.

218. La *professio juris*. L'anticipation successorale et son influence se retrouvent tout particulièrement avec la consécration d'une *optio juris* pour le *de cuius* dans le cadre d'une succession

⁹⁶⁵ M. BRUGGEMAN et H. CAPELA : « *Le principe de l'autonomie personnelle justifie incontestablement ce mouvement qui promeut la volonté anticipée comme modalité de protection de l'individu. Expression de son libre arbitre, cette volonté, quel que soit le moment où elle s'exprime, doit désormais primer toute autre source normative. La loi était ainsi jusqu'à récemment la seule à pouvoir organiser systématiquement la protection des plus faibles. Dans certains cas, elle est aujourd'hui supplétive.* » (« L'expression anticipée de la volonté individuelle en droit des personnes et de la famille : analyse critique », in *De la volonté individuelle*, M. NICOD (dir.), De la volonté individuelle, Nouvelle édition, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009).

⁹⁶⁶ C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*, Académie de Droit International de La Haye, 2013, pp. 398 et s.

⁹⁶⁷ Not. sur ce sujet : S. POTENTIER-RIOS, *Les frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille*, thèse, Paris-Est, 2020, p. 74 et s.

⁹⁶⁸ C. KOHLER, *op cit.*

⁹⁶⁹ P. LAGARDE, « les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP*, Oct.-déc. 2012, pp. 691-732.

présentant un élément d'extranéité. Le règlement européen introduit cette possibilité via l'outil de la *professio juris* à l'article 22 sobrement qualifié « *choix de loi* ». À la lecture de cette disposition, on apprend qu'« *une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès. Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès* ». Ce choix, nous indique le règlement, peut se formuler de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou bien résulter des termes d'une telle disposition. En offrant la possibilité au *de cuius* de choisir sa loi nationale pour régir sa succession, le règlement européen accroît ainsi le champ de l'anticipation successorale en permettant de fixer et modifier cette donnée par un acte de volonté unilatéral. Une partie de la doctrine et notamment Christophe Blanchard saluent cette avancée : « *ce choix de loi est un instrument précieux dans un contexte d'internationalisation car il permet de surmonter la diversité des législations et, peut-être, de se défaire de celles qui imposeraient des restrictions au droit de disposer de son patrimoine à cause de mort, à moins que ces restrictions fassent partie de l'ordre public qui fait exception à la loi applicable* »⁹⁷⁰. Cécile Pères et Christophe Vernières soulignent également les bienfaits d'un tel outil : « *À cette époque de grande mobilité des citoyens européens, le mécanisme permet à tout individu de sécuriser la loi applicable à sa succession mais également de prévoir un accord d'élection de for pour déclarer compétentes les juridictions de l'état de sa loi nationale* »⁹⁷¹. Quintessence de l'autonomie de la volonté du *de cuius*, l'introduction de cet outil d'anticipation successorale fait néanmoins l'objet de nombreuses controverses.

Pour comprendre les difficultés que posent la *professio juris*, il convient de revenir sur son introduction en droit des successions et des libéralités. Michiel Van Seggelen et Bertrand Basseville définissent la *professio juris* comme « *la possibilité pour une personne de faire échapper sa succession aux règles normalement applicables en se référant expressément à un système avec lequel ses intérêts présenteraient un lien plus étroit. Elle constitue également un outil permettant d'éviter l'imprévisibilité de la détermination de la loi applicable et apparaît ainsi comme un mode privilégié de prévisibilité* »⁹⁷². Outil de certitude pour le *de cuius*⁹⁷³, la *professio juris* n'est pas née avec le règlement succession. On retrouve la possibilité pour le *de cuius* de modifier

⁹⁷⁰ C. BLANCHARD, « Solidarités familiales imposées ou volontaires ? », *Dr. fam.* n° 6, juin 2016, doss. 18.

⁹⁷¹ C. PÈRES et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 71 et s.

⁹⁷² M. van SEGGELEN et B. BASSEVILLE, « La *professio juris* : une institution méconnue à découvrir », *LPA*, 14 avr. 2005, p. 44.

⁹⁷³ « *C'est une structure de certitude à la disposition du de cuius* », *ibid.*

par un acte de volonté la loi normalement applicable à sa succession en Suisse⁹⁷⁴, Italie⁹⁷⁵ et Allemagne⁹⁷⁶. La convention de La Haye du 20 octobre 1989 avait déjà admis cet outil de « *nature à favoriser le développement des successions testamentaires, actuellement relativement rares dans les pays de droit civil* » son adoption étant « *de nature à faciliter l'anticipation successorale et constitue par conséquent un moyen supplémentaire pour la profession notariale de planifier la transmission du patrimoine de ses clients, il n'en demeure pas moins qu'elle est de nature à bouleverser profondément les droits des héritiers réservataires des pays de droit romano-germanique* »⁹⁷⁷.

Les débats portant sur l'introduction de cet outil porteur d'une grande autonomie de la volonté du *de cuius* interrogeaient directement au regard de la protection des héritiers qui pourraient se voir lésés par la prise d'un tel acte unilatéral. De par son caractère unilatéral et non contractuel, la *professio juris* se distingue des actes de planification concertée, actes par lesquels l'héritier protégé donnait son assentiment à perdre sa protection. Il convenait dès lors d'introduire une notion de précaution au regard du nécessaire équilibre de la transmission. Malgré la volonté de déconnexion de la matière familiale, il ne pouvait être fait complètement abstraction des règles impératives internes aux États qui venaient contraindre la volonté du *de cuius* pour protéger une certaine catégorie d'héritiers. C'est ainsi que, « *la revendication d'autonomie pour permettre au testateur d'organiser à l'avance sa succession était surtout forte pour la loi applicable, mais sur ce terrain sensible, le souci de protéger les héritiers réservataires contre une éventuelle manœuvre de leur auteur imposait de cantonner cette autonomie dans un cadre étroit* »⁹⁷⁸. Ce terrain sensible fait directement écho à l'équilibre nécessaire de la transmission repris dans une grande partie des ordres étatiques notamment par la forme de réserve successorale visant à protéger une certaine catégorie d'héritiers.

Angelo Davi offrait une très belle analyse de l'introduction du principe d'une *professio juris* dans un projet d'harmonisation européenne des règles de conflit de lois relatives aux successions à

⁹⁷⁴ « *La Suisse aux termes de l'alinéa 2 de l'article 22 de la loi du 25 juin 1891 a introduit la notion de la façon suivante : 'La succession s'apprécie selon la loi du dernier domicile du défunt. Il est toutefois possible par disposition de dernières volontés ou contrat successoral, de se référer au droit du canton d'origine'* », *ibid.*

⁹⁷⁵ « *Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 46 de la loi du 31 mai 1995 3, portant réforme du système italien de droit international privé, dispose que 'Le de cuius peut soumettre, par déclaration expresse en la forme testamentaire, l'entière succession à la loi de l'État dans lequel il réside. Ce choix reste sans effet, si, au moment du décès, le déclarant ne réside plus dans cet État. Dans le cas de la succession d'un citoyen italien, le choix ne préjudicie pas aux droits que la loi italienne attribue aux légitimaires résidents en Italie au moment de la mort du défunt'* », *ibid.*

⁹⁷⁶ « *L'alinéa 2 de l'article 25 de la loi du 25 juillet 1986, la loi portant réforme du droit international privé allemand, dispose que 'pour les biens immobiliers situés en République fédérale d'Allemagne, le défunt peut choisir la loi allemande dans l'une des formes des dispositions à cause de mort'* », *ibid.*

⁹⁷⁷ En ce sens : G. DEBERNARDI, *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, thèse, Côte d'Azur, 31 mai 2017, pp. 21-24. - F. BOULANGER, « *Codifications nationales et convention de La Haye du 1er août 1989 : l'improbable unification du droit international des successions* », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, pp. 155 s.

⁹⁷⁸ P. LAGARDE, *op. cit.* p. 719 : « *Le règlement sur les successions est à cet égard très supérieur au règlement Rome III du 20 décembre 2010 sur le divorce, qui se contente, au point 22 de son préambule, de renvoyer au droit national de chaque État participant la solution du conflit de nationalités* ».

cause de mort⁹⁷⁹. Plus intéressants que ses développements liés à l'utilité d'un tel outil, sont les arguments avancés pour relever la compatibilité de l'institution avec ce qu'il qualifie de « *problème de la protection des intérêts des réservataires* »⁹⁸⁰. Selon l'auteur : « *la seule objection d'un certain poids que l'on peut adresser à l'admission de la *professio juris* consiste à mettre en exergue le risque que l'auteur de la *professio* puisse s'en prévaloir pour désigner une loi qui lui accorde une liberté de disposition de son patrimoine plus grande de celle que lui donnerait la loi normalement applicable à titre objectif et qu' il puisse donc, à travers une telle voie, dépouiller ses héritiers réservataires - et notamment son conjoint et ses enfants - des droits qui leur reviendraient d'après cette dernière loi* »⁹⁸¹. Il explique que ce type de préoccupation avait été prise en compte par la convention de la Haye de 1989 en prévoyant des clauses de sauvegarde pour les pactes successoraux et la possibilité de révoquer une *professio juris* qui aurait pour finalité de priver un héritier protégé de son entier émolument. Mais, au-delà de prévoir des garde-fous, pour l'auteur ces « *préoccupations paraissent quelque peu exagérées* »⁹⁸². Il prend notamment pour l'exemple le cas suisse où l'outil de la *professio juris* existe depuis longtemps et où « *les cas dans lesquels le *de cuius* profite de cet instrument - ou essaie de le faire - dans un but d'exhérédation de ses parents sont relativement rares* »⁹⁸³. Sur ce point en particulier, nous sommes perplexes. En effet, faut-il se réjouir du faible nombre de cas ou déplorer la possibilité pour le *de cuius* d'y recourir ? Il appert que faire reposer l'entière protection de l'ordre public successoral sur la bonne volonté du *de cuius* n'est pas à notre sens une solution pérenne. L'auteur poursuit en évoquant le sujet du recul de l'âge de l'héritage, l'émancipation professionnelle des femmes, données qui ont contribué à affaiblir la justification d'entretien dévolu aux réserves successorales. Il conclut son analyse en admettant que l'institution de la *professio juris* pourrait arriver en contradiction avec certaines dispositions des droits matériels, mais qu'il ne faut pas pour autant renoncer à l'introduction d'un tel outil souhaitable pour biens d'autres raisons. Cette vision à notre sens assez pessimiste de la matière ne reprend pas une donnée centrale qui est l'équilibre. En justifiant un affaiblissement des réserves par un moindre besoin alimentaire l'auteur dénie l'une des fonctions de la notion cadre de l'ordre public successoral.

Malgré de nombreuses préoccupations, l'outil de la *professio juris* fut consacré par le règlement européen, privilégiant les considérations de l'anticipation successorale sur les règles de protection des droits nationaux. Poursuivant des objectifs de prévisibilité et de stabilité, notamment de sécurisation de la problématique des conflits mobiles⁹⁸⁴, le législateur européen se retranche derrière

⁹⁷⁹ A. DAVI, « L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne », in *Les Successions Internationales dans l'UE - Perspectives pour une Harmonisation*, DNotI, mai 2004, 387.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² *Ibid.*

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ V. MARMEY-RAVAU et F. VARIN, « Les effets limités de la *professio juris* », *JCP N* n° 15, 12 avr. 2019, act. 375.

des argumentations qui occultent, à certains égards, le nécessaire équilibre de la transmission. L'atténuation de l'introduction de la *professio juris* repose principalement sur deux éléments. Premièrement, le possible choix de loi est limité dans son essence à sa loi nationale. Dès lors, en limitant le choix de la loi successorale à une loi ayant effectivement un lien avec le *de cuius*, on juggle le problème d'un éventuel *law shopping* successoral. Deuxièmement, l'utilisation de cet outil ne fait pas en soi échec au mécanisme correctif de l'exception d'ordre public international.

Que ce soit par les aspirations, ou encore par les manifestations concrètes dans les articles du règlement, l'on ne peut dénier l'extraordinaire influence de l'anticipation successorale dans la législation successorale internationale. Si extraordinaire que l'on n'évoque presque pas l'ordre public successoral. En effet, que ce soit lors des travaux ou dans le texte lui-même, l'ordre public successoral et plus généralement la notion de limite à la volonté du *de cuius* n'apparaît pas aussi vivace. *Quid* de l'équilibre de la transmission ? Si en droit interne l'importante influence de l'anticipation successorale permet d'évoquer consubstantiellement l'évolution de l'ordre public successoral et *in fine* le nouvel équilibre de la transmission, peut-on s'essayer à une telle analyse en droit international ?

Si l'influence de l'anticipation successorale et les contrôles exogènes de la manifestation des limites ne permettent pas à notre sens de conclure à un véritable équilibre de la transmission en droit international, nous allons voir que cet apparent déséquilibre doit immédiatement être tempéré.

Section 2

LE REcul EN TROMPE L'ŒIL DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

219. Une relation influencée. L'influence de l'anticipation successorale dans la réglementation des successions internationales fait encore moins de doute qu'en droit interne. Néanmoins, dans un contexte international, celle-ci ne joue pas le même rôle qu'en droit interne dans le cadre de la dyarchie. L'équilibre de la transmission consacré en droit français ne ressurgit pas spontanément en droit international et notamment dans le règlement européen. Car même s'il est fait mention dans certains considérants de cet équilibre, le contenu du règlement ne s'intéresse que finalement peu aux limites de la volonté du *de cuius*, déchargeant cette responsabilité sur les différents droits matériels.

L'étude de la manifestation de l'ordre public successoral en droit international révèle que cette notion s'exprime principalement par deux mécanismes : les lois d'application immédiate et l'exception d'ordre public international. Si l'ordre public successoral interne ne trouve que peu d'écho dans les lois de police et notamment à l'article 30 du règlement, le mécanisme correcteur de

l'exception d'ordre public international offre une protection d'une certaine vision de l'ordre public successoral à la française⁹⁸⁵. En effet, l'article 35 du même règlement intitulé « *ordre public* » prévoit que « *l'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* ». Nous avons développé que toutes dispositions étrangères qui viendraient heurter les droits et les libertés fondamentaux tels que prévus par les conventions internationales qui lient la France, devront être déclarées comme contraires aux principes de justice universelle français. Néanmoins, quand on s'attache aux composantes de l'ordre public successoral comme la prohibition des pactes sur succession future ou encore la réserve héréditaire, il apparaît que leur réception dans le contexte d'une succession internationale ne soit pas évidente. Dès lors, la recherche d'un équilibre de la transmission en droit international privé relève d'un tout autre exercice qu'en droit interne. Là où le droit français consacre de par son histoire et son droit positif une balance entre la volonté et les limites, force est de constater que la recherche d'un équilibre dans un contexte international est vouée à l'échec. Faut-il dès lors arriver à une conclusion rapide que les successions internationales ne connaissent qu'une hégémonie de la volonté du *de cuius*, exempte de contre-pouvoir ? Cela serait une conclusion trop rapide, voire fausse eu égard des dernières évolutions législatives internes.

Le règlement européen a fait l'objet d'une importante littérature, notamment sur l'influence qu'il exerce sur les règles impératives nationales⁹⁸⁶. À certains égards, il est même courant de présenter l'autonomie de la volonté liée au règlement européen comme un énième coup de butoir à l'ordre public successoral. Or, s'il est vrai que la prohibition des pactes sur succession future et la réserve héréditaire, notamment depuis la première suppression du droit de prélèvement⁹⁸⁷ (et avant

⁹⁸⁵ V. *supra*, « Section 3 - Les manifestations de l'ordre public successoral en droit international privé », n° 127 et s.

⁹⁸⁶ Not. en ce sens : B. De CLAVIÈRE-BONNAMOUR, « L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille », in *Vers un statut européen de la famille ?*, Dalloz, 2014, pp. 189-200 - M. FALLON, « Introduction aux conditions d'exercice de l'autonomie de la volonté dans les règlements européens », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, 2017, BRUYLANT, p. 171 - M. FARGE, « Réglement successions - les nouveaux réflexes à acquérir », *JCP N* n° 31-35, 31 juill. 2015, doss. 1143 - M. GRIMALDI, « Sécuriser le règlement successoral - Rapport de synthèse », *JCP N*, n° 16, 22 avr. 2011, 1139 - C. NOURISSAT et É. FONGARO, « Autonomie de la volonté et succession - Le règlement successions », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, 2017, BRUYLANT, p. 205 - É. FONGARO et J. SAGOT-DUVAUROUX, « Le détournement et le droit international privé », *Dr. & patr.*, n° 9, 1^{er} déc. 2011. - É. FONGARO, « La préparation d'une succession internationale - Ou l'art subtil d'éluder la réserve héréditaire », *JCP N* n° 24, 13 juin 2008, 1221 - É. FONGARO, « Le règlement 'successions' et l'ordre public international », *Dr. & patr.*, n° 236, 1^{er} mai 2014 - « Réserve héréditaire et droit international privé (CA Paris, pôle3, ch. 1, 16 déc. 2015, Kazan, n° 14/15527. - CA Paris, pôle 3, ch. 1, 16 déc. 2015, Colombier n° 13/17078) » in *Droit international privé notarial*, *JCP N* n° 40, 7 oct. 2016, 1290.

⁹⁸⁷ Sur la suppression du premier droit de prélèvement : Cons. Const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC : *JDI* 2012, p. 7, obs. S. GODECHOT-PATRIS ; *Dr. fam.* 2011, comm. 173, obs. D. BOULANGER ; *JCP N* 2011, n° 36, 1234, obs. É. FONGARO ; *Deffrénois* 2011, p. 1351, obs. M. REVILLARD. Également sur le sujet : J. FOYER, « Requiem pour le droit de prélèvement successoral », in *Mélanges Raymond Le GUIDECE*, LexisNexis, mars 2014, pp. 415-428 - J.-L. van BOXSTAEL et É. FONGARO, « Successions internationales, droit de prélèvement et exception d'ordre public. À propos des arrêts Kazan et Colombier de la Cour d'appel de Paris : *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, vol. 2016, n° 2, pp. 199-215.

son retour), reçoivent une faible réception en droit international privé face à l'éventuelle manifestation de volonté du *de cuius*, il faut relativiser leur faible éclat. Pour une première raison qui est la présence d'influences exogènes à cette dyarchie (§ 1), mais également pour une seconde raison qui est la nécessaire prise en compte du contexte si particulier des successions internationales marquant la relativité d'un effacement des règles coercitives (§ 2).

§ 1 - L'INCIDENCE D'INFLUENCES EXOGÈNES

220. Une modulation de l'expression des limites. Il est complexe, dans l'étude des successions internationales, de voir une véritable relation de cause à effet entre, d'un côté l'anticipation successorale et, de l'autre, l'ordre public successoral. En effet, la présence d'influences exogènes fait échec - à l'inverse du droit interne - à l'évolution de ces deux notions en vase clos.

L'anticipation successorale est prônée par le règlement européen dans ses deux grands piliers de la volonté et de la prévisibilité. Cette approche à géométrie variable de l'équilibre successoral est tellement répandue qu'il est courant de présenter les mécanismes des lois de police et de l'exception d'ordre public international comme des éléments perturbateurs aux valeurs défendues par le règlement (UE) n° 650/2012⁹⁸⁸. Cette conception fait directement écho à l'idée défendue à certains égards en droit interne, par laquelle les règles d'ordre public successoral sont un frein⁹⁸⁹. Néanmoins, si en droit interne cette caractérisation relève à notre sens d'une certaine maladresse terminologique qui n'entrave pas la matérialisation des limites dans l'équilibre de la transmission, cette caractérisation en droit international privé et en droit européen a des conséquences plus importantes. Or, il n'est pas question ici du seul ordre juridique français, il était nécessaire de prendre en compte l'ensemble des droits des États membres. La recherche d'un équilibre de la transmission devait alors se faire sous un prisme macro juridique et ne pouvait être une simple retranscription française de la matière. De cet exercice quasi-impossible de la recherche d'un équilibre commun, il ressort une solution logique qui serait d'arriver à une certaine uniformisation, une harmonie de ces limites. Cette solution est notamment mise en avant par Giovanna Debernardi dans sa thèse de doctorat : « *aux portées innovantes du Règlement et du cadre juridique de l'Union, n'est-il pas possible que cette conception soit réinterprétée en faveur de principes communs et uniformes ? Une telle démarche démontrerait alors que la clause d'ordre public, tout en conservant sa fonction de gardienne des valeurs fondamentales du for, peut toutefois remplir une fonction positive dans le cadre de l'espace européen, en favorisant le rapprochement, et ainsi leur harmonisation, des solutions nationales dans les relations transfrontalières* »⁹⁹⁰. Recherchant une

⁹⁸⁸ V. *supra*, n° 90 et 214.

⁹⁸⁹ V. *supra*, n° 162.

⁹⁹⁰ G. DEBERNARDI, *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, thèse, Côte d'Azur, 31 mai 2017, p. 114, n° 206.

certaine législation commune et une opposabilité des situations nationales, l'ordre européen devrait chercher à exercer une influence sur les émanations nationales des mécanismes de coercition de la volonté du *de cuius*. C'est ainsi que l'utilisation de ces mécanismes de protection va se trouver sous une double approche : « *on note un phénomène de 'communautarisation' (désormais d'eupéanisation) de l'ordre public international français. La notion évoque l'influence du droit de l'Union européenne sur le contenu et sur la mise en œuvre de l'ordre public international français. Suivant la même logique, on relève une 'fondamentalisation' de l'ordre public international français, par référence à l'influence des droits fondamentaux de source conventionnelle* »⁹⁹¹.

Nous allons voir qu'au-delà de favoriser une promotion importante de l'anticipation successorale, l'ordre européen a une influence sur l'expression de l'ordre public successoral (**A**). S'ajoute à cette emprise européenne, un phénomène récent de fondamentalisation du droit et consubstantiellement de l'ordre public international français (**B**), qui va à son tour apposer un filtre sur l'expression française des limites à la volonté du *de cuius*.

A - L'influence européenne sur l'ordre public successoral

221. L'emprise du droit de l'Union européenne sur les limites. Pour appréhender cette influence exogène sur l'équilibre de la transmission, il convient de modifier notre matrice intellectuelle et de raisonner dans le cadre d'un contexte purement international. Il n'est pas ici question de rechercher, comme nous avons pu le faire, les sources de l'ordre public successoral français, mais de se baser sur des normes supranationales et notamment sur des droits convenus comme étant universels. Le droit de l'union, de par sa construction tant juridique que politique, prône une certaine idée de la fongibilité entre les nations. Cette volonté de créer un « grand tout » amène dans notre sujet ce que la doctrine veut qualifier d'harmonisation de l'ordre public international. Sur ce sujet Sara Godechot-Patris affirme que l'ordre public international est pénétré par les sources européennes qui ont une influence certaine sur la notion. De son analyse, on tendrait vers une uniformisation de l'ordre public qui devrait s'abstenir des particularismes nationaux⁹⁹². On fait donc face à une harmonisation de l'ordre public international qui fait de plus en plus fi des dissensions internes pour devenir un ordre public international européen⁹⁹³. Les normes de références deviennent donc des textes supra nationaux et l'expression de cette défense nationale se

⁹⁹¹ J. GUILLAUMÉ, « Ordre public international – Notion d'ordre public international », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 3, Fasc. 40, *LexisNexis*, 2 mai 2018, n° 93 et s.

⁹⁹² Intervention du Professeur GODECHOT-PATRIS sur la virtualité de l'ordre public international (colloque, L'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

⁹⁹³ Sur cette notion d'ordre public européen : G. DEBERNARDI, *op. cit.*, pp. 128 et s.

trouve contrôlée dans son utilisation. On est face à une véritable tutelle de l'ordre public international.

222. L'effet utile de la réglementation. L'effet utile peut revêtir une double acception selon l'analyse de George Berlia. Dans un premier temps, on peut entendre dans l'expression d'effet utile une « *technique grammaticale* » qui signifierait que les termes du texte ne doivent pas être inutiles. Dans un second temps, l'effet utile « *s'évadant de considérations aussi étroitement grammaticales que les précédentes, se fondera sur une prise en considération du but ou de l'objet du traité. Lorsqu'on souhaite distinguer les deux aspects de la règle de l'effet utile, on parlera assez volontiers, pour celui-ci, de la règle de l'efficacité, par une traduction littérale de l'expression 'effectiveness'* »⁹⁹⁴. Le principe de l'effet utile de la réglementation a été utilisé en première intention dans l'arrêt *Fédéchar*⁹⁹⁵. Dans cet arrêt les juges ont émis l'avis qu'« *il est permis, sans se livrer à une interprétation extensive, d'appliquer une règle d'interprétation généralement admise tant en droit international qu'en droit national et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi impliquant les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile* »⁹⁹⁶. Il ressort notamment de ce principe que « *le choix en cas de pluralités d'interprétation doit porter sur celle qui sauvegarde l'effet utile de la disposition* »⁹⁹⁷. La réglementation supranationale a donc un poids sur les différents droits matériels et plus particulièrement sur leurs expressions dans le cadre d'une affaire présentant un élément d'extranéité. Il est à ce titre admis que le principe par lequel « *même le droit interne qui n'est pas affecté par la réglementation commune doit disposer d'une discipline qui ne porte pas atteinte à son effet utile* »⁹⁹⁸. Il en est de même du rejet par la Cour de justice des

⁹⁹⁴ G. BERLIA, « Contribution à l'interprétation des traités (Volume 114) », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, {en ligne}, 1965, {consulté le 9 décembre 2020}. <https://referenceworks-brillonline-com.doclec.u-bordeaux.fr/entries/the-hague-academy-collected-courses/contribution-a-linterpretation-des-traites-volume-114>.

⁹⁹⁵ CJCE, 15 juill. 1960, aff. C 20/69, *Fédéchar c/ Haute Autorité CECA*.

⁹⁹⁶ Sur la notion d'effet utile de la réglementation : A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions*, Bruylant, 2016, p. 527 - G. DEBERNARDI, *op. cit.* p. 126 - J.-L. DA CRUZ VILLACA, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in *Jur de Justice de l'Union européenne, La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, La Haye, 2013, Asser Press, pp. 229-306.

⁹⁹⁷ CJCE, 24 févr. 2000, aff. C-434/97, *Commission c/ France*. En ce sens : « *Le juge raisonne dans cette méthode sur l'utilité des textes. L'interprétation littérale du texte ne doit pas lui faire perdre son utilité et le choix en cas de pluralités d'interprétation doit porter sur celle qui sauvegarde l'effet utile de la disposition. Le juge a dû connaître également de très nombreux cas de divergences entre les versions linguistiques d'un texte communautaire. La Cour interprète la disposition non pas isolément dans l'une de ses versions, mais en fonction tant de la volonté réelle de son auteur que du but poursuivi par ce dernier, à la lumière notamment des versions établies dans toutes les langues de l'Union* » in rapport du 115^{ème} congrès des Notaires, *L'international*, 2019, p. 235.

⁹⁹⁸ En ce sens : « *En fait, même dans le domaine qui n'est pas affecté par le droit de l'Union, ne sont pas exclues, selon la formule de la Cour de justice, « des excursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales, là où elles sont nécessaires pour que du fait des pouvoirs retenus par les États membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité compromise (arrêt du 23 février 1961, *Gezamelijke Steenkolenmijnen*, 30/59, Recueil, 1961, pp. 46 s.)* », R. BARATTA, « La Reconnaissance Internationale Des Situations Juridiques Personnelles et Familiales (Volume 348) », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, {en ligne}, 2011, {consulté le 16 décembre 2020}. <https://referenceworks-brillonline-com.doclec.u-bordeaux.fr/entries/the-hague-academy-collected-courses/la-reconnaissance-internationale-des-situations-juridiques-personnelles-et-familiales-volume-348>.

interprétations « *qui auraient pour conséquence d'affaiblir l'effet utile d'une disposition, notamment lorsqu'il s'agit du droit primaire et de ses principes en matière de libertés de circulation* »⁹⁹⁹.

Cette influence européenne sur l'expression nationale des limites est un sujet au cœur de la détermination du périmètre de l'ordre public international français. Dans une éminente étude Sylvaine Poillot-Peruzzetto développait parfaitement ces jeux d'influence et de coercition verticale opérés par l'ordre européen en constatant que sa construction se faisait « *à partir d'architecture nationale distincte qu'il cherche à organiser en un tout cohérent et équilibré dans le respect des diversités* »¹⁰⁰⁰. L'auteure développe que contrairement à la crainte qui avait été formulée, l'ordre européen n'a pas « *supplanté par le vide* » les mécanismes de réserve nationale : « *puisque ces concepts nationaux sont, d'une certaine manière, prolongés dans l'ordre communautaire* ». Elle précise néanmoins que cette prolongation a pour conséquence intrinsèque de modifier la substance de ces mécanismes en les parasitant. Ce prolongement des mécanismes de défense nationaux s'accompagne d'un véritable contrôle direct et indirect européen. Ce contrôle, précise l'auteur, a notamment été consacré pour les lois de police par l'arrêt *Arblade* du 23 novembre 1999 : « *l'appartenance de règles nationales à la catégorie de loi de police et de sûreté ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire. Les motifs à la base de telles législations nationales ne peuvent être pris en considération par le droit communautaire qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires expressément prévues par le traité et le cas échéant au titre des raisons impérieuses d'intérêt général* »¹⁰⁰¹. On s'aperçoit que, directement ou indirectement, il est finalement toujours question de la recherche d'un équilibre entre les forces en présence, ce balancier est notamment rappelé dans l'arrêt *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council contre B & Q plc*, par lequel la Cour affirmait que : « *le contrôle de la proportionnalité d'une réglementation nationale qui poursuit un but légitime au regard du droit communautaire met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises* »¹⁰⁰². Cette balance des intérêts pouvant être divergent¹⁰⁰³ conduit en

⁹⁹⁹ En ce sens : CJCE, 17 déc. 1980, aff. 149/79, *Commission c. Belgique*, Recueil, 1980, pp. 3881 s. - R. BARATTA, *op. cit.*, n°p. 315, : « *concernant l'effet utile et la portée des dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs* ».

¹⁰⁰⁰ S. POILLOT-PERUZZETTO, « *Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire* », in *Droit international privé, travaux du Comité français de droit international privé*, 16e année, 2002-2004. 2005. pp. 65-116.

¹⁰⁰¹ CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL* : RCDIP 2000, 710, comm. M. FALLON.

¹⁰⁰² CJCE, 16 déc. 1992, aff. C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c/ B & Q plc*.

¹⁰⁰³ En ce sens : « *la Cour cherche un équilibre optimal des intérêts nationaux et communautaires en cause une justice distributive adaptée aux caractéristiques du cas qu'il est soumis. Les intérêts en cause ne se réduisent pas à ceux de l'état d'origine. Ils sont accompagnés de l'intérêt communautaire, mais cet intérêt est lui-même multiple. En effet, ce n'est pas seulement l'intérêt de la libre circulation qui est présent, d'autres intérêts s'affirment, aussi, comme celui notamment, de respecter la compétence des états membres pour protéger les consommateurs ou maintenir la loyauté des transactions commerciales. La Cour n'assume pas sa fonction d'arbitre entre la prétention des lois nationales en cause dans ce sens le contrôle n'est pas horizontal et il ne comporte pas de choix a priori de la loi d'origine ou de la loi du marché. On est plutôt en présence d'un contrôle vertical et matériel qui est dans son origine dans le seul droit communautaire détermine l'espace libre pour l'apparition du droit national quel qu'il soit* », H. DUINTJER TEBBENS, « *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire* », RCDIP 94, 451 in S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.* p. 73.

un contrôle européen qui porte sur l'utilisation des exceptions nationales à l'aune du droit communautaire. Ce contrôle portait notamment sur le caractère exceptionnel du mode de recours.

Enjoignant les États à une utilisation maîtrisée des mécanismes de contrôle, l'ordre européen a plusieurs fois donné les contours de ce contrôle¹⁰⁰⁴ notamment au travers de l'arrêt *Krombach* : « Un recours à la clause de l'ordre public, (...) n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre état contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer en une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique (...) Si les états contractants restent, en principe, libres de déterminer, (...) les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de la convention. Dès lors, s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant »¹⁰⁰⁵. De ce contrôle, l'ordre européen ne crée pas un contenu mais se contente de déduire « des contenus nationaux ce qui peut en relever et ce qui ne peut en relever »¹⁰⁰⁶, arborant le rôle de gendarme des limites. Cependant, en contrôlant les mécanismes d'expression des limites, celles-ci se retrouvent automatiquement bridées¹⁰⁰⁷.

Ce constat est partagé par une grande partie de la doctrine. Blandine de Clavière-Bonnamour relevait notamment que « sans surprise, les institutions de l'Union sont extrêmement vigilantes à l'égard de ce mécanisme correcteur. Une trop grande marge d'appréciation laissée aux États quant au contenu, à la fréquence et à l'intensité de l'ordre public, risque nécessairement de mettre à mal les objectifs des règlements européens »¹⁰⁰⁸. Pire qu'une vigilance accrue, Johana Guillaumé affirme que « les États membres ne déterminent plus souverainement le contenu de leur ordre public international, alors même que l'ordre public constitue l'essence d'une société, l'essence d'une civilisation et que, en ce sens, il est l'expression de la souveraineté étatique »¹⁰⁰⁹. Jérémy Heymann évoque également le contrôle de l'ordre public par la Cour de justice de l'Union

¹⁰⁰⁴ CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Krombach* : *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481, obs. HMUIR WATT ; *JCP G* 2001, II, 1067, obs. C. NOURISSAT - CJCE, 11 mai 2000, aff. C-38/97, *Régie nationale des usines Renault S.A* : *Rev. crit. DIP* 2000, p. 497, obs. H. GAUDEMET-TALLON. Également sur ces arrêts : « Les arrêts *Krombach* et *Renault* relatifs à ce contrôle l'affirment dans son existence et montrent sa vigueur. », S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.* p. 75.

¹⁰⁰⁵ CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Krombach*, *précité*.

¹⁰⁰⁶ S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.* p. 76.

¹⁰⁰⁷ « Il est vrai que parfois elle annihile non seulement les contenus nationaux mais surtout les mécanismes eux-mêmes. Tel est en effet le résultat de la création progressive d'une territorialité communautaire, soit d'un espace unifié. L'ordre communautaire crée ainsi un 'universalisme régional' qui de jure ou de facto limite le recours aux exceptions d'ordre public et de lois de police par l'existence d'une culture juridique commune et l'absence de saut dans le vide » *ibid.* Également en ce sens : Y. LOUSSOUARN, « L'incidence des Communautés Européennes sur la conception française du droit international privé », *RTDE* 1974, 708.

¹⁰⁰⁸ B. De CLAVIÈRE-BONNAMOUR, « L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille », in *Vers un statut européen de la famille ? Dalloz*, 2014, pp. 189-200.

¹⁰⁰⁹ J. GUILLAUMÉ, « Ordre public international – Notion d'ordre public international », *J.-Cl. Civil*, 2 mai 2018, art. 3 ; *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, *LGDJ*, 2011 - J. FOYER, « Lois de police et principe de souveraineté », in *Mél. en l'honneur de B. AUDIT* : *LGDJ*, 2014, p. 339 s.

européenne qui selon lui réduit le périmètre de l'ordre public international à un ordre public international européen¹⁰¹⁰. Cette coercition a une influence directe sur le comportement des États dans la défense de leurs limites nationales. Ce contrôle entraîne *de facto* non pas nécessairement un recul des conceptions nationales de l'ordre public mais leur blocage.

L'objectif du règlement européen sur les successions étant la volonté et la prévisibilité, il est de bon augure de limiter le recours aux lois d'application immédiate et de contrôler le périmètre de l'exception d'ordre public international, étant considérés dans l'esprit du texte comme des freins et des blocages. Par une relation indirecte, on voit paradoxalement se dessiner l'influence de l'anticipation successorale qui n'est pas évident en première lecture. L'ordre européen, notamment par son mécanisme de l'effet utile et de contrôle va régir l'utilisation des mécanismes de défense internes pour laisser se développer les objectifs des règlements européens. L'ordre européen va devenir un allié de l'anticipation successorale dans son influence de contrôle de l'ordre public successoral international¹⁰¹¹.

L'analyse de cette relation fait sens dans l'orthodoxie européenne mais il faut souligner que la finalité recherchée n'est, à notre sens, pas opportune. En effet, ce mécanisme part du postulat que l'effacement de l'ordre public au profit d'une prise en considération de la volonté est un gage de prévisibilité de l'anticipation successorale. Or, cela est en contradiction avec l'idée que le droit de la transmission repose sur un équilibre déterminant. Par le jeu de l'effet utile du règlement, on contraint la définition de l'ordre public international et notamment son intervention pour anticiper les dits « *effets négatifs* ». Cela a pour conséquence directe d'amener une uniformisation de l'ordre public international. Cet état de fait entend être nuancé par une partie de la doctrine. Le rapport sur la réserve héréditaire retient que si la Cour de justice de l'Union européenne entend développer « *une interprétation uniforme et autonome des dispositions du règlement, indépendante du droit des États membres, qui tient compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause* »¹⁰¹², cela ne fait pas nécessairement échec en matière d'ordre public à ce que « *les États membres n'aient pas une*

¹⁰¹⁰ J. HEYMANN, « Le contrôle de l'ordre public par la Cour de justice de l'Union européenne » (colloque, L'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

¹⁰¹¹ « *Sur l'uniformisation de l'ordre public international : de la volonté de favoriser l'anticipation successorale et de fluidifier le règlement des successions. D'inspiration libérale, il fait une place mesurée à la professio juris (art. 22). Il n'en réserve pas moins le mécanisme de l'ordre public en son article 35, dont il ne définit pas les contours. Or, conformément à l'article 267 du TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union européenne.* », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, p. 117.

¹⁰¹² En ce sens : « CJUE, 1^{er} mars 2018, C558-16, *Mahnkopf* : « *A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union, qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée, doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme, qui doit être recherchée en tenant compte non seulement des termes de celle-ci, mais également du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause* », *ibid.*

marge de manœuvre un peu plus grande »¹⁰¹³. Si ce n'est pas une négation des limites mais seulement un tempérament, reste alors à déterminer quelles sont les valeurs défendues par cette version contrôlée de l'ordre public successoral international. Nous avons précédemment exposé que l'exception d'ordre public international ne défendait qu'une certaine conception cadre de l'ordre public successoral français. Cette uniformisation de l'ordre public international fait écho à un second mouvement exogène mais qui pourtant a une influence sur la conception de l'équilibre de la transmission, la fondamentalisation de l'ordre public international.

B - La fondamentalisation de l'ordre public

223. Des droits fondamentaux à la fondamentalisation. Le phénomène connu sous le nom de fondamentalisation du droit est assez récent et remonte selon Dreyer aux années 80¹⁰¹⁴. Selon l'auteur, l'expression « *droit fondamental* » apparaît dans le préambule de la Charte des Nations unies du 26 juin 1945 pour être ensuite reprise *in extenso* ou de façon dérivée dans d'autres textes¹⁰¹⁵. La difficulté majeure de cette notion a été, dès son introduction dans l'orthodoxie juridique, d'en déterminer les contours, car si la fonction apparaît plus ou moins claire dans la volonté qu'elle a de défendre les grands principes universels, la détermination précise des droits fondamentaux pouvait apparaître complexe.

L'émergence de ces droits a consubstantiellement amené une fondamentalisation du droit. En droit privé français, ce mouvement « *est décrit comme un mouvement implacable du droit contemporain* »¹⁰¹⁶. Cette fondamentalisation du droit se caractérise « *par une montée en puissance des droits fondamentaux, catégorie qui ne cesse de s'étendre et de prendre de l'importance* »¹⁰¹⁷. Selon l'auteur, l'influence tant de la convention EDH que du Conseil constitutionnel a tout particulièrement contribué à

¹⁰¹³ « Certes, l'exception prévue à l'article 35 est conçue en termes restrictifs, ce qui atteste d'une conception sans doute plus exigeante qu'en droit commun du seuil de déclenchement de l'ordre public international, vraisemblablement pour ménager l'effet utile du règlement. Il n'en demeure pas moins que l'article 35 réserve non l'ordre public européen mais l'ordre public du for. Le considérant 58 du règlement est dans le même sens. C'est dire que « l'éventuelle émergence d'un modèle européen ne doit pas se faire au détriment du respect de la diversité nationale mais en complémentarité avec lui ». L'existence d'une marge de manœuvre pour les États membres se trouve d'ailleurs confirmée par la jurisprudence de la CJUE. La Cour de justice entend n'exercer qu'un droit de contrôle quant aux limites de mise en œuvre de l'exception d'ordre public international dans les États membres. », *ibid*, p. 117.

¹⁰¹⁴ En ce sens : E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006. Chron. 748 - D. GUTMANN, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges François TERRÉ, Dalloz, juin 1999, pp. 329-341.

¹⁰¹⁵ Sur les débuts de la notion de droit fondamental : « En effet, l'expression 'droit fondamental' n'a, elle, qu'une soixantaine d'années. Elle apparaît, pour la première fois, dans le préambule de la Charte des Nations unies du 26 juin 1945. On la retrouve ensuite furtivement dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, de 1948, qui préfère toutefois parler des 'droits de l'homme et libertés fondamentales'. C'est d'ailleurs cette expression-là qui figure dans la Convention européenne du 4 novembre 1950. La formule 'droit fondamental', au singulier ou au pluriel, est ignorée par ce texte. Enfin, l'expression 'droits fondamentaux' apparaît ponctuellement dans les deux Pactes internationaux du 16 décembre 1966. Mais ils n'en font, pas davantage, un concept central », E. DREYER, *op. cit.*

¹⁰¹⁶ C.-M. PEGLION-ZIKA, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD civ.*, 2018, p. 1.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*

l'émergence en France de ce phénomène. Cela est si vrai que certains auteurs rapportent que le droit civil « *est désormais apprécié au regard des droits de l'homme qui constituent les fondements de la civilisation contemporaine. Cette 'fondamentalisation' du droit civil « somme notre droit civil d'avoir à prouver sa légitimité* »¹⁰¹⁸. Si le mouvement de fondamentalisation du droit interne est très important, ce mouvement touche également le droit international privé.

224. La fondamentalisation du droit international privé. La fondamentalisation du droit est tentaculaire et se retrouve à toutes les strates du droit. En droit international privé, l'intégration des droits fondamentaux se retrouve tout particulièrement au niveau de ses méthodes. Pierre Mayer relevait sur ce sujet : « *la place considérable occupée par les méthodes en droit international privé explique que les exigences portées par le respect des droits fondamentaux conduisent à s'interroger sur leur portée à l'endroit des méthodes propres au droit international privé. Les méthodes classiques du droit international privé technique conflictuelle, méthode de la reconnaissance, applicabilité immédiate ou encore ordre public international - ne sont, certes pas remises en cause par les exigences des droits fondamentaux dans le domaine de l'étude (...) mais interrogées quant aux résultats de leur application aux situations personnelles et familiales* »¹⁰¹⁹. Les droits fondamentaux, et notamment leurs influences, se retrouvent à tous les niveaux du droit international privé. De notre sujet, il convient de déterminer si les droits fondamentaux constituent une influence exogène sur l'équilibre de la transmission. Il apparaît dès lors nécessaire de se focaliser sur l'éventuelle influence des droits fondamentaux dans la manifestation des limites à la volonté du *de cuius*.

Toujours selon Pierre Mayer, les droits fondamentaux sont susceptibles de se retrouver dans les mécanismes de défense du droit international privé que sont les lois d'application immédiate et l'exception d'ordre public international. L'auteur indique à ce sujet que « *les droits de l'Homme n'entendent pas se substituer aux méthodes et raisonnements propres au droit international privé mais sont, cependant, susceptibles de les orienter, de les corriger ou de les affiner* »¹⁰²⁰. Les droits fondamentaux apparaissent alors en l'espèce comme un filtre de précision et d'orientation des méthodes du droit international privé. Cette « orientation » est tout particulièrement révélatrice pour le correctif de l'exception d'ordre public international. Il a été exposé que la doctrine schématise le contenu de l'ordre public autour de trois cercles concentriques¹⁰²¹. Vaisseau privilégié pour l'expression des droits fondamentaux, l'exception d'ordre public international apparaît alors orientée, pour reprendre la caractérisation du Professeur Fongaro, au premier cercle. Comme l'explicite Philippe Remy, la méthode de l'exception d'ordre public international permet de « *confronter l'application de la*

¹⁰¹⁸ P. REMY, « Cent ans de chroniques », *RTD. civ.*, oct.-déc. 2002, p. 677.

¹⁰¹⁹ P. MAYER, « La fondamentalisation du droit international privé portant sur les personnes et les relations familiales », *RDLF* 2020, chron. n° 53.

¹⁰²⁰ P. REMY, *op. cit.*

¹⁰²¹ V. *supra*, n° 136.

loi étrangère à l'obligation de respect des droits fondamentaux et à la prohibition des discriminations et écarte son application si elle conduit à des résultats incompatibles avec l'un ou l'autre de ces impératifs. L'utilisation de l'exception d'ordre public est parfois justifiée au nom de ce qu'il s'agit d'une méthode classique du droit international privé de défense des valeurs fondamentales du for, y compris la protection des droits de l'Homme¹⁰²², parfois en raison de son caractère empirique¹⁰²³. Une autre justification réside dans le fait que la méthode permet d'appliquer sans difficulté les dispositions substantielles de normes régionales de protection des droits de l'Homme dans des situations où la loi étrangère évincée émane d'un État non-partie à cette convention. En effet, l'effet positif de l'ordre public substitue à la loi étrangère évincée les normes pertinentes, en l'espèce des normes régionales de protection des droits fondamentaux¹⁰²⁴»¹⁰²⁵. Les droits fondamentaux ont donc peu à peu été intégrés dans le giron de l'ordre public international¹⁰²⁶, alors même que la jurisprudence présentait ces deux concepts comme des notions non miscibles¹⁰²⁷. Cette fondamentalisation de l'ordre public international a des conséquences directes sur notre sujet. En droit patrimonial de la famille, la fondamentalisation de l'ordre public international français ne fait plus de doute et se manifeste dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui consacre les principes d'égalité des époux¹⁰²⁸ et des parents¹⁰²⁹, du droit de la filiation,¹⁰³⁰ d'un ordre public alimentaire¹⁰³¹ et de l'indisponibilité de l'état des personnes¹⁰³². En droit des successions et des libéralités, les deux axes de protection sont le principe d'égalité et de non-discrimination, liés notamment à la race, au sexe ou la religion qui irriguent la jurisprudence.

225. La relation entre fondamentalisation et européanisation. La fondamentalisation de l'ordre public international est, à l'instar du phénomène d'européanisation, un mouvement qui tend à apposer un filtre sur l'expression de l'ordre public international français. Mouvements

¹⁰²² H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », R.C.A.D.I. 2005, t. 312, p. 394.

¹⁰²³ P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et DIP », *op. cit.*, p. 207.

¹⁰²⁴ P. KINSCH, *ibid.* p. 208.

¹⁰²⁵ P. REMY, *op. cit.*

¹⁰²⁶ « Par la suite, la Cour de cassation a abandonné cette approche duale et a intégré les droits fondamentaux consacrés par la convention au sein de ses valeurs d'ordre public international ». On pense particulièrement à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la Cour EDH qualifie d'« instrument de l'ordre public européen » (CEDH, 23 mars 1995, n° 15318/89, *Loizidou c/ Turquie* : RGDI 1998, p. 123, note G. Cohen-Jonathan ; RTDH 1998, p. 102, note J.-P. Cot ; RUDH 1996, p. 6, note F. Sudre), J. GUILLAUMÉ, « Ordre public international – Notion d'ordre public international », J.-Cl. Civil Code, 2 mai 2018, art. 3, n° 100.

¹⁰²⁷ « Pourtant, dans l'arrêt Pistre, la Cour de cassation semblait dans un premier temps vouloir distinguer l'ordre public international du for et les droits fondamentaux consacrés par la convention en affirmant que la loi brésilienne qui prohibait l'adoption plénière par un étranger ne vivant pas au Brésil n'était contraire ni à la conception française de l'ordre public international, ni aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1990, *Pistre* : GAJFDIP, n° 65-69 ; Rev. crit. DIP 1990, p. 519, note E. Poisson-Drocourt) », J. GUILLAUMÉ, *op. cit.*

¹⁰²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2004, n° 01-11.549 : Bull. civ. 2004, I, n° 47 et Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2004, n° 02-11.618 : Bull. civ. 2004, I, n° 48.

¹⁰²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302 : Bull. civ. 2010, I, n° 218.

¹⁰³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1993, n° 89-21.997 : Bull. civ. 1993, I, n° 64.

¹⁰³¹ Cass. 1^{ère} civ., 16 juill. 1992, n° 91-11.262 : Bull. civ. 1992, I, n° 229.

¹⁰³² Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 : Bull. civ. 1991, ass. plén., n° 4.

parallèles, on s'aperçoit en réalité que ces deux axes se combinent. À l'analyse des mécanismes, le phénomène de fondamentalisation vient s'allier avec celui de l'eupéanisation de l'ordre public international.

Tout d'abord, il faut souligner que les droits fondamentaux font partie de ce que certains auteurs qualifient d'idéal européen¹⁰³³. Philippe Gaudet rappelle à juste titre que le 7 décembre 2000 : « le Parlement européen, le Conseil et la Commission proclament solennellement une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le texte vise à renforcer ces droits 'à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques' »¹⁰³⁴. S'il n'a aucune valeur juridique supérieure, il s'adresse aux institutions et organes de l'Union ainsi qu'aux États membres afin qu'ils promeuvent l'application de ces droits et « vise à favoriser un idéal commun ». La recherche de cet idéal commun conduit à une certaine coercition des États par l'utilisation de ce corps de droit¹⁰³⁵. Dès lors, on s'aperçoit de la relation évidente entre la fondamentalisation et l'eupéanisation de l'ordre public international notamment en ce qu'elles jouent un rôle presque analogue. En effet, il est admis que le phénomène d'eupéanisation de l'ordre public international contrôle l'intervention des ordres publics nationaux notamment dans un but d'harmonisation des défenses du *for*, pour éviter d'entraver le principe de libre circulation et de prévisibilité. Cette harmonisation ne peut se faire que sur des valeurs communes aux États. Quelles valeurs plus communes que celles représentant les droits fondamentaux ? L'harmonisation communautaire de l'ordre public international se ferait donc au niveau des droits fondamentaux. La conséquence directe de cette combinaison est le détachement flagrant de sa fonction de mécanisme de sauvegarde de la législation du *for*. En effet, l'ordre public international a dès lors un nouveau référentiel qui est l'ordre européen fondamental au détriment des ordres nationaux. La conséquence de cette concentration change complètement le paradigme et le canevas d'application du droit international privé pour se recentrer sur des droits fondamentaux communautarisés laissant de côté les droits matériels nationaux. L'une des conséquences est le risque de dénaturation des ordres juridiques des États souverains sur le principe notamment d'une fongibilité presque imposée des droits matériels. Se pose alors la question soulevée par une partie de la doctrine : est-ce que le noyau dur de l'ordre public interne protégé par l'exception d'ordre public international ne serait pas uniquement composé de droits fondamentaux ?

¹⁰³³ P. GAUDET, « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *LPA* n° 65, p. 3, 31 mars 2004.

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ En ce sens : « même si les États parties n'ont pas l'obligation d'intégrer les droits fondamentaux au sein des valeurs essentielles constitutives de leur ordre public international, celui-ci subit tout de même l'influence de l'ordre public européen des droits de l'homme suivant le principe de la hiérarchie des normes. Partant, les États contractants ne sont pas contraints d'intégrer les droits garantis par la Convention européenne au sein de leurs propres valeurs essentielles qui composent l'ordre public international du *for*. Toutefois, s'il s'avère que la décision cause une atteinte disproportionnée à un droit garanti par la convention, l'État partie se verra condamné par la Cour EDH », J. GUILLAUMÉ, « Ordre public international – Notion d'ordre public international », *op. cit.*, n° 101.

226. Un noyau dur fondamental. L'ordre public international est souvent présenté comme le noyau dur de l'ordre public interne. Au regard de ce qui précède, il est légitime de s'interroger sur la consistance de ce « noyau dur » et notamment de se demander si finalement il n'est pas cantonné aux seuls droits fondamentaux. Il appert que si la CJUE ne peut pas imposer directement ses valeurs, elle peut néanmoins contrôler l'utilisation des valeurs internes pour mener vers une fondamentalisation des valeurs de l'ordre public international. En droit des personnes et de la famille, on assiste à ce phénomène menant à certains égards à la création d'un contenu uniforme¹⁰³⁶. Dans une éminente étude, Petra Hammje relevait la corrélation entre d'un côté l'absence des règles impératives et de l'autre un cantonnement de l'ordre public familial des États membres : « *d'un côté ils se montrent souvent, du moins en apparence, de préserver les spécificités nationales, que l'on sait fortes en matière familiale. Car l'objectif n'est pas d'unifier les droits matériels (ce qui échappe à la compétence de l'union), mais de gérer les aléas liés à l'internationalité du statut familial pour garantir sa sécurité et sa prévisibilité* ». L'auteure constate que pour arriver à un objectif « *de sécurité et de prévisibilité* », le règlement « *encadre fortement le recours aux mécanismes traditionnels par lesquels un état membre pourrait vouloir protéger ses propres conceptions nationales* »¹⁰³⁷. L'encadrement des mécanismes de sauvegarde du *for* aboutit, selon elle, à un recul de l'ordre public familial national, recul qui serait favorable à l'efficacité de la volonté des parties autant qu'à la satisfaction des objectifs poursuivis par le règlement européen. Ce mouvement induit selon l'auteure une perturbation des mécanismes habituels de défense mais également un déplacement de l'ordre juridique de référence vers celui de l'Union européenne¹⁰³⁸.

Cette interrogation est encore plus prégnante à la lecture de la définition de l'exception d'ordre public fourni par le règlement succession envisagé de façon très restrictive¹⁰³⁹. Le caractère extrêmement restrictif de ce mécanisme laisse penser que les notions défensives pouvant être portées par exception ne sont susceptibles d'être que des valeurs exceptionnelles, des valeurs fondamentales. De cette relation, il est légitime de se demander si le regard du juge devra

¹⁰³⁶ Intervention du Professeur Christine Bidaud-Garon sur l'ordre public international en droit des personnes et de la famille (colloque, L'internationalisation de l'ordre public, Bordeaux, 2019, dir. É. FONGARO).

¹⁰³⁷ P. HAMMJE, « Ordre public et lois de police – Limites à l'autonomie de la volonté ? », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLAN'T, p. 111.

¹⁰³⁸ « *Un pas supplémentaire est franchi lorsque, tout en cherchant, à garantir la stabilité des relations familiales, les règlements entendent dans le même temps gommer les diversités étatiques en imposant certaines valeurs substantielles, voire certains choix de politique législative aux états membres. C'est alors une certaine conception des relations familiales – du divorce, de l'obligation alimentaire, des successions – qui transparait à travers les règles de droit international privé posées, conception qui ne ressort plus de la seule gestion de l'internationalité, mais d'une réelle conception substantielle de la famille. Peut-on alors y voir la promotion d'un véritable « ordre public européen de la famille » qui non seulement transcenderait mais peut-être évincerait la diversité des conceptions nationales ?* », P. HAMMJE, *op. cit.*, p. 130.

¹⁰³⁹ La lecture de l'article 35 du règlement 650/2012, corroboré par le considérant 58 ne laisse que peu de place à l'imagination sur le périmètre d'intervention de l'exception d'ordre public. V. *supra*, n° 221.

uniquement se porter sur les conventions européennes et internationales pour déterminer le périmètre des droits à défendre¹⁰⁴⁰. Une partie de la doctrine refuse cette analyse au motif que « *s'il apparaît que la notion de droit fondamental soit assez restrictive en ce que seuls quelques principes y soient éligibles (...) l'accès à la fondamentale d'une valeur ne repose pas exclusivement sur une analyse de droit comparé conduite à l'échelle mondiale, voire simplement européenne. Le recours à la proportionnalité inversée permettrait ainsi d'affirmer qu'un principe strictement national peut encore être défendu au titre de l'exception d'ordre public* »¹⁰⁴¹. Force est de souligner qu'en droit des successions et des libéralités, le mécanisme de la proportionnalité inversée ne permet pas de faire émerger les composantes les plus importantes de l'ordre public successoral français comme la prohibition des pactes sur succession future ou encore la réserve héréditaire¹⁰⁴². C'est pourquoi, hors du champ des droits de l'homme, la conception proprement française de l'ordre public successoral international se réduit aujourd'hui à une portion congrue¹⁰⁴³. Mais, quelle est la conséquence de ces influences sur l'équilibre de la transmission ?

227. L'équilibre de la transmission à l'aune de la fondamentalisation et de l'eupéanisation. Au regard de la fondamentalisation et de l'eupéanisation de l'ordre public successoral international français, la relation entre les limites et la volonté se retrouve perturbée. L'existence de ces influences exogènes à la dyarchie induit une difficulté intellectuelle. Il apparaît difficile de se positionner sur la consistance, voire l'existence d'un équilibre de la transmission dans le cadre des successions internationales similaire à celui que nous connaissons en droit interne. La volonté et son autonomie prônées par le règlement européen permettent au *de cuius* une grande latitude unilatérale dans l'anticipation et la planification de sa succession future, les limites, elles, sont dévolues au droit matériel via les mécanismes classiques de droit international privé. Or, le règlement ne fait que peu référence aux lois de police, et le mécanisme correctif de l'exception se retrouve cantonné pour sa majeure partie aux droits fondamentaux. Est-il dès lors opportun de rechercher un équilibre de la transmission à la française quand les seules limites à l'autonomie de la volonté se voient être un ordre public international « eupéanisé » et « fondamentalisé » ? Est-ce que cette recherche trouve une nouvelle utilité avec la réécriture de l'article 913 du Code civil ? Par

¹⁰⁴⁰ Not. ce sens : « *La Cour estime qu'il lui incombe 'néanmoins de contrôler les limites dans lesquelles le juge d'une état' peut y avoir recours (CJUE 28 mars 2000 Krombach c. BAMBERSKI), ce qui se traduit par une limitation de son intervention à la défense de principes fondamentaux du for (Arrêt Krombach et Renault C. Maxicar). En cela, la teneur même de l'ordre public est réduite à la défense d'un noyau dur de principes essentiels, certes issus de l'ordre juridique du for, mais qui doivent rejoindre les principes fondamentaux 'communautaires'* », P. HAMMJE, *op.cit.*

¹⁰⁴¹ L. USUNIER, « La réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international », *RTD civ.*, 2017, p. 833. Également en ce sens : L. GANNAGE, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP* 2006-2008, p. 205.

¹⁰⁴² Reste à déterminer si la résurgence du droit de prélèvement compensatoire aura une influence sur l'ordonnancement du mécanisme de la réserve héréditaire dans son ordonnancement dans l'ordre public international français.

¹⁰⁴³ L. GANNAGE, *ibid.*

la force des choses et pour essayer d'analyser cette relation, il convient alors de transposer l'équilibre de la transmission sur le terrain des droits fondamentaux.

L'équilibre de la transmission, s'il devait se transposer sur le terrain des droits fondamentaux, opposerait le droit de propriété à un droit à l'héritage, droit qui matérialiserait une certaine coercition de la volonté du *de cuius* dans l'expression de son droit de propriété privée. Se révèle alors un questionnement majeur de la matière qui anime depuis des centaines d'années la doctrine patrimonialiste : existe-il un droit fondamental à hériter et/ou à disposer de son patrimoine ? Sur ce sujet, force est de constater que le Doyen Carbonnier avait en son temps déjà formulé que : « *Si l'on veut de toute force raccrocher l'héritage à la déclaration des droits (comme d'ailleurs à la Convention européenne), c'est du côté du mort qu'il faut se ranger, de son droit de propriété qui se serait prolongé en un droit de disposer librement post mortem* »¹⁰⁴⁴. Ce droit fondamental de disposer a notamment été mis en avant par la Cour EDH dans l'arrêt *Marckx* où la Cour reconnaissait « *un droit fondamental de disposer de ses biens en fondant sa solution sur l'article 1er du premier Protocole additionnel à la CEDH, article qui prévoit le droit au respect de ses biens. En droit interne, il faut attendre 1996 pour que le Conseil constitutionnel reconnaisse formellement le droit de disposer comme un « attribut essentiel du droit de propriété* »¹⁰⁴⁵. De l'autre côté la caractérisation d'un droit fondamental à hériter ne convainc pas en première lecture. Dans son excellente étude Claire-Marie Peglion-Zika conclut que le droit de l'homme à hériter « *se révèle n'être qu'une formule rhétorique, voire un abus de langage. Est désignée sous ce vocable une tendance du droit des successions qui consiste à concevoir l'héritage par le prisme des héritiers en leur accordant certaines faveurs, destinées principalement à assurer leur égalité. En d'autres termes, le droit à hériter n'existe pas, mais là où l'héritage est admis, il doit l'être sans discrimination. Cependant, il ne s'agit là que d'une tendance parmi d'autres : ce qu'on donne d'un côté aux héritiers, sous couvert du droit de l'homme à hériter, leur est repris d'un autre, sous l'effet de l'affaiblissement de la réserve, sans compter les pouvoirs de plus en plus étendus du de cuius* »¹⁰⁴⁶. Le Professeur Nicod relevait « *que l'article 1 du protocole n° 1 additionnel à la convention ne garantit pas le droit d'acquérir des biens par voie de succession ab intestat ou de libéralités* »¹⁰⁴⁷. Ainsi, rattachée au droit de propriété, la liberté de disposer par libéralité est dotée d'un régime extrêmement protecteur¹⁰⁴⁸ et force est de

¹⁰⁴⁴ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 264 : « *Encore faut-il qu'hériter soit un droit naturel de l'homme* ». Également sur ce sujet et citant le Doyen CARBONNIER, C.-M. PEGLION-ZIKA, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD civ.*, 2018, p. 1.

¹⁰⁴⁵ « *Aussi dans le même sens, M. Grimaldi, Succession et contrat, in D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (dir.), La contractualisation de la famille, Economica, 2001, p. 197, spéc. p. 203 : 'si l'héritage a une valeur constitutionnelle, c'est parce qu'il est l'expression du droit de propriété du de cuius et non parce qu'il serait le signe d'un droit de l'héritier à la propriété'* », C.-M. PEGLION-ZIKA, *op. cit.*

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ M. NICOD, « Libéralités et droits fondamentaux », *Defrénois*, 22 nov. 2018, n° 46, p. 1.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*

souligner que « *la liberté de disposition de l'un n'a pas pour corollaire le droit de recevoir de l'autre* »¹⁰⁴⁹. Cette absence d'un droit fondamental à hériter semble faire consensus en doctrine¹⁰⁵⁰.

Dès lors, les droits fondamentaux ne vont pas contrôler la réalité d'un principe d'un droit à l'héritage mais s'ériger en garant et combattre les inégalités et les discriminations ostensibles du fait de l'héritage. C'est ainsi que l'inexistence des lois d'application immédiate, laisse place à un contrôle de l'internationalité par l'exception d'ordre public international, mais avec un périmètre néanmoins concentré en droit des successions et des libéralités aux deux axes que sont les principes d'égalité et de non-discrimination, liés notamment à la race, au sexe ou la religion. La Cour EDH a, à ce titre, toujours condamné la discrimination entre les héritiers, mais n'a jamais sanctionné l'absence de droits successoraux comme une violation d'un droit fondamental¹⁰⁵¹. *Quid* d'une discrimination non pas légale mais volontaire de la part du *de cuius*, une discrimination qui ne porterait pas son nom ? La question reste entière mais on ne peut selon notre analyse trouver de réponse dans une conception *in abstracto* des limites, l'analyse factuelle sera ici déterminante. Au regard de ce qu'il précède il faut poser le constat qu'une législation étrangère qui pourrait se trouver en contradiction avec l'ordre public international français sous le seul prisme d'une absence de réserve héréditaire ne serait pas conforme au principal fondamental d'anticipation successorale instaurée par la *professio juris*. De cette relation fondamentale la liberté du *de cuius* semble victorieuse.

Pour revenir sur l'équilibre de la transmission dans le contexte international et l'influence de l'anticipation dans cette relation, il faut conclure que la fondamentalisation de l'ordre public international, jumelée avec le phénomène d'euphémisation, va être un appui de l'anticipation successorale, en limitant le champ d'application des mécanismes de défense. Émerge de ces influences exogènes une véritable pression de la volonté. Faut-il en conclure que l'anticipation successorale en droit international a une influence directe sur l'ordre public successoral international ? Il faut souscrire à cette analyse. Ce constat est partagé par Petra Hammje qui soutient que le contrôle des mécanismes de défense du *for* et la fondamentalisation de ces relations s'avèrent *in fine* comme une aide au développement de l'autonomie de la volonté¹⁰⁵².

De ces éléments, le constat qui émerge semble placer l'autonomie de la volonté du *de cuius* comme source quasi-normative sans entrave, ce qui irait en contradiction manifeste avec l'équilibre de la transmission que nous avons théorisé jusqu'à lors. Il faut pourtant immédiatement relativiser ce « *recul* » de l'ordre public successoral français dans l'ordre international et conclure à la prudence dans l'analyse. En effet, le contexte international apporte une clé de lecture juridique et factuelle

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

¹⁰⁵⁰ « *il n'existe pas à l'heure actuelle de 'droit à hériter ; en revanche, là où l'héritage est admis, les discriminations entre héritiers sont proscrites* », C.-M. PEGLION-ZIKA, *op. cit.*

¹⁰⁵¹ V. *supra*, n° 140.

¹⁰⁵² P. HAMMJE, « *Ordre public et lois de police – Limites à l'autonomie de la volonté ?* », *op. cit.*

nouvelle qui oblige une prise en compte globale des législations. S'il n'existe pas dans les successions internationales d'équilibre au regard du droit français, cela implique-il réellement l'absence d'équilibre global ?

§ 2 - LA RELATIVITÉ D'UN EFFACEMENT

228. Le consensus de l'internationalité. En droit interne l'influence de l'anticipation successorale est consubstantielle à la vitalité de l'ordre public successoral, ces deux notions évoluant en vase clos dans la matière de la transmission. Sa promotion entraînant irrémédiablement une évolution du rapport de force dans l'équilibre de la matière. Malgré ces évolutions, l'équilibre reste puissant. Il serait à notre sens erroné de raisonner par pure analogie dans une situation de droit international privé. En effet, la réaction de l'ordre public successoral dans le cadre d'une succession internationale n'est pas la même qu'en droit interne. Il ne s'agit pas dès lors de restreindre directement la volonté du *de cuius*, mais de contrôler l'application concrète de cette volonté pour vérifier que son application ne vient pas en contradiction avec les principes essentiels français. Il n'y a dès lors pas de relation frontale entre la manifestation de la volonté d'un côté, et les limites françaises de l'autre. Cette absence de confrontation directe est notamment la conséquence d'un certain nombre de filtres, qui obligent à relativiser l'influence de l'anticipation successorale internationale, d'une part au regard de l'appréciation factuelle des liens avec le *for* (A), et d'autre part au regard de l'analyse primaire du droit matériel étranger (B).

A - L'appréciation des liens avec le *for*

229. Une situation nécessitant des ajustements. La discrétion patente de lois de police françaises¹⁰⁵³ tant au regard de leurs mécanismes intrinsèques dans l'eupéanisation du droit, que de la place qui en est faite par le règlement succession, laisse pour meilleure défense le mécanisme de l'exception d'ordre public international. Ce mécanisme ayant notamment une mission de correction, il est nécessaire de justifier une différence de traitement (1) par la prise en compte de certains éléments comme la proximité ou encore de caractériser son caractère de défense subsidiaire (2).

¹⁰⁵³ V. *supra*, n° 132.

1 - La justification d'une différence de traitement

230. La prise en compte de l'internationalité de la situation. La présence d'un élément d'extranéité apporte une grille de lecture supplémentaire dans le cadre d'une succession et notamment au regard de la dyarchie de la transmission. Dans le cadre d'une succession internationale doit alors légitimement se poser l'interrogation suivante : Comment justifier des traitements différents entre situation nationale et internationale ? Qu'elle est la différence de nature entre les deux ? Une partie de la réponse tient à notre sens à la géographie. Nous avons évoqué que l'une des clés de lecture de l'exception d'ordre public comme mécanisme correctif en droit international privé était fondée sur une notion de proximité¹⁰⁵⁴. À cet égard, il est admis qu'une situation acquise sans fraude à l'étranger aura moins, voire pas de chance, de se voir opposer une exception d'ordre public par le biais de l'effet atténué de l'ordre public international. Vient s'ajouter à cette atténuation, une autre réflexion liée à l'éloignement géographique qui est celle de la proximité avec le *for*.

Factuellement la différence entre une succession purement interne et une succession internationale est, entre autres, l'éloignement d'une donnée. Mais pourquoi le simple fait d'avoir un élément d'extranéité dans une situation de fait, vient justifier une différence de traitement dans la réponse des limites ? Le traitement différent et l'éloignement avec le *for* est par analogie le mécanisme qui va permettre de déterminer la légitimité ou non de s'éloigner des normes coercitives internes, c'est la question de la proximité. Or, dans le cadre d'une succession internationale, outre la question des droits fondamentaux qui ont en théorie vocation à s'appliquer quel que soit l'éloignement de la situation, comment apprécier ou non la proximité avec le *for* ? Faut-il auto-centrer la réflexion sur le seul *de cuius* et sa dernière résidence habituelle ? La localisation de son patrimoine au jour de son décès peut-elle avoir une influence sur le cheminement intellectuel ? La localisation de ses héritiers est-elle prise en compte, et même déterminante ? Le droit de la transmission est complexe dans le sens où il fait intervenir un nombre important de données qui vont venir se conjuguer. Chacune de ces données peut être sujette à une internationalisation et va mettre à l'épreuve l'appréciation de la proximité. La première donnée est liée à la personne du *de cuius* et de ses liens avec le *for*. On pense à sa nationalité, sa dernière résidence, ses liens professionnels ou familiaux avec le *for*. La seconde est liée aux héritiers et rejoint les mêmes points de contact pour le *de cuius*. Reste enfin la question de l'appréciation vis-à-vis de la localisation du patrimoine compris dans la succession.

¹⁰⁵⁴ V. *supra*, n° 137.

Il n'existe pas de nomenclature précise pour apprécier la proximité ou l'éloignement, mais à l'aune des faits il s'avère que c'est vers le *de cuius* qu'il faut se tourner. Cette question de l'influence de la proximité dans le cadre des successions internationales fait l'objet d'un débat en doctrine à l'aune de son opposition avec l'essence du droit de l'Union Européenne. Sur ce point Hélène Péroz soulignait que l'ordre public de proximité souffre d'une faiblesse vis-à-vis du droit européen. Selon l'auteure, l'ordre public de proximité remettrait en cause l'objet, voire l'essence, du règlement européen. En effet, l'un des objectifs primaires du règlement succession est de permettre « *aux citoyens de profiter, en toute sécurité juridique, des avantages offerts par le marché intérieur et de connaître à l'avance la loi applicable à leur succession* ». Dès lors la prise en compte de la proximité mettrait en échec ce besoin de prévisibilité mais également celui d'autonomie induit par la *professio juris*¹⁰⁵⁵. Le principe de la proximité pourrait en effet entrer en contradiction direct avec l'outil qu'est la *profession juris*. Cet outil de planification unilatérale, bien que limité dans ses choix par le règlement européen lui-même, peut amener des situations que l'on pourrait aisément qualifier d'artificielles à l'aune de l'ordre public de proximité. Hugue Fulchiron soulevait très justement cette problématique : « *la prise en compte de la proximité est-elle compatible avec la lettre et l'esprit du règlement ? Après tout, l'optio juris est prévue par le règlement : le de cuius n'a fait qu'utiliser une possibilité que lui offre le texte, une possibilité qui constitue d'ailleurs une des principales innovations de cet instrument. À cet argument, on répondra que le règlement a également prévu la limite de l'ordre public et qu'il était clair que cette limite jouerait très souvent en cas d'optio juris* »¹⁰⁵⁶. Il n'existe pas de jurisprudence sur une telle internationalisation à l'aune d'un contentieux successoral, mais il ne fait nul doute que l'expression de l'ordre public successoral international devrait réagir peut-être plus sévèrement.

Cependant, la question de la proximité conditionne cette liberté au regard de l'application de l'ordre public interne via le mécanisme de l'exception. Cela est notamment confirmé par Giovanna Debernadi qui relevait dans sa thèse de doctorat qu'« *il est aujourd'hui admis que l'appréciation de l'ordre public doit être faite in concreto, en tenant compte des circonstances de l'espèce d'une part, et de la proximité de la situation litigieuse à l'ordre juridique du for d'autre part* »¹⁰⁵⁷. Il faut dès lors relever que la question de la proximité est importante dans l'intensité de la riposte de l'exception d'ordre public. L'éloignement de la situation est donc une donnée de relativisation de l'effacement de l'ordre public international français, en ce que celui-ci ne peut s'exercer, dans une conception européenne mais aussi

¹⁰⁵⁵ H. PÉROZ, « Le rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire du 13 décembre 2019 et le droit international privé », in « mai 2019-mai 2020 : le droit international privé n'est pas près d'être confiné », *Dr. & patr.*, n° 304, 1^{er} juill. 2020.

¹⁰⁵⁶ H. FULCHIRON, « Réserve et ordre public : protection nécessaire ou protection du nécessaire ? », *Dr. & Pat* n° 246, 1^{er} avril 2015.

¹⁰⁵⁷ G. DEBERNARDI, *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, thèse, Côte d'Azur, 31 mai 2017, p. 128.

internationale, avec la même intensité quand la situation factuelle n'a *in fine* que peu de lien avec l'ordre français.

2 - Une défense subsidiaire

231. Une interrogation purgée par la question de la résidence. La proximité et l'éloignement fondent donc une appréciation différente de la puissance de l'application des limites. Il apparaît dès lors que le *de cuius* puisse volontairement utiliser cet éloignement notamment en modifiant le critère de rattachement qui importe le plus, sa dernière résidence. Dans cet exercice d'ingénierie internationale, l'application de la loi de la dernière résidence à la succession pourrait éventuellement faire intervenir le mécanisme de l'exception d'ordre public si son application concrète s'avère être manifestement incompatible avec les valeurs du *for*.

Or, il faut souligner qu'en pratique le contentieux lié à une telle question fera ressortir en première difficulté une discussion sur l'effectivité de cette dernière résidence. En effet, si une telle succession prend le chemin du tribunal judiciaire c'est qu'il peut exister un problème au regard de son internationalité. Cette question emmènera en premier lieu un véritable débat de fond sur la question de la dernière résidence du défunt¹⁰⁵⁸. Les discussions relatives à ce sujet sont dans un contentieux le premier des moyens engagés par les parties. La partie voulant se voir appliquer les règles françaises contestera la réalité de la dernière résidence du défunt en argumentant soit sur la fictivité de ce rattachement, soit en démontrant que la dernière résidence du défunt, au regard des faits, était bel et bien sur le territoire français. Les questions du rattachement et de la loi applicable seront donc purgées avant de venir actionner les mécanismes correctifs. Deux hypothèses peuvent en découler : soit la dernière résidence du défunt sera considérée en France et les limites tirées de l'ordre public successoral interne n'auront pas de difficulté à s'appliquer ; soit la dernière résidence du défunt sera confirmée dans un autre État au regard des éléments de faits et justifiera dès lors un ancrage international à la succession qui aura irrémédiablement une conséquence d'atténuation sur les règles de l'ordre public international français.

Aussi, il appert qu'avant de faire réagir les mécanismes comme les lois de police ou l'exception d'ordre public international, ces situations pourraient relever de la fraude à la loi. En matière de droit international la fraude à la loi est caractérisée lorsque « *les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente* »¹⁰⁵⁹. La

¹⁰⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 29 févr. 2019, n° 18-13.383 : P+B+I : JurisData n° 2019-009044 : JCP N 2019 n° 24, act. 532. Également sur le sujet : C. LATIL, « Quelques précisions sur le mode de détermination de la résidence habituelle du défunt au sens du règlement sur les successions internationales », JCP N n° 7-8, 14 févr. 2020, 1055.

¹⁰⁵⁹ Cass. 17 mai 1983 : *Rev. crit. DIP* 1985. 246, note B. ANCEL. Pour une étude sur la fraude à la loi dans la matière des successions internationales (*v. not.* M. FARGE, « Chapitre 512 - Détermination du droit applicable », *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6^e éd., Dalloz, 2017, coll. Dalloz action).

reconnaissance de la fraude à la loi suppose la réunion de trois données : un élément matériel, intentionnel et légal. Dans le cadre d'un détournement d'un élément de rattachement, il s'agit de créer artificiellement un faux conflit mobile. En matière de statut personnel, la fraude consistera à changer de nationalité, de domicile ou de résidence habituelle pour échapper à une prohibition posée par la loi désignée par l'un de ces facteurs de rattachement.

On s'aperçoit, dans un cas comme dans l'autre, que la manifestation des limites via le mécanisme correcteur de l'exception d'ordre public international est intimement liée avec la détermination de la dernière résidence du défunt. Cette dernière résidence dont va découler la notion de la proximité, va sceller la fonction du mécanisme de défense avant même que celui-ci ne puisse s'exprimer. La proximité joue alors comme un effet de relativisme au regard de la vigueur de l'ordre public successoral interne. Il apparaît compréhensible qu'il ne puisse y avoir de réaction systématique et de même intensité en fonction de l'éloignement de la situation.

Aussi, mais surtout cette appréciation géographique amène le second point déterminant qui est la nécessaire prise en compte de l'état du droit matériel étranger.

B - L'analyse primaire du droit étranger

232. L'importance de la comparaison. Au-delà des problématiques de proximité, de fondamentalisation et d'eupéanisation, la présence d'une succession internationale implique, à tout le moins dans le mécanisme de l'exception d'ordre public international, une analyse de la loi étrangère qui aurait vocation à s'appliquer au terme de la méthode conflictuelle. Mieux qu'une analyse *in abstracto* de la loi étrangère, c'est une analyse *in concreto* que l'on va chercher et notamment essayer de déterminer si l'application de la loi étrangère au fait d'espèce atteint les valeurs fondamentales du *for*. Pour que l'ordre public successoral français, à tout le moins son pendant fondamental, ait vocation à s'appliquer via le mécanisme de l'exception d'ordre public, il faut donc que la loi étrangère et son application heurtent frontalement l'ordre juridique français. L'analyse du droit étranger et la recherche de règles similaires apparaissent alors déterminantes (1) tout comme l'existence d'équivalents fonctionnels (2).

1 - La recherche de règles similaires

233. La réserve dans tous ses États. Concentrons-nous volontairement sur le cas de la réserve héréditaire qui reste dans l'esprit collectif le porte étendard de l'ordre public successoral français. Il faut d'abord souligner que l'institution de la réserve est connue dans la majorité des pays

de tradition civiliste¹⁰⁶⁰. La réserve héréditaire n'est pas alors forcément un miroir juridique de l'institution française, car n'en a pas la même histoire, mais reprend très souvent le marqueur d'une part du patrimoine successoral réservée à une certaine catégorie d'héritiers. Dans les pays de tradition civiliste, on retrouve le principe d'une réserve héréditaire. Le droit allemand reconnaît aux enfants, aux petits-enfants mais également au conjoint survivant et aux parents, en l'absence de descendants, un droit à réserve correspondant à la moitié de leur part légale. Comme pour le droit français cette réserve ne revêt pas un caractère automatique et devra être revendiquée par l'héritier¹⁰⁶¹. C'est également le cas pour la Suisse¹⁰⁶², l'Espagne¹⁰⁶³, l'Italie¹⁰⁶⁴ ou encore le Portugal¹⁰⁶⁵. La réserve héréditaire au-delà ne pas être une spécificité française, n'est pas non plus une spécificité européenne, l'Argentine¹⁰⁶⁶, la Bolivie¹⁰⁶⁷, le Brésil¹⁰⁶⁸ ou encore la Russie¹⁰⁶⁹ connaissent le principe d'une réserve. La liste est encore longue : Danemark¹⁰⁷⁰, Estonie¹⁰⁷¹, Roumanie¹⁰⁷², *etc.* Le constat est sans appel, le principe d'une réserve héréditaire existe dans de nombreux pays¹⁰⁷³. Partant, cette omniprésence a des incidences directes sur l'expression de l'ordre public international français en ce que l'existence de réserves héréditaires, même différentes, dans les pays étrangers, contraint *de facto* le mécanisme de l'exception d'ordre public international.

S'est alors immédiatement posée la question suivante : est-ce que le principe d'une réserve héréditaire, qui n'est pas exactement la même que la réserve héréditaire française, justifierait le

¹⁰⁶⁰ J.-P. DECORPS, « La réserve héréditaire en droit comparé », *Dr. fam.* 2019, dossier 21.

¹⁰⁶¹ BGB, art. 2303. Sur ce sujet : M. REVILLARD, « Législation comparée. – Europe occidentale. Allemagne à Espagne. – Régimes matrimoniaux et successions », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, LexisNexis, 11 déc. 2017 (act. 27 Mars 2020), n° 46.

¹⁰⁶² C. civ., suisse, art. 470 et 471. La Suisse connaît également la réserve héréditaire. Son *quantum* est pour un descendant des trois quarts de son droit de succession, pour le père ou la mère de la moitié, pour le conjoint ou le partenaire enregistré survivant de la moitié.

¹⁰⁶³ C. civ. espagnol, art. 806 et s. Sur ce sujet : M. REVILLARD, « Législation comparée. – Europe occidentale. Allemagne à Espagne. – Régimes matrimoniaux et successions », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, LexisNexis, 11 déc. 2017 (act. 27 Mars 2020), n° 150.

¹⁰⁶⁴ C. civ. Italie, art. 735 et s.

¹⁰⁶⁵ C. civ., Portugal art. 2161-2 et s.

¹⁰⁶⁶ C. civ. Argentine, art. 3593, 3594 et 3595. Sur ce sujet : E. ARNOUX, « Argentine. – Droit civil – Successions et libéralités », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. 25, LexisNexis, 17 mai 2011.

¹⁰⁶⁷ M. REVILLARD, « Législation comparée. – Amérique. – Régimes matrimoniaux et successions », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 40, LexisNexis, 11 déc. 2017 (act. 27 Mars 2020), n° 71.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, n° 82.

¹⁰⁶⁹ C. civ. Russie, art. 1149. Sur le sujet : N. BOGDANOVA-PATAUD, « RUSSIE. – Droit civil. – Successions et libéralités », *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. 25, LexisNexis, 23 juill. 2010.

¹⁰⁷⁰ M. REVILLARD, « Législation comparée. – Europe », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Synthèse, LexisNexis, 3 août 2020, n° 45 : « La réserve héréditaire concerne le conjoint / partenaire enregistré et les enfants, ou leurs descendants. La réserve est de 1/4 de l'actif successoral ».

¹⁰⁷¹ M. REVILLARD, « Législation comparée. – Europe de l'est. – Régimes matrimoniaux et successions », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 20, LexisNexis, 23 févr. 2017, n° 99 : « La réserve accordée aux enfants, parents ou conjoint survivant correspond à 1/2 de leur part légale. En présence de descendants, les parents ne sont pas réservataires ».

¹⁰⁷² M. REVILLARD, « Législation comparée. – Europe de l'est. – Régimes matrimoniaux et successions », *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 20, LexisNexis, 23 févr. 2017, n° 48 : « Les héritiers réservataires sont les descendants, les père et mère et le conjoint survivant. La réserve correspond à 1/2 de leur part légale ».

¹⁰⁷³ Pour une étude sur ce sujet : « Chapitre 2 – La réserve héréditaire, un large rayonnement dans l'espace » in « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice (dir. C. PÉRÈS et P. POTENTIER), 13 déc. 2019, p. 36.

déclenchement de l'exception d'ordre public international ? Une majorité de la doctrine s'accorde pour énoncer que la présence d'une réserve, même différente, ne pourrait dès lors justifier le déclenchement du mécanisme correctif. Cette position est parfaitement soulignée par Andrea Bonomi et Patrick Wautelet : « *la réserve existe dans la plupart des droits de tradition civiliste. La plus grande diversité règne cependant quant à sa nature et quant à son régime. Dans les systèmes qui instaurent une réserve, certains ne prévoient qu'une réserve purement formelle. (...) Pas plus qu'on ne pourrait se contenter de l'existence formelle d'une « réserve » dans la loi étrangère, on ne doit écarter la loi étrangère au motif qu'elle ne conçoit pas la réserve de la même façon que le droit français* »¹⁰⁷⁴. Il faut souscrire à cette position. En refusant de porter le mécanisme réservataire aux lois d'application immédiate, il ne peut être sereinement objecter que la présence d'une réserve héréditaire différente justifierait une réaction du mécanisme correctif de l'exception. Il apparaît dès lors que cette méthodologie implique une non application des règles de l'ordre public successoral français, celui-ci n'ayant pas vocation à s'appliquer contre une loi étrangère offrant déjà une protection à un héritier.

Depuis la suppression du droit de prélèvement jugé inconstitutionnel¹⁰⁷⁵ et malgré sa résurgence¹⁰⁷⁶, la question de la réserve héréditaire reste un sujet central dans la réception internationale de l'ordre public successoral. Dans les conclusions de l'affaire *Jarre*, une partie soutenait à l'appui de ses demandes que « *la réserve a pour objet de garantir la cohésion dans la famille et le principe de l'égalité entre les héritiers. Les autres disaient que la réserve protégeait la pérennité économique et sociale de la famille, l'égalité des enfants ainsi que les volontés et les libertés individuelles des héritiers* ». Malgré une argumentation convaincante, la Cour de cassation décida qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit et ignorant la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français. Elle peut être écartée si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels¹⁰⁷⁷. Il apparaît qu'au

¹⁰⁷⁴ A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions – commentaire du règlement du 4 juillet 2012*, 2016, Bruylant, p. 366 et s.

¹⁰⁷⁵ Cons. Const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC : *JDI* 2012, p. 7, obs. S. GODECHOT-PATRIS ; *Dr. fam.* 2011, comm. 173, obs. D. BOULANGER ; *JCP N* 2011, n° 36, 1234, obs. É. FONGARO ; *Defrénois* 2011, p. 1351, obs. M. REVILLARD. Également sur le sujet : J. FOYER, « Requiem pour le droit de prélèvement successoral », in *Mélanges Raymond Le GUIDE*, LexisNexis, mars 2014, pp. 415-428 ; J.-L. van BOXSTAEL et É. FONGARO, « Successions internationales, droit de prélèvement et exception d'ordre public. À propos des arrêts Kazan et Colombier de la Cour d'appel de Paris » *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, vol. 2016, n° 2, pp. 199-215.

¹⁰⁷⁶ V. *infra*, n° 365 et s.

¹⁰⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 *Jarre* et n° 16-13.151, *Colombier* : *JCP N* 2017, act. 850 et *JCP N* 2017, p. 1305, É. FONGARO ; *JCP N* 2018, n° 27, 1239, note C. DENEUVILLE et S. GODECHOT-PATRIS ; *JDI* 2018, comm. 3, p. 113, E. BENDELAC ; *JCP G* 2017, 1236, C. NOURISSAT et M. REVILLARD ; *D.* 2017 p. 2185, J. GUILLAUMÉ ; *AJ famille* 2017, 595, A. BOICHÉ ; *ibid.*, p. 598, obs. P. LAGARDE ; *D.* 2017, p. 2310, H. FULCHIRON ; *RJPF* 2017, p. 44, note S. GODECHOT-PATRIS et S. POTENTIER ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 87, note B. ANCEL ; *Dr. fam.* 2018, étude 13, n° 5, note D. VINCENT ; *RTD civ.* 2017, p. 833, obs. L. USUNIER ; *ibid.* 2018, p. 189, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. fam.* 2017, comm. 230, obs. M. NICOD ; *Defrénois* 2017, p. 1, obs. M. GRIMALDI ; *ibid.*, p. 26, obs. M. GORÉ ; *ibid.*, p. 40, obs. C. NOURISSAT ; *Gaz. Pal.*, 28 nov. 2017, n° 41, p. 49, obs. Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; *ibid.*, p. 70, obs. G. DUMONT ; *RLDC* 2016-11, p. 30, obs. S. TORRICELLI-CHRIFI.

regard de ce qui précède la présence d'une réserve héréditaire dans la loi étrangère pourrait faire échec à l'application du mécanisme correctif au profit de l'ordre français. Nous verrons que la règle induite de ces arrêts devrait tomber en échec devant le nouveau droit de prélèvement de l'article 913 du Code civil. Il apparaît néanmoins à l'étude de ce nouveau mécanisme que sa fragilité juridique ne permet pas d'acter à un effacement des solutions des arrêts *Jarre* et *Colombier* et de leur influence¹⁰⁷⁸. Reste que certains pays, et notamment les pays de *Common Law* ne connaissent pas le principe d'une réserve.

2 - La notion d'équivalent fonctionnel

234. Une protection sans réserve. L'absence de réserve héréditaire ne signifie pas automatiquement que les héritiers tels que les descendants ou le conjoint survivant se trouvent à la totale merci de la volonté du *de cuius*. En effet, l'analyse de la loi étrangère oblige à étudier l'éventuelle présence de substitut de protection des héritiers. Dans la présentation de son rapport Cécile Pérès rappelait que : « *l'exception d'ordre public est, par nature, et plus encore peut-être dans le cadre des règlements de l'Union, 'exceptionnelle' : elle ne doit jouer que lorsque l'application de la loi en cause aboutirait, in concreto, à des résultats inadmissibles au regard des exigences de la loi française* »¹⁰⁷⁹. En matière successorale elle devrait tout particulièrement s'actionner lorsque la loi étrangère appliquée à la situation de fait « *priverait les enfants ou le conjoint de la protection 'minimale' qui leur est due selon le droit français* »¹⁰⁸⁰, c'est d'ailleurs cette position qui ressort des arrêts du 27 septembre 2017. Il ne faut donc pas s'arrêter à l'absence de réserve héréditaire mais rechercher d'éventuels substituts communément appelés par la doctrine des équivalents fonctionnels¹⁰⁸¹.

Pris dans son sens commun, on peut définir une équivalence fonctionnelle comme une approche consistant à rechercher les fonctions qu'un instrument juridique possède, et s'assurer

¹⁰⁷⁸ V. *infra*, n° 329, sur la persistance des solutions des arrêts *Jarre* et *Colombier* malgré la résurgence d'un droit de prélèvement.

¹⁰⁷⁹ C. PÉRÈS et P. POTENTIER, « Présentation du groupe de travail relatif à la réserve héréditaire », *D.* 2020, p. 328.

¹⁰⁸⁰ A. BONOMI et P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 542 et s. - H. FULCHIRON, *op. cit.*

¹⁰⁸¹ « *De surcroît, les systèmes étrangers qui ne connaissent pas la réserve consacrent parfois des équivalents fonctionnels qui ne justifient pas une mise en œuvre de l'ordre public. S'en tenir à une appréciation in abstracto irait donc à rebours du principe d'ouverture qui doit caractériser la discipline. En revanche, qu'il nous soit permis une nouvelle fois de souligner combien le raisonnement de la Cour repose sur des bases fragiles : autant on conçoit qu'une loi étrangère puisse in abstracto être contraire à l'ordre public et in concreto ne pas l'être ; autant on peine à admettre la situation inverse. On ajoutera également que la position de la Cour tend à consacrer une approche pour le moins réductrice des finalités de la réserve héréditaire. Mais il n'est sans doute plus l'heure de rouvrir le débat* », C. DENEUVILLE et S. GODECHOT-PATRIS, « Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire », *JCP N* n° 27, 6 Juill. 2018, 1239.

qu'elles soient satisfaites quel que soit le support utilisé¹⁰⁸². Il convient donc, par une analyse de droit comparé, d'analyser les ordres juridiques ne connaissant pas le droit à la réserve. Cette analyse devra permettre de déterminer si la protection offerte par les ordres juridiques étrangers permet malgré tout d'assurer une fonction similaire à la réserve qui est de protéger une certaine catégorie d'héritiers contre une totale exhérédation unilatérale du *de cuius*.

Le rapport sur la réserve héréditaire a récemment permis de rappeler que « *l'observation des droits étrangers enseigne aussi, là où la réserve héréditaire fait défaut, qu'il existe des équivalents fonctionnels* »¹⁰⁸³. Cette réflexion se porte systématiquement vers les pays de *Common Law* qui, contrairement aux pays de droit civil, ont une vision plus libérale de la transmission successorale. En effet, « *dans la culture anglo-saxonne, il n'appartient pas à l'État de s'immiscer dans les testaments. Désigner ses héritiers et fixer le sort de ses biens est un acte de liberté que le propriétaire accomplit seul ; c'est lui, et non la loi, qui est le mieux à même de déterminer ce qu'est une juste dévolution successorale entre les membres de sa famille ou à leur détriment* »¹⁰⁸⁴. Néanmoins, comme le rappelle la doctrine, pour couper court à certains fantasmes il faut rappeler que « *la liberté de disposer n'est nulle part absolue* »¹⁰⁸⁵ et l'absence de réserve ne veut pas dire absence de protection. Comme le précise Michel Farge il est nécessaire lors de l'analyse du droit étranger de s'extraire du prisme du droit français car, « *certaines législations ne connaissant pas la réserve proprement dite pourraient ne pas être jugées contraires à l'ordre public dès lors qu'elles comportent 'des équivalents fonctionnels', sous forme par exemple de pension alimentaire post mortem, c'est-à-dire des institutions qui, par des moyens différents, tendent à des fins, sinon identiques, du moins comparables à celles de la réserve* »¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸² Bordas (1970), Équivalence et Fonctionnel, in *Focus Encyclopédie internationale tome II D/K*. Également sur le sujet : V. GAUTRAIS, « Équivalence fonctionnelle », Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, Justice Canada {en ligne}, publié le mai 2012, {consulté le 17 août 2020} : <https://www.lccjti.ca/definitions/equivalence-fonctionnelle> ; Z. HONOVÁ, « L'équivalence fonctionnelle – une stratégie pour la traduction juridique ? / *The Functional Équivalence – a Strategy for Légal Translation ?* » in *Études romanes de Brno*, janv. 2016.

¹⁰⁸³ C. PÉRÈS et P. POTENTIER, *op. cit.*

¹⁰⁸⁴ C. PÉRÈS et P. POTENTIER, « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019, p. 40.

¹⁰⁸⁵ C. PÉRÈS et P. POTENTIER, « Présentation du groupe de travail relatif à la Réserve héréditaire », *D. 2020*, p. 328.

¹⁰⁸⁶ M. FARGE, « Chapitre 512 - Détermination du droit applicable », *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6^e éd., Dalloz, 2017, coll. Dalloz action.

Il faut préciser que cette analyse ne se limite pas au cas particulier de la réserve. Georges A.L. Droz exposait notamment que l'incapacité successorale des femmes pouvait être « compensée » par l'obligation faite aux successibles mâles d'assumer leur entretien¹⁰⁸⁷.

235. Les équivalents fonctionnels. Pour revenir sur le cas spécifique de la réserve, il existe de nombreuses institutions et actions permettant aux descendants ou encore au conjoint de réclamer une créance ou une part du patrimoine si le défunt a, par un acte de volonté positif, exclu un de ses héritiers de sa succession. Hugues Fulchiron en dénombreait certains dans son étude sur la réserve héréditaire à l'aune de l'ordre public : « *Au titre des 'équivalents fonctionnels' de la réserve, on trouve par exemple la possibilité de demander au juge l'octroi d'une prestation patrimoniale à la charge de la succession ou des héritiers (les family provisions anglais, par exemple), des sommes forfaitaires (en fonction ou non de la consistance de la succession) attribuées par la loi à certains proches (les family allowances de certains États des États-Unis), la pension alimentaire post mortem que certains droits prévoient au profit de telle ou telle catégorie de proches (v. le droit québécois), ou l'elective share institué par le droit de certains États aux États-Unis qui permet au conjoint survivant de recevoir une part du patrimoine du de cuius* »¹⁰⁸⁸. L'analyse du mécanisme de la *family provision* est particulièrement intéressante. À ce sujet l'analyse portée sur ce mécanisme par Rupper Reece offre une véritable vue d'ensemble¹⁰⁸⁹. L'auteur nous explique que la liberté de tester ne connaissait que peu, voire pas, d'entrave en droit anglo-saxon jusqu'à l'introduction de l'*Inheritance (Family Provision) Act* en 1938. Ce texte permettait à certaines personnes, principalement les membres de la famille nucléaire (enfants et conjoint) de saisir le tribunal pour demander en quelque sorte une réformation de son testament afin de se voir accorder une *reasonable financial provision* (provision financière raisonnable). Après plusieurs modifications, c'est la loi de 1975 qui entérine le *Provision for Family and Dependents*. Comme le précisent Hélène Peisse et Laure Sauvé : « *Le Family Provision Act 1975 vient encadrer la liberté testamentaire et il semble possible d'affirmer que si celle-ci demeure le principe de base du droit des successions, ce principe n'est valable que tant que les individus exercent cette liberté dans le sens de*

¹⁰⁸⁷ En ce sens : « Pareille thèse est stimulante car respectueuse du caractère systémique du droit étranger. On l'avait déjà trouvée sous la plume de Droz nous exposant que l'incapacité successorale des femmes était 'compensée' par l'obligation faite aux successibles mâles d'assumer leur entretien (v. supra). En matière de responsabilité parentale, le principe d'égalité des parents pourrait être éclipsé au profit de l'admission des systèmes musulmans classiques qui, fondés sur l'idée de complémentarité des rôles parentaux, dissocient les prérogatives masculines et féminines (à la mère le droit de couvrir l'enfant avec la *badana* ; au père les véritables choix éducatifs avec la *nilaya*). Poussé à l'extrême, l'effort de compréhension pourrait même conduire à défendre l'accueil de la polygamie en ce qu'elle serait « un rempart » contre la répudiation de la première épouse... Reste que cette attention à la logique d'ensemble des systèmes étrangers est aux antipodes de la logique subjective des droits fondamentaux... », M. FARGE, « L'universalité des droits de l'homme au prisme du Droit international privé des personnes et de la famille », RDLF 2017, chron. n° 29.

¹⁰⁸⁸ H. FULCHIRON, *op. cit.* Également en ce sens A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, précité, p. 368 et s. Pour une étude complète sur la manifestation d'une protection dans le cadre de la transmission successorale : G. DEBERNARDI, *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, thèse, Côte d'Azur, 31 mai 2017, p. 148 et s., n° 263 à 278.

¹⁰⁸⁹ R. REECE, « Le régime en Angleterre et Pays de Galles », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 233-240.

*l'intérêt public. La liberté du testateur comporterait en fait une 'responsabilité' implicite : la responsabilité de recourir au testament dans un sens qui est favorable à la protection de la famille »*¹⁰⁹⁰. Cette loi prévoit que si le défunt est domicilié en Angleterre ou au Pays de Galles au moment de son décès, et ce, quelle que soit la loi applicable au testament, l'époux, les enfants, ou toute personne que le défunt aurait traitée comme enfant de son vivant ou dépendant de lui, peuvent saisir le tribunal si le résultat du testament ou des règles du droit commun en l'absence de testament ne sont pas de nature à leur accorder une provision financière raisonnable¹⁰⁹¹. Le magistrat aura toute latitude pour apprécier la situation au regard des faits de l'espèce et pourra notamment prendre en compte : les ressources financières et les besoins financiers, actuels et futurs, du demandeur, l'importance du patrimoine du défunt, etc. Le tribunal dispose donc d'un pouvoir souverain d'appréciation et « *n'est aucunement obligé de respecter les souhaits de celui-ci* ». Si le tribunal statue en faveur des demandeurs, celui-ci peut ordonner que soient alloués aux demandeurs une rente, un capital forfaitaire ou encore le transfert d'un bien compris dans le patrimoine successoral du défunt. Comme le précise l'auteur, cette *family provision* a des avantages comme des inconvénients. D'un côté « *l'équilibre qui est opéré entre la liberté testamentaire et la responsabilité sociale imposée par la loi* », de l'autre « *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* »¹⁰⁹². Faisant suite à la célèbre jurisprudence *Ilott v The Blue Cross and others*¹⁰⁹³, Lady Hale rappelait le caractère, selon elle, profondément insatisfaisant et aléatoire de son propre droit, le juge ne disposant en vérité, malgré les efforts du législateur pour le guider, d'aucun critère opératoire et prévisible propre à déterminer si un enfant majeur indépendant doit ou non obtenir gain de cause et la mesure dans laquelle il doit être fait droit à sa demande¹⁰⁹⁴.

Ce mécanisme d'une créance alimentaire, relevant d'une juste provision, est le modèle repris dans les pays de *Common Law* qui l'appréhendent chacun suivant leur propre droit. Il fallait dès lors s'interroger si une action judiciaire en provision était un équivalent fonctionnel efficace à la réserve héréditaire de droit français. La question est tout à fait légitime et à notre sens pas encore tranchée en jurisprudence. À l'opposé de ces considérations, il faut rappeler que l'une des fonctions de la

¹⁰⁹⁰ H. PEISSE et L. SAUVÉ, « Les couples franco-anglais face au décès », *Defrénois* n° 47, 21 nov. 2019.

¹⁰⁹¹ « 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 », R. REECE, *op. cit.* p. 236.

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 237.

¹⁰⁹³ *Ilott c/ Mitson (Ilott c/ Blue Cross and others)* [2017] UKSC 17 ; [2017] 2 WLR 979 : *AJ fam.* 2018. p. 671, J. HOUSIER ; *op. cit.* p. 236. Également : R. REECE ; *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc : le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, n° 2.

¹⁰⁹⁴ : « Dans son avis complémentaire Dans le cas de *Ilott v The Blue Cross and others* a dressé l'histoire de l'évolution du droit et des mœurs qui l'ont influencé, avec une explication éclairée que 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 », *Ibid.* p. 239.

réserve était d'éviter la judiciarisation des successions. Comme le précise le rapport sur la réserve héréditaire, le mécanisme de la *Family provision* subit des faiblesses : « *clarté et prévisibilité, telles sont les qualités qui font aujourd'hui défaut au système des Family Provisions* »¹⁰⁹⁵. Sur ce sujet précis il rejoint l'avis de nombreux auteurs qui relèvent que plus grande est la flexibilité moins importante est la sécurité juridique.

On le rappelle, si ces mécanismes permettent d'assurer, *in concreto*, une protection équivalente du conjoint et des enfants, il n'y a aucune raison d'écarter l'application de la loi étrangère qui les institue au motif qu'elle ne connaîtrait pas la réserve « à la française ». Force est de souligner que si la finalité peut être rapprochée en ce que l'héritier lésé se voit allouer de quelque chose, tant le mécanisme que le fondement ne reprennent en rien le mécanisme héréditaire français.

Tout l'enjeu est là, au niveau de l'analyse du droit étranger. Cette analyse nécessite le contrôle de toute une série de composants. Est-ce que le droit étranger connaît une réserve ? Existe-t-il une réserve sur un autre montant ? Existe-t-il une pension alimentaire de droit ? Existe-t-il une pension alimentaire judiciaire ? Existe-t-il une possibilité juridique de contester la disposition ? Ce n'est que, si toutes ces réponses trouvent une réponse négative, qu'éventuellement l'exception d'ordre public international pourra jouer. Concernant ce contrôle, le Professeur Fongaro souligne que « *l'appréciation du caractère suffisant de la protection doit se faire au cas par cas et tenir compte d'une pluralité de facteurs* », les dispositions étrangères ne pouvant « *être écartées au nom de l'ordre public que si leur application conduit à un résultat manifestement inacceptable* »¹⁰⁹⁶.

En définitive, la présence de protection dans les différents droits matériels des pays étrangers contribue à relativiser l'exclusion de l'application des mécanismes de protection français, en ce que les héritiers protégés ne seront pas livrés à eux-mêmes en l'absence de l'application du droit français. Il ressort alors un équilibre global de la transmission entre d'un côté l'autonomie de la volonté, et de l'autre la conjonction des limites des différents États, dont les lois auraient vocation à s'appliquer dans la succession. Mais peut-on encore parler de dyarchie structurée et structurante ?

¹⁰⁹⁵ C. PÉRÈS et P. POTENTIER, « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019, p. 42.

¹⁰⁹⁶ É. FONGARO, *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE II

236. Conclusion. Caractériser l'influence de l'anticipation successorale en droit international privé apparaît en première intention chose aisée. En effet, la littérature juridique regorge d'écrits constatant l'incursion de l'anticipation successorale dans le règlement (UE) n° 650/2012. L'analyse des travaux préparatoires et des différentes études précédant l'établissement du règlement européen sur les successions ne laisse d'ailleurs aucun doute sur la volonté des constituants de promouvoir dans un contexte international la planification successorale via des considérations de prévisibilité, et une augmentation conséquente de l'autonomie de la volonté du *de cuius*. Mais cela n'est pas une analyse suffisante. Après avoir caractérisé l'avancement important des pouvoirs du *de cuius* dans l'organisation de sa succession future il était alors impérieux, comme en droit interne, de comprendre quelle conséquence cette évolution de la volonté allait avoir sur les limites et plus particulièrement sur l'équilibre de la transmission. *Quid* de l'équilibre de la transmission en droit international ? À ce niveau, la réflexion s'avère bien plus complexe que l'analyse portée sur le droit interne. En effet, l'influence de l'anticipation successorale en droit international privé sur l'équilibre de la transmission fait appel à toute une série de composantes connexes et transversales.

Premièrement, pour apprécier le poids de cette évolution il convenait de réfléchir au niveau de la notion de l'ordre public international français. Nous avons précédemment étudié que les manifestations en droit international des limites de l'ordre successoral français étaient timides tant au regard de la quasi-inexistence des lois de police que de la complexe notion de l'exception d'ordre public international. Des limites peu coercitives qui interrogent alors sur la véritable caractérisation d'un équilibre dans la transmission internationale. L'expression de ces limites se voyait notamment perturbée par des phénomènes exogènes au droit des successions et des libéralités. D'un côté, l'eupéanisation de l'ordre public international permettant d'assurer une harmonie au sein des pays européens, et concourir par la même occasion à cet idéal de prévisibilité. De l'autre, un phénomène de fondamentalisation qui se charge de concentrer ces limites aux seuls droits fondamentaux. Partant, l'acception française de l'ordre public international et notamment en droit des successions et des libéralités se voit dirigée, contrainte dans une certaine conception de la matière, fondée en majorité sur l'autonomie de la volonté.

Deuxièmement, il est nécessaire de relativiser cette réflexion dans le contexte si particulier des successions internationales. Le contrôle de l'ordre public international français permet un

développement important de la volonté. Néanmoins, il faut sortir de l'impérialisme juridique. Le mécanisme des successions françaises doit être protégé en droit français mais ne peut revêtir une opposabilité coercitive dans le monde entier. Dès lors qu'existe une internationalisation de la succession, et vis-à-vis des liens de cette même succession avec le *for*, les règles françaises auront irrémédiablement moins d'impact, moins de force coercitive. Au-delà de la proximité, la présence en droit étranger de mesures protectrices pour les héritiers est une raison supplémentaire à la non application des règles françaises d'ordre public international. Cette moindre force coercitive, le droit français a essayé d'y remédier en exhumant le droit de prélèvement compensatoire. Par ce mécanisme compensatoire le législateur français tente de rebattre les cartes dans la défense de l'ordre public successoral français. En imposant une telle règle, l'équilibre global des successions internationales semble être pris en compte, mais nous verrons, au-delà d'être extrêmement fragile, que ce mécanisme ne répond pas aux besoins de la matière.

Abstraction faite de ce mécanisme, on voit donc se dessiner un équilibre, non au sein du droit français, mais un équilibre que nous qualifierons d'équilibre international des successions. Cet équilibre se fonderait sur l'autonomie de la volonté du *de cuius* d'un côté, et des règles combinées des ordres juridiques compétents visant le contrôle de la volonté du *de cuius* de l'autre. Cet équilibre international ne fait pas apparaître un équilibre stable. Car si l'autonomie de la volonté du *de cuius* est peu ou prou constante, les règles de contrôle de la volonté peuvent changer complètement suivant les ordres juridiques qui ont vocation à intervenir. La seule constante des limites sera caractérisée par les droits fondamentaux qui s'exprimeront par l'exception d'ordre public international, s'éloignant irrémédiablement de la consistance française de l'ordre public successoral, du moins pour l'instant, car, *quid* de l'influence de ces relations sur la dyarchie interne ?

CONCLUSION DU TITRE II

237. Conclusion. L'étude de l'influence de l'anticipation juridique oblige à analyser les conséquences d'un élément sur un autre. Appliquées à la présente thèse, il s'agit d'analyser l'influence de la notion de l'anticipation successorale et ce qu'elle représente dans le droit des successions et des libéralités. Si l'étude de l'influence permet de déterminer la réaction de l'objet influencé par rapport à l'élément influençant, il est ici question d'étudier une modification endogène d'un rapport de force. En effet, c'est au sein même de la dyarchie de la transmission que se joue l'évolution. L'anticipation successorale, que ce soit dans le cadre d'une succession purement nationale ou internationale, prend une place de plus en plus importante au profit d'un véritablement mouvement de néolibéralisme successoral. En droit interne tout d'abord où le législateur français a, par des réformes successives, mis la volonté du *de cuius* au centre des considérations en lui permettant notamment avec l'assentiment des présomptifs réservataires de passer outre les règles normalement applicables à sa succession. Cette volonté reste néanmoins fortement contrôlée par les règles de l'ordre public successoral afin de préserver un certain équilibre dans la transmission projetée. L'enjeu de l'influence de l'anticipation successorale en droit interne est donc la résistance des règles de l'ordre public successoral. Si en droit interne les règles légales de contrôle de la volonté résistent pour formater un nouvel équilibre à l'aune d'une promotion de la volonté, restait à déterminer ce même paradigme dans le cadre international. Le droit des successions internationales de par ses caractéristiques propres laisse à la volonté et à l'anticipation successorale une place beaucoup plus importante notamment avec l'avènement du règlement européen n° 650/2012. La place des limites dans ces successions si particulières est contrainte, limitée, concentrée à certaines valeurs fondamentales du *for*, ne permettant pas d'affirmer la véritable existence autonome d'un ordre public successoral international. Si une tentative de contre-pouvoir est récemment apparue par l'intronisation du nouveau droit de prélèvement, force est de souligner, qu'en l'état, il n'est pas possible d'analyser sa résurgence comme un mouvement de fond pérenne. Il ne peut alors, *mutatis mutandis*, être caractérisé un équilibre de la transmission entre l'anticipation successorale internationale et l'ordre public international français. Il apparaît néanmoins à l'étude du paradigme international qu'un équilibre global se dessine.

L'influence de l'anticipation au sein de la dyarchie de la transmission amène une nouvelle structuration de celle-ci. Que ce soit en droit interne ou en droit international, la recherche d'un certain équilibre semble possible même si des améliorations sont évidemment nécessaires. Or, les

récents élans ne permettent pas de conclure à sa stabilisation et l'évolution enclenchée depuis maintenant une vingtaine d'années semble ne pas se freiner. Reste que la conséquence de la dyarchie est un équilibre, et l'influence constante d'une seule de ses composantes pourrait causer son effondrement prochain.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

238. Conclusion. D'une dyarchie structurée à une dyarchie structurante, il ressort un élément pivot qui est l'interdépendance des notions d'anticipation successorale et d'ordre public successoral. Cette interdépendance est tout particulièrement nécessaire dans le cadre de l'équilibre de la transmission. Le constat de ces développements est que cette relation de co-dépendance menant à un équilibre fondateur est en souffrance, car sujet à une problématique somme toute commune mais dans l'air du temps, l'obsolescence. L'obsolescence pour un bien, est le fait d'être déprécié, périmé pour des raisons indépendantes de son usure physique mais liées au progrès technique, à l'évolution des comportements, *etc*¹⁰⁹⁷. Il peut paraître en première lecture incongru de parler d'obsolescence d'un équilibre juridique. Néanmoins, si le droit est une science, elle reste une science humaine et sociale totalement dépendante de la société dans laquelle elle évolue. Il n'est dès lors pas possible, ou à tout le moins biaisé, d'analyser une législation en autarcie de la société. En France comme ailleurs, l'inflation législative ne permet pas d'étudier un point fixe sans envisager sa future évolution tant elle peut être imminente. C'est notamment cette pression législative qui induit une obsolescence juridique beaucoup plus importante et tout particulièrement pour les matières de droit civil où le social et le politique tiennent le juridique en l'état.

On qualifie de stable une solution qui n'a pas vocation à changer ou à disparaître, qui demeure dans un état constant. Or, comment apprécier la stabilité quand pour ne pas disparaître elle doit changer ? C'est tout le paradoxe du droit de la transmission. L'équilibre de la transmission est mouvant, la mutation était la clé d'une évolution pérenne d'un élément stable pour justement parer toute obsolescence. Fondé sur un rapport de force entre l'anticipation successorale et l'ordre public successoral, le droit de la transmission évoluait dans un cadre précis permettant tant l'expression des individualités que leur contrôle. L'équilibre inhérent est précieux car il correspond à un point optimal duquel la matière tire une certaine efficience pratique. Doper à l'extrême une notion au détriment de l'autre aurait pour conséquence directe de rompre cet équilibre et de faire tomber l'efficience du temple de la transmission.

En droit interne la dyarchie a évolué, en droit international la dyarchie fait figure de chimère. D'une étude parallèle, les successions internes et les successions internationales trouvent un équilibre qui n'est bien sûr pas le même. L'équilibre interne bien évidemment perfectible dans sa pratique résiste pour offrir une certaine cohérence à la transmission, l'équilibre international repose

¹⁰⁹⁷ Le Robert (2017). Obsolescence, in *Le Grand Robert de la langue française*.

sur une casuistique différente mais qui s'apprécie à l'aune du caractère si particulier des successions internationales.

Nous pourrions nous arrêter sur ce constat, mais cela ne révélerait pas l'élément central de la dyarchie qui est sa fonction. En effet, cette interdépendance des notions menant à un équilibre est importante car elle fonde la pratique de la matière. C'est sur ce juste équilibre fonctionnel que s'édifie la pratique de la transmission successorale. Si aujourd'hui la pratique s'accommode d'un équilibre fragile mais perfectible fondé sur une matière juridique, elle appréhende l'évolution constante du point d'équilibre nécessaire de la dyarchie.

SECONDE PARTIE

LE NÉCESSAIRE ÉQUILIBRE ENTRE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE ET L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

« Tout est alors dans un équilibre délicat entre d'une part, le souci de la loi de consoler le mourant en lui offrant une réelle liberté testamentaire, et d'autre part la nécessité de protéger les vivants contre des rigueurs excessives des 'lois testamentaires' ».

MIRABEAU¹⁰⁹⁸

239. La théorie de l'équilibre nécessaire. Il est, depuis la genèse de cette thèse, question de la transmission successorale et de son organisation par anticipation. Cette transmission est une matière autonome en droit privé français qui se structure autour de deux piliers que sont l'anticipation successorale et l'ordre public successoral. Cette dyarchie, au-delà de fonder la matière, la façonne en la structurant à travers un rapport de force reposant sur un équilibre précieux. En effet, une dyarchie structurée autour de deux pôles implique la nécessaire existence d'un équilibre entre eux, une juste proportion entre des éléments opposés, entre des forces antagonistes, assurant un état de stabilité, d'harmonie. Cet équilibre est important pour la matière de la transmission successorale en ce qu'elle lui assure une effectivité pratique. Il n'est pas ici question de défendre une position théorique et dogmatique mais de démontrer que l'équilibre instauré par la dyarchie est décisif pour la mise en pratique réelle de la matière. La stabilité et l'harmonie sont deux caractéristiques nécessaires à l'anticipation successorale en ce qu'elles lui assurent une prévisibilité inhérente à sa réflexion. Nous avons mis en avant, que l'équilibre de la dyarchie est en constante évolution notamment au regard de l'influence d'une certaine conception de la volonté anticipative sur les règles de l'ordre public successoral. Ce mouvement de néolibéralisme successoral est à certains égards tellement important qu'il emporte une modification du point d'équilibre dans la dyarchie. C'est maintenant un fait, la prédominance de la volonté a créé un nouvel équilibre dans la dyarchie, structurant une nouvelle conception de la transmission beaucoup plus libérale. Dès lors, ce nouvel équilibre développe ses conséquences tant sur la théorie que sur la pratique de la transmission.

Partant de ce postulat, il est nécessaire de s'interroger sur les conséquences de cette évolution de l'équilibre à l'aune de la pratique. Quel est le point optimal d'équilibre dans la dyarchie de la

¹⁰⁹⁸ Réflexion de Mirabeau retranscrite, in C. BAHUREL, *La volonté des morts*, *op. cit.* p. 8.

transmission ? Ce nouvel équilibre libéral dans les notions ne devrait pas être - en soi - un problème. En effet, l'équilibre entre la volonté du *de cuius* et les limites à celle-ci n'a pas toujours été parfaitement stable au cours de la construction de la matière. À cet égard, bien des auteurs estimaient, et estiment encore, que l'idée même d'une dyarchie devrait disparaître, voyant dans les limites à la volonté du *de cuius*, dans l'ordre public successoral, des règles désuètes et contre-productives. L'interrogation doit être mise en perspective : existe-t-il un problème inhérent à un équilibre libéral ou même à un déséquilibre en droit des successions et des libéralités ? Sur cette question, deux camps s'opposent. Sans dogmatisme, il est impérieux d'appréhender la problématique et ses incidences dans la théorie et dans la pratique du droit des successions et des libéralités.

La notion, mais également le régime, de l'anticipation successorale, se fondent tant sur la volonté que sur la prévisibilité et l'efficacité. Un élément de réponse tient donc dans cette double source. Pour s'essayer à démontrer les problèmes d'un équilibre qui n'en est plus un, il suffit d'apprécier les conséquences d'une surreprésentation d'une donnée contre une autre. Dès lors, *quid* d'une influence démesurée de la volonté dans le cadre d'une transmission anticipée ? Est-ce que l'omnipotence de la volonté peut être néfaste à la mise en place d'une stratégie de transmission ? Pour rechercher une réponse à ces interrogations, il faut se tourner vers la pratique de la matière. C'est notamment par l'exercice de l'anticipation et de la planification successorales que l'on s'aperçoit de l'impérieuse nécessité d'un équilibre en droit de la transmission. L'étude de la prévisibilité liée à l'anticipation successorale nous apprend que cet élément pivot doit s'accommoder d'un certain nombre de variables instables et tout particulièrement de l'éventuel conflit qui pourrait survenir du fait de la manifestation de volonté¹⁰⁹⁹. Il est établi que l'ordre public successoral est notamment fondé sur l'affection présumée du *de cuius*. Or, si par son acte de volonté positif le *de cuius* s'écarte de cette présomption d'une manière ou d'une autre, la remise en cause par l'héritier se sentant lésé sera quasiment automatique, et une planification successorale remise en cause par un héritier ayant intérêt à agir deviendra fatalement inopérante. En effet, le pouvoir d'interférence que confère le statut d'héritier, et la surprenante détermination de ces derniers quand il s'agit d'héritage, entraîneront une succession totalement sclérosée pendant plusieurs mois, voire plusieurs années. On retrouve ici une des fonctions subtiles de l'équilibre de la transmission, assurer une délicate balance entre volonté et protection, tout en permettant une efficacité certaine de la matière. En effet, l'ordre public successoral dans sa conception française, c'est-à-dire un corps de

¹⁰⁹⁹ Le conflit lié à l'anticipation successorale peut être dans un premier temps instigué par le pouvoir répressif fiscal. Cet élément ne sera pas abordé aux termes des présentes en ce qu'il n'est pas la conséquence d'une action des héritiers. Le contentieux fiscal n'est pas à l'initiative du particulier mais de l'administration fiscale qui a un pouvoir discrétionnaire de poursuite dans les hypothèses où le *de cuius* et, parfois, ses conseils, ont outrepassé les limites.

règles abstraites faisant fi de tous les possibles particularismes factuels, assure une connaissance des limites en amont. La connaissance de ce cadre coercitif permet de guider le conseil et éviter de produire des actes qui seront remis en cause au décès. Il faut affirmer que ce n'est qu'avec cette connaissance préalable de l'interdit que l'anticipation successorale peut être réellement effective. Or, la réduction constante des règles permettant de cadrer la transmission, mouvement consubstantiel d'une exaltation de la volonté, offre au *de cuius* la possibilité de s'émanciper de plus en plus de la conception familiale et égalitaire de la transmission successorale et partant est source de judiciarisation de la transmission. Il faut alors affirmer que cet équilibre est essentiel à la transmission (**Titre I**). Cependant, la réalité du néolibéralisme successoral commande une certaine évolution de la matière. S'il ne faut pas être réfractaire au changement, il faut savoir l'accompagner en proposant une évolution intelligente et conforme à une pratique pérenne de la matière. De la même manière qu'il faut réaliser un audit pour apporter les solutions les plus conformes, il est nécessaire d'auditer la matière pour en faire émerger ses faiblesses et proposer un équilibre restauré (**Titre II**).

∴

TITRE PREMIER - UN ÉQUILIBRE ESSENTIEL À LA TRANSMISSION

TITRE SECOND - PROPOSITION D'UN ÉQUILIBRE RESTAURÉ

TITRE I

UN ÉQUILIBRE ESSENTIEL À LA TRANSMISSION

« Un équilibre de valeurs, ancien certes, mais toujours essentiel à la sauvegarde d'un ordre civil qui ne soit subverti ni par l'impérialisme des libertés marchandes ni par l'exacerbation des droits individuels ».

M. GRIMALDI¹¹⁰⁰

240. Une théorie éprouvée. L'équilibre entre la volonté et ses limites est impérieux pour l'effectivité de la transmission anticipée. Pourtant, cette réflexion sur la nécessaire dyarchie fonctionnelle n'apparaît pas comme une évidence et une partie de la doctrine juridique, économique et politique en dénie par ricochet l'existence en tant que des fervents défenseurs du délitement de l'ordre public successoral.

Les arguments avancés pour la suppression des règles coercitives liées à la transmission convergent tous pour donner à la volonté du *de cuius* un caractère omnipotent. Selon ce courant de pensée, la volonté ne devrait pas être limitée par des règles coercitives qui ne correspondent plus aux mœurs et aux fondements actuels de notre société. Évolutions législatives, droit comparé, fonction économique de la transmission, l'intégralité des arguments modernes avancés pour le recul ou la suppression de l'ordre public successoral pourraient s'entendre sur le plan de la logique. Ce

¹¹⁰⁰ M. GRIMALDI, « La réserve ne relève pas de l'ordre public international », *RTD Civ.*, 31 mars 2018, n° 189.

courant de pensées n'est d'ailleurs pas nouveau et remonte plusieurs siècles en arrière, où le débat sur l'existence même d'un ordre public successoral était posé¹¹⁰¹. De nombreuses écoles ont, lors du XIX^{ème} siècle, mis à l'épreuve les fondements même de la notion de limite à la volonté du *de cuius*. Plus qu'une inadéquation avec les mœurs, la coercition de la volonté du *de cuius* était interrogée sur son existence intrinsèque face à un droit de propriété bien ancré et indétrônable. Droit naturel contre droit civil, propriété contre famille, liberté contre obligation, l'intégralité des débats qui ont eu lieu à l'époque dans les plus hautes sphères politiques et législatives de notre société ont mis en lumière un débat important qui fait encore écho aujourd'hui. Pourtant, bien que contesté, le nécessaire équilibre juridique de la transmission est constamment rappelé par une partie de la doctrine mais aussi par la pratique, la jurisprudence, et à certains égards par le législateur (**Chapitre I**).

241. D'une matière juridique à une matière judiciaire. La conséquence de ces analyses qui portent la volonté à son paroxysme démontre une instabilité dans la matière, et met également en lumière un autre problème inhérent à l'absence de prévisibilité. La théorie de l'équilibre soutient que pour être efficient et prévisible un schéma de transmission anticipée doit pouvoir s'appuyer sur un corps de règles coercitives abstraites. En effet, le droit français de la transmission, en ce qu'il s'oppose sur ce principe au droit de *Common Law*, est un droit juridique et non judiciaire. Une grande majorité des règles sont donc édictées par le législateur et non par le juge. C'est cette prévisibilité dans les limites qui permet - entre autres - une prévisibilité de l'anticipation. Or, par une évolution constante du point d'équilibre entraînant consubstantiellement une transformation importante des règles de l'ordre public successoral, mais aussi par l'internationalisation des successions, cette matière tend de plus à plus à s'éloigner d'un corps de règles unique pour être soumis à l'appréciation des juges au regard des différents particularismes factuels. Cette appréciation aurait le mérite de créer une législation sur mesure mais se heurte à un problème majeur, le contentieux. Pour arriver à une décision de justice, il faut prendre rendez-vous avec un conseil, constituer le dossier en réunissant les pièces et les documents, effectuer des mesures préalables de conciliation, préparer une assignation, saisir un huissier pour signifier le dit acte introductif, l'enrôler et attendre la première conférence du président. Au terme de cette première étape, le lien d'instance est créé et presque six à neuf mois se sont écoulés. La décision définitive pourra n'intervenir que des années plus tard. Il ne peut dès lors être sereinement objecté que le contentieux n'est pas l'ennemi numéro un de l'anticipation et de la planification successorales.

¹¹⁰¹ V. *infra*, n° 245 et s.

Il ne s'agit pas de supprimer le contentieux, mais de démontrer que l'absence de limites conduit à une augmentation significative de celui-ci, démontrant que l'équilibre de la transmission a notamment pour fonction de conserver le rôle juridique de la transmission. Il y a des contentieux salvateurs, il y a des contentieux légitimes et des contentieux justes, le problème est ailleurs. Si la matière de la transmission est une matière juridique, c'est aussi parce que le système judiciaire français ne pourrait absorber une recrudescence du contentieux liée à des successions. Le temps du contentieux, donnée pratique, est une épée de Damoclès sur l'anticipation successorale, car chacun s'accorde à dire qu'un schéma de transmission n'est effectif que si celui-ci se réalise au décès du *de cuius* et non dix ans plus tard. L'anticipation successorale, consciente de cette donnée, a développé dans sa réflexion une ingénierie certaine dans la prévention du contentieux successoral, pour réintroduire une certaine dose de prévisibilité mais, force est de souligner que ces réflexions sont souvent un pis-aller. C'est essentiellement parce que cette problématique judiciaire, même en présence d'un équilibre efficient des notions, est parfois inévitable, qu'il est nécessaire d'en améliorer le régime et l'articulation (**Chapitre II**).

Chapitre I

L'ÉQUILIBRE JURIDIQUE DE LA TRANSMISSION

242. Du passé vers l'avenir. La dyarchie de la transmission, et l'importance de l'équilibre qui en découle, est un débat ancien et peut remonter à l'Antiquité¹¹⁰². L'évolution du droit des successions et des libéralités est constante et notamment depuis peu sous l'influence de l'anticipation successorale. Mais quelle est la conséquence de cette évolution pour l'équilibre de la matière et tout particulièrement sur sa fonction ? Car au-delà d'être théoriquement intéressante, l'analyse de l'équilibre a une conséquence importante sur la pratique de l'organisation anticipée de la succession. Les récents commentaires¹¹⁰³, décisions de justice¹¹⁰⁴, thèses¹¹⁰⁵, rapports¹¹⁰⁶, commissions et projets de lois¹¹⁰⁷ tendent à faire du droit des successions et des libéralités un sujet pivot du débat français. Pris dans un engrenage qui parfois la dépasse, la matière fait l'objet d'assauts idéologiques importants qui obligent à s'interroger sur son avenir. Nous verrons tout d'abord que le principe d'un équilibre contesté n'est que le miroir contemporain de contestations anciennes (**Section 1**), pour ensuite se projeter sur les conséquences prévisibles d'un équilibre rompu (**Section 2**).

¹¹⁰² V. *supra*, n° 7.

¹¹⁰³ En ce sens : 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, p. 2185 - É. FONGARO et E. NAUDIN, « Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public successoral », *JCP N* n° 20, 17 mai 2019, 1193 - J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2015 (act. juin 2016) ; C. MASSON, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018, p. 809 - G. CERQUEIR et G. CHOISEL, « Le retour inattendu d'un fondement moral pour la réserve héréditaire », *D* 2020, p. 2302 - C. LESBATS, *La dévolution successorale*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, n° 453. En ce sens : D. BOULANGER, « La réserve héréditaire : un principe républicain ? », *JCP N* n° 51, 18 déc. 2020, act. 1039.

¹¹⁰⁴ En ce sens : Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 *Jarre* et n° 16-13.151, *Colombier* : précité - Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17.16.515 et n° 17-16.522 - CA Amiens, 6 octobre 2020, n° 17/00945.

¹¹⁰⁵ En ce sens : S. POTENTIER-RIOS, *Les frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille*, thèse, Paris-Est, 2020 - A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018.

¹¹⁰⁶ C. PÉRÈS et P. POTENTIER, « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019.

¹¹⁰⁷ Cons. min., compte rendu, 9 déc. 2020 ; AN, projet de loi n° 3649 rectifié, 9 déc. 2020.

Section 1

LE PRINCIPE D'UN ÉQUILIBRE CONTESTÉ

243. La persistance d'une hésitation. Depuis l'avènement du Code civil et de ses positions équilibrées, tout particulièrement en matière de droit des successions et des libéralités, la matière patrimoniale fait l'objet de débats sur ses fondements et sur son efficience. Le risque de la mesure est de ne pas contenter les extrêmes, et il appert qu'en matière de doctrine patrimonialiste le XIX^{ème} siècle fut une période importante pour l'équilibre de la transmission. Les différentes doctrines antagonistes avaient alors, d'ores et déjà, posé les fondements d'un équilibre fragile (§ 1), fragilités qui ressortent aujourd'hui, établissant un équilibre instable (§ 2).

§ 1 - LES FONDEMENTS FRAGILES DE L'ÉQUILIBRE

244. La plaie de l'équilibre. L'équilibre de la transmission à l'aune du Code civil de 1804 amenait la mesure, mais force est de constater que, dès ses origines, une école de pensées contestait l'existence de cet équilibre (A). Ce courant de pensées a traversé tant la doctrine que le monde politique, et a abouti notamment à une proposition remarquée visant en une suppression de la réserve héréditaire (B).

A - Les origines de la contestation

245. La construction d'une opposition. L'analyse historique de la coercition de la volonté démontre que la question de l'équilibre entre la volonté du *de cuius* dans la dévolution de son patrimoine et la protection d'une certaine catégorie de biens ou d'héritiers se trouve à la genèse de la matière. Depuis toujours, le point optimal de l'équilibre entre volonté et limite est recherché par les constituants, tout en ayant pour finalité des considérations politiques, sociales mais aussi divines¹¹⁰⁸. Par exemple, en droit des coutumes l'équilibre trouvé entre la volonté du *de cuius* et le

¹¹⁰⁸ Not. sur ce sujet : Ernest Vallier expliquait que Leibnitz trouva une origine quasi divine au droit de tester, Domat dans son traité des lois civiles divise en deux parties : Les conventions et les successions. Il affirme que l'ordre successoral est fondé sur la nécessité de continuer et de transmettre l'état de la société à la génération passée et à celle qui suit. Il envisage dans une métaphore des premiers hommes comment ceux-ci ont pensé la passation du patrimoine, et met en exergue trois types de successions. : communiste, *ab intestat* et testamentaire. Il poursuit : « toutes les successions reposent sur l'ordre naturel qui n'est que la manifestation de la volonté divine, il est naturel que les enfants succèdent à leurs parents car si ceux-ci leur ont donné la vie, ils doivent aussi leur donner leurs biens qui sont l'accessoire de la vie » in E. VALLIER *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902.

principe de copropriété familiale et de conservation des biens dans la famille correspondait à une volonté inhérente d'offrir une certaine stabilité aux fiefs¹¹⁰⁹.

L'avènement du Code civil rompt en grande partie avec les controverses sur l'origine de la succession entre droit naturel et droit civil. La doctrine de Montesquieu¹¹¹⁰ supplante la position de Pufendorf¹¹¹¹ et Domat¹¹¹², alors fervents défenseurs de l'origine naturelle de l'hérédité¹¹¹³. Avec la révolution et le Code civil, le droit des successions devient un droit civil entièrement régi « *par la loi politique et civile* »¹¹¹⁴. Cette consécration n'était pas sans incidence sur la matière en ce qu'elle devenait alors à la totale merci du politique qui pouvait la façonner pour que celle-ci ne « *contrarie pas les autres institutions sociales* »¹¹¹⁵. La primauté de la dévolution égalitaire axée sur la famille et la volonté présumée est venue se concilier avec une part de liberté laissée au *de cuius* dans la possibilité de disposer de son patrimoine. L'on pouvait disposer de son patrimoine par un acte de volonté, mais sa dévolution était très contrôlée à une finalité d'égalité entre les enfants¹¹¹⁶. L'équilibre entre la volonté et les limites instaurées par le Code civil irrigue encore aujourd'hui notre droit successoral et sa pratique. Néanmoins, l'état de la dyarchie instaurée en 1804 n'a pas fait l'unanimité loin s'en faut. Le XIX^{ème} siècle a mis à l'épreuve l'architecture du droit successoral dans son essence même voulant jusqu'à même rompre totalement avec le principe d'un équilibre entre volonté et limite.

246. La doctrine Leplaysienne. La Révolution française marque une certaine rupture dans le droit des successions. Cette parenthèse révolutionnaire a permis de faire émerger de véritables discussions de fond et tout particulièrement sur le point d'équilibre entre la volonté et les limites¹¹¹⁷. Dans son étude entre succession légale et succession testamentaire, Christophe Lesbats rappelait les débats qui portaient notamment sur la liberté de tester soulignant que « *Rousseau considérait que la propriété meurt avec l'homme, de sorte qu'elle ne peut plus dépendre de la volonté du défunt* »¹¹¹⁸. Quand « *Tronchet,*

¹¹⁰⁹ V. *supra*, n° 14.

¹¹¹⁰ Dans son œuvre l'esprit des lois (Esprit des lois, Genève, 1748, Liv. XXVI, chap. xv : « *comme les hommes ont renoncé à leur indépendance naturelle pour vivre sous les lois politiques, ils ont renoncé à la communauté naturelle des biens pour vivre sous des lois civiles* »), l'auteur admet, comme ses contemporains, l'hypothèse d'une communauté primitive des biens à laquelle les hommes ont dû renoncer pour vivre en société. Pour lui la propriété vient des lois civiles et donc les successions aussi, ce n'est donc pas un droit naturel mais un droit politique et civil, in E. VALLIER, *op. cit.* p. 167.

¹¹¹¹ En ce sens : « *Pour autant, Pufendorf ne condamne pas l'institution du testamentaire dont il reconnaît l'utilité individuelle et sociale. Simplement n'étant pas de droit naturel le testament peut être strictement encadré* », C. BAHUREL, *Les volontés des morts – Vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, thèse, Paris II, 2014, p. 114 :

¹¹¹² E. VALLIER, *op. cit.*

¹¹¹³ En ce sens : C. LESBAT, *La dévolution successorale*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, p. 33 : « § 2 - Héritage privé ou héritage public ? ».

¹¹¹⁴ E. VALLIER, *op. cit.*

¹¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹¹⁶ En ce sens : « *Au fond, les dispositions du Code Napoléon constituent une transaction entre la liberté du défunt et l'égalité des héritiers* », N. LAURENT-BONNE, « *Notations historiques sur l'avenir de la réserve héréditaire* », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 155-164

¹¹¹⁷ V. *supra*, n° 97.

¹¹¹⁸ C. LESBAT, *op. cit.*, p. 36 : « § 4 Succession légale ou testamentaire ? ».

Robespierre, Mirabeau s'opposent ainsi à la liberté de tester c'est à leurs yeux favoriser le despotisme paternel et contribuer au maintien de l'aristocratie »¹¹¹⁹. À l'opposé des considérations de Robespierre et de Mirabeau se trouvait un courant nouveau et principalement économiste porté par Frédéric Le Play. Frédéric Le Play, sociologue français, était considéré comme l'un des fondateurs de la sociologie par l'enquête. Il est notamment l'auteur d'études monographiques sur les budgets familiaux. Privilégiant le rôle de la famille dans la société, il considère que le but de la vie économique doit être la paix sociale¹¹²⁰. Il s'intéresse à la question de l'héritage qu'il juge centrale dans la construction économique d'un pays, et fonde son acception de la matière en grande partie sous le prisme économique-social, chose assez rare à l'époque.

Fervent défenseur de l'autorité paternelle qu'il figure comme « une pseudo » monarchie absolue - revenant dans une conception presque primaire romaine du *pater familias* - il voit dans la dyarchie instaurée par le Code civil une législation menant à un morcellement des terres, des exploitations et à une diminution de la natalité¹¹²¹. Il rejoint en ce sens la doctrine de Balzac qui voit dans le droit des successions post-révolutionnaire, « *un pilon dont le jeu perpétuel émiette le territoire et individualise les fortunes, alors autant une stabilité nécessaire qui décomposant sans jamais recomposer finira par tuer la France* »¹¹²². Pour Le Play la clé d'une autorité paternelle forte est intimement liée à la promotion de la liberté testamentaire, voyant dans la volonté une vertu essentielle de la famille. Charles Bahurel dans sa thèse de doctorat retrace parfaitement la réflexion de Le Play et le lien indéfectible qu'il tisse entre famille, volonté et limite¹¹²³. L'auteur met en exergue la pensée de Le Play au travers d'un cas parlant : le corporatisme. Les principes des corporations engendraient auprès du fils une coercition vis-à-vis du père qui devait l'adouber afin qu'il puisse débiter dans le monde du travail. Selon Le Play, avec la fin du corporatisme, le fils devenait libre de ce lien de dépendance pour se réaliser ; dans l'esprit de l'économiste, il n'avait donc plus intérêt à rechercher le respect du père. Cette vision assez pessimiste de l'amour paternel se doublait selon sa doctrine d'une seconde problématique : l'égalité du partage¹¹²⁴.

¹¹¹⁹ C. LESBAT, *ibid.*

¹¹²⁰ Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, Le Play (dir. C.-L. ECHAUDÉMAISON), Nathan 2010.

¹¹²¹ Pour l'économiste, le principe d'une réserve héréditaire, réservant une fraction *in abstracto* du patrimoine successoral aux présomptifs héritiers, amenait deux conséquences : elle pervertit la jeunesse et a un effet pervers sur la natalité. En ce sens : E. VALLIER, *op. cit.* - F. AUDREN, « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire. Aux origines de l'analyse économique du droit », *Revue Histoire du XIX^{ème} siècle*, 2014 – P. STEINER, « L'héritage au XIX^{ème} siècle en France. Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Presse de Science Po --Revue économique* vol. 59, 2008, pp. 75-97.

¹¹²² H. De BALZAC, *Le curé de village*, Edition Lumens, 1841.

¹¹²³ C. BAHUREL, *op. cit.* pp. 107 et s.

¹¹²⁴ « *En effet, selon l'auteur, avec une liberté testamentaire illimitée le fils vertueux n'est plus partagé entre son dévouement filial et son propre intérêt : s'il s'associe à son père, il peut espérer recueillir toute l'entreprise paternelle quand son fils vicieux comprendra que l'insolence n'est pas une bonne chose* », *op. cit.*, p. 108.

On comprend donc que pour Le Play, la clé de voûte de l'autorité parentale est une liberté testamentaire débridée. Mais, outre la question de l'autorité paternelle qui peut apparaître aujourd'hui comme un fondement un peu désuet, la critique apportée au principe d'une égalité stricte fait ressortir une certaine idéologie au regard du principe même d'un équilibre dans la transmission. À l'instar d'Alexis de Tocqueville¹¹²⁵, Frédéric Le Play soutient que le partage égalitaire crée une distorsion entre l'aspect familial et l'aspect économique des successions. Par la critique de l'égalité successorale, ces auteurs tentent de démontrer que l'équilibre de la transmission devient contre-productif en présence d'une coercition trop puissante de la volonté.

Du constat de Le Play ressort un mouvement très important, le mouvement de la liberté testamentaire. Dans son éminente étude, Frédéric Audren précise qu'il est impératif de dissocier la liberté testamentaire de la liberté de tester. Selon la plume d'Audren l'expression de liberté testamentaire est étrangère au vocabulaire juridique mais finit par devenir un lieu commun qui *« coalise des pratiques divergentes et offre des capacités d'action politique commune pour de nombreux acteurs préoccupés par des questions de société. »*. La liberté testamentaire *« traduit, plus exactement, une manière inédite de penser la transmission des patrimoines, un déplacement significatif dans la façon de concevoir les fonctions sociales des règles juridiques. (...) la liberté testamentaire se situe à un tout autre niveau, celui des performances économiques, morales et sociales des lois de successions en vigueur »*¹¹²⁶. La doctrine de la liberté testamentaire s'inspire des sciences sociales et se préoccupe de *« l'adéquation des mécanismes juridiques en vigueur aux impératifs de la prospérité économique et de la moralité des nations »*¹¹²⁷. Avec sa doctrine, Le Play extrait la loi successorale de la pure théorie juridique pour amener le sujet sur le terrain de l'économie politique. Il en fait, à certains égards, un combat contre le discours juridique en opposant science du droit et science économique. La doctrine de la liberté testamentaire conteste *« l'interventionnisme croissant de l'état »* qu'il juge mortifère et conteste les dispositions du Code civil. Frédéric Le Play fait du pouvoir de transmettre sans entrave ses biens et, pour le propriétaire, de régler lui-même le mode de transmission, la condition des progrès de la richesse et de la moralité de la famille. Sa pensée s'ancre dans un mouvement de libéralisme et de dynamique de libre-échange qui fait nécessairement écho à nos précédents développements.

L'économiste qu'est Le Play contribue à la pénétration de l'économie dans le droit, et met en perspective l'attractivité des nations au regard de leur législation successorale. Il fait volontairement un parallèle entre les systèmes américano-britannique et français pour prouver leur supériorité.

¹¹²⁵ Selon A. de TOCQUEVILLE *« l'esprit de famille est l'association étroite entre un lignage et un patrimoine foncier, de telle manière que les deux choses finissent par paraître indissociables. Cet esprit de famille ne peut résister au partage égal : n'ayant plus la stabilité matérielle que les lois de succession de type aristocratique lui donnaient, l'esprit de famille perd de sa force symbolique - il n'est plus un moyen allant de soi de conservation du lignage – et ne peut contenir l'intérêt économique »*, in P. STEINER, *op. cit.*, p. 80.

¹¹²⁶ F. AUDREN, *op. cit.*, p. 50.

¹¹²⁷ *Ibid.*

Comme le précise Audren, « *la question du droit successoral ne fut, en définitive, bien souvent qu'un moyen de débattre sur les vertus d'exemples étrangers et a permis de soulever bien des doutes au sujet d'une transplantation exogène* »¹¹²⁸. L'école Leplaysienne lie la liberté testamentaire et l'économie, et est notamment très critique à l'encontre des règles du Code civil qu'elle juge « *contribuer au morcellement des sols et à la division de la propriété, à freiner la natalité, à affaiblir le sentiment religieux ou encore à réduire l'autorité des pères* »¹¹²⁹. L'école Leplaysienne a notamment été à l'initiative d'une enquête très importante sur l'influence de l'équilibre de la transmission. L'enquête sur l'état des familles et l'application des lois de succession dirigé par Claudio Jannet avait pour finalité d'analyse « *les conséquences pratiques des régimes de transmissions en usage dans chaque contrée de la France* ». Les résultats de cette consultation du peuple étaient assez parlants et trouvaient la finalité recherchée pour Le Play de soutenir sa thèse. Comme le précise Audren, « *aussi distordue soit-elle - son caractère idéologique n'est plus à démontrer - cette entreprise offre un effort inédit pour mettre en lumière l'écart qui sépare les dispositions générales de la loi de la rationalité de certaines pratiques sociales, parfois anciennes, qui visent, contre ou grâce à la loi elle-même, à préserver les intérêts du groupe familial* »¹¹³⁰. Malgré son caractère évidemment orienté, il faut reconnaître à Le Play d'avoir remis l'église au milieu du village, car après tout, qui sont mieux placés que les citoyens pour jauger l'efficacité de règles auxquelles ils sont quotidiennement soumis ? Si comparaison n'est pas raison, on se rend compte à l'étude de cette pensée qu'elle posait déjà, il y a plus de cent cinquante ans, les axes actuels de l'évolution de la législation successorale. La doctrine de Le Play appelait à une réforme de l'équilibre de la transmission issue du Code civil notamment à l'aune d'une vision économique de la matière. Le Play n'a jamais été partisan d'une disparition totale de l'idée d'héritage sacrifié sur l'autel de la liberté testamentaire. Sa doctrine, allant jusqu'à parler d'école leplaysienne, a inspiré de nombreux auteurs et notamment De Veauce qui porta devant l'assemblée une proposition remarquée en 1865.

B - Une proposition remarquée

247. La proposition de M. De Veauce. Nicolas Laurent-Bonne rapporte qu'à compter des années 1860, un élan contestataire s'élève contre la réserve héréditaire¹¹³¹. Période pourtant charnière pour la notion qui se voyait portée par un courant jurisprudentiel important à travers

¹¹²⁸ F. AUDREN, *op. cit.*, p. 55.

¹¹²⁹ *Ibid.*, p. 56.

¹¹³⁰ *Ibid.*, p. 57.

¹¹³¹ En ce sens : N. LAURENT-BONNE, « L'avenir de la réserve héréditaire est-elle dans son histoire ? », *RTD Civ.* 2021 p. 55. Mais également du même auteur : « Notations historiques sur l'avenir de la réserve héréditaire », in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 155-164.

notamment les arrêts *Lavial*¹¹³² et *Dufeu*¹¹³³. C'est dans cette période, et à l'occasion d'une séance du 5 avril 1865, que De Veauce faisait une proposition qui pourrait aujourd'hui apparaître à la fois comme une hérésie mais ferait tomber en admiration certains : la suppression de la réserve héréditaire. Il affirmait de façon péremptoire que « *le Code civil ne doit pas rester immuable, il faut que, dans l'intérêt général, il suive le progrès du commerce et de l'industrie* »¹¹³⁴. Il faut préciser que de Veauce est baigné dans la doctrine de Le Play et des autres penseurs de l'époque¹¹³⁵. Dès 1864, il appelle à une réforme de la loi successorale. Avec le soutien de 56 autres parlementaires il utilise sa tribune pour cette proposition. L'idéologie derrière cette action législative est très explicite et dans la ligne droite de la doctrine leplaysienne. Comme l'indique Steiner : « *la dimension politique des discours de De Veauce est explicite. Il enrôle l'adresse au corps législatif de l'Empereur pour placer son amendement sous le signe de l'ouverture libérale du régime ; il est attentif à respecter le sentiment égalitaire issu de la Révolution française qu'il se garde alors d'attaquer de front, et se déclare opposé aux majorats, droit d'aînesse et substitutions* »¹¹³⁶. Sa proposition est notamment appuyée, comme l'avait fait Le Play, sur une étude de droit comparé, qui avait pour finalité de juger de la prospérité économique des nations à l'aune de leur idéologie successorale. Il est naturellement, encore une fois, fait une comparaison entre les systèmes de *Common Law* et le système français¹¹³⁷. Le parlementaire avance avec sa proposition un constat similaire à celui de Le Play : le Code Napoléonien est perfectible. Il souhaite, sur la base d'une vision unilatérale du droit de propriété, débrider la volonté testamentaire. Cette solution est pour lui « *conforme aux principes de la liberté, avec lesquels les règles sur la réserve légale sont en contradiction. Elle est avantageuse à la société elle-même : en effet, l'abolition de l'égalité des partages amènera la reconstitution des grandes propriétés nécessaires au développement de l'agriculture. Enfin cette réforme permettra au père de distribuer à son gré, et sans frais, un patrimoine que les frais énormes, causés par la nécessité de l'égalité des partages, viennent actuellement dévorer* »¹¹³⁸. Cette position entraîna une véritable levée de bouclier de Beau Verger qui rétorquera

¹¹³² « Dans l'arrêt *Lavialle*, 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 précipitaire 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 », N. LAURENT-BONNE, *op. cit.*

¹¹³³ « 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') », *Ibid.*

¹¹³⁴ Séance du mercredi 5 avril 1865 V, le moniteur du 6 avril.

¹¹³⁵ Le Baron de Veauce, *La liberté de tester. Discours prononcé par M. le baron de Veauce dans la discussion à l'Adresse. Séance du 20 janvier 1864*, Paris, E. Dentu, 1864.

¹¹³⁶ P. STEINER, *op. cit.*, p. 80.

¹¹³⁷ Il appuie son propos d'une analyse de droit comparé avec le cas de l'Angleterre et des États-Unis, faisant un parallèle entre liberté de tester et prospérité économique. Il insiste longuement – et tout à fait unilatéralement – sur les nations qui laissent une partie disponible généreuse à la discrétion des pères, ou qui accordent l'entière liberté de tester comme c'est le cas aux États-Unis. Il conclut ce tour d'horizon en liant les lois de succession à la croissance de la richesse : l'Angleterre et les États-Unis concentrent la richesse sur une tête et les entrepreneurs peuvent transmettre les entreprises de génération en génération, tandis que la France ruine les efforts à chaque génération.

¹¹³⁸ E. PILASTRE, « De l'abrogation de la réserve légale des enfants », *Revue pratique de droit français*, 1865, p. 439.

que de Veauce « *appelait cela la liberté de tester* » quand lui qualifierait cette liberté unilatérale comme un « *droit d'exhérédation* »¹¹³⁹ ; le député Gueroult souligna que la limitation de la liberté de tester faite au nom de l'égalité viserait le renouvellement des élites¹¹⁴⁰ ; le député Marie, ironisa sur le tableau d'une France en déclin tracé par de Veauce¹¹⁴¹, et faisait valoir que l'équilibre de la loi successorale qui permet de transmettre un fort capital grâce à l'usage de la partie disponible, est la valeur politique du partage égalitaire qui diffuse la propriété dans le corps social¹¹⁴². Steiner raconte que c'est Felix Esquiroux de Parieu, au nom du gouvernement, qui s'opposa à la proposition, en faisant valoir que l'entière liberté de tester risquait de placer la volonté du propriétaire en opposition directe avec les intérêts de la famille¹¹⁴³ et appela à voter contre. L'amendement fut rejeté par la majorité des députés.

248. Des arguments plus ou moins porteurs. Tant la doctrine leplaysienne que la proposition avancée par De Veauce ne reposaient que peu sur une véritable réflexion juridique et sur les incidences d'une telle suppression sur l'équilibre de la transmission. Les arguments avancés pouvaient à certains égards relever plus du dogmatisme que du bon sens. Le seul argument développé et qui méritait à notre sens une véritable discussion portait sur le droit de propriété. La réflexion proposée sur l'absolutisme du droit de propriété peut à certains égards s'entendre. Nous avons vu, notamment à l'aune des droits fondamentaux, qu'il n'existerait pas de droit à hériter à proprement parler¹¹⁴⁴. Cette chimère chassée par la doctrine depuis de nombreuses décennies ne semble *in fine* jamais se matérialiser. Car en définitive quel serait ce droit ? Un droit pour une certaine catégorie d'héritiers, notamment les enfants, de recevoir une fraction du patrimoine de leurs ascendants ? Ce ne serait dès lors pas tant un droit à hériter qu'il faudrait rechercher mais un droit pour une certaine catégorie d'héritiers de récupérer une part d'héritage réservée. Mais comment devrait-on qualifier un tel droit : une créance ? une sureté ? une copropriété ? une charge ? Quel fondement aurait-il ? Malgré d'éminentes études doctrinales¹¹⁴⁵, et des abus de langage¹¹⁴⁶, il n'est pas fait mention de l'existence concrète d'un tel droit. Le Play avait tenté de déceler un tel droit non pas dans le droit civil, mais dans l'aspect économique des successions avec

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ *Moniteur universel*, 6 avril 1865, p. 393, col. 1. Sur ce sujet : P. STEINER, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁴¹ *ibid.*, p. 393, col. 6. Sur ce sujet : P. STEINER, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁴² *ibid.*, p. 394, col. 1. Sur ce sujet : P. STEINER, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁴³ *ibid.*, p. 394, col. 2-3. Sur ce sujet : P. STEINER, *op. cit.*, p. 80.

¹¹⁴⁴ V. *supra*, n° 227.

¹¹⁴⁵ Not sur l'étude d'une telle notion : C.-M. PEGLION-ZIKA, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD civ.*, 2018 - P. STEINER, *op. cit.* - J.-L. HALPÉRIN, « L'ordre des familles », in *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2012, Cairn info, pp. 77-114.

¹¹⁴⁶ Tout particulièrement dans la lettre de mission de la ministre Nicole BELLOUBET à destination de(s) Cécile PÉRÈS et Philippe POTENTIER : « *Situé à la croisée du droit d'hériter et du droit de disposer* », donc selon la ministre de la justice *il a existé un droit à hériter* ».

le rattachement au principe de partage égalitaire. Pour lui, l'exhérédation n'étant pas possible, le droit des enfants à l'héritage était présent. Cette définition par la négative s'entend mais ne suffit pas à l'affaire. Sur ce sujet du droit à l'héritage, Michel Grimaldi soulignait la dérive de la doctrine de rechercher un tel droit : « *la dérive que l'on croit discerner est le progrès de cette idée, inexprimée et rampante, qu'il existerait un droit à hériter* »¹¹⁴⁷. De l'école jusnaturaliste en passant par l'école civiliste, la question du droit à hériter n'a jamais véritablement fait mouche. Cette absence de caractérisation concrète donnait *de facto* du grain à moudre à la doctrine leplaysienne, voyant dans l'absolutisme du droit de propriété un droit sans contre-pouvoir, justifiant d'autant plus la suppression des réserves successorales. Néanmoins, cette réflexion fondée sur un droit de propriété absolu est une reprise tronquée de la définition française de ce droit, qui, malgré tout absolu, pourrait être bornée par l'utilité sociale. Ce point était notamment rappelé dans une décision récente du Conseil constitutionnel¹¹⁴⁸ qui admettait que le motif d'intérêt général ne porte pas une atteinte disproportionnée aux conditions d'exercice du droit de propriété, et que celui-ci n'est autre que le respect de l'égalité entre les héritiers présomptifs. Dès lors, la limitation du droit de propriété se trouverait justifiée au regard de la réserve légale par l'intérêt général que la société ordonne au regard d'un certain contrat social et moral entre les ascendants et les descendants. Cette vision dogmatique et *in fine* volontairement peu juridique de la proposition avancée par De Veauce est regrettable, car les opposants se sont directement empressés de balayer d'un revers de main l'interrogation, qui au-delà des postures, était légitime. Les ramifications de la doctrine leplaysienne sont encore aujourd'hui au cœur de toutes les études successorales et figurent dans la majorité des manuels.

À l'aune de notre étude se pose légitimement la question de savoir : pourquoi reprendre une telle pensée, qui pourtant est à l'opposé de la théorie de l'équilibre. La réponse se trouve dans les ponts qu'a permis de créer cette doctrine entre le droit de la transmission hors du cercle purement juridico-théorique. Le Play et ses disciples ont démontré l'influence très importante de l'économie dans le droit des successions. D'une matière juridique, le droit de la transmission se retrouvait à la croisée des chemins de l'économie, du politique et du social. Malgré le poids très important de l'économie, il ne peut être fait une analyse de l'équilibre de la transmission sous ces seuls prismes sous peine d'arriver à une vision de marché, vision empruntée à certains égards par le droit international au mouvement du néolibéralisme successoral.

¹¹⁴⁷ M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D. 2006*, p. 2551.

¹¹⁴⁸ CC, n° 2013-337 QPC du 1er août 2013, M. DIDIER, [Présomption irréfragable de gratuité de certaines aliénations]. Consd. 9 : « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions contestées sont justifiées par un motif d'intérêt général et ne portent pas une atteinte disproportionnée aux conditions d'exercice du droit de propriété et à la liberté contractuelle ; que, par suite, les griefs tirés de ce que ces dispositions seraient contraires aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 doivent être écartés* ».

§ 2 - UN ÉQUILIBRE INSTABLE

249. Un sujet sans cesse renouvelé. La pensée leplaysienne n'a pas été la seule à combattre l'ordre successoral établi par la loi civile. Force est de souligner que le sujet du droit des successions, au regard de son caractère éminemment sensible, revient toujours sur le devant de la scène. Depuis quelques années, le droit des successions et des libéralités fait face à de profondes mutations notamment sous l'impulsion de l'anticipation successorale. Au-delà de ce mouvement de fond, la dyarchie structurée fait face à un débat persistant **(A)** menant à des conséquences importantes **(B)**.

A - La persistance d'un débat

250. Une finalité occultée. L'équilibre de la transmission est souvent contesté dans son existence intrinsèque mais n'est que peu interrogé sur son rôle. Nombreux sont les auteurs et les politiques à avoir une vision de la matière, tantôt libérale, tantôt protectrice. Mais au-delà des idées et des dogmes, il n'est fait que peu de développements sur le pourquoi d'un tel équilibre. Cette absence de vision théorique et pratique de la matière est d'autant plus regrettable que les débats sur l'avenir du droit des successions sont fournis. Observant un renouveau de la doctrine leplaysienne, on constate que les griefs originaires attachés à la dyarchie refont surface dans un contexte où elle ne rencontre plus les rejets d'antan.

L'ordre public successoral, et tout particulièrement la réserve héréditaire, est aujourd'hui contesté comme étant confiscatoire, inutile ou à tout le moins loin des mœurs actuelles. Ce débat est accentué par la montée d'un libéralisme systémique. Comme nous l'avons vu, la promotion de l'anticipation successorale tant concertée qu'unilatérale, est venue modifier le périmètre de l'ordre public successoral et de la transmission en général. L'influence du droit international privé ajoute un poids sur la législation nationale. Les débats de 1865 resurgissent mais avec deux données supplémentaires. Là où De Veauce se voyait opposer une fin de non-recevoir, le courant visant à une modification profonde de l'équilibre de la transmission jouit de soutiens dans le néolibéralisme successoral et l'influence internationale des transmissions. Ignorant et/ou réfutant le rôle de l'équilibre dans la transmission, paradoxalement pour demander une plus grande liberté de transmettre, on assiste ici à des revendications dépourvues de sens, qui ne voient pas l'importance de l'équilibre dans le droit de la transmission successorale française et qui pourtant font écho dans les plus hautes sphères.

251. Des contestations modernes. Les assauts se tournent principalement vers la réserve héréditaire, car si elle n'est qu'une composante de la notion cadre de l'ordre public successoral, elle apparaît dans l'opinion publique, politique, journalistique et même juridique comme la figure de proue des limites en droit des successions et des libéralités.

Déjà en 2006, l'équilibre de la transmission était contesté via l'institution de la réserve. Henri de Richemont rappelait que « *la réserve héréditaire est une institution ancienne, ignorée dans de nombreux pays et souvent contestée, pour des motifs d'ailleurs contradictoires. D'aucuns dénoncent les restrictions qu'elle apporte à la liberté de disposer de ses biens. D'autres mettent en exergue la facilité avec laquelle elle peut être contournée, notamment par le recours à l'assurance-vie* »¹¹⁴⁹. Malgré ces contestations, le législateur avait fait le choix de maintenir la réserve héréditaire en rappelant ses différentes finalités : protection de la famille, conservation des biens, devoir d'assistance posthume, protection de la liberté individuelle, rempart contre l'exhérédation, garant d'une certaine égalité¹¹⁵⁰. Si l'on occulte l'argumentation fallacieuse de la réserve héréditaire comme relevant d'une exception culturelle française¹¹⁵¹, il faut entendre l'argument du contournement. Nous avons, en effet, démontré que l'influence de la volonté et de l'anticipation successorales avait, à certains égards, modifié dans un sens libéral l'équilibre de la transmission. Certains mécanismes permettent en sus de s'affranchir des règles normalement applicables à la transmission et cela sans l'accord des présomptifs réservataires. La pratique du droit des régimes matrimoniaux, le droit des biens, les droits des assurances, le droit des contrats permettent d'occulter les règles de l'ordre public successoral qui n'ont pas les armes pour contrer efficacement les manifestations de volonté. Partant, il existe incontestablement des incohérences dans le droit de la transmission, l'assurance-vie en étant l'un des exemples les plus symptomatiques¹¹⁵². Si ces incohérences n'emportaient pas de graves dangers pour la matière, l'avènement de nouvelles données tant juridiques que factuelles a changé la donne.

252. Les nouvelles données qui relancent le débat. Les débats portant sur l'équilibre de la dyarchie successorale perdurent et ont toujours irrigué la littérature de la matière. Sortie des caricatures, une partie de la doctrine juridique n'a jamais cessé de s'interroger sur l'équilibre de la dyarchie en droit des successions et des libéralités. L'évolution récente du droit, notamment sous l'impulsion de l'anticipation successorale, mais également au regard de la vie du pays, a relancé un

¹¹⁴⁹ H. De RICHEMONT, « La réforme des successions et des libéralités », *Rapport n° 343*, Doc. Sénat, session ord. 2005-2006, p. 33.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ V. *supra*, n° 233.

¹¹⁵² Not. en ce sens : R. LEMAITRE, « Succession et assurance-vie : un vide législatif permettant une atteinte à la réserve héréditaire ? », *Gaz. Pal.*, 6 oct. 2020, n° 34, p. 57.

vif débat ces dernières années sur l'équilibre de la transmission. Les lois de 2001 et de 2006 avaient laissé un droit des successions et des libéralités neuf. Neuf dans ses possibilités, et neuf dans sa pratique qui devait, comme celle du Code civil en 1804 mûrir, avec le temps. Depuis quelques années, certaines données ont marqué la matière. On pense notamment au mouvement du *Giving pledge*, à la fin du droit de prélèvement et sa résurgence, aux arrêts *Jarre* et *Colombier*, l'affaire *Johnny Halliday*, ou encore à la crise sanitaire de la Covid-19. Chacun de ces éléments, à différents niveaux, bien entendu, ont eu un impact sur la doctrine juridique, l'opinion publique et les pouvoirs politiques.

Il faut néanmoins soulever, avant tout développement, qu'il est rare de trouver dans ces débats la problématique de la pratique de la transmission successorale. Il est patent de constater que le sempiternel débat entre volonté et limites ne ressurgit quasiment jamais sur les conséquences pratiques de l'anticipation successorale, ce que nous déplorons fortement. Car, argumenter sur moins d'entraves à la liberté de tester ou sur une plus grande protection, c'est inévitablement poser les bornes de la pratique de la planification successorale. Il apparaît donc nécessaire d'évoquer les éléments marquant le débat entre volonté et limites, mais également d'appréhender ces éléments à l'aune du sujet qui nous intéresse, la pratique de l'anticipation successorale.

253. Limite et prospérité. En droit des successions et des libéralités, les considérations économiques ressurgissent depuis les années 2000 et tentent de faire évoluer la loi dans un sens encore plus libéral que sous l'impulsion du néolibéralisme successoral. Les premières analyses économiques du droit des successions faites par Le Play et ses disciples dans les années 1860, ont trait au lien maintenant de plus en plus inextricable entre le système des lois et la performance économique. Audren soulignait très justement que « *la question de la pénétration de l'économie dans le droit n'est certes pas une nouveauté (...) l'attractivité économique du droit devient une dimension essentielle de la compréhension du marché et des systèmes sociaux, alimentant les débats passionnés sur la supériorité de l'Angleterre sur la France* »¹¹⁵³. Cette doctrine était prompte à comparer la prospérité économique de l'Angleterre contre l'apparent déclin français, et à considérer l'absence de coercition à la transmission comme étant la raison de cette même prospérité.

Aujourd'hui la vision économique du droit est intégrée dans la matrice de réflexion du législateur. Le droit des successions et des libéralités n'échappe pas à la règle et subit, lui aussi, une analyse concurrentielle. Est ainsi distillée l'idée que la coercition de la volonté du *de cuius* serait une raison d'évasion juridique des ménages vers des pays où la loi successorale serait plus permissive. Cet apparent état de fait se matérialiserait donc par un changement de dernière résidence habituelle

¹¹⁵³ F. AUDREN, « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire. Aux origines de l'analyse économique du droit », *Revue Histoire du XIXème siècle*, 2014, p. 55.

pour se voir appliquer une autre loi que la loi française. Partant, la loi française, avec son ordre public successoral, ne s'inscrirait pas dans une logique concurrentielle. Si nous doutons sérieusement que la législation successorale civile entraîne une fuite des *de cuius*, la question de la fiscalité, elle, pourrait éventuellement s'entendre. Il n'en demeure pas moins que chaque nation a une législation successorale qui correspond à son histoire, à sa politique et à ses valeurs. L'incursion de la pensée économique, et plus exactement de la pensée libre échangiste dans le droit du patrimoine, ne peut répondre aux enjeux de la matière servant des desseins autres que sa finalité intrinsèque. L'évolution libérale, la financiarisation et l'internationalisation du droit des successions engendrent une série de critiques sur l'état actuel des composantes de l'ordre public successoral, amenant une véritable course pour arriver à la législation successorale la plus attractive, peu important les conséquences pratiques. Cette logique économique ressurgit notamment sur un sujet récurrent, la philanthropie¹¹⁵⁴. La computation de la réserve héréditaire et notamment de ses incidences liquidatives sur la philanthropie fait émerger de plus en plus des volontés de voir une modification des règles de l'ordre public successoral. L'origine du problème se trouve au sein d'une distorsion entre le droit civil et le droit fiscal. Si d'un côté le Code général des impôts prévoit une exonération des droits de mutations à titre gratuit pour les établissements publics ou reconnus d'utilité publique¹¹⁵⁵, le Code civil, lui, cantonnera toujours l'élan philanthropique à la quotité disponible. Très vite cet état de fait créa des contestations, notamment des premiers détracteurs de l'équilibre, voyant dans cet apparent contrôle de la philanthropie une nouvelle justification de la négation des limites au contrôle de la volonté du *de cuius*.

Ce nouvel élan de contestation a été remis au goût du jour dans les années 2010 avec le mouvement américain « *The Giving Pledge* »¹¹⁵⁶. Ce mouvement lancé par Warren Buffet, Berkshire Hathaway et surtout Bill Gates, fait suite à la crise économique et à la récession qui s'en est suivie.

¹¹⁵⁴ En ce sens : G. DROUOT et C.-M. PEGLION-ZIKA, « D'un rapport à l'autre, de la réserve à la philanthropie », *RJPF* n° 10, 1^{er} oct. 2020 – J. BOISSON, « La réserve héréditaire en lien avec les libéralités philanthropiques », *in* Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 57-80 - M. CHABROL, « La philanthropie », *in* Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 95-114 - G. CERQUEIRA et G. CHOISEL, « *Le retour inattendu d'un fondement moral pour la réserve héréditaire* », *D* 2020, p. 2302.

¹¹⁵⁵ L'article 47 de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 étend le champ d'application de l'exonération de droits de mutation à titre gratuit accordée aux établissements publics ou reconnus d'utilité publique. Récemment étendue aux profits de tels établissements lorsqu'ils répondent aux caractéristiques mentionnées aux b et f bis du 1 de l'article 200 du Code général des impôts. Désormais, sont exonérés les dons et legs effectués au profit de tels établissements lorsqu'ils répondent aux caractéristiques mentionnées aux b et f bis du 1 de l'article 200 du Code général des impôts (CGI). Il s'agit, plus précisément, des établissements d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, 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 ou menant des actions concrètes en faveur du pluralisme de la presse. Ces dispositions sont applicables à compter au 1 janvier 2019.

¹¹⁵⁶ Sur ce sujet : D. BORRILLO, « Réserve héréditaire une entrave à la liberté, à l'égalité, à la solidarité et à l'esprit d'entreprendre », *in* Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 81-86 - R.J. SCALISE Jr, « La réserve héréditaire : a report from the United States of America », *in* Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 247-258.

Cet engagement de donner « *consistait à enregistrer l'engagement moral de milliardaires acceptant de céder plus de la moitié de leur fortune à des causes philanthropiques ou des associations caritatives de leur vivant ou post mortem* »¹¹⁵⁷. Initiative parfaitement louable, elle n'était pas transposable dans les mêmes proportions en France. Par analogie, Bernard Arnault ne pourrait transmettre à des œuvres caritatives et autres que sa quotité disponible. Le *Giving Pledge* s'inscrit également dans une culture différente et notamment celle du *self made man*. Warren Buffet revendique publiquement laisser 99 % de sa fortune à des fondations et seulement 1 % à ses descendants. Ce mouvement a fait des émules en France, et notamment le député Frédéric Lefebvre, qui fit le 25 juin 2015 une proposition de loi visant à permettre les dons patrimoniaux à des fondations ou associations reconnues d'utilité publique. Le député évoquait le mouvement du *Giving pledge* et regrette que le nouvel entrepreneur français ne puisse se joindre au mouvement, alors que cela serait dans leur souhait à cause des règles coercitives des articles 912 et suivants du Code civil. Il précise que « *ces règles de droit ne correspondent plus à l'état de notre société, les patrimoines n'étant plus le fruit de l'accumulation de biens acquis de génération en génération, mais le produit d'un travail d'une seule personne. Il est dans cette perspective difficilement concevable d'interdire à cette personne de pouvoir disposer de ses biens pour en faire bénéficier une fondation ou association reconnue d'utilité publique. C'est pourquoi la présente proposition de loi vise à permettre à ceux dont les biens n'ont d'autre origine que leur réussite personnelle de ne pas être contraints par la réserve héréditaire et de pouvoir transmettre leurs biens à des associations ou à des fondations reconnues d'utilité publique* »¹¹⁵⁸. La proposition de loi vise donc une refonte de l'article 913 afin d'assouplir considérablement les règles de la réserve héréditaire afin de faciliter la philanthropie tout en conservant des « garde-fous ». Le texte en question prévoit ainsi le bénéfice pour le conjoint survivant non divorcé, marié sous le régime de la séparation de biens, d'un usufruit du quart sur les biens autres que ceux réservés. Il prévoit également que les descendants d'un donataire qui se trouveraient dans l'incapacité de mener une vie décente disposent de la faculté de saisir le Tribunal de grande instance (aujourd'hui Tribunal

¹¹⁵⁷ P.-C. RANOUIL, « Pourquoi Bill Gates et Warren Buffet ne peuvent pas faire d'émules en France... », Institut Montaigne, mai 2011.

¹¹⁵⁸ Proposition de loi n° 2904 visant à permettre les dons patrimoniaux à des fondations ou associations reconnues d'utilité publique, Présenté par Frédéric LEFEBVRE, 25 juin 2015.

Judiciaire) afin de bénéficier d'une rente à la charge de la (ou des) institution(s) bénéficiaire(s) afin de lui permettre de vivre décemment¹¹⁵⁹. Cette proposition ne sortira pas de l'hémicycle.

C'est en novembre 2018 que le débat ressurgit par la voix de Gabriel Attal alors secrétaire d'État auprès du Ministre de l'Éducation nationale et de la Jeunesse. Dans sa feuille de route pour le développement du monde associatif, le secrétaire d'État avait pour ambition de créer une véritable philanthropie à la française fondée sur le modèle anglo-saxon, relançant alors le débat de la volonté philanthropique à l'aune de la réserve héréditaire et ses mécanismes liquidatifs¹¹⁶⁰. La boîte de pandore ouverte - à nouveau -, il n'a fallu que quelques mois pour que les détracteurs de l'équilibre ne se manifestent. C'est plus exactement en mars 2019 que Benoît Morel et Maxime Sbaihi signent une note pour le *think thank* Génération Libre sobrement intitulé « Supprimer la réserve »¹¹⁶¹. Cette note débute par une diatribe de Gaspard Koenig sur le droit successoral français. Empruntant ses mots à Montesquieu tout en s'alliant à la doctrine de Thomas Piketty, il livre une critique au vitriol du principe même de la réserve héréditaire, arguant les vertus de la fin de l'héritage comme notamment une redistribution spontanée des richesses et un affranchissement des « *aléas de la biologie* »¹¹⁶². La note poursuit son dessein d'être un manifeste plus politique que juridique. On peut notamment y lire que la réserve héréditaire est une « *disposition liberticide qui viole les dernières volontés du défunt* », « *un outil de reproduction sociale puisqu'elle impose une transmission linéaire et obligatoire de patrimoine* » ou encore une contrainte « *à la culture philanthropique* »¹¹⁶³. La réserve est alors clairement dépeinte comme un problème, et il est proposé 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 parachèverait le droit de propriété* »¹¹⁶⁴. Si le fond de la critique s'entend dans un écosystème de plus en

¹¹⁵⁹ L'article 913 du Code civil serait complété par les cinq alinéas ainsi rédigés : « *Cependant le disposant peut gratifier, par acte entre vifs, ou par testament, une fondation ou association reconnue d'utilité publique figurant sur une liste établie par décret pris en Conseil d'État par le garde des sceaux. Cette liste est révisée tous les cinq ans dans les mêmes formes, sans que les règles de la présente section puissent lui être opposées, dès lors qu'il a disposé exclusivement de biens ne provenant pas de ses ascendants ou subrogés à ceux-là, lesquels sont qualifiés de biens réservés* ».

« *Pour ceux-ci, le disposant reste soumis aux règles de la présente section, sauf qu'il ne peut être disposé de la quotité disponible qu'en faveur d'un descendant* ».

« *Toutefois, en présence d'un conjoint survivant non divorcé, marié sous un régime de séparation de biens, celui-ci bénéficie d'un usufruit du quart des biens autres que ceux réservés* ».

« *Toutefois encore, tout descendant qui, à la mort de son auteur, se trouve, du fait des libéralités dérogatoires de celui-ci, à son corps défendant dans l'incapacité de mener une vie décente, peut saisir le Tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession, afin qu'il fixe une rente, à la charge de ou des institutions bénéficiaires visées au troisième alinéa du présent article, lui permettant de vivre décemment en bon père de famille. Cette rente sera révisable en fonction de l'évolution de la situation du bénéficiaire* ».

« *Si des libéralités au profit des fondations ou associations visées au troisième alinéa du présent article concernent une entreprise que le donateur contrôlait, celui-ci peut alors, par exception, assortir ses libéralités de charges concernant la gestion de cette entreprise, qui ne peuvent cependant excéder une période de dix ans* ».

¹¹⁶⁰ G. 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.

¹¹⁶¹ B. MOREL et M. SBAIHI, « Supprimer la réserve héréditaire », *Génération Libre*, mars 2019.

¹¹⁶² *Ibid.*

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

plus pressant contre l'équilibre de la transmission, il faudra assurément déplorer le manque de nuances de cette note et de vision pratique d'une telle levée des limites. Sur ce sujet en particulier, la réflexion d'un empêchement philanthropique ne s'entend que dans le cadre d'une transmission unilatérale. La question de la réserve héréditaire pourrait être directement purgée par une renonciation dans le cadre d'une transmission concertée. Se pose dès lors la question d'une éventuelle distorsion des règles réservataires dans le cadre d'une donation ou d'un legs.

Cette incursion économique dans le droit de la transmission est concomitante à une série de modifications de l'ordre public successoral et tout particulièrement la suppression du droit de prélèvement.

254. Le droit de prélèvement une histoire en plusieurs épisodes. Règle de partage ou règle de dévolution, le droit de prélèvement se trouvait à l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 en ces termes : « *Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales* ». Cette disposition protectrice de la réserve héréditaire permettait d'apporter une sureté supplémentaire à l'ordre public successoral dans le cadre d'une succession internationale. Historiquement instauré pour remplacer le droit d'aubaine, le mécanisme du prélèvement compensatoire avait pour finalité d'éviter à l'héritier une perte résultant des dispositions restrictives de la loi étrangère¹¹⁶⁵. Cet outil était critiqué par la théorie mais également par la pratique qui en demandait sa suppression¹¹⁶⁶. André Ponsard critiquait ce dispositif en ce qu'il « *viendrait en quelque sorte réécrire la loi successorale étrangère normalement applicable* » et aurait donc trop de pouvoirs. Il a fallu attendre une décision du Conseil constitutionnel¹¹⁶⁷ pour voir ce droit de prélèvement déclaré inconstitutionnel notamment au motif de la discrimination qu'il engendrait entre les héritiers : « *Considérant qu'afin de rétablir l'égalité entre les héritiers garantie par la loi française, le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur la circonstance que la loi étrangère privilégie l'héritier étranger au détriment de l'héritier français ; que, toutefois, le droit de prélèvement sur la succession est réservé au seul héritier français ; 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*

¹¹⁶⁵ En ce sens : H. BATTIFOL et P. LAGARDE, « Droit international privé t. 2 7^e éd. », 1983, LGDJ, n° 634 in *Répertoire de droit international* Succession – Domaine de la loi successorale - P. LAGARDE - Sept. 2015 (act. avr. 2019).

¹¹⁶⁶ En ce sens : 88^e Congrès des notaires de France, Grenoble, 1992 - É. FONGARO, « Feu le droit de prélèvement », JCP N n° 36, 9 sept. 2011.

¹¹⁶⁷ Cons. const., déc. 5 août 2011, n° 2011-159 QPC : JDI 2012, p. 7, obs. S. GODECHOT-PATRIS ; Dr. fam. 2011, comm. 173, obs. D. BOULANGER ; JCP N 2011, n° 36, 1234, obs. É. FONGARO ; Defrénois 2011, p. 1351, obs. M. REVILLARD. Également sur le sujet : J. FOYER, « Requiem pour le droit de prélèvement successoral », in *Mélanges Raymond Le GUIDE*, LexisNexis, mars 2014, pp. 415-428 ; J.-L. van BOXSTAEL et É. FONGARO, « Successions internationales, droit de prélèvement et exception d'ordre public. À propos des arrêts Kazan et Colombier de la Cour d'appel de Paris » *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, vol. 2016, n° 2, pp. 199-215

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 ; que, par suite, elle méconnaît le principe d'égalité devant la loi ». Éric Fongaro justifie l'inconstitutionnalité du droit de prélèvement au regard tant du droit de propriété que de l'égalité¹¹⁶⁸. La suppression de ce droit de prélèvement, bien qu'à certains égards, réclamée, a eu pour conséquence directe d'affaiblir la réception de l'ordre public successoral en droit international privé et tout particulièrement à l'aune des dispositions du règlement européen qui allait entrer en application. Comme le rappelle très justement, Michel Attal, le droit de prélèvement *« était un outil d'ordre public voir d'ordre public international ainsi qu'en atteste la teneur de la jurisprudence Rougeron »*¹¹⁶⁹. De facto, quelles allaient être les conséquences pour l'héritier lésé ? Le Conseil constitutionnel indiquait *« que la disposition qui lui était déférée méritait la censure, car la différence de traitement qu'elle induisait n'était 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 »*¹¹⁷⁰. Est-ce que sur ces considérations, cette décision ne constituait pas en réalité le linceul de l'équilibre de la transmission dans le cadre d'une succession internationale ?

Cette suppression a eu un impact tant sur le droit interne que sur l'exercice international de la matière. Il a été, à plusieurs reprises, évoqué sa réintroduction notamment en 2013, où un projet de loi en faveur d'une telle réintroduction n'a jamais abouti¹¹⁷¹. Une réponse ministérielle publiée au Journal Officiel le 23 juin 2015 se positionnait clairement sur le retour d'un éventuel droit de prélèvement : *« Réintroduire le mécanisme du droit de prélèvement, dans une rédaction ouverte à tous les héritiers quelle que soit leur nationalité, conduirait ainsi à poser une nouvelle dérogation aux règles de conflit posées par le règlement, en contradiction avec l'esprit de celui-ci. (...) Dès lors, il n'est pas envisagé une réintroduction de ce mécanisme en droit interne, la protection de la réserve héréditaire étant par ailleurs assurée par les limites posées par le règlement au choix de la loi applicable, qui n'est possible qu'en faveur de la loi de la nationalité du défunt et par les règles relatives à l'appréciation de la notion de résidence habituelle, un changement de résidence du défunt peu avant son décès ne devant pouvoir être pris en considération »*¹¹⁷².

L'impossible retour du droit de prélèvement était également argumenté sur une impossibilité technique : *« d'autre part, l'objectif du règlement visant à garantir une plus grande visibilité en matière successorale aux personnes résidant habituellement sur le territoire de l'Union européenne, pourrait conduire la Cour de justice*

¹¹⁶⁸ É. FONGARO, *op. cit.* Également en ce sens : G. DROZ et M. REVILLAR, J.-Cl. *Droit international*, fasc. 557-10, n° 104.

¹¹⁶⁹ M. ATTAL, « Les conséquences en droit international privé de l'inconstitutionnalité du droit de prélèvement », *JCP G*, n° 42, 17 oct. 2011, 1139.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

¹¹⁷¹ « Il appert que l'on comprend petit à petit pourquoi le projet de loi de 2013 n'a pas abouti, car en plein débat et après l'adoption du règlement européen, et la fondamentalisation de l'anticipation successorale on ne pouvait réintroduire un outil de défense nationale, et notamment un outil d'empêchement à libre circulation législative des règlements successoraux », *Ibid.*

¹¹⁷² Rép. min. à QE n° 72364 : JOAN Q., 23 juin 2015, p. 4765.

de l'Union européenne à considérer qu'un État membre ne peut pas permettre l'éviction systématique des lois étrangères ne prévoyant pas de réserve. La réintroduction du droit de prélèvement ferait donc courir un risque sérieux de censure du dispositif par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'un recours en manquement ou par la voie d'une question préjudicielle¹¹⁷³. Il est vrai qu'au regard du principe de l'effet utile et des objectifs du règlement succession en termes de prévisibilité de l'anticipation successorale, un tel mécanisme d'application immédiate serait en apparente contradiction. C'est alors avec la plus grande surprise qu'en 2020, le projet de loi contre le séparatisme visait dans son article 13 une modification de la réserve héréditaire dans un contexte transnational. Cet article prévoyait que : « lorsque le défunt ou au moins l'un des enfants est ressortissant d'un État membre de l'union européenne où y réside au moment du décès, et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne connaît aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, ces derniers peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens situés en France de façon à ce qu'ils soient rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française »¹¹⁷⁴. Un avis du Conseil d'État sur ce projet de loi a dit que cet article instaurait un droit de prélèvement compensatoire constituant une exception à l'application normale d'une règle de conflits de loi et ne serait *de facto* pas subordonnée à l'existence d'une situation de précarité économique ou d'un besoin des enfants. Ceux-ci pourront prélever sur les biens situés en France une portion égale à celle dont ils auraient pu bénéficier grâce à la réserve héréditaire. Le Conseil d'État fait une double constatation. Premièrement que l'article 35 du règlement (UE) n° 650/2012 permet d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné et, d'autre part, que la Cour de justice de l'Union européenne laisse aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation pour déterminer ce qui relève de leur ordre public dans les limites imposées par le traité¹¹⁷⁵. Deuxièmement, le droit de prélèvement compensatoire ainsi instauré serait ouvert aux enfants sans condition de nationalité ou de résidence, et ne serait pas réservé aux héritiers français comme l'était l'ancien droit au prélèvement prévu à l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction, qui a été censuré par le Conseil constitutionnel.

À l'aune de ces constatations, le Conseil d'État ne relève aucune difficulté d'ordre constitutionnel et le droit de prélèvement s'insérerait dans les prévisions de l'article 35 du règlement. Or, la référence à l'article 35 impliquerait que ce droit de prélèvement s'inscrirait dans le cadre de l'ordre public international français. Néanmoins, au regard de son mécanisme il apparaît que ce droit de prélèvement ne s'inscrit pas dans le cadre de l'exception d'ordre public international

¹¹⁷³ *Ibid.*

¹¹⁷⁴ Proj. L. n° 3649, 9 déc. 2020, confortant le respect des principes de la République, Examen en commission mixte paritaire le 12 mai février, art. 13.

¹¹⁷⁵ CJUE, 22 déc. 2010, C- 208/09, Sayn-Wittgenstein, points 86 et 87.

précédemment étudié, en ce qu'il ne sera pas ici question d'un simple correctif si le droit étranger s'applique à des conséquences *in concreto* contraires à l'ordre public international français. Le droit de prélèvement ainsi rétabli serait plus susceptible de répondre à l'orthodoxie des lois de police. Selon Hélène Péroz, cette disposition ne pourrait également pas s'inscrire dans le cadre des lois de police mais serait une « *règle matérielle de droit français* »¹¹⁷⁶.

La loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République fut adoptée et modifiée, ainsi l'article 913 du Code civil pour lui adjoindre un alinéa 2 prévoyait que : « *Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y réside habituellement, et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci* ». Comme précédemment exposé, ce nouveau droit de prélèvement soulève un nombre important d'interrogations tant sur le fond que sur la forme. Si cette disposition n'a que peu de chance de prospérer à l'aune du contrôle de la Cour de Justice de l'Union Européenne, notamment au regard de l'effet utile, il demeure que ce droit est applicable pour toutes les successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur, y compris, nous dit le texte, si des libéralités ont été consenties par le défunt avant cette entrée en vigueur. Ce regain d'intérêt pour la technique du prélèvement compensatoire est intimement lié à l'évolution jurisprudentielle et l'intérêt médiatique et politique que suscite la réserve héréditaire, tout particulièrement depuis ces dernières années. Cette rustine ne peut néanmoins suffire à contrebalancer le mouvement général de la matière.

255. La chanson et la réserve héréditaire. En moins de trois affaires, la chanson française a fait considérablement avancer, à certains égards, la question réservataire. Les affaires Maurice Jarre et Michel Colombier ont amené les deux célèbres arrêts¹¹⁷⁷ déjà évoqués, entérinant un courant jurisprudentiel ancien et constant qu'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire n'était pas, en soi, contraire à l'ordre public international français sauf à placer les héritiers réservataires dans une situation de précarité économique ou de besoin. Ces deux arrêts ont d'ores et déjà été largement

¹¹⁷⁶ H. PÉROZ, « Le droit prélèvement tel un phœnix ? » *Gaz. Pal.* 23 mars 2021, n° 12, p. 48. Également sur ce sujet sans être exhaustif : É. FONGARO, « Successions internationales : le prélèvement nouveau est arrivé », *IP* 2021, étude 7-5, p. 153 s. - S. GODECHOT-PATRIS, « Le prélèvement est mort...Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doctr. 2. - H. PÉROZ, « Le droit de prélèvement : tel un phœnix ? », *Gaz. Pal.* 2021, n° 12, p. 48 et « le droit de prélèvement compensatoire ou la mise à mal de la pratique des successions internationales », *JCP N* 2021, n° 35, act. 805. - P. LAGARDE, « Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 291. - C. PÉRÈS, « Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 296. V. *infra*, n° 365 et s.

¹¹⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 *Jarre* et n° 16-13.151, *Colombier* : précités.

commentés dans leur principe. Ils s'inscrivent dans la ligne droite de la disparition du droit de prélèvement et dans la logique d'eupéanisation et de fondamentalisation de l'ordre public international français. Néanmoins ce n'est pas tant la solution qui est extrêmement intéressante, mais les répercussions que ces deux arrêts auront dans le monde juridique et politique¹¹⁷⁸.

Autre musicien, autre polémique, c'est le décès du chanteur Jean Philippe Smet, connu sous le nom de Johnny Hallyday, qui a remis la question de la réserve héréditaire au cœur des médias. L'artiste décédé laisse pour lui succéder sa femme Laetitia, alors conjoint survivant, et plusieurs enfants. Par voie testamentaire le *de cujus* avait choisi d'instituer comme légataire universel sa femme laissant de côté ses enfants d'un premier lit. Cette affaire très médiatisée a alors mis au grand jour l'orthodoxie des successions internationales et la conséquence de la loi applicable en fonction de la dernière résidence du défunt¹¹⁷⁹. Si l'affaire semble avoir trouvé une solution transactionnelle, elle a permis de ramener le débat de l'équilibre de la transmission aux yeux de l'opinion publique, et de relever l'attachement certain du peuple français pour la réserve héréditaire.

Ces différentes données, qui excluent forcément tout une série d'autres, mais qui apparaissent à nos yeux comme une série d'éléments déclencheurs importants, ont eu un impact important dans le monde politique à tel point de voir le Ministre de la Justice demander une consultation sur le sujet de la réserve héréditaire. De là, en 2019, sera signée une lettre de mission orientée et symptomatique d'une certaine vision de la matière.

B - Les conséquences du débat

256. La mission ministérielle. Les différents points évoqués montrent que la matière successorale est en perpétuel mouvement. Nous sentons aujourd'hui, et notamment depuis ces dernières années, que l'évolution des sociétés et de leurs systèmes juridiques se trouve bouleversée. Partant de ces différentes considérations, le pouvoir politique s'est emparé de la question de l'équilibre de la transmission par une mission inédite mais orientée (1) permettant d'appréhender les futures conséquences de ces évolutions sur l'équilibre (2).

¹¹⁷⁸ V. *infra*, n° 264 et s.

¹¹⁷⁹ Sur le sujet : A. BOICHÉ, « Succession de Johnny Halliday : le droit international privé saisi par l'actualité people », *AJ Fam.*, 2018, p. 138 ; R. LE GUIDEDEC et B. THOMAS-DAVID, « Succession Johnny Halliday : de la compétence judiciaire à la loi applicable, que vive la réserve héréditaire ... », *JCP N* n° 38, 20 sept. 2019, 1278 ; N. COUZIGOU-SUHAS, « Succession de Johnny Hallyday : une longue bataille judiciaire en perspective », *Lextenso étudiant*, fév. 2018.

1 - Une mission orientée

257. La lettre de mission. Nicole Belloubet, alors Ministre de la Justice, s'adressant à Cécile Pères et Philippe Potentier, dessine les contours de la mission qu'elle souhaite leur confier : « *Située à la croisée du droit d'hériter et du droit de disposer, la réserve héréditaire est l'un des principes fondateurs de la matière successorale, régulièrement remis en lumière pour en dénoncer soit son contournement dans les successions transfrontières soumises à une loi étrangère qui méconnaît un tel principe soit, au contraire, sa rigidité, comme un frein au développement du mécénat et de la philanthropie ainsi qu'à la transmission d'entreprise. (...) Face aux évolutions contemporaines des familles, et plus généralement des parcours de vie, la question de l'utilité de la pertinence de ce modèle de solidarité imposé est ainsi régulièrement soulevée. Il convient de s'interroger sur l'opportunité et les modalités d'une évolution vers un modèle de solidarité plus élective, dans lequel chacun pourrait voir accroître sa liberté de transmettre son patrimoine. Compte tenu de la forte sensibilité que revêt cette matière, il m'apparaît nécessaire de dresser un état des lieux de ce que permet aujourd'hui notre droit patrimonial en termes de transmission au-delà de la quotité disponible d'une part, et de dessiner d'autre part les évolutions possibles du droit, à droit non constant, qui permettraient de prendre en compte la demande sociale qui s'exprime pour une plus grande liberté de disposer* »¹¹⁸⁰. Cette consultation devait porter sur trois réflexions principales : l'existant, ce qui se pratique en dehors de nos frontières, et les évolutions qui pourraient être envisagées. L'objectif était notamment d'analyser les justifications juridiques historiques et sociologiques de la réserve héréditaire afin de les confronter aux évolutions de la société, faire un bilan des évolutions récentes mais également faire un comparatif avec les institutions étrangères pour apprécier si l'internationalisation croissante des questions successorales justifie une évolution du modèle français. La Ministre disait alors qu'« *une réflexion doit être engagée sur les scénarii de réforme de la réserve héréditaire pour lever les freins constatés sur certains projets (philanthropie, transmission d'entreprise, sécurisation de la cession d'un proche...).* Les auditions que vous mènerez devront vous permettre d'appréhender les attentes concrètes des acteurs qui s'expriment en faveur de l'assouplissement de la réserve héréditaire afin d'en apprécier le bien-fondé et d'y apporter une réponse appropriée »¹¹⁸¹. Cette grande consultation avait pour objectif de répondre à une préoccupation nouvelle des successions à l'aune des récentes évolutions de l'équilibre consacrées de la dyarchie.

Avant de s'attacher aux consultations du rapport en elles-mêmes, il est nécessaire de s'arrêter sur les mots de cette lettre. Dans cette demande la Ministre de la Justice présente une volonté manifeste de voir se positionner la doctrine juridique française sur un débat notamment impulsé

¹¹⁸⁰ N. BELLOUBET, « Lettre de mission », in C. PÈRÈS et P. POTENTIER, « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019.

¹¹⁸¹ *Ibid.*

par une doctrine économiste. Elle pose à l'appui de son argumentaire, outre la question de la philanthropie et de la transmission d'entreprise, deux biais très importants dans la réflexion sur l'équilibre interne de la transmission : l'influence en droit interne du contexte international et les constantes références à l'évolution de l'équilibre de la transmission vers un modèle de solidarité plus élective. On ressent assez clairement à la lecture de cette lettre de mission une volonté de prise en compte du contexte international dans le droit interne. Résonnent alors les travaux préparatoires du règlement européen sur les successions internationales. Le développement de la législation européenne posait un cadre : favoriser la planification successorale sans toucher les ordres matériels. Cette promesse initialement sincère, semble aujourd'hui une affirmation spécieuse. À ce sujet le professeur Fongaro soulignait, comme une partie de la doctrine, qu'*in fine* « *tout recul de l'ordre public successoral, consécutif à l'avancée de l'autonomie de la volonté, au sein des états membres de l'Union, contribuera sans doute à dissoudre ce qui fait la spécificité des différents ordres juridiques au sein de l'Union européenne, et s'avèrera donc apte à favoriser l'harmonisation des différents droits internes* »¹¹⁸². Il est vrai que la fongibilité entre les deux ordres se voit, à certains égards, et les sirènes de « l'anglosaxonisme successoral » sont de plus en plus assourdissantes.

258. Le darwinisme normatif. L'analyse de l'influence de l'anticipation successorale, et plus généralement du néolibéralisme successoral en droit international privé, faisait ressortir une volonté primaire d'une dualité franche entre l'ordre interne et l'ordre international. Les travaux préparatoires comme le règlement européen définitif affichaient une volonté claire de ne pas modifier les droits matériels des États membres¹¹⁸³. Or, il était apparu dès le début des consultations que l'un des grands problèmes à la prévisibilité de la planification successorale prônée par le règlement était la distorsion des droits matériels. Si le principe de l'unicité permettait de juguler une partie de ses difficultés en offrant à une loi unique le soin de régir l'ensemble de la succession, se posait alors la question des mécanismes de défense *du for*. Le règlement européen ne laissait que peu de place aux lois de police, laissant seul l'exception d'ordre public international comme rempart à la préservation de la conception française de la transmission dans le cadre d'une succession internationale. Cependant, tant la fondamentalisation que l'eupéanisation ont contraint ces

¹¹⁸² É. FONGARO, « Vers un droit patrimonial européen de la famille ? », *JCP N* n° 15, 12 avr. 2013, 1079.

¹¹⁸³ V. supra, n° 203 et s. Également sur le sujet : « *Les règlements qui nous intéressent n'ont pas pour finalité une harmonisation des droits substantiels de la famille au niveau de l'Union. Ils l'annoncent souvent de façon expresse. Parfois, leurs travaux préparatoires s'en chargent. S'agissant, pour prendre un exemple, du règlement Successions, les motifs en préambule du livre vert de 2005 annoncent les deux grands objectifs fondamentaux poursuivis : l'harmonisation des règles de conflit de lois, d'une part, et le respect du droit matériel de chaque État relatif aux successions, d'autre part* », B. De CLAVIÈRE-BONNAMOUR, « L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille », in *Vers un statut européen de la famille ?* Dalloz, 2014.

manifestations dans une volonté de plus en plus pressante d'harmonisation des ordres juridiques étatiques¹¹⁸⁴.

Arrive donc inévitablement la question de l'influence de l'ordre international sur l'ordre interne notamment soulevée par Blandine de Clavière-Bonnamour « *est-ce que l'on peut observer une incidence spécifique, propre aux textes de droit international privé de source européenne, sur le droit matériel des États membres, en ce que ces textes seraient porteurs d'évolutions, annonceraient un renouvellement de la substance du droit privé de la famille, jusqu'à éventuellement favoriser un rapprochement des droits matériels des États membres ?* »¹¹⁸⁵. Nous allons voir qu'il convient d'aller vers l'affirmative. L'influence du droit international privé et tout particulièrement du droit international privé des successions est un vivier fertile pour une harmonisation du droit interne comme le souligne l'auteure : « *or, tout recul de l'ordre public au sein des États membres contribuera certainement à réduire la spécificité des différents systèmes juridiques au sein de l'Union. Ce recul peut ainsi se révéler favorable à un rapprochement des droits nationaux, bien qu'ici j'entende simplement poser la question* »¹¹⁸⁶. Ce phénomène d'influence, intrinsèquement lié au phénomène de néolibéralisme sociétal, est parfaitement mis en lumière par Patrick Kinsch : « *pour les partisans les plus résolus du néolibéralisme sociétal, il convient de partir de l'idée que les individus, guidés par un 'choix rationnel', sont mieux placés pour savoir ce qui convient pour eux, que l'État auquel ils se rattachent, et aussi que ces choix individuels finiront par amener les États à modifier leurs lois. Cette logique est celle du 'darwinisme normatif'* »¹¹⁸⁷. Selon l'auteur, le recul de la coercition étatique et les développements consubstantiels de l'autonomie de la volonté auront des conséquences sur le droit matériel des nations¹¹⁸⁸. *Mutatis mutandis*, l'affranchissement des tutelles des lois par le mouvement du néolibéralisme successoral aurait pour finalité une logique de darwinisme normatif qui serait la modification du droit successoral matériel interne¹¹⁸⁹. La lettre de Nicole Belloubet fait directement écho à ce mécanisme transverse d'influence quand elle évoque l'hypothèse que « *l'internationalisation justifie une évolution du*

¹¹⁸⁴ « *Et réfléchissant à l'impact des normes européennes de droit international privé sur le droit substantiel national, je dois l'annoncer, je ne suis pas arrivée là où, spontanément, je pensais devoir me rendre. Certes, nous allons l'observer, les règlements de droit international privé ont effectivement une incidence sur le droit national de la famille. Ce mouvement peut surprendre : a priori c'est bien le droit interne qui est susceptible d'exercer une influence sur les solutions de droit international privé, et non le contraire. Mais qui poursuit l'étude du droit international privé découvre que, de façon réciproque, la norme de droit international privé peut parfois venir impacter la norme substantielle, bien que ce ne soit pas là sa vocation initiale* », Ibid. Également sur ce sujet : C. MOILLE, *L'influence du droit international privé sur le droit interne français*, thèse dactyl. Lyon 2, spéc. p. 22.

¹¹⁸⁵ B. De CLAVIÈRE-BONNAMOUR, *op. cit.*

¹¹⁸⁶ Ibid.

¹¹⁸⁷ P. KINSCH, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLANT, n° 16.

¹¹⁸⁸ Sara GODECHOT-PATRIS évoque également cette relation d'influence en ce qui concerne la réserve héréditaire : « *si, à l'avenir, le choix était fait de ne pas protéger la réserve héréditaire dans un contexte international, cela pourrait contribuer à l'affaiblir en droit interne. Partant, il ne fait pas de doute que le parti adopté par le législateur tend à conforter l'assise de la réserve héréditaire, élevée ainsi au rang de principe républicain.* » (« Le prélèvement est mort... Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doct. 2).

¹¹⁸⁹ Y. FAVIER relevait parfaitement l'influence de l'ordre international sur le droit matériel des états, *op. cit.*

modèle français »¹¹⁹⁰. L'influence de l'ordre international sur la conception française des successions dans le cadre d'une succession internationale ne faisait plus de doute, mais il s'agirait ici de voir modifier le droit matériel français, ce qui aurait donc des conséquences sur les successions franco-françaises. Blandine de Clavière-Bonnamour souligne très justement que le darwinisme normatif peut aussi trouver sa source dans les décisions rendues en application de ces règles : « *Ce droit international privé européen doit par ailleurs être entendu au sens large, c'est-à-dire comme recouvrant les règles conflictuelles comme les règles matérielles, ainsi que les décisions rendues en application de ces règles* »¹¹⁹¹. Il est alors naturel de faire un parallèle avec les derniers arrêts du 27 septembre 2017 et sur les conséquences en trompe l'œil qu'ils pourraient avoir sur la nature française de la réserve héréditaire et sur l'équilibre global de transmission. Il serait une erreur de penser que ce darwinisme normatif serait mis en échec par la réécriture de l'article 913 du Code civil, tant la fragilité de cette nouvelle digue est importante.

259. L'« alimentarisation » de la succession. Conséquence d'une certaine influence internationale, mais également d'un mouvement présent en droit français notamment depuis les réformes de 2001 et de 2006, se pose la question de la nature et plus particulièrement de la justification actuelle de la réserve héréditaire. La question de la justification alimentaire de la réserve n'est pas un débat nouveau. Grotius rapportait déjà que « *la légitime des enfants sur les biens de leur père et de leur mère est une dette naturelle. Elle prend sa source dans l'obligation que la nature impose aux pères et aux mères de donner des aliments à leurs enfants. Et c'est en ce sens que l'on dit que les lois humaines ne peuvent pas ôter la légitime parce que les aliments nécessaires y sont compris* »¹¹⁹². La légitime, avec sa nature de créance consolidée, se différenciait en cela avec les réserves des coutumes qui étaient un droit dans la succession. N'étaient récipiendaires de la légitime que ceux dont le défunt devait assurer la subsistance, et son *quantum* était fonction, comme l'obligation alimentaire et le devoir de secours, des ressources du défunt et des besoins des proches parents¹¹⁹³. Cette individualisation du *quantum* de la créance fut remplacée par une quotité fixe pour « *éviter les difficultés pratiques* ». La justification purement alimentaire de la réserve héréditaire a fait chemin à travers les siècles. Henri Fontaine rapportait que, dans le premier numéro de la revue pratique de droit français en 1865, Pilastre

¹¹⁹⁰ N. BELLOUBET, *op. cit.*

¹¹⁹¹ « *Ce n'est que suite à cet arrêt, par une loi du 3 janvier 1968 portant réforme des incapables majeurs, que la démence de fait n'a plus été envisagée, en droit matériel interne, comme une circonstance propre au contrat, mais comme un caractère attaché à l'individu. On observe donc à travers cet exemple que le droit international privé peut jouer un rôle de précurseur, en l'espèce, par le biais de la qualification juridique, avant que le droit interne ne vienne lui-même ajuster ses solutions, grâce à l'éclairage particulier apporté par le droit international privé* », B. De CLAVIÈRE-BONNAMOUR, « L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille », in *Vers un statut européen de la famille ?* Dalloz, 2014.

¹¹⁹² GROTIUS, liv. II, chap. vii § 4. Jean Jullien, Statuts de Provence, t. I, p. 483.

¹¹⁹³ De FONTAINE, Le conseil, XXXIV, 10 ; Beaumanoir, XII, 18 et 20.

affirmait que la réserve a été mise en place du fait de l'obligation alimentaire envers les enfants¹¹⁹⁴. Il poursuit néanmoins très justement sur le fait que si la base de la protection réservataire en droit vient de l'obligation d'assistance alimentaire des parents envers leurs enfants, le droit français est allé plus loin. À ce sujet, certains ont théorisé que le père de famille doit plus que le simple aliment à son enfant, il doit également un établissement, un sort, un avenir. Pilastre en conclut qu'il ne faut pas confondre la justification de l'existence d'un droit et sa fonction. Si l'obligation alimentaire fonde le droit à une réserve ce n'est pas pour autant que la réserve doit avoir une nature alimentaire¹¹⁹⁵.

Une grande partie de la doctrine patrimonialiste s'oppose à une qualification purement alimentaire de la réserve héréditaire à la française. Bertrand Savouré soutient notamment que « *la réserve de notre Code civil est bien autre chose qu'un droit alimentaire fût-il justifié par la solidarité familiale* »¹¹⁹⁶. Le législateur avait d'ailleurs, lors des réformes de 2006, appuyé sur les différentes fonctions de la réserve héréditaire : « *la réserve conserve aujourd'hui toute son utilité. Au-delà, elle poursuit un triple objectif. D'abord elle garantit la solidarité familiale : elle prolonge la succession, l'obligation alimentaire (...); Ensuite la réserve héréditaire protège les enfants contre les risques d'un abus d'autorité de leurs ascendants. (...); Enfin la réserve permet de garantir le maintien de certains biens dans la famille. Tous ces arguments justifient pleinement le maintien du principe de la réserve héréditaire. Nos concitoyens y sont très attachés* »¹¹⁹⁷. Si la fonction alimentaire de la réserve est évoquée, elle l'est au même titre que ses autres finalités. Paradoxalement, et comme précédemment souligné, ce sont ces mêmes réformes de 2006 qui ont accéléré le courant prônant l'« alimentarisation » de la réserve comme seul et unique fondement et finalité. Ce fut tout particulièrement le cas avec la mise en place de la réduction en valeur des libéralités excessives¹¹⁹⁸. Or, nous avons déjà mis en avant le risque d'amalgame entre réduction en valeur et créance alimentaire qui est immédiatement contredit par les mécanismes de la dette de valeur et de l'action

¹¹⁹⁴ H. FONTAINE, « De la liberté de tester », *Revue pratique de droit français*, 1866, tome 21, p. 234.

¹¹⁹⁵ E. PILASTRE, « De l'abrogation de la réserve légale des enfants », *Revue pratique de droit français*, 1865, tome 20, in F. AUDREN, « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire. Aux origines de l'analyse économique du droit », *Revue Histoire du XIX^{ème} siècle*, p. 50.

¹¹⁹⁶ « *Le 108^e congrès des notaires de France avait justement tenté de recenser les fondements et de définir l'utilité de la réserve de droit français, parfois contestée et décriée dans un monde en mutation. Il avait alors été relevé qu'elle donne au bénéficiaire qu'elle protège une liberté, en lui assurant une protection contre tout abus d'autorité parentale ; mais aussi que, par la contrainte, elle assure à chacun un rempart contre des pressions ou emportements affectifs ; mais encore qu'elle est l'expression d'une solidarité familiale active et privée entre les générations (on retrouve ici la fonction économique de la réserve) ; mais enfin qu'elle apporte à la société elle-même un effet régulateur et pacificateur qui finalement sert l'intérêt général autant que la liberté individuelle* », B. SAVOURÉ, « À quoi sert la réserve héréditaire de droit français ? », *AJ fam.* 2017, p. 598.

¹¹⁹⁷ La loi de 2006 n'a pas rendu la réserve obsolète c'est le législateur qui le dit : JO débat de l'AN, 3^e séance du mardi 21/02/2006, M. Pascal Clément, ministre de la Justice.

¹¹⁹⁸ Sur le caractère alimentaire de la réserve Elsa BERRY précise : « *ses héritiers en ligne directe. Comme si demeurait après sa mort une part de son obligation alimentaire à leur égard. Et la réduction en valeur semble conférer à leur réserve une fonction essentiellement alimentaire* », l'atteinte portée à leur réserve ne peut être invoquée au titre de l'exception d'ordre public international français. Cette vérification préalable confirme, semble-t-il, le caractère désormais essentiellement alimentaire de la réserve » (« L'ordre public successoral », *intervention l'Université d'été 2018*, Poitiers, 2018).

en revendication. Sauf que par fonction alimentaire, il faut entendre une fonction numéraire, mais il ne faut en aucun cas entendre une fonction alimentaire dans le sens d'une contribution à l'entretien ou d'un devoir de secours qui est dans ce cas-là assujéti à une condition soit de différence de ressources soit d'un état de besoins. Une réserve en argent n'est pas une réserve alimentaire. On a supprimé petit à petit les réductions en nature pour éviter le morcellement d'un côté et tout ce que cela pouvait engendrer en contentieux de partage, et de l'autre pour augmenter la prévisibilité. Il faut à notre sens refuser la confusion et réaffirmer qu'en l'état du droit positif, la réserve héréditaire n'est pas conditionnée à un quelconque état de besoin de l'héritier.

Le courant doctrinal prônant le caractère alimentaire de la réserve prend également de l'ampleur au regard de la dématérialisation des patrimoines : « *la dématérialisation de la réserve s'inscrit dans un mouvement plus large de dématérialisation des patrimoines familiaux et de la fongibilité des éléments de fortune qui les composent* »¹¹⁹⁹. Là encore, il ne fait nul doute que les patrimoines sont de plus en plus fongibles et de plus en plus dématérialisés au regard notamment de l'émergence de l'économie numérique mais cela n'induit pas à notre sens une « alimentarisation » de la protection réservataire.

La question du caractère alimentaire de la réserve a été remis au centre du débat par un considérant particulièrement éloquent des magistrats d'appel : « *l'anticipation successorale a fait évoluer la réserve : les modifications apportées en France par la loi du 23 juin 2006 au droit des successions, telles l'exclusion des ascendants du bénéfice de la réserve, la faculté de renoncer de façon anticipée à l'action en réduction, l'exclusion des assurances-vie de la masse successorale, la réduction en valeur et plus en nature, et les mécanismes instaurés par le règlement européen du 4 juillet 2012 marqués par une plus grande liberté de tester et l'anticipation successorale, désormais en vigueur en France, ont fait évoluer le sens de la réserve héréditaire* ». Au regard de ces évolutions « *la fonction alimentaire de celle-ci prend désormais le pas sur sa fonction de conservation des biens dans la famille qu'elle n'en demeure pas moins l'expression d'un devoir de famille (...)* »¹²⁰⁰. Cette dernière phrase est lourde de sens. Il n'en fallait pas plus pour creuser la tombe de la réserve *pars héréditatis*. Comme le précise Sarah Torricelli-Chrifi « *la formulation se veut sans ambages, mais a pu être ressentie comme un couperet* ». Cette motivation « *relevant d'une sorte de jugement de valeur tendant vers des considérations doctrinales, la formulation semblait inadaptée, inopportune et superflue. En effet, elle était inutile car elle transparissait nettement de la référence à une situation de précarité économique ou de besoin qu'elle visait en réalité à justifier* »¹²⁰¹. La réserve héréditaire est « *victime de cette internationalisation, la reléguant à cette fonction alimentaire* »¹²⁰² et cette décision est une « *belle illustration de l'infiltration européenne et de la fondamentalisation du droit* »¹²⁰³.

¹¹⁹⁹ En ce sens : S. ARNAUD, « Les conséquences de la réduction en valeur », JCP N n° 47, 22 nov. 2013, 1270.

¹²⁰⁰ CA Paris, 16 déc. 2015, n° 13/17078 *Colombier* : JCP N 2015, n° 40, 1290, obs. É. FONGARO.

¹²⁰¹ S. TORRICELLI-CHRIFI, « Ordre public international - le 'dépeçage' de la réserve héréditaire », RLDC, n° 153, 1^{er} nov. 2017.

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ *Ibid.*

Cependant, un certain nombre d'auteurs ont immédiatement tempéré cette solution en distinguant ordre public international et ordre public interne. En effet, « *il n'est pas fait référence au traitement interne de la réserve héréditaire. Le lien n'est pas effectué, ce qui est compréhensible : il aurait frappé d'incohérence le raisonnement adopté. Rappelons que la conception alimentaire de la réserve n'est pas celle du droit français* »¹²⁰⁴. Il est tout à fait exact de marquer un temps d'arrêt sur les conséquences de ces arrêts qui ne trouvent à s'appliquer que dans le cadre d'une succession présentant un caractère international. Au surplus, il faudra observer que cette justification alimentaire ne sera pas reprise par les magistrats du quai de l'horloge¹²⁰⁵.

Néanmoins, cloisonner théoriquement et juridiquement les deux appréhensions des limites n'est pas réaliste, et ce serait totalement occulter le phénomène de darwinisme normatif vers lequel tend le droit français. Les occurrences pour une vision alimentaire de la protection réservataire ont déjà fait leur chemin dans les instances politiques. En est pour preuve la proposition de Frédéric Lefebvre en 2015 qui proposait que « *les descendants d'un donataire qui se trouveraient dans l'incapacité de mener une vie décente disposent de la faculté de saisir le Tribunal de grande instance afin de bénéficier d'une rente à la charge de la ou des institutions bénéficiaires afin de lui permettre de vivre décemment* »¹²⁰⁶. Il ne fait nul doute que l'orientation de la lettre de mission de la Ministre de la Justice en 2019 allait également dans ce sens quand elle se demande « *si l'internationalisation justifie une évolution du modèle français* ». Au-delà des positions politiques importantes, il faut soulever que le droit successoral français porte en lui d'ores et déjà certains marqueurs de « l'alimentarisation » de la protection réservataire. Cécile Pérès et Christophe Vernières rappellent que l'attraction du droit successoral « *pour une simple logique alimentaire trouve des illustrations dans la créance d'aliments que l'article 758 attribue aux ascendants ordinaires en contrepartie de la disparition de leur réserve héréditaire, ou encore dans le mécanisme qui permet de demander la révocation de la renonciation anticipée à l'action en réduction, lorsque au jour de l'ouverture de la renonciation à la succession le renonçant se trouve dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires* »¹²⁰⁷. Les deux auteurs expliquent également que ce mouvement de transformation de la réserve héréditaire n'est pas isolé et se trouve même bien plus avancé dans certains États : « *Une autre orientation consiste à basculer d'un système de droit fixe accordé par la loi vers un mécanisme de créances alimentaires fondé sur le besoin. En Louisiane par exemple la réserve héréditaire à la française a disparu en 1989.*

¹²⁰⁴ H. FULCHIRON, « Réserve et ordre public : protection nécessaire ou protection du nécessaire ? », *Dr. & Pat.* n° 246, 1^{er} avril 2015.

¹²⁰⁵ « *La Cour de cassation ne reprend pas cette formule. À aucun moment la cour régulatrice n'affirme que la réserve a une fonction alimentaire. Or, il est évident qu'un cloisonnement est impossible. Le lien existe malgré tout, mais l'on remarquera qu'il sera toujours interprété au détriment de la réserve concourant toujours un peu plus à son affaiblissement... La boucle se forme, privilégiant l'anticipation successorale à la protection des descendants* », É. FONGARO et E. NAUDIN, « Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public successoral », *JCP N* n° 20, 17 mai 2019, 1193.

¹²⁰⁶ Proposition de loi n° 2904 visant à permettre les dons patrimoniaux à des fondations ou associations reconnues d'utilité publique, Présenté par F. LEFEBVRE, 25 juin 2015.

¹²⁰⁷ C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 387.

*Depuis ce sont les descendants de moins de 23 ans et ceux qui, de tout âge, sont dans l'impossibilité de pourvoir à leurs intérêts en raison de leur état physique ou mental ont droit à une forced portion variant sur le nombre d'enfants. Ces tendances peuvent se combiner. Ainsi, aux Pays-Bas, le recul de la réserve héréditaire s'est accompagné de la consécration corrélative de nouveaux droits impératifs de type alimentaire au profit des enfants de moins de 21 ans (C. Civ., art. 4) »¹²⁰⁸. D'autres illustrations de ce mouvement de fond sont visibles en droit écossais ou encore en droit espagnol avec l'institution de la *mejora*¹²⁰⁹.*

2 - Les conséquences sur l'équilibre

260. La fonction de l'équilibre successoral. Si une partie de la doctrine relativise l'influence des arrêts du 27 septembre 2017 dans l'ordre interne - d'autant plus avec la résurgence du droit de prélèvement compensatoire -, il n'est à notre sens pas possible de fermer les yeux sur le darwinisme normatif rampant, en ce qui concerne le droit de la transmission, mouvement que ne saurait rompre les dernières tergiversations législatives. Au regard de l'équilibre de la transmission, ce courant s'avère dangereux. En effet, certains auteurs ont relevé, à très juste titre, qu'une telle évolution du droit aurait des répercussions très importantes dans le cadre de la transmission successorale. Christophe Lesbats relève que ce modèle « entraîne un abandon de notre modèle juridique au profit d'un modèle anglo-saxon, dont il est loin d'être certain qu'il est mieux armé pour défendre l'individu dans le cadre de la mondialisation. (...) Dans les faits on relève que les procès sont coûteux pour les parties ; leur issue imprévisible... les dernières volontés du défunt sont souvent peu respectées au terme de négociation entre les parties. On peut donc dans ces conditions préférer la rectitude de la loi à l'arbitraire du juge »¹²¹⁰. En effet, l'auteur touche du doigt le problème fondamental d'une évolution trop importante de l'équilibre. L'intégralité des questionnements sur l'ordre public successoral, et plus généralement sur le droit des successions et des libéralités, oppose deux camps : les défenseurs de la liberté testamentaire contre les défenseurs d'un ordre public successoral fonctionnel. Si la bataille semble complexe sur le plan international malgré de récentes agitations politiques qui n'ont que peu de chance de prospérer, le droit interne résiste. À notre sens, l'entier schéma de réflexion est bancal car il ne prend pas en compte la fonction de l'équilibre dans la matière successorale. Libéraliser le droit de la transmission en donnant à la volonté une marge de manœuvre encore plus grande s'inscrit dans une modification du droit successoral spécial. Il ne serait, en effet, pas ici question de modifier le droit des successions *ab in testat*. Il faut donc libérer la possibilité de faire d'un côté, et l'impossibilité de faire de l'autre, il faut modifier l'équilibre de la transmission. Or, dans la majorité des cas,

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ Not. sur ce sujet : É. FONGARO, « La protection des proches du défunt par le droit des successions : étude comparative des droits allemand, belge, espagnol, français et italien », *IP*, n° 3, 23 juill. 2021, JFA.

¹²¹⁰ C. LESBAT, *La dévolution successorale*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, p. 104.

l'équilibre, qui n'en porte pas le nom, est figuré avec son unique composante de la volonté en occultant totalement la question de la prévisibilité, pourtant tout aussi importante dans la caractérisation de l'anticipation successorale. Il y a donc ici un problème dans le raisonnement théorique et pratique. Lever les entraves de l'ordre public successoral pour permettre une transmission désinhibée est une chose, mais cette volonté unilatérale ne peut sereinement se développer si une frange des héritiers dispose d'une protection que celle-ci soit une réserve héréditaire ou une créance alimentaire. La question des conséquences au décès n'est jamais évoquée, et pourtant on sait en pratique que c'est la question la plus importante, car c'est à ce jour que les comptes s'ouvrent, et où tous les actes antérieurement pris vont ressurgir à l'aune des limites. Arpenter le chemin de la protection réservataire individualisée comme l'évoquait à demi-mots la Ministre de la Justice, c'est faire perdre à la transmission successorale deux choses fondamentales : la connaissance de l'interdit et la pérennité de la volonté dans le temps.

261. La connaissance de l'interdit. Sans revenir sur ce qui fonde la notion d'anticipation successorale, il faut rappeler que la pratique de l'anticipation et de la planification successorales utilise un lien temporel très important : étudier le passé et le présent pour anticiper l'avenir. La méthode de l'anticipation successorale va notamment permettre de cadrer la réflexion anticipative, et de déterminer la prévisibilité et l'efficacité de l'acte projeté. Cette méthode est notamment possible au regard du caractère juridique de la matière. Par opposition aux matières judiciaires qui, pour arriver à une solution nécessitent le passage devant un juge, une matière juridique permet de développer des effets sans jamais faire appel à un magistrat. Le droit des successions et des libéralités et plus généralement le droit de la transmission est en droit français une matière juridique en ce que le notaire, seul, peut recevoir les actes et liquider la succession de façon autonome.

L'aspect juridique de la matière tient notamment dans le caractère précis et *in abstracto* des limites posées par l'ordre public successoral : le *quantum* de la réserve héréditaire - et de la quotité disponible - est déterminable en fonction de sa filiation ; la fiscalité successorale peut s'appréhender ; les pactes sur successions futures autorisés et ceux interdits font l'objet aujourd'hui d'une nomenclature assez précise, il en est de même pour la prohibition des substitutions fidéicommissaires. C'est ainsi que les grandes limites de l'ordre public successoral sont connues et déterminables d'avance, sauf survenance d'un élément imprévisible comme un prédécès d'un présomptif réservataire. À l'aune de ce constat, la réflexion anticipative menant à une transmission successorale peut se faire de façon anticipée mais surtout pérenne, que nous qualifierons de connaissance de l'interdit.

En connaissant les limites applicables à sa volonté, il est possible d'anticiper sa succession sans jamais les outrepasser, et donc d'assurer à sa volonté le moins de contestations possibles.

Connaître le *quantum* de la réserve héréditaire, c'est connaître le montant que je peux léguer à un tiers sans risque d'une action en réduction, c'est également connaître dans quelle mesure je peux avantager le conjoint survivant en sécurisant au maximum sa situation via des avantages matrimoniaux ou une institution contractuelle d'héritier. Or, les récents débats sur la matière, et notamment ceux basés sur une « alimentarisation » des limites et l'influence d'un certain darwinisme normatif, poussent de plus en plus à se poser la question d'une individualisation des limites en fonction de l'héritier. Dans le contexte international, la scission semble consommée à l'aune des deux arrêts de 2017 qui conditionnent l'éventuelle protection réservataire à un état de besoin ou de précarité économique de la part de l'héritier. En droit interne, rares sont les règles qui se trouvent ainsi corrélées au décès, à un élément soumis à une certaine subjectivité.

La première, d'ores et déjà évoquée, est celle de la limite posée par l'ordre public successoral concernant l'assurance-vie. Les primes manifestement exagérées, pour être caractérisées nécessitent un examen *in concreto* pour déterminer si les primes versées ne se trouvent pas manifestement exagérées au regard du patrimoine du souscripteur assuré¹²¹¹. Cette limite, floue, est liée à la personne et au patrimoine du défunt, et donc même si cela s'avère complexe, il reste possible d'une façon ou d'une autre, de l'anticiper. La seconde, plus problématique, repose dans la clause de sauvegarde de la renonciation anticipée à l'action en réduction¹²¹². Dans cette configuration particulière, l'acte de planification est intimement lié à la situation de l'héritier qui ne peut être sereinement anticipée. Cette connaissance de l'interdit est un élément déterminant de la pérennité de la volonté.

262. La pérennité de la volonté et la responsabilité du conseil. L'impact de la connaissance sur le schéma de transmission est donc déterminant en ce qu'il fonde l'anticipation successorale dans sa fonction de prévisibilité. La connaissance du droit n'est pas un préalable requis pour faire un acte de planification successorale. Il est en effet tout à fait possible de passer un acte sans véritablement se soucier de ses éventuelles conséquences lors de l'ouverture de la succession. Reléguant cette question à de la pure prospective, le contribuable peut occulter les conséquences de son acte ou du moins ne pas réfréner sa planification successorale en conséquence. À ce sujet deux éléments doivent être soulevés.

Premièrement, cette possibilité relève d'une certaine incohérence. En effet, la fonction même de l'anticipation successorale est de prévoir les conséquences de sa succession future. À l'aune de ce décalage temporel entre l'établissement de l'acte et le moment de la succession, sa sécurisation dans le temps apparaît comme une fonction primordiale de l'anticipation successorale. Il n'existe

¹²¹¹ V. *supra*, n° 195.

¹²¹² C. civ. art. 930-3.

donc à notre sens d'anticipation successorale sans prévisibilité et sans pérennité. Or, au regard de la prévisibilité de l'acte anticipatif, comment assurer la pérennité de la volonté quand l'on ne connaît pas, à l'origine, les règles à ne pas franchir ? Comment déterminer *a priori* si une disposition législative étrangère n'est pas « manifestement incompatible » avec l'ordre public du *for* ? Toutes les questions d'un ensemble de règles protectrices *in abstracto* ou d'un contrôle judiciaire *in concreto* postérieur trouvent ici une application toute particulière.

Deuxièmement, au-delà de l'inefficience de la démarche, peut se poser la question de la responsabilité du professionnel du droit dans cette situation. *Quid* du défaut de conseil dans le cadre d'une organisation patrimoniale non pérenne ? À l'heure où la jurisprudence caractérise le devoir de conseil du professionnel du droit non pas comme une notion abstraite, mais comme un véritable accompagnement des clients dans leurs choix juridiques, une vigilance toute particulière doit être portée par ces derniers. Les juges de Cassation ont par exemple condamné un notaire qui n'avait pas suffisamment alerté les futurs époux « *sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations* »¹²¹³. Une interrogation légitime doit être posée : est-ce que ce raisonnement est transposable à d'autres situations de faits connexes ? *Quid* par exemple de la responsabilité du notaire rédacteur d'un acte de planification qui ne ferait pas preuve d'une pédagogie suffisante quant aux risques liés à une éventuelle remise en cause, au regard des règles de l'ordre public successoral ? La question reste entière, mais il ne fait aucun doute que la responsabilité du notaire, ou de l'avocat se verra engagée sur ce fondement.

L'avantage d'un corps de règles *in abstracto*, dans le cadre d'une volonté d'anticiper les conséquences futures de sa succession, est évident. En connaissant l'interdit il est plus facile de s'en accommoder mais également de le contourner. Toutefois, légitimer une exaltation de la volonté du *de cuius* au détriment de la prévisibilité, dans tout ce que cela implique au niveau de l'ordre public successoral interne comme international, n'est-ce pas mettre en péril la notion même d'anticipation ? La réponse à cette interrogation pourrait être d'origine prétorienne. Il n'est pas suffisant à notre sens d'objecter que l'éventuelle évolution du droit de la transmission ne serait pas bénéfique pour la matière, il convient de le prouver dans le cadre d'une étude prospective.

¹²¹³ Civ. 1^{ère}, 3 oct. 2018, n° 16-19.619 : « *Le notaire chargé de rédiger le contrat choisi par des futurs époux est tenu, non pas de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux, mais de les conseiller concrètement au regard de leur situation, en les éclairant et en appelant leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations* ».

Section 2

LES CONSÉQUENCES PRÉVISIBLES D'UN ÉQUILIBRE ROMPU

263. Les conséquences d'un équilibre rompu. Un interdit inconnu, une pérennité absente, une individualisation à l'excès et une volonté sans entrave, voilà le possible futur du droit des successions. Malgré la résurgence précaire d'un droit de prélèvement qui peine à convaincre, la conception nouvelle de l'ordre public successoral issue des arrêts *Jarre* et *Colombier* est une voie possible pour le futur de la matière (§ 1) et il est dès lors important de démontrer son inefficience à l'aune de la pratique (§ 2).

§ 1 - UNE CONCEPTION NOUVELLE DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

264. L'appel du sur-mesure. Le besoin d'autodétermination du *de cuius* se fait de plus en plus pressant, poussé par des doctrines borgnes refusant de reconnaître la fonction mère de l'équilibre successoral. Aujourd'hui, la qualité réservataire est intrinsèquement liée à la qualité héréditaire. Pour qu'un descendant - ou conjoint - bénéficie d'une telle protection il suffit qu'il soit appelé à la succession et l'accepte. Il n'existe pas de condition à remplir, pas d'état de nécessité à prouver. Néanmoins, nous verrons que le droit successoral français, s'il connaît une certaine individualisation de la protection successorale, ne connaît pas une telle corrélation entre condition et protection (A). Corrélation qui nécessite d'approfondir les notions de précarité économique ou de besoin (B).

A - Une nouvelle corrélation entre condition et protection

265. Une corrélation existante. En droit français, la protection des héritiers n'est pas corrélée à une condition, il n'existe donc pas de conditions pour devenir héritier autre que son rang. Les principaux droits héréditaires sont fixés par les articles 731 et suivants du Code civil. C'est ainsi qu'un ordre exclut un autre, et qu'un degré l'emporte sur l'autre. Un fois désignée, mis à part les corrections de la fente et de la représentation, la qualité d'héritier n'a pas à être motivée. Ces constatations ne sont pas universelles et il existe, en droit français, certaines configurations où une personne, que l'on ne peut nécessairement qualifier d'héritier, pourra revendiquer des droits dans la succession. On pense tout naturellement au droit à créance du conjoint survivant. Il en existe d'autres comme la créance des ascendants, le droit de retour des ascendants, le droit viager au logement, *etc.* Néanmoins le droit à créance du conjoint survivant est à notre sens symptomatique

d'une protection *in concreto* qui repose, non pas sur le défunt, mais sur la personne qui revendique le droit.

266. La créance du conjoint survivant. L'article 767 du Code civil prévoit : « *la succession de l'époux prédécédé doit une pension au conjoint successible qui est dans le besoin. Le délai pour la réclamer est d'un an à partir du décès ou du moment où les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient auparavant au conjoint. Le délai se prolonge, en cas d'indivision, jusqu'à l'achèvement du partage. 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. Toutefois, si le défunt a expressément déclaré que tel legs sera acquitté de préférence aux autres, il sera fait application de l'article 927* ». Ce droit issu de la loi du 9 mars 1891¹²¹⁴ est peu utilisé en pratique, premièrement car il est rare que le conjoint survivant se retrouve exhérédé complètement, deuxièmement car une telle action est particulièrement méconnue. Cette créance se fonde juridiquement sur la continuation du devoir de secours entre époux prévu à l'article 212 du Code civil¹²¹⁵. Cette dette d'aliment repose sur une double condition : un état de besoin du conjoint au jour du décès, et la solvabilité de la succession.

267. Concernant l'état de besoin. Ce droit contre la succession¹²¹⁶ appartient au conjoint successible qui se trouve dans un état de besoin¹²¹⁷. Il n'existe donc aucun doute sur le caractère alimentaire de cette réclamation. Ce droit à créance, ne pouvant être unilatéralement supprimé par le *de cuius*, est une composante de la notion cadre de l'ordre public successoral. Le droit français consacre donc depuis des années un droit *in concreto* non prévisible contre la succession. La présence d'une telle donnée nous permet de faire une analyse prospective sur l'existant. La première interrogation qu'il convient de se poser est la méthode de caractérisation de cet état de besoin. Le Code civil se veut simple et rend éligible au droit de créance le conjoint « *dans le besoin* ». Il faut donc se tourner vers la jurisprudence pour apprécier les contours d'une telle condition. Force est de constater que la littérature sur ce droit n'est pas très fournie et que la Cour de cassation n'est pas souvent sollicitée sur cette question. La Cour d'appel de Paris avait pu juger que la créance alimentaire du conjoint survivant n'avait pas pour finalité d'« *assurer au conjoint le maintien du train de*

¹²¹⁴ C. LESBAT, *op. cit.* p. 1301.

¹²¹⁵ Civ. 1^{ère}, 17 janv. 1995, n° 92-21.599, Bull. civ. I, n° 30 : D. 1995. Somm. 329, obs. M. GRIMALDI : « *Relevant à propos du devoir de secours entre époux que l'obligation alimentaire pesant sur la succession de l'époux prédécédé n'est que sa continuation* » ; JCP 1995. I. 3876, n° 3, obs. R. Le GUIDE. Également sur le sujet : C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *op. cit.*, p. 214 - J. FEHRENBACH, « *Devoir de secours des époux et pension alimentaire après décès* », LPA 2000, n° 260, p. 4 - A. TANI, *op. cit.* p. 231 : « *Le conjoint survivant peut aussi compter sur le maintien d'une certaine solidarité alimentaire : 'la succession de l'époux prédécédé doit une pension au conjoint successible qui est dans le besoin' (C. civ., art. 767). Ce 'droit à pension' contre les forces de la succession est une forme de prolongement du devoir d'assistance et de secours de l'article 212 du Code civil. Il souligne la primauté des droits individuels impératifs de l'ex-conjoint sur le groupe familial* ».

¹²¹⁶ C. LESBAT, *ibid.*

¹²¹⁷ CA. Amiens, 16 juin 1980 : JCP N 1984, II, n° 243.

vie dont il jouissant durant le mariage »¹²¹⁸. Par ces précisions et ce choix de mots précis la Cour d'appel fait une scission claire entre ce droit alimentaire et la méthode de la prestation compensatoire, pourtant elle aussi conséquence de la fin du devoir de secours. En effet, l'article 270 du Code civil prévoit expressément que « *le divorce met fin au devoir de secours entre époux. L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge* ». Il faut donc se détourner de toute comparaison entre la méthodologie de ces deux droits. À la lecture de la jurisprudence il ne faut donc pas chercher dans ce droit un substitut d'héritage mais une créance visant à permettre au conjoint survivant de faire face à ses charges, lorsque ses besoins excèderaient ses ressources. Pour apprécier l'état de besoin il convient de tenir compte des ressources de celui-ci. La jurisprudence nous apprend qu'il convient de retenir toute sorte de flux financier positif : revenu, loyer, réversion, allocation, etc.¹²¹⁹. À ces flux financiers existants, il faut aussi prendre en compte le résultat de la succession en termes d'allotissement. C'est ainsi que la vocation successorale du conjoint survivant en pleine propriété ou en usufruit, mais également le bénéfice d'un testament, d'une institution contractuelle d'héritier, d'une assurance-vie ou même d'un droit viager au logement, devront être pris en compte dans la détermination de l'état de besoin. Malgré leur prise en compte il est nécessaire de souligner que, selon la doctrine, l'éventuelle créance alimentaire ne se cumule pas avec les droits successoraux du conjoint, il n'y a pas ici de mécanisme d'imputation comme on peut le connaître pour le droit viager au logement. Christophe Lesbats précise que « *selon un arrêt rendu par la Cour de Cassation le 9 mars 1994, elle (la créance) se cumule avec ses droits successoraux lesquels, par hypothèse seraient insuffisants à couvrir ses besoins* »¹²²⁰. Le Professeur Grimaldi résume parfaitement cette dichotomie : « *la pension alimentaire vise à garder le créancier de l'état de besoin, la vocation héréditaire assure la transmission des richesses* »¹²²¹.

Cet état de besoin caractérisé doit exister au jour du décès¹²²² et doit être démontré par le conjoint demandeur¹²²³. En effet, pour voir une telle créance prendre vie, il incombe au conjoint survivant de la réclamer dans les délais prescrits par l'article 767 du Code civil. Il apparaît dès lors que pour stopper le délai, il convient pour le conjoint de saisir par voie d'assignation le Tribunal judiciaire compétent afin d'interrompre le délai de prescription.

¹²¹⁸ CA. Paris, 6 janv. 2010, n° 08/24192 : obs. C. LESBAT, *op. cit.*, p. 470.

¹²¹⁹ CA. Versailles, 1^{ère} ch. ; 25 nov. 2010, n° 09/05044.

¹²²⁰ C. LESBAT, *op. cit.*, p. 471

¹²²¹ Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1994 : D. 1995, somm. p. 44, obs. M. GRIMALDI.

¹²²² *Ibid.*

¹²²³ Cass. 1^{ère} civ., 14 oct. 2000, n° 98-12.820.

268. Une succession solvable. L'article 767 du Code civil prévoit expressément que la pension alimentaire est due par la succession. Sont donc tenus à cette charge alimentaire les héritiers *ab intestat* du défunt. La pension alimentaire est prélevée sur la succession ce qui implique un certain nombre de calculs liquidatifs. Il a récemment été jugé que l'existence de biens difficilement mobilisables ne fait pas obstacle à la créance alimentaire du conjoint survivant¹²²⁴.

269. Un régime à exploiter. La créance alimentaire prend la forme d'une rente¹²²⁵ dont le montant dépend des besoins du créancier et de la succession¹²²⁶. La pension alimentaire prend effet dès le décès, et a un caractère viager si le créancier continue à répondre aux caractéristiques suivant lesquelles elle lui a été accordée. Il est à noter que le montant de ladite pension peut se voir diminué si le conjoint survivant voit ses ressources augmentées, réduisant consubstantiellement son état de besoin. Elle peut même se voir supprimée si l'état de besoin n'existe plus. À l'inverse, si les ressources diminuent il est soutenu que le montant de la pension ne pourra être activé¹²²⁷. Par exception il peut être prévu dans le jugement une clause d'indexation de la pension pour pallier l'inflation¹²²⁸. Il est intéressant de noter que la décharge du débiteur pour manquement grave du créancier à ses obligations ne s'étend pas à ce droit de créance. Concernant la taxation, cette créance ne sera pas soumise aux droits de mutation à titre gratuit¹²²⁹, mais sera imposée directement entre les mains du conjoint survivant dans la catégorie des traitements et salaires¹²³⁰. Ce droit de créance se retrouve également pour les ascendants ordinaires¹²³¹. Comme pour le droit de créance du conjoint, ce droit est de nature alimentaire car fondé sur un état de besoin, mais également successorale car les débiteurs n'en sont tenus qu'à hauteur de la succession. Au regard de leur similitude, la doctrine s'accorde pour appliquer le même régime pour les deux actions¹²³².

¹²²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2019, n° 18-13.526 : *Dr. fam* 2019, comm. 83, obs. M. NICOD.

¹²²⁵ C. LESBAT, *op. cit.* p. 477.

¹²²⁶ Civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, n° 91-21.021, Bull. civ. I, n° 88 : *D.* 1994. 44, obs. M. GRIMALDI ; *D.* 1995., Somm. 44, obs. M. GRIMALDI : « *Le droit du conjoint est un droit à une pension et non à un capital. Cette pension est due par la succession et non par les héritiers, son montant est fixé en fonction des besoins du conjoint survivant et des forces de la succession au jour de l'ouverture de celle-ci ; elle peut se cumuler avec les droits successoraux du conjoint successible* ».

¹²²⁷ C. LESBAT, *op. cit.* p. 480.

¹²²⁸ C. LESBAT, *op. cit.* 478.

¹²²⁹ *Ibid.*, p. 479.

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ Selon la lettre de l'article 758 du Code civil : « *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. Le délai pour la réclamer est d'un an à partir du décès ou du moment à partir duquel les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient auparavant aux ascendants. Le délai se prolonge, en cas d'indivision, jusqu'à l'achèvement du partage. 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. Toutefois, si le défunt a expressément déclaré que tel legs sera acquitté de préférence aux autres, il sera fait application de l'article 927* ». Ce droit ne bénéficie pas aux père et mère, mais uniquement aux ascendants ordinaires et ne s'applique peu important la volonté contraire du *de cuius*, ce qui permet à une partie de la doctrine d'afficher son caractère d'ordre public (Not. en ce sens : B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIF, *op. cit.*, p. 366).

¹²³² C. LESBAT, *op. cit.* p. 365.

On s'aperçoit donc que malgré certaines postures, l'incursion d'une nature alimentaire dans le droit des successions est présente depuis de nombreuses années. Cette « alimentarisation » de la succession ne touche pas directement les membres de la famille nucléaire ce qui explique tout particulièrement sa discrétion. Également, que ce soit la créance des ascendants ou du conjoint, celle-ci est en pratique très peu répandue. En effet, pour les ascendants la vie fait qu'ils ne sont souvent plus là pour la réclamer. Concernant le conjoint survivant, cette créance étant en supplément de ses droits successoraux et de la liquidation du régime matrimonial, son recours s'avère être infiniment subsidiaire.

270. La clause qui sème le trouble. À la lecture de certains travaux, il apparaît que le droit français serait prêt à connaître une « alimentarisation » plus poussée du droit des successions, notamment forcée par un certain darwinisme normatif. Il est tout particulièrement pris pour exemple le cas de l'article 930-3 du Code civil qui prévoit que « *Le renonçant ne peut demander la révocation de sa renonciation que 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* ». Cet article est notamment complété par l'article 930-4 du même code qui prévoit que cette révocation n'a jamais lieu de plein droit et doit être actionnée dans l'année, soit lors de l'ouverture de la succession concernant l'état de besoin. Il poursuit « *La révocation en application du 2° de l'article 930-3 n'est prononcée qu'à concurrence des besoins de celui qui avait renoncé* ». L'activation de cette clause de sauvegarde apparaît être une chimère en droit patrimonial de la famille, tant elle est rare et tant la jurisprudence n'en fait pas ou peu mention à notre connaissance. Néanmoins certains enseignements peuvent être tirés de ces dispositions à l'aune de notre étude. La première interrogation se pose sur la question du régime de cette révocation et du régime du rétablissement de la protection. La lettre de l'article nous indique : « *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* ». Dès lors pouvons-nous *in extenso* reprendre la clé de caractérisation des articles précédents ? « *Au jour de l'ouverture de la succession* » induit que c'est au jour du décès que l'on doit se positionner sur l'état de besoin ou non de l'héritier, en cela la clé de réflexion est similaire. Mais il poursuit comme ceci « *état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires* ». Il faut ici prendre un autre axe de réflexion. L'état de besoin présentement caractérisé n'est pas autonome de la succession, en ce qu'il doit être la résultante de la renonciation anticipée à l'action en réduction. C'est-à-dire que, sans ce pacte sur succession future, il ne devrait pas être dans un état de besoin. Si la finalité apparaît peu ou prou la même que pour la caractérisation antérieure, elle n'est pas exactement la même, notamment sur la

méthode en ce qu'une double liquidation semble ici nécessaire pour apprécier l'état de besoin, la seule caractérisation des flux s'avérant insuffisante.

D'autres questions se posent : *quid* si l'état de besoin persistait malgré l'absence de renonciation anticipée ? En effet, l'article prévoit que la révocation ne peut se faire que si l'état de besoin disparaît dans l'hypothèse où l'on efface le pacte. *Quid* de la persistance de l'état de besoin malgré la révocation du pacte ? Quelle conséquence par exemple si la renonciation portait sur un ensemble immobilier non productif de revenus ? En effet, l'état de besoin précédemment caractérisé étant lié au besoin et au flux financier positif, comment caractériser si l'état de besoin se trouve révolu par l'acquisition de parts indivises dans un bien non productif de revenus, l'état de « cessation des paiements » est-il résolu par l'attribution d'un actif non liquide productif de charges et non de revenus ? La question reste entière. Ensuite, si la révocation est permise, à qui doit-on s'adresser, et quelle serait la forme prise par le rétablissement de la protection réservataire ? Sur le régime procédural d'une telle révocation il appert que rien n'est précisé, mais rien n'empêcherait *a priori* de s'adresser au notaire si toutes les parties sont d'accord pour voir révoquer la renonciation, et rétablir une protection au renonçant dans un état de besoin causé par cette même protection. Il ne fait nul doute que la voie judiciaire sera privilégiée. Mais dès lors, *quid* d'un rétablissement de la protection réservataire ? À la lecture de l'alinéa 2 de l'article 930-4 du Code civil, un tel rétablissement ne devrait se faire qu'à concurrence des besoins de celui qui avait renoncé. Il apparaît dès lors qu'un tel rétablissement ne ferait pas émerger un rétablissement intégral de la réserve héréditaire, mais uniquement un droit à hauteur de l'état de besoin. Au-delà du *quantum*, aucune mention n'est faite sur la forme de ce rétablissement. Il appert qu'un droit de créance serait à privilégier eu égard à la rédaction.

On voit que la question de l'état de besoin issue de la clause de sauvegarde pose un nombre important de questions non encore purgées par la pratique. Il ne fait que peu de doute que la majorité, voire la quasi-totalité des notaires sont dans l'incapacité de donner suite à un tel droit de révocation, ceux-ci n'ayant tout bonnement pas les armes. Il est d'ailleurs permis d'être étonné de la persistance en l'état d'une telle rédaction quand déjà en 2006 Henri de Richemont rapportait que la notion d'état de besoin du renonçant « *était jugée très imprécise par les personnes auditionnées par votre rapporteur, qui ont craint qu'elle ne suscite un large contentieux. Elle devra s'apprécier au regard de l'article 208 du Code civil, qui précise que 'les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit'. La Cour de cassation a indiqué que celui qui est dans le besoin ne doit pas être en mesure d'assurer lui-même sa subsistance, en particulier en exerçant une activité rémunérée* »¹²³³.

¹²³³ H. De RICHEMONT, « La réforme des successions et des libéralités », *Rapport n° 343*, Doc. Sénat, session ord. 2005-2006, p. 242.

Sur ces bases déjà très mouvantes, vient s'ajouter une nouvelle perspective induite du darwinisme normatif, et d'une certaine volonté politique de voir évoluer la protection réservataire. Cela fut amorcé dans le cadre des successions internationales par les deux arrêts du 27 septembre 2017.

271. Une corrélation extensive. L'existence d'une corrélation entre protection et besoin existe d'ores et déjà dans le droit successoral. En cela, le glissement des arrêts de 2017 n'est pas une nouveauté. Néanmoins cette association de notions n'avait jusqu'alors jamais atteint la protection réservataire de façon frontale, la clause de sauvegarde des articles 930-3 et suivants du Code civil nécessitant *ab ante* une volonté de renonciation du présomptif réservataire. En droit international privé, la Cour de cassation considère depuis ces arrêts qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels. Reprenant une formule consacrée par la Cour d'appel de Paris¹²³⁴ la cour régulatrice souligne que les parties ne se trouvaient pas dans « *une situation de précarité économique ou de besoin* »¹²³⁵. La Cour de cassation rompt ici le caractère *in abstracto* de l'ordre public successoral interne en proposant une protection sur mesure de la défense française. Ces décisions s'ancrent dans le cadre des successions internationales, il faut donc relativiser leurs incidences dans le cadre d'une succession interne. Néanmoins, l'absence de revirement de jurisprudence et les différentes mentions, incursions, d'une telle volonté en droit interne commandent de s'interroger sur les conséquences pratiques d'une telle protection *in concreto* de l'ordre public successoral. Une réserve doit tout de même être posée avant tout développement. Si le droit de prélèvement de la loi n° 2021-1109 venait à s'ancrer dans le droit matériel français, il conviendrait d'apprécier la compatibilité de ces jurisprudences avec ce nouveau droit. En effet, la lettre de l'alinéa 2 de l'article 913 du Code civil ne ferait pas appel à cette notion de précarité économique ou d'état de besoin. Il est à ce stade extrêmement prématuré d'opposer une fin de non-recevoir aux décisions *Jarre* et *Colombier*, car dans l'hypothèse où cet ajout législatif se verrait retoqué il conviendrait de revenir sur ces deux décisions comme étant la règle.

¹²³⁴ CA Paris, 16 déc. 2015, n° 13/17078.

¹²³⁵ É. FONGARO, « La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international », *JCP N* n°45, 10 nov. 2017.

Cela étant rappelé, de nombreux auteurs se sont interrogés sur les conséquences de ces arrêts¹²³⁶, de telle sorte que l'on peut légitimement penser que tout a été dit sur ce sujet. Nous analyserons tout particulièrement les incidences pratiques d'un tel bouleversement juridique sur l'anticipation successorale et sa pratique. La résultante principale de ces deux arrêts est l'incertitude qui en découle, car si les magistrats n'ont pas repris *in extenso* les termes de l'arrêt d'appel, ils ont pour sûr repris leur essence en consacrant une protection corrélée à un état de besoin ou de précarité de l'héritier. Or, nous l'avons précédemment évoqué, l'incertitude qui s'oppose à la prévisibilité est le lincoln de l'anticipation successorale. Cette modification de la protection amène une grande incertitude, car, malgré les nombreuses études qui ont découlé de ces décisions, l'on ne sait en définitive pas grand-chose de cette protection réservataire hybride. S'il est facile de poser le constat des interrogations, trouver des réponses semble être chimérique et oblige de s'interroger sur le glissement vers un « anglosaxonisme successoral ». Par comparaison et pour se forger une idée du régime d'une telle protection il est possible de se tourner vers l'article 3 de *l'inheritance act* qui prévoit toute une série de données à prendre en compte pour apprécier le droit de l'héritier à demander une provision contre la succession de son ascendant. Les éléments pris en compte dans le droit anglo-saxon fonctionnent comme une faisceau d'indices reposant sur : « *les ressources financières et les besoins financiers que le demandeur a, ou est susceptible d'avoir, dans un avenir prévisible ; les ressources financières et les besoins financiers que tout autre demandeur d'une ordonnance en vertu de l'article 2 de la présente loi a, ou est susceptible d'avoir, dans un avenir prévisible ; toutes les obligations et responsabilités que le défunt avait envers tout demandeur, ou envers tout bénéficiaire de la succession du défunt ; la taille et la nature de la succession nette du défunt ; tout handicap physique ou mental de tout demandeur ou de tout bénéficiaire de la succession du défunt ; toute autre question, y compris la conduite du demandeur ou de toute autre personne, que la Cour peut considérer comme pertinente dans les circonstances de l'affaire* »¹²³⁷.

Dans un contexte international - et sauf persistance du droit de prélèvement - la détermination de ces données devrait se faire en deux temps. D'abord, il conviendra de déterminer si l'application de la loi étrangère ne laisse pas l'héritier dans un état de besoin. Ce n'est que si la loi étrangère ne prévoit aucun équivalent fonctionnel suffisant à purger la précarité de l'enfant que

¹²³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 *Jarre* et n° 16-13.151, *Colombier* : JCP N 2017, act. 850 et JCP N 2017, p. 1305, É. FONGARO ; JCP N 2018, n° 27, 1239, note C. DENEUVILLE et S. GODECHOT-PATRIS ; JDI 2018, comm. 3, p. 113, E. BENDELAC ; JCP G 2017, 1236, C. NOURISSAT et M. REVILLARD ; D. 2017 p. 2185, J. GUILLAUME ; AJ famille 2017, 595, A. BOICHÉ ; *ibid.*, p. 598, obs. P. LAGARDE ; D. 2017, p. 2310, H. FULCHIRON ; RJPF 2017, p. 44, note S. GODECHOT-PATRIS et S. POTENTIER ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 87, note B. ANCEL ; *Dr. fam.* 2018, étude 13, n° 5, note D. VINCENT ; *RTD civ.* 2017, p. 833, obs. L. USUNIER ; *ibid.* 2018, p. 189, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. fam.* 2017, comm. 230, obs. M. NICOD ; *Defrénois* 2017, p. 1, obs. M. GRIMALDI ; *ibid.*, p. 26, obs. M. GORÉ ; *ibid.*, p. 40, obs. C. NOURISSAT ; *Gaz. Pal.*, 28 nov. 2017, n° 41, p. 49, obs. Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; *ibid.*, p. 70, obs. G. DUMONT ; *RLDC* 2016-11, p. 30, obs. S. TORRICELLI-CHRIFFI.

¹²³⁷ Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, sec. 1.

viendra s'appliquer la sauvegarde prévue par l'exception d'ordre public international. Dans le cadre d'une future succession française, il conviendra peut-être pour le présomptif réservataire de prouver au décès, son état de besoin pour bénéficier d'un droit à réserve dans la succession de son ascendant. Mais comment apprécier cet état de vulnérabilité du présomptif réservataire, faut-il se calquer sur les prescriptions déjà connues par le droit français ? S'il faut évidemment s'en inspirer, nous ne le pensons pas, car aucune des créances ou des clauses de sauvegarde prévues par le droit français ont la vocation de remplacer la protection de l'ordre public successoral. Se pose donc pour le praticien la question de l'appréhension de cet état de précarité. Si *in fine* ce serait au magistrat de se pencher sur cette question, le praticien devant regarder une anticipation successorale doit pouvoir, autant que faire se peut, déterminer l'éventualité d'une telle situation. Nous pouvons faire le parallèle avec la question de la prestation compensatoire et sa valorisation. Dans le cadre d'un divorce contentieux, ce sera au magistrat de valoriser le *quantum* de cette prestation, en prenant notamment en considération la durée du mariage, l'âge et l'état de santé des époux, le patrimoine estimable et estimé, *etc.* La clé de calcul se base à la fois sur des éléments objectifs qui peuvent être déterminés, et des éléments subjectifs qui eux relèvent de l'appréciation souveraine du juge. Si des logiciels existent aujourd'hui pour estimer le *quantum* d'un tel droit, il n'existe aucune certitude que le montant réclamé corresponde à celui retenu par le magistrat. On voit clairement se dessiner la difficulté pratique induite de l'absence d'un équilibre stable dans le droit de la transmission. Car la protection *in concreto*, sans borne préétablie, laisse le champ des possibles ouvert à l'intégralité des différentes situations factuelles. Ces situations pouvant amener à un résultat différent, personne n'est en mesure d'appréhender toutes les implications. Sur les conséquences de ces évolutions, Hugues Fulchiron soulevait qu'il « restera à construire le régime de cette obligation qui perdure au-delà de la mort »¹²³⁸, s'il n'est pas question de créer *ex nihilo* un tel régime que nous pensons mortifère pour la planification successorale, il est important de mettre en lumière le nombre exponentiel des interrogations qui pourraient en découler.

B - Les notions de précarité économique ou de besoin

272. Le besoin de protection. L'état de besoin et/ou de précarité économique existent déjà en droit des successions et des libéralités, néanmoins, les différents régimes applicables ne peuvent à notre sens être transposés *in extenso* dans le cadre d'une atteinte unilatérale au droit réservataire. Mais alors, comment pourrait-on apprécier cette notion tout en apprenant de tout ce que l'on sait ? En droit, ces deux appréciations sont connues. L'état de besoin, repris dans les

¹²³⁸ H. FULCHIRON, « Ordre public successoral et réserve héréditaire – réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p. 2310.

différents droits précédemment évoqués, se retrouve également à l'article 205 du Code civil¹²³⁹. Sophie Potentier-Rios définit cette notion de besoin comme étant restrictive. Selon elle « *elle suppose que l'héritier n'est pas en mesure de subvenir, par ses propres moyens et ressources, à ses besoins les plus élémentaires autrement dit vitaux. Le créancier ne doit pas forcément avoir une absence de ressources totale, mais leur faiblesse doit le mettre dans un état d'indigence qui va au-delà de la gêne et dure dans le temps* »¹²⁴⁰. À l'instar des enseignements de l'article 767 du Code civil, il conviendrait de prendre en compte toutes les ressources du présomptif réservataire mais également ce qu'il serait susceptible de recevoir lors de la succession¹²⁴¹. La notion de précarité économique apparaît être une notion plus large que celle de besoin. Hugues Fulchiron, sur la notion de précarité, précise qu'elle désigne « *la situation de fragilité et d'instabilité d'une personne qui ne peut subvenir à ses besoins et/ou risque de ne pouvoir assumer ses engagements. Elle renvoie à l'idée d'insécurité et de vulnérabilité* »¹²⁴². L'auteur soulève très justement que les arrêts du 27 septembre 2017 visent uniquement la précarité économique ce qui aurait pour conséquence d'exclure la précarité personnelle liée à la maladie ou l'âge, bien que ces différentes situations soient liées. Sophie Potentier-Rios précise que cette notion de précarité économique est connue en jurisprudence et est distincte de la notion de besoin « *dans un arrêt en date du 9 janvier 2012 (...) les juges lyonnais distinguent bien la notion de précarité économique de celle de besoin : bien que l'épouse soit dans une situation de précarité économique, elle ne justifie pas d'un état de besoin ouvrant droit à une pension alimentaire* »¹²⁴³. Dès lors, selon l'auteure, la notion de précarité « *serait plus large que celle de besoin et devrait permettre aux enfants, dans une situation fragile et instable, même s'il ne sont pas dans le besoin de faire jouer l'ordre public international* »¹²⁴⁴. Pratiquement, l'appréciation de ces deux notions appelle une série d'interrogations.

273. Une appréciation temporelle de la précarité économique ou du besoin. La première question qui doit pouvoir être purgée à l'aune de cette protection, est le point de référence qui doit être retenu pour déterminer l'état de besoin du présomptif réservataire. Doit-il être antérieur au décès, ou doit-il en être la résultante ? La situation de précarité ou de besoin peut être appréciée de deux façons. Le premier cas est la situation antérieure au décès. Dans cette hypothèse il conviendra de déterminer si la situation de besoin ou de précarité de l'héritier était existante avant

¹²³⁹ C. civ. art. 205 : « *Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin* ».

¹²⁴⁰ S. POTENTIER-RIOS, *Les frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille*, thèse, Paris-Est, 2020 p. 247.

¹²⁴¹ « *La notion de « besoin » est au contraire juridiquement bien construite, à travers les règles de l'obligation alimentaire. En droit des successions, elle intervient déjà au profit de certains membres de la famille du de cujus. Ainsi, l'héritier réservataire qui a renoncé à sa réserve peut-il demander la révocation de sa renonciation si, « 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 » (art. 930-3, 2°, c. civ.) ; de même, l'article 767 du Code civil prévoit-il que la succession de l'époux prédécédé doit une pension au conjoint successible qui est dans le besoin (pour les ascendants autres que les père et mère, V. art. 758 c. civ.)* », H. FULCHIRON, *op. cit.*

¹²⁴² *Ibid.*

¹²⁴³ S. POTENTIER-RIOS, *op. cit.*, p. 249.

¹²⁴⁴ *Ibid.*

l'ouverture de la succession. Ainsi, le fait de ne pas hériter ne devrait pas créer la précarité ni l'aggraver sauf à considérer que la protection de la réserve est une espérance de gain, ce qui n'est à notre sens pas le cas. Le second cas est la situation de précarité ou de besoin induite du décès. On se retrouverait ici en quelque sorte dans le même cas que la clause de sauvegarde de l'article 930-3 du Code civil. Dans cette hypothèse plusieurs situations peuvent se retrouver, mais il apparaît assez évident que si la mort entraîne un état de dépendance c'est que l'héritier était nécessairement entretenu de son vivant. Ainsi dans ce cadre, l'état de dépendance constaté est temporellement et directement lié à l'ouverture de la succession. La protection réservataire devrait automatiquement s'appliquer.

Comme le soulève très justement le Professeur Fongaro, il ressortait de l'arrêt n° 16-13.151, « *que seule méritait une protection, la personne qui était dans une situation de dépendance économique à l'égard du défunt, avant son décès, et qui se trouverait dans un état de précarité économique ou de besoin en raison même du décès* »¹²⁴⁵. Il précise qu'à l'aune des deux arrêts de cassation, la question de l'appréciation de la dépendance économique doit se faire si « *l'application de la loi étrangère laisse l'héritier réservataire dans une situation de précarité économique ou de besoin, sans forcément l'y placer, pour que la loi étrangère soit susceptible d'être évincée* »¹²⁴⁶. Par analogie dans une analyse prospective en droit interne, il suffirait donc que les actes pris par le *de cuius* laissent le présomptif réservataire dans un état similaire. Il apparaîtrait donc peu important que la précarité soit préexistante ou non. Une question reste néanmoins entière : *quid* de l'après succession ? *Quid* d'un état de nécessité qui naîtrait après la liquidation-partage de la succession ; devra-t-elle être prise en compte ? Ou devrait-on *mutatis mutandis* appliquer les règles présentes pour la créance du conjoint survivant ? Calquer le régime de l'article 767 du Code civil n'est pas une solution pérenne quand on sait que cette créance n'a pas vocation à remplacer l'émolument successoral. Dès lors que la protection ici se substituerait à la protection réservataire, il conviendrait d'être plus sévère dans ses critères d'appréciations, la portée étant différente. Cependant, il apparaît que rouvrir la succession dans l'hypothèse où l'héritier se trouverait dans une situation de précarité postérieure ajouterait une insécurité juridique supplémentaire et serait en pratique impossible. À la suite de cette interrogation, une autre problématique peut se poser : *quid* d'un retour sur meilleure fortune de l'héritier ? Pourrait-on revenir sur ce qu'il lui a été accordé au titre d'une précarité qui n'existerait plus ? Cette question semblerait purgée par l'application du droit actuel. En effet, l'action tendant à se faire reconnaître un caractère de précarité et de besoin n'a de sens que si le *de cuius*, par un acte de volonté unilatéral, réduit ou supprime la vocation

¹²⁴⁵ É. FONGARO, « La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international », *JCP N* n°45, 10 nov. 2017. Également sur ce sujet : J.-L. van BOXSTAEL et É. FONGARO, « Successions internationales, droit de prélèvement et exception d'ordre public. À propos des arrêts Kazan et Colomby de la Cour d'appel de Paris » *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, vol. 2016, n° 2, pp. 199-215.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

héritaire de l'héritier présomptif. Dès lors, l'héritier se voyant lésé devra agir contre cet acte de volonté qui ne prendra réellement effet qu'à l'ouverture de la succession. Il conviendrait donc de suivre les traces de l'actuelle action en réduction. En droit positif, l'action en réduction des libéralités excessives est enfermée dans un délai de prescription précis. L'héritier a donc jusqu'à cinq ans, voire dix ans, pour agir en réduction de la libéralité excessive. Dans tous les cas, il convient d'apprécier ce jour de la réduction à l'aune de la photographie du patrimoine au décès. *Mutatis mutandis* il faudrait donc apprécier l'état de besoin ou de précarité au jour de la succession sans prendre en compte les éventuelles évolutions postérieures à la liquidation. Au-delà de la question temporelle qui semble être complexe, se pose la question de l'appréciation matérielle de la précarité économique ou de besoin.

274. Une appréciation matérielle de la précarité économique ou de besoin. Là encore, la jurisprudence de la Cour de cassation nous laisse dans un état de questionnement important. Nous avons évoqué que le droit français connaissait la caractérisation de cet état de besoin, mais celui-ci ne se consacre principalement qu'à une notion de flux financier et n'est retenu que dans un but alimentaire sans autre considération successorale. Concernant la question de la matérialité de la précarité ou du besoin dans le cadre de la protection réservataire, la détermination reste inexploitée. Comment pourrait être apprécié cet état de précarité du présomptif réservataire ? Il faudra nécessairement se référer à ses besoins et ses ressources, mais déterminer le lien entre cet état de fait et la protection réservataire est un exercice périlleux. Le premier problème d'une telle notion est son caractère éminemment subjectif, dès lors faudrait-il poser des bornes stables et communes à la précarité matérielle, ou faut-il au cas par cas apprécier cette donnée ? Il semblerait qu'aucune des deux solutions ne soit satisfaisante, car la première reviendrait à harmoniser des situations où chaque patrimoine familial est différent, et l'autre, en l'absence d'un *minimum* de caractérisation de la notion, induit l'absence totale de prévisibilité des solutions. Pour pallier cette problématique, une des questions à se poser est la suivante : faut-il apprécier la précarité ou l'état de besoin eu égard au seul présomptif réservataire, ou alors faut-il qu'elle soit corrélée avec le patrimoine successoral du défunt ? Cette solution permettrait d'apporter une réponse réaliste à la protection réservataire à notre sens.

A la suite de cela, se pose la question des éléments qui devront être pris en compte pour déterminer, côté héritier, cet état de besoin ou de précarité. Premièrement, devront être pris en compte les flux financiers positifs. On pense alors à tous les revenus salariés, fonciers, dividendes, allocations, *etc.* Mais après avoir caractérisé qu'il fallait prendre en compte les revenus, reste en suspens un nombre important de questionnements. Faut-il par exemple prendre en compte les

seuls revenus de l'héritier ou retenir les revenus de son foyer fiscal, et dans ce cas prendre en compte les revenus du conjoint ? Cela tomberait sous le sens car le présomptif héritier ne pourrait décemment être dans un état de besoin si son conjoint subvient par son travail aux besoins du couple et de la famille. Mais dès lors, *quid* des couples non mariés et non pacsés qui ne déclarent pas ensemble leurs revenus ? Faut-il, au regard de la précarité du concubinage, exclure les revenus du concubin ? L'égalité entre les héritiers se trouverait rompue. La question du présomptif héritier en instance de divorce pose également une question. Faut-il exclure de fait les revenus du conjoint en instance de divorce ? *Quid* du divorce par acte d'avocat qui ne fait pas intervenir une véritable instance ? *Quid* du retrait de l'affaire si les époux se réconcilient ? Un autre questionnement pourrait également venir non pas au niveau du foyer mais directement au regard des flux financiers de l'héritier. Imaginons un héritier, associé d'une société personne morale, qui ne se voit attribuer aucun dividende du fait de l'absence de distribution ; ou un associé qui se rémunérerait uniquement par voie de compte courant d'associés ? Comment prendre en compte cette situation au regard de l'état de besoin si la déclaration d'impôts de l'héritier ne fait pas apparaître de revenus imposables ? En sus des flux financiers devront être pris en compte dans l'appréciation matérielle le patrimoine, au sens large, du présomptif réservataire. Par patrimoine il convient d'entendre non seulement le patrimoine immobilier détenu directement ou indirectement via une personne morale, mais également le patrimoine financier et assurantiel. Là encore peuvent se poser un nombre infini de questions sur le périmètre, mais également sur la valorisation à prendre en compte pour le patrimoine.

Concernant le périmètre, si un bien se trouve en indivision, il ne fait que peu de doute qu'il devrait être pris en compte pour la portion indivise de l'héritier. *Quid* d'un bien compris dans un régime de communauté, ou d'un bien immobilier détenu pour moitié, mais sur lequel l'héritier détient une créance de financement importante ? La créance ou la récompense n'étant en théorie exigibles qu'à l'aune de la liquidation du régime matrimonial, ne sera prise en compte que pour la portion d'acquisition. Toujours concernant le périmètre, *quid* de l'éventuel patrimoine détenu par les enfants mineurs dont le parent, présomptif réservataire, exerce l'autorité parentale ? Devra-t-il être pris en compte dans la détermination de l'état de précarité ou de besoin ? En effet, depuis que l'administrateur légal de l'enfant, qu'il soit unique ou conjoint, peut en principe conclure sans autorisation du juge tous les actes relatifs aux biens du mineur, y compris ceux de disposition¹²⁴⁷, cette question est légitime mais non résolue. La valorisation du patrimoine amène également son lot de questionnements, notamment dans la prise en compte du passif.

¹²⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 13 mai 2020, n° 19-15.380.

Après les flux financiers et le patrimoine, devra se poser la question de l'existence ou non d'un précédent allotissement de l'héritier par le défunt. Mariel Revillard et Cyril Nourissat relevaient que devront être prises en compte les libéralités consenties par le défunt de son vivant pour apprécier si les héritiers sont « *dans une situation de précarité économique ou de besoin au moment où ils sont exclus de la succession* »¹²⁴⁸. L'état de précarité, s'il existe, doit-il être apprécié en fonction de la générosité du *de cuius* envers l'héritier de son vivant, dès lors il conviendrait de prendre en compte : la libéralité antérieure, la présence d'une aide à l'établissement durant la vie, *etc* ? Dans une appréciation *in concreto* de la protection réservataire de nombreuses questions peuvent se poser. *Quid* de l'héritier qui aurait organisé sa faillite personnelle par exemple dans ce seul but ? *Quid* de l'augmentation artificielle de ses charges ou de la baisse volontaire de ses revenus ? Autant de questions qui démontrent l'impossible prévision de la succession.

275. Une appréciation personnelle de la précarité économique ou de besoin. Si les arrêts de 2017 évoquent la notion de précarité économique, Hugues Fulchiron précise très bien que cette notion est intrinsèquement liée aux autres formes de précarité¹²⁴⁹. Il faut dès lors légitimement s'interroger sur le déclenchement de l'exception d'ordre public mais également de la protection réservataire dans le cas où un état de besoin ne serait pas *ipso facto* caractérisé mais où la précarité, par essence plus large, pourrait être présente. La première interrogation se porte bien évidemment sur les mineurs. L'article 203 du Code civil prévoit expressément que « *les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ». Cette obligation alimentaire, nous apprend l'article 371-2 du même code, « *ne cesse de plein droit ni lorsque l'autorité parentale ou son exercice est retiré, ni lorsque l'enfant est majeur* ». Il apparaît que la notion de précarité économique est présumée remplie pour l'enfant mineur en ce qu'il n'est pas censé pouvoir subvenir seul à ses besoins. Quant au majeur, si la présomption ne peut automatiquement jouer, il conviendrait pour lui de prouver qu'il est toujours dépendant financièrement. Cela peut notamment se présumer par la poursuite d'études et le rattachement au foyer fiscal. Outre la question des mineurs, peut également se poser la question des majeurs protégés sous une mesure de protection juridique telle que la curatelle renforcée ou encore la tutelle. Il appert que dans cette situation, la situation de précarité non pas économique mais personnelle se trouve immédiatement caractérisée.

D'autres questions peuvent se poser. L'appréciation de la précarité économique est-elle personnelle au présomptif réservataire ou est-ce une appréciation de souche ? En effet *quid* du cas où le présomptif réservataire se trouve prédécédé, renonçant ou encore indigne ? Le droit français

¹²⁴⁸ Particulièrement sur ce point : Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, et 16-17.198 : *JCP G*, n° 47, 27 nov. 2017, 1236, obs. C. NOURISSAT et M. REVILLARD.

¹²⁴⁹ H. FULCHIRON, *op. cit.*

prévoit que la protection réservataire est réservée pour tous les descendants en ligne directe selon le degré le plus favorable. Dans cette hypothèse *quid* de deux petits-enfants venant en représentation de leur père prédécédé à la succession de leur grand-père, dont un répondrait éventuellement au critère du besoin et l'autre non ? Comment serait alors dévolue l'entière souche réservataire ? Force est de souligner l'imbroglio juridique d'une telle situation.

276. L'ouverture du champ des possibles. Aussi et surtout, à retenir une conception purement alimentaire de la protection réservataire, faudrait-il dès lors s'arrêter aux seules notions de précarité et de besoin ? En effet, quelles conséquences pourraient avoir le mérite ou la malveillance dans la protection réservataire ? Hugues Fulchiron posait l'interrogation : « *doit-on par exemple tenir compte des déchéances visées par l'article 207, alinéa 2, du Code civil ?* »¹²⁵⁰. En droit français il est prévu par l'article 207 du Code civil une décharge du débiteur en cas de manquement grave du créancier à ses obligations. Il est ainsi prévu une réciprocité dans les obligations, lorsque le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur. Le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire. Au surplus, en cas de condamnation du créancier pour un crime commis sur la personne du débiteur ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, le débiteur est déchargé de son obligation alimentaire à l'égard du créancier, sauf décision contraire du juge. Cette faculté ne concerne que la dette alimentaire résultant des dispositions des articles 205, 206 et 207 du Code civil, et ne s'étend pas à l'obligation d'entretien et d'éducation qui pèse sur les père et mère à l'égard de leurs enfants¹²⁵¹. La décharge peut être totale ou partielle suivant la gravité de la faute du créancier, et elle est personnelle au débiteur d'aliments seul admis à l'invoquer. Les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation quant à l'existence et à la gravité du manquement du créancier¹²⁵². Ils peuvent ainsi estimer dépourvu de caractère probant un document versé aux débats, pour établir la réalité de l'abandon des enfants par leur père durant leur minorité et décider, en conséquence, que les dispositions de l'article 207, alinéa 2, ne peuvent recevoir application¹²⁵³. Si cette décharge n'est applicable que dans le cadre des obligations réciproques, se pose la question de l'éventuelle protection réservataire. *Ab ante*, la protection n'est pas conditionnée par autre chose que la qualité héréditaire. En droit international elle devient conditionnée à un état de précarité ou de besoin. Peut-on parler de réciprocité ? Si l'on se base sur un fondement purement alimentaire, on peut penser que oui, car l'obligation entre parents et enfants est réciproque. Néanmoins, ayant à l'esprit que cette créance se substituerait à un droit

¹²⁵⁰ *Ibid.*

¹²⁵¹ Civ. 2^{ème}, 17 juill. 1985.

¹²⁵² Civ. 1^{ère}, 3 avr. 1990, n° 88-18.927.

¹²⁵³ Civ. 1^{ère}, 3 janv. 1980, n° 78-11.616.

réservataire, le caractère réciproque appelle à l'interrogation. Une fois la question du déclenchement purgée, reste à déterminer la réponse à apporter.

§ 2 - LES CONSÉQUENCES DE CETTE NOUVELLE PROTECTION RÉSERVATAIRE

277. Du prospectif au divinatoire. Après avoir posé une partie des interrogations sur le déclenchement de la protection réservataire, reste à déterminer l'éventuelle forme que devrait prendre le rétablissement des règles de l'ordre public successoral (A). Au-delà d'ajouter de la difficulté on se rend aisément compte de la totale dénaturation du droit français et notamment en pratique (B).

A - Le rétablissement de l'ordre public successoral

278. Un régime à déterminer. Déterminer l'élément déclencheur qu'est l'état de besoin ou de précarité économique est le préalable nécessaire au rétablissement de la protection de la réserve héréditaire. Reste à déterminer quelle forme prendrait ce rétablissement. La première interrogation se tourne vers le mécanisme de l'exception d'ordre public international. L'orthodoxie de cet outil oblige à un raisonnement en deux temps : l'effet négatif conduit à évincer la disposition de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois ; l'effet positif amène une substitution d'une disposition efficace du droit français pour pallier la loi étrangère évincée. Comme le précisait très justement le Professeur Fongaro, après avoir déterminé si l'exception d'ordre public international devait s'enclencher, restait « *une ultime question (...) quelle serait l'entendue de la substitution de la loi française à une loi successorale étrangère ignorant la réserve ?* »¹²⁵⁴. Au regard des motifs tant des arrêts de la Cour d'appel que de la Cour de cassation, un flou entre l'octroi au présomptif réservataire d'une « *somme équivalente au montant de la réserve calculée selon les dispositions successorales du Code civil français, ou d'une somme déterminée en comparant les besoins du créancier et les ressources des débiteurs - cohéritiers et/ ou légataires* »¹²⁵⁵ existe.

Les questions relatives à la substitution de la loi française sont multiples : Le rétablissement de la protection réservataire va donc jouer, mais pour qui ? Pour tous les héritiers réservataires présomptifs ou uniquement ceux dans un état de besoin ou de précarité économique ? La raison

¹²⁵⁴ É. FONGARO, « La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international », *JCP N* n° 45, 10 nov. 2017, 1305.

¹²⁵⁵ *Ibid.*

voudrait que le rétablissement ne puisse pas être total sous peine d'être en contradiction avec l'esprit de la jurisprudence. Une réponse corrélée à la sanction impliquerait l'application d'une réaction réservataire partielle. Dans le cadre du contexte si particulier d'une succession internationale, où le droit français n'est là que pour « corriger » l'application de la loi étrangère, cela pourrait s'entendre. Il ne s'agit pas ici d'imposer le modèle français, la réponse à cette interrogation pourrait être tout autre dans le cadre d'une évolution des règles de la réserve en droit français. Le principal problème de la réponse réservataire est qu'il n'existe pas en droit français d'équivalent fonctionnel d'une telle protection. Le seul point de contact d'un tel rétablissement serait la lettre de l'article 930-3 du Code civil, mais comme nous l'avons vu précédemment son régime est sinueux. Au surplus se serait apposée une solution à deux situations factuelles différentes, car dans l'hypothèse qui est la nôtre, le présomptif réservataire n'aurait jamais de son plein gré renoncé à sa protection réservataire. Dans une étude sur le sujet Estelle Naudin et Éric Fongaro s'interrogeaient sur la clé de calcul de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public international¹²⁵⁶. Il ressort de cette étude que le rétablissement de la protection réservataire pour l'intégralité des héritiers, même ceux qui ne seraient pas dans un état de besoin, procèderait d'un système du « *'tout ou rien' qui n'est pas satisfaisant* »¹²⁵⁷. Les auteurs relèvent qu'une réponse sur mesure de la protection réservataire permettrait d'apporter une réponse cohérente, en ajoutant que celle-ci ne « *ne serait qu'à hauteur des besoins en cause* »¹²⁵⁸. À l'aune du contexte international, il faut assurément souscrire à un retour partiel de la réserve héréditaire comme réponse de l'exception d'ordre public international¹²⁵⁹. Cependant, souscrire à une telle réponse ne suffit pas, en ce que la clé de calcul de cette riposte chirurgicale se pose immédiatement après, et s'avérerait être un *imbroglio* juridique et technique. En effet, les questions soulevées par une telle liquidation sont infinies. Premièrement, sur le *quantum* de la réserve héréditaire : faut-il prendre en compte tous les présomptifs réservataires pour calculer la part réservataire de l'héritier bénéficiaire de la protection ? Ou faut-il uniquement prendre en compte les parts réservataires effectivement servies ? Faut-il appliquer le même raisonnement que pour le renonçant ? À notre sens, il conviendrait dans le respect d'une certaine orthodoxie juridique de prendre en compte l'intégralité des possibles réservataires pour calculer la part des héritiers effectivement protégés, mais cela impose de créer une véritable fiction juridique. Deuxièmement, comment devrait-on calculer la masse de calcul de la quotité disponible ? Comment effectuer la réunion fictive ? Faudrait-il prendre en compte les libéralités de tous les présomptifs réservataires, ou uniquement celles faites aux héritiers venant effectivement à la succession ? Que faut-il déduire

¹²⁵⁶ É. FONGARO et E. NAUDIN, « Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public successoral », *JCP N* n° 20, 17 mai 2019, 1193.

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ *Ibid.*

¹²⁵⁹ S. POTENTIER-RIOS, *op. cit.* p. 253.

au passif et sur quel poste l'imputer ? Troisièmement, *quid* de l'attribution ? Devrait-elle se faire en nature ou en valeur ? Nous ne faisons qu'effleurer l'immense difficulté liquidative que ce questionnement soulève. On s'aperçoit rapidement des limites d'adaptation d'une procédure française pensée pour un modèle *in abstracto* de protection.

Néanmoins, le rétablissement même partiel de la réserve héréditaire, n'est pas la seule solution envisageable dans une telle perspective. Car si la Cour de cassation ne revient pas sur les motifs d'« alimentarisation » de la réserve héréditaire, elle ne peut que faire écho aux tergiversations déjà existantes en droit interne. Dès lors, au-delà d'une portion réservataire, ne faudrait-il pas envisager une créance réservataire¹²⁶⁰ ?

279. La créance réservataire. L'existence d'un ordre public international alimentaire ne fait que peu de doute au regard des différentes décisions de justice, quand un ordre public successoral n'apparaît pas franchement, ou à tout le moins se voit contraint par l'euphémisation et la fondamentalisation. À l'aune des différentes justifications sur l'« alimentarisation » de la protection réservataire, il est nécessaire de s'interroger pour savoir si l'effet positif de l'exception d'ordre public international ne pourrait pas engendrer la création d'une protection sous forme de créance réservataire. Force est de souligner qu'une créance réservataire induirait juridiquement un vide dans le droit français, et que si la fonction de l'ordre public international est l'éviction et la substitution, elle n'est pas la création d'un droit. Néanmoins, au regard de ce qui précède une telle réponse dans le cadre d'une succession internationale n'apparaît pas chimérique. Dans cette configuration, les enseignements des articles 208 et 930-4 du Code civil sont précieux en ce qu'il conviendrait, dès lors, de limiter cette créance au seul besoin induit de la situation de besoin ou de précarité de l'héritier cible. Dans sa thèse de doctorat, Sophie Potentier-Rios proposait de différencier la créance réservataire si elle répondait à un besoin ou à une précarité économique. Au-delà d'une telle distinction, qui sur le fond s'entend en ce que les deux notions de besoin et de précarité économiques ne relèvent pas du même périmètre, une telle différenciation viendrait ajouter une complexité supplémentaire à une détermination déjà difficile. En effet, techniquement, comment calculer une telle créance ? Faudrait-il se baser sur les clés de calcul existantes comme le tableau prévu par la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, ou encore celui pour le calcul d'éventuels subsides ? Ou alors utiliser les clés de calculs connues pour déterminer une prestation compensatoire ? Cette créance devra-t-elle uniquement répondre à un besoin purement financier comme simple créance alimentaire, ou alors en qualité de créance réservataire devra-t-elle prendre en compte plus de données ?

¹²⁶⁰ S. POTENTIER-RIOS, *op. cit.*, p. 255.

On revient aux questions déjà posées pour déterminer l'éventuel état de besoin ou de précarité économique. Est-ce qu'on la fixe en fonction du besoin ? En fonction du patrimoine ? En fonction des revenus ? Mais les revenus de qui ? Faut-il prévoir une double limite ? Au-delà de sa valorisation *quid* de son régime juridique ? Cela devrait-il être une créance payable sous forme de capital ou une rente viagère ? Quand devra-t-elle prendre fin ? Est-elle transmissible aux descendants comme un droit réservataire ? Les conséquences liquidatives d'une telle créance sont elles aussi inconnues. Faudrait-il faire jouer la représentation ? Le créancier réservataire est-il un héritier ou un simple créancier ? *Quid* dès lors de la saisine et de l'obligation *ultra vires successionis* ? Comment matérialiser un tel droit dans la déclaration de succession ? *Quid* de la fiscalité ?

Nous le concédons, il est un exercice plus aisé d'énumérer les interrogations que de trouver les réponses. Néanmoins, il apparaît, à la lecture de ce long constat, presque superfétatoire d'en proposer à l'aune de la quasi-impossibilité pratique de mise en place d'un tel système. La résurgence d'un droit de prélèvement consolidé ne semble pas purger ces interrogations¹²⁶¹.

B - Les conséquences pratiques

280. L'impossible pratique d'une dyarchie rompue. Aujourd'hui potentiellement limitée aux successions internationales, rien n'indique dans une approche prospective que l'évolution décrite ne pourrait toucher le droit interne à l'aune d'un certain darwinisme normatif. Il faut cependant rappeler qu'en droit interne, malgré les différentes données évoquées, la volonté de conserver un équilibre stable et *in abstracto* de la dyarchie successorale reste majoritaire. Le groupe de travail sur la réserve héréditaire conclut qu'une évolution est nécessaire mais que celle-ci devrait se trouver dans une modification du *quantum* de la quotité disponible¹²⁶². La jurisprudence a également rappelé son attachement à la réserve héréditaire française, en la consacrant comme étant un principe d'ordre public interne¹²⁶³.

Au-delà de la question des successions internationales, qui est déjà un sujet prégnant, une telle évolution du droit interne vers une telle protection réservataire mettrait à mal le droit des successions et des libéralités tels que nous le connaissons. On voit bien la complexité inhérente à la lettre d'une telle protection réservataire. S'il existe aujourd'hui uniquement un questionnement sur le point de déclenchement de l'ordre public international, au regard de ce qui précède, l'horizon d'une future modification du droit interne doit faire réagir. Il n'est pas impossible en théorie de

¹²⁶¹ V. *infra*, n° 368.

¹²⁶² Proposition n° 19 : « envisager l'éventualité d'une limitation à deux branches du montant de la réserve héréditaire de manière à ce qu'elle soit de la moitié de la succession en présence d'un enfant et des deux tiers en présence de deux enfants ou plus » in C. PÉRÈS et P. POTENTIER, « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019.

¹²⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17-16.515 et 17-16.522 : *JCP N* n° 41, 2018, 1313, obs. É. FONGARO.

créer un tel régime, car au fond il est toujours possible de générer *ex nihilo* un régime juridique. Il est néanmoins certain que la pratique ne pourra pas suivre. Le Professeur Fongaro concluait son développement sur une considération pratique : « *Au demeurant, que la réserve soit relative, ou modulable, en raison d'une qualification 'alimentaire' que la Cour de cassation ne met pas en relief, risquerait d'embarquer les praticiens dans un système difficile à mettre en œuvre* »¹²⁶⁴. Nous irons plus loin et affirmons qu'au-delà d'être difficile, elle serait tout bonnement irréalisable. Si certains notaires se risqueraient à une telle casuistique, la grande majorité ne prendrait pas de tels risques. En effet le notaire soumis à une telle pratique ne pourra pas, sauf à avoir des matrices précises de calcul, se positionner sur un tel droit réservataire *in concreto*. Premièrement, au regard de sa responsabilité professionnelle mais aussi parce qu'aucun client n'acceptera le calcul. Cela entraînera irrémédiablement la saisine du Tribunal judiciaire. Cette problématique mathématique se trouvera également dans le calcul du prélèvement compensatoire. Deuxième problématique, parfois oubliée et pourtant centrale : la charge de la preuve. Qui va prouver l'état de besoin ou de précarité économique ? Selon la règle de la charge de la preuve en droit français, c'est l'héritier qui devra apporter la preuve de ce qu'il avance et donc de son état. Là encore, il est à prévoir que les autres héritiers puissent contester la véracité de la valorisation du patrimoine et de la situation personnelle du présomptif réservataire. Là encore le notaire ne pourra pas trancher en cas de contestation qui pourrait s'avérer récurrente. Il ne fait que peu de doute que cette question devra être purgée par une expertise judiciaire en référé ou au fond avant dire droit.

281. L'individualisation et l'insécurité. On se rend donc compte qu'une telle protection réservataire romprait avec le principe même de l'équilibre de la transmission, car amènerait une incertitude terrible, impossible à prévoir à l'aune de l'anticipation successorale. Or, la sécurité juridique est portée en droit français comme un principe qui peut se définir comme « *des règles visant à assurer la connaissance du droit applicable et la stabilité des situations juridiques* »¹²⁶⁵. Cette sécurité juridique, souligne Michel Grimaldi, est « *vantée comme l'un des atouts majeurs de la culture juridique civiliste ou continentale lorsque celle-ci est attaquée par les apôtres de la common law* »¹²⁶⁶. Pourtant ce principe ne semble

¹²⁶⁴ É. FONGARO, « La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international », *JCP N* n° 45, 10 nov. 2017. On peut également citer sur ce sujet l'analyse du Professeur GODECHOT-PATRIS : « *La messe semblait dite, même s'il faut reconnaître que la Cour de cassation apportait avec ces arrêts autant de réponses qu'elle suscitait de questions, plaçant les praticiens appelés à mettre en œuvre cet ordre public alimentaire dans un certain embarras* » (« Le prélèvement est mort... Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doct. 2). Toujours sur ce sujet de la pratique : I. BARRIÈRE-BROUSSE, « Les incidences des arrêts du 27 septembre 2017 en droit international privé », *Dr. fam.* 2019, dossier 24, étude 5, n° 14 : « *la concrétisation de l'exception se révèle problématique et inquiète à juste titre les praticiens* ». - D. VINCENT, « Réserve et ordre public – Mise en œuvre des arrêts du 27 septembre 2017 », *Dr. fam.* 2017, étude 13.

¹²⁶⁵ Dalloz, Fiche Orientation, Sécurité juridique, sept. 2020.

¹²⁶⁶ M. GRIMALDI, « Sécuriser le règlement successoral - Rapport de synthèse », *JCP N* n° 16, 22 avr. 2011, 1139.

plus convaincre autant qu'il le devrait. Le rapport sur la réserve héréditaire relevait la problématique de la sécurité à l'aune d'une telle évolution du droit des successions et affirmait que « *remplacer la réserve héréditaire par un système de droits alimentaires serait aussi un facteur d'insécurité juridique* »¹²⁶⁷. Tel serait le cas des notions de besoin et de précarité économique qui sont « *par essence imprécises et soumises à l'appréciation aléatoire et subjective du juge en fonction des circonstances particulières de l'espèce* »¹²⁶⁸. Cela entraînerait une liquidation judiciaire presque systématique des successions, en contradiction avec l'essence française de la matière. Le rapport sur la réserve héréditaire alerte sur l'orientation strictement alimentaire prise par la Cour de cassation qui « *affaiblit et dénature la réserve héréditaire* »¹²⁶⁹. Cette orientation risque, selon les auteurs du rapport, « *de précipiter notre droit vers l'importation de mécanismes étrangers, contraires à notre tradition juridique, dont les défauts sont nombreux alors même que rien n'impose une telle évolution* »¹²⁷⁰.

Nous répétons à l'envi que l'équilibre de la dyarchie est impérieux pour la pérennité de la planification successorale. Cet équilibre est possible dès lors qu'il existe des limites déterminées et déterminables. Là où l'étude prospective de la matière est intéressante, c'est qu'elle démontre un glissement vers une volonté de plus en plus conséquente, et des limites pouvant aller jusqu'à une individualisation à outrance qui ne saurait être jugulée par un droit de prélèvement boiteux. Or, nous voyons que des mesures *in concreto* de protection réservataire sont l'ennemi direct de l'anticipation successorale, principalement au regard de l'insécurité juridique. Si « *l'obsession sécuritaire tue l'initiative, entrave le progrès et condamne à l'immobilisme* »¹²⁷¹, le réalisme pratique commande de ne pas forcer l'évolution d'un équilibre sans prendre en considération les conséquences pratiques - et non seulement idéologiques - d'une matière comme le droit des successions et des libéralités.

¹²⁶⁷ C. PÉRÈS et P. POTENTIER, « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019.

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ « Elle est à l'origine de nombreuses incertitudes, tant pratiques que théoriques, que regrette le groupe de travail », *ibid.*

¹²⁷⁰ *Ibid.* Également en ce sens : S. GODECHOT-PATRIS : « Ceci étant, en raisonnant de la sorte, on perd de vue un des grands atouts de la réserve héréditaire : celle-ci est garante de sécurité juridique alors que l'aléa est inhérent aux mécanismes judiciaires consacrés dans les systèmes de common law. Le rapport sur la réserve héréditaire l'a montré : la protection a posteriori génère du contentieux ; à l'inverse, l'existence d'une protection a priori le réduit. » (« Le prélèvement est mort...Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doct. 2).

¹²⁷¹ M. GRIMALDI, *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE I

282. Conclusion. L'équilibre juridique de la transmission est inhérent à la construction de la matière. L'essence même de la dyarchie structurée et structurante est de se fonder sur un rapport de force qui permet de la guider vers l'efficience. L'équilibre instauré dans le droit des successions et des libéralités transparaît dans la pratique du droit patrimonial et notamment dans la pratique de l'anticipation successorale. Son étude permet de mettre en évidence les bienfaits d'un ordre public successoral donnant un cadre à la volonté. Conclure à une individualisation de ce cadre pour opérer une réponse adaptée apparaît en première intention comme louable. Néanmoins cette transformation du paysage successoral souhaité par une frange de la doctrine juridique, politique et économique serait mortifère pour la pratique. En effet, le caractère sur mesure de l'ordre public successoral et tout particulièrement de la réserve héréditaire serait un piège. L'absence de limites déterminées et déterminables au-delà d'être un *imbroglio* technique et la fin de l'office du notaire dans la succession, amènent une donnée nouvelle, normalement étrangère à la dyarchie juridique de la transmission, le contentieux. Sur ce point, le rapport sur la réserve héréditaire rejoint cette analyse et offre une étude parlante. La conséquence de la suppression d'une limite *in abstracto* de la volonté aurait des conséquences directes sur la judiciarisation des successions, qui emmènerait dès lors une forte insécurité juridique : « *l'évolution de la réserve héréditaire serait de nature à emporter deux conséquences que le groupe de travail perçoit comme étant négatives et qui tiennent, d'une part, à la perspective d'une judiciarisation des successions et, d'autre part, à un recul de la sécurité juridique* »¹²⁷². Ainsi, comme le souligne les rapporteurs : « *l'orientation de notre droit vers un tel mécanisme alimentaire et judiciaire conduirait à importer les faiblesses inhérentes à cet instrument : coût des procès pour les justiciables, judiciarisation des successions, aléa judiciaire, imprévisibilité des critères et des solutions, possible remise en cause des dispositions du défunt à la faveur des transactions entre les parties pour éviter le procès. Ce serait renoncer à de précieux avantages attachés à la réserve héréditaire : si le contentieux successoral est marginal dans notre pays, cela tient notamment au fait que la réserve héréditaire fixe, dans la loi, des bornes claires et connues de tous à la liberté de disposer gratuitement de ses biens* »¹²⁷³. Si un virage à 180° semble s'opérer sur la caractérisation de la réserve héréditaire dans un contexte international via la résurgence d'un droit de prélèvement, cette évolution qui n'a que peu de chance de prospérer ne peut à lui seul contrer ces différents mouvements de fond.

¹²⁷² C. PÉRÈS et P. POTENTIER, « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019, p. 80.

¹²⁷³ *Ibid.*

Chapitre II

LA PROBLÉMATIQUE JUDICIAIRE

283. La perte juridique. Pilastre évoquait déjà la problématique de la suppression de la réserve légale, et voyait dans sa disparition un danger pour les intérêts moraux de la société, notamment parce que « *la liberté absolue de tester produit dans les familles les résultats les plus déplorables (...) elle accentue les rivalités d'intérêt en vivier et la cupidité des enfants* »¹²⁷⁴. Au-delà d'une déroute morale, l'auteur prédisait une déroute judiciaire en affirmant que les enfants déshérités ne resteraient pas passifs face à cette dépossession et que « *les tribunaux retentiraient sans cesse de procès scandaleux* »¹²⁷⁵. Si l'on retrouve derrière ce texte une certaine aversion à l'exhérédation testamentaire unilatérale, Pilastre soulevait très justement les conséquences judiciaires d'une suppression de la réserve héréditaire : une résurgence des conflits et des procès¹²⁷⁶. Déjà en son temps, Pilastre avait théorisé les conséquences judiciaires d'un équilibre rompu entre volonté et limite, entre anticipation successorale et ordre public successoral, une judiciarisation de la transmission qui entraînerait consubstantiellement une insécurité chronique de l'anticipation successorale. Le conflit a, dès lors, longtemps été analysé comme une conséquence de l'absence d'équilibre, comme une donnée externe. Or, l'évolution récente de l'équilibre de la transmission place le conflit comme une donnée centrale et sa prise en compte dans la casuistique successorale apparaît de plus en plus évidente notamment à l'aune de ses incidences sur celle-ci. Ainsi que le rappellent Isabelle Dauriac et Michiel

¹²⁷⁴ « Elle donnerait un aliment funeste à la cupidité des héritiers, elle fera naître entre eux des intrigues, elle ferait une place au foyer paternel aux questions d'argent qui devraient en être bannies. Les comédies et les satires des anciens et des modernes ont flétri les collatéraux avides qui se disputent la succession d'un vieux parent ; que dirait-on quand on verrait les enfants lutter pour s'arracher la fortune d'un père ? », E. PILASTRE, « De l'abrogation de la réserve légale des enfants », in *Revue pratique de droit français*, 1865, tome 20, p. 448.

¹²⁷⁵ « La société apprendrait bientôt par ses faits scandaleux que ce n'est pas impunément qu'on peut autoriser un père à disposer de sa fortune contrairement aux sentiments généraux qu'un lien étroit de parenté suppose, et qui ne peut résulter de la liberté de tester que des abus déplorables. Quand on recherche les mobiles qui ont pu mener le père de famille à déshériter un de ses enfants et à donner toute sa fortune à l'autre, que trouverait-on ? On verrait que la conduite privée de l'enfant, ses opinions religieuses, ses convictions politiques, son absence, les actes les plus simples de la vie ont été présentés au testateur sous un jour mensonger, que les actes de cet enfant ont été dénaturés, que ses torts ou ses fautes ont été aggravés, pour que le père de famille s'éloigne de lui et le déshérite ? », Ibid.

¹²⁷⁶ Quand Pilastre évoque « les tribunaux retentiraient sans cesse de procès scandaleux » on ne peut que penser au mécanisme anglo-saxon de l'indue influence.

Van Seggelen, « *c'est de la guerre de succession que naît la source première d'insécurité du règlement successoral* »¹²⁷⁷.

À l'analyse de l'équilibre actuel mais aussi et surtout de l'éventuel équilibre futur, on aperçoit une impasse, un cercle vicieux au travers duquel la volonté périlite et entraîne avec elle tout le schéma de transmission dans une léthargie pratique. Il apparaît alors fondamental de démontrer l'incompatibilité entre prévisibilité et contentieux (**Section 1**). Conscient néanmoins que le contentieux est une donnée présente, il convient de proposer des pistes d'un contentieux sécurisé (**Section 2**).

Section 1

UNE INCOMPATIBILITÉ ENTRE PRÉVISIBILITÉ ET CONTENTIEUX

284. Une dichotomie. Dans leur étude sur l'insécurité, Isabelle Dauriac et Michiel Van Seggelen affirment que « *vouloir transmettre et faire acte d'autorité sur le règlement successoral* » est un défi « *qu'il appartient de relever pour celui qui entend véritablement prévenir l'insécurité* »¹²⁷⁸. Prévenir l'insécurité dans la transmission relève pour le *de cuius* d'une impérieuse nécessité, car « *sécuriser le règlement successoral* » c'est « *s'assurer que les prévisions ou volontés formulées ne se verront pas déjouées* »¹²⁷⁹. Or, l'insécurité dans le règlement successoral, et notamment la mise en échec des volontés anticipées du défunt, sont souvent le résultat d'un conflit. Nous avons effleuré les conséquences juridico-techniques d'une évolution de l'équilibre de la transmission vers un ordre public successoral plus électif¹²⁸⁰. L'imbroglio qu'elle entraînerait aurait pour conséquence directe une judiciarisation de la transmission et consubstantiellement la mise à mal de la prévisibilité, et donc de l'anticipation successorale.

Mais une interrogation reste centrale : pourquoi contentieux et anticipation successorale sont deux données antinomiques ? Nous allons voir que le contentieux successoral est une donnée complexe (§ 1), et que les règles actuelles sont totalement inadaptées et inadaptées aux enjeux de l'anticipation successorale (§ 2).

¹²⁷⁷ M. van SEGGELEN et I. DAURIAC, « Prévenir l'insécurité », *JCP N* n° 16, 22 avr. 2011, 1138.

¹²⁷⁸ *Ibid.*

¹²⁷⁹ *Ibid.*

¹²⁸⁰ V. *supra*, « § 2 - Les conséquences de cette nouvelle protection réservataire », n° 277 et s.

§ 1 - LE CONTENTIEUX SUCCESSORAL

285. L'échec d'une volonté. Michel Grimaldi, à l'occasion d'une nuit du droit, rappelait qu'en droit français, le procès est considéré comme un échec¹²⁸¹. En effet, le système français est par essence hostile au procès, d'où il ressort l'adage souvent repris mais constamment dévoyé « *mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès* »¹²⁸². C'est en partie à cause de cette aversion pour le conflit que bon nombre de matières occultent le volet contentieux, donnée pourtant importante notamment dans la dyarchie de la transmission. Le terme conflit, du latin *conflictus*, signifie le choc, le combat et traduit une opposition d'opinions, de conceptions, de personnes ou d'intérêts¹²⁸³. Comme le soulignait Lionel Fallet lors du 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, le domaine du conflit en droit successoral est plus large que celui du litige juridique, celui-ci étant souvent le support d'autres combats. Car, « *au-delà des biens, la succession est aussi la transmission d'une histoire familiale : il s'agit de l'héritage psychique avec son cortège de jalousies, de non-dits et de sentiments d'injustice. Fantôme des successions conflictuelles, il prend souvent pour support les biens matériels* »¹²⁸⁴. Redouté, ou encore attendu¹²⁸⁵, le conflit successoral est vu par certains, plus comme un incident de parcours, que comme un élément autonome de la matière. Pourtant, au regard des conséquences du contentieux successoral sur la transmission du patrimoine, il apparaît essentiel, si ce n'est obligatoire, d'intégrer la réflexion sur le contentieux dans l'étude de l'équilibre de la transmission. En effet, comme le souligne Lionel Fallet « *les conflits successoraux ont des conséquences économiques majeures : des actifs sont gelés ou dépréciés (portefeuilles titres non gérés, indivisions forcées, biens immobiliers inoccupés ou dégradés), des entreprises ou des sociétés sont fragilisées ou mises en péril, et les coûts des procédures et expertises peuvent être très élevés* »¹²⁸⁶.

286. Une donnée à circonscrire. Le contentieux successoral ne fait pas l'objet de nombreux travaux mais reste pourtant une réalité (A). Il peut se définir comme le litige apparaissant

¹²⁸¹ Conférence sur la question de l'héritage et de la transmission, animée par Bertrand Savouré, président de la Chambre des notaires de Paris, Michel Grimaldi, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Anne Gotman, sociologue et directrice de recherche émérite au CNRS et CERLIS, et Jean-Philippe Delsol, avocat au barreau de Lyon et président de l'IREF sur le sujet « Héritage, transmission : jusqu'où peut-on déshériter ses enfants ? ». {En ligne} <https://www.youtube.com/watch?v=mJAv2rO8F8Q>.

¹²⁸² H. de BALZAC : « *Vous pourriez gagner le procès qu'ils vous intentent, en acceptant la guerre. Voulez-vous être encore au bout de dix ans à plaider ? On multipliera les expertises et les arbitrages et vous serez soumis aux chances des avis les plus contradictoires Tenez, un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* » (*Illusions perdues*, éd. Patrick Berthier). Cette phrase qui donnera lieu à l'adage populaire beaucoup utilisé en pratique : « *Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* ».

¹²⁸³ Bordas (1970), Conflit, in *Focus Encyclopédie internationale tome I A/C*.

¹²⁸⁴ L. FALLET, in 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, Montréal (Québec – Canada), 4-9 octobre 2018.

¹²⁸⁵ Au-delà des personnes, l'enjeu pécuniaire est une cause de conflits car l'héritage est pour certains un espoir d'amélioration de leur condition matérielle, bien davantage que les revenus de leur travail.

¹²⁸⁶ L. FALLET, *op. cit.*

entre les héritiers après l'ouverture d'une succession. Dès lors, le contentieux successoral pour se former doit réunir deux caractéristiques, l'ouverture d'une succession et un litige.

287. L'ouverture d'une succession. Le contentieux successoral ne peut par définition apparaître avant le décès de la personne. C'est au jour de l'ouverture de la succession que les héritiers obtiennent leurs droits et consubstantiellement leurs droits de contestation. Ainsi, l'intégralité des actions en justice pouvant être intentées du vivant du *de cuius* comme l'action en ingratitude d'une donation entre vifs ou encore la nullité d'une donation pour insanité d'esprit, ne rentrent pas selon notre analyse dans le giron de ce que nous pouvons qualifier de contentieux successoral. La conséquence directe, mais somme toute logique de cette donnée, est que le *de cuius* n'est plus là pour contrôler ce contentieux, il n'a pas la main sur les revendications ni sur la procédure. Le défunt, ne peut, d'outre-tombe, contrôler les vivants et tout particulièrement les présomptifs réservataires qui trouvent notamment dans la réserve héréditaire un intérêt et une qualité à agir quasi-omnipotente. Se dessine alors l'une des pierres angulaires de l'incompatibilité du contentieux successoral avec l'anticipation et la planification successorales : l'absence de maîtrise par la volonté du *de cuius*.

288. Un litige. La seconde donnée pour voir apparaître un contentieux successoral est la présence d'un litige entre les héritiers, ou entre les héritiers, un légataire ou un tiers ayant intérêt et qualité à agir. Nous nous focaliserons dans nos développements uniquement sur le contentieux liant les héritiers. Si la notion de cause en droit des obligations a disparu depuis peu, nous utiliserons la notion de cause du litige pour déterminer les différents motifs qui peuvent aujourd'hui mener à la création d'un contentieux successoral. Il existe aujourd'hui un certain nombre de causes en analysant les causes actuelles du contentieux (B) mais également en évoquant l'éventuel contentieux systémique de demain (C).

A - La réalité du contentieux successoral

289. Les chiffres. Comme précédemment évoqué, le terme de matière judiciaire s'oppose à celui de matière juridique. En France, le droit des successions et des libéralités est une matière juridique. Cet état de fait est notamment mis en avant par le groupe de travail sur la réserve héréditaire¹²⁸⁷, et tout particulièrement dans la contribution annexée de Julie Mouty-Tardieu,

¹²⁸⁷ « III. Les conséquences d'une éventuelle suppression de la réserve des descendants », pp. 80-83 in « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019 (dir. C. PÉRÈS et P. POTENTIER).

Conseillère référendaire à la première chambre civile de la Cour de cassation¹²⁸⁸, et Vincent Vigneau, Conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation. On apprend de leur travail sur les bases JURICA et JURINET¹²⁸⁹ que quantifier le contentieux successoral, et en particulier celui relatif à la réserve héréditaire, s'avère être très complexe car le contentieux civil est appréhendé de façon globale. On apprend également que la majorité du contentieux des successions se retrouve statistiquement absorbé dans le contentieux « droit de la famille » ce qui empêche encore un peu plus son recensement autonome. Il ressort de leur investigation sur la plateforme JURICA¹²⁸⁹ les données suivantes : en 2016, on peut dénombrer 2 278 décisions en droit des successions sur un total de 240 673 affaires civiles et commerciales jugées par les Cours d'appel soit un ratio de seulement 0,95 %. En 2017, le ratio augmente légèrement pour atteindre 1,07 %. De ces données, ils ont pu extraire sur les chiffres de 2016 selon lesquels sur les 2 278 arrêts, 64 % étaient liés à une problématique d'assurance-vie, 27 % étaient liés à une problématique de réduction des libéralités, et 9 % étaient liés à une problématique testamentaire.

On ne peut que constater que le pourcentage de contentieux successoral sur l'ensemble du contentieux global est assez minime. Cette étude statistique est complétée par une seconde étude sur la plateforme JURINET¹²⁹⁰ au terme de laquelle on apprend qu'entre le 1^{er} janvier 2014 et le 1^{er} mai 2019 seulement 50 arrêts étaient relatifs à des affaires de succession dans lesquelles la réserve héréditaire était en cause. La part d'arrêts d'appel et de cassation est donc infinitésimale en termes de contentieux successoraux. Cela est corroboré en termes de contentieux général à la lecture statistique extraite de la nomenclature des affaires civiles (NAC). Dans son étude l'auteur se concentre sur deux codes spécifiques : 28A¹²⁹¹ et 29A¹²⁹². De ces constatations, on apprend que les demandes en liquidation-partage d'indivision (toutes formes d'indivision confondues) stagnent à une moyenne de 9 400 demandes devant les tribunaux judiciaires. Les demandes portant réduction pour atteinte à la réserve sont bien moins représentatives : 340 en 2018 devant les tribunaux judiciaires. À l'aune de ces chiffres il est légitime de se poser la question de savoir si le contentieux successoral est un véritable sujet dans la matière du droit des successions et des libéralités. En effet, au regard du « faible » nombre de décisions il est légitime de s'interroger sur l'importance de la prise en compte de l'aspect judiciaire dans la matière juridique qu'est le droit des successions et des libéralités. Nous allons voir que c'est pourtant essentiel.

¹²⁸⁸ J. MOUTY-TARDIEU, « Contentieux relatif à la réserve héréditaire : quelques chiffres », (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER, in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 197-200.

¹²⁸⁹ « Une première vague de recherche a été effectuée sur la base de données JURICA (répertoriant les arrêts de Cours d'appel depuis 2008) à partir des mots-clés « décédé + succession », *ibid.*

¹²⁹⁰ « Une seconde vague de recherche a été réalisée sur JURINET (répertoriant les arrêts de la Cour de cassation) sur les arrêts motivés rendus entre le 1^{er} janvier 2014 et le 1^{er} mai 2019 », *ibid.*

¹²⁹¹ Le code 28A, intitulé « demande en partage ou en contestations relatives au partage ».

¹²⁹² Le code 29A, intitulé « demande en annulation, en réduction d'une libéralité ou d'une clause d'une libéralité ».

290. Un constat en trompe l'œil. Les chiffres avancés dans les études citées ne peuvent fonder à eux seuls la part des conflits dans le droit de la transmission. Premièrement, parce que les recherches étaient ici axées notamment pour les plateformes JURICA et JURINET sur des contentieux liés à la réserve héréditaire, or, ce n'est pas la seule source de contentieux. Deuxièmement, conflit ne signifie pas automatiquement jugement et cela pour deux raisons : nombreuses sont les successions bloquées qui ne prennent pas le chemin du tribunal, nombreuses sont les instances engagées qui n'aboutissent pas sur un jugement mais par des règlements amiables. Aussi et surtout, aujourd'hui, le droit des successions et des libéralités n'a pas vocation à être une matière judiciaire. Le rapport sur la réserve héréditaire le rappelle très clairement : « *la faiblesse du contentieux successoral (...) tient aussi à ce que la réserve héréditaire fixe, dans la loi, des bornes claires et connues de tous à la liberté de disposer* »¹²⁹³. Il théorise alors ce que nous qualifions de connaissance de l'interdit : « *le notaire les intègre (les bornes), en amont, lorsqu'il est sollicité pour anticiper le règlement de la succession et conseiller au mieux ses clients ; il les applique en aval lors de la liquidation de la succession. Le de cujus, sitôt qu'il se renseigne auprès de son notaire, est en mesure, puisqu'ils sont clairement prévus par la loi, de connaître précisément les taux respectifs de la réserve héréditaire de ses descendants et de la quotité disponible dont il dispose. Chacun peut ainsi agir en conséquence et déployer une stratégie patrimoniale selon les objectifs qu'il poursuit. La sécurité juridique est assurée et elle l'est uniformément pour tous* »¹²⁹⁴.

Ainsi, le lien entre un cadre d'ordre public successoral fixant des règles prévisibles et un contentieux relativement faible est très facilement déterminable. Cependant, même un équilibre efficient n'empêche pas l'apparition de contentieux successoraux.

B - Les causes du contentieux actuel

291. Un vivier fertile. Les causes du contentieux successoral peuvent être nombreuses. De certaines causes génériques (1), il est possible d'extrapoler deux causes de contentieux importants : la présence d'un acte d'anticipation successorale (2) et la présence d'un conjoint survivant (3).

1 - Les causes génériques du contentieux successoral

292. Sentiments et intérêt à agir. Le conflit entre les héritiers n'est pas nécessairement lié à la volonté anticipative du *de cujus*. Ce sera notamment le cas lorsqu'un contentieux familial existera

¹²⁹³ « III. Les conséquences d'une éventuelle suppression de la réserve des descendants », pp. 80-83 in « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019 (dir. C. PÉRÈS et P. POTENTIER).

¹²⁹⁴ *Ibid.*

préalablement avant même le décès¹²⁹⁵. L'éloignement, les rancœurs, la désaffection sont souvent des viviers fertiles pour la naissance d'un contentieux successoral.

Les conflits entre héritiers non liés à l'anticipation successorale peuvent notamment être créés par une demande d'attribution préférentielle d'un des héritiers ou encore par la revendication d'une créance de salaire différé. Même dans l'hypothèse où le droit réclamé par l'un des héritiers sera juridiquement fondé, il est possible qu'à l'aune des tensions familiales l'héritier conteste les demandes de son cohéritier. L'héritier demandeur devra dès lors saisir la justice. Ces hypothèses de contentieux relèvent autant du droit que de la psychologie¹²⁹⁶. Laura Viaut a élaboré une théorie qui se trouve parfaitement applicable dans le contentieux successoral : la théorie du contentieux masqué et du contentieux masquant. La théorie du contentieux masqué et du contentieux masquant¹²⁹⁷ veut que l'existence d'un contentieux entre deux parties, le contentieux masquant, cache un contentieux plus profond souvent à l'origine de l'intégralité des maux, le contentieux masqué. Cette théorie est notamment éprouvée dans le cadre d'un conflit familial et successoral. En l'absence de manifestation de volonté du *de cuius*, les règles successorales *ab intestat* s'appliquent peu important les considérations factuelles de la famille. Dès lors, dans l'hypothèse où un litige apparaît, il sera la plupart du temps la conséquence d'un problème antérieur. Dès lors, c'est par la voie du contentieux successoral, contentieux masquant, que les héritiers vont chercher des réponses à des problématiques familiales profondes, le contentieux masqué.

293. Le contentieux, comme arme de nuisance. À l'aune de la théorie du contentieux masquant et du contentieux masqué, on s'aperçoit qu'il y a des conflits inévitables peu importe qu'il existe ou non des actes d'anticipation. La rancœur, la jalousie, la psychologie d'un héritier, d'un enfant, d'une famille sont par définition complexes car peuvent remonter à des traumatismes d'enfance et des histoires enfouies qui resurgissent à la mort du dernier ascendant commun, seule pièce réunissant parfois des fratries totalement clivées. C'est ainsi, que dans de nombreux cas, au regard du passif familial, l'apparition d'un contentieux successoral semble inévitable. La qualité d'héritier réservataire offre une large qualité à agir et il se peut que le contentieux soit utilisé comme une arme dilatoire de l'héritier malveillant pour retarder le plus possible le partage. Partage qu'il n'a aucun intérêt à voir intervenir car celui-ci impliquerait la fin de son pouvoir de nuisance sur ses cohéritiers. L'héritier, notamment réservataire, a à sa disposition toute une série de possibilités pour nuire au partage à intervenir sans pour autant avoir de réelle contestation juridique comme une demande de rapport ou de réduction.

¹²⁹⁵ En ce sens : M. DOUCHY-LOUDOT, « Contentieux familial », *D.* 2019, p. 505.

¹²⁹⁶ Not. sur ce sujet : T. FOSSIER, « Quelques figures excentrées des conflits familiaux », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009.

¹²⁹⁷ L. VIAUT, « Le contentieux familial à la lumière de la conflictualité », *LPA* n° 107, 28 mai 2020, p. 16.

294. Le conflit sur le notaire désigné. Il arrive que le notaire désigné pour s'occuper de la succession ne soit pas le notaire choisi par tous les héritiers, ce sera souvent le notaire de famille, saisi par le conjoint survivant ou alors par un seul des héritiers. Dès ce stade, des problèmes peuvent apparaître sur la désignation du notaire, notamment dans le cadre d'un conflit sous-jacent, où le notaire saisi par un héritier pourra apparaître aux yeux des autres comme partial. Pour contrer cette problématique, le règlement national du conseil supérieur du notariat publié le 1^{er} août 2014 prévoit en son article 61 que : « *si plusieurs notaires sont chargés du règlement d'une succession, la préférence leur est dévolue dans l'ordre suivant : 1. Au notaire choisi par le conjoint survivant qui n'a pas été privé de tous droits successoraux, ou celui choisi par le partenaire pacsé venant à la succession en l'absence d'héritier réservataire ; 2. Au notaire choisi par les héritiers réservataires ; 3. Au notaire choisi par les légataires universels ; 4. Au notaire choisi par les héritiers non réservataires* »¹²⁹⁸. Cet article précise qu'à égalité de rang, le notaire représentant le plus fort intérêt prévaudra, par application de l'article 60.1.2. En tout état de cause, un seul notaire pourra être en charge de la liquidation de la succession. Cela ne fait pas échec à ce que les héritiers se fassent représenter par un autre notaire qui n'aura qu'un rôle d'assistance et de conseil.

295. Le silence. Pour que la liquidation de la succession intervienne, le notaire est dans l'obligation de rédiger une série d'actes, on pense notamment à l'acte de notoriété ou encore à la déclaration de succession¹²⁹⁹. Ces actes doivent être signés par tous les héritiers et notamment par les réservataires. Sa signature étant obligatoire, que ce soit pour la signature des actes de liquidation ou encore pour la vente d'un bien immobilier, l'héritier peut ne pas répondre à l'injonction du notaire, ni de ses cohéritiers. Premièrement l'héritier peut tarder à faire connaître son option¹³⁰⁰. L'absence de connaissance du choix va totalement bloquer les diligences du notaire qui devra nécessairement connaître l'option de l'héritier pour avancer dans son office. Pour contrer ce silence, les articles 771 et 772 du Code civil prévoient que, passé un délai de quatre mois au terme duquel on ne peut contraindre l'héritier taisant, il peut être sommé, par acte extrajudiciaire, de prendre parti à l'initiative d'un créancier de la succession, d'un cohéritier, d'un héritier de rang subséquent ou de l'État. Dans les deux mois qui suivent la sommation, l'héritier doit prendre parti ou solliciter un délai supplémentaire auprès du juge. À défaut d'avoir pris parti à l'expiration du délai de deux mois ou du délai supplémentaire accordé, l'héritier est réputé acceptant pur et simple.

¹²⁹⁸ Règlement national règlement intercourts, Approuvé par arrêté de Madame la Garde des Sceaux, ministre de la Justice en date du 22 juillet 2014 (J.O. du 1^{er} août 2014).

¹²⁹⁹ Le notaire rédige un certain nombre d'actes : l'acte de notoriété, l'inventaire, le certificat de mutation, l'attestation notariée immobilière, la déclaration d'option, la déclaration de succession.

¹³⁰⁰ C. civ. art. 768 : « *L'héritier peut accepter la succession purement et simplement ou y renoncer. Il peut également accepter la succession à concurrence de l'actif net lorsqu'il a une vocation universelle ou à titre universel. Est nulle l'option conditionnelle ou à terme* ».

Le législateur a donc pris en compte cette situation de blocage mais l'héritier qui souhaite bloquer aura déjà pu faire perdre quelques mois à ses cohéritiers.

296. Contester les évaluations. Afin de rédiger notamment la déclaration de succession, le notaire doit réunir les évaluations des différents biens. Si les biens meubles et notamment les liquidités sont aisément déterminables, la question des biens immobiliers pourra être source de conflit et de blocage. Tantôt le bien sera surévalué et l'héritier ne voudra pas que cette base soit retenue pour la taxation au droit de mutation à titre gratuit, tantôt celui-ci sera considéré comme sous-évalué. Les héritiers diligents peuvent faire appel à plusieurs agents immobiliers ou même directement à des experts pour mettre en place des expertises amiables. Comme le précise Tony Moussa, conseiller à la Cour de cassation, ces expertises ne sont pas définies légalement mais *« la doctrine s'accorde à dire qu'il s'agit de mesures d'instruction exécutées, avant ou après la naissance d'un litige, par un technicien mandaté, non pas par le juge, mais par toutes les parties intéressées (expertise amiable) ou par certaines parties seulement ou, même, par une seule partie (expertise officieuse) »*¹³⁰¹. Ces expertises bien qu'opposables, n'auront de véritable poids dans les débats que si celles-ci ont fait l'objet d'un débat contradictoire¹³⁰². Dès lors, si tous les héritiers ne sont pas présents, l'expertise n'aura qu'un poids moindre. En toute hypothèse, aucune expertise amiable ne pourra être directement opposable au notaire sans l'accord de tous les héritiers, laissant à l'héritier taisant un grand pouvoir de nuisance. Les autres héritiers n'auront d'autre choix que de saisir le tribunal judiciaire d'une demande d'expertise en référé sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile¹³⁰³ aux fins de voir désigner un expert avec pour mission d'expertiser tant la valeur vénale que la valeur locative - notamment si une occupation privative existe - des immeubles de la succession.

Deux commentaires doivent être immédiatement faits en considération de cette procédure d'expertise. Le premier, est que l'héritier taisant aura toute latitude pour contester devant le juge le principe même de cette expertise pour absence de motif légitime. Le second, la question du paiement de l'émolument de l'expert pourra poser problème. Les héritiers saisissants demanderont souvent que les frais d'expertise soient avancés par l'héritier défendeur, à charge de tenir compte de ce paiement, soit lors de la liquidation, soit en demandant sa condamnation au paiement définitif lors d'une action au fond. Or, cela est une erreur, en ce que l'héritier taisant pourra ne pas consigner les fonds destinés à l'expertise. En ce sens, l'article 271 du Code de procédure civile prévoit

¹³⁰¹ T. MOUSSA et J. BEAUCHARD, « L'expertise judiciaire et l'expertise amiable au regard du principe de la contradiction » in *Rencontres Université – Cour de cassation, 23 janvier 2004, deuxième chambre de la Cour de cassation, La procédure civile, BICC 2004, hors-série n° 3*.

¹³⁰² Civ. 1^{ère}, 6 nov. 1963, Bull. n° 481 - Civ. 2^{ème}, 16 janv. 1964, Bull. n° 62.

¹³⁰³ C. proc. civ. art. 145 : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

qu'« à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités imparties, la désignation de l'expert est caduque à moins que le juge, à la demande d'une des parties se prévalant d'un motif légitime, ne décide une prorogation du délai ou un relevé de la caducité ». Pour éviter cet écueil il conviendra de prévoir que la provision sera payée par la partie la plus diligente, à charge de prise en compte lors de la liquidation de la succession.

297. Les vicissitudes du partage. Au-delà de refuser les éventuelles revendications positives des cohéritiers, d'autres problèmes peuvent intervenir dans le cadre de la gestion de l'indivision successorale, notamment quand un bien immobilier s'y trouve. La présence d'un bien immobilier dans une indivision successorale, indivision où les héritiers ne s'entendent pas, est l'un des points les plus complexes de la pratique du droit successoral. L'indivision successorale créée par le décès se trouve régie par les règles classiques de gestion des articles 815 et suivants du Code civil qui se trouvent très vite totalement inadaptées. Paiement des charges et des travaux, partage des meubles meublants, occupation privative et indemnité d'occupation, gestion de la copropriété, paiement des impôts locaux, sont autant de problématiques qui dans le cadre d'un désaccord peuvent amener conflit sur conflit. Dans ces hypothèses de blocage, l'unanimité étant nécessaire pour « dissoudre » cette indivision¹³⁰⁴, les héritiers n'auront d'autres choix que de saisir le tribunal judiciaire d'une demande de partage, procédure que nous verrons inadaptée aux problématiques successorales. Ces problèmes pourront se trouver décuplés dans l'hypothèse où « l'indivision successorale » se reporte sur une société civile immobilière qui ne sied pas à une action en liquidation-partage. Si pour certains actes la loi offre des règles de pouvoirs spécifiques, l'unanimité reste le principe dans le cadre des actes de disposition. À l'aune de cette règle, les articles 815-5 et 815-6 du Code civil prévoient des règles pour palier la carence de certains héritiers¹³⁰⁵. Ces possibilités judiciaires offertes par le législateur ne permettent pas en définitive de sortir d'un blocage d'une indivision successorale. En sus de ces deux actions, l'article 815-5-1 du Code civil prévoit une procédure spéciale qui permet de sortir d'un éventuel blocage. Il est prévu que, sauf cas de démembrement ou d'absence, l'aliénation d'un bien indivis peut être autorisée par le tribunal judiciaire, à la demande de l'un ou des indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis. Pour ce faire, le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis expriment devant un notaire, à cette majorité, leur intention de procéder à l'aliénation du bien indivis. Le notaire doit alors, dans un délai d'un mois, signifier l'intention d'aliéner aux autres indivisaires.

¹³⁰⁴ C. civ. art. 815-3 al. 3 : « Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3° ».

¹³⁰⁵ C. civ. art. 815-5 : « Un indivisaire peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun. Le juge ne peut, à la demande d'un nu-propriétaire, ordonner la vente de la pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit contre la volonté de l'usufruitier. L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'indivisaire dont le consentement a fait défaut. » et art. 815-6 : « Le président du tribunal judiciaire peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun ».

Si un ou plusieurs des indivisaires s'opposent à l'aliénation du bien indivis ou ne se manifestent pas dans un délai de trois mois à compter de la signification, le notaire le constate par procès-verbal. Dans ce cas, le tribunal judiciaire peut autoriser l'aliénation du bien indivis si celle-ci ne porte pas une atteinte excessive aux droits des autres indivisaires. Il est prévu que cette aliénation s'effectue par licitation et selon les conditions fixées par l'autorisation du tribunal judiciaire. Cette procédure souffre en pratique d'un grand nombre de problèmes. Le plus important étant que nombreux sont les notaires refusant cette mission dans le cadre d'une succession contentieuse notamment en raison des délais et de leur responsabilité professionnelle qui pourrait être engagée si ceux-ci ne respectent pas la lettre de l'article. Une autre possibilité pourrait se déceler dans la lettre de l'article 815-5 du Code civil dans l'hypothèse où le refus d'un indivisaire mettrait en péril l'intérêt commun. Néanmoins, la caractérisation de la mise en péril étant subordonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond, celle-ci apparaît assez périlleuse¹³⁰⁶.

Reste enfin la solution posée par l'article 813-1 du Code civil : la nomination d'un mandataire successoral. Cet article dispose que le juge peut désigner toute personne qualifiée, physique ou morale, en qualité de mandataire successoral, à l'effet d'administrer provisoirement la succession en raison de l'inertie, de la carence ou de la faute d'un ou de plusieurs héritiers dans cette administration, de leur mésentente, d'une opposition d'intérêts entre eux ou de la complexité de la situation successorale¹³⁰⁷. La désignation d'un tel mandataire permet de pallier un certain nombre de carences fautives de l'héritier mais ne peut résoudre l'intégralité des problèmes d'une succession contentieuse et notamment de la volonté fautive d'un cohéritier qui désire bloquer les choses : apposition de scellés, *etc.* En ultime recours, les héritiers devront saisir le tribunal d'une demande de liquidation sur le fondement de l'article 1360 du Code de procédure civile.

298. La spécificité de l'international. Il est aujourd'hui admis que la présence d'un élément d'extranéité dans une succession est une source de complexité juridique. C'est ainsi que les causes internes d'un contentieux successoral peuvent se trouver démultipliées dans le contexte d'une succession internationale. Nous avons, à de multiples reprises, évoqué les enjeux de

¹³⁰⁶ En ce sens : Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 1983, n° 81-10.436, Bull. civ. III, n° 113 ; *RTD civ.* 1984. 135, obs. J. PATARIN - Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 1988, n° 86-14.496 Bull. civ. I, n° 340 ; *JCP* 1989. II. 21364, note TESTU ; *RTD civ.* 1989. 609, obs. J. PATARIN - Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1992, n° 90-16.420, Bull. civ. I, n° 71.

¹³⁰⁷ L'article 813-2 du Code civil poursuit sur les pouvoirs du mandataire successoral en précisant que celui-ci ne peut agir que dans la mesure compatible avec les pouvoirs de celui qui a été désigné en application du troisième alinéa de l'article 815-6 du Code civil, du mandataire désigné en application de l'article 812 du Code civil ou de l'exécuteur testamentaire, nommé par le testateur en application de l'article 1025 du Code civil.¹³⁰⁸ En ce sens on peut notamment citer G. BARBE : « *Les difficultés liées à l'ouverture d'une succession peuvent être nombreuses, juridiquement techniques, et particulièrement fastidieuses à démêler dans l'hypothèse d'un conflit judiciaire entre héritiers. S'il existe un testament, et dans la mesure même où il rend la solution successorale différente d'une application mécanique des règles de droit en privilégiant un ou plusieurs héritiers, le règlement de la succession peut prendre un chemin particulièrement contentieux impliquant des années d'instances judiciaires. C'est pourquoi il faut confier les litiges testamentaires à l'arbitrage* » (« Arbitrer les litiges testamentaires », *Actu-juridique*, 21 juill. 2021).

l'internationalité en droit de la transmission notamment en ce qu'ils peuvent résulter de divers facteurs comme la nationalité, la situation géographique des biens, la présence d'institutions de droit étranger inconnues du droit français ou encore cette notion qu'est la dernière résidence du défunt qui peut s'avérer parfois complexe à circonscrire. Si le règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 concourt avec le principe d'unité qu'il soutient, à assurer une certaine prévisibilité des situations internationales, il n'enlève pas la complexité d'une telle succession qui peut dès lors être la cause de contentieux importants. L'avènement d'un nouveau droit de prélèvement, qui soulève de nombreuses questions, risque de complexifier un peu plus les contentieux.

On s'aperçoit que les successions peuvent être un nid à contentieux et que la matière permet une certaine ingérence fautive de l'héritier qui souhaite faire traîner les choses. Les possibles blocages précédemment développés sont consubstantiels à une mauvaise entente entre les héritiers.

Il apparaît cependant que la présence d'un acte positif du *de cuius* dans le cadre d'une réflexion anticipative peut un peu plus exacerber les conflits en germe.

2 - Le contentieux lié à l'anticipation successorale

299. Volonté et naissance d'un contentieux chronique. En sus de certaines problématiques inhérentes aux droits des successions et aux sentiments humains, la présence d'un acte de volonté du *de cuius* pris dans le cadre d'une réflexion anticipative peut être générateur de contentieux.

La réflexion anticipative menant à des actes de planification successorale a un objectif commun qui est de modifier le cours naturel de la transmission successorale. Cela peut être la transmission anticipée d'un bien, une répartition de l'hérédité, *etc.* L'acte de volonté prévisible et pérenne va donc s'éloigner de fait des règles de la dévolution *ab intestat* fondée, entre autres, sur l'affection présumée du *de cuius*¹³⁰⁸. L'acte de volonté quand il est un pacte de famille comme une donation-partage, et qu'il fait intervenir tous les présomptifs réservataires, n'a que peu de chance de venir créer un litige. À l'inverse, une donation ponctuelle à un seul héritier, un legs particulier ou à titre universel, s'ils ne sont pas accompagnés d'une certaine pédagogie de la part du *de cuius* peuvent être perçus par les héritiers comme un acte d'autorité potentiellement vexatoire.

¹³⁰⁸ En ce sens on peut notamment citer G. BARBE : « *Les difficultés liées à l'ouverture d'une succession peuvent être nombreuses, juridiquement techniques, et particulièrement fastidieuses à démêler dans l'hypothèse d'un conflit judiciaire entre héritiers. S'il existe un testament, et dans la mesure même où il rend la solution successorale différente d'une application mécanique des règles de droit en privilégiant un ou plusieurs héritiers, le règlement de la succession peut prendre un chemin particulièrement contentieux impliquant des années d'instances judiciaires. C'est pourquoi il faut confier les litiges testamentaires à l'arbitrage* » (« Arbitrer les litiges testamentaires », *Actu-juridique*, 21 juill. 2021).

Quand l'acte de planification, pour une raison ou autre, aboutit à créer une distorsion entre les droits des présomptifs réservataires, il est souvent source de frustration et d'incompréhension.

Une donation entre vifs faite par le défunt peut engendrer un certain nombre d'interrogations lors de la succession : dans le cadre d'une donation en numéraire, y a-t-il eu remploi ? Dans le cadre d'une donation portant sur un bien immobilier, il faudra évaluer le bien au jour du décès ce qui pourra faire l'objet de contestations, *etc.* Autre problématique trop souvent occultée mais pourtant primordiale et qui est source de contentieux : le paiement des droits de donations. Il est fréquent que le donateur prenne en charge les droits de donations, néanmoins ceux-ci devront être pris en compte dans le cadre de la liquidation et tout particulièrement lors de la réunion fictive des libéralités antérieures, car si la prise en charge des droits de donations ne constitue pas une libéralité supplémentaire au sens du droit fiscal, le droit civil voit dans cette prise en charge, une libéralité qui devra être prise en compte.

Aussi, quand l'acte de planification est ostentatoire, comme une donation entre vifs, les héritiers non récipiendaires d'un tel acte pourront le contester sur des bases connues. Il en est autrement dans le cas où l'anticipation successorale ne sera pas ostensible. Prenons l'exemple de l'entraide familiale matérialisée par une occupation par un enfant d'un immeuble dont les parents sont propriétaires. Le cohéritier désireux de voir cet avantage valorisé et pris en compte dans la succession devra déterminer à la fois l'élément économique et l'intention libérale. Cela sera également le cas dans le cadre d'une vente à vil prix qui pourrait couvrir une libéralité ostensible, ou encore dans le cadre d'un contrat d'assurance-vie ou les primes pourraient être considérées comme manifestement exagérées.

Dans le cadre d'une succession internationale la présence d'un acte positif de volonté peut tout autant sécuriser l'élément d'extranéité comme accroître les difficultés. Guillaume Barbe précise que la présence d'un testament dans les successions internationales peut être une source de complexité supplémentaire notamment « *dans la mesure où le testateur peut avoir opéré un choix de loi non conforme aux règles de droit international privé, ignorant éventuellement la réserve héréditaire, voire un choix multiple de lois s'agissant respectivement de sa succession mobilière et immobilière* »¹³⁰⁹.

Ces suspicions nourriront d'autant plus un contentieux dans la liquidation et amèneront souvent la saisine du tribunal aux fins de voir constater et révéler des libéralités déguisées ou occultes. Ces actes de volonté peuvent donc créer une source de contentieux supplémentaire,

¹³⁰⁹ *Ibid.*

source qui peut se cumuler avec une autre source de contentieux, la présence d'un conjoint survivant¹³¹⁰.

3 - Les causes du contentieux successoral liées au conjoint survivant

300. La ferveur du statut du conjoint survivant. En droit des successions et des libéralités le conjoint survivant bénéficie d'un régime de faveur extrêmement puissant. Comme le souligne notamment le rapport du Mouvement Jeune Notariat « *la réforme du droit des successions du 3 décembre 2001 est apparue très vite décalée et parfois même inadaptée aux nouvelles structures familiales en constante évolution* »¹³¹¹. Les droits du conjoint survivant « *qui jusqu'alors étaient quasi-inexistants, sont devenus, avec leur accroissement très significatif, l'une des sources principales des discordes familiales* »¹³¹². En effet, compte tenu des récentes réformes et de l'évolution de l'équilibre de la transmission, le conjoint survivant se trouve être le grand gagnant des règles actuelles du droit de la transmission. C'est ainsi que dans le cadre d'un concours entre celui-ci et des héritiers réservataires il se peut que le rapport de force soit déséquilibré. Si la présence d'un conjoint et d'enfants communs n'est que peu source de contentieux, la présence d'enfants d'un premier lit, cas classique aujourd'hui, peut souvent faire apparaître un certain nombre de problématiques contentieuses tout particulièrement quand le conjoint survivant s'avère avoir un faible écart d'âge avec les héritiers. Nous verrons que la multitude de sources de droit du conjoint crée un contentieux épars et parfois transversal : liquidation du régime matrimonial, droit temporaire au logement, usufruit, quotité en pleine propriété, droit viager au logement, créance alimentaire, droit à réversion, *etc.*

301. La liquidation contentieuse du régime matrimonial. L'anticipation successorale ayant pour objectif la protection du conjoint survivant peut se trouver dans l'ingénierie du lien matrimonial et notamment par un travail sur le régime matrimonial. Corrélativement, cette ingénierie peut faire émerger des conflits car c'est notamment le décès qui entraîne sa liquidation. Le régime matrimonial se trouve donc intimement lié à la question successorale. C'est ainsi que les héritiers voulant contester les droits du conjoint survivant attaqueront en première intention les droits au terme de la liquidation du régime matrimonial. Récompense non réclamée ou volontairement non tracée, financement inégal d'un bien immobilier, avantage matrimonial excessif, *etc.* Les causes de contentieux peuvent être très importantes et dans les faits très

¹³¹⁰ Il faut ici entendre acte de volonté au sens large de la définition de l'anticipation successorale. C'est ainsi que l'acquisition d'un bien avec une clause d'accroissement ou encore la souscription d'un contrat d'assurance-vie pourront tout autant être une source de contentieux.

¹³¹¹ 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, Montréal (Québec – Canada), 4-9 octobre 2018, p. 4.

¹³¹² *Ibid.*

compliquées à atteindre car il n'est pas rare qu'il faille retracer des flux financiers sur plusieurs années, preuves qui souvent se heurtent à la conservation des documents bancaires sur plus de dix ans. D'autres sources de contentieux lors de la liquidation du régime matrimonial existent, on pense notamment au recel de communauté¹³¹³.

302. Les conflits liés à une manifestation de volonté du *de cuius* par l'ingénierie successorale. La liquidation du régime matrimonial n'est pas la seule cause de contentieux possible entre le conjoint et les héritiers, ses droits successoraux peuvent mener à un contentieux nourri. Deux grandes solutions peuvent se trouver : la première est l'absence de manifestation de volonté du *de cuius* ; il conviendra dès lors, une fois le régime matrimonial liquidé, d'appliquer les règles de la dévolution *ab in testat*. Il est courant que le conjoint opte pour l'usufruit, cette solution lui permettant de conserver son train de vie, et d'utiliser sans frais les biens immobiliers et les liquidités. Dans l'hypothèse où la situation familiale présente des enfants non issus des deux époux, la loi prévoit, à juste titre, que le conjoint n'aura plus de choix et sera alloti, s'il accepte la succession, de la pleine propriété du quart du patrimoine successoral. Des conflits peuvent apparaître dans le cadre des droits légaux du conjoint, mais ils sont rares notamment quand le conjoint survivant est l'ascendant de tous les présomptifs réservataires. Pourra éventuellement être soulevée la question de la valorisation de certains biens.

Néanmoins, c'est essentiellement en présence d'une manifestation de volonté du *de cuius* qu'un litige pourrait apparaître. C'est ainsi que la présence d'une institution contractuelle d'héritier ou d'un testament allotissant le survivant de la plus forte quotité que la loi permet, est souvent source de difficulté. Au-delà de l'aspect psychologique d'un tel acte de volonté démontrant de façon univoque la personne que souhaitait privilégier en priorité le défunt, les options offertes par l'article 1094-1 du Code civil permettent au survivant de se voir allotir d'une très forte portion de la succession. L'article précité ne prévoit pas, à l'instar de l'article 757 du même code, une différenciation entre la présence d'enfant d'un premier lit ou non. Dès lors, le conjoint survivant, même en présence unique d'un présomptif réservataire d'un précédent mariage, pourra se voir allotir du quart en pleine propriété du patrimoine successoral mais également de 3/4 du patrimoine restant en usufruit. C'est notamment la possibilité pour l'usufruit du survivant de grever la part héréditaire des enfants qui est une source importante de contentieux. Ce ne sera pas tant à l'ouverture de la succession que se cristallisera le litige, les armes pour contrer la quotité disponible spéciale étant assez faibles. Mais c'est au cours de la vie de ce démembrement que naîtront des

¹³¹³ L'article 1477 du Code civil définit le recel de communauté comme le fait pour le survivant des époux de diverter ou receler quelques effets de la communauté. La sanction de ce recel est la privation pour le receleur de sa portion dans lesdits biens.

difficultés, tout particulièrement lors d'une mésentente entre le conjoint survivant et les enfants. On peut notamment citer : les problématiques liées par l'usufruit du conjoint sur les parts sociales d'une société civile immobilière, la problématique du paiement des travaux dans le cadre d'un tel démembrement, l'exercice d'un quasi-usufruit sur les comptes bancaires, *etc.* Si la mise en place d'un inventaire ou l'obligation d'un emploi des liquidités s'avèrent être un pis-aller dans la situation globale, la conversion de l'usufruit peut être une voie empruntée par les descendants.

Les conflits entre les enfants et le conjoint, et plus généralement entre les héritiers, sont souvent inhérents à un acte de volonté du *de cuius*, qui voulant anticiper sa succession, occulte - consciemment ou inconsciemment - les conséquences de son acte de volonté au jour où il ne sera plus. Or, le conflit successoral va venir en résonance négative avec la prévisibilité et la pérennité nécessaires à l'anticipation successorale.

303. La guerre et la paix. Le fondement de la prévisibilité dans la notion d'anticipation successorale se matérialise par la connaissance des conséquences juridiques, fiscales et sociales de sa succession. La prévisibilité dans l'anticipation successorale, consiste notamment à se prémunir des risques en les connaissant. Dès lors, sans prévisibilité, il ne peut y avoir de véritable anticipation successorale comme le soulignait Jean Patarin : « *l'anticipation successorale est motivée ou conditionnée par des prévisions relatives à la dévolution de la succession, à l'état du patrimoine que laissera le de cuius, aux qualités et aux aptitudes que l'on peut attendre des héritiers et des personnes gratifiées. L'anticipation n'est souhaitable et utile que si l'évènement se confirme des prévisions. Or, un élément d'incertitude ou d'aléa s'attache à elles et l'avenir peut déjouer les prévisions du de cuius* »¹³¹⁴. À cet égard, l'émergence d'un contentieux long et aléatoire fait échec à la prévisibilité. En effet, comme le soulignait parfaitement Michel Grimaldi¹³¹⁵, le contentieux successoral est aujourd'hui considéré culturellement comme un échec avant et surtout parce que la matière successoral est un droit légiféré et non un droit à révéler par le juge comme peut l'être le droit de *Common law*. Parce qu'il existe une protection commune comme la réserve héréditaire, c'est la loi qui décide impérativement dans certaines circonstances - pour les descendants et subsidiairement le conjoint - du sort d'une partie du patrimoine et tarit de ce fait le contentieux. À l'inverse, là où on laisse une liberté complète, c'est au juge d'arbitrer. C'est une évidence, en l'absence d'un corps de règles *in abstracto*, ce serait au magistrat de gérer les contestations liées à l'éventuelle question d'une action tendant à se voir attribuer un droit

¹³¹⁴ J. PATARIN, *op. cit.*

¹³¹⁵ Conférence sur la question de l'héritage et de la transmission, animée par Bertrand Savouré, président de la Chambre des notaires de Paris, Michel Grimaldi, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Anne Gotman, sociologue et directrice de recherche émérite au CNRS et CERLIS, et Jean-Philippe Delsol, avocat au barreau de Lyon et président de l'IREF sur le sujet « Héritage, transmission : jusqu'où peut-on déshériter ses enfants ? ». En ligne <https://www.youtube.com/watch?v=mJAv2rO8F8Q>.

réservataire, corrélé ou non à un état de besoin ou de précarité économique avec tout ce que cela implique au regard de la complexité ci-avant développée. Au-delà de raviver un contentieux important, tari par l'équilibre de la transmission, se pose la question pratique de l'impossibilité matérielle d'une telle explosion du contentieux.

C - Le contentieux systémique de demain

304. Évolution et problème. Nous avons développé les potentielles conséquences sur le droit matériel français d'une évolution de la législation successorale notamment sous la pression d'un certain néolibéralisme successoral et darwinisme normatif. Cette évolution tendrait en la modification de l'équilibre de la transmission pour que les limites à la volonté du *de cuius* soient adaptées à la personne de l'héritier et ainsi rompre avec les caractères actuels de la réserve héréditaire. Cette évolution aurait des conséquences sur les chiffres du contentieux en ce qu'elle créerait un contentieux systémique. Sur ce sujet, le rapport sur la réserve héréditaire affirme que « *supprimer la réserve héréditaire et la remplacer par un système de droits alimentaires favoriserait possiblement le développement du contentieux successoral* »¹³¹⁶. Cette évolution créerait une judiciarisation du droit des successions qui s'accompagnerait d'un surcoût du règlement successoral. Au surplus, les rapporteurs et Vincent Vigneau soulignent qu'une telle évolution aurait des conséquences pratiques sur le corps judiciaire car elle entraînerait une obligation de formation importante¹³¹⁷.

Ainsi le poids d'une refonte de l'équilibre de la transmission aurait des conséquences importantes sur la sécurité et la prévisibilité des transmissions. Car, en définitive, c'est une chose d'anticiper le contentieux quand celui-ci peut émaner d'une donnée connue et notamment d'une donnée positive créée par le *de cuius*, il en est autre chose lorsque qu'il échappe à sa volonté. Quand le contentieux est une donnée évitable, une donnée contournable, il n'est pas aisé, mais possible, de l'intégrer dans la réflexion anticipative et d'apprécier ses conséquences sur le schéma organisationnel. Le contentieux systémique de demain est un problème en ce qu'il sera

¹³¹⁶ « Chapitre 2. Le montant de la réserve héréditaire / § 2. De la réserve héréditaire des descendants / II. Faire évoluer le *quantum* de la réserve héréditaire / A. Écarter toute idée d'une fixation de la réserve héréditaire en fonction du niveau de fortune », pp. 144-145 in « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019 (dir. C. PÉRÈS et P. POTENTIER).

¹³¹⁷ « Le développement de ce contentieux supposerait de consacrer des efforts à la formation des magistrats et des avocats. En attendant que cet effort, lui-même coûteux, soit déployé, ce contentieux serait confié à des magistrats et des avocats qui, souvent, ne le maîtrisent pas bien ou pas suffisamment, ce qui explique selon Vincent Vigneau la fréquence des cassations en ce domaine, notamment en raison de la nouveauté du moyen soulevé par le pourvoi en cassation. Vincent Vigneau a également souligné lors de son audition qu'il est rare qu'il existe dans les tribunaux de grande instance un magistrat spécialisé en droit des successions. Le contentieux successoral y est trop faible pour que de tels moyens humains lui soient consacrés. C'est dire que la suppression de la réserve héréditaire et son remplacement par des droits alimentaires seraient de nature à entraîner des changements non négligeables en termes d'organisation des juridictions », in « III. Les conséquences d'une éventuelle suppression de la réserve des descendants », pp. 80-83 in « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019 (dir. C. PÉRÈS et P. POTENTIER).

« inanticipable » et ferait tomber la prévisibilité inhérente à la réflexion anticipative. Si dans le cadre des successions internationales cette problématique semble à première vue s'inverser avec la résurgence d'un nouveau droit de prélèvement, il faut être mesuré tant sur son champ d'application que sur sa pérennité.

Un contentieux successoral endémique rentre également en opposition avec le second pilier de la notion d'anticipation successorale, qui est la volonté du *de cuius*. En effet, la volonté positive du *de cuius* d'organiser à l'avance sa succession sous-entend que le futur défunt souhaite qu'à son décès sa volonté soit respectée. Être respectée au regard de ses préconisations, mais également respectée dans sa temporalité en ce qu'elle devrait être applicable immédiatement. Or, le contentieux successoral systémique en droit français ferait immédiatement échec à cela, en ce que le temps judiciaire rentre en contradiction avec ce désir d'instantanéité. Au-delà de vicier la notion d'anticipation successorale dans son essence même, il est nécessaire de comprendre pourquoi, en pratique, le contentieux successoral engendre la fin de la pérennité de l'anticipation successorale et de la volonté de transmission du *de cuius*.

305. Vers un contentieux anglo-saxon. Une nouvelle transformation de l'équilibre de la transmission traversé par un ultime élan de libéralisme risque de faire basculer l'organisation de la liquidation de la succession et notamment du régime procédural qui y est associé. En droit anglo-saxon, la liberté testamentaire importante est contrebalancée par une action judiciaire offerte à une partie des héritiers visant à contester les dispositions testamentaires. Il ne s'agit pas ici de demander la nullité du testament sur la forme, ou pour un vice du consentement, mais de contester la volonté même du *de cuius* : on parle alors d'*undue influence*¹³¹⁸. Pierre Alain Conil relevait que la construction jurisprudentielle « *qui est sans doute la plus symptomatique de ce contrôle judiciaire exacerbé* »¹³¹⁹ est l'utilisation qui est faite de la doctrine de *l'undue influence*. L'auteur explique que « *cette théorie, originellement destinée à protéger l'intention du testateur par l'annulation du testament vicié car rédigé sous l'emprise, l'influence excessive, d'un membre de son entourage, est largement sortie de son cadre initial pour devenir le motif d'annulation de testament le plus fréquent aux États-Unis* »¹³²⁰. Cette action symbolise pour l'auteur « *une forme de protection familiale extra-légale, un véritable spectre de réserve héréditaire* »¹³²¹. Pour être caractérisée,

¹³¹⁸ Not. sur ce sujet : S. POTENTIER-RIOS, *Les frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille*, thèse, Paris-Est, 2020 (dir. S. GODECHOT-PATRIS), n°406, pp. 272-274 - « C. L'action en nullité et l'*Undue Influence* » in pp. 44-45 in « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019 (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER) - R.-J. Jr. SCALISE, « La réserve héréditaire : a report from the United States of America », (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 247-258.

¹³¹⁹ P.-A. CONIL, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain - Une tentative d'aller au-delà des mythes », *Dr. fam.* n° 2, févr. 2013, étude 1.

¹³²⁰ R.-D. MADOFF, « *Unmasking undue influence* », *Minnesota Law Review*, Vol. 81, n° 3, February 1997, in P.-A. CONIL, *op. cit.*

¹³²¹ *Ibid.*

l'undue influence doit réunir quatre éléments : une relation de confiance entre le *de cujus* testateur et le légataire, une immixtion fautive du légataire, une susceptibilité du testateur et enfin une disposition anormale. Par disposition anormale il faut entendre « contre-nature ». Dans un tel contentieux, la preuve de l'anormalité est primordiale car elle fonde le courant prétorien qui trace la ligne de démarcation d'une certaine morale familiale dans le droit des successions. Comme le précise l'auteur, « l'idée est donc bien d'assurer une protection judiciaire à ces héritiers présomptifs en leur permettant d'attaquer le testament qui tenterait de les exhérer. La clé pour ce faire est alors de considérer que le testateur est sorti des schémas de normalité, de moralité, de justice auxquels il aurait dû s'astreindre »¹³²² et c'est bel et bien « une forme de réserve » qui se dessine et qui prend de l'ampleur à mesure que l'on se penche sur l'application de cette doctrine¹³²³. Une telle action est aujourd'hui impensable en droit français, les seules façons de contester un testament étant de déceler soit un problème dans l'*instrumentum* ou dans le consentement du testateur. L'exhérédation testamentaire n'a pas à être contestée sur la question du testament, la présence de la réserve héréditaire suffit pour agir en réduction de la libéralité excessive. Malgré un équilibre hésitant, on se rend compte que le droit des successions tente de retrouver cet équilibre à l'aide du juge. Néanmoins, cet équilibre judiciaire des successions ne peut se trouver que dans un système judiciaire efficace. En droit français, nous allons voir qu'une telle évolution d'un équilibre juridique à un équilibre judiciaire n'est pas réalisable et amènerait un problème au niveau de l'anticipation successorale.

§ 2 - DES RÈGLES INADAPTÉES ET INADAPTABLES

306. La règle contentieuse. Les règles régissant actuellement le contentieux successoral, ainsi que sa pratique, obligent un constat : Les règles attachées aux successions contentieuses sont inadaptées à ses enjeux et posent un certain nombre de problèmes (A). Les conséquences sur l'anticipation successorale sont telles que l'anticipation du contentieux successoral est devenue un véritable objectif malgré son caractère difficile (B).

A - Le problème du contentieux successoral

307. La voix contentieuse. Il existe de nombreuses sources de contentieux, parfois évitables, parfois non. Les multitudes de causes de contentieux ne permettent pas, en soi, de

¹³²² « Quand les dispositions d'un testament sont injustes, déraisonnables et contre nature, faisant ainsi violence aux instincts naturels du cœur, aux injonctions de l'affection parentale, à la justice naturelle, aux promesses solennelles, à la morale, une telle inégalité inexplicable jouera un rôle décisif dans l'examen de la capacité de tester et de l'*undue influence* » (C. V. Horace Mann Life Ins. Co. Arkansas Court of Appeal 1987) (traduit de l'anglais), *Ibid.*

¹³²³ « Les contours se précisent même nettement à l'examen d'un dernier élément : l'existence d'une corrélation nette entre l'utilisation de l'*undue influence* et l'existence dans l'état concerné de protections légales contre l'exhérédation », *Ibid.*

démontrer que le contentieux met en échec la planification successorale. En effet, la relation de cause à effet n'est ici pas constituée. Il faut donc prouver en quoi la contestation d'un schéma de planification successorale par un des héritiers peut mettre à mal la pérennité et la volonté ? Nous verrons que suivant la voie prise par les parties pour essayer de solutionner le litige, les conséquences sur la planification successorale peuvent être différentes : nous aborderons cumulativement la voie transactionnelle (1), le précontentieux et ses lacunes (2) et enfin la voie judiciaire (3).

1 - La transaction et la volonté anticipative

308. Le compromis, une solution en clair-obscur. Le contentieux successoral peut se solutionner sans que le tribunal soit saisi. Dans cette hypothèse les parties auront trouvé un arrangement amiable mettant fin au litige. Cet arrangement peut se faire avant toute saisine de la juridiction, ou même pendant que l'instance est en cours¹³²⁴. Dans l'hypothèse d'une solution amiable du litige, les parties entre elles - ou le plus souvent leur conseil - vont essayer de trouver une solution médiane pour que chacune d'elles trouve dans la solution à intervenir son compte, on parle alors de concession réciproque. L'essence même des concessions réciproques est que ce sont les parties, qui par leurs volontés propres, vont venir arranger les émoluments, les valorisations, les allotissements pour que soit solutionné, à tout le moins en partie, l'enjeu du litige. Ce n'est plus dès lors la volonté du *de cuius* qui va primer mais les volontés des héritiers, volontés qui pourront être divergentes avec la finalité du schéma anticipatif voulu par le défunt. Les transactions extra-judiciaires permettent donc de mettre fin au contentieux naissant entre les héritiers, mais peuvent réduire à néant l'entière volonté du défunt. En matière de transmission et de succession, le recours au compromis transactionnel s'avère ne pas être la solution la plus usitée, notamment au regard du fort impact émotionnel de ce type particulier de litige. Les rancœurs et l'aspect affectif prennent souvent le pas sur la raison juridique, et ils ne peuvent souvent pas être raisonnés. Reste alors la possibilité de saisir le tribunal, que nous verrons être une solution inadaptée au respect de l'anticipation successorale.

2 - Les lacunes du précontentieux

309. Les lacunes constatées dans le précontentieux. Si la volonté du *de cuius* peut se voir, à certains égards, travestie par le jeu de la transaction, il faut conclure que c'est un moindre

¹³²⁴ C. civ. art. 842 : « À tout moment, les copartageants peuvent abandonner les voies judiciaires et poursuivre le partage à l'amiable si les conditions prévues pour un partage de cette nature sont réunies ».

mal par rapport à la saisine des tribunaux. Cependant, la voie amiable souffre de nombreux problèmes. L'absence de solution amiable dans ce type de litige vient également de fortes lacunes dans le précontentieux. Le rôle le plus important dans la succession est entre les mains du notaire qui se retrouve à gérer plusieurs « casquettes » : « professeur », médiateur et juge¹³²⁵. Il a un rôle de chef d'orchestre, et maintient le lien entre les cohéritiers et parfois leur conseil. Par son office quasi-monopolistique dans la procédure de liquidation de la succession - à l'inverse de la procédure de *probate* de *Common law* - le notaire est le seul maître à bord et se retrouve parfois comme réceptacle de l'intégralité des maux. C'est ainsi que l'on remarquera en pratique que parfois l'office du notaire pourra créer frustration¹³²⁶, incompréhension et parfois un contentieux supplémentaire¹³²⁷.

Au-delà de l'office du notaire, de nombreuses données juridiques et factuelles entrent en concours.

310. L'absence de prise de conscience de la réalité du contentieux. Autre aspect du contentieux successoral qu'il faut relever, et qui devrait parfois être rappelé aux cohéritiers, c'est ce que nous qualifierons de réalité du contentieux. Baigné dans une vision télévisée du procès inquisitoire, il apparaît qu'il existe une grande méconnaissance de la procédure judiciaire par les justiciables. Pourtant, cette donnée est nécessaire au précontentieux, car joue directement comme un rôle désincitatif. Il faut souligner que le contentieux successoral a pour le contribuable un triple aspect : financier, temporel et psychologique qu'il est impérieux de connaître avant de saisir une juridiction. Financier car le contentieux successoral en droit français a un certain coût : honoraires des conseils, frais d'expertise et consignation, la facture peut être conséquente. Temporel, car nous verrons que le temps judiciaire est une donnée cardinale dans ce contentieux. Psychologique car

¹³²⁵ En ce sens : « *Il est le principal interlocuteur entre les héritiers. Il a un rôle d'intermédiaire, de pacificateur des familles* » in 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, Montréal (Québec – Canada), 4-9 octobre 2018, p. 335.

¹³²⁶ Le droit des successions et des libéralités est une matière extrêmement complexe qui nécessite un effort de vulgarisation extrême, notamment pour des néophytes qui se retrouvent confrontés, dans des moments difficiles, à un corpus de règles maîtrisé par une frange infime de la population française. Le notaire a ce rôle de pédagogue, au travers duquel il doit expliquer : la dévolution, la liquidation et le partage. Ce travail pédagogique est souvent, par manque de temps, peu ou mal expliqué, de telle sorte que les héritiers peuvent par exemple ne pas avoir compris le principe de la dette de valeur, l'éventuelle prescription pour agir en réduction, la computation de la liquidation du régime matrimonial et des droits du conjoint survivant. N'ayant pas les armes juridiques pour appréhender correctement les enjeux de la liquidation à intervenir, le sentiment de frustration déjà en germe chez les héritiers peut être exacerbé.

¹³²⁷ La seconde problématique majeure est le temps et les délais de réponse. Au-delà d'une problématique juridique celle-ci est purement factuelle. Les « seuls » délais coercitifs dans la liquidation d'une succession sont ceux imposés par l'article 641 du Code général des impôts de 6 mois pour l'enregistrement des déclarations que les héritiers, donataires ou légataires ont à souscrire des biens à eux échus ou transmis par décès. Ce délai est porté à une année si le décès n'est pas en France métropolitaine. Passer ce délai impératif en présence de droit de mutation à titre gratuit, il n'existe pas à proprement parler de délais pour liquider la succession. Charge de travail importante mais également parfois manque de diligence, il arrive que le notaire réponde aux sollicitations des clients avec des délais parfois très longs. Là encore, le mutisme du seul acteur en charge des intérêts de la succession peut exacerber certaines tensions, notamment quand le notaire ne respecte pas le principe du contradictoire.

comme tout contentieux de nature familiale, c'est une épreuve à la fois humaine et sentimentale qui peut déchirer des familles comme faire ressurgir des souvenirs et des rancœurs enfouis.

311. L'absence de véritable conciliation obligatoire. Enfin, l'un des derniers écueils dans le cadre du précontentieux successoral est l'absence de véritable mesure de conciliation préalable avant la saisine du juge. En effet - hors du cadre d'un éventuel référé expertise sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile - la codification de l'action au fond tendant en la liquidation-partage de la succession n'est pas véritablement claire. L'article 1360 du Code de procédure civile prévoit : « *A peine d'irrecevabilité, l'assignation en partage contient un descriptif sommaire du patrimoine à partager et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ainsi que les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable* ». L'inobservation des dispositions de l'article 1360 du Code de procédure civile, imposant des diligences pour parvenir à un partage amiable, rend la demande en partage judiciaire irrecevable¹³²⁸. Le demandeur doit alors justifier avoir effectué les diligences avant l'introduction de l'instance ; l'omission desdites diligences n'est pas susceptible, par hypothèse, d'être régularisée ultérieurement¹³²⁹. Cet article prévoit donc, sous peine de nullité de l'acte introductif d'instance, de procéder à des diligences en vue de parvenir à un partage amiable. Si la rédaction de l'article permet de freiner un certain contentieux, en obligeant *a minima* l'accomplissement de diligences, la rédaction ne va pas assez loin en précisant de quoi doivent être constituées ces diligences. Il a pu être jugé que le simple envoi d'un courrier par lettre simple par le conseil d'un des coindivisaires successoraux ne pouvait constituer une diligence, notamment en l'absence de preuve de réelle réception de cette missive par le destinataire¹³³⁰. Dans le même arrêt, les magistrats d'appel rappellent également que la simple mention dans l'assignation d'une réunion préalable à ce courrier, qui se serait tenue chez le notaire de l'intimé, sans jamais en confirmer la tenue, ne permet pas de faire droit à la recevabilité de l'assignation en partage.

À l'inverse, ont pu être jugées comme étant des diligences suffisantes, une tentative de règlement amiable faute de comparution des coindivisaires devant le médiateur¹³³¹, ou encore une demande de rapport des sommes données par le défunt, restée infructueuse, et l'absence d'entente entre les cohéritiers sur les dettes afférentes à l'indivision¹³³². Ainsi, malgré une situation très conflictuelle décrite par le demandeur, les magistrats soumettent l'introduction d'une telle instance à un certain degré de diligence. Cependant, l'envoi de courrier recommandé avec accusé de réception, non suivi d'une réponse, pourrait justifier les diligences de l'article 1360 du Code de

¹³²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 21 sept. 2016, n° 15-23.250 : *JCP N* 2016, n° 40, act. 1082.

¹³²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 2021, n° 19-17.793.

¹³³⁰ CA Toulouse, 1^{ère} ch., 2^{ème} section, 11 juin 2019, n° 18/00224.

¹³³¹ Cass. 3^{ème} civ., 12 mars 2020, n° 18-23.730 : *Dr. fam* 2020, comm. 105, A. TANI.

¹³³² Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 2021, n° 19-17.793 : *Dr. fam* 2021, comm. 59, M. NICOD.

procédure civile, si ces missives portent en elles une proposition de partage amiable. Or, l'absence de réponse à des courriers dans le cadre d'un contentieux familial n'apparaît pas comme des mesures suffisantes et l'absence de caractérisation de l'article ne permet pas d'apposer un filtre acceptable. Ces dysfonctionnements dans la phase précontentieuse en droit des successions et des libéralités amènent un contentieux certain, qui pour une partie, pourrait être évité.

Si la voie amiable fait courir le risque d'un arrangement qui pourrait s'éloigner de la volonté initiale du *de cuius*, cette entorse à la planification successorale s'avère être un pis-aller comparé aux conséquences d'une action judiciaire. En effet, au-delà de vicier la notion d'anticipation successorale dans son essence même, il est nécessaire de comprendre pourquoi, en pratique, le contentieux successoral engendre la fin de la pérennité de l'anticipation successorale et de la volonté de transmission du *de cuius*.

3 - La planification et la voie judiciaire

312. Les deux composants du contentieux. Le contentieux, peu importe sa nature, réunit deux composantes particulièrement importantes pour le justiciable : l'aléa judiciaire et le temps du contentieux.

313. Aléa judiciaire. L'aléa judiciaire s'explique par le fait que l'issue de tout procès est par sa nature même aléatoire¹³³³. La saisine d'une juridiction laisse en suspens la décision à intervenir, et malgré une situation factuelle prometteuse, il n'est pas possible de prévoir *ab ante* la solution du litige. En droit des successions et tout particulièrement dans le cadre d'une action en

¹³³³ En ce sens : « Section 2 : La notion d'aléa judiciaire », en ligne : <https://www.institut-numerique.org/section-2-la-notion-dalea-judiciaire-4fd85587d8c1f/amp>.

liquidation-partage, la présence d'un aléa est encore plus présente que dans une instance ordinaire, notamment en raison des possibles solutions du litige que sont le tirage au sort¹³³⁴ ou la licitation¹³³⁵.

Au-delà d'un dénouement aléatoire, la procédure judiciaire en liquidation-partage, dans laquelle est portée l'intégralité des demandes des cohéritiers, est inadaptée au regard du temps du contentieux. En effet, l'une des données de la procédure de liquidation-partage est sa longueur et sa complexité qui ont pour conséquence de rendre la planification totalement obsolète.

314. Le temps judiciaire général. Alain Bruel offrait dans la *Vie sociale* une très belle définition des enjeux du temps judiciaire. Il rappelait que « *depuis que la justice existe, on lui reproche d'être trop lente ; ce reproche est quasiment inévitable puisque le temps raisonnablement nécessaire à l'institution pour parvenir à ses objectifs ne peut qu'exceptionnellement correspondre avec la légitime impatience de ceux qui aspirent à voir reconnaître leur bon droit, considéré comme une évidence, en dépit de la contestation adverse* »¹³³⁶. Il précisait qu'au civil « *le temps subjectif vécu par le demandeur est toujours trop long ; le défendeur est plus ambivalent, car il se trouve partagé entre le désir d'être rapidement fixé sur son sort et celui de retarder l'échéance quand il pressent qu'elle l'obligera à subir des conséquences qu'il redoute* »¹³³⁷. Il soulignait que si « *traditionnellement, le Droit cherche tant bien que mal à s'adapter à la demande en instituant des mécanismes de gestion du temps : filières d'urgence, délais de procédure, mécanismes de suspension, et même de prescription de l'action civile et de l'action publique* »¹³³⁸, il ne fallait pas occulter que « *comme chacun sait, le temps c'est de l'argent. La nécessité, liée à la crise, de faire des économies malgré l'inflation des attentes à l'égard de la justice et l'accroissement des exigences de tous ordres, enferme les services judiciaires dans un manque chronique de moyens qui nuit gravement à leur*

¹³³⁴ Concernant le tirage au sort, l'article 1363 du Code de procédure civile prévoit que « *s'il y a lieu au tirage au sort des lots, celui-ci est réalisé devant le notaire commis en application du second alinéa de l'article 1361 et, à défaut, devant le président du tribunal judiciaire ou son délégué* ». À défaut de tirage au sort, et si aucune attribution préférentielle ne peut être ordonnée, les biens soumis à l'indivision successorale feront l'objet d'une licitation.

¹³³⁵ Not. sur cette procédure : C. LAPORTE, « Licitation des biens immobiliers devant le tribunal », *Procédures* n° 7, Juillet 2013, étude 9 - C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, « 2/ Partage judiciaire », pp. 690-693. L'article 1361 du Code de procédure civile prévoit que le tribunal ordonne le partage, s'il peut avoir lieu, ou la vente par licitation si les conditions prévues à l'article 1378 sont réunies. A cet effet l'article 1377 le tribunal ordonne, dans les conditions qu'il détermine, la vente par adjudication des biens qui ne peuvent être facilement partagés ou attribués. La vente est faite, pour les immeubles, selon les règles prévues aux articles 1271 à 1281 et, pour les meubles, dans les formes prévues aux articles R. 221-33 à R. 221-38 et R. 221-39 du Code des procédures civiles d'exécution. L'article 1378 du même code poursuit : « *si tous les indivisaires sont capables et présents ou représentés, ils peuvent décider à l'unanimité que l'adjudication se déroulera entre eux. À défaut, les tiers à l'indivision y sont toujours admis. Dans le cadre d'une adjudication pour un bien immobilier, selon les prescriptions des parties et à défaut de l'expert, le jugement fixe la mise à prix et les conditions principales de la vente* ». Il sera impérieux que les parties prévoient que la mise à prix pourra se voir abaissée à la plus haute des offres. Une fois le jugement signifié, pour que la licitation se fasse, la personne désignée dans le jugement, souvent le notaire, devra rédiger selon les prescriptions de l'article 1275 du Code de procédure civile le cahier des charges de la licitation. Ce document reprend succinctement une série de clauses comme le cadre juridique de la vente, l'état de l'immeuble, baux et locations, préemption, substitution et droits assimilés, assurances et abonnements divers, servitudes, réception des enchères, garantie à fournir par l'acquéreur, surenchère, réitération des enchères, etc.. Une fois ce document rédigé, l'adjudication peut avoir lieu mais avec cet aléa, qui peut être très important, inhérent à toute vente à la barre, à savoir le prix.

¹³³⁶ A. BRUEL, « Le temps judiciaire », *Vie sociale*, vol. 2, n° 2, 2013, pp. 87-97.

¹³³⁷ *Ibid.*

¹³³⁸ *Ibid.*

efficacité »¹³³⁹. Ce temps judiciaire est une réalité et une donnée pratique qu'il convient d'immédiatement confronter à la théorie de l'équilibre. En effet, l'équilibre de la transmission fondé entre, d'un côté, la manifestation de volonté, et de l'autre l'ordre public successoral, s'appuie en grande partie sur la prévisibilité et la pérennité de cette volonté mais aussi et surtout sur son effectivité. Une volonté de transmission n'est valable que si celle-ci prend effet au jour du décès. Le contentieux, en différant sa prise d'effet réelle la rendra précaire car toujours soumise à un aléa judiciaire et elle ne sera *in fine* pas effective. La volonté de transmission sera donc interrompue, voire stoppée par l'ouverture de la succession alors que celle-ci devrait justement la faire naître ou la consolider. L'interruption contentieuse de la transmission ne serait qu'une donnée si ce temps était court, néanmoins nous allons voir qu'au-delà d'être une procédure lourde, elle ne sied guère aux règles inhérentes au droit des successions.

315. Le temps judiciaire successoral, la procédure. En dehors des mesures conservatoires, en droit des successions et des libéralités, seule une action visant la liquidation et le partage de la succession permet de véritablement sortir du conflit. C'est au travers de cette action globalisante que la majorité des demandes pourront être faites : rapport, réduction, recel, créance contre l'indivision, attribution préférentielle, *etc.* Une fois purgée la question de l'état descriptif et des « diligences » préalables, l'assignation en liquidation-partage signifiée et enrôlée crée le lien d'instance. S'ouvre alors la procédure à proprement parler devant le Tribunal judiciaire de la dernière résidence du défunt. À la suite de la conférence du président, la phase de mise en état peut commencer. C'est la phase de mise en état qui s'avérera la plus longue, et notamment en matière de liquidation-partage car c'est souvent à cette occasion qu'une expertise interviendra.

Dans le cadre d'un contentieux successoral, l'expertise judiciaire est un incontournable. En effet, la question des valorisations, des mouvements de comptes, sera souvent au cœur des débats et en raison de la complexité juridique et factuelle de la situation, il sera nécessaire de recourir à un expert tiers pour que celui-ci procède à une expertise judiciaire. Ainsi, que ce soit par une assignation en référé fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile, ou une demande avant dire droit au fond, l'expertise aura pour principale finalité de désigner et commettre tel expert qu'il plaira au Tribunal avec notamment pour mission de :

- a) Prendre connaissance de tous documents utiles à l'accomplissement de sa mission et sommer les parties de communiquer, sous astreinte financière s'il le faut, les éléments en leur possession concernant la succession ;

¹³³⁹ *Ibid.*

- b) Décrire et évaluer les éléments composant l'actif indivis successoral à la date du décès et à la date actuelle du partage :
- a. Pour les immeubles : Rassembler les actes de propriété avec les références de leur publication en fichiers immobiliers, vérifier si les références cadastrales ont changé et dans l'affirmative, indiquer les dates et références des publicités modificatives, annexer ces actes au rapport d'expertise ;
 - b. Pour les biens mobiliers : Rechercher tout compte bancaire et tout compte titre ayant été ouvert par le *de cuius* soit à son nom seul, soit en compte joint avec un tiers au besoin en recherchant leur référence auprès du FICOBA. Rechercher si les titulaires de ces comptes ont donné des procurations, en identifier les titulaires et annexer ces procurations au rapport d'expertise ;
 - c. Pour les parts de sociétés civiles ou commerciales : Déterminer la valeur vénale des biens ainsi possédés sous forme sociale en faisant abstraction de la décote qui résulte de cette forme de détention et indiquer la part détenue par l'indivision dans le capital social. Déterminer également la valeur des titres ;
- c) Déterminer les éléments du passif successoral, annexer les titres et contrats de prêts souscrits avec leurs tableaux d'amortissement ;
- d) Dire si l'un ou l'autre des copartageants a bénéficié de donations par contrat ou de dons manuels ou encore de donations indirectes et avantages indirects. Pour cette recherche, évaluer les biens même s'ils ont été cédés selon un acte à titre onéreux dont il est soutenu qu'ils ne pourraient être qu'apparents ;
- Dans l'affirmative, évaluer ces biens à la date actuelle. Si les biens donnés ont été améliorés, calculer aussi leur valeur actuelle d'après leur état à l'époque de la donation.
- Dans l'hypothèse où les biens donnés auraient été aliénés, les évaluer à l'époque de l'aliénation, toujours selon leur état lors de la donation et si un nouveau bien a été subrogé à un bien aliéné, évaluer ce nouveau bien et rechercher dans quelles proportions le bien aliéné a servi à le financer ;
- D'une manière générale, procéder à toute recherche sur les mouvements comptables en se faisant remettre au besoin par ordonnance et sous astreinte les relevés de comptes ouverts au nom du *de cuius* ;
- e) Évaluer le montant des fruits, revenus et produits par les biens indivis qui accroissent l'actif indivis. Rechercher s'ils ont été perçus par l'indivision ou par l'un des co-indivisaires. Indiquer si leur montant correspond à une gestion normale de la masse indivise ;

- f) Rechercher si l'un ou l'autre des co-indivisaires a joui privativement de toute ou partie des biens indivis ce qui le rend susceptible d'être débiteur d'une indemnité envers l'indivision. Indiquer la valeur locative des biens concernés ;
- g) Rechercher inversement si l'indivision est susceptible d'être débitrice envers l'un ou l'autre des co-indivisaires pour l'une ou l'autre des causes suivantes :
 - a. Amélioration de biens indivis (la plus-value ne suit pas l'origine des fruits produits par l'indivision) dans l'affirmative, évaluer la plus-value et évaluer les dépenses faites sur justificatifs ;
 - b. Impenses nécessaires sur les biens indivis effectués par ledit co-indivisaire au moyen de deniers personnels ;
- h) Si les immeubles ne sont pas partageables en nature, indiquer des valeurs de mise à prix en vue de leur licitation ;
- i) Déterminer la présence ou non de contrats d'assurance-vie et autres prévoyances au nom du défunt et leurs bénéficiaires. Mais aussi le ratio entre le *quantum* et le patrimoine successoral ;
- j) Apprécier l'existence de biens ayant pu faire l'objet d'une cession à titre onéreux ou à titre gratuit et nécessitant la présence d'un aléa : vente en viager, acquisition avec une clause d'accroissement, *etc.*

Parfois demandée en référé au visa de l'article 145 du Code de procédure civile, l'expertise judiciaire successorale peut également se demander avant dire droit au visa de l'article 1361 du même code ou devant le Juge de la mise état¹³⁴⁰. Parfois la seule expertise ne suffira pas, et au regard de la complexité des opérations à intervenir, les parties pourront, au visa de l'article 1364 du Code de procédure civile, demander au tribunal de désigner un notaire pour procéder aux opérations de partage et commettre un juge pour surveiller ces opérations. Le notaire est choisi par les copartageants et, à défaut d'accord, par le tribunal. Le notaire convoque alors les parties et demande la production de tout document utile à l'accomplissement de sa mission. Il rend compte au juge commis des difficultés rencontrées et peut solliciter de lui toute mesure de nature à en faciliter le déroulement. Il peut, si la valeur ou la consistance des biens le justifient, s'adjoindre un expert, choisi d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, désigné par le juge commis¹³⁴¹.

Au cours de cette mission, réunions, courriels, pré-rapports, dires, dires récapitulatifs, demandes de communication de pièces, vont joncher la mission de l'expert jusqu'à la réalisation du rapport définitif, qui recueille rarement l'accord de tous. Dans l'hypothèse d'un désaccord entre

¹³⁴⁰ C. proc. civ. art. 1361 : « Sans préjudice des dispositions de l'article 145, un expert peut être désigné en cours d'instance pour procéder à l'estimation des biens ou proposer la composition des lots à répartir ».

¹³⁴¹ C. proc. civ. art. 1365.

les copartageants, l'article 1373 du Code de procédure civile prévoit que le notaire transmet au juge commis un procès-verbal comprenant à la fois le projet d'état liquidatif et les dires respectifs des parties. Le magistrat peut alors entendre les parties et le notaire pour tenter de trouver une sortie amiable¹³⁴², à défaut il fait un rapport au tribunal sur les points de désaccord subsistants¹³⁴³. Suivant la lettre de l'article 1375 du Code de procédure civile, le tribunal statue sur les points de désaccord et peut, soit valider l'état liquidatif, soit renvoyer les parties devant le notaire pour établir l'acte constatant le partage.

On se rend aisément compte de la complexité inhérente à cette procédure.

316. Le temps judiciaire successoral, l'exécution. Le jugement intervenu, les voies de recours épuisées, il est légitime de penser que le contentieux est terminé. Or, se pose une nouvelle difficulté qui est l'exécution du jugement par le notaire commis. Il est courant que l'exécution du jugement, et notamment la licitation des biens immobiliers prenne autant de temps, voire plus de temps que le contentieux devant le tribunal. Il arrive que les termes du jugement ne permettent une correcte liquidation-partage de la succession, laissant le notaire parfois démuni face à un magistrat quasiment dessaisi de l'instance et où les voies de recours sont épuisées. L'un des plus gros problèmes de l'exécution d'un jugement de liquidation est son incompatibilité avec le principe de la dette de valeur. En effet, les règles successorales prévoient que la valeur à prendre en compte dans l'acte de partage doit se référer à la valeur la plus proche du partage. *Quid* d'une valorisation changeante entre le jugement et la véritable exécution de celui-ci ? Il est fréquent que le notaire soit dans l'obligation de recourir de nouveau à un expert pour avoir des valorisations actualisées.

317. La planification et le temps. On se rend bien compte que le dénouement d'une succession contentieuse peut prendre plus de 10 ans. Dans cette hypothèse peut-on réellement parler d'effectivité de la volonté du *de cuius* lorsque celui-ci avait mis en place un schéma de planification qui s'est finalement retrouvé devant les tribunaux ? Les causes de contentieux successoral étant déjà importantes, est-il judicieux d'en rajouter et de créer une véritable matière judiciaire qui se trouverait en totale inadéquation avec le principe même d'une volonté prévisible et efficiente ? Nous ne le pensons pas. L'ordre public successoral a ses vertus en ce qu'il permet de tenir un équilibre précieux¹³⁴⁴. Le blocage d'une succession ne nécessite pas obligatoirement un acte de planification successorale, néanmoins sa présence peut aisément exacerber la réception

¹³⁴² C. proc. civ. art. 1373, al. 3.

¹³⁴³ C. proc. civ. art. 1373, al. 4.

¹³⁴⁴ En ce sens sur la limitation du contentieux successoral on peut notamment citer les travaux de Charles BAHUREL, *Les volontés des morts - Vouloir pour le temps où l'on sera plus*, thèse, Paris II, 2014, p. 425, n° 715.

contentieuse de la succession, c'est ainsi que l'influence de l'anticipation et de la planification successorales sur le contentieux successoral semble caractériser une relation de cause à effet bien réelle. L'ordre public successoral par sa fonction de contre-pouvoir permet de juguler cette problématique contentieuse par ses règles déterminées et déterminables. Certains objecteront que, d'un autre côté, c'est parce que les héritiers sont protégés que le contentieux existe, et que, dès lors, si l'on supprimait cette protection l'on supprimerait également tant l'intérêt que la qualité à agir. Une telle position s'entend dans le syllogisme qu'elle emprunte mais n'est pas souhaitable et reste à tout le moins illusoire quand bien même dans les pays de *Common law* une protection judiciaire subsiste.

Force est de souligner que malgré la présence de limite à la volonté du *de cujus*, il est nécessaire de composer avec la donnée contentieuse, et c'est notamment pour cela que certains pans de l'ingénierie patrimoniale ont vocation à restreindre les voies contentieuses tout en respectant les règles de l'ordre public successoral.

B - La difficile anticipation du contentieux

318. Gouverner l'imprévisible. Le contentieux successoral porte en lui les caractéristiques d'un élément imprévisible et aléatoire, aux antipodes des considérations de prévisibilité et de pérennité. Comme le précise justement Anne-Claude Crémieux : « *au fond, chaque crise peut être appréhendée sous deux angles différents. D'une part, une crise, c'est d'abord une menace objective qui s'impose et oblige à réagir à l'imprévu. D'autre part, une crise est déclenchée par des systèmes d'alerte plus ou moins sensibles, plus ou moins précis. Ce qui est perçu comme une fatalité à une époque devient inadmissible à une autre. Ce qui passe inaperçu dans un pays provoque une intense réaction médiatique dans un autre. L'essence même de la crise est le résultat de la rencontre entre les menaces largement imprévisibles qui nous entourent, et notre propre capacité à les évaluer, à en mesurer les effets et à y répondre* »¹³⁴⁵.

Consciente que cette donnée pouvait entraver fortement l'efficacité de la planification successorale, la pratique de l'anticipation successorale s'est empressée de l'intégrer dans sa matrice intellectuelle. Dès lors, l'anticipation successorale a utilisé la planification pour éviter le contentieux. En premier lieu, éviter le contentieux, c'est éviter la contrariété de son acte de volonté ; le *de cujus* a donc un grand pouvoir en ce qui concerne l'éviction du contentieux car c'est souvent sa manifestation de volonté qui va l'engendrer. En second lieu, le *de cujus* peut savoir qu'un contentieux est en germe, peu important sa prise de volonté.

¹³⁴⁵ A.-C. CREMIEUX, *Gouverner l'imprévisible*, Lavoisier, 2009.

Dans un cas comme dans l'autre, il existe des biais par lesquels le *de cuius* pourra exercer une volonté positive d'organisation anticipée de son patrimoine, tout en contrôlant le risque contentieux. En cela, le recours à l'anticipation successorale concertée (1) et unilatérale (2) répondent à des fonctions différentes. L'anticipation du contentieux international des successions relève d'une autre logique (3).

1 - Le recours à l'anticipation successorale concertée

319. Une diminution de l'aspect psychologique par le concours de tous. Nous avons relevé que l'anticipation successorale pouvait prendre principalement deux formes : unilatérale et concertée. L'anticipation successorale concertée consiste en la prise d'actes en concert avec les récipiendaires de la protection réservataire. On pense notamment aux pactes de famille. Prenons le cas de la donation-partage égalitaire faisant intervenir tous les présomptifs réservataires. Quand la totalité des héritiers est partie à l'acte d'anticipation, il apparaît que ceux-ci sont moins tentés de le contester, non seulement parce qu'ils en ont connaissance et que dès lors se trouve réduit l'élément psychologique de découverte au décès, mais également parce qu'ils ont préalablement accepté leur émolument et par ricochet l'émolument de leurs cohéritiers. La loi prévoit une série de règles dérogatoires assorties à cette libéralité particulière permettant de réduire encore plus le potentiel conflit. Depuis la réforme de 2006, les libéralités-partages et notamment la donation-partage peuvent être consenties à tous les héritiers présomptifs, elle peut également être transgénérationnelle¹³⁴⁶. Outre un régime juridique assez particulier, la donation-partage, de par son essence, permet une transmission anticipée du patrimoine mais aussi une transmission contrôlée de celui-ci en ce qu'une telle libéralité permet d'anticiper, au-delà du transfert, le partage, mais aussi de juguler un certain nombre de points qui sont en règle générale un vivier de contentieux. Ainsi en va-t-il de la question de la valorisation et de l'indivision : la donation-partage, ayant pour fonction de réaliser un partage de succession, doit en principe réaliser l'allotissement de plusieurs héritiers présomptifs¹³⁴⁷. Elle suppose donc des attributions privatives, donc une division matérielle des parts entre lesquelles l'ensemble des biens donnés doivent être répartis sans qu'il soit possible d'en maintenir certains en indivision¹³⁴⁸. Les copartagés ne sont jamais tenus au rapport de leurs lots¹³⁴⁹, ainsi la conséquence principale de cette absence de rapport est la non prise en compte des plus ou

¹³⁴⁶ Not. sur ce sujet : L. TAUDIN, *Libéralité-Partages*, 2016, *LexisNexis*, coll. Pratique Notariale.

¹³⁴⁷ Not. en ce sens : P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^e éd., 2018, *LGDJ Lextenso éditions*, p. 628.

¹³⁴⁸ *Ibid.*, p. 629.

¹³⁴⁹ Sauf clause de rapport expresse dans l'acte.

moins-values¹³⁵⁰. Concernant la réunion fictive des libéralités antérieures pour la protection de la réserve, l'article 1077-2 du Code de procédure civile prévoit que les donations-partages suivent les mêmes règles que les donations entre vifs, pour tout ce qui concerne l'imputation, le calcul de la réserve et la réduction. L'article 1078 poursuit en précisant que « *nonobstant les règles applicables aux donations entre vifs, les biens donnés seront, sauf convention contraire, évalués au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve, à condition que tous les héritiers réservataires vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient reçu un lot dans le partage anticipé et l'aient expressément accepté, et qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent* ». Cette sécurisation des valorisations est très importante en ce qu'elle permet d'éviter un écueil souvent présent lors de l'ouverture de la succession, qui est la revalorisation des biens donnés par donation à l'aune de la règle de la dette de valeur. En figeant la valeur des lots au jour de la passation de l'acte, le *de cujus* sécurise l'éventuel contentieux futur sur la détermination de la valeur décès et de la valeur partage des biens qu'il aura donnés. Le contentieux se trouve également jugulé par les règles sur la prescription : par dérogation à la règle de l'aliéna 2 de l'article 921 du Code civil, l'article 1077 alinéa 2 prévoit que dans l'hypothèse d'une donation-partage conjonctive, la réduction ne peut être demandée avant le décès du donateur survivant ; le point de départ du délai est repoussé à cette date. Le raccourcissement du délai de réduction permet également de juguler la fenêtre de contentieux.

Les libéralités-partages ne sont pas les seules à pouvoir allier transmission anticipée et sécurisation du contentieux, on pense tout naturellement à la renonciation anticipée à l'action en réduction qui permet de sécuriser au maximum la libéralité projetée. Néanmoins, la sécurisation du contentieux futur dans le cadre d'une anticipation successorale concertée n'est par définition possible que dans l'hypothèse où existe une entente au jour de la planification ; ce qui, dans le cadre d'un éventuel contentieux sous-jacent, peut s'avérer difficile. C'est ainsi que l'anticipation successorale unilatérale a permis à certains égards de sécuriser le contentieux futur.

2 - L'anticipation successorale unilatérale et l'anticipation du contentieux

320. Organiser un contrôle du pouvoir. Le contentieux successoral peut trouver sa cause dans l'administration de la succession. Le temps entre le décès et le partage peut faire naître des tensions. Pour pallier cela, le *de cujus* a la possibilité de nommer des tiers pour gérer cette période.

¹³⁵⁰ « 413.14. Chapitre 355. Cependant les lots, quoique non rapportables, constituent, en principe, des avancements de part successorale et doivent être imputés comme tels : 'Les biens reçus à titre de partage anticipé par un héritier réservataire présomptif s'imputent sur sa part de réserve, à moins qu'ils n'aient été donnés expressément hors part' » (C. civ., art. 1077) », in, *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6^{ème} éd., Dalloz 2017, coll. Dalloz action (dir. M. GRIMALDI).

321. L'exécuteur testamentaire. « *Illustration historique du pouvoir de la volonté du de cuius d'organiser l'administration de sa succession* »¹³⁵¹, l'exécuteur testamentaire est nommé par le *de cuius* via l'institution testamentaire pour veiller ou procéder à l'exécution de ses dernières volontés¹³⁵². L'exécuteur prend les mesures conservatoires utiles à la bonne exécution du testament, il peut faire procéder à un inventaire ou encore provoquer la vente d'un bien immobilier pour acquitter les dettes urgentes de la succession¹³⁵³. Ses pouvoirs sont somme toute limités, mais le *de cuius* peut prévoir d'habiliter l'exécuteur testamentaire à véritablement prendre possession de tout ou partie des meubles de la succession et à les aliéner si cela s'avère nécessaire pour acquitter les legs particuliers. S'il n'existe pas de réservataire acceptant, il peut également disposer en tout ou partie des immeubles de la succession, recevoir et placer les capitaux, payer les dettes¹³⁵⁴. On se rend immédiatement compte qu'en cas de souche réservataire, l'exécuteur testamentaire, malgré une habilitation du *de cuius*, a des pouvoirs assez limités dans la gestion de la succession. Il faut voir l'exécuteur testamentaire non pas comme un gestionnaire successoral, mais comme un pacificateur. Sa présence, lorsqu'il s'agit d'un tiers, peut permettre d'assurer un rôle amiable de médiateur.

322. Le mandat à effet posthume. Le *de cuius* peut également donner à une ou plusieurs personnes, physique ou morale, le pouvoir d'administrer et de gérer - sous réserve d'un éventuel exécuteur testamentaire - tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers¹³⁵⁵. Les pouvoirs du mandataire sont plus larges que ceux d'un exécuteur testamentaire, mais sont intimement liés à l'acceptation de l'héritier visé par le mandat. Tant que celui-ci n'est pas acceptant, le mandataire ne peut réaliser que des actes ne valant pas acceptation. Une fois que les héritiers visés par le mandat sont acceptants, le mandataire peut accomplir tous les actes d'administration, gérer les biens successoraux, agir en justice pour préserver les biens de la succession. À l'instar de l'exécuteur testamentaire, le mandataire à effet posthume permet de créer un filtre dans la dévolution de la succession et potentiellement apaiser les tensions. Au-delà de ces deux institutions, d'autres techniques permettent de contrôler le pouvoir lors de la transmission du patrimoine au décès ; on pense immédiatement à la rédaction des statuts de sociétés. En effet, lorsque le patrimoine successoral est détenu pour partie via une personne morale comme une société civile immobilière ou une société à responsabilité limitée de famille, la rédaction

¹³⁵¹ En ce sens : C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 505 - P. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, p. 537.

¹³⁵² C. civ. art. 1025.

¹³⁵³ C. civ. art. 1029.

¹³⁵⁴ C. civ. art. 1030-1.

¹³⁵⁵ En ce sens : C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, p. 501 - P. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, p. 140.

des statuts permet de déroger au régime légal de l'indivision. Il est possible, par exemple, de nommer un gérant qui n'est pas un héritier ou encore de prévoir des modalités spéciales de vote.

Le contrôle de l'avoir par l'anticipation successorale, que ce soit en termes de mandat ou d'ingénierie sociétaire, permet de garder un certain contrôle sur la phase de passation mais n'est qu'un pis-aller dans le cadre de l'anticipation qui s'accompagne d'un contrôle de l'avoir.

323. Sécuriser l'avoir en supprimant l'indivision. Au-delà d'une problématique de pouvoir qui pourrait être gérée par des mandats, se pose la question de la propriété et des droits qui y sont attachés. La qualité d'indivisaire successoral octroie des droits importants qui ne peuvent souvent être que peu limités par un mandat à effet posthume ou par la nomination d'un exécuteur testamentaire. Se pose alors la question de juguler l'apparition de cette indivision successorale. Prenons l'exemple d'un legs universel dans le cadre d'une succession dont le *de cuius* sait qu'elle sera contentieuse entre les descendants. Si celui-ci ne fait aucun acte d'anticipation, ou alors uniquement des donations ou des legs d'attribution, se créera à son décès une indivision successorale qui pourrait être très compliquée à gérer dans le cadre d'un contentieux : paiement des charges, travaux, paiement d'une indemnité d'occupation, pourront jalonner la vie de l'indivision successorale. À l'inverse, et opportunément depuis la réforme 2006 instituant la réduction en valeur, le *de cuius* a la possibilité d'instituer comme légataire universel un de ses présomptifs réservataires. Par cet acte, le *de cuius* empêche la formation d'une indivision successorale et évite ainsi des problèmes de gestion. Au regard de la protection réservataire, il sait que l'héritier se trouvant exhérité via cette institution reste protégé par sa réserve héréditaire. La seconde vertu de cette stratégie est de sécuriser le contentieux qui pourrait découler du conflit familial. En effet, par le legs universel et l'absence d'indivision successorale, l'héritier opposant ne pourra réclamer que sa réserve en valeur¹³⁵⁶.

Le contentieux n'empruntera donc pas les méandres d'une action en partage avec tout ce que cela implique en termes d'indivision, mais la problématique se cantonnera à une « simple » question d'évaluation pour déterminer le *quantum* que le légataire universel devra indemniser. Cette technique aura également pour conséquence, comme l'a récemment rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 22 juin 2022, de fixer temporellement le montant de l'indemnité de réduction d'après la valeur des biens donnés ou légués à l'époque de la liquidation ou de leur aliénation par le gratifié¹³⁵⁷.

Une autre technique offerte par la loi permettant de juguler cette problématique de l'avoir, c'est la technique du cantonnement. Les articles 1002-1 et 1094-1 du Code civil permettent respectivement au légataire universel et au conjoint survivant de cantonner leur émolument aux fins de moduler leur allotissement sans que cela soit vu comme une libéralité faite aux autres

¹³⁵⁶ Sauf exception de l'article 924-4 du Code civil.

¹³⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 2022, 21-10.570 : obs. M. JAOUL, *Dalloz actualité*, juillet 2022.

successibles. Bernard Vareille rappelle que cette technique est une arme efficace pour prévenir le contentieux : « *C'est pourquoi l'on jugera souvent opportun de ne pas conférer au survivant une vocation aussi radicale. Mieux vaut assortir le legs universel d'une stipulation de réduction en nature assortie de la faculté de composer son lot. Ainsi était licite la clause par laquelle il était permis à un légataire de composer la quotité disponible, ce qui revenait, par élimination, à composer la réserve globale* »¹³⁵⁸.

À la lisière de ces deux formes d'anticipation du contentieux, l'on retrouve l'anticipation du contentieux en matière de succession internationale.

3 - Anticiper le contentieux international des successions

324. Anticiper l'extranéité. Le droit et la pratique des successions internationales relèvent que la matière est une source de contentieux important. Dans ce contexte, l'anticipation et la planification successorales ont un grand rôle à jouer dans la limitation de l'éventuel contentieux futur, tout particulièrement en sécurisant *ab ante* les critères de rattachement. À cet effet, l'audit patrimonial international est central en ce qu'il permet de déterminer notamment les lois applicables au régime matrimonial et à la succession. En sus de la loi applicable, l'audit permettra de mettre en lumière les éventuels « choix involontaires » du *de cuius* : qualité de conjoint survivant, qualité de descendant¹³⁵⁹.

Après avoir mis en lumière ces points de difficulté, la volonté unilatérale du *de cuius*, mais également les volontés concertées des futurs acteurs de la succession, pourront se manifester pour juguler les éventuels points qui pourraient créer plus tard un contentieux. C'est ainsi qu'il est possible de fixer par anticipation la loi applicable au régime matrimonial, aux donations, pactes successoraux, au testament et à la succession. Ces choix permettront notamment de rompre l'éventuelle problématique de segmentation du statut personnel et distorsion juridique entre les actes de planification et la succession¹³⁶⁰.

Ces quelques techniques permettent à la fois de contrôler l'apparition d'un contentieux mais également de limiter leur portée si un tel événement devait voir le jour. Force est néanmoins de

¹³⁵⁸ B. VAREILLE, « La réserve en valeur », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 28.

¹³⁵⁹ En ce sens : 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, Montréal (Québec – Canada), 4-9 octobre 2018.

¹³⁶⁰ C. KOHLER, « La segmentation du statut personnel comme vecteur de l'autonomie de la volonté en matière familiale et successorale », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET, 2017, BRUYLANT, p. 73. Également sur la notion d'interférence : « *L'interférence entre la loi du régime et la loi successorale - Un problème important résulte de l'interférence entre le régime matrimonial et la succession, lorsqu'on est en présence d'un régime matrimonial qui ne donne rien (les époux sont mariés sous un régime de séparation de biens), et d'une loi successorale qui n'accorde qu'une faible part au conjoint survivant. En définitive, on a constaté qu'il n'était pas possible de trouver une adaptation sur ce point. Toutefois, pour remédier à ces inégalités, un changement de loi ou de régime matrimonial peut faire partie de la préparation des successions internationales* », M. REVILLARD, *Le droit international privé et européen : pratique notariale*, *Defrénois notariale* 15 avril 2005, n° 1, p. 106. Également v. *supra*, n° 90.

constater que les actuelles règles du contentieux successoral ne sont pas adaptées à l'enjeu de la matière : complexité et lenteur jalonnent le Code de procédure civile et ne permettent pas un « contentieux serein ». Si délier un tel oxymore semble complexe, la modification de certaines règles de l'actuelle procédure permettrait de rendre le conflit successoral plus sécurisé mais également de pérenniser l'anticipation successorale autant dans sa composante de volonté que de prévisibilité.

Section 2

LES PISTES D'UN CONTENTIEUX SECURISÉ

325. Une volonté déjà exprimée. Dans son étude sur le contentieux successoral Hugues Letellier expose la volonté du législateur, lors de la réforme de 2006, de moderniser le contentieux successoral¹³⁶¹. Selon l'auteur, le législateur stigmatise le contentieux successoral et appelle à une coopération des notaires. Dans son rapport, Henri de Richemont posait déjà des constats très pertinents quand il évoquait la problématique de l'héritier taisant pour justifier l'introduction de l'article 837 du Code civil¹³⁶². Hugues Letellier précise néanmoins que la loi de 2006 a manqué des occasions de réellement légiférer sur le contentieux successoral, et notamment sur deux points : la phase précontentieuse et l'assurance-vie. L'auteur termine son étude en soulignant que l'un des écueils du contentieux successoral est son appréhension par la pratique : *« absence de connaissance des règles de fonctionnement d'une étude notariale par une partie du Barreau ; absence de connaissance des règles de procédure et de la gestion dans le temps d'une succession délicate par une partie du notariat ; réactions épidermiques d'une partie des notaires face à des avocats qui interviennent dans des successions amiables ; refus parfois catégorique d'une partie du Barreau d'entrer en discussion lorsque le dossier est traité chez le notaire, au profit d'une assignation en justice systématique »*¹³⁶³. Il faut regretter qu'une loi qui promettait la libération de la volonté du *de cuius* ne se soit pas plus adaptée aux conséquences contentieuses d'une telle libération. Or, compte tenu de l'impact du contentieux sur l'équilibre de la transmission, il apparaît aujourd'hui impérieux de proposer une refonte de certaines règles. Cette évolution des règles passe par deux grandes phases : le rappel et le développement de l'importance du précontentieux en matière successorale (§ 1) et une modification substantielle des règles afin de sécuriser la procédure de liquidation-partage et son exécution (§ 2).

¹³⁶¹ H. LETELLIER, « L'avocat en droit des successions : conseils et contentieux », *Gaz. Pal.* n° 313, 9 nov. 2006, p. 18.

¹³⁶² H. de RICHEMONT, « La réforme des successions et des libéralités », *Rapport n° 343*, Doc. Sénat, session ord. 2005-2006.

¹³⁶³ H. LETELLIER, *op. cit.*

§ 1 - L'IMPORTANCE DU PRÉCONTENTIEUX

326. L'importance de l'amiable. A l'aune de l'incidence du conflit sur l'équilibre de la transmission et tout particulièrement sur l'anticipation successorale, il apparaît nécessaire de proposer des points de refonte des règles actuellement applicables, et notamment sur la question du précontentieux¹³⁶⁴. Nous avons vu que l'anticipation successorale peut limiter le contentieux successoral grâce à des stratégies d'ingénierie patrimoniale. Reste une question : quelle est la place de la volonté du *de cuius* dans le précontentieux (A) ? Place que nous verrons fortement encadrée par le contrôle de la loi (B).

A - Le rôle de la volonté dans le précontentieux

327. L'absence d'emprise juridique. Si par un pouvoir de volonté le *de cuius* peut limiter le contentieux par certains actes de planification comme un legs universel ou une donation-partage : quel pouvoir le *de cuius* a sur l'introduction de l'instance judiciaire ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire de comprendre le périmètre du pouvoir de la volonté du *de cuius* pour limiter l'introduction de l'instance judiciaire, de la clause compromissoire (1) à la clause *in terrorem* (2).

1 - Anticipation successorale et clause compromissoire

328. L'arbitrage successoral. L'arbitrage peut être défini comme une procédure de règlement des litiges conventionnellement prévue par les parties. L'article 1442 du Code de procédure civile dispose que « *la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis* ». Au terme de celle-ci, « *les parties s'engagent à soumettre leur litige à une ou plusieurs personnes appelées arbitre, à qui elles confèrent ainsi un véritable pouvoir juridictionnel* ». Auparavant cantonné à certains litiges professionnels, le législateur a ouvert l'opportunité de recourir à l'arbitrage. L'extension de son domaine résonne avec les objectifs classiques de déjudiciarisation¹³⁶⁵ et d'autonomie de la volonté des justiciables. Le développement de l'arbitrage s'inscrit donc en droite ligne de la promotion des modes alternatifs des règlements des conflits - ou différends - mais ne repose pas sur les mêmes bases. Là où la médiation fait appel à un accord nécessaire des parties pour arriver à une décision coercitive, le tribunal arbitral saisi tranche et rend une sentence opposable aux parties.

¹³⁶⁴ Sur ce sujet : A. DE GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, « Enjeux et perspectives du partage amiable », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2020, doss. 4.

¹³⁶⁵ Not. en ce sens : A. TANI, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018 : « Chapitre 4 - Le repliement de la juridiction contentieuse / n°158 La juridiction contentieuse : entre refoulement et repliement ».

Hugues Letellier, témoin de cette évolution, regretta fortement et analysa comme une occasion manquée l'absence des vertus de la conciliation et de la justice arbitrale dans les réformes de 2006¹³⁶⁶. Longtemps interdite dans la matière civile, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 introduit à l'article 2061 du Code civil la notion de clause compromissoire. C'est ensuite la loi du 18 novembre 2016 qui a ouvert l'arbitrage au non-professionnel. La codification de l'arbitrage s'est faite à la fois dans le Code civil¹³⁶⁷, le Code de procédure civile¹³⁶⁸ et le Code de commerce. Selon la lettre des articles 2059, 2060 et 2061 du Code civil toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition, elles ne peuvent néanmoins compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Ces mouvements, au-delà d'ouvrir l'arbitrage au non professionnel, interrogent sur son ouverture au droit patrimonial de la famille¹³⁶⁹. Comme le précise Alain Devers, « *jadis cantonné au monde de l'entreprise, l'arbitrage gagne désormais les rivages du droit de la famille, déjà balayés par les vents de l'autonomie croissante laissée aux individus, de la contractualisation des relations familiales, de la déjudiciarisation des affaires familiales et de la promotion des modes alternatifs de règlement des différends familiaux* »¹³⁷⁰. L'exclusion de l'arbitrage des matières intéressant l'ordre public restait *a priori* un obstacle dirimant à l'utilisation de l'arbitrage dans la matière successorale. Sur ce point Guillaume Barbe précise que « *la jurisprudence adopte une position souple et affirme que le caractère d'ordre public est insuffisant à rendre le litige in-arbitrable. Elle admet ainsi que le tribunal arbitral soit compétent pour connaître des litiges mettant en cause des règles d'ordre public* »¹³⁷¹. Dans le même esprit, Alain Devers relève que cette exclusion est d'interprétation stricte et qu'« *une fois la succession ouverte, l'existence de droits que les héritiers réservataires tiennent de la loi ne leur interdit pas, selon nous, de soumettre leur litige à l'arbitrage* »¹³⁷². Cela peut aisément s'analyser en raison du caractère d'ordre public de protection de l'ordre public successoral. Une fois la disposition des droits obtenue après le décès, les héritiers présomptifs devenus héritiers réservataires, peuvent par un acte de volonté se soumettre à un

¹³⁶⁶ « Or, le recours à l'arbitrage en droit des successions demeure contesté, alors que c'est un vrai moyen de désencombrer les tribunaux », H. LETELLIER, *op. cit.*

¹³⁶⁷ C. civ. art. 2059, 2060 et 2061.

¹³⁶⁸ C. civ. art. 1442 à 1503.

¹³⁶⁹ Not. en ce sens : P. CATALA, « Arbitrage et patrimoine familial », *Rev. arb.* 1994, p. 279 - B. MALLET-BRICOUT, « Arbitrage et droit de la famille », *Dr. & patr.*, mai 2002, p. 59 - C. NOURISSAT, « Dossier Médiation et arbitrage : enjeux pour la pratique notariale », *JCP N* 2016, 1344 - J.-B. RACINE, « L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille », *Dr. & patr.*, déc. 2017, p. 26.

¹³⁷⁰ A. DEVERS, « L'arbitrage en droit de la famille », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2019, n° 7.

¹³⁷¹ G. BARBE, « Arbitrer les litiges testamentaires », *Actu-juridique*, 21 juill. 2021. Également sur ce sujet : Cass. com., 20 nov. 1950, Tissot c/ Neff, *JCP G* 1951, IV 5 - CA Paris, 19 mai 1993, *RTD com.* 1993, p. 494 - CA Paris, 1^{re} ch. D, 17 mai 2006, n° 06/01658 : « L'application des règles d'ordre public sur le droit successoral et matrimonial n'empêche pas la soumission du litige à l'arbitre avec mise en œuvre par lui des règles impératives du droit ».

¹³⁷² A. DEVERS, *op. cit.*

arbitrage¹³⁷³. Cela ne fait que peu de doute. Ce n'est pas néanmoins l'angle de réflexion qui nous intéresse. En effet, l'interrogation se porte sur le pouvoir du *de cuius* d'imposer un arbitrage dans l'hypothèse d'un conflit futur entre les héritiers. Se pose la question de la place de la clause compromissoire dans l'anticipation et la planification successorales ?

En premier lieu, dans le cadre d'un pacte de famille comme la donation-partage ou encore une renonciation anticipée à l'action en réduction, une clause compromissoire pourrait être insérée¹³⁷⁴. En effet, le concours de tous les héritiers permettrait à la fois de s'assurer de leurs consentements à la soumission d'une telle clause, mais également son opposabilité à tous les signataires du pacte. Les libéralités concertées ne sont pas les seuls actes de planification successorale pouvant accueillir de telles clauses. On pense notamment aux conventions matrimoniales ou encore aux conventions de PACS. Les statuts de société civile immobilière peuvent également être un terrain propice dans le cadre d'une organisation patrimoniale adéquate. Dans ces hypothèses, l'acte devra prévoir les mentions obligatoires inhérentes à la clause compromissoire. Néanmoins comme le soulève le rapport sur les conflits successoraux, ces clauses restent très précaires « *une clause compromissoire peut toujours être répudiée par l'un de ses signataires, dès lors que celui-ci n'a pas agi dans le cadre de son activité professionnelle, (...) la mise en œuvre de ces clauses compromissoires paraît ainsi fragile et aléatoire, conditionnée au bon vouloir des parties* »¹³⁷⁵. Malgré sa précarité, l'insertion d'une telle clause dans le cadre d'une planification successorale concertée reste possible. Cependant, elle est intimement liée à la présence d'un acte collectif de planification. La clause compromissoire insérée dans une donation simple perdrait de son utilité, la totalité des héritiers n'étant pas parties à l'acte. Or, force est de constater que la présence d'une donation-partage ou encore d'une renonciation anticipée à l'action en réduction ne se fait - souvent - que dans des situations familiales où il n'existe que peu de conflits sous-jacents. L'intérêt d'une clause compromissoire visant à se prémunir du contentieux apparaît dès lors comme inconséquent.

En second lieu, se pose la question de la place de la clause compromissoire dans l'anticipation et la planification successorales unilatérales. Sur ce sujet le Professeur Nourissat pose l'interrogation

¹³⁷³ « Pour les successions ouvertes, plusieurs décisions ont admis le recours à l'arbitrage pour les litiges opposant les héritiers et autres bénéficiaires, sans toujours d'ailleurs se poser la question de leur arbitrabilité. La mission dévolue aux arbitres peut être de liquider et/ou partager la succession ou se limiter à l'inventaire des biens de la succession, à leur évaluation et à la fixation de leur valeur locative », *ibid.*

¹³⁷⁴ « Plus intéressante encore est l'idée d'envisager la conclusion d'un pacte de famille entre le défunt, ses héritiers et autres bénéficiaires pour organiser la succession. Dans une telle hypothèse, le pacte de famille comporte une clause compromissoire par laquelle les héritiers et autres bénéficiaires s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à la succession. Ce pacte de famille peut être une donation-partage, voire un pacte d'actionnaires. Mais, même stipulée dans un pacte de famille, l'efficacité de la clause compromissoire demeure incertaine. Pleinement efficace entre les parties au pacte de famille, la clause compromissoire n'est en effet pas opposable à un tiers, à moins qu'il n'ait succédé aux droits et obligations d'une partie qui l'a initialement acceptée (C. civ., art. 2061). La clause compromissoire est donc opposable à la personne appelée à la succession par représentation d'un héritier qui l'avait acceptée. Elle est en revanche inopposable à un héritier ou un bénéficiaire dont l'existence ne serait découverte qu'après le décès. C'est dire l'inconciliabilité entre pacte de famille et secrets de famille... », *ibid.*

¹³⁷⁵ 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, Montréal (Québec – Canada), 4-9 octobre 2018, p. 390.

centrale : « *le futur défunt pourrait-il stipuler dans son testament ‘une clause compromissoire comme charge, soumettant la répartition des actifs à la condition que si un litige survient, il sera nécessairement tranché par un tribunal arbitral dont il aura peut-être d’ores et déjà arrêté la composition ?’* »¹³⁷⁶. En d’autres termes, est-ce qu’une manifestation unilatérale de volonté du *de cuius* pourrait contraindre les héritiers à recourir à l’arbitrage, dans l’hypothèse d’un désaccord sur la lettre de la disposition testamentaire ? Selon l’auteur, le principe de la succession à la personne impliquerait que les héritiers ne soient pas tiers à la convention d’arbitrage. Dès lors la clause compromissoire pourrait être admise pour la portion disponible du patrimoine successoral. La problématique viendrait en présence d’héritier réservataire. En effet, la réserve héréditaire, nous dit l’article 912 du Code civil, est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires. Or, la clause compromissoire unilatérale, en ce qu’elle serait imposée sans leur consentement aux réservataires apparaît comme une charge qui pourrait être aisément levée par les héritiers rendant le litige « *in-arbitrable* »¹³⁷⁷. C’est ainsi que « *quelle que soit sa forme, clause compromissoire ou compromis, la convention d’arbitrage étant une convention conclue entre des parties, la validité ex ante d’une clause unilatérale du testament imposant le recours à l’arbitrage est douteuse* »¹³⁷⁸. Si une telle solution est à déplorer en ce que l’arbitrage peut être une solution pérenne de désengorgement des tribunaux, mais aussi de sécurisation de litige, la solution est fondée juridiquement. La réserve héréditaire devant se livrer libre de charges, il apparaîtrait en inadéquation avec la règle de droit d’imposer unilatéralement une clause compromissoire aux présomptifs réservataires.

Le pouvoir unilatéral de la volonté dans le cadre du contrôle du contentieux apparaît donc limité. Cependant, là encore, l’ingénierie successorale a développé des techniques d’anticipation permettant de contrôler l’introduction du contentieux et ainsi préserver la volonté exprimée du *de cuius*. C’est ainsi que la clause compromissoire peut voir son utilité décuplée avec la présence de clause *in terrorem*, communément appelée clause pénale de non-contestation.

2 - L’opportunité des clauses *in terrorem*

329. La terreur du contrôle. Le Professeur Nicod définit les clauses pénales en droit des libéralités comme une « *stipulation prévoyant une pénalité dans un acte libéral* »¹³⁷⁹. Forcée par la doctrine

¹³⁷⁶ C. NOURISSAT, « L’apport du droit de l’Union européenne à l’arbitrage », *JCP N* 2016, 1347, spéc. n° 17.

¹³⁷⁷ A. DEVERS, « *le litige paraît in-arbitrable lorsque la charge grève la réserve héréditaire des héritiers* ».

¹³⁷⁸ *Ibid.* Également de cet avis : « *Les droits successoraux étant indisponibles avant l’ouverture de la succession et les pactes sur succession future prohibés, la vocation anticipatoire de la clause compromissoire prohibe en théorie son insertion dans un testament. En outre, sur la forme, le testament est un acte juridique unilatéral lorsque la clause compromissoire est supposée être conclue entre au moins deux personnes et acceptée par la partie à laquelle elle est opposée. De sorte que, en la matière, le recours à l’arbitrage se traduit par la conclusion d’un compromis d’arbitrage* », G. BARBE, *op. cit.*

¹³⁷⁹ M. NICOD, « Proportionnalité des clauses pénales - épisode 2 », *Dr. fam.* n° 7-8, juill. 2016, comm. 152.

et la pratique notariales, cette clause « *recouvre des stipulations qui diffèrent d'une espèce à l'autre, en fonction des comportements visés (fait actif ou, au contraire, abstention) et des peines prévues (exhérédation expresse ou tacite, résolution, etc.)* »¹³⁸⁰. Il existe de nombreuses clauses pénales en fonction de leur but et de leur nature : assurer la bonne exécution d'une charge, ou encore sanctionner le non-respect de l'engagement pris. Nous nous attarderons tout particulièrement sur les clauses de non-contestation, aussi appelées clauses *in terrorem*.

Dérivée du latin « *dans la peur* », on retrouve la dénomination de clause *in terrorem* en droit anglo-saxon. Elle peut se définir comme la clause d'un testament qui stipule que si un légataire conteste le testament, il ne recevra pas son legs. Cette clause crée donc un legs conditionnel qui n'est accordé que si le testament n'est pas contesté. La finalité de la clause *in terrorem* est de stopper les contestataires potentiels du testament en leur offrant un paiement sous forme de legs. Dans de nombreux États américains, ce type de clause n'est pas exécutoire s'il existe une cause probable de contestation du testament¹³⁸¹. En droit français ce type de clause pénale a été longtemps utilisé. Cette « *clause d'exhérédation indirecte* » pour reprendre les mots des Professeurs Malaurie et Brenner, était utilisée pour réduire l'émolument du contestataire à sa seule réserve héréditaire le privant de la quotité disponible¹³⁸². Cette clause de non-contestation trouvait également tout son intérêt quand elle venait s'adjoindre à une clause compromissaire. En effet, comme le souligne le rapport sur le contentieux successoral « *devant le caractère incertain de la mise en œuvre de cet arbitrage, il est loisible au disposant de prévoir une clause d'exhérédation de l'une des parties qui refuserait de s'y soumettre* »¹³⁸³. Cette double manifestation de volonté permettait alors au *de cuius* de sécuriser le contentieux et consubstantiellement sa volonté.

Cependant, ces expressions de volonté se voient de plus en plus contrôlées. En effet, comme le souligne Mélanie Jaoul, la haute juridiction a toujours respecté les dernières volontés du défunt tant que celles-ci « *ne constituent pas une atteinte à l'ordre public successoral* »¹³⁸⁴ et admettait le principe de la clause pénale testamentaire qui « *exhère les héritiers de leurs droits sur la quotité disponible dès lors que leur comportement n'est pas conforme à ses attentes* »¹³⁸⁵. Ces clauses qui ne sont autres que des clause *in*

¹³⁸⁰ *Ibid.*

¹³⁸¹ « *In terrorem : Une clause in terrorem est une clause d'un testament qui affirme que si un légataire conteste le testament, le légataire ne recevra pas son legs. En fait, la clause in terrorem crée un legs conditionnel, qui n'est accordé que si le testament n'est pas contesté. Souvent, le but de la clause in terrorem est d'arrêter les contestataires potentiels du testament en leur offrant un paiement sous forme de legs. Dans de nombreux États, ce type de clause n'est pas exécutoire s'il existe une cause probable de contestation du testament (Traduit de l'anglais)* ». En ligne : https://www.law.cornell.edu/wex/in_terrorem_clause.

¹³⁸² P. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, p. 306.

¹³⁸³ 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, Montréal (Québec – Canada), 4-9 octobre 2018, p. 383.

¹³⁸⁴ M. JAOL, « L'émergence confirmée d'un contrôle de proportionnalité des clauses pénales testamentaires », *Lexbase*, 26 mai 2016.

¹³⁸⁵ « *Ainsi, la Cour de cassation en avait admis le principe sous réserve que ces clauses pénales n'affectent que des intérêts privés (par opposition à l'ordre public et aux bonnes mœurs) : Cass. civ., 2 février 1935. Depuis la Cour de cassation n'hésite pas à valider les clauses pénales successorales ne portant pas atteinte à l'ordre public : Cass. civ. 1, 9 octobre 1961, n° 59-12.833 (N° Lexbase : A1670RQW), Bull. civ. I, n° 442 ; Cass. civ. 1, 28 mars 2006, n° 04-10.596, F-P+B (N° Lexbase : A8530DNA)* », *Ibid.*

terrorem pouvaient dès lors se développer dans les limites de l'ordre public successoral. C'est ainsi qu'une telle clause pénale ne pouvait grever la réserve héréditaire, celle-ci devant être libre de charges. Du fait de sa contrariété avec l'ordre public successoral, l'héritier demeurait dans la possibilité d'introduire l'instance¹³⁸⁶. Dans la même veine, la Cour de cassation sanctionnait également en la réputant non écrite « *la clause pénale successorale privant de ses droits un héritier qui conteste les dispositions testamentaires, dès lors que son objectif tendait à assurer l'exécution de stipulations testamentaires portant atteinte à l'ordre public* »¹³⁸⁷. Là encore, on retrouve l'équilibre entre la volonté du *de cuius* et la notion cadre de l'ordre public successoral. Au regard de la nature de la réserve héréditaire, il se comprend qu'à l'instar de la clause compromissoire une telle charge notamment d'exhérédation ne puisse grever ce droit d'ordre public. Dès lors, la technique envisagée de cantonnement de l'émolument de l'héritier contestataire à sa seule réserve semblait être la parfaite réponse de la volonté contrôlée. Cette disposition désincitative permettait à la fois de concilier volonté et ordre public successoral avec pour finalité de contrôler le contentieux successoral.

Cependant, un nouveau courant prétorien est venu changer ce paradigme par une décision importante du 16 décembre 2015¹³⁸⁸. En présence d'une clause pénale introduite dans une donation-partage les magistrats du quai de l'horloge se sont prononcés sur le fondement de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹³⁸⁹. Critiquant la décision d'appel qui n'a pas selon eux « *recherché si l'application de cette clause n'avait pas pour effet de porter une atteinte excessive au droit d'agir en justice* », la Cour casse et annule l'arrêt. De cet arrêt découle une nouvelle casuistique concernant les clauses pénales et qui repose sur le contrôle de proportionnalité. À ce sujet le Professeur Nicod précise que dans l'affaire évoquée « *il s'agissait d'une cassation pour défaut de base légale, autrement dit pour une insuffisance de motivation. La solution, en tous points inédite, marquait la volonté des Hauts magistrats de promouvoir, ici comme ailleurs, un contrôle de proportionnalité in concreto* »¹³⁹⁰. Cette décision fut suivie par un arrêt du 13 avril 2016¹³⁹¹ dans lequel les magistrats de la Cour de cassation confirmeront leur logique proportionnelle en déclarant non écrite la clause pénale qui porte atteinte au droit de chaque héritier de provoquer le partage. Si cette

¹³⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2002, n° 00-11.574, FS-P.

¹³⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2007, n° 04-16.461, FS-P+B.

¹³⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 2015, n° 14-29.285 : D. 2016, p. 578, obs. T. LE BARS ; JCP N 2016, n° 19, 1159, obs. C. GOLDIE-GENICON ; Dr. fam. 2016, comm. 33, obs. M. NICOD ; RJP 2016-2, p. 37, obs. F. SAUVAGE.

¹³⁸⁹ « Vu l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Attendu que, pour accueillir la demande reconventionnelle de Mme Y... et dire que Mme Z... et M. B... seraient privés de toute part dans la quotité disponible de la succession de Jacqueline X..., l'arrêt retient que le fait pour ces derniers de poursuivre l'annulation de la donation-partage pour cause de dol a nécessairement pour effet de remettre en cause les allotissements tels que définis dans l'acte, de sorte que leur action doit s'analyser en une remise en cause du partage lui-même, contrevenant ainsi aux énonciations de la clause pénale, et ce en l'absence de motif légitime telle que la démonstration d'une atteinte effective portée à leur droit de réserve par cet acte ; Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si l'application de cette clause n'avait pas pour effet de porter une atteinte excessive au droit d'agir en justice de Mme Z... et de M. B..., la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé », *ibid.*

¹³⁹⁰ *Ibid.*

¹³⁹¹ Cass. 1^{ère} civ. 1, 13 avril 2016, n° 15-13.312.

décision « *participe d'un mouvement plus général d'harmonisation du droit civil et des droits fondamentaux* »¹³⁹², il faut souligner « *que la stipulation d'une clause pénale n'offre plus au donateur ou testateur les mêmes garanties qu'hier* »¹³⁹³. Par l'introduction de cette casuistique fondamentale qui fait nécessairement écho à la fondamentalisation de l'ordre public déjà évoquée, les juges qui devaient auparavant se demander si la volonté du défunt ne contrevenait pas à l'ordre public successoral, devront maintenant également se poser la question de savoir si « *la volonté du disposant ne contrevient pas, de manière excessive, aux droits fondamentaux de l'héritier ou du gratifié qu'elle cherche à contraindre* ». Plus récemment le tribunal judiciaire de Versailles confirmait ce courant en jugeant que « *la clause aux termes de laquelle le testateur prive tout héritier réservataire contestant ses dispositions testamentaires de sa part dans la quotité disponible doit être privée d'effet. Elle porte en effet une atteinte excessive et disproportionnée au droit d'agir en justice* »¹³⁹⁴.

Il est intéressant de remarquer que la fondamentalisation du contrôle de la Cour de cassation ne se fait pas ici au détriment de l'ordre public successoral comme cela pourrait être le cas en droit international privé. Ici, les deux limites agissent de concert et ne se supplantent pas, amenant un équilibre plus coercitif pour la volonté unilatérale du *de cuius*, à contre-courant des évolutions de la matière¹³⁹⁵. Cependant, il ne faut pas conclure, au regard de ce double contrôle, à la totale inefficience des clauses pénales testamentaires. Comme le précise Marc Nicod, « *les clauses pénales insérées dans les libéralités ne sont pas interdites, mais seulement fragilisées par le pouvoir d'effacement reconnu au juge en cas d'atteinte excessive à un droit fondamental* »¹³⁹⁶. Il ne faut donc pas occulter cette ingénierie successorale mais l'adapter à la réponse judiciaire. Il serait donc bon de proscrire une sanction frontale d'exhérédation en cas de contestation, mais d'être plus subtil et d'avoir « *recours à des peines justifiées* » et « *motivées* »¹³⁹⁷. Une réflexion pourrait notamment se former sur la prise en charge à titre définitif par le contestataire de la disposition des frais d'expertise judiciaire qui pourraient intervenir. Le demandeur à l'expertise refusant le paiement qui lui incombe postérieurement à la désignation de l'expert verra sa demande tomber en désuétude, l'expert non provisionné n'accomplissant pas de diligence. D'autres solutions seraient également possibles comme la privation non pas de l'entière quotité disponible mais de certains biens meubles ou immeubles, à la condition impérieuse que ces biens ne constituent pas un élément important de l'actif successoral¹³⁹⁸. Le rapport sur le contentieux successoral propose également une solution

¹³⁹² M. NICOD, *op. cit.*

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 28 avr. 2020, n° 18/07486. Sur ce sujet : N. LEVILLAIN, « Autre actualité en droit des successions », *AJ fam.* 2020, p. 368.

¹³⁹⁵ M. NICOD, *op. cit.* : « Aussi ce recul de la liberté d'initiative du disposant ne manque pas d'interroger : faut-il y voir une volonté judiciaire d'introduire des garde-fous (les droits fondamentaux) ou une tentative plus ou moins consciente d'inverser le sens de l'histoire ? ».

¹³⁹⁶ *Ibid.*

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ *Ibid.*

intéressante qui allie clause pénale et clause compromissaire. La stratégie vise à prévoir dans un testament qu'une somme soit immédiatement allouée à un exécuteur testamentaire à charge pour lui de constituer le tribunal arbitral. Ce capital pourrait être définitivement perdu pour les héritiers légaux, si ceux-ci refusaient de se soumettre à l'arbitrage, en désignant un tiers bénéficiaire alternatif, en l'absence de médiation¹³⁹⁹.

Dans un cas comme dans l'autre, ces dispositions de volonté peuvent avoir une influence dissuasive sur le contentieux mais ne pourront véritablement stopper son introduction notamment en présence d'héritier réservataire. Certains peuvent déplorer ce poids de l'ordre public successoral - et des droits fondamentaux - dans l'expression de la volonté anticipative du *de cuius*, mais cette tendance correspond à l'équilibre actuel du droit successoral. Il ne serait pas à notre sens judicieux de franchir le pas d'une telle charge sur la réserve car cela amènerait un courant peut être encore plus dangereux que ce que l'on cherche aujourd'hui à éviter. Partant, la volonté du *de cuius* permet un certain contrôle du contentieux mais cela n'est pas suffisant. Quand la volonté du *de cuius* ne suffit pas à contrôler l'équilibre de la transmission, il convient alors de se tourner vers la volonté législative et politique.

B - Le contrôle de la loi dans le précontentieux

330. La nécessaire intervention législative. La volonté du *de cuius* s'inscrivant dans un rapport de force avec l'ordre public successoral ne peut de façon unilatérale contraindre l'intérêt à agir des présomptifs réservataires. Reste, que développer les barrières à l'instance judiciaire dans le cadre successoral est un élément important quand celles-ci permettent de purger un certain nombre de problématiques. Si aujourd'hui les règles entraînent une hésitation chronique (1), il existe dans le cadre de la procédure de partage des outils qui peuvent être utilisés comme le procès-verbal de difficulté (2) afin de créer un nouvel outil de contrôle de l'introduction de l'instance (3).

1 - Une hésitation chronique

331. Purger le doute. La procédure de partage, ou action en liquidation-partage, est le pivot des successions contentieuses. Son introduction est cadrée par l'article 1360 du Code de procédure civile qui prévoit expressément qu'à « *peine d'irrecevabilité, l'assignation en partage contient un descriptif sommaire du patrimoine à partager et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ainsi que les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable* ». Nous avons d'ores et déjà exposé le flou qui règne autour de la lettre de cet article. De nombreuses interrogations se posent : que recoupe

¹³⁹⁹ 49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, Montréal (Québec – Canada), 4-9 octobre 2018, p. 344.

la phrase « *les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable* » ? À quel moment peut-on affirmer qu'il y a une entente ou une mésentente entre les héritiers qui justifierait l'introduction d'une action en liquidation-partage ? Faut-il uniquement une absence de réponse, ou alors faudrait-il s'assurer de la connaissance des règles de droit applicables à la succession, ainsi que des conséquences d'une telle procédure ? Il est à notre sens impérieux d'éclaircir le doute permis par la rédaction de cet article. En effet, l'introduction d'une instance aussi coercitive ne devrait pas souffrir de telles largesses rédactionnelles.

Il faut dès lors poser les bornes d'une modification de l'article 1360 du Code de procédure civile. À cet égard, il est impérieux de souligner qu'un simple échange de courrier, même recommandé, entre les cohéritiers, prouvant une mésentente personnelle, ou portant sur le sort de la succession, ne peut caractériser, en soi, des diligences suffisantes. En effet, la « simple » mésentente entre les cohéritiers ne suffit pas pour fonder l'ouverture d'une action en liquidation-partage car il manquerait une chose primordiale : la connaissance du droit.

332. La connaissance du droit. Le droit des successions et des libéralités est une matière très complexe pour un néophyte. Quand les règles *ab intestat* sont supplantées par la présence d'un acte de planification, celui-ci devient alors pour le justiciable une œuvre de fiction. La connaissance de ces règles est normalement dévolue au notaire. Acteur naturel des successions, le notaire est « *spécialiste des matières successorales* » comme le rappelle les juges de Cassation¹⁴⁰⁰. Il a l'obligation de se tenir informé de l'évolution du droit, de l'économie et de la société¹⁴⁰¹, et cette absence de connaissance peut lui être préjudiciable¹⁴⁰². Les obligations du notaire peuvent être regroupées sous deux axes : l'obligation de conseil et l'obligation d'assurer la validité juridique de l'acte. De ces deux grandes obligations découle une obligation constante d'information des clients. Transposée au droit des successions, le notaire à la charge, à l'ouverture de la succession, d'informer les héritiers de l'intégralité des conséquences du décès. Cette information est primordiale, car il est patent de constater qu'une grande partie des contentieux successoraux se caractérisent par une grande ignorance des règles applicables. C'est ainsi qu'en cas de mésentente, le notaire a l'obligation d'informer les clients sur les conséquences d'un conflit judiciaire sur la liquidation.

L'information juridique sur les règles successorales et sur les conséquences contentieuses d'une procédure judiciaire doivent être un préalable nécessaire à toute action en liquidation-partage. Les diligences préalables nécessaires ne doivent donc pas s'entendre uniquement comme une

¹⁴⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ. 15 janv. 1991, n° 89-10.409.

¹⁴⁰¹ Décret 73-609 du 5 juillet 1973.

¹⁴⁰² Not. sur ce point : « *Attendu qu'en dispensant ainsi le notaire de son obligation d'information, alors qu'elle constatait l'existence d'une incertitude juridique portant sur les modalités d'évaluation et donc d'imposition des successions de biens immobiliers sis en Corse, la cour d'appel a violé le texte susvisé* », Cass. 1^{ère} civ. 18 fév. 2003, n° 00-16.447 FS-P : RJD4 11/03 n° 1039.

simple question de formalisme, mais également comme une question de fond. Il faut alors se poser la question de savoir comment purger cette problématique, sachant que la volonté du *de cujus* ne suffit pas à l'affaire.

2 - Le procès-verbal de difficulté

333. Le procès-verbal de difficulté, bâtir sur l'existant. L'article 1373 du Code de procédure civile introduit au cours de la procédure de partage un procès-verbal dressé par le notaire et visant à transmettre au magistrat saisi tant un projet d'état liquidatif que les dires respectifs des parties. Ce document permet au notaire commis de poser les bases du désaccord par rapport à un projet de liquidation. Il peut être de difficulté ou de carence si une des parties n'est pas comparante. Acte pivot dans les liquidations de régimes matrimoniaux, le procès-verbal de difficulté était notamment codifié à l'article 267-1 du Code civil avant sa modification par la loi du 26 mai 2004¹⁴⁰³ puis son abrogation en 2015. Dans sa rédaction antérieure, cet article prévoyait que si les opérations de liquidation et de partage n'étaient pas achevées dans un délai d'un an après que le jugement de divorce soit passé en force de chose jugée, le notaire devait alors transmettre au tribunal un procès-verbal de difficultés reprenant les déclarations respectives des parties. Le tribunal statuait alors sur les contestations subsistantes, et renvoyait les parties devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif. Le procès-verbal de difficulté joue alors un rôle de photographie des contestations. Le notaire en charge de sa rédaction doit réunir les parties, ici les époux, afin d'essayer d'avancer sur le projet de liquidation de leur régime matrimonial. Faute de concordance et d'accord, le notaire se voit bloqué dans son office, et dresse alors un document prenant la forme d'un procès-verbal dans lequel sont couchées les contestations des parties sur la liquidation, document qu'il transmet ensuite au magistrat. Au-delà de poser les constatations, ce procès-verbal a pour particularité de les figer. C'est ainsi que l'article 1374 du Code de procédure civile précise expressément que *« toutes les demandes faites en application de l'article 1373 entre les mêmes parties, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, ne constituent qu'une seule instance. Toute demande distincte est irrecevable à moins que le fondement des prétentions ne soit né ou ne soit révélé que postérieurement à l'établissement du rapport par le juge commis »*. La Cour de cassation a, par plusieurs arrêts¹⁴⁰⁴, confirmé la portée de ces dispositions, en rappelant que sont

¹⁴⁰³ C. civ. 267-1, modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 17 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005 : *« Si les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans le délai d'un an après que le jugement de divorce est passé en force de chose jugée, le notaire transmet au tribunal un procès-verbal de difficultés reprenant les déclarations respectives des parties. Au vu de celui-ci, le tribunal peut accorder un délai supplémentaire d'une durée maximale de six mois. Si, à l'expiration de ce délai, les opérations ne sont toujours pas achevées, le notaire en informe le tribunal. Il établit, si les changements intervenus le rendent nécessaire, un nouveau procès-verbal. Le tribunal statue sur les contestations subsistantes entre les parties et les renvoie devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif »*.

¹⁴⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2016, n°15-27.576 - Cass. 1^{ère} civ., 1er juin 2017, n°16-19.990.

irrecevables en matière de partage judiciaire toutes demandes distinctes de celles portant sur les points de désaccord figés par le procès-verbal de difficulté. La portée de ce document se trouve amoindrie dans le cas où l'un des copartageants est non comparant. Le notaire dresse alors un procès-verbal de carence. Cet acte pivot des liquidations-partages contentieuses, tant en matière de régime matrimoniaux que de successions, permet donc de réunir toutes les parties et poser les points de désaccord. L'ADN d'un tel acte apparaît donc intéressant non pas en cours de procédure comme c'est aujourd'hui le cas, mais à son initiative. En pratique certains avocats et notaires établissent systématiquement un procès-verbal avant toute action au fond. Mais cela n'est qu'une faculté, car comme le rappelle Maître Valory « *les diligences sont très variées, pouvant aller de lettres restées sans réponse à un procès-verbal de difficultés établi par le notaire en charge du règlement de la succession* »¹⁴⁰⁵. Or, à l'aune de la volonté posée dans l'article 1360 du Code de procédure civile, qui est de limiter l'introduction d'une telle instance, ne serait-il pas opportun de véritablement contrôler à la fois le désaccord mais également la connaissance de l'enjeu de ce même désaccord ? Dès lors, rendre obligatoire un procès-verbal de désaccord - ou de carence - avant toute action au fond permettrait de véritablement contrôler le contentieux successoral. Cela obligerait la rédaction d'un acte supplémentaire, solution écartée dans le cadre d'une succession non contentieuse par l'analyse d'impact en ce qu'elle serait trop coercitive¹⁴⁰⁶. Il apparaît néanmoins que cela ne soit pas un obstacle dans le cadre d'une succession potentiellement contentieuse.

L'article 1360 du Code de procédure civile devrait alors être ainsi rédigé : « À peine d'irrecevabilité, l'assignation en partage contient un descriptif sommaire du patrimoine à partager, et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens, ainsi qu'un procès-verbal de désaccord ou de carence établi par le notaire détaillant : les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable, l'information des copartageants sur les règles applicables au partage et à la procédure de liquidation-partage ».

Cet article devrait être poursuivi par un article 1360-1 du même code qui prévoirait : « Le notaire convoque les parties par acte extra-judiciaire à un rendez-vous qui ne pourra être fixé moins de 15 jours avant l'envoi de l'acte. Le notaire doit fixer un rendez-vous deux mois après l'envoi de la sommation. Si un ou plusieurs copartageants ne comparaissent pas dans les délais, ou ne font pas connaître leurs prétentions dans les meilleurs délais, le notaire dresse un procès-verbal de

¹⁴⁰⁵ S. VALORY, « Assignation en partage et tentatives de partage amiable », *LexisNexis*, 24 nov. 2016.

¹⁴⁰⁶ En ce sens : « 3.1. Options envisagées : Il a été envisagé la création d'un acte authentique spécifique préalable au partage destiné à l'information de l'héritier réservataire. Cette option consisterait à formaliser davantage l'information donnée par le notaire. Cette option aurait l'avantage de la clarté et de la sécurité juridique, l'information étant donnée dans un acte notarié, ce qui facilite sa preuve. Il s'agirait toutefois d'un nouveau type d'acte notarié qu'il faudrait intégrer dans le tarif. Il aurait nécessairement un coût pour les héritiers. L'avantage de cette option serait que le même type d'acte et le même tarif seraient ainsi proposés par les notaires. L'inconvénient est que dans certaines hypothèses, l'acte ne serait pas toujours réalisable (ex. l'héritier est introuvable ou refuse de comparaître), ce qui poserait difficulté aux notaires », *Projet de loi confortant le respect des principes de la République, étude d'impact*, p. 151.

carence en présence des copartageants diligents. Ce procès-verbal de carence suffit pour introduire une action en partage. Ces délais sont respectivement portés à un mois et quatre mois si tous les héritiers n'ont pas leur résidence habituelle en France métropolitaine. À défaut d'accord entre les copartageants, les frais engagés pour l'établissement de l'acte seront avancés par le ou les copartageants demandeurs, à charge pour eux de se faire rembourser lors de la liquidation sur les fonds indivis ».

De là découlent deux développements nécessaires sur le contenu et le régime de ce procès-verbal.

3 - Vers un nouvel outil de contrôle

334. Le contenu du procès-verbal de désaccord. Le procès-verbal de désaccord prendrait la forme d'un document établi par le notaire en charge de la succession. Dans l'hypothèse où il existerait un désaccord sur le notaire saisi, il conviendrait alors de se référer à la lettre du règlement national du conseil supérieur du notariat. Dans l'hypothèse d'un conflit successoral, le notaire, en sus de son rôle actuel, permettrait d'être un filtre coercitif à l'introduction d'une action au fond devant le tribunal judiciaire. Ce document comprendrait, au-delà des mentions classiques de détermination des parties, un exposé de la situation successorale détaillant les informations connues relatives au décès, au patrimoine successoral et aux libéralités consenties. Il est probable que ces informations soient reprises de la déclaration de succession si le notaire est allé jusqu'à sa rédaction, à défaut il devra établir un rappel des faits.

Suivant cet exposé des faits, se trouvera le corps du procès-verbal qui débutera par la clause relative aux principes de la contestation. La rédaction actuelle des actes fait apparaître une rédaction comme ci-après reprographiée : « *Les parties déclarent qu'elles sont en désaccord sur plusieurs points essentiels formant la base des opérations de liquidation et de partage de la succession. Après avoir entendu les explications des parties et tenté vainement un arrangement amiable entre elles, le notaire soussigné enregistre, comme il suit, leurs dires respectifs* ». Cette rédaction est à notre sens trop légère. En effet, la vaine tentative d'arriver à un arrangement amiable ne suffit pas à l'affaire. Il faut que le notaire s'assure que ce refus de conciliation soit lié à une parfaite connaissance des règles applicables à la succession. La clause « contestation » devrait alors être précédée d'une clause « information sur les règles applicables » qui serait rédigée ainsi : « Les parties déclarent être parfaitement informées des règles applicables à la succession et à sa liquidation, et notamment avoir parfaitement pris connaissance de la note d'information qui sera annexée au présent acte, dûment parafée et signée. Le notaire atteste avoir répondu à toutes les interrogations juridiques des parties et purge ainsi d'éventuelles incompréhensions ou lacunes ». Cette note d'information devrait reprendre les grandes définitions

des termes de la succession et les grands mécanismes comme la réduction, la fiscalité ou encore le rapport des libéralités. La clause « contestation » devrait alors être amendée en ce sens : « En pleine connaissance des enjeux successoraux, les parties déclarent qu'elles sont en désaccord sur plusieurs points essentiels formant la base des opérations de liquidation et de partage de la succession. Après avoir entendu les explications des parties, avoir répondu à leurs interrogations et avoir tenté un arrangement amiable entre elles, le notaire soussigné enregistre, comme il suit, leurs dires respectifs ». Ces ajouts ne sont pas uniquement esthétiques mais doivent s'accompagner d'une véritable pratique de fond de la part des notaires à la fois de pédagogie et d'information. À la suite de ces deux mentions obligatoires devront être recueillis les dires des parties ou des conseils les représentant. Se pose dès lors la question de la coercition des dires des parties sur l'instance future. La lettre de l'article 1374 du Code de procédure répond à celle de l'article 1364 du même code qui prévoit que si la complexité des opérations le justifie, le tribunal désigne un notaire pour procéder aux opérations de partage et commet un juge pour surveiller ces opérations. Ainsi, la rédaction d'un procès-verbal de difficulté au sens des articles 1373 et suivants du Code de procédure civile ne joue que dans l'hypothèse où le notaire est désigné par le magistrat dans le cadre d'une procédure judiciaire. Le procès-verbal de désaccord rédigé à l'initiative d'un copartageant avant toute action au fond ne devrait dès lors pas résonner avec ces dispositions. Les dires des parties ne devront pas constituer d'éventuelles fins de non-recevoir lors de la procédure.

Enfin, devra être comprise une clause relative aux enjeux de la succession contentieuse. Aujourd'hui, la clause appelée « Assignment en partage » figure avant les dernières mentions obligatoires du procès-verbal de difficulté et est ci-après reprographiée : « *Le défaut d'entente entre les parties va conduire à un partage judiciaire de leurs biens après assignation par la partie la plus diligente. À peine d'irrecevabilité, l'assignation en partage contient un descriptif sommaire du patrimoine à partager et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ainsi que les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable. Aux termes des dispositions de l'article 1375 du Code de procédure civile, le tribunal statue sur les points de désaccord. Il homologue l'état liquidatif ou renvoie les parties devant le notaire pour établir l'acte constatant le partage. En cas d'homologation, il ordonne s'il y a lieu le tirage au sort des lots par la même décision, soit devant le juge commis, soit devant le notaire commis* ». Cette information sur la suite contentieuse du procès-verbal est bien évidemment nécessaire mais son contenu, en l'absence de plus ample information du notaire en charge du dossier, s'avère insuffisante. En effet, rien n'alerte les copartageants sur l'aléa et le temps judiciaire, pourtant donnée fondamentale dans le cadre de la prévision d'un contentieux. Cette mention devrait alors être amendée en ce sens : « Le défaut d'entente entre les parties va conduire à un partage judiciaire de leurs biens après assignation par la partie la plus diligente. À peine d'irrecevabilité, l'assignation en partage contient un descriptif

sommaire du patrimoine à partager et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ainsi que le présent procès-verbal visant notamment les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable. Le partage judiciaire d'une succession implique la saisine du tribunal judiciaire dans le ressort de laquelle est ouverte la succession jusqu'au partage inclusivement suivant l'article 45 du Code de procédure civile. La procédure de liquidation-partage contentieuse est une procédure qui peut être longue et coûteuse et dont l'issue est aléatoire. Coûteuse car elle peut faire intervenir une série d'experts qu'il convient de rémunérer, longue car le temps judiciaire peut être de plusieurs années, aléatoire car il est notamment possible que la procédure se solde par un tirage au sort ou une licitation. C'est donc en pleine connaissance des conséquences d'une éventuelle procédure judiciaire que les copartageants signent ce procès-verbal de désaccord ». Le contenu de ce procès-verbal de désaccord obligera le notaire instrumentaire à développer ces points avec les copartageants et ainsi les informer des enjeux d'une succession judiciaire. À défaut de comparution d'un ou plusieurs copartageants dans les formes prescrites, le notaire sera dans l'obligation de dresser un procès-verbal de carence qui reprendra uniquement les dires des parties comparantes.

Ces points apparaissent à première vue évidents et de telles précisions paraissent superfétatoires. Ils sont pourtant essentiels d'une part, au regard de la complexité des règles applicables mais aussi, d'autre part, au regard de la méconnaissance flagrante des justiciables devant les juridictions. « Alourdir » le formalisme est nécessaire à l'introduction d'une instance au fond quand celui-ci a une visée pédagogique.

335. Le régime du procès-verbal de désaccord. Au-delà du contenu du procès-verbal de désaccord se pose la nécessaire question de son régime. Le copartageant voulant saisir le tribunal judiciaire d'une demande en partage d'une succession, ou plus généralement d'une demande de partage sera, en sus des obligations déjà édictées par la lettre de l'article 1360 du Code de procédure civile, obligé de saisir un notaire. Dans l'hypothèse d'une succession contentieuse, un notaire sera d'ores et déjà saisi, sauf cas particulier. Le notaire saisi d'une demande d'établissement d'un procès-verbal de désaccord devra convoquer les héritiers par acte extrajudiciaire. La sommation faite, le notaire précise une date de rendez-vous qui ne pourra pas être fixée quinze jours avant la date de la sommation. L'acte devra préciser que les copartageants ont toute latitude pour demander une autre date de rendez-vous si un copartageant est empêché. Si le copartageant n'a pas la possibilité de se déplacer, il pourra faire connaître par tous moyens ses observations et ses prétentions. À défaut de pouvoir fixer un rendez-vous en raison du manque de diligences d'un ou de plusieurs copartageants, le notaire fixe un rendez-vous deux mois après la sommation avec les copartageants diligents, et dresse un procès-verbal de carence qui sera alors signifié à toutes les parties. Ces délais

sont respectivement portés à un mois et quatre mois si l'un des copartageants ne réside pas sur le territoire national. Le non comparant qui n'aura pas fait état de ses dires ne pourrait se prévaloir du procès-verbal de carence pour assigner. Si tous les copartageants sont présents, le notaire dresse, dans les formes, un procès-verbal de désaccord reprenant le contenu ci-avant développé.

336. L'angle mort du référé. La modification de l'article 1360 du Code de procédure civile ne résoudrait pas une problématique qui est celle du référé. En effet, nombreuses sont les successions contentieuses qui débutent par une procédure de référé-expertise ayant pour fondement l'article 145 du Code de procédure civile. En effet, le « référé-expertise » permet dans de nombreux cas de purger un certain nombre de questionnements. Prenons le cas où le défunt a quatre enfants d'un premier lit qu'il n'a pas revus depuis leur plus jeune âge du fait des problèmes de famille. Le *de cujus* a refait sa vie depuis plus de vingt ans avec une nouvelle femme, que les présomptifs réservataires n'ont jamais rencontrée. À l'ouverture de la succession, les descendants réservataires sont appelés à succéder à leur père en concours avec le conjoint survivant. Ceux-ci s'interrogent sur la consistance de la masse successorale et notamment sur l'absence d'une maison familiale héritée de leur grand-père. Dans cette configuration, les héritiers réservataires plutôt que d'assigner au fond et entamer une procédure longue et coercitive ont tout intérêt à saisir le tribunal par voie de référé de l'article 145 pour que soient mis en lumière certains points. Ce n'est qu'à l'aune de ces éclaircissements que l'opportunité d'assigner au fond se révélera. Dans le cadre d'une action en référé, la lettre coercitive de l'article 1360 du Code de procédure ne trouverait pas à s'appliquer, et l'absence de diligence et de connaissance préalable ne fonderait pas une fin de non-recevoir. Cette solution est conforme à la règle de fond de non-opposabilité des clauses de conciliation préalable aux actions en référé. En effet, la Cour d'appel de Paris a jugé que « *l'existence d'un préliminaire obligatoire de conciliation n'exclut pas que la partie intéressée puisse, en cas d'urgence, saisir le juge des référés d'une demande tendant au prononcé d'une mesure relevant de ses attributions* »¹⁴⁰⁷. Dans cette hypothèse, seule la volonté du *de cujus*, grâce à une certaine ingénierie successorale, pourrait restreindre l'action en référé, tout en respectant la double limite de l'ordre public successoral et des droits fondamentaux.

337. L'enjeu de la connaissance. Cette modification actuelle de la lettre de l'article 1360 du Code de procédure civile s'inscrit dans la volonté actuelle du législateur de favoriser l'amiable

¹⁴⁰⁷ CA Paris, 23 mai 2001, n° 01/03340. Sur ce sujet « 3231. L'inapplicabilité de la clause de médiation ou de conciliation devant le juge des référés », *Lamy droit des contrats* : « Par ailleurs, dans une affaire où avait été stipulée une clause de recours préalable à l'avis du conseil régional de l'Ordre des architectes compétent, il a été jugé que cela n'empêchait pas l'une des parties de saisir le juge pour demander une mesure d'instruction destinée à pré-constituer une preuve avant un futur procès au fond, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (Cass. 3^e civ., 28 mars 2007, n° 06-13.209, Bull. civ. III, n°43, Procédures 2007, comm. 104, obs. R. Perrot) ».

dans le judiciaire, et résonne notamment avec le nouvel article 750-1 du même code introduit par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 qui prévoit qu'« *à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire* ».

La modification de la lettre de l'article 1360 du Code de procédure civile permettrait de fixer plusieurs interrogations concernant les mesures préalables nécessaires. La première serait de déterminer avec certitude quelles sont les diligences nécessaires avant d'introduire une telle instance, et permettrait de stopper toute hésitation et fin de non-recevoir imprévisibles. La seconde serait de contrôler l'introduction de l'instance en partage en s'assurant que le demandeur assigne en connaissance de cause tant sur le fond qu'en la forme du droit de l'applicable.

Cette problématique de l'impérieuse connaissance par les héritiers des règles de droit applicables à la succession est centrale. Au-delà d'être un constat pratique, le législateur s'est emparé de cette problématique. La loi confortant le respect des principes de la République et de lutte contre le séparatisme, a ajouté à l'article 921 du Code civil un nouvel alinéa : « *Lorsque le notaire constate, lors du règlement de la succession, que les droits réservataires d'un héritier sont susceptibles d'être atteints par les libéralités effectuées par le défunt, il informe chaque héritier concerné et connu, individuellement et, le cas échéant, avant tout partage, de son droit de demander la réduction des libéralités qui excèdent la quotité disponible* »¹⁴⁰⁸. Cette modification de l'article 921 du Code civil a pu faire sourire certains commentateurs, qui la juge totalement superfétatoire. Si effectivement une telle information devait être automatique de la part du notaire liquidateur, force est de souligner qu'elle ne l'est pas toujours. Le délai de réduction peut

¹⁴⁰⁸ Not. sur ce sujet : C. BLANCHARD, « L'obligation pour le notaire d'informer l'héritier réservataire de son droit de demander la réduction », *Dr. c. Patr.* n° 319, 1^{er} déc. 2021. - A. TANI, « Action en réduction et devoir notarial renforcé : la loi doit-elle énoncer des évidences ? » *Dr. fam.* n° 12, déc. 2021, comm. 178. - D. BOULANGER, « La réserve coûte que coûte : informer et prélever », *JCP N* n° 1, 7 janv. 2022, 1008.

parfois surprendre les héritiers non informés. Venir ainsi augmenter la diligence du notaire sur ce point d'information apparaît à tout le moins justifié si ce n'est heureux¹⁴⁰⁹.

338. Précontentieux et équilibre. Qu'elle soit le fruit de la volonté du *de cuius* ou du législateur, la sécurisation du précontentieux est un enjeu majeur dans l'étude de l'équilibre de la transmission. En effet, comme nous l'avons précédemment exposé, contrôler le contentieux successoral, c'est aussi préserver l'équilibre précieux de la transmission. Néanmoins, il est des fois où le contentieux ne pourra pas être évité. Pour sécuriser la volonté du *de cuius*, malgré un contentieux, il faut s'assurer de réduire les deux éléments qui nuisent : le temps du contentieux et l'aléa judiciaire.

§ 2 - AGIR SUR LA PROCÉDURE ET LES RÈGLES LIQUIDATIVES

339. Adapter la liquidation judiciaire. Le contentieux successoral, malgré une modification des règles du précontentieux, peut s'avérer inévitable. Or l'actuel déroulement de la procédure judiciaire ne permet pas d'en assurer l'efficacité nécessaire, notamment compte tenu du temps judiciaire. Se pose ainsi la question de l'opportunité de certaines modifications des règles applicables pour sécuriser la liquidation et l'exécution de la succession (A). Il conviendra également de s'interroger sur la réelle opportunité de la déjudiciarisation (B).

A - Sécuriser la liquidation et l'exécution de la succession

340. L'écueil de la dette de valeur. La procédure judiciaire de liquidation-partage des successions est une procédure complexe, longue, aléatoire et coûteuse. Ces marqueurs sont consubstantiels de la matière à laquelle ils se rattachent. Ainsi, le groupe de travail sur la réserve héréditaire rappelait que le droit des successions et des libéralités relève d'une complexité législative

¹⁴⁰⁹ Sur ce point de la réforme : « Il s'agira ainsi, pour le notaire, d'informer, lors d'un entretien individuel, l'héritier réservataire de ses droits lors du règlement de la succession, de s'assurer du caractère libre et éclairé de son consentement en cas de renonciation et d'éviter que l'héritier réservataire subisse des pressions de la part de la fratrie, de donataires ou de légataires, lorsqu'il devra effectuer son choix de demander ou non la réduction des libéralités qui excèdent la quotité disponible. L'absence d'information de la part du notaire ne viendra pas remettre en cause la validité du partage éventuellement effectué par la suite, mais engagera la responsabilité professionnelle du notaire. Si sa responsabilité est mise en cause, le notaire devra démontrer qu'il a bien reçu individuellement chaque héritier réservataire pour les informer précisément de leurs droits. Aucune forme n'étant exigée par le texte, la preuve de l'information pourra être apportée par tout moyen, par exemple en faisant signer aux héritiers une reconnaissance de conseil donné ou une consultation. Comme le précise l'étude d'impact, « Le notaire est toutefois tenu d'une obligation de moyens et non de résultat. Dès lors, sa responsabilité ne pourrait être engagée lorsqu'il n'avait pas connaissance de l'existence de l'enfant, ou lorsque celui-ci était introuvable, ou encore lorsqu'il a été confronté à un refus de sa part. L'héritier réservataire n'est effectivement pas obligé de se présenter au notaire s'il ne le souhaite pas, ni de recevoir sa part de réserve. Dans ces circonstances, un échange de correspondances, ou même un courrier du notaire envoyé à l'enfant réfractaire devrait donc être admis pour justifier de l'information donnée », Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, n° 3797, p. 141.

et jurisprudentielle importante. L'un des écueils les plus importants de la liquidation partage a trait notamment à l'incompatibilité entre sa longueur et le principe de la dette de valeur. En effet, comme précédemment évoqué, la valorisation changeante entre le décès et l'exécution effective du jugement peut être particulièrement coercitive, et être une donnée qui alourdit la liquidation en ce que plusieurs expertises pourraient être diligentées. Dans une volonté de sécurisation se pose donc légitimement la question de savoir comment pallier cette défaillance pour sécuriser et accélérer tant le contentieux que son exécution.

341. Le pouvoir inefficace de la volonté du *de cuius*. Le *de cuius* a la possibilité via une donation-partage d'anticiper la transmission de ses biens tout en gelant les valeurs des biens. Néanmoins, cette technique, bien que très efficace, resterait éminemment précaire car elle ne toucherait que les biens inclus dans la libéralité-partage. Le pouvoir de la volonté du *de cuius* ne pourrait pas être ici à l'œuvre.

342. Le pouvoir efficace de la loi. Se pose alors la question de l'opportunité de légiférer sur le sujet de la dette de valeur dans le cadre d'une succession contentieuse. Cependant, ceci soulève une série de problématiques.

La première est la connexion directe entre la fixation de la dette de valeur et la protection réservataire. En effet, nous avons conclu que si la réforme de 2006 instituant la réduction en valeur des libéralités excessives n'avait pas transformé la protection réservataire en simple créance, c'est notamment en raison de la dette de valeur qui continuait de courir et de l'action en revendication. Là encore, il ne faudrait pas que pour sécuriser la volonté du *de cuius* l'on « rogne » sur l'ordre public successoral. Néanmoins, cette relation n'est pas en soi un obstacle dirimant à l'étude d'une telle réforme. Il s'agirait ici, encore et toujours, de trouver un équilibre.

La seconde se réfère à la temporalité. Quand cette dette de valeur pourrait-elle être stoppée ? Plusieurs dates s'offrent à la réflexion. Au décès ? Au jour du procès-verbal de désaccord ou de carence ? Au jour de l'assignation en partage ? Au jour du jugement où de l'arrêt ayant acquis force de chose jugée ? Le champ des possibles est ouvert. Il convient en tout état de cause d'écarter la date du décès car cela amènerait à faire rétroagir la réflexion et les valorisations, le décès n'entraînant pas *ipso facto* une liquidation judiciaire. Les dates du procès-verbal de désaccord, de carence ou l'assignation en partage peuvent être regroupées étant par essence très proches. Ces dates apparaissent prématurées pour de nombreuses raisons. Tout d'abord, il se peut que les valeurs à ces dates-là ne soient pas connues ou les biens non encore expertisés, notamment si l'expertise intervient dans le cadre d'une demande avant dire droit ou si le notaire commis s'en charge avec

l'aide de sachants. Mais également cette date semble trop éloignée du partage qui pourrait intervenir des années après. Reste la date du jugement. Cette date semble être la plus à même de renfermer les valorisations qui viendraient être fixes jusqu'au partage définitif de la succession. En effet, dans le jugement ordonnant la liquidation partage de la succession les biens seraient valorisés et c'est sur cette base que le notaire devra partager la succession. Cette solution ne peut être applicable qu'en présence d'une décision ayant acquis autorité et force de chose jugée. C'est ainsi qu'en présence d'un appel ce sera uniquement l'arrêt d'appel qui fixerait les valeurs. Se pose toutefois la question de la solution à retenir dans le cadre d'un appel limité et d'un appel incident. Dans ces hypothèses, les valorisations qui ne feront pas l'objet d'un appel resteront fixées à la date du jugement sauf justification de la clause de sauvegarde.

343. Clause de sauvegarde et régime procédural. Une telle fixité des valeurs ne pourrait être mise en place sans une clause de sauvegarde qui permettrait de pallier les cas exceptionnels de perte ou de prise de valeur immédiate. En effet, cette mesure ayant pour finalité de sécuriser la fin de la succession contentieuse, il ne faut pas qu'elle dérive en rompant l'égalité entre les héritiers.

Dès lors, un mécanisme de sauvegarde devrait être instauré. Une solution pourrait être envisageable en s'inspirant des règles déjà édictées dans le Code civil et tout particulièrement à l'article 828 du code. Cet article prévoit que : *« lorsque le débiteur d'une soulte a obtenu des délais de paiement et que, par suite des circonstances économiques, la valeur des biens qui lui sont ébus a augmenté ou diminué de plus du quart depuis le partage, les sommes restantes dues augmentent ou diminuent dans la même proportion, sauf exclusion de cette variation par les parties »*. Selon la lettre de cet article relatif au partage, dans l'hypothèse d'une variation de valeur du montant de la soulte de plus ou moins de 25 % de la valeur initiale, il conviendra de prendre en compte la modification de valeur. Une transposition à notre réflexion pourrait être faite. Dans l'hypothèse où la valeur d'un bien compris dans la masse successorale figée lors de la décision ayant acquis autorité de force jugée viendrait à être modifiée de plus de 25 % de la valeur retenue, une réévaluation dudit bien serait envisageable.

Ainsi, si la valeur du bien se trouve changée de plus de 25 %, l'un des copartageants en informe le notaire en charge de l'exécution de la décision qui notifie alors à tous les copartageants l'opportunité d'une réévaluation. Si la demande de réévaluation n'est pas au moins acceptée par deux tiers des copartageants, cette demande n'aboutira pas. Le copartageant demandeur devra alors former une action par voie de requête visant ces éléments factuels pour demander à ce que le magistrat commis ordonne une réévaluation. Si la juridiction saisie estime, au regard des éléments factuels portés aux débats, qu'une réévaluation est nécessaire, elle l'ordonne aux frais avancés par le demandeur.

Ce mécanisme de fixité des valeurs au jour de la décision définitive permettrait de purger l'écueil de l'exécution de la décision judiciaire, exécution qui peut parfois prendre des années. Une solution médiane pourrait se trouver dans la doctrine judiciaire. En effet, le tribunal judiciaire de Toulouse, par la voie du Président Jean-luc Estebe, afin de répondre à cet impératif de la dette de valeur ordonne la réévaluation de l'indemnité de rapport concernant les biens immobiliers en la corrélant à l'Indice du Coût de la Construction (ICC)¹⁴¹⁰. Cette solution permet de conserver l'esprit de la dette de valeur tout en purgeant l'écueil d'une nécessaire réévaluation à dire d'expert.

B - Déjudiciarisation et inefficience

344. Purger l'écueil actuel de la licitation. La modification du système de la dette de valeur dans ce qu'elle implique vis-à-vis du principe d'une réserve héréditaire *pars hereditatis* ne doit pas être une mesure isolée, mais s'inscrire dans un écosystème vertueux de modification des successions contentieuses dans une volonté de sécurisation du contentieux. L'une des problématiques dilatoires les plus importantes dans l'exécution des jugements de liquidation-partage en matière successorale est en pratique la licitation des immeubles. En effet, comme précédemment évoqué à défaut de tirage au sort, et si aucune attribution préférentielle ne peut être ordonnée, les biens soumis à l'indivision successorale font l'objet d'une licitation. Or, il appert que cette opération se trouve extrêmement complexe à mettre en œuvre, et allonge le temps judiciaire encore un peu plus, et trouve résonnance avec le problème de la dette de valeur postérieurement à la décision de justice.

Au-delà de la question de la mise à prix, qui, si les parties ont correctement rédigé leurs dispositifs, peut être automatiquement revue à la baisse dans l'hypothèse d'une absence d'offre au prix, la question de la diligence du professionnel du droit est centrale. Il ne peut être occulté que la mise en place d'une procédure de liquidation, de la rédaction du cahier des charges à l'actuelle mise en licitation, est chronophage pour le professionnel. De fait, il arrive souvent que les délais entre le jugement et l'actuelle licitation du bien durent des années, voire, dans certains cas, des dizaines d'années, laissant le bien se dégrader, et le conflit perdurer, la volonté du *de cujus* se diluer. L'une des problématiques de ce temps judiciaire et qu'il n'en est pratiquement pas un. En effet, le jugement ordonnant la liquidation-partage et la licitation du bien est un jugement définitif qui met en théorie fin à l'instance. Dès lors, le notaire saisi pour exécuter le jugement ne retrouve comme interlocuteur principal que les cohéritiers toujours en conflit. Une solution se dessinerait dans la modification actuelle de la procédure. Le jugement ordonnant une licitation pourrait n'être qu'un jugement avant

¹⁴¹⁰ TJ Toulouse, 11 mai 2022 n° RG 17/24819 : « Dit que le notaire actualisera les valeurs selon l'évolution de l'indice INSEE du coût de la construction jusqu'à la date la plus proche du partage ».

dire droit, comme l'est le jugement ordonnant une expertise, afin que le magistrat en charge des opérations de liquidation reste saisi et contrôle l'office du notaire. La licitation devrait alors être effectuée dans un laps de temps coercitif avec une mise à prix automatiquement dégressive par paliers de 5 % de la valeur retenue en l'absence d'offre au prix. Une fois les différents biens licités, les prix de cession resteraient séquestrés sur les comptes de l'office notarial, et le notaire rédigerait le projet de liquidation et les attributions en fonction du jugement avant dire droit. Le Tribunal homologue alors le partage, et le jugement vaut partage. Le notaire ne fait alors qu'exécuter le jugement dans un délai de deux mois. Cette proposition de modification de la procédure de liquidation s'inscrit dans une volonté d'efficience et de rupture avec l'actuel *imbroglio* des successions contentieuses. Elle s'ancre dans une certaine rupture avec le mouvement engagé par la loi du 13 juin 2006 et plus généralement avec la déjudiciarisation.

345. Le bon moment de la déjudiciarisation. Nous arrivons presque à une contradiction de façade. Il faut rappeler et affirmer que le contentieux successoral est le lincoln de l'équilibre de la transmission, il faut donc le contrôler en l'évitant. Cependant une fois celui-ci enclenché on se rend compte que la déjudiciarisation n'est peut-être pas toujours la bonne solution. La volonté du législateur de déjudiciariser le partage par la réforme de 2006 était tout à fait louable mais, se heurtant à la réalité pratique, cette volonté se trouve être parfois inefficace. Déjudiciariser les successions contentieuses en privilégiant le partage amiable est une bonne chose. Malgré la potentielle discordance qui peut exister entre la volonté du défunt et le partage transactionnel, le conflit successoral s'estompe et permet de purger les vices d'une éventuelle succession contentieuse. La question sur l'efficience et, *in fine*, l'opportunité de déjudiciariser se pose une fois que l'instance est introduite. Réintroduire un contrôle judiciaire plus important dans le cadre d'une telle instance apparaît louable s'il permet de réduire les délais d'exécution du jugement et ainsi purger le temps judiciaire.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

346. Conclusion. Le conflit dans la matière successorale est une donnée évanescence. Souvent évoqué, le conflit successoral n'est que rarement analysé quant à ses répercussions dans l'équilibre de la transmission et notamment sur son interférence avec les piliers de l'anticipation successorale. La transmission et le conflit apparaissent comme une association contre nature. En effet, l'anticipation successorale fondée notamment sur la prévisibilité et l'efficacité de la volonté du *de cuius* se trouve en opposition frontale avec les caractères du contentieux et tout particulièrement le temps et l'aléa judiciaire.

Le conflit actuel en droit successoral apparaît comme une conséquence d'une problématique familiale ou d'une succession inorganisée. Ses causes peuvent être multiples : présence d'un conflit familial antérieur, manifestation positive de la volonté du *de cuius* changeant le cours normal de la liquidation, présence d'un élément d'extranéité.

L'évolution actuelle et future du droit des successions internes comme internationales pourrait modifier profondément le paysage du droit successoral français et amener une nouvelle dimension contentieuse. Malgré une anticipation possible du contentieux, force est de souligner que certains conflits sont inévitables. Pour pallier une certaine inconséquence de la volonté, une modification des règles actuelles du contentieux et notamment du précontentieux apparaissent comme des outils efficaces de contrôle, permettant d'assurer une meilleure lisibilité du contentieux.

En tout état de cause, ce que nous apprend l'étude du contentieux successoral, à l'aune de la volonté anticipative du *de cuius*, est que sa prise en compte dans l'équilibre de la transmission apparaît dès lors essentielle. En effet, le contentieux successoral s'avère être la quintessence de l'équilibre en ce qu'il se trouve au centre de la dyarchie entre la volonté du *de cuius* d'un côté et la protection offerte de l'autre. À l'étude, il apparaît que le conflit successoral est le révélateur d'un déséquilibre dans la transmission, il est le repère qui permet de constater l'efficacité juridique de la matière.

CONCLUSION DU TITRE I

347. Conclusion. Que les griefs soient anciens ou récents, les détracteurs de l'équilibre, et tout particulièrement de la réserve héréditaire, fondent leur argumentation sur une analyse tronquée de la matière successorale. Le droit des successions général permet de fixer un cadre de règles qui régit d'autorité les conséquences tant personnelles que patrimoniales du décès d'une personne. Le droit des successions et des libéralités - ou droit successoral spécial - lui, régit les règles applicables à la transmission lorsque le *de cuius* aura souhaité anticiper et modifier les règles normalement applicables. Ce n'est qu'en présence de ce deuxième volet de la matière que le droit va opposer un certain nombre de règles pour limiter l'expression de la volonté du *de cuius*. Or, la présence d'un acte de volonté implique nécessairement une dimension pratique dans l'analyse de la matière, prisme souvent occulté. C'est notamment compte tenu de la pratique que se révèle l'importance de l'équilibre de la transmission. En effet, l'étude pratique de la construction de cet équilibre nous apprend que le rapport de force entre l'ordre public successoral d'un côté et la volonté anticipative du *de cuius* de l'autre, façonne une législation équilibrée principalement fondée sur une vision juridique de la matière permettant une efficience de celle-ci.

Le délitement - plus ou moins volontaire - de l'ordre public successoral, analysé par certains auteurs, fantasmé par certains économistes et combattu par d'autres, prend racine dans l'équilibre de la transmission. L'évolution de l'équilibre pour faire face à des besoins de plus en plus pressants de volonté anticipative est vue comme des attaques à l'encontre de la notion cadre d'ordre public successoral. Il est pourtant important de différencier les évolutions nécessaires des révolutions pernicieuses. L'évolution plus ou moins récente de la matière fait peser sur l'équilibre de la transmission un nombre important de pressions. Le néolibéralisme successoral entraîne un déplacement du point d'équilibre pour que la volonté ait une place de plus en plus importante.

La future évolution de la matière apparaît imminente et de nombreuses données convergent pour une transformation en profondeur de l'équilibre juridique de la matière. L'une des voies d'évolution possible, qui consisterait à faire muter la protection réservataire en une protection élective à l'image de la réaction de l'ordre public international successoral français, aurait des conséquences négatives, et entraînerait notamment une judiciarisation de la transmission. Une telle judiciarisation aurait des conséquences désastreuses sur la pratique de la transmission, et viendrait ajouter un contentieux systémique à des causes déjà existantes et nombreuses. Si le régime actuel du contentieux nécessite des améliorations, notamment en ce qui concerne le précontentieux,

l'anticipation successorale a développé des mécanismes permettant de limiter ses effets nocifs sur le schéma de planification. L'étude de l'équilibre juridique et de ses limites permet de mettre en lumière l'importance de la prise en compte de la donnée contentieuse dans la détermination future de la matière. Pleinement conscient de ce savoir, la proposition d'un équilibre restauré peut être avancée pour répondre aux besoins de la matière.

TITRE II

PROPOSITION D'UN ÉQUILIBRE RESTAURÉ

« Les pactes de famille nouvellement apparus dans le Code civil sont d'une flexibilité qui doit permettre leur adaptation à toutes les situations familiales et patrimoniales. Le début du 21^e siècle verra sans doute la revanche du contrat en matière successorale. Mais au-delà d'une génération les anticipations deviennent divinatoires, la prévision fait place à la prédiction ».

P. CATALA¹⁴¹¹

348. L'audit. Les problèmes d'efficience, d'incohérence et de judiciarisation de la matière successorale sont principalement liés aux défauts d'équilibre entre la volonté du *de cuius* et ses limites. Si c'est effectivement la trop grande influence de l'anticipation successorale qui est la cause des maux de la transmission, il suffirait de restaurer un ordre public successoral interne et international *in abstracto* fort, pour sécuriser au maximum les limites du schéma anticipatif. Mais une réponse extrême à un problème complexe n'est pas à notre sens la bonne solution. Pour comprendre les remèdes à apporter aux problèmes actuels de la transmission successorale, il est nécessaire de faire un audit, et cela implique, notamment, de faire un cheminement intellectuel à contre sens.

Il est admis que les causes du déséquilibre de la dyarchie sont liées au mouvement de néolibéralisme qui irrigue notre société et notre politique législative depuis des années. Cette donnée doit donc être prise en compte dans l'élaboration intellectuelle d'une proposition. Il faut nécessairement le rappeler, la force d'une norme est de s'établir dans la durée, de résister aux évolutions des mœurs et des politiques législatives successives. Prenant acte, il serait *a priori* futile de lier une proposition en fonction d'un courant néolibéral récent et d'une montée en puissance de

¹⁴¹¹ P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* n° 26, 29 juin 2007, 1206.

l'individualisme, tout comme il serait futile de reprendre de vieilles solutions frappées d'obsolescence. Ce serait cependant occulter le fait que ce système s'est aujourd'hui solidement ancré dans la société française ; plus qu'une phase, le libéralisme fait partie de nos mœurs structurelles. Ainsi, faire des propositions qui iraient en totale contradiction avec cette donnée, serait purement et simplement un coup d'épée dans l'eau¹⁴¹². On ne peut que penser à la résurgence d'un droit de prélèvement qui est la voie empruntée par le législateur pour réinstaurer un équilibre dans le droit des successions internationales. Symptôme d'une dérive, malgré un changement de cap, l'équilibre efficient se construit sur des pistes de réflexion réfléchies qui doivent s'affranchir des postures.

C'est ainsi que plutôt qu'une transformation du droit comme cela a pu être fait à certains égards, c'est avant tout une nouvelle conception de l'équilibre successoral qu'il convient de proposer (**Chapitre I**).

349. L'inévitable question. L'audit de la matière oblige à mettre en balance plusieurs données : volonté, limite, prévisibilité, contentieux, protection et efficience. Un sujet se trouve au point cardinal de tout cela, celui de l'exhérédation et de sa place dans la législation successorale française. Sujet très commenté, l'exhérédation est le fruit de fantasmes, d'incompréhension voir de rejet. Vu par une majorité de la doctrine comme un point de non-retour, il reste un sujet tabou dans la transmission successorale. Or, la question de la possible exhérédation des héritiers protégés par la loi doit faire l'objet d'un débat. En l'état, le droit français ne permet - en théorie - pas la suppression totale de l'émolument successoral des héritiers à réserve, leur offrant une protection parfois vue par certains comme aveugle et indue. Si la protection réservataire est bien évidemment fondamentale, il n'est pas faux d'affirmer que parfois elle n'est pas méritée. Malgré tous les bienfaits qu'apporte un corps de règles *in abstracto* sur la transmission successorale, il existe des situations où celui-ci ne sera pas adapté. Cette inadaptation va souvent générer la mise en place de mécanismes de contournement à outrance, de schémas de planifications excessifs, pour arriver à supprimer cette protection vue comme injuste. Nous l'avons vu, quel que soit le poids des règles coercitives, il existera toujours des situations où le *de cuius*, pour des raisons qui lui sont propres, refusera de s'y soumettre, et particulièrement quand il existera un problème entre le parent et l'enfant. Cette mésentente, au-delà de générer un certain nombre d'actes potentiellement inefficients, a une autre

¹⁴¹² À ce sujet la nécessaire prise en compte d'une volonté de néolibéralisme successoral dans l'élaboration d'une proposition d'évolution de la matière semble faire consensus. En effet, ce nécessaire besoin d'évolution est également partagé par les conclusions du 118^{ème} congrès des Notaires qui exposent au-delà de l'insuffisance des mécanismes actuels d'organisation de transmission, la nécessité de s'interroger sur la création de nouveaux espaces de liberté afin de répondre aux « besoins des familles, de l'évolution de la société et des mentalités » (118^{ème} congrès des notaires de France, *L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 12-14 octobre 2022, Rapport p. 886).

face qui est le contentieux systématique qui existera au décès. En effet, il y a des situations, anticipation ou pas, où un parent sait par avance que du fait de sa situation familiale il existera un problème. Souvent ce problème pourra être anticipé dans les règles de l'art, mais *quid* quand le problème est la personne de l'héritier réservataire ?

L'interrogation doit être posée : ne serait-il pas salvateur de pouvoir exclure un héritier du règlement de la succession afin d'éviter un contentieux et assurer ainsi une transmission sereine de la succession ? Loin de signer la fin des limites à la volonté du *de cuius*, est-ce qu'une certaine conception de l'exhérédation causée ne pourrait pas au contraire consolider l'ordre public successoral en le purgeant d'un de ses principaux vices ? Porteuse d'équilibre, de sécurité juridique et de libéralisme, l'exhérédation causée ne serait-elle pas la réponse à la recherche d'un équilibre restauré (**Chapitre II**) ?

Chapitre I

UNE NOUVELLE CONCEPTION DE L'ÉQUILIBRE SUCCESSORAL

350. La recherche de l'efficacité. L'équilibre successoral est en perpétuelle remise en question. La législation posée en 1804 ne cesse d'évoluer entre révolution inconséquente et incursion porteuse, le droit des successions et des libéralités peut apparaître, à certains égards, comme instable. Se pose la question de la colonne vertébrale de ces avancées. Est-on à la recherche d'une sécurité juridique ou d'une mise en avant idéologique ? Le droit des successions et des libéralités de par son ADN socio-politique est en proie aux assauts législatifs et prétoriens qui empêchent une certaine stabilité de la matière. La récente volonté de réintroduction d'un droit de prélèvement dans le cadre d'une succession comportant un élément d'extranéité est la parfaite manifestation de cela. Néanmoins cette dernière mesure porte en elle, au-delà d'une faiblesse juridique importante, la marque de l'inconstance législative à laquelle est en proie le droit des successions. C'est ainsi que l'équilibre de la transmission ne se voit toujours que peu consacré dans les réflexions législatives.

Le droit des successions et des libéralités et le droit de la transmission se trouvent plus que jamais sur la brèche. Les volontés législatives, doctrinales et politiques convergent vers un point qui est la nécessaire évolution de ce droit, notamment pour faire face aux évolutions précédemment développées. Dès lors, la nouvelle étape de la législation successorale, qu'une partie des patrimonialistes appellent de leurs vœux, devra se baser sur la recherche d'un équilibre successoral efficient (**Section 1**). Si un nombre important de points ont été mis en avant par la doctrine et par les praticiens, reste un sujet inexploré, mais dont l'étude reste nécessaire : l'exhérédation (**Section 2**).

Section 1

LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE SUCCESSORAL EFFICIENT

351. Vers un nouveau chemin pavé d'idées. Les axes de réflexions d'une éventuelle future réforme ont été distillés depuis le début de cette thèse : un besoin d'anticipation de plus en pressant, l'importance de la prévisibilité et de l'efficience, la conservation d'un certain cadre d'ordre public ayant pour fonction de conserver une certaine vision des successions dans un écosystème familial. La doctrine a, depuis plusieurs années, posé les bases d'une évolution de la matière pour faire face notamment au néolibéralisme successoral.

Ces propositions éparses ont été notamment retranscrites dans le rapport concernant la réserve héréditaire en 2019¹⁴¹³. Ce rapport articulé autour de 54 propositions évoque un grand nombre de solutions pour l'avenir de la réserve héréditaire, et plus généralement pour l'avenir du droit des successions et des libéralités. Sont notamment évoquées dans ces travaux, la place des différents liens de conjugalité en droit des successions, ou encore la question de la protection des ascendants privilégiés. Néanmoins certaines propositions, que la doctrine et les praticiens appelaient de leurs vœux depuis des années, furent consacrées au terme de ce document de travail, développant à la fois l'anticipation successorale concertée (§ 1) et la place de l'ordre public successoral (§ 2).

§ 1 - DÉVELOPPER L'ANTICIPATION SUCCESSORALE CONCERTÉE

352. Le pouvoir accepté de la volonté. L'évolution de la dyarchie de la transmission passera dans un premier temps par l'augmentation de la volonté du *de cuius* dans l'organisation par anticipation de sa succession. Se dessine un certain nombre d'évolutions qui consacrent notamment les vertus de l'anticipation successorale concertée (A). L'évolution de l'anticipation successorale tendant alors vers une véritable ode à la concertation (B).

¹⁴¹³ Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER, 2019.

A - Les vertus de l'anticipation successorale concertée

353. Le besoin de concertation. Le droit de la transmission successorale repose sur un certain équilibre, et notamment sur un certain rapport de force entre le *de cuius* et ses héritiers. La récente évolution de la transmission fut notamment matérialisée par une certaine contractualisation de la matière. Cette « contractualisation »¹⁴¹⁴ pour reprendre les termes de certains auteurs, nous l'avons théorisé, se matérialise en droit des successions et des libéralités par le recours à l'anticipation successorale que nous qualifions de concertée, en ce qu'elle fait intervenir à la fois le *de cuius* et les héritiers, objets de la protection successorale¹⁴¹⁵.

Conscient des vertus d'une telle planification, en ce qu'elle permet au *de cuius* d'exprimer sa volonté tout en s'assurant de sa pleine réception par les héritiers, le législateur a, en 2006, levé certaines prohibitions. Le rapport sur la réserve héréditaire qui avait pour mission principale d'étudier l'avenir de cette institution du droit successorale, a étudié, outre les bénéficiaires, l'assiette, le montant et la sanction, la question du pouvoir de la volonté. Il est tout particulièrement intéressant de remarquer que dans ce cinquième axe du rapport, accompagné de ses 21 propositions, ne se pose quasi exclusivement que la question du développement des outils existants vers une concertation, une contractualisation plus importante de la transmission¹⁴¹⁶.

De la renonciation anticipée à l'action en réduction jusqu'aux libéralités substitutives, le rapport concentre ses points de réflexion sur le développement mais également sur la sécurisation de la transmission : « *il n'en reste pas moins que certains de ces instruments pourraient être utilement améliorés. Ils pourraient l'être afin de développer tous leurs effets en répondant au souhait, régulièrement exprimé, de pouvoir*

¹⁴¹⁴ En ce sens not. : D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », *JCP N*, n° 19, 7 mai 2004, 1223 - J.-M. MATHIEU, « Les enjeux de la renonciation anticipée à l'action en réduction : vers une contractualisation de la transmission successorale – plaidoyer pour une utilisation accrue, mesurée et raisonnée de la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N*, n° 5, 5 févr. 2010, doss. 1060 - M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, « Une contractualisation certaine mais contrôlée du droit des incapacités, des successions et des libéralités », *JCP N*, n° 5, 5 févr. 2010, 1062.

¹⁴¹⁵ V. *supra*, n° 172.

¹⁴¹⁶ Après le rapport sur la réserve héréditaire c'est au tour du 118^{ème} congrès des Notaires de rejoindre ce mouvement. Sans jamais citer explicitement la notion d'anticipation successorale concertée, les conclusions du rapport proposaient une évolution structurelle du droit de la transmission notamment en modifiant fondamentalement l'ADN de la prohibition des pactes sur succession future : « *l'idée n'est pas de rajouter une nouvelle liste de pactes sur succession future, qui conduirait sans doute, à terme, à réduire à peau de chagrin la prohibition des pactes sur succession future et à affaiblir inévitablement le pilier du temple. Il s'agit finalement de réfléchir à une évolution de la notion même de prohibition sur les pactes sur succession future qui, à l'image d'une vague, pourrait se retirer pour laisser place au consensus familial ou, reprendre toute sa place quand ce dernier n'existe plus ou pas* » (118^{ème} congrès des notaires de France, *L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 12-14 octobre 2022, Rapport p. 887). Précisant que les « *prohibitions des pactes sur succession future sont la clé de voûte du consensus familial* » rejoignant notre analyse.

anticiper avec ses héritiers présumptifs certains aspects de sa succession et de prévenir ainsi d'éventuels différends. La sécurité attendue devant alors s'exercer dans le respect des principes du droit des successions et des libéralités »¹⁴¹⁷.

354. De la RAAR à un pacte de famille. Après avoir pris acte des faiblesses de ce mécanisme, allant du formalisme coercitif au caractère gratuit de l'acte, le groupe de travail proposa une transformation principalement de forme de ce pacte sur succession future. La principale critique formulée sur le mécanisme existant est son caractère décorrélé de la pratique mais aussi de son véritable but. Guillaume Wicker soulevait que « *dans son régime actuel, la renonciation anticipée à l'action réduction a moins été conçue comme un véritable pacte de famille, que comme le moyen pour le de cujus d'obtenir de ses héritiers présumptifs qu'ils lui accordent le droit d'organiser sa succession en s'affranchissant de la réserve* »¹⁴¹⁸. Il est vrai que le formalisme, et plus généralement le régime de la renonciation anticipée à l'action réduction, n'est pas adapté à sa véritable finalité.

Le rapport le soulève très justement, et précise qu'en pratique, cette technique s'inscrit en effet « *dans une politique de gratification, réalisée ou à venir* »¹⁴¹⁹ et que malgré l'interdiction énoncée à l'article 929, alinéa 3, « *souvent, la renonciation visera à consolider une stratégie de transmission* »¹⁴²⁰. Ce sera notamment le cas dans le cadre d'une transmission d'entreprise, quand l'intégralité des enfants ne sont pas repreneurs, et que le patrimoine du *de cujus* ne lui permet pas d'allotir de la même façon tous les présumptifs réservataires. Dans cette hypothèse, plutôt que de faire peser une soule importante sur le présumptif réservataire repreneur ou sur la société dans le cadre d'une stratégie de *family buy out* (FBO), le *de cujus* pourra avoir recours à une renonciation anticipée à l'action réduction. Cela ne veut pas dire que le signataire se trouverait exclu de la transmission ; il recevrait un lot dans la libéralité, mais celui-ci n'en serait pas l'équivalent exact.

Pour pallier les faiblesses actuelles de ce pacte, le groupe de travail propose de modifier la renonciation anticipée à l'action réduction pour transformer cet acte, par essence unilatéral, en un véritablement pacte de famille 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* »¹⁴²¹. L'idée du groupe de travail est donc de transformer la nature de la renonciation anticipée à l'action réduction pour l'intégrer dans la stratégie de planification non pas comme une rustine de sécurisation, comme c'est objectivement aujourd'hui le cas, mais comme un élément du puzzle patrimonial. Comme le relève le rapport, cela permettrait notamment de « *révéler des contreparties qui, semble-t-il, existent bien souvent, mais sont*

¹⁴¹⁷ Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire (dir.) C. PÉRÈS et P. POTENTIER, 2019, p. 165.

¹⁴¹⁸ G. WICKER, « Note sur la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 289-294.

¹⁴¹⁹ Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, *op. cit.*, p. 167.

¹⁴²⁰ *Ibid.*

¹⁴²¹ G. WICKER, *op. cit.*

aujourd'hui passées sous silence afin de ne pas entacher l'opération d'une cause de nullité»¹⁴²². Cela aurait également pour vertu, selon le groupe de travail, d'apporter plus de transparence dans l'anticipation successorale¹⁴²³. Avec cette modification des règles actuelles nous ferions face à un outil de planification successorale représentant la quintessence de l'anticipation successorale et plus généralement du mouvement de contractualisation de la transmission.

L'avènement d'un tel outil répondrait en tous points aux besoins de l'équilibre : une volonté exprimée par le *de cujus*, une prévisibilité et une efficacité importante tout en ménageant le droit des réservataires, qui seraient alors en accord avec l'entier schéma de transmission. À l'instar des critiques soulevées en 2006, il pourrait être objecté que l'on ferait ici face à une marchandisation de la protection réservataire : un énième coup de boutoir à l'ordre public successoral dans sa dimension politique. Or, là encore, la protection de l'ordre public successoral ne serait pas plus atteinte que par le principe de la renonciation anticipée à l'action réduction, l'assentiment de l'héritier à perdre sa protection dans le cadre d'une volonté concertée d'anticipation purgeant *de facto* tout vice.

Cette modification de la renonciation anticipée à l'action réduction pourrait permettre de développer cet outil encore trop peu utilisé, et notamment de permettre au présomptif réservataire renonçant de comprendre l'enjeu de sa renonciation. À cet égard un effort de pédagogie doit être fait sur la portée de la renonciation anticipée à l'action réduction, et cela fait notamment l'objet d'une proposition du groupe de réflexion qui souhaite « *inscrire dans la loi que la renonciation ne porte que sur la part du renonçant dans l'indemnité de réduction* »¹⁴²⁴. Outre d'autres amendements, comme la précision de la faculté de stipuler dans le pacte familial une renonciation anticipée au paiement immédiat de l'indemnité de réduction, le groupe de travail souhaite refondre le formalisme de la renonciation anticipée à l'action réduction, formalisme qui demeure aujourd'hui l'un des plus gros problèmes de cet outil. L'idée serait alors de conserver l'exigence d'un double notaire selon la lettre de l'article 930 du Code civil mais tout en permettant l'expression simultanée des consentements dans le pacte familial de renonciation anticipée à l'action en réduction.

¹⁴²² Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, *op. cit.*, p. 168.

¹⁴²³ « *En réunissant autour de lui dans ce pacte de famille tous ses enfants, héritiers réservataires présomptifs, le de cujus pourrait mieux anticiper et de façon plus transparente, les termes de sa succession, y compris en tant que les libéralités faites empièteraient sur la réserve* », *Ibid.*

¹⁴²⁴ *Ibid.*, p. 169.

B - L'ode à la concertation

355. Les vertus de l'entente. Au-delà d'une refonte de la renonciation anticipée à l'action en réduction, l'entière réflexion du groupe de travail concernant la volonté du *de cuius* est une véritable ode à la concertation et à la sécurisation. L'axe de développement s'intitulant « *le pouvoir de la volonté* » aurait mérité de s'intituler « *le pouvoir de la rencontre des volontés* » tant il fait pratiquement exclusivement référence à l'anticipation successorale concertée, laissant à certains égards de côté le pouvoir unilatéral de la volonté.

Le groupe de travail s'attardera dès lors à sécuriser et développer le régime des libéralités-partages et des libéralités-substitutives. À ce sujet, une proposition intéressante vise la pratique de la transmission anticipée, et plaide pour une certaine réhabilitation des donations-partages portant sur des biens indivis. En effet, comme le rappelle le rapport, depuis les arrêts du 6 mars¹⁴²⁵ et 20 novembre 2013¹⁴²⁶ la jurisprudence de la Cour de cassation consacrait alors sa jurisprudence selon laquelle « *il ne peut y avoir donation-partage qu'autant qu'il y a partage, c'est-à-dire répartition matérielle des biens entre les gratifiés. Si l'acte n'attribue que des droits indivis à certains gratifiés, il encourt la requalification en donation ordinaire avec les conséquences qui en découlent en termes de rapport des libéralités et de réserve héréditaire* »¹⁴²⁷. Cette jurisprudence amène une problématique pratique. En effet, il existe des cas où les *de cuius* se trouvaient exclus du bénéfice de faire une donation-partage faute d'avoir des biens individuels à transmettre, et tout particulièrement dans le cadre de la transmission portant sur de l'immobilier.

Pour pallier cette problématique, la proposition n° 40 du rapport sur la réserve propose de « *stabiliser dans une donation ordinaire comportant des biens en indivision la valeur des biens donnés au jour de l'acte pour le calcul de la réserve et le rapport des libéralités, moyennant la gratification et l'accord de tous les héritiers réservataires présumptifs* »¹⁴²⁸. Il est, là encore, fait appel au concours des présumptifs réservataires pour sécuriser l'anticipation et la planification successorales.

¹⁴²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n°11-21892, *Bull. civ.*, I, n° 34.

¹⁴²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, n°12-25681, *Bull. civ.*, I, n° 223.

¹⁴²⁷ Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, *op. cit.*, p. 176.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, p. 177.

Au-delà des outils de planification successorale, l'évolution de la matière repose également sur une modulation des règles de l'ordre public successoral¹⁴²⁹.

§ 2 - LA PLACE DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

356. L'évolution des limites. Pour rappeler les mots du 108^{ème} Congrès des notaires de France : « *l'ordre public successoral est un ordre public en mouvement : le cadre imposé tend à s'assouplir et le cadre proposé tend à se durcir. Les règles d'hier ne sont plus nécessairement celles d'aujourd'hui* »¹⁴³⁰. Les récentes évolutions de la matière commandent la recherche d'un ordre public successoral en adéquation avec les besoins de la société qu'il régit, tout en continuant d'assurer une efficience nécessaire à la matière. Ces pistes d'évolution doivent être tant internes (A) qu'internationales (B).

A - Les voies d'une évolution interne

357. La recherche d'une voie médiane. Si la question du montant de la réserve doit se poser plutôt que sa nature (1), d'autres pistes d'évolution sont à explorer (2) sans jamais oublier que la question de la fiscalité doit être prise en compte sous peine d'aboutir à un déséquilibre (3).

1 - Le montant de la réserve

358. Une notion nécessaire. L'institution de la réserve héréditaire en droit français, au-delà de représenter aujourd'hui l'élément central de la notion cadre de l'ordre public successoral, soutient tout un système liquidatif extrêmement précieux et précis. Son principe est soutenu par le justiciable mais également par la majorité de la pratique notariale¹⁴³¹.

¹⁴²⁹ En ce qui concerne l'évolution de l'anticipation successorale concertée, il est admis que l'ordre public successoral pourra être modulé par le jeu des rencontres des volontés, c'est notamment ce que conclut le 118^{ème} congrès des Notaires : « *Quelle est la place du consensus familial (qui permet de réaliser un objectif commun) dans l'ordre public successoral ? Quelle est, aujourd'hui, la place de l'affectif et de l'amour dans l'ordre public successoral ? Ne peut-on pas imaginer qu'un frère ou une sœur puisse trouver toute satisfaction dans une transmission où il recevrait 'économiquement' moins qu'un autre, dès lors qu'un but commun à tous est atteint ? Le rôle de l'ordre public successoral ne serait-il pas de protéger la famille quand il y a un intérêt convergent de tous ses membres à la protection d'une personne ou à la protection d'un bien, et non de l'empêcher ? Il s'agit d'une véritable réflexion à mener sur la place du consensus familial dans l'ordre public successoral. Un ordre public successoral qui pourrait s'effacer face au consensus familial, mais qui conserverait toute sa force, son autorité lorsque l'accord familial disparaît* » (118^{ème} congrès des notaires de France, L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse, Marseille 12-14 octobre 2022, Rapport p. 857).

¹⁴³⁰ Rapport, 108^{ème} congrès des notaires de France, *La transmission*, Montpellier, 23 - 26 septembre 2012.

¹⁴³¹ Tout particulièrement en ce sens : « *Le groupe de travail observe que les notaires eux-mêmes se disent attachés à la réserve héréditaire. Réunis en Congrès autour du thème de la transmission en 2012 (La transmission, 108^{ème} Congrès des notaires de France, 2012, Deuxième commission, Proposition n°1), ils ont ainsi adopté en la votant une proposition intitulée 'Affirmer l'attachement du notariat à la réserve héréditaire' visant notamment à ce que 'soit affirmé l'attachement du notariat à la réserve héréditaire, conçue comme un*

À l'aube d'une évolution, voire d'une transformation de la réserve héréditaire, la doctrine rappelle que, malgré des hésitations, elle reste dans son principe une notion profondément ancrée en droit interne. Le groupe de travail sur la réserve héréditaire rappelait notamment que la réserve des descendants « *conserve des fondements tout à fait solides en droit positif et dans la société française contemporaine* »¹⁴³². Intimement liée à la filiation et à la symbolique de l'héritage, rempart contre l'exhérédation injustifiée, expression de la solidarité familiale, la réserve joue un rôle de contrepoids à la volonté du *de cuius*, et assure un certain équilibre à la transmission successorale. Loin d'être une notion « *individualiste* » et « *passéiste* »¹⁴³³, la réserve héréditaire est, et doit rester, le pilier central du droit des successions et des libéralités.

Après avoir réaffirmé l'attachement juridique mais aussi sociologique du principe d'une part de patrimoine réservée pour une fraction bien précise des héritiers, il ne faut pas tomber dans l'écueil de la rigidité et tomber dans des amalgames. La réserve héréditaire en droit français doit subsister, et il n'a d'ailleurs, sauf mineures exceptions, été voulu ou prévu de supprimer purement et simplement son existence. L'objet des débats actuels est son évolution et son adaptation aux mouvements de néolibéralisme successoral et de darwinisme normatif que connaît le droit successoral français. Au cours des années, plusieurs propositions d'assouplissement ont été faites : diminution du montant de la réserve, restriction des biens compris dans la réserve comme la soustraction de l'entreprise¹⁴³⁴, faire une différenciation entre les donations et les legs en ce qui concerne la réunion fictive des libéralités antérieures¹⁴³⁵, ou encore consacrer un régime propre aux libéralités philanthropiques comme une quotité disponible spéciale¹⁴³⁶.

Fatalement influencée par la place de la réserve en droit international privé et son caractère électif à l'aune d'une réponse de l'exception d'ordre public international, la question de la nature de la réserve se pose nécessairement pour l'avenir.

instrument privilégié et actuel de la fonction sociale de la transmission' », Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴³² *Ibid.*, p. 79.

¹⁴³³ *Ibid.*

¹⁴³⁴ En ce sens : « *L'assiette du bien peut être repensée. Le Code civil de 1804 a fait porter la réserve héréditaire sur l'ensemble des biens sans distinction. Mais il serait conforme à la nature successorale de la réserve de distinguer la nature des biens, comme sous l'ancien droit. Dans l'ancien droit il paraissait naturel de compter dans la réserve les biens de famille, mais les choses étaient moins évidentes pour les biens professionnels. En effet la soumission des offices à la réserve n'allait pas de soi alors qu'ils constituaient pourtant l'essentiel de la fortune d'ancien régime. Comme l'indiquent MM. Lévy et Castaldo, la question fut très débattue. (...) En s'inspirant de ces solutions ne pourrait-on pas imaginer que les entreprises échappent à la réserve ? C'est ce qu'a initié la réforme du 23 juin 2006 avec le mandat à effet posthume qui impose la gestion d'un tiers sur l'entreprise du défunt même en présence d'une réserve héréditaire. L'idée peut paraître excessive mais elle est défendable* », C. BAHUREL, *op. cit.*, pp. 428-429.

¹⁴³⁵ « *Troisième point de réflexion : les actes soumis à la réserve. Dans les anciennes coutumes de Paris et d'Orléans, la réserve ne limitait que les legs. Les donations y échappaient pour deux raisons : techniquement une donation entre vifs porte sur des biens présents et non sur la succession : psychologiquement on pensait que le donateur subissant lui-même immédiatement la perte des biens donnés s'autolimitait naturellement. Pourquoi aujourd'hui ne pas supprimer la réserve pour les donations entre vifs ?* », *Ibid.*

¹⁴³⁶ En ce sens : C. PÈRÈS et C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, pp. 398-399, n° 467.

359. Réaffirmer l'attachement d'une réserve *in abstracto*. Les récentes évolutions du droit des successions et des libéralités précédemment relatées permettent de douter de la nature de la réserve héréditaire entre alimentarisation, financiarisation et dématérialisation. Néanmoins, malgré une conjonction, certes importante ces dernières années, il faut rappeler que la réserve a une nature et des fonctions multiples qui ne peuvent être assurées que par sa forme actuelle. C'est ainsi que toute évolution vers un système de protection réservataire électif est à proscrire. Que la protection soit liée à un état de nécessité ou de précarité économique des héritiers, ou encore à la fortune du *de cuius*, l'individualisation de la protection réservataire comme vecteur de l'ordre public successoral romprait de manière trop importante avec les règles actuellement applicables. Judicialisation systémique, absence de prévisibilité, torpeur pratique sont autant de problématiques inhérentes à une protection réservataire élective qui impose une fin de non-recevoir à toute évolution en ce sens. Reste qu'il est nécessaire de prendre en compte ce besoin de libéralisme dans l'évolution de l'équilibre de la transmission, et de trouver une voie d'évolution qui respecte à la fois ce besoin de volonté mais aussi ce besoin de sécurité¹⁴³⁷.

360. De la nature au montant. À défaut de pouvoir jouer sur la nature ou sur l'assiette, la doctrine juridique française a, depuis de nombreuses années, appelé à une réforme du montant de la réserve héréditaire¹⁴³⁸. Évolution moins ambitieuse des droits réservataires, la modification du *quantum* de la réserve héréditaire, et consubstantiellement de la quotité disponible, permettrait de répondre aux besoins en présence, sans réformer en profondeur l'ordre public successoral¹⁴³⁹. Il est en effet nécessaire de bien distinguer d'un côté la notion de réserve héréditaire et son *quantum*. Différencier la nature de son périmètre permettrait ainsi de corriger certaines critiques sans travestir l'institution en profondeur. Cette solution trouva assez tôt des défenseurs. Dès 1998 un rapport destiné au Ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux proposait un cantonnement de la réserve héréditaire à la moitié de la succession¹⁴⁴⁰. Une telle évolution était également mise en avant par les auteurs de l'Offre de loi. Selon eux, une telle modification du montant de la réserve est « *un choix qui apporte une satisfaction mesurée à l'opinion qui réclame un élargissement*

¹⁴³⁷ En ce sens il faut rejoindre les propositions numéro 1 (Maintenir la réserve héréditaire des descendants en son principe) et numéro 18 (Écarter toute idée qui consisterait à faire dépendre le montant de la réserve héréditaire du niveau de fortune) du groupe de travail sur la réserve héréditaire.

¹⁴³⁸ En ce sens not. : B. BEIGNIER, « Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », *Dr. fam.* 2019, dossier 19 - J. GASTÉ, « Et si la nation de Tintin influençait l'anticipation successorale française ! », *JCP N*, n° 39, 29 sept. 2017, 821.

¹⁴³⁹ En ce sens : « *Le montant de la réserve pourrait être aisément modifié : ce serait la réforme la plus facile à mener. C'est d'ailleurs la proposition que le notariat fait en-tête de ses propositions aux candidats à l'élection présidentielle de 2012 : 'donner plus de place à la liberté testamentaire' en prévoyant « une diminution de la réserve héréditaire' »*, C. BAHUREL, *op. cit.*, p. 428, n° 722.

¹⁴⁴⁰ I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la Ministre de l'emploi et de la solidarité et au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, éd. Odile Jacob, 1998, p. 235.

de la liberté testamentaire et ne change rien à la condition des familles d'un ou deux enfants »¹⁴⁴¹. Les auteurs proposaient alors de faire varier le montant de la réserve en fonction du nombre d'enfants du défunt tout en limitant à deux branches les possibilités contre actuellement trois. C'est ainsi qu'en présence de deux enfants ou plus, la réserve globale serait égale à deux tiers de la masse successorale laissant invariable un taux de quotité disponible égal à un tiers si le *de cujus* a deux souches réservataires ou plus. Conscients du nécessaire équilibre qui commande le droit des successions et des libéralités, les auteurs de cet ouvrage fondamental avaient, d'ores et déjà, compris que la prise en compte d'un certain néolibéralisme successoral émergent amènerait à une remise en cause de l'ordre public successoral et de ses composantes. Cette idée d'une augmentation de la quotité disponible irriguera la doctrine et sera présentement renouvelée lors du 110^e Congrès des notaires de France en 2014. Si, pour reprendre les termes des auteurs de l'*Offre de loi*, il n'existe pas de « *taux idéal* », force est de souligner qu'une juste mesure doit persister. C'est ainsi que la proposition n° 9 de l'Inspection des finances visant à « *plafonner à 30 % des biens du disposant le montant de la réserve héréditaire* »¹⁴⁴² fut assez mal accueillie. Cette proposition visait une volonté de libéralisation des transmissions de certaines participations à des fondations. Selon les auteurs de ce rapport, si une telle réforme représentait une évolution majeure du droit successoral, elle permettrait cependant de préserver les droits des héritiers tout en offrant davantage de libertés au léguaire. Néanmoins un taux aussi bas de réserve héréditaire emporterait une trop grande modification des rapports de force de l'équilibre de la matière¹⁴⁴³.

Cette voie fut reprise par le groupe de travail sur la réserve héréditaire dans sa proposition n° 19, qui prévoirait l'éventuelle limitation à deux branches du montant de la réserve héréditaire de manière à ce qu'elle soit de la moitié de la succession en présence d'un enfant, et des deux tiers en présence de deux enfants ou plus. Selon le groupe de travail, cette modification du montant de la réserve, et consubstantiellement de la quotité disponible, doit se faire en fonction de l'équilibre induit de la dyarchie de la transmission, il rappelle en ce sens que : « *retenir une réserve globale étendue, nuit à la liberté de disposer du propriétaire ; octroyer plus de liberté aggrave le risque d'une remise en cause de l'égalité minimale entre les descendants et réduit l'intérêt de la réserve individuelle pour chacun d'entre eux* »¹⁴⁴⁴. Cherchant

¹⁴⁴¹ J. CARBONNIER, P. CATALA, de J. SAINT-AFRIQUE et G. MORIN, *Des libéralités – Une offre de loi*, 2003, p. 119.

¹⁴⁴² Sur ce sujet : « *Un aménagement de la réserve héréditaire permettrait de faciliter la constitution de fondations actionnaires majoritaires (...) Elle pose toutefois des difficultés de fixation du plafond. De ce point de vue, un plafonnement en pourcentage des biens du disposant peut sembler préférable. Il a signalé que ce plafond devrait être inférieur à 50 %. Le fixer à 30 % présenterait l'intérêt de permettre au disposant, si bien sûr il le souhaite, de ne pas octroyer de minorité de blocage à ses héritiers, et donc de sécuriser la gouvernance de l'entreprise* », A. JEVAKHOFF et D. CAVAILLOLÈS, *Le rôle économique des fondations*, IGF, avril 2017, p. 41, n° 4.5.3.

¹⁴⁴³ En ce sens : « *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* », Y. FLOUR, « *Entretien sur la réserve héréditaire* », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 123-130.

¹⁴⁴⁴ Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, *op. cit.*, p. 146.

« une voie médiane » permettant de concilier pouvoir de la volonté et protection, la solution envisagée par le groupe de travail recoupe la majorité des propositions émanant de la doctrine : retenir une réserve globale fixe quel que soit le nombre d'enfants, et consubstantiellement augmenter le montant de la quotité disponible. Il faut souscrire à une telle évolution de la réserve héréditaire et de la quotité disponible en ce que celle est la quintessence de la prise en compte des rapports de force de la matière¹⁴⁴⁵. Comme le développent parfaitement Jean Gasté et Xavier Ricard, un tel aménagement « *consiste à établir un parfait équilibre entre la réserve héréditaire qu'il faut conserver, et la liberté testamentaire qu'il faut accroître. (...) Quoi de plus égalitaire, lorsque deux conceptions que tout oppose, 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* »¹⁴⁴⁶. Sécuriser la nature de la réserve tout en permettant une plus grande latitude pour la volonté unilatérale du *de cuius*, telle doit être la voie entreprise pour rechercher un équilibre restauré de la transmission. Il est intéressant de relever, comme le faisait Charles Bahurel, qu'une telle évolution de l'ordre public successoral rapprocherait la législation française de la doctrine Leplaysienne¹⁴⁴⁷.

2 - Les autres pistes d'évolution

361. Des pistes à explorer. Au-delà de la question de son montant, deux autres points évoqués par le groupe de travail découlent de débats anciens : la question de la quotité disponible spéciale entre époux et le régime dérogatoire de l'assurance-vie.

¹⁴⁴⁵ Cette voie d'évolution n'est bien évidemment pas la seule et n'emporte d'ailleurs pas l'unanimité, les conclusions du 118^{ème} congrès des Notaires s'en détournent d'ailleurs. En effet, selon les rapporteurs, selon eux « *la modification du quantum de la quotité disponible ordinaire n'a pour objectif que de donner plus de liberté afin de disposer librement de son patrimoine, plus de liberté pour gratifier des associations, certes, mais également plus de liberté pour rompre l'égalité entre ses enfants, plus de liberté pour le chantage à la succession* », également « *la modification du quantum de la quotité disponible ordinaire n'apporte pas, selon nous, de réponses ou de solutions aux demandes des clients qui poussent la porte des études. Elle ne répond pas à l'évolution et aux mœurs de la société* ». Ils concluent sur un sondage de praticiens qui démontrerait une certaine hostilité des Notaires à cette proposition. Là encore, la question nous semble être mal posée car au-delà du panel extrêmement réduit, ce n'est pas tant au Notaire de déterminer l'opportunité d'une évolution de la réserve qu'à la population qui souhaiterait se prévaloir de leur volonté anticipative. Plus avant, si les conclusions de ce congrès, comme nous l'avons précédemment évoqué, prônent une évolution de la transmission concertée, elles délaissent à certains égards la volonté unilatérale du *de cuius*. Or, si la concertation est une voie d'évolution souhaitable, elle ne doit pas occulter la volonté du *de cuius* de faire sienne sont hérité sans faire nécessairement œuvre de compromis à tout va. L'évolution de la quotité disponible, permettrait de poursuivre sur ces deux fronts tout en ayant en tête cet équilibre. Il ne faut pas avoir peur de libérer la volonté quand cette libération est contrôlée. Pour pallier cette augmentation du *quantum* de la quotité disponible, la proposition du congrès se fonde sur l'idée de raisonner par souche et non pas individu, il ne conviendrait plus de parler de réserve individuelle mais de réserve de souche « *à l'instar de la prohibition des pactes sur succession future, l'idée développée ici ne serait pas de modifier à la marge la réserve, mais, peut-être, de réfléchir à une adaptation, une évolution de la réserve héréditaire* » (118^{ème} congrès des notaires de France, *L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 12-14 octobre 2022, Rapport p. 897).

¹⁴⁴⁶ J. GASTÉ et X. RICARD, « Règlement successions - les questions à se poser », *Deffrénois*, 14 sept. 2017, n° 18, p. 15.

¹⁴⁴⁷ « *Il faut observer que Le Play ne demandait pas la suppression de la réserve héréditaire : il considérait qu'un régime était adapté à la liberté testamentaire à partir du moment où le défunt peut disposer de la moitié de ses biens* », C. BAHUREL, *op. cit.*, p. 429.

362. La problématique de la quotité disponible spéciale entre époux. En ce qui concerne la quotité disponible spéciale, la principale critique est son absence de différenciation - comme peut le faire l'article 757 du Code civil - entre une situation où il existe des enfants d'un premier lit ou non. Si les droits légaux empêchent que l'usufruit du conjoint survivant greve la réserve des enfants d'une autre union, la volonté unilatérale du *de cuius* peut, à l'aune des dispositions de l'article 1094-1 du même code, grever leur réserve par l'usufruit du conjoint survivant. Comme le rappelle Michel Grimaldi, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, « *longtemps, la quotité disponible entre époux fut diminuée en présence d'enfants issus d'un précédent mariage (art. 1098, al. 1^{er} ancien)* »¹⁴⁴⁸.

Ce questionnement existait déjà lors des débats intervenus pour la loi du 13 juin 2006. Le projet de loi prévoyait dans son article 21 une distinction selon que l'on se trouve en présence d'enfants communs uniquement, ou qu'il existe des enfants d'un premier lit¹⁴⁴⁹. Selon cette distinction, lorsque l'époux ne laisse que des enfants issus des deux époux ou les descendants de ces enfants, l'article 1094-1 continue de s'appliquer. En revanche, lorsque l'époux laisse un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux ou les descendants de ces enfants, le nouvel article 1094-2 prévoirait qu'il ne pourra disposer en faveur de son conjoint que de la quotité disponible ordinaire, ou du quart de ses biens en propriété et d'un autre quart en usufruit, ou de la moitié de ses biens en usufruit seulement. Comme le précise Henri de Richemont « *l'Assemblée nationale a ajouté une quatrième option en prévoyant que l'usufruit du conjoint peut porter sur la totalité de la part successorale des enfants communs aux deux époux, et ainsi être supérieur dans certains cas à la moitié des biens inclus dans la succession. Elle a ajouté que cet usufruit porte prioritairement sur la part de réserve des enfants communs et subsidiairement sur la part de réserve des enfants non communs* »¹⁴⁵⁰. Cette proposition allait dans un sens cohérent des problèmes pratiques. Dans son rapport, Sébastien Huyghe précise que l'article 21 du projet de loi « *visait, dans le projet initial, à adapter aux évolutions de la société, certaines des dispositions du chapitre IX du titre II du livre III du Code civil, qui concernent les règles applicables aux libéralités entre époux* »¹⁴⁵¹. Comme le développe l'auteur, « *il s'agissait ainsi de mieux préserver les droits patrimoniaux des enfants vis-à-vis de libéralités faites par le disposant à son conjoint, en particulier dans le cas de certaines familles 'recomposées'* »¹⁴⁵². Étaient alors proposés deux aménagements : une faculté de cantonnement du

¹⁴⁴⁸ M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 8^e éd., Paris, Litec, 2020, p. 256.

¹⁴⁴⁹ Article 21 (art. 1094-1 et 1094-2 nouveau du Code civil) - Assouplissement des règles relatives aux libéralités entre époux et modification des règles de calcul de la quotité disponible du conjoint survivant.

¹⁴⁵⁰ H. De RICHEMONT, « La réforme des successions et des libéralités », *Rapport n° 343*, Doc. Sénat, session ord. 2005-2006, p. 42.

¹⁴⁵¹ S. HUYGHE, « La réforme des successions et des libéralités », *Rapport n° 3132*, Doc. Assemblée Nationale, 6 juin 2006, p. 60.

¹⁴⁵² *Ibid.*

conjoint survivant et une modulation du périmètre de la quotité disponible spéciale entre époux. Si la capacité de cantonnement sera retenue, l'idée d'une différenciation de la quotité disponible spéciale entre époux en présence d'enfant d'un premier lit a fait l'objet d'appréciations divergentes, et fut abandonnée par le Sénat la jugeant trop complexe. Une partie de la doctrine regretta l'absence d'évolution sur ce point. C'est notamment le cas de Anne-Laure Nachbaum-Schneider qui soulève les « *problèmes insolubles* » que pose la quotité disponible spéciale du conjoint survivant. Elle vise notamment la problématique des enfants d'un premier lit : « *les enfants ne recueilleront qu'une nue-propriété, soit, rien de concret au décès de leur auteur. En tant que notaire, l'expérience nous démontre que nombre d'enfants non communs vivent souvent cela comme une preuve de désamour. En outre, le conjoint survivant peut être plus jeune que son époux et les enfants peuvent n'espérer devenir pleins propriétaires qu'à un âge avancé* »¹⁴⁵³. Une partie du groupe de travail sur la réserve souleva cette problématique des enfants d'un premier lit en citant très justement Raymond Le Guidec qui avait pu qualifier la protection réservataire de « *leurre* » dans un tel cas¹⁴⁵⁴. Néanmoins le groupe de travail abandonna ce sujet faute de position majoritaire. Une solution avait pu être envisagée de rétablir une réduction en nature des libéralités conjugales mais elle n'a pas convaincu¹⁴⁵⁵.

Malgré ces différentes occasions manquées, il faut réaffirmer qu'une évolution des règles actuelles serait opportune au regard des problématiques pratiques que peut générer l'usufruit d'un conjoint survivant sur la réserve des enfants d'un premier lit, notamment quand l'écart d'âge entre eux s'avère faible. Si la capacité de cantonnement ou la conversion de l'usufruit existe, en l'absence d'une bonne entente entre les différentes parties, seule la voie judiciaire permettrait de solutionner la problématique. Installer une différenciation de portée du pouvoir de la volonté en fonction de la configuration familiale apparaît, selon notre analyse, conforme au principe de l'équilibre de la transmission, comme cela est le cas pour l'action en retranchement des avantages matrimoniaux. Ainsi, il serait opportun de limiter la possibilité de gratifier le conjoint survivant en présence d'enfants de premier lit d'un émolument en usufruit, du moment où cet usufruit grèverait la réserve des enfants d'une première union. Il ne serait pas nécessaire de modifier la lettre de l'article 1094-1 du Code civil mais de la compléter, en prévoyant un cantonnement forcé de l'allotissement en usufruit du conjoint survivant en présence d'enfants du premier lit, une sorte de réduction

¹⁴⁵³ A.-L. NACHBAUM-SCHNEIDER, « La réserve : une institution à conserver », RLDC, n°174, 1er oct. 2019.

¹⁴⁵⁴ R. LE GUIDE, « Propos conclusifs : l'opportunité de la réserve », *Def.* 2019, n° 46, 58.

¹⁴⁵⁵ « *A cette fin, a été explorée la possibilité de rétablir, à la demande de ces derniers, la réduction en nature des libéralités conjugales dépassant la quotité disponible spéciale. La réduction en valeur est en effet peu favorable aux enfants du défunt en présence d'une libéralité en propriété dépassant la quotité disponible ordinaire. Seul l'empiètement sur la nue-propriété de la réserve est alors indemnisé et, faute pour le réservataire de pouvoir invoquer une prérogative en nature (un droit de nue-propriété), il ne bénéficie plus de la consolidation au décès de l'usufruitier. (...) Aucune position majoritaire ne s'étant finalement dégagée, le groupe de travail ne peut formuler de proposition commune concernant l'évolution souhaitable de la quotité disponible spéciale entre époux* », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, *op. cit.*, p. 146.

automatique de la libéralité pour ne pas que le droit réservataire soit grevé d'une charge coercitive. Il pourrait être prévu que ce cantonnement, ou cette réduction, puisse faire l'objet d'une renonciation soit au moment du décès par les héritiers, ou dans la libéralité sous une forme de renonciation anticipée, créant *de facto* un nouveau pacte sur succession future. La question d'une sauvegarde devrait se poser au même titre que celle imposée par l'alinéa 3 de l'article 760 du Code civil. Cette disposition prévoit que dans le cadre d'une conversion d'usufruit judiciaire « *le juge ne peut ordonner contre la volonté du conjoint la conversion de l'usufruit portant sur le logement qu'il occupe à titre de résidence principale, ainsi que sur le mobilier le garnissant* ». Dès lors, et toujours dans ce souci de l'équilibre entre les droits du conjoint et ceux des descendants, il pourrait être prévu une exception à ce cantonnement forcé lorsque l'usufruit porte sur la résidence principale du conjoint survivant. Pourrait ainsi voir le jour un article 1094-2 au chapitre IX du Code civil relatif aux dispositions entre époux qui pourrait être ainsi rédigé : « Lorsqu'un ou plusieurs enfants ne sont pas issus des deux époux, l'émolument reçu par le conjoint survivant ne pourra grever en usufruit la part réservataire des enfants non issus du mariage, et sera automatiquement cantonné sauf à ce que l'usufruit porte sur le logement qu'il occupe à titre de résidence principale, ainsi que sur le mobilier le garnissant. Les descendants non communs peuvent renoncer au moment du décès ou par anticipation dans la libéralité au bénéfice de ce cantonnement automatique dans les mêmes formes que celles prévues à l'article 930 du Code civil ».

363. Le cas particulier de l'assurance-vie. Le régime de l'assurance-vie dans le droit des successions et des libéralités est un serpent de mer dénoncé par une grande partie de la doctrine¹⁴⁵⁶, encensé par les contribuables mais aussi et surtout par les compagnies d'assurances. D'abord présentée, lors des débats sur la réforme de 2006, comme un outil de contournement de la réserve héréditaire¹⁴⁵⁷, l'assurance-vie est également vue comme un vivier important de contentieux¹⁴⁵⁸. Le régime si particulier de l'assurance-vie dans l'actuel équilibre de la transmission français fait désordre, tant au regard de son principe général, que de la notion de primes manifestement exagérées. Elle l'est d'autant plus que ce régime exceptionnel s'avère être isolé en Europe.

¹⁴⁵⁶ En ce sens : « *La Cour de cassation casse ici un arrêt d'appel qui avait gravement méconnu le traitement successoral des capitaux placés en assurance-vie. Cette censure, pour justifiée qu'elle soit, n'en met pas moins une nouvelle fois en lumière le désordre, l'incohérence même, que le régime particulier de l'assurance-vie introduit dans notre droit des successions* », M. GRIMALDI, « Assurance-vie toujours... », *RTD Civ.*, 2019, p. 636. Également sur le sujet : V. ÉGEA, « La réserve héréditaire à l'épreuve du contrat d'assurance-vie », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2019, doss. 23 - V. ZALEWSKI-SICARD, « Réserve et assurance-vie », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 49.

¹⁴⁵⁷ « *La réserve héréditaire est une institution ancienne, ignorée dans de nombreux pays et souvent contestée, pour des motifs d'ailleurs contradictoires. D'aucuns dénoncent les restrictions qu'elle apporte à la liberté de disposer de ses biens. D'autres mettent en exergue la facilité avec laquelle elle peut être contournée, notamment par le recours à l'assurance-vie* », H. De RICHEMONT, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁵⁸ P. CENAC, N. LAURENT-BONNE et C. MOCHKOVITCH, « Contentieux de l'assurance-vie - Regards croisés avocat-notaire », *JCP E*, n° 12, 22 mars 2018, 1146.

En Belgique comme le précisait Vinciane Roseneau, le législateur belge a, depuis une loi du 31 décembre 2017, calqué le système des assurances-vie sur le système du Code civil et sera donc rapportable comme un avantage. Il en est de même en Italie, Ermanno Calzolari précisait que la jurisprudence de la Cour de cassation avait récemment soulignée que les assurances-vie financières n'échappaient pas au mécanisme du rapport et de la réduction¹⁴⁵⁹.

Nombreuses ont été les propositions de réformes plus ou moins audacieuses. La dernière en date fut celle avancée par le groupe de travail sur la réserve héréditaire. Rappelant en premier développement que le traitement prétorien de l'assurance sur la vie implique une exclusion de l'assiette de la réduction et du rapport peu important que la majorité des contrats aient aujourd'hui non plus une fonction de prévoyance mais de capitalisation, le groupe de travail dénonçait l'atteinte de ce régime. Cette « *solution fragilise la réserve héréditaire et, comme cela a été longuement montré en doctrine, n'est pas fondée en droit* »¹⁴⁶⁰. La solution avancée serait de soumettre l'assurance-vie au droit commun des successions et des libéralités¹⁴⁶¹. Cette solution défendue à l'aune de l'équilibre de la transmission serait une sorte de gage permettant « *de respecter les catégories juridiques du droit civil et de compenser, moyennant un élargissement de son assiette, la diminution par ailleurs proposée du montant de la réserve héréditaire* »¹⁴⁶². Afin ne pas tomber dans l'écueil de la Belgique¹⁴⁶³, le groupe de travail propose qu'une réflexion soit mise en œuvre afin d'identifier des critères abstraits de qualification permettant de déterminer, ou non, si le contrat s'avère être une libéralité. Soumettre les contrats d'assurance-vie, qui pourraient relever de la qualification de libéralité, au droit commun des successions est une solution qui permettrait de rompre avec les ambivalences du régime actuel. Selon notre analyse il s'agirait alors de déterminer *ab initio* la présence ou non d'un aléa dans l'opération assurantielle afin de faire ressurgir une intention libérale qui pourrait être couverte par le régime actuel. Cela irait dans le sens de la jurisprudence actuelle qui permettrait de qualifier l'absence d'aléa en l'absence d'une possibilité de rachat par le souscripteur¹⁴⁶⁴.

Néanmoins, une telle révolution se heurte à notre sens à deux grandes problématiques. La première est qu'en pratique la souscription d'un contrat d'assurance-vie ne se fait quasiment plus sur des problématiques de prévoyance mais sur des considérations capitalistiques et fiscales. C'est

¹⁴⁵⁹ Intervention lors d'une table ronde sur « l'ordre public en droit des successions » modérée par C.-M. PEGLION-ZIKA lors d'un colloque intitulé « Regards comparés sur les enjeux contemporains du droit des personnes et de la famille », (dir.) J. DUBARRY et L. LEVENEUR, 8 oct. 2021.

¹⁴⁶⁰ Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, *op. cit.*, p. 155.

¹⁴⁶¹ Proposition n° 24 du rapport sur la réserve héréditaire visant à « *mentionner dans la loi, afin de guider le juge et de limiter le contentieux, les critères permettant d'identifier les assurances-vie constitutives de libéralités en droit civil* » in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, *op. cit.*

¹⁴⁶² *Ibid.*

¹⁴⁶³ F. TAINMONT, « Aperçu du droit successoral belge », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 259-274.

¹⁴⁶⁴ Sur ce sujet : M. NICOD, « Conséquences de l'acceptation du bénéficiaire sur la qualification des contrats d'assurance-vie mixtes », *Dr. fam.*, n° 2, févr. 2020, comm. 28.

le régime des articles 990 I et 757 B du Code général des impôts, ainsi que le régime des articles L. 132-13 et suivants du Code des assurances qui font de l'assurance-vie un des placements préférés des français. Pour ce qui est de la pure fonction de transmission, la possibilité de transmettre à des petits-enfants souvent en franchise de droit, sans rompre l'égalité commandée par la réserve, ou encore à des neveux et nièces, fait de l'assurance-vie un outil d'ingénierie patrimoniale très important. Ainsi, il apparaît à notre sens complexe de fixer *ab ante* des critères afin de qualifier ou non le contrat comme étant une libéralité. Il serait possible de fixer des éléments de qualification pour déterminer l'absence d'aléa, mais ils pourraient être tellement généraux que cela ne servirait pas à grand-chose. Deuxième point, une telle réforme se trouve illusoire compte tenu du poids économique de ce placement. En 2020, la Fédération française de l'assurance clamait que l'encours des contrats était de 1.753 milliard d'euros¹⁴⁶⁵. Laurent Saillard rappelait que la part de l'encours de l'assurance vie contribuant, directement ou indirectement, au financement des entreprises atteint 1.100 milliards d'euros via des investissements dans des actions, des obligations ou de l'immobilier¹⁴⁶⁶. C'est ainsi que l'importance de ce placement en fait un atout stratégique important dans l'économie française, et les intérêts financiers derrière sont colossaux comme le souligne parfaitement Jérôme Leprovaux : « *l'enjeu n'est pas seulement juridique, il est aussi économique tant l'assurance-vie brasse des sommes conséquentes* »¹⁴⁶⁷. Il apparaît dès lors chimérique, notamment sous le poids des différents lobbys assurantiels, qu'une telle évolution du placement voit le jour. Néanmoins, l'actuel régime de l'assurance-vie est une problématique dans le cadre de l'équilibre de la transmission, et une solution médiane pourrait être trouvée.

Si réformer l'assurance-vie dans son principe apparaît une mission trop complexe, une possibilité pourrait se trouver dans son exception. Nous avons indiqué que la réaction de l'ordre public successoral au régime de l'assurance-vie se traduisait par l'existence de primes manifestement exagérées. La plus grande faiblesse de cette notion est son absence de caractérisation précise qui laisse certes au magistrat un pouvoir souverain d'appréciation important, mais surtout empêche une prévisibilité préjudiciable à l'opération. À ce sujet, le sénateur Claude Malhuret formalisait une solution déjà évoquée par certains auteurs, fixer dans la loi les caractères de cette notion. Il déplorait alors qu'aucune disposition législative précisant les conditions de l'exagération n'existe : « *est-il admissible que les capitaux susceptibles d'échapper aux héritiers réservataires dépendent de l'interprétation que fera le juge de la notion d'exagération, reposant sur l'appréciation de l'utilité du contrat au jour de sa souscription ? On constate des décisions d'autant plus divergentes que les juges doivent apprécier l'utilité du contrat sans pouvoir faire*

¹⁴⁶⁵ L. SAILLARD, « 1.753 milliards d'euros : c'est l'encours des contrats d'assurance vie à fin octobre 2020 selon la Fédération française de l'assurance », *Le Revenu*, {en ligne}, 18 déc. 2020, {consulté le 5 août 2021}. <https://www.lerevenu.com/tv/le-revenu-tv/chiffres-cles/1753-milliards-deuros-cest-lencours-de-lassurance-vie>.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*

¹⁴⁶⁷ J. LEPROVAUX, « Que reste-t-il de l'assurance-vie ? », *LPA* 15 oct. 2020, n° 207, p. 10

référence à son utilisation, devant se situer au jour du paiement des primes et non au jour du dénouement du contrat. Il lui demande s'il ne serait pas opportun d'inviter le législateur à fournir des éléments d'appréciation de 'l'exagération' sur lesquels pourront s'appuyer les juges du fond pour écarter, ou au contraire pour valider les prétentions d'héritiers réservataires craignant d'être privés de leurs droits ». Le ministre de l'époque n'opposait pas une fin de non-recevoir à cela, mais renvoyait la discussion¹⁴⁶⁸.

Une telle solution pourrait permettre de résoudre un certain nombre de problèmes. La notion de prime manifestement exagérée repose, comme celle de la prestation compensatoire, sur des considérations tant objectives que subjectives. Si le critère de l'âge ou du *quantum* peut être objectivement caractérisé, la notion d'utilité du contrat laisse, elle plus songeur. Il demeurerait néanmoins possible d'ériger des critères de qualification comme étant des présomptions simples permettant au magistrat de cerner de façon beaucoup plus simple cette caractérisation de primes manifestement exagérées. L'on pourrait ainsi penser à un critère quantitatif qui mettrait en perspective d'un côté le montant cumulé des capitaux présents sur les différents contrats d'assurance-vie dont le défunt est souscripteur au décès, et le montant de la masse successorale. Si le montant du poste assurance-vie dépasse encore 50 %, 60 % ou 75 % du patrimoine successoral, il existerait alors une présomption simple de primes manifestement exagérées, qu'il conviendrait au bénéficiaire de renverser. Trois grandes interrogations devraient alors se poser : quel montant prendre en compte pour l'assurance-vie ? À quel montant le comparer dans la liquidation ? Quel taux retenir ? Il n'y a pas de réponse unique à ces interrogations, nous mettrons en avant les axes qui selon nous pourraient répondre à l'enjeu d'une telle problématique. Premièrement, concernant l'assurance-vie il conviendrait de prendre en compte non pas le montant de l'encours mais les primes versées. Le delta de valorisation correspondant à l'anatocisme ne devrait pas être pris en compte, celui-ci ne relevant pas d'une action positive de versement du *de cuius*. Deuxièmement, ce *quantum* d'assurance-vie devrait à notre sens être comparé à la masse des biens présents, augmentée de la réunion fictive des donations antérieures. En effet, l'utilité de cette opération étant de déterminer s'il existe une atteinte excessive à la protection réservataire, il apparaîtrait nécessaire de prendre en compte l'intégralité des libéralités effectuées par le défunt. Troisièmement, se pose la question du taux. Pour reprendre les termes du groupe de travail sur la réserve héréditaire il n'existe pas à notre sens de « taux idéal ». Le taux retenu étant une présomption simple il conviendrait de retenir une fraction qui permettrait de déterminer si le *de cuius* a ostensiblement favorisé la transmission via l'outil de l'assurance-vie. Ainsi, l'on peut objectivement considérer que si la part de l'assurance-vie est supérieure ou égale en termes de valorisation à plus des 2/3 de la masse

¹⁴⁶⁸ Rép. min. à QE n° 15361 de M. Claude Malhuret : JO Sénat, 18 juin 2020, p. 2846. Sur ce sujet : R. LEMAITRE, « Succession et assurance-vie : un vide législatif permettant une atteinte à la réserve héréditaire ? », *Gaz. Pal.* 6 oct. 2020, n° 34, p. 57.

successorale, la caractérisation de primes manifestement exagérées pourrait être présumée. D'autres questions se posent, bien évidemment, mais ces trois axes fondamentaux pourraient constituer une base de réflexion solide pour une future évolution du régime de l'assurance-vie.

Une évolution de la caractérisation des primes manifestement exagérées, mais également de la quotité disponible spéciale entre époux dans ces voies, permettraient de répondre aux besoins de la matière, compte tenu de la prévisibilité, mais également de l'équilibre de la transmission. Elles ne résoudraient, bien entendu, pas l'intégralité des problèmes de la matière mais permettraient de lui assurer une certaine efficience pratique et consubstantiellement une pérennité théorique.

3 - Une réforme de la fiscalité

364. Le poids fiscal. Il n'est pas possible d'évoquer l'évolution de l'ordre public successoral sans évoquer la possible modification en profondeur de la fiscalité de la transmission. En effet, nous avons démontré que l'impôt successoral concourait à une diminution directe ou indirecte de la volonté du *de cuius* dans la transmission active de son patrimoine, pour répondre aux objectifs fondamentaux d'égalité et de solidarité, et que dès lors se dessinait une véritable composante de l'ordre public successoral. À l'instar du régime civil de l'assurance-vie ou de la réserve héréditaire, l'impôt successoral est un sujet changeant qui revient sans cesse. Dernièrement trois événements concernant la fiscalité successorale peuvent être relevés.

En premier lieu, une proposition de loi du 9 septembre 2019, n° 710 visant à adapter la fiscalité de la succession et de la donation aux enjeux démographiques, sociétaux et économiques du XXI^{ème} siècle¹⁴⁶⁹. Ce projet de loi ambitieux avait pour finalité de favoriser les transmissions intergénérationnelles en encourageant les donations entre grands-parents et petits-enfants. Il était notamment prévu de modifier les abattements prévus par l'article 779 du Code général des impôts pour porter le montant de l'abattement entre parent et enfant à 150 000 €, mais également de faire en sorte que cet abattement soit le même dans le cas d'une transmission en ligne directe, tant dans le cas d'une donation que d'un héritage¹⁴⁷⁰. De même, dans l'hypothèse d'une succession au bénéfice d'un neveu ou d'une nièce, l'abattement serait porté à 50 000 € dans l'hypothèse où le

¹⁴⁶⁹ Texte n° 710 (2018-2019) de P. KANNER, T. CARCENAC, C. RAYNAL, V. ÉBLÉ et plusieurs de leurs collègues, déposé au Sénat le 9 septembre 2019 visant à adapter la fiscalité de la succession et de la donation aux enjeux démographiques, sociétaux et économiques du XXI^e siècle. Texte n° 2359 transmis à l'Assemblée nationale le 23 octobre 2019.

¹⁴⁷⁰ Chapitre 1^{er} « Favoriser les transmissions intergénérationnelles », art. 6 : « *Au premier alinéa du I de l'article 779 du Code général des impôts, le montant : '100 000' est remplacé par le montant : '150 000'* » de la proposition de loi sénatoriale n° 710 (2018-2019).

légataire ou le donateur n'a pas de descendance en ligne directe¹⁴⁷¹. Était également prévue une nouvelle progressivité de l'article 777 du Code général des impôts avec six nouveaux seuils de 15 000 €, 50 000 €, 150 000 €, 300 000 €, 600 000 € et 1 200 000 €¹⁴⁷². Deux propositions de ce projet de loi étaient notamment controversées. Tout d'abord, l'article 7, qui prévoyait d'intégrer une partie de l'assurance-vie dans l'assiette des droits de succession. Ensuite, l'article 8 qui prévoyait, de modifier l'article 787 B du Code général des impôts, avec ces mots : « 75 % de leur valeur » seront remplacés par les mots : « 65 % de leur valeur à compter du 1^{er} janvier 2023, 50 % de leur valeur à compter du 1^{er} janvier 2025, 35 % de leur valeur à compter du 1^{er} janvier 2028, et de 25 % de leur valeur à compter du 1^{er} janvier 2030 »¹⁴⁷³. Ce texte a été transmis à l'Assemblée nationale le 23 octobre 2019 et semble à tout le moins ne plus avancer dans le circuit législatif et reste aujourd'hui lettre morte. Plus récemment une proposition de loi tendant à alléger la fiscalité applicable aux successions a été déposée au Sénat le 9 juin 2022 par le Sénateur Roger Karoutchi. Cette proposition veut aller plus loin que la précédente sur les abattements dans le cadre de transmission intrafamiliale et notamment en portant à 400 000 € l'abattement entre parent et enfant. Le nouveau mandat du Président Emmanuel Macron reprendra peut-être cette question qui se trouvait au cœur de la campagne présidentielle de 2022¹⁴⁷⁴.

En second lieu, la crise sanitaire de la Covid-19 a eu notamment pour conséquence une baisse des dépenses des ménages et consubstantiellement une augmentation de l'épargne. Conscient de cet état de fait le Ministre de l'Économie Bruno Le Maire annonçait travailler sur des pistes d'exonération d'impôts pour « *les petites donations* », pour finalement se dédire en mai 2021 assurant que cette piste n'était plus d'actualité¹⁴⁷⁵.

Enfin, les derniers apports conséquents sur le futur de la fiscalité successorale peuvent se trouver à la fois dans le rapport de Tirole-Blanchard, publié en juin 2021¹⁴⁷⁶, et dans le rapport relatif à l'impôt sur les successions dans les pays de l'OCDE¹⁴⁷⁷. Tout d'abord sur le rapport de l'OCDE. Ce document opère une évaluation comparative de la fiscalité successorale dans les 37

¹⁴⁷¹ Chapitre 1^{er} « Favoriser les transmissions intergénérationnelles », art. 1, 1^o) b) : « *Le V est complété par une phrase ainsi rédigée : 'Toutefois, lorsque le légataire n'a pas de descendance en ligne directe, cet abattement est porté à 50 000 €'* », *ibid*.

¹⁴⁷² Chapitre 2^e « Protéger les petits patrimoines et renforcer une progressivité juste de l'imposition », art. 4, *ibid*.

¹⁴⁷³ Chapitre 3^e « Simplifier l'assiette des droits de succession pour en accroître la lisibilité et l'équité », art. 8, *ibid*.

¹⁴⁷⁴ Sur ce sujet : F. GACHON, « Les mesures phares de la présidentielle en fiscalité patrimoniale : besoins d'éclairage ! », *Rev. fisc. patr.* n° 3, mars 2022.

¹⁴⁷⁵ T. LAMY « Donations : il n'y aura pas de coup de pouce fiscal, finalement », *Capital*, {en ligne}, 27 mai 2021, {consulté le 9 août 2021}. <https://www.capital.fr/votre-argent/donations-il-ny-aura-pas-de-coup-de-pouce-fiscal-finalement-1404506>.

¹⁴⁷⁶ O. BLANCHARD et J. TIROLE, « Les grands défis économiques », Rapport, Juin 2021.

¹⁴⁷⁷ Impôt sur les successions dans les pays de l'OCDE, Rapport, Sept. 2021. Communiqué de Presse : « Les impôts sur les successions et les donations pourraient jouer un rôle plus important pour réduire les inégalités et améliorer les finances publiques », {en ligne}, 11 mai 2021, {consulté le 8 août 2021}. <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/politiques-fiscales/les-impots-sur-les-successions-et-les-donations-pourraient-jouer-un-role-plus-important-pour-reduire-les-inegalites-et-ameliorer-les-finances-publiques.htm>.

pays membres de l'OCDE, et analyse « *le rôle que ces impôts pourraient jouer pour accroître les recettes, lutter contre les inégalités et améliorer l'efficacité des systèmes d'imposition à l'avenir* »¹⁴⁷⁸. Ce document met notamment en lumière une corrélation entre transmission et concentration des richesses. Il relève tout d'abord qu'une taxation plus importante des grosses transmissions permet de réduire la concentration des richesses, et notamment d'améliorer l'égalité des chances, mais que la présence de nombreux abattements et exonérations ne permet pas une récolte suffisante de l'impôt¹⁴⁷⁹. Dans le même lignée le rapport rédigé par Jean Tirole et Olivier Blanchard sur les grands défis économiques consacre une dizaine de pages à l'impôt successoral. Ce rapport s'inscrit dans les conclusions du rapport de l'OCDE, et milite pour une modification en profondeur des règles fiscales applicables. Selon les auteurs, « *l'impôt sur les transmissions de patrimoine entre générations, est un type d'impôt important pour améliorer la mobilité intergénérationnelle et contribuer à égaliser les chances entre personnes de différentes origines sociales. Si ce n'est pas 'un remède miracle', il constitue un instrument important parmi d'autres* »¹⁴⁸⁰. Selon leur analyse cet impôt ne génère que peu de recettes, c'est un impôt mal compris et impopulaire¹⁴⁸¹. Toujours selon leurs conclusions, cet impôt souffre de nombreux problèmes, il cite notamment le cas du rappel fiscal qui serait un outil de reproduction sociale : « *la planification des transmissions suppose que le patrimoine d'un ménage soit suffisamment important pour que ce dernier ait besoin de les optimiser. Aussi convient-il de veiller à ce que le souhait de voir les héritiers bénéficier plus tôt dans leur vie de ces transmissions ne conduise pas à une régressivité de la fiscalité* »¹⁴⁸². Ils proposent la refonte en profondeur de ce pan de la fiscalité afin que la fiscalité soit « *fondée sur le bénéficiaire et qu'elle soit progressive en fonction du montant cumulé reçu par ce dernier (...)* Ainsi, au lieu d'imposer les transmissions à chaque décès, le nouveau système imposerait la totalité des transmissions (donations, héritages, toutes sources confondues) dont l'héritier a bénéficié, de sorte que ceux qui reçoivent davantage soient imposés à des taux plus élevés »¹⁴⁸³. Comme le concède les deux économistes, une telle réforme nécessiterait une remise à

¹⁴⁷⁸ Ibid.

¹⁴⁷⁹ « Des exonérations ou d'autres allègements fiscaux significatifs limitent considérablement les recettes collectées par ces impôts, selon le rapport. Outre que ces règles préférentielles réduisent les recettes recouvrées, elles bénéficient principalement aux ménages les plus riches, ce qui nuit à la progressivité effective des impôts sur les successions. Les individus réussissent souvent à transmettre une fraction importante de leur patrimoine en franchise d'impôt à leurs proches parents, grâce à des abattements élevés. Les allègements fiscaux sont également fréquents pour les transmissions de certains actifs (ex. résidence principale, actifs commerciaux et agricoles, plans d'épargne retraite et assurances-vie). Dans un certain nombre de pays, les impôts sur les successions et les donations peuvent être largement évités grâce aux donations du vivant qui bénéficient d'un traitement fiscal plus favorable. Ces dispositions réduisent le nombre de successions soumises à l'impôt, parfois de façon significative. Par exemple, dans huit pays pour lesquels des données sont disponibles, la proportion de successions soumises à l'impôt était la plus faible aux États-Unis (0.2 %) et au Royaume-Uni (3.9 %) et la plus élevée en Suisse (12.7 %, Canton de Zurich) et en Belgique (48 %, région de Bruxelles-Capitale) », *ibid.*

¹⁴⁸⁰ O. BLANCHARD et J. TIROLE, *op. cit.*

¹⁴⁸¹ « L'impopularité de l'imposition des transmissions de patrimoine dans de nombreux pays, y compris en France, repose en partie sur des considérations éthiques. Les travaux de recherche montrent que l'impôt sur les transmissions de patrimoine est perçu comme une « double imposition » injuste, les revenus transmis ayant déjà été imposés (Stantcheva, 2020). Près de 80 % des répondants de notre échantillon trouvent injuste que le patrimoine transmis par héritage soit imposé quand des parents ont « travaillé dur » pour épargner et transmettre cet argent à leurs enfants », *ibid.*, p. 273.

¹⁴⁸² Ibid., p. 274.

¹⁴⁸³ Ibid.

plat totale de la législation fiscale actuelle. À titre subsidiaire, ils proposent de concentrer les efforts législatifs pour améliorer le système existant, et de contrôler les possibilités « *d'échapper à l'impôt* ». Ils visent notamment deux postes : l'assurance-vie et le régime Dutreil de l'article 737B du Code général des impôts, rejoignant en cela la proposition de loi de 2019.

L'année 2022 et la période électorale qui l'accompagne, entraînent avec elles leur lot de nouvelles propositions concernant la fiscalité de l'héritage. Les prétendants à l'Élysée redoublent d'efforts pour proposer leur vision de la fiscalité de la transmission, oscillant entre totale transformation et réforme mineure.

Une réflexion sur le futur de l'équilibre de la transmission en droit interne doit être une réflexion globale, et devra nécessairement intégrer le volet fiscal de la matière¹⁴⁸⁴. Libérer la volonté au civil pour la surtaxer au fiscal serait totalement incohérent. Or, la crise économique induite de la crise sanitaire ouvrira, pour les années à venir, des besoins pour combler le déficit, et il ne fait que peu de doute qu'une partie de la fiscalité des successions, et plus généralement des transmissions, connaîtra une pression fiscale supplémentaire. Au-delà de faire évoluer l'équilibre interne, se pose la question de l'équilibre international des successions.

B - La problématique internationale

365. La résurgence politique du droit de prélèvement. L'équilibre international des successions commande de prendre en considération l'ensemble des lois en présence comme contrepois de la volonté exprimée par le *de cuius*. Cette conception des successions internationales nécessite dès lors de s'affranchir d'un certain « *exceptionnalisme national* »¹⁴⁸⁵ et de ne pas opposer une fin de non-recevoir immédiate à une loi étrangère qui ne connaîtrait pas les mêmes règles que l'ordre français en matière de protection successorale.

Ce n'est donc que par une appréciation au cas par cas de la situation factuelle, qu'il serait possible de déterminer si un certain équilibre existe entre les limites et la volonté et, si un déséquilibre devait exister, le corriger. C'est notamment en partie l'approche consacrée par la Cour

¹⁴⁸⁴ Not. sur ce sujet : « *En cette matière, le droit fiscal pourrait bien être à l'avant-garde du droit civil. 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. Des actes électroniques sécurisés permettront sans doute de donner et de tester à distance, le digital se substituant à l'olographe. En somme des modes opératoires nouveaux s'offriraient à une population élargie de disposants, de successibles et de gratifiés. Mais qu'advient-il, de la matière successorale elle-même ? Rebus sic stantibus, le droit fiscal continuera à la façonner* », P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, n° 26, 1206, spéc. n° 12.

¹⁴⁸⁵ H. MUIR WATT, D. BUREAU et S. CORNELOUP, « Devoir de réserve ? », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 287.

de cassation dans les arrêts *Jarre* et *Colombier*¹⁴⁸⁶. Cependant ces deux arrêts, consacrant, à certains égards, une conception purement alimentaire de la protection réservataire, ont laissé place à de nombreuses interrogations théoriques et pratiques, mais également ont accéléré un mouvement délétère pour l'équilibre de la transmission¹⁴⁸⁷. Une grande partie de la doctrine s'est insurgée sur les conséquences de ces arrêts, non seulement dans le cadre des successions internationales, mais également sur les répercussions en droit interne au nom d'un darwinisme normatif qui tairait son nom. Force est de souligner que la question de la protection réservataire en droit international est très présente, et comme le soulignent certains auteurs « *quelle qu'en soit l'issue, la récurrence de la discussion révèle qu'une solution satisfaisante n'a pas encore été trouvée* »¹⁴⁸⁸. Ajoutant une pierre au mouvement de néolibéralisme successoral, ces arrêts ont notamment impulsé la mission demandée au groupe de travail sur la réserve héréditaire.

Sur ce point précis, le groupe de travail sur la réserve héréditaire a, sur des constats similaires, proposé de faire évoluer « *la jurisprudence relative aux successions internationales* »¹⁴⁸⁹. Qualifiant d'excessivement réductrice la vision que la Cour de cassation retient de la réserve héréditaire en droit interne, le groupe de travail propose que la réserve héréditaire soit reconnue comme étant d'ordre public international en tant qu'elle appartient aux « *principes qui se rattachent aux fondements politiques, familiaux et sociaux de la société* »¹⁴⁹⁰. Cette reconnaissance devrait s'inscrire, précise le groupe de travail, dans le respect des spécificités de l'exception d'ordre public international et ne jouerait que dans l'hypothèse où le résultat de l'application de la loi étrangère conduit à une contrariété manifeste avec l'ordre public international français. Les membres du groupe posaient alors dans leur proposition n° 3 que devrait être considérée comme contraire à l'ordre public international la loi étrangère dont l'application conduirait à priver de tout droit un descendant en rang utile pour succéder, lorsque le défunt ou l'héritier est de nationalité française ou réside en France au moment

¹⁴⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 *Jarre* et n° 16-13.151, *Colombier* : JCP N 2017, act. 850 et JCP N 2017, p. 1305, É. FONGARO ; JCP N 2018, n° 27, 1239, note C. DENEUVILLE et S. GODECHOT-PATRIS ; JDI 2018, comm. 3, p. 113, E. BENDELAC ; JCP G 2017, 1236, C. NOURISSAT et M. REVILLARD ; D. 2017 p. 2185, J. GUILLAUMÉ ; AJ famille 2017, 595, A. BOICHÉ ; *ibid.*, p. 598, obs. P. LAGARDE ; D. 2017, p. 2310, H. FULCHIRON ; RJPF 2017, p. 44, note S. GODECHOT-PATRIS et S. POTENTIER ; Rev. crit. DIP 2018, p. 87, note B. ANCEL ; Dr. fam. 2018, étude 13, n° 5, note D. VINCENT ; RTD civ. 2017, p. 833, obs. L. USUNIER ; *ibid.* 2018, p. 189, obs. M. GRIMALDI ; Dr. fam. 2017, comm. 230, obs. M. NICOD ; Defrénois 2017, p. 1, obs. M. GRIMALDI ; *ibid.*, p. 26, obs. M. GORÉ ; *ibid.*, p. 40, obs. C. NOURISSAT ; Gaz. Pal., 28 nov. 2017, n° 41, p. 49, obs. Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; *ibid.*, p. 70, obs. G. DUMONT ; RLDC 2016-11, p. 30, obs. S. TORRICELLI-CHRIFI.

¹⁴⁸⁷ Note en ce sens : « *Cette mutation a impressionné la Cour de cassation au point de lui faire oublier la fonction conservatrice, à moins que comme la Cour de Paris (16 déc. 2015, préc.) elle n'ait jugé celle-ci si affaiblie qu'il n'était plus possible d'en déduire un de ces « principes du droit français considérés comme essentiels ».* Soustrayant alors la réserve à l'emprise du passé et la polarisant sur la fonction 'subsidielle' ou alimentaire », A. BERTRAND, « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », Rev. crit. DIP, 2018, p. 87.

¹⁴⁸⁸ H. MUIR WATT, D. BUREAU et S. CORNELOUP, « Devoir de réserve ? », Rev. crit. DIP, 2021 p. 287.

¹⁴⁸⁹ Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, p. 115.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 116.

du décès¹⁴⁹¹. Afin d'éviter toute problématique de discrimination, ils amendent leur proposition en précisant qu'il conviendrait d'adopter, éventuellement, une démarche plus large en étendant ces rattachements à tous les ressortissants d'un État membre ou ayant leur résidence dans un État membre. Le groupe de travail tempéra immédiatement sa proposition, parfaitement conscient qu'un tel revirement en matière d'ordre public international notamment eu égard de « *la volonté de favoriser l'anticipation successorale et de fluidifier le règlement des successions* » du règlement (UE) n° 650/2012, serait compliqué¹⁴⁹². À l'aune de la fondamentalisation, de l'eupéanisation de l'ordre public international, et tout particulièrement du principe de l'effet utile, l'ordre français a-t-il encore la latitude de proclamer unilatéralement que la réserve héréditaire est d'ordre public international ?

Selon l'analyse du groupe de travail, le règlement européen réserve une place en son article 35 au mécanisme de l'ordre public international. Malgré une conception restrictive pour « *ménager* » le principe de l'effet utile, il « *réserve non l'ordre public européen mais l'ordre public du for* »¹⁴⁹³. Cela se confirmerait tant par la lettre du considérant 58, et permettrait dès lors de déceler une marge de manœuvre pour les États membres, marge de manœuvre « *confirmée par la jurisprudence de la CJUE* »¹⁴⁹⁴. En conclusion, le groupe de travail considère que l'évolution qu'il recommande relativement à la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas contraire à la position que pourrait adopter la CJUE dans le cadre du Règlement.

La proposition du groupe de travail trouva un écho favorable. Par un malheureux concours de circonstances, et à la suite d'actes terroristes perpétrés sur le territoire national, le gouvernement français mit en place un chantier législatif pour lutter contre le séparatisme religieux. C'est notamment suite aux déclarations de la Ministre déléguée chargée de la Citoyenneté, sur une prétendue relation entre successions internationales et ostracisation des droits de femmes, que l'on a compris que le sujet des successions internationales intégrerait le projet de loi. Tel un cavalier législatif, c'est à l'article 13 puis 24 que l'on découvrit, avec une certaine stupeur, la résurgence d'un droit de prélèvement. Cette qualification de cavalier législatif¹⁴⁹⁵ fut reprise par de nombreux

¹⁴⁹¹ « Devrait être considérée comme contraire à l'ordre public international la loi étrangère dont l'application conduirait à priver de tout droit un descendant en rang utile pour succéder lorsque le défunt ou l'héritier est de nationalité française ou réside en France au moment du décès (proposition n° 3) », *ibid.*

¹⁴⁹² *Ibid.*, p. 117.

¹⁴⁹³ *Ibid.*

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*

¹⁴⁹⁵ « Sur le premier point, on ne peut manquer d'observer que la nouvelle rédaction de l'article 913 du Code civil proposée au vote du Parlement est placée par le gouvernement dans un texte 'confortant le respect des principes de la République'. Or le Conseil constitutionnel, soucieux depuis longtemps d'éviter des textes législatifs 'fourre-tout' qui nuisent à l'intelligibilité de la loi, censure les cavaliers législatifs, c'est-à-dire les dispositions qui n'ont pas naturellement leur place dans le texte où leur auteur a entendu les placer, qu'il s'agisse du texte initial soumis au Parlement ou, le plus souvent, d'un amendement déposé au cours des débats », P. LAGARDE, « Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire » *in*, « débat : Le retour du droit de prélèvement ? » *Rev. crit. DIP*, 2021 p. 29.

auteurs, et notamment par Paul Lagarde qui releva à l'analyse du facteur temps et politique un courant théorisé par Philippe Malaurie de « *la jurisprudence combattue par la loi* »¹⁴⁹⁶.

Un tel changement de cap du gouvernement, soulève Cécile Pérès, oblige « *à raisonner ici en termes de politique juridique* »¹⁴⁹⁷. Après que la jurisprudence ait combattu la jurisprudence¹⁴⁹⁸, on assiste ici à une volonté politique de revenir sur les arrêts *Jarre* et *Colombier*¹⁴⁹⁹, mais également de mettre un coup de frein au néolibéralisme successoral tout particulièrement dans le cadre des successions internationales. Cependant, l'introduction d'une telle disposition se faisait, à première vue, sur des considérations totalement détachées du véritable enjeu de l'équilibre international des successions. La Ministre déléguée Elisabeth Moreno déclarait : « *s'agissant de la réserve héréditaire, les jeunes filles doivent avoir les mêmes droits que les jeunes hommes. Le projet de loi doit empêcher les inégalités qui sont advenues par le passé et qui ne sont plus acceptables dans notre pays. Nous devons protéger les jeunes filles sur notre territoire, et leur part de réserve héréditaire doit leur revenir* »¹⁵⁰⁰. Or, à la lecture du projet de loi, il n'est pas évident de comprendre en quoi l'instauration d'un tel droit de prélèvement jugulerait une telle problématique, et cela pour principalement deux raisons. La première est que le droit musulman

¹⁴⁹⁶ « *Ce projet de loi rappelle jusque dans son vocabulaire le vieux texte de la loi du 14 juillet 1819 qui avait institué le droit de prélèvement, condamné presque deux siècles plus tard par le Conseil constitutionnel. Il illustre à merveille le phénomène de 'la jurisprudence combattue par la loi', que Philippe Malaurie avait jadis analysé dans son article aux Mélanges René Savatier (P. Malaurie, La jurisprudence combattue par la loi, Mél. René Savatier, Dalloz, 1965, p. 603-620). Pour que l'on puisse parler de véritable combat du législateur contre le juge, Malaurie estimait que deux éléments devaient être réunis, le facteur temps et le facteur politique. La riposte du législateur devait intervenir promptement après la naissance de la jurisprudence, sinon l'intervention du législateur ne serait que l'application normale de la formation du droit. Et, pour être convaincante, cette riposte devait être animée par une passion politique, voire une idéologie. Ces deux éléments, le temporel et le politique, sont bien présents dans cette nouvelle croisade du législateur* », *ibid.*

¹⁴⁹⁷ C. PÉRÈS, « Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République », p. 296, *in* « débat : Le retour du droit de prélèvement ? » *Rev. crit. DIP*, 2021, p. 291.

¹⁴⁹⁸ On pense naturellement à la décision de la Cour de cassation qui consacrait quelques mois après les arrêts *Jarre* et *Colombier* la réserve héréditaire comme relevant de l'ordre public interne (Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17.16-515 et n° 17-16.522).

¹⁴⁹⁹ H. PÉROZ, « Le droit de prélèvement compensatoire ou la mise à mal de la pratique des successions internationales », *JCP N*, n°35, 3 sep. 2021, act. 805. Également sur ce sujet, Laurent Leveneur précise qu'à la lecture des motifs de la loi, il ne fait aucun doute que cette résurgence se faisait en réaction aux décisions du 27 septembre 2017. Il rappela à l'aide de l'adage *Lex Impera*, que c'est la loi qui commande et que le droit de prélèvement était directement dirigé pour combattre la jurisprudence, intervention lors d'une table ronde sur « l'ordre public en droit des successions » modérée par C.-M. PÉGLION-ZIKA lors d'un colloque intitulé « Regards comparés sur les enjeux contemporains du droit des personnes et de la famille », (dir.) J. DUBARRY et L. LEVENEUR, 8 octobre 2021. H. FULCHIRON et S. FÉRRÉ-ANDRÉ, « Entre trop et pas assez : le droit de prélèvement version 2021 », *JCP G*, n° 42, 18 oct. 2021, doctr. 1109 : « *il a entendu affirmer que la réserve était bien d'ordre public en matière internationale, et briser ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation* ».

¹⁵⁰⁰ Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi confortant le respect des principes de la République, Compte rendu, Lundi 11 janvier 2021.

connaît le principe d'une réserve héréditaire comme le rappellent parfaitement Suzel Ramaciotti¹⁵⁰¹, Hélène Péroz¹⁵⁰² ou encore Éric Fongaro¹⁵⁰³. Dès lors, ce droit de prélèvement se trouverait totalement inefficace quand on sait parfaitement que la volonté politique visait tout particulièrement les régimes nord-africains et du Moyen-Orient. Deuxièmement, l'ordre public international français protégeait déjà contre l'application des lois successorales qui prévoyait une discrimination liée au sexe, au genre ou encore à l'appartenance religieuse¹⁵⁰⁴. À l'aune de l'objectif, force est de souligner que l'outil du prélèvement compensatoire manque totalement sa cible¹⁵⁰⁵ et ne visera principalement que les pays de *common law*. C'est ce que relèveront parfaitement les sénateurs qui prirent position pour « *supprimer un mécanisme qui semble manquer sa cible* »¹⁵⁰⁶. Les sénateurs préciseront que les femmes sont d'ores et déjà protégées et que l'article 13 semble donc manquer l'objectif que s'est assigné le Gouvernement de « *mettre fin à l'application de règles successorales étrangères sur notre territoire qui lèsent les femmes* » et pourrait avoir des « *effets de bord* » importants qui

¹⁵⁰¹ « Le droit musulman classique prévoit une réserve héréditaire (24) ; Coran, sourate « Les Femmes », 11-12 : « Voici ce qu'Allah vous enjoint au sujet de vos enfants : au fils, une part équivalente à celle de deux filles. S'il n'y a que des filles, même plus de deux, à elles alors deux tiers de ce que le défunt laisse. Et s'il n'y en a qu'une, à elle alors la moitié. Quant aux père et mère du défunt, à chacun d'eux le sixième de ce qu'il laisse, s'il a un enfant. S'il n'a pas d'enfant et que ses père et mère héritent de lui, à sa mère alors le tiers. Mais s'il a des frères, à la mère alors le sixième, après exécution du testament qu'il aurait fait ou paiement d'une dette. De vos ascendants ou descendants, vous ne savez pas qui est plus près de vous en utilité. Ceci est un ordre obligatoire de la part d'Allah, car Allah est, certes, Omniscient et Sage. Et à vous la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas d'enfants. Si elles ont un enfant, alors à vous le quart de ce qu'elles laissent, après exécution du testament qu'elles auraient fait ou paiement d'une dette. Et à elles un quart de ce que vous laissez, si vous n'avez pas d'enfant. Mais si vous avez un enfant, à elles alors le huitième de ce que vous laissez après exécution du testament que vous auriez fait ou paiement d'une dette. Et si un homme, ou une femme, meurt sans héritier direct, cependant qu'il laisse un frère ou une sœur, à chacun de ceux-ci alors, un sixième. S'ils sont plus de deux, tous alors participeront au tiers, après exécution du testament ou paiement d'une dette, sans préjudice à quiconque. Telle est l'injonction d'Allah ! Et Allah est Omniscient et Indulgent. », S. RAMACIOTTI, « Le prélèvement compensatoire du projet d'article 913 du Code civil à l'épreuve de exigences européennes et constitutionnelles », p. 310, in, « débat : Le retour du droit de prélèvement ? », *Rev. crit. DIP*, 2021, p. 291.

¹⁵⁰² H. PÉROZ, *op. cit.*

¹⁵⁰³ « L'argument ne convainc pas. Il est vrai que l'égalité homme / femme n'est pas respectée dans tous les systèmes juridiques. Pour autant, le mécanisme de la réserve héréditaire est connu des droits arabo-musulmans (Jean-Paul DECORPS, *La réserve héréditaire en droit comparé : Droit de la famille*, n° 5, mai 2019, dossier 21, n° 18 et 19.). Tel qu'issu du nouvel article 913 du Code civil, le droit de prélèvement n'est ainsi d'aucune utilité pour le rétablissement de l'égalité homme / femme en cas de désignation d'une loi étrangère discriminatoire. Nul besoin d'un texte pour cela. L'exception d'ordre public international permet d'atteindre parfaitement l'objectif visé, sans qu'il n'ait été besoin d'une intervention du législateur », É. FONGARO, « Le prélèvement nouveau est arrivé ! », *IP*, 2021. Également sur ce point : P. PORCHE KOSTER VEL KOTLARZ, « Droit de prélèvement : échec et mat pour la réserve ? », *RJPF*, n°10, 1^{er} oct. 2021.

¹⁵⁰⁴ « Ainsi, les ministres présentant le projet de loi affichaient la volonté de lutter contre 'l'idéologie séparatiste', en particulier 'l'islamisme radical', en dotant la République 'de moyens d'agir contre ceux qui veulent la déstabiliser'. Ces moyens, concernant les successions internationales, doivent permettre à 'tous les enfants héritiers légaux [de bénéficier] de leurs droits sans qu'une distinction puisse être opérée sur des critères discriminatoires'. Or, sous l'empire du droit actuel, et depuis fort longtemps, les discriminations successorales sont prohibées : les juges français évincent les lois étrangères qui discriminent entre les enfants du de cujus, et l'éviction est systématique lorsqu'un des enfants est défavorisé en raison de son sexe ou de sa religion - qui sont, on le devine, les deux types de discriminations visées », S. RAMACIOTTI, *op. cit.*

¹⁵⁰⁵ Sur ce point Claude Brenner rejoint cette analyse en taxant cette réforme de « stupide » et « sottise » qui manque totalement sa cible, car visait initialement les lois islamiques qui connaissent la réserve héréditaire, intervention lors d'une table ronde sur « l'ordre public en droit des successions » modérée par C.-M. PEGLION-ZIKA lors d'un colloque intitulé « Regards comparés sur les enjeux contemporains du droit des personnes et de la famille », J. DUBARRY et L. LEVENEUR (dir.), 8 octobre 2021.

¹⁵⁰⁶ Rapport Sénat (n°454) 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 après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République, pp. 121-128.

n'ont pas été expertisés, en incluant de manière certaine tous les pays de droit anglo-saxon¹⁵⁰⁷. Cet article 13 fut rétabli par la commission des lois avec certaines modifications, et tout particulièrement avec une modification terminologique relative aux conditions du prélèvement compensatoire, précisant leur conviction de l'intérêt de cet article¹⁵⁰⁸.

La commission sera saisie des amendements identiques CS683 des rapporteurs, CS759 du Gouvernement et CS378 de François Cormier-Bouligeon. Nicole Dubré-Chirat, rapporteur pour le chapitre III du titre I^{er}, proposa le rétablissement de l'article 13 dans sa version issue de la première lecture à l'Assemblée nationale, en le modifiant d'un seul terme. Évoquant un travail avec le Conseil supérieur du Notariat, la rapporteuse affirme que ce droit permettra à l'enfant déshérité de récupérer sa part de réserve sur les biens situés en France devant le notaire à l'occasion du partage, sans avoir à recourir au juge. Une modification terminologique consistera à remplacer « *connaître* » par « *permettre* » afin de prévoir une appréciation concrète et factuelle de la loi étrangère. Il est intéressant de remarquer à ce stade que l'objectif du prélèvement compensatoire semble n'être plus vraiment le même. Il n'est pas fait une seule fois mention d'une protection contre des systèmes législatifs religieux, ou encore d'une différence de traitement entre les hommes et les femmes. Mieux encore on vise maintenant la question de l'exhérédation, ce n'est donc plus ici la loi étrangère qui est visée mais la volonté du *de cuius*¹⁵⁰⁹. À la position de Nicole Dubré-Chirat, Charles de Courson appela de ses vœux le retrait d'un tel texte. Il affirma que la position du Sénat était sage et qu'un tel dispositif allait créer des « *contentieux de droit international sans fin* »¹⁵¹⁰ tout en affirmant que le Conseil supérieur du Notariat, et notamment son président, était du même avis¹⁵¹¹. Il rappela de façon très juste que « *certaines pays ont des règles juridiques extrêmement différentes des nôtres, et pas seulement*

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

¹⁵⁰⁸ Rapport (n°4239) Au nom de la commission spéciale, chargée d'examiner le projet de loi, modifié par le Sénat, après engagement de la procédure accélérée, confortant le respect des principes de la République et de lutte contre le séparatisme.

¹⁵⁰⁹ « *L'objectif principal poursuivi dans la présente adaptation du droit international privé des successions est d'encadrer davantage la volonté du défunt et de limiter ainsi les éventuelles discriminations que le défunt pourrait instituer entre ses enfants, en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur religion, de leur filiation, de leur ordre de naissance, etc.* », in Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi confortant le respect des principes de la République, Compte rendu, Lundi 8 juin 2021. Une double lecture est possible de ce changement d'argumentaire. La première est celle que nous développons d'une modification en cours de route des arguments suite au rejet du Sénat. La seconde, notamment développée par Hugues Fulchiron et Sylvie Ferré-André, accorde plus de crédit au législateur. En effet selon leur analyse « *pour justifier qu'une disposition sur la réserve héréditaire soit portée par un projet de loi initialement consacré à la lutte contre le séparatisme, il a fallu l'inscrire dans le cadre de la lutte contre les discriminations, plus particulièrement, les discriminations entre homme et femme : or, de ce point de vue, le texte est au mieux inutile, aux pires sources de nouvelles inégalités* », H. FULCHIRON et S. FÉRÉ-ANDRÉ, *op. cit.*

¹⁵¹⁰ *Ibid.*

¹⁵¹¹ « *La position du Sénat était sage. La modification ici proposée va créer des contentieux de droit international sans fin. La succession de Johnny Hallyday en est un bel exemple. Si vous êtes installé en Californie, le droit californien vous autorise à donner à qui vous voulez. On va donc se demander si l'intéressé résidait aux États-Unis, comme pour Johnny. Heureusement, ce n'était pas le cas de celui-ci, de sorte que le droit français s'est appliqué. Mais si la juridiction considère que le défunt vivait en Californie, comment allez-vous faire jouer ce dispositif s'agissant de biens situés en France ? Vous dites que le Conseil supérieur du notariat est favorable à cet amendement. Le président sortant du Conseil supérieur du notariat est un ami de trente ans ; je peux vous dire que, aux yeux des notaires, votre proposition est un vrai nid à contentieux inextricables* », *Ibid.*

ceux de droit musulman - je pense aux pays anglo-saxons. Comment ferez-vous appliquer ces dispositions ? »¹⁵¹². Pris à parti en sa qualité de notaire, Jean-Paul Mattei faisait valoir que même « *si ces amendements vont dans le bon sens* » un tel droit de prélèvement pose des problèmes : « *il risque de bloquer certaines successions et de susciter des contentieux. Je ne suis donc pas certain de son efficacité dans le temps. Je suis même un peu inquiet de savoir si l'on pourra l'appliquer* »¹⁵¹³. Malgré l'aveu d'un professionnel sur la potentielle inefficience de ce dispositif, le gouvernement ne l'entendra pas. Marlène Schiappa rétorquera que le fait de vouloir faire respecter l'égalité « *induit mécaniquement des recours* » car au fond « *chacun doit pouvoir faire valoir ses droits* » et « *un contentieux vaut mieux qu'une injustice* »¹⁵¹⁴. Les débats se termineront sur une envolée du député Charles de Courson qui qualifiera le nouveau droit de prélèvement compensatoire de dispositif « *proprement indémerdable* » rappelant à très juste titre que l'« *on ne peut pas légiférer et imposer notre droit à des gens habitant dans d'autres pays, régis par des législations différentes de la nôtre* »¹⁵¹⁵. Les débats parlementaires mettront en lumière que la volonté politique occulte totalement la raison juridique faisant de ce droit de prélèvement un droit « *purement politique* » pour reprendre les mots d'Hélène Péroz¹⁵¹⁶.

Au-delà des postures politiques, il convient d'analyser les travaux législatifs et notamment les documents de travail, dont l'étude d'impact et les différents rapports. Cette étude démontre clairement une prise en compte des conclusions du rapport sur le groupe de travail de la réserve héréditaire. On apprend à leur lecture que ce nouveau droit s'inscrit principalement en opposition aux solutions et conséquences des arrêts *Jarre* et *Colombier*, et se distingue de l'ancien droit de prélèvement déclaré inconstitutionnel en 2011, car il ne réintroduirait pas une discrimination entre les héritiers comme cela pouvait être le cas avec l'ancien dispositif¹⁵¹⁷. Cette évolution - nécessairement législative - doit être conforme avec le droit européen et devrait s'inscrire dans le mécanisme de l'exception d'ordre public international. Les auteurs de l'étude d'impact rappellent très justement que pour qu'une disposition nationale puisse être considérée par l'État membre comme d'ordre public international, la jurisprudence de la CJUE énonce que la règle doit correspondre à des valeurs partagées par l'ensemble des États membres, même si les conséquences attachées à ces valeurs peuvent varier selon les États. Il n'est pas possible de définir l'ordre public selon des particularismes locaux. Mais également que la règle interne doit constituer, pour l'État considéré, un élément essentiel de son ordre juridique social, économique ou culturel¹⁵¹⁸.

¹⁵¹² *Ibid.*

¹⁵¹³ *Ibid.*

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ H. PÉROZ, *op. cit.*

¹⁵¹⁷ Projet de loi confortant le respect des principes de la République, étude d'impact et le rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, n° 3797.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

Selon l'analyse du groupe de travail de la réserve héréditaire et des travaux législatifs, ces deux conditions seraient remplies par l'institution de la réserve héréditaire. Il faut en effet souscrire à une telle conclusion. La volonté législative est clairement affichée : « *l'objectif principal poursuivi dans la présente adaptation du droit international privé des successions est d'encadrer davantage la volonté du défunt et de limiter ainsi les éventuelles discriminations que le défunt pourrait instituer entre ses enfants, en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur religion, de leur filiation, de leur ordre de naissance, etc.* »¹⁵¹⁹. C'est notamment sur ces bases que fut rédigé l'article 24 de la loi confortant les principes républicains amendant l'article 913 du Code civil : « *Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, ou y réside habituellement, et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci* »¹⁵²⁰. Malheureusement le Conseil constitutionnel n'a pas statué sur la constitutionnalité de cette mesure puisqu'il n'en avait pas été saisi. En effet, le Conseil constitutionnel n'a soulevé d'office aucune autre question de conformité à la Constitution, et ne s'est donc pas prononcé sur la constitutionnalité des autres dispositions¹⁵²¹.

Le droit de prélèvement ainsi consacré en droit positif dans la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, publiée au Journal Officiel du 25 août 2021, est applicable pour les successions ouvertes à partir du 1^{er} novembre 2021, et laisse un nombre important d'interrogations en suspens. Avant d'aborder la problématique technique qu'engendre ce dispositif, deux interrogations de fond doivent être soulevées, celle de sa pérennité et, celle de sa méthode.

366. L'avenir du droit de prélèvement. Si les travaux législatifs ne relèvent aucune incompatibilité tant au regard de la constitution française que vis-à-vis du règlement (UE) n° 650/2012, force est de souligner qu'aucun contrôle *a priori* de la loi n'a été véritablement fait. Au regard de la constitutionnalité tout d'abord, l'élargissement des descendants visés par la protection de ce droit devait purger l'écueil discriminatoire dont souffrait l'ancien droit de prélèvement. L'inconstitutionnalité du droit de prélèvement originel était liée directement à sa méconnaissance du principe d'égalité, en entérinant une différence de traitement fondée sur la

¹⁵¹⁹ *Ibid.*

¹⁵²⁰ C. civ. art. 913 al. 2.

¹⁵²¹ Décision n° 2021-823 DC du 13 août 2021 point 85. La décision des sages dédit donc l'analyse de Paul Lagarde qui disait que le Conseil Constitutionnel censure les cavaliers législatifs, soucieux depuis longtemps d'éviter des textes législatifs « fourre-tout » qui nuisent à l'intelligibilité de la loi. Force est de constater que les sages de la rue Montpensier n'ont plus leur vigueur d'antan.

nationalité entre les héritiers appelés par la loi successorale étrangère. Le nouveau prélèvement, précise le Conseil d'état, « *est ouvert aux enfants sans condition de nationalité ou de résidence et n'est pas réservé aux héritiers français comme l'était l'ancien droit de prélèvement prévu à l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction qui a été censuré par le Conseil constitutionnel* »¹⁵²². Il ne devrait, dès lors, pas « *soulever de difficulté d'ordre constitutionnel* »¹⁵²³. Selon certains auteurs, et notamment Suzel Ramaciotti et Hélène Péroz, cette affirmation s'avère hâtive notamment en ce qu'il persisterait une problématique au niveau des bénéficiaires, car il existerait toujours une possible exclusion de certains héritiers¹⁵²⁴.

Au-delà de l'exigence de constitutionnalité, c'est au regard de la nécessaire conventionalité de ce texte que de nombreuses questions demeurent, et ne font pas présager un grand avenir à ce droit de prélèvement¹⁵²⁵. Mis à part certaines auto-validations politiques, la question de la compatibilité du droit de prélèvement avec le règlement (UE) n° 650/2012 est une problématique centrale de ce nouveau droit et une majorité de la doctrine exprime ses plus expresses réserves¹⁵²⁶. Tout d'abord l'article 913 du Code civil devrait se conformer au considérant 37 et à l'article 23 du règlement, sur la portée de la loi applicable. L'article 23 prévoit expressément que la loi désignée en vertu de l'article 21 ou 22 régit l'ensemble d'une succession de « *l'exhérédation (d) à la quotité disponible, les réserves héréditaires et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort, ainsi que les droits que les personnes proches du défunt peuvent faire valoir à l'égard de la succession ou des héritiers (h)* ». Or, en prévoyant l'application de la loi française dans l'hypothèse où la loi applicable au regard de la règle de conflit ne connaît pas de mécanisme réservataire, cette disposition rentre en contradiction avec la lettre du règlement. Hélène Péroz soulève que le considérant 37 promeut notamment la fonction

¹⁵²² CE, avis, 3 déc. 2020, n° 401549.

¹⁵²³ *Ibid.*

¹⁵²⁴ « Force est de constater qu'en dépit de cet élargissement, le projet d'article 913 du Code civil persiste à subordonner l'applicabilité du prélèvement compensatoire à l'identité des personnes impliquées dans la succession - les héritiers ou le de cujus. (...) Autrement dit, en faisant du droit de prélèvement un droit qui ne pourrait bénéficier qu'à certaines personnes, aussi nombreuses soient-elles, d'autres personnes en seront fatalement exclues. Or, c'est précisément parce que l'ancien droit de prélèvement distinguait entre les personnes susceptibles d'en bénéficier qu'il a été jugé discriminatoire. Reproduire un critère qui discrimine, même imperceptiblement, entre les héritiers autorisés à prélever leur part héréditaire sur les biens situés en France, expose inutilement la disposition commentée à une nouvelle censure constitutionnelle », S. RAMACIOTTI, *op. cit.* - H. PÉROZ, « Le droit de prélèvement : tel un phœnix ? », *Gaz. Pal.* 23 mars 2021, n°12. Pour un avis plus nuancé sur la comptabilité du droit de prélèvement avec la constitution française : É. FONGARO, *op. cit.*

¹⁵²⁵ En ce sens : « En effet, si ce nouveau droit de prélèvement compensatoire devait être - ce qui sera probablement - le cas jugé non conventionnel et non constitutionnel, la réserve héréditaire perdrait sa place au sein de l'ordre public international, la mettant ainsi échec et mat », P. PORCHE KOSTER VEL KOTLARZ, *op. cit.*

¹⁵²⁶ Not. en ce sens sans être exhaustif : « Non conforme au principe d'unité, non conforme au principe de proximité, le droit de prélèvement ne serait pas non plus conforme au principe de l'autonomie de la volonté, dont l'article 22, prévoyant la possibilité pour une personne de choisir la loi de l'État dont elle possède la nationalité, constitue le texte phare. En effet, la rédaction du nouvel alinéa de l'article 913 du Code civil pourra conduire à appliquer le droit de prélèvement, alors même que le de cujus avait procédé à une *professio juris*. Pour toutes les raisons qui précèdent, si la règle issue de l'article 24 I 1° de la loi du 24 août 2021 devait s'analyser en une règle matérielle de droit international privé, il y a tout lieu de penser que sa conformité au règlement « successions » serait remise en cause à la faveur d'une question préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union européenne. Il en irait de même, nous semble-t-il, si le texte nouveau devait être analysé en une clause spéciale d'ordre public », É. FONGARO, *op. cit.*

de prévisibilité et de sécurité juridique du règlement, fonction réduite « *si la loi française s'impose en plus de la loi étrangère* » amenant « *à un morcellement de la succession transfrontalière, morcellement qui est exclu par le règlement européen n° 650/2012* »¹⁵²⁷. Une autre possible contradiction soulevée par Hélène Péroz serait l'inadéquation entre la possibilité pour le défunt de choisir la loi applicable à sa succession via l'outil de la *professio juris*, et le droit de prélèvement. *Quid* en effet de l'application de la loi française si le *de cuius* avait choisi une autre loi qui ne connaîtrait pas de mécanisme héréditaire au sens où le droit de prélèvement l'entend ? Aussi, mais surtout, à considérer que ce droit de prélèvement relève de l'ordre public international, serait-il compatible avec la lettre de l'article 35 ? Ce point en particulier fait débat au regard du caractère plus ou moins restrictif du périmètre de la clause d'ordre public international du règlement. Si une partie de la doctrine admet que, porter la réserve héréditaire au rang de l'ordre public international n'est pas en contradiction avec l'esprit du règlement européen, force est de souligner que la méthode empruntée par le droit de prélèvement sème le trouble sur sa nature et donc sa compatibilité avec ce même article.

367. La méthode du droit de prélèvement. Lois de police, ordre public international, clause spéciale d'ordre public, règle matérielle de droit français, règle matérielle de droit international, la nature du droit de prélèvement interroge¹⁵²⁸. Si le caractère de loi de police semble unanimement écarté, la question de sa place dans le mécanisme de l'ordre public international ne fait pas consensus. Certains travaux affirment que l'introduction d'un tel droit de prélèvement permet de reconnaître la réserve héréditaire comme faisant partie de l'ordre public international¹⁵²⁹. Mais, à l'aune de sa rédaction, l'interrogation se pose. Car, on le rappelle, en droit international privé, l'exception d'ordre public est un mécanisme d'éviction d'une loi étrangère reconnue comme applicable. Si, dans un cas donné, sa teneur heurte des conceptions fondamentales dans l'ordre juridique national, son application effective peut constituer un trouble : elle sera alors écartée au nom de l'ordre public. L'exception d'ordre public est donc un mécanisme de défense des valeurs fondamentales du pays concerné. Or, comme le précise parfaitement Hélène Péroz, avec ce droit de prélèvement « *il n'y a aucune appréciation laissée aux autorités chargées de la succession, puisque c'est le législateur lui-même qui impose son application. Par conséquent, il ne peut être considéré que le droit de prélèvement* »

¹⁵²⁷ H. PÉROZ, *op. cit.* Également sur le sujet : « *Jamais sans doute la réserve héréditaire à la française ne s'était vu donner un tel rayonnement, et avec une telle intensité, dans l'ordre international. Et l'on peut se demander si les principes de prévisibilité et de sécurité juridique si importants aujourd'hui en droit français comme en droit européen, sont vraiment respectés* », H. FULCHIRON et S. FERRÉ-ANDRÉ, *op. cit.*

¹⁵²⁸ Sur l'importance de la qualification du mécanisme juridique du droit de prélèvement : S. GODECHOT-PATRIS : « *Où figure l'enjeu de la qualification ? Il réside principalement à notre sens dans l'appréciation de sa compatibilité avec le règlement du 4 juillet 2012* » (« *Le prélèvement est mort...Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil* », *JDI* n° 2, Avril 2022, doctr. 2).

¹⁵²⁹ Not. le projet de loi confortant le respect des principes de la République, étude d'impact et le rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, n° 3797.

intègre notre ordre public international »¹⁵³⁰. Il est vrai que la casuistique interroge. Il n'existe pas, en effet, d'examen de l'application concrète de la loi étrangère. La méthode du prélèvement se borne en une appréciation *in abstracto* de la législation successorale étrangère, sans déterminer *in concreto* si l'application de cette même loi, ne connaissant aucun mécanisme réservataire, heurte les principes fondamentaux du for¹⁵³¹. Nous sommes donc ici dans une étude comparative des législations sans plus ample analyse, loin de la méthode classique de l'exception d'ordre public international. Sur ce point Diane le Grand de Belleroche souligne qu'en « *se référant à la seule notion de 'mécanisme réservataire', le projet de loi ne semble pas inviter à la prise en compte, selon nous pourtant essentielle, de mécanismes similaires pouvant venir protéger les enfants dans la loi successorale étrangère applicable, et leur permettant notamment de présenter des demandes contre la succession afin de se voir octroyer des droits dans celle-ci* »¹⁵³². Une seconde problématique liée à cette absence de réelle prise en compte de la situation factuelle par le droit de prélèvement est la question de la proximité. En effet, si le déclenchement du droit de prélèvement est subordonné à des critères géographiques, force est de souligner que cette appréciation des liens avec le for relève d'une détermination presque cosmétique, qui ne relève pas du mécanisme correcteur susvisé¹⁵³³. Une troisième voie de qualification fut mise en avant par plusieurs auteurs, celle de la qualification de règle matérielle comme l'était l'ancien droit de prélèvement, et semble correspondre le plus à cette nouvelle disposition¹⁵³⁴. Or, l'introduction d'une telle règle matérielle

¹⁵³⁰ H. PEROZ, *op. cit.*

¹⁵³¹ En ce sens : S. GODECHOT-PATRIS, *op. cit.*

¹⁵³² D. LE GRAND DE BELLEROCHE, « Contre le retour du droit de prélèvement en droit français : en vue de la pratique du droit international », p. 303, in, « débat : Le retour du droit de prélèvement ? », *Rev. crit. DIP*, 2021, p. 291

¹⁵³³ Pour une analyse contraire : « *Il nous semble toutefois que la qualification en termes d'ordre public international serait plus appropriée. On retrouve en effet ici les différents éléments classiques de l'exception d'ordre public international : une hypothèse dans laquelle le droit étranger est désigné par la règle de conflit de lois, une loi étrangère qui méconnaît dans son application concrète un principe fondamental du for (même si ceci reste à démontrer compte tenu du dernier état de la jurisprudence française), l'existence de liens suffisants avec le for et l'application subsidiaire de la solution du for. Plus exactement, il s'agirait ici d'une clause spéciale d'ordre public, bien connue de systèmes juridiques allemand ou suisse. Ces clauses spéciales d'ordre public visent à réduire les incertitudes liées à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international. Ce mécanisme, en effet, suppose de déterminer d'abord le contenu de l'ordre public, c'est-à-dire l'atteinte, puis les liens qui doivent être pris en considération pour sa mise en œuvre. La clause spéciale d'ordre public, que l'on retrouve le plus souvent en matière familiale, intègre en principe à la fois la définition du contenu de l'ordre public et les liens de proximité à prendre en considération* », N. JOUBERT, « Droit de prélèvement, réserve héréditaire, protection des héritiers contre les discriminations, quelle méthode ? », p. 322, in « débat : Le retour du droit de prélèvement ? », *Rev. crit. DIP*, 2021, p. 291.

¹⁵³⁴ En ce sens : « *La qualification de règle matérielle pourrait être retenue comme cela avait été le cas pour l'ancien droit de prélèvement (v. supra). En effet, dans les hypothèses précisées par le texte (en présence de certains liens avec l'Union européenne et si la loi étrangère ne connaît pas de mécanisme de réserve), une solution matérielle, le prélèvement compensatoire, sera mis en œuvre* », N. JOUBERT, *op. cit.* - « *De toute évidence, les rédacteurs du nouveau prélèvement compensatoire ont entendu renouer avec l'ancien droit de prélèvement. Reconduisant les effets de l'ancien droit de prélèvement dans le projet d'article 913 du Code civil, les rédacteurs en ont également repris la méthode : il s'agit d'une règle matérielle de droit international privé* », S. RAMACIOTTI, *op. cit.* - « *Ainsi, en créant un droit de prélèvement par une disposition législative s'appliquant aux seules successions présentant un élément d'extranéité, le projet de loi a instauré une règle matérielle de droit français* », H. PEROZ, *op. cit.* Également sur cet avis : S. GODECHOT-PATRIS : « *Les arguments dans un sens et dans l'autre ont été savamment exposés. Il est bien difficile de trancher. À plusieurs titres, nous aurions plutôt tendance à y voir une règle matérielle internationale, ce qui hypothèquerait d'autant plus sa conformité au règlement européen.* », *op. cit.*

semble en inadéquation avec le règlement européen¹⁵³⁵ et notamment avec son objectif de prévisibilité¹⁵³⁶. La question de la méthode interroge aussi, non pas au regard du droit international privé, mais de la volonté politique. Pourquoi recourir à un droit de prélèvement, surtout quand les travaux parlementaires se sont largement inspirés des conclusions du groupe de travail sur la réserve héréditaire. En effet, un tel mécanisme n'était pas abordé par le groupe de travail qui préconisait « uniquement » de porter la réserve dans le giron de l'ordre public international. Sur ce point Cécile Pérès s'interroge sur « *la technique juridique choisie* »¹⁵³⁷. L'étude d'impact nous apprend que la technique du prélèvement a été retenue plutôt qu'une clause spéciale d'ordre public protectrice de la réserve héréditaire principalement parce que cette option présenterait un risque fort de *forum shopping*¹⁵³⁸.

On se rend aisément compte que l'avenir du droit de prélèvement, tant à l'aune de sa constitutionnalité que de sa conventionalité, est compromis. Texte presque mort-né, le droit de prélèvement compensatoire devra attendre un examen via une question prioritaire de constitutionnalité ou d'une question préjudicielle. Si pour certains sa future suppression est d'ores et déjà actée, il n'en demeure pas moins qu'il faudra composer avec cette nouvelle donnée de l'équilibre, qui va se révéler, pratiquement, d'une grande complexité.

368. Les questionnements induits du droit de prélèvement compensatoire. Tout d'abord, les travaux parlementaires répondent à certaines interrogations. Le dispositif retenu est celui du prélèvement compensatoire conditionné à un lien de proximité avec un État membre de l'Union européenne. Dès lors, les conditions à remplir pour qu'un tel droit se déclenche sont : la

¹⁵³⁵ « Si l'article 35 du règlement ne semblait pas s'opposer à ce que les lois méconnaissant le principe de la réserve héréditaire soient écartées en raison de l'ordre public international du for, il est en revanche moins certain qu'il admette le jeu de la règle matérielle de la disposition commentée. En effet, ainsi que l'avait observé M. Michel Grimaldi, 'le tour négatif de sa formulation [...] n'est sans doute pas anodin' : il s'oppose à ce qu'un autre mécanisme que l'exception d'ordre public international puisse faire échec à la loi désignée par le règlement. Cette restriction est bien entendu justifiée par l'objectif de prévisibilité de la loi applicable à la succession. Cet objectif, rappelé au 'considérant 37' du règlement, justifie encore le refus du morcellement et la désignation d'une loi unique applicable à l'intégralité de la succession », S. RAMACIOTTI, *op. cit.*

¹⁵³⁶ « On peut aussi s'interroger sur la compatibilité du droit de prélèvement avec le règlement n° 650/2012. En effet, le considérant 37 du règlement n° 650/2012 prévoit que 'des règles harmonisées de conflits de lois devraient être introduites pour éviter des résultats contradictoires. La règle principale devrait assurer que la succession est régie par une loi prévisible, avec laquelle elle présente des liens étroits'. Or, dans les exemples que nous avons donnés, on cherche encore les liens étroits de telles successions avec la loi française ? Où est la prévisibilité recherchée par le règlement ? », H. PÉROZ, « Le droit de prélèvement compensatoire ou la mise à mal de la pratique des successions internationales », JCP N, n°35, 3 sep. 2021, act. 805.

¹⁵³⁷ C. PÉRÈS, *op. cit.*

¹⁵³⁸ « De nombreux enfants feraient en sorte que la succession soit régie en France. Or, la compétence territoriale interne des notaires est illimitée. Selon l'article 2 de la loi du 25 Ventôse an XI, les notaires sont tenus de prêter leur ministère dès lors qu'ils sont sollicités par les parties. La situation n'est pas différente dans l'ordre international, le notaire est compétent dès lors qu'il est sollicité par un client, qu'il soit français ou étranger. En matière successorale, la solution n'a pas été modifiée par le règlement 'successions'. Aux termes des considérants 20 et 21, et de l'article 2 du règlement, il est précisé que le notaire n'est pas une « juridiction » et n'est donc pas tenu par les chefs de compétence déclinés par le règlement. Par conséquent, en l'absence de condition de proximité avec la France, le notaire français pourrait faire jouer le droit de prélèvement dès lors qu'il existe quelques biens en France, sans même que le défunt ou les héritiers n'aient un quelconque lien avec la France ou l'Europe », étude d'impact et le rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, n° 3797.

présence d'une loi étrangère ne prévoyant aucun mécanisme réservataire ; un défunt ou au moins un de ses enfants (ou ses héritiers ou ayants cause) ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y résidant habituellement ; un acte de volonté du *de cuius* visant à exclure un héritier réservataire. Est donc exclu le conjoint survivant qui est pourtant potentiellement réservataire en droit français¹⁵³⁹. L'interrogation, qui avait pu exister sur la prise en compte des libéralités antérieures, est purgée par l'étude d'impact : « *l'enfant ne pourra, quoiqu'il en soit, effectuer le prélèvement que dans la limite des droits réservataires octroyés par la loi française, ce qui signifie qu'il ne pourra pas obtenir plus qu'un montant équivalent à celui de la réserve. Ainsi, pour calculer le montant de ce prélèvement, il faudra tenir compte de tout ce que l'enfant aura pu recevoir sous l'empire de la loi étrangère. Par exemple, s'il a déjà reçu une libéralité de la part du défunt, celle-ci sera prise en compte dans le calcul de la réserve, et imputée de ses droits* »¹⁵⁴⁰. Deux problématiques majeures se posent, et sont d'ailleurs mises en avant dans l'étude : que doit-on entendre par mécanisme réservataire ? Quelle conséquence en l'absence de biens en France ?

Premièrement, se pose directement une interrogation sur ce qu'il faut entendre par « *ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants* »¹⁵⁴¹. L'étude d'impact répond par anticipation à cette problématique, et précise que la rédaction proposée n'envisage le prélèvement compensatoire que lorsque la loi étrangère applicable ne prévoit aucun mécanisme réservataire. Resterait en suspens la question des équivalents fonctionnels, problématique relevée par l'étude d'impact : « *le texte introduit une possible discussion sur l'interprétation du « mécanisme réservataire protecteur » (par exemple, les family provisions prévues par le droit anglais constituent-elles un tel mécanisme ?) et donc un éventuel recours au juge* »¹⁵⁴². Or, sauf à faire une analyse extensive des mots, un mécanisme réservataire nécessite la présence d'une

¹⁵³⁹ H. PÉROZ, *op. cit.*

¹⁵⁴⁰ Étude d'impact et le rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, n° 3797.

¹⁵⁴¹ Not. sur ce sujet : « *Comme l'ont souligné ses adversaires à l'Assemblée nationale et au Sénat, le nouvel article 913 risque d'être 'un nid à contentieux', et en tout cas un champ de mines pour l'interprète. Parmi les multiples problèmes qui ne manqueront pas de se poser, deux ont un caractère d'évidence. D'une part, le droit de prélèvement est appelé à jouer « lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants ». À lire les travaux préparatoires, il apparaît que le législateur, nourri par la lecture du très riche rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, a eu conscience qu'à côté des mécanismes de type réservataire, existent, dans les pays anglo-saxons, mais aussi dans certains pays d'Europe du nord, des 'équivalents fonctionnels' qui permettent de protéger les enfants notamment lorsqu'ils risqueraient, à défaut, d'être dans le besoin. Est ainsi garanti le respect d'un des fondements essentiels de la réserve : la solidarité entre générations et la responsabilité liée à la filiation. Or, l'article 913 du Code civil ne vise que les 'mécanismes réservataires protecteurs des enfants'. Compte tenu des critiques portés par les promoteurs du projet, dans la ligne du rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, contre ces équivalents fonctionnels afin de justifier l'affirmation du caractère d'ordre public de la réserve à la française en droit international et la remise en cause de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, au contraire tendait à les prendre en considération, on peut s'interroger sur la portée à donner au nouveau texte. Le droit de prélèvement jouera-t-il dès lors que n'existe aucun mécanisme réservataire, au sens strict, alors même que les héritiers pourraient mettre en œuvre, en vertu de la loi étrangère normalement applicable, des mécanismes qui leur reconnaîtraient des droits équivalents, voire supérieurs, à ceux que leur reconnaît la loi française en leur qualité de réservataires ? D'autre part, le droit de prélèvement n'est possible que lorsque la loi étrangère applicable à la succession 'ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants'. Quid si comme certains droits forains du royaume d'Espagne, la réserve est réduite à une part quasi symbolique ? En vertu du texte, la protection ne jouera pas. Mieux vaut donc être privé de tous ses droits que d'une partie d'entre eux : dans le premier cas, l'héritier peut espérer obtenir tout ce que lui accorde le droit français en tant que réservataire ; dans le second, il restera réduit à sa portion congrue* », H. FULCHIRON et S. FÉRRÉ-ANDRÉ, *op. cit.*

¹⁵⁴² *Ibid.*

réserve, et donc d'une part de patrimoine réservée aux profits d'une certaine catégorie d'héritiers. Dès lors un équivalent fonctionnel ne peut s'assimiler à un mécanisme réservataire sur le principe, malgré une finalité potentielle similaire¹⁵⁴³. Le droit de prélèvement ainsi libellé fait échec à une appréciation *in concreto* de l'application de la loi étrangère sur la situation de fait, il faut donc se limiter en une appréciation *in abstracto* de la loi étrangère, sans véritablement chercher les conséquences de celle-ci sur les faits. Au regard de la superficialité d'un tel contrôle, il ne semble pas possible de faire rentrer les équivalents fonctionnels dans le giron des mécanismes réservataires¹⁵⁴⁴. Force est de souligner qu'une part de patrimoine réservée et une action judiciaire tendant en l'allotissement d'une créance alimentaire n'ont pas la même nature malgré une potentielle même finalité.

Deuxièmement, se pose la question de l'absence de biens français, interrogation plus profonde qui remettrait en cause l'objectif même de ce droit. En effet, le droit de prélèvement compensatoire vise à répondre aux arrêts *Jarre* et *Colombier* qui amenaient dangereusement à une alimentarisation de la succession. Car, ces arrêts, contrairement à ce qui est souvent lu, ne disaient pas que la réserve héréditaire ne relevait pas de l'ordre public successoral, mais que la loi étrangère qui l'ignorait n'était pas en soi contraire à l'ordre public international français, sauf à laisser l'héritier dans un état de besoin ou de précarité économique. Ceci étant précisé, une faille visible, et d'ailleurs soulevée par l'étude d'impact, émerge. *Quid* de l'absence de biens français ? Dans cette hypothèse, le droit de prélèvement, si les conditions sont réunies s'activera, mais son assiette se trouverait nulle. Une problématique somme toute commune dans le cadre d'une succession lorsque la loi française est applicable, en l'absence de biens dans la succession, les héritiers ne reçoivent rien, peu importe leur fortune. Mais comment appréhender la situation, dans le cadre d'une succession internationale avec des biens à l'étranger ? Le droit de prélèvement s'active mais sur une masse nulle, alors que la succession comporte un ou plusieurs actifs. Ce droit de prélèvement devient tout bonnement inutile. Que faire donc ? Est-il possible que l'héritier ne reçoive rien dans la succession de son ascendant ? Se dessinent alors trois possibilités. La première mais également la moins

¹⁵⁴³ Not. sur cette position : S. GODECHOT-PATRIS, « Pourrait ainsi être défendue l'idée que toutes les fois où l'application de la loi successorale étrangère conduira à octroyer des *family provisions* aux héritiers dans le besoin, elle ne répondra pas aux conditions posées par l'article 913, alinéa 3, car elle permettrait un mécanisme réservataire ; en revanche si les enfants ne peuvent obtenir de *family provision* - et il en ira ainsi s'ils ne sont pas dans le besoin - il serait possible de mobiliser le prélèvement compensatoire. C'est dire que ce nouveau prélèvement pourrait tout à fait être opposé aux lois étrangères qui, tout en connaissant la réserve, en subordonnent l'octroi à des conditions de ressources » (« Le prélèvement est mort... Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doctr. 2).

¹⁵⁴⁴ En ce sens : « Certes, à la différence de la réserve héréditaire des droits de tradition civiliste, la *family provision* est un mécanisme judiciaire : les proches du défunt n'ont légalement aucun droit propre prédéfini à faire valoir dans ou contre la succession du défunt ; ils doivent convaincre le juge de ce que le défunt n'a pris aucune mesure raisonnable à leur profit au titre de sa succession. Mais peut-on vraiment affirmer que les systèmes juridiques mentionnés ne connaissent aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants ? Sans doute une réponse positive est-elle à craindre dès lors qu'il faut, dans ces pays, saisir un juge pour bénéficier de droits qui s'apparentent à des droits alimentaires », É. FONGARO, *op. cit.*

probable, l'héritier ne reçoit rien. La seconde est que l'introduction d'un droit de prélèvement compensatoire ait une incidence sur l'ordonnancement de la réserve héréditaire dans l'ordre public successoral international, et que dès lors, par le jeu de l'exception d'ordre public international le droit français se trouve applicable sous une forme qui resterait à déterminer. Troisième possibilité, « on prend les mêmes et on recommence », les magistrats reprennent une solution d'ores-et-déjà connue, l'exception d'ordre public international ne s'activerait que dans l'hypothèse où un héritier se trouverait dans une situation de besoin ou de précarité économique sous une forme qui resterait encore à déterminer. L'on reviendrait alors à la solution des arrêts *Jarre* et *Colombier*, chose qui était censée rompre le droit de prélèvement compensatoire. Le contrat semblerait alors à moitié rempli¹⁵⁴⁵.

Ce droit de prélèvement emporte bien d'autres interrogations soulevées par certains auteurs. On peut notamment citer deux études. La première est l'étude de ce droit faite par le Professeur Fongaro qui relève un nombre important d'interrogations : *Quid* de la définition de bien existant ? *Quid* d'un morcellement de la succession sur renvoi de l'article 34 ? *Quid* des biens incorporels et de leur localisation ? Quels modes de calcul pour la masse de calcul¹⁵⁴⁶ ? La seconde est l'étude proposée par le Professeur Godechot-Patris qui offre une analyse poussée sur le nouveau droit de prélèvement notamment sur son application concrète¹⁵⁴⁷.

369. Les conséquences sur l'équilibre efficient de la transmission. Toutes ces interrogations, qui en occultent d'autres, ne permettent pas véritablement de se réjouir du changement de cap du gouvernement sur l'équilibre international des successions. Si le renouveau de l'ordre public successoral, par la fin d'un mouvement de néolibéralisme successoral pernicieux, est effectivement une bonne nouvelle pour l'équilibre global de la transmission, force est de souligner que ce droit de prélèvement compensatoire est un outil qui apparaît plus qu'imparfait, et incapable de répondre à l'enjeu pourtant si important de l'équilibre international des successions. Voulant être un contrepoids à la volonté du *de cuius*, il oublie l'autre pendant de l'anticipation successorale qui est la prévisibilité. Le point le plus topique est son éventuelle incapacité à juguler les problématiques des arrêts *Jarre* et *Colombier* en les perpétuant. Au-delà de leur conséquence sur

¹⁵⁴⁵ Pour une réflexion analogue sur la persistance des solutions des arrêts *Jarre* et *Colombier* malgré la résurgence du droit de prélèvement : S. GODECHOT-PATRIS : « dans cette hypothèse, la jurisprudence *Jarre* et *Colombier* pourrait peut-être constituer une planche de salut : si l'application de la loi étrangère (et la réserve héréditaire qu'elle consacre) conduit à placer l'héritier en situation de précarité économique ou de besoin, ne pourrait-on pas considérer qu'elle heurte les principes essentiels du droit français ? » (« Le prélèvement est mort...Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doct. 2).

¹⁵⁴⁶ É. FONGARO, *op. cit.* Également sur les nombreuses interrogations induites de ce droit de prélèvement : Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Le nouveau prélèvement compensatoire mis à l'épreuve », *Gaz. Pal.* n° 42, p. 45.

¹⁵⁴⁷ S. GODECHOT-PATRIS : « Le prélèvement est mort...Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doct. 2).

l'ordre successoral, le plus fâcheux avec ces décisions était leur quasi-impossibilité pratique. Ce droit de prélèvement emprunte à ces décisions un caractère impraticable, pourtant rappelé dès le départ par un notaire. Il ne fait nul doute que c'est au magistrat et non au notaire d'utiliser un tel droit de prélèvement, au regard des nombreuses contestations que cela pourrait engendrer. De cette évolution rapide, voire trop rapide, de l'équilibre théorique des successions, la pratique et tout particulièrement l'anticipation successorale se trouvent perdantes. Il est vrai qu'au regard de sa forte évolution depuis ces dernières années un certain rééquilibrage peut être salutaire, si tant est que celui-ci ne remette pas en cause la pratique de la matière. Or, force est de souligner que ce droit de prélèvement a un impact, à certains égards irrémédiables, sur une frange de l'anticipation successorale internationale.

S'il est clairement reproché d'avoir mis en place un mécanisme inefficace sans envisager toutes les possibilités et les conséquences de celui-ci, force est de souligner que résoudre la problématique de l'équilibre international des successions n'est pas chose aisée. Peut-être que le raisonnement emprunté n'est pas le bon. En effet, nous avons vu que la présence d'un élément d'extranéité dans une succession internationale appelle une analyse globale de la situation factuelle pour arriver à un véritable équilibre international des successions. Peut-être que la problématique vient du fait de vouloir imposer un modèle français à une situation qui n'est pas totalement. C'est de cette configuration de gendarme successoral que découle une situation quasi inextricable où l'on essaie de retrouver un modèle interne sur un sujet international. Peut-être ne faut-il tout simplement pas vouloir absolument régir les successions internationales comme des successions internes, et se reporter au mécanisme de droit international privé. Si cette idée n'est pas populaire, elle aurait le mérite de pouvoir se concentrer sur les conséquences pratiques de l'application des mécanismes correcteurs, et notamment de l'exception d'ordre public international. Car refuser une loi de police ou un droit de prélèvement compensatoire ne veut pas nécessairement dire abandonner la réserve héréditaire aux vagues de l'internationalité. Il nous apparaît beaucoup plus efficace de prévoir une clause spéciale d'ordre public international, dans laquelle le déclenchement du mécanisme héréditaire puisse s'effectuer précisément. Mais aussi et surtout, d'anticiper en pratique, la réponse française liquidative permettant une plus grande prévisibilité et lisibilité.

Force est de souligner que là où la volonté politique supplante le droit, cela donne naissance à un mécanisme parfois incohérent dont les jours sont très certainement comptés. Son déclin pourrait d'ailleurs arriver par un autre biais.

370. Le projet de Code de droit international privé. Le 31 mars 2022 dernier, et après trois années de réflexion, un groupe de travail, sous la présidence de Jean-Pierre Ancel, a remis au

garde des Sceaux un projet de Code de droit international privé¹⁵⁴⁸. Ce projet de Code, comportant 207 articles, vise à couvrir tous les aspects du droit international privé et consacre quelques pages à la réécriture de l'article 913 alinéa 3 du Code civil. Ce projet évoque, comme étant une innovation majeure, le souhait d'abandonner le droit de prélèvement compensatoire jugé comme un mécanisme emprunt d'« *un nationalisme étroit à rebours de l'évolution de notre droit international privé* »¹⁵⁴⁹. Est alors proposé une substitution de ce droit par un mécanisme « *moderne de lutte contre les discriminations et conforme aux engagements internationaux de la France* »¹⁵⁵⁰. Cette conformité affichée avec les engagements internationaux¹⁵⁵¹ participe ostensiblement d'un mouvement de fondamentalisation et d'eupéanisation du droit international privé¹⁵⁵² mais est aussi une critique directe à l'encontre du droit de prélèvement actuel et de son inadéquation avec l'ADN du règlement (UE) n° 650/2012. Ce nouveau droit de prélèvement « anti-discrimination » cible directement les dispositions discriminatoires de la dévolution successorale liée notamment au sexe, à la religion, ou encore au type de filiation. Le projet précise néanmoins que ce mécanisme ne vise pas à contrevenir à l'autonomie de la volonté unilatérale du *de cuius* qui souhaiterait avantager un de ses héritiers. Avec cette proposition, le projet de code revient sur les motivations initiales de la loi confortant le respect des principes de la République, les discriminations successorales légales des lois étrangères¹⁵⁵³. L'objectif affiché est donc double : rompre avec le droit de prélèvement existant tout en essayant de promouvoir un outil conformément aux engagements internationaux français une logique affichée de fondamentalisation. Pratiquement, le projet de Code évoque l'instauration d'une règle matérielle de droit international privé « *décoré de l'institution réservataire* »¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁴⁸ Projet de Code de droit international privé (Dir. J.-P. ANCEL).

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, pp. 50-52.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵⁵¹ « Cette règle fondée sur le respect des droits fondamentaux et des principes consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, s'inscrit dans le droit fil du règlement « successions » du 4 juillet 2012. Ce texte rappelle, en effet, dans son considérant 81 qu'il doit être appliqué par les juridictions et autres autorités compétentes des États membres dans le respect de ces droits et principes, tandis que le considérant 58 renvoie à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux qui prohibe toute forme de discrimination », *Ibid.*, pp. 50-51.

¹⁵⁵² Sur ces phénomènes de fondamentalisation et d'eupéanisation du droit international privé v. supra, n° 224 et s., et notamment les travaux suivants : E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006. Chron. 748 - H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *R.C.A.D.I.* 2005, t. 312, p. 394. - P. GAUDET, « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *LP4* n° 65, p. 3, 31 mars 2004. - P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et DIP », *op. cit.*, p. 207. - P. MAYER, « La fondamentalisation du droit international privé portant sur les personnes et les relations familiales », *RDLF* 2020, chron. n° 53. - C.-M. PEGLION-ZIKA, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD civ.*, 2018, p. 1. - P. REMY, « Cent ans de chroniques », *RTD. civ.*, oct.-déc. 2002, p. 677.

¹⁵⁵³ La Ministre déléguée Elisabeth Moreno, déclarait : « *s'agissant de la réserve héréditaire, les jeunes filles doivent avoir les mêmes droits que les jeunes hommes. Le projet de loi doit empêcher les inégalités qui sont advenues par le passé et qui ne sont plus acceptables dans notre pays. Nous devons protéger les jeunes filles sur notre territoire, et leur part de réserve héréditaire doit leur revenir* » in Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi confortant le respect des principes de la République, Compte rendu, Lundi 11 janvier 2021.

¹⁵⁵⁴ Projet de Code de droit international privé (Dir. J.-P. ANCEL), *op. cit.*

Il s'agirait de priver d'effet en France un acte établi (est notamment pris pour exemple un acte de notoriété établi par un notaire étranger) ou une décision de nature juridictionnelle consacrant une dévolution successorale discriminatoire dans « *une hypothèse non aujourd'hui prévu par le règlement du 4 juillet 2012* »¹⁵⁵⁵. La sanction de cette privation d'effet se matérialiserait par un prélèvement compensatoire sur les biens situés en France au jour du décès, au profit de la victime de cette discrimination, à concurrence de ce dont elle a été privée. Cette règle étant décorrélé des règles de la réserve héréditaire il faut comprendre que le prélèvement devrait se faire à hauteur, non pas de sa réserve héréditaire individuelle, mais selon toute vraisemblance à hauteur de ses droits dans la dévolution *ab intestat*. Le projet de code précise, concernant les biens, qu'il conviendra de régler le sort des biens : « *par la mise en œuvre des dispositions du règlement en ce qui concerne la détermination tant de la juridiction compétente que de la loi applicable tout en précisant que si la dernière résidence habituelle du défunt est située dans l'État tiers concerné et le bien en France, les juridictions françaises seront compétentes en vertu de la compétence subsidiaire, prévue à l'article 10.2 du règlement* »¹⁵⁵⁶. Plus avant, le projet poursuit en précisant que, si par le truchement des articles 21.1 et 34-1 du règlement susmentionnée la loi étrangère se trouverait applicable à la dévolution successorale, et pour permettre l'exercice de ce droit de prélèvement, la loi étrangère « *serait alors, en vertu de l'ordre public international, écartée au profit de la loi française, ou le cas échéant, appliquée expurgée de ses dispositions discriminatoires* »¹⁵⁵⁷.

Il s'agirait en définitive d'institutionnaliser la position française aujourd'hui garantie par l'exception d'ordre public international¹⁵⁵⁸ par une règle matérielle de droit international privé opérant un prélèvement compensatoire. Cette solution aurait le mérite de juguler la méthode de l'exception d'ordre public international et notamment ses caractères *in concreto*, d'actualité ou encore de proximité et ainsi d'offrir une règle claire et prévisible en présence d'une loi étrangère contenant une dévolution discriminatoire eu égard des valeurs françaises. Cependant, ce nouveau droit prélèvement, aussi moderne et fondamentalement compatible qu'il soit, nécessite certains éclaircissements afin de véritablement apprécier son caractère opportun. *Quid* par exemple de

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁵⁸ La protection contre les lois étrangère discriminatoire est aujourd'hui assurée par le mécanisme de droit international privé de l'exception d'ordre public international. Ont à ce titre déjà pu être considérées comme contraires à l'ordre public international successoral français : une loi consacrant un privilège d'aînesse (T. civ. Blois, 30 nov. 1925), une loi Russe limitant à 10 000 roubles l'émolument successoral et attribuant le surplus à l'État (Comp. Paris, 16 mars 1934 : *Gaz. T.* 1934. 1. 256 ; *JDI* 1934. 1207), une loi consacrant « *une incapacité successorale fondée sur la non appartenance à une religion déterminée et directement contraire aux principes de la loi française et notamment à la liberté de conscience* » (Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1964 : *Bull. civ. I*, n° 505). La Cour de cassation en a également décidé ainsi à l'encontre d'un système juridique musulman consacrant une incapacité successorale fondée sur la non-appartenance à une religion déterminée (Sur ce sujet : A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions - commentaire du règlement du 4 juillet 2012*, 2016, *Brilliant*, art. 35, p. 534, n° 17 - F. BOULANGER, *Droit international des successions, Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, 2004, p. 136, n° 120). Le mécanisme de l'exception d'ordre public international est aujourd'hui visé dans le règlement (UE) n° 650/2012 aux articles 35 et 40 du règlement européen. En ce sens : v. *supra*, n° 140 et s.

l'hypothèse où il n'y aurait aucun bien situé en France ? Cet écueil, que l'on retrouve également dans l'actuel droit de prélèvement, soulève toute une série de questionnements. Car, si le principe du prélèvement « anti-discrimination » doit s'appliquer mais ne peut s'exercer sur aucune assiette matérielle l'effet de cette protection se trouverait nettement atténué. Faudra-t-il dans ce cas-là recourir au mécanisme de l'exception d'ordre public international ? Cela semble être inévitable. Mais également *quid* d'un acte discriminatoire pleinement assumé, ce droit de prélèvement n'entravant visiblement pas un acte de planification unilatérale de la part du *de cuius* ? Force est de constater que les questionnements fleurissent et il est nécessaire de poser l'interrogation suivante : ce nouveau droit de prélèvement est-il vraiment nécessaire ? La protection garantie par les mécanismes de droit international privé n'est-elle pas, en soit, suffisante ?

Plus avant, la finalité étrangère de ces deux mécanismes pourrait objectivement emmener à une cohabitation des deux règles et peut être, une complexification encore plus importante de la liquidation des successions internationales. Il est alors nécessaire d'appeler de nos vœux un audit et une réflexion globale afin de juguler les initiatives éparées qui risqueraient d'emmener une législation *patchwork*.

Si le droit de prélèvement compensatoire ne répond pas aux besoins d'un futur équilibre de la transmission, il existe un sujet occulté et qui pourtant pourrait s'insérer dans le cadre d'une réflexion sur l'avenir de la matière, celui de l'exhérédation.

Section 2

L'EXHÉRÉDATION, UNE PISTE INEXPLORÉE

371. Un bon de la volonté. L'évolution du droit des successions et des libéralités, et plus généralement du droit de la transmission, est un sujet important. À ce titre, il doit être proposé une avancée de ce corpus juridique en prenant en compte ce besoin d'évolution et en accord avec ce pouvoir de la volonté de plus en plus présent. Se pose alors une interrogation : si depuis maintenant plusieurs années les propositions d'évolution de la matière fleurissent, sont-elles suffisantes ou alors faudrait-il proposer une voie d'amélioration plus radicale sans jamais toutefois rompre l'équilibre ? Si de nombreuses propositions s'élèvent dans la doctrine, il appert que celles-ci ne soient pas à la mesure de la volonté politique et sociétale.

Le pouvoir de la volonté du *de cuius* et son expression ne peuvent pas être occultés, et les propositions visant à élargir l'anticipation successorale concertée ne suffisent pas à la cause malgré leur atout majeur. Tous les regards se tournent vers la réserve héréditaire, véritable rempart et contre poids à la volonté. La notion phare de l'ordre public successoral résiste mais les assauts

idéologiques et législatifs ne suffisent pas à lui assurer sa position de pilier malgré un récent sursaut via le mécanisme du prélèvement compensatoire.

Se pose alors la question d'une évolution innovante et en rupture avec ce qui a pu être proposé. Si la transformation de la nature de la réserve en un droit à créance individualisée doit fermement être écartée à l'aune de tout ce que cela pourrait impliquer sur la déstabilisation de la matière, une voie se dessine vers un domaine encore inexploré : l'exhérédation. Ce sujet éminemment clivant est aux portes de l'équilibre successoral, et se présenterait, à tort, comme en inadéquation avec le principe d'une réserve héréditaire forte¹⁵⁵⁹. Si la suppression de l'émolument successoral existe en droit français elle est fortement encadrée (§ 1), encadrement qui se trouve être plus libéral dans de nombreux pays européens (§ 2). Malgré une prohibition de principe, le droit français ne se désintéresse pas totalement de la suppression de l'émolument de l'héritier réservataire (§ 3).

§ 1 - LA SUPPRESSION DE L'ÉMOLUMENT EN DROIT FRANÇAIS

372. La définition de l'exhérédation. Le terme « *exhérer* »¹⁵⁶⁰ est un pur synonyme du terme « *deshériter* » qui lui-même peut se définir comme le fait de priver quelqu'un d'un héritage légitime¹⁵⁶¹. L'exhérédation peut être définie de plusieurs façons, selon André Ponsard c'est « *la disposition par laquelle le testateur prive ses héritiers des droits que leur accorde la loi dans sa succession* »¹⁵⁶². Pour Sandrine Le Chuiton qui en a fait son sujet de doctorat, « *l'exhérédation est la privation, directe ou indirecte et quelle qu'en soit la forme, de l'émolument successoral par la seule volonté du de cujus, sans pouvoir porter atteinte*

¹⁵⁵⁹ À mi-chemin de notre réflexion se trouve la proposition d'évolution de la réserve héréditaire envisagée par le 118^{ème} congrès des Notaires. Toujours sur cette idée d'une réflexion non par individu mais par souche, il est alors proposé de faire évoluer la réserve héréditaire vers une réserve de souche. Partant : « *une réserve de lignée ou de souche, pourrait permettre d'allotir des petits-enfants, voire des arrière-petits-enfants, et priver son enfant (de 1^{er} degré) auteur de cette lignée, de tout ou partie de sa réserve, dès lors que la souche de cet enfant est bien allotie de sa réserve. Il ne s'agirait que d'une extrapolation du mécanisme de la donation-partage transgénérationnelle à la vocation successorale. Pour ne pas heurter les sensibilités, cette modification de la réserve (de réserve individuelle à réserve de souche) pourrait être conventionnelle et n'être qu'un pacte de famille, tel que présenté ci-avant. Mais si nous voulions aller au bout du raisonnement, il nous semblerait efficace qu'elle puisse s'imposer sous l'autorité du chef de famille* » (118^{ème} congrès des notaires de France, *L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 12-14 octobre 2022, Rapport p. 898). Si la proposition en ce qu'elle tend en un nouveau pacte de famille est intéressante, c'est tout particulièrement sur la fin qu'elle rejoint notre sujet. Car, permettre au chef de famille, d'autorité, et donc unilatéralement, de sauter une génération pour allotir directement la deuxième génération, est une forme d'exhérédation directe. Comment justifier ce saut de génération, une juste cause ? Existerait-il une voie de recours pour l'héritier de premier rang ? Nombreuses sont les questions d'une telle évolution. Aussi, si cette évolution de la réserve se veut une mesure médiane entre la concertation et l'unilatéralisme, force est de souligner qu'en l'absence d'une éventuelle seconde génération à allotir cette solution se trouve inefficace. Nous proposerons une solution qui, selon notre analyse, répond au besoin d'évolution tout en ayant un régime juridique propre.

¹⁵⁶⁰ Bordas (1970), *Exhérer*, in *Focus Encyclopédie internationale tome I D/K*.

¹⁵⁶¹ Bordas (1970), *Deshériter*, in *Focus Encyclopédie internationale tome I D/K*.

¹⁵⁶² A. PONSARD, « Quelques remarques sur les clauses d'exhérédation », *Mél. Voirin*, 1967. 666 s.

au titre d'héritier»¹⁵⁶³. Cet acte de pure volonté, mais également de pure autorité du *de cuius*, est un sujet complexe à aborder en droit français.

Historiquement, l'exhérédation a connu de nombreuses évolutions. Acte souverain et politique en droit primaire Romain, le testateur avait toute latitude dans le choix du ou des héritiers¹⁵⁶⁴. Il pouvait dès lors librement écarter n'importe quel héritier de façon expresse de son hérédité. Peu à peu, le droit d'exhérédation évolua : formalisme, *quarte falcide*, *officium pietatis* sont autant de données qui sont venues encadrer la liberté de *de cuius*¹⁵⁶⁵. Une évolution intéressante du droit d'exhérédation se fit sous Justinien par la Novelle 115, qui institua des causes d'exhérédation limitativement énumérées, 14 pour les descendants et 8 pour les ascendants. Comme le précise Furgole, « *l'exhérédation au lieu d'être comme dans le premier état du droit romain l'exercice légitime du droit de propriété pour le testateur, prit le caractère d'une peine pour l'exhérédé dont le titre était ainsi effacé et elle garda ce caractère en droit écrit* »¹⁵⁶⁶. C'est ainsi que lorsque testateur voulait écarter les légitimaires de la succession, il avait donc le choix entre deux moyens, suivant qu'il voulait ou non les priver de leur légitime : limiter l'émolument à la légitime ou tenter une exhérédation complète¹⁵⁶⁷. Ces causes d'exhérédation étaient nombreuses et raisonnées avec les mœurs de l'époque : 1°) si l'héritier frappe son auteur ; 2°) s'il porte atteinte à son honneur ; 3°) s'il forme quelque accusation, à moins que ce ne fût pour crime de lèse-majesté ; 4°) s'il s'associe avec des gens qui mènent une mauvaise vie ; 5°) s'il a attenté à la vie de son auteur par poison ou autrement ; 6°) s'il a commis un inceste avec sa mère ou ; 7°) s'il a eu habitude avec la concubine de son père ; 8°) si l'héritier a injustement dénoncé son auteur ; 9°) si l'enfant mâle a refusé de se porter caution pour délivrer son père de prison lorsque le père y est détenu pour dettes ou pour tout autre crime pour lequel la caution est admise ; 10°) si l'enfant empêche l'ascendant de tester ; 11°) si le fils, contre la volonté de son père, s'est associé avec des mimes, bateleurs et autres gens de théâtre ou parmi des gladiateurs et qu'il ait persévéré dans ce métier, à moins que le père ne fût de la même profession ; 12°) si la fille mineure, que son père a voulu marier et doter convenablement, a refusé ce qu'on lui proposait pour mener une vie désordonnée, sauf si le père a négligé de marier sa fille jusqu'à 25 ans ; 13°) si les enfants négligent d'avoir soin de leurs père, mère, ou autres ascendants devenus indigents ; 14°) s'ils négligent de racheter leurs ascendants détenus prisonniers.

Avec la déchéance de Rome et l'évolution du droit en France, la question de l'exhérédation s'est retrouvée ventilée entre le droit écrit et les différentes coutumes¹⁵⁶⁸. La Révolution française

¹⁵⁶³ S. LE CHUITON, *L'exhérédation*, thèse, Lille 2, 2012, p. 22.

¹⁵⁶⁴ V. *supra*, n° 8 et 9.

¹⁵⁶⁵ V. *supra*, n° 10 et s.

¹⁵⁶⁶ FURGOLLE, *Testaments*, chap. vin., in E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902, p. 126

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 127.

¹⁵⁶⁸ V. *supra*, n° 13 et s.

et le décret du 9 fructidor an II et sa disposition 23 anéantiront la liberté de tester et consubstantiellement les possibilités d'exhérédation¹⁵⁶⁹. Ernest Vallier expose que cette suppression de l'exhérédation ne s'est pas faite sans bataille, qu'une partie de la doctrine objecta que cela « *privait la puissance paternelle un attribut nécessaire* ». Différentes idées furent mises en avant comme un démembrement forcé de la pleine propriété, par lequel l'usufruit était attribué à l'héritier indigent¹⁵⁷⁰. *In fine*, les révolutionnaires écartèrent toute exhérédation, avec toujours en tête cette défiance à l'égard de la puissance paternelle.

Le Code civil ne reviendra que peu sur cette problématique de l'exhérédation, car extrêmement attachée au principe de l'égalité successorale.

373. L'exhérédation au XXI^{ème} siècle. En droit civil moderne l'exhérédation ne fait que peu d'échos, mais reste une possibilité pleine et entière pour le *de cuius*. Le *de cuius* peut par la forme testamentaire, exhériter directement ou indirectement, tout héritier. Cette exhérédation comme le précisent très justement Charles Bahurel¹⁵⁷¹ ou encore Sandrine Le Chuiton¹⁵⁷², n'est pas une déchéance du statut d'héritier mais simplement une suppression de l'émolument devant être normalement reçu. C'est ainsi que, même frappé d'exhérédation, l'héritier peut revendiquer des droits sur la succession, et tout particulièrement agir en contestation du testament. La limite naturelle à l'exhérédation est la présence de la réserve héréditaire, dans cette hypothèse la sanction testamentaire se limitera uniquement à la quotité disponible.

374. La forme de l'exhérédation. L'exhérédation ne peut prendre qu'une forme testamentaire. Si certains ont pu parler d'exhérédation déguisée par la voie de la renonciation anticipée à l'action en réduction, force est de souligner que seul le testament, de par son caractère unilatéral, peut contenir aujourd'hui une telle disposition de volonté. L'exhérédation peut être directe et prendre effet à l'ouverture de la succession. Deux grandes hypothèses peuvent alors se retrouver : soit le *de cuius* aura nommément exclu un héritier de sa succession par voie d'exhérédation nominative ; soit le *de cuius* aura institué un légataire universel exhérédant ainsi les autres successibles. L'exhérédation peut être indirecte et conditionnée à une obligation de faire ou de ne pas faire. On retrouve ici la question des clauses pénales précédemment évoquées¹⁵⁷³.

¹⁵⁶⁹ E. VALLIER, *op. cit.*, p. 240.

¹⁵⁷⁰ E. VALLIER, *op. cit.*, p. 305.

¹⁵⁷¹ C. BAHUREL, *op. cit.*, pp. 138-144.

¹⁵⁷² S. LE CHUITON, *op. cit.*, p. 227.

¹⁵⁷³ V. *supra*, n° 329.

375. La portée de l'exhérédation. La portée de l'exhérédation doit être analysée de façon différente en présence d'héritier réservataire ou non. Dans l'hypothèse de présomptifs réservataires, l'exhérédation, peu important sa forme, n'aura de prise que sur la portion disponible. La suppression de l'émolument successoral portant sur la part réservataire pourra être levée. En présence d'un conjoint survivant, tout dépendra de la configuration de la famille. En présence d'enfant, l'exhérédation du conjoint sera possible, néanmoins en l'absence de descendance, elle sera limitée à sa vocation réservataire.

En l'absence d'héritier protégé la sanction de l'exhérédation peut pleinement jouer. C'est ainsi que les ascendants ordinaires peuvent être purement exclus de la succession¹⁵⁷⁴. Il en est de même pour les ascendants privilégiés dans le respect du droit de retour des père et mère¹⁵⁷⁵. Michel Grimaldi précise que les droits de retour des articles 368-1 et 757-3 du Code civil ne s'imposent pas au *de cuius*, qui peut aisément y faire échec par la voie testamentaire¹⁵⁷⁶.

En ce qui concerne la portée de l'exhérédation, hors cas de réservataire, se posent deux questions : celle du rapport et celle de la représentation. Concernant la question du rapport des libéralités antérieures de la personne exhérédée, le Professeur Grimaldi expose que cet héritier étant étranger à la succession ne doit pas le rapport¹⁵⁷⁷. L'auteur précise que cette solution est logique dans la cadre d'une exhérédation directe et nominative, mais se trouve plus compliquée dans le cadre d'une exhérédation via l'institution d'un légataire, car amènerait à un résultat juridiquement « *déconcertant* ». Concernant la représentation, Christophe Lesbats précise que, dans le silence de la loi, le débat est entier. D'un côté, une partie de la doctrine soutient que la représentation de l'indigne étant possible, celle de l'exhéréde le serait tout autant. De l'autre, une partie des auteurs affirme qu'il n'est pas possible d'étendre la représentation au-delà des cas prévus par la loi¹⁵⁷⁸. C'est d'ailleurs ce dernier point de vue que retient la Cour de cassation dans un arrêt du 17 avril 2019¹⁵⁷⁹. Reste à déterminer si cette solution applicable en ligne collatérale serait applicable en ligne directe¹⁵⁸⁰.

Force est de souligner que le périmètre de l'exhérédation volontaire en droit français se trouve fortement limité par la présence de la réserve héréditaire. Rien de bien étonnant à cet état de fait quand l'une des fonctions de cette institution d'ordre public était justement de contrer la volonté unilatérale du *de cuius*. Pourtant, la présence d'une réserve héréditaire peut ne pas forcément

¹⁵⁷⁴ C. LESBATS, *La dévolution successorale*, 2020, LexisNexis, coll. Pratique Notariale, n° 507, p. 224.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, n° 393, p. 173.

¹⁵⁷⁶ M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 8^e éd., Paris, Litec, 2020, n° 268, p. 207.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, n° 731, p. 569.

¹⁵⁷⁸ C. LESBATS, *op. cit.*, n° 172, p. 65.

¹⁵⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 2019, n° 17-11.508 : JurisData n°2019-006298, *Ibid.*

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*

faire obstacle à l'expression d'une volonté d'exhérédation. C'est ce que nous apprend l'étude de certains droits étrangers.

§ 2 - LA SUPPRESSION DE L'ÉMOLUMENT EN DROIT ÉTRANGER

376. Des voisins plus libertaires. Le pouvoir de la volonté unilatérale en droit français se trouve fortement limité de façon directe par l'ordre public successoral sans aucune exception possible. Cet état de fait tend à être nuancé dans des pays assez proches de la France comme l'Autriche (A), l'Allemagne (B), la Suisse (C) ou encore l'Espagne (D) pourtant tout autant attachés, voire si ce n'est plus, au principe d'une réserve héréditaire, que la France.

A - Le droit autrichien

377. L'exhérédation en droit autrichien. Le droit autrichien connaît, contrairement au droit français, des dispositions unilatérales accordées au *de cuius* lui permettant de venir réduire la part d'héritage normalement protégée d'un héritier. Le Code civil autrichien définit, d'ailleurs, l'exhérédation en son article 769 comme étant « *la privation totale ou partielle de la part obligatoire par disposition testamentaire* »¹⁵⁸¹. L'article 770 du *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* prévoit qu'une personne ayant droit à une part obligatoire peut être déshéritée pour un certain nombre de raisons qui se veulent exhaustives. La première est la commission d'une infraction pénale à l'encontre du défunt qui ne peut être commise qu'intentionnellement et qui est punie de plus d'un an d'emprisonnement. La seconde est la commission d'une infraction pénale contre le conjoint, le partenaire enregistré, le cohabitant ou un parent en ligne droite, les frères et sœurs du défunt et leurs enfants, qui ne peut être commise qu'intentionnellement et est punie de plus d'un an d'emprisonnement. La troisième vise l'hypothèse où l'héritier a délibérément contrecarré, ou tenté de contrecarrer, la réalisation de la véritable dernière volonté du défunt. La quatrième vise l'hypothèse où l'héritier a causé au défunt de graves souffrances mentales de manière répréhensible. La cinquième, lorsque l'héritier a négligé de manière flagrante ses obligations familiales envers le défunt. Et enfin le dernier cas vise l'héritier

¹⁵⁸¹ ABG § 769 : « *Enterbung ist die gänzliche oder teilweise Entziehung des Pflichtteils durch letztwillige Verfügung* » (Trad.).

condamné à la prison à vie ou à vingt ans de prison pour une ou plusieurs infractions commises avec intention¹⁵⁸².

Ces causes d'exhérédation trouvent certains points communs avec les causes d'indignité du droit français mais certaines s'avèrent plus larges, comme le fait de causer de graves souffrances morales qui peuvent s'apparenter aux sévices de l'ingratitude ou encore la négligence familiale qui peut faire écho au refus d'aliments. L'article 771 du même code prévoit une disposition qui permet également une exhérédation lorsqu'en raison de la prodigalité d'un présomptif réservataire, il existe un risque que la part d'héritage réservée entièrement ou largement soit perdue pour ses enfants, la part de réserve peut lui être retirée au profit de ses enfants¹⁵⁸³. Enfin, l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* prévoit en son article 776 une dernière disposition permettant au *de cuius* d'exercer un droit unilatéral d'exhérédation en réduisant de moitié la part obligatoire par testament si lui-même et la personne ayant droit à la part obligatoire n'ont jamais eu, ou du moins pendant une longue période avant le décès, de relations étroites comme il est d'usage entre ces membres de la famille. L'article poursuit en précisant que ce droit de réduction de la part réservataire ne peut jouer si le défunt a évité le contact sans raison valable ou a donné un motif justifié pour l'absence de contact¹⁵⁸⁴.

Ces dispositions vont bien au-delà de tout ce que connaît le droit français, et ce d'autant plus que la mise en place de cette volonté peut se faire simplement par voie testamentaire. En effet l'article 772 de l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* prévoit que l'exhérédation se fait par testament dans lequel le motif d'exhérédation devra être mentionné¹⁵⁸⁵. Le *de cuius*, débiteur de la réserve héréditaire, doit prouver l'existence d'un motif d'exhérédation. L'article 773 du même code poursuit en précisant que cette exhérédation testamentaire peut être révoquée explicitement, ou

¹⁵⁸² ABG § 770 : « Ein Pflichtteilsberechtigter kann enterbt werden, wenn er : 1. gegen den Verstorbenen eine gerichtlich strafbare Handlung begangen hat, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, 2. gegen den Ehegatten, eingetragenen Partner, Lebensgefährten oder Verwandten in gerader Linie, die Geschwister des Verstorbenen und deren Kinder, Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten sowie die Stiefkinder des Verstorbenen eine gerichtlich strafbare Handlung begangen hat, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, 3. absichtlich die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Verstorbenen vereitelt oder zu vereiteln versucht hat (§ 540), 4. dem Verstorbenen in verwerflicher Weise schweres seelisches Leid zugefügt hat, 5. sonst seine familienrechtlichen Pflichten gegenüber dem Verstorbenen gröblich vernachlässigt hat, oder, 6. wegen einer oder mehrerer mit Vorsatz begangener strafbarer Handlungen zu einer lebenslangen oder zwanzigjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist » (Trad).

¹⁵⁸³ ABG. § 771 : « Wenn auf Grund der Verschuldung oder des verschwenderischen Lebensstils eines Pflichtteilsberechtigten die Gefahr besteht, dass der ihm gebührende Pflichtteil ganz oder größtenteils seinen Kindern entgehen wird, kann ihm der Pflichtteil zugunsten seiner Kinder entzogen werden » (Trad).

¹⁵⁸⁴ ABG § 776 : « (1) Der Verfügende kann den Pflichtteil letztwillig auf die Hälfte mindern, wenn er und der Pflichtteilsberechtigte zu keiner Zeit oder zumindest über einen längeren Zeitraum vor dem Tod des Verfügenden nicht in einem Nabeverhältnis standen, wie es zwischen solchen Familienangehörigen gewöhnlich besteht. (2) Das Recht auf Pflichtteilsmindern steht nicht zu, wenn der Verstorbene den Kontakt grundlos gemieden oder berechtigten Anlass für den fehlenden Kontakt gegeben hat. (3) Die §§ 773 und 774 gelten sinngemäß für die Pflichtteilsmindern; die Pflichtteilsmindern kann auch stillschweigend durch Übergebung in der letztwilligen Verfügung angeordnet worden sein » (Trad).

¹⁵⁸⁵ ABG. § 772 : « (1) Die Enterbung kann ausdrücklich oder stillschweigend durch Übergebung in der letztwilligen Verfügung erfolgen. (2) Der Enterbungsgrund muss für die Enterbung durch den Verstorbenen ursächlich gewesen sein. » (Trad).

tacitement, par disposition testamentaire postérieure. Si le *de cuius* n'a pas été en mesure de formaliser sa révocation, l'exhérédation est invalide si le défunt a indiqué avoir pardonné au réservataire¹⁵⁸⁶. Une clause de sauvegarde est prévue à l'article 777 du même code qui prévoit qu'un héritier, même exhéredé, a toujours droit à un entretien nécessaire¹⁵⁸⁷.

378. Les vices d'un tel système. Le système autrichien instituant des causes d'exhérédation légale, mais également testamentaire, ne ressemble en rien aux règles applicables au droit français. Très brièvement évoqué lors des débats et des auditions du groupe de travail sur la réserve héréditaire, ce système a été écarté pour plusieurs raisons. Outre l'argument du rejet lors des débats allemands sur la constitutionnalité de réserve¹⁵⁸⁸, la question de la psychologie et de la sociologie a été centrale.

La lettre de l'article 776 du *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* institue en effet un motif d'exhérédation très vague. L'appréciation, tant de la temporalité que de la caractérisation des relations étroites entre le défunt et le présomptif réservataire, relève de l'appréciation *in concreto* du juge du fond et emmènerait certainement un contentieux successoral important. Nous dénonçons les écueils d'une évolution d'une réserve héréditaire corrélée à un état de besoin ou de précarité, en ce qu'elle crée une grande insécurité à l'aune d'une part du caractère *in concreto* de la réponse réservataire, mais également du contentieux complexe qu'elle entraînerait. Ici la réserve héréditaire reste un droit *in abstracto*, en ce qu'il ne serait pas corrélé à autre chose qu'au nombre de descendants. Le principe reste une réserve héréditaire commune, l'exception se trouve dans la possibilité pour le *de cuius* de supprimer totalement, ou partiellement ce droit, par la voie testamentaire, s'il justifie d'une cause d'exhérédation prévue par les textes. Si certaines dispositions, comme celles prévues dans le cadre d'un héritier prodigue, peuvent être des idées porteuses, la lettre de l'article 776 ouvre des causes d'exhérédation extrêmement larges qui ne peuvent être bornées par des règles précises.

À ce sujet, le rapport sur la réserve précisait : « *faudrait-il encore la chiffrer et alors qu'elle durée retenir dans la loi : 10 ans, 15 ans, 20 ans, davantage ? Et, à ne pas la chiffrer dans la loi, comment éviter l'aléa judiciaire tenant à la libre appréciation du juge ? De la même façon, la notion de manquement à un devoir envers le défunt n'est pas simple à identifier. Au surplus, l'introduction de tels motifs d'exhérédation soulèverait d'inévitables problèmes de preuve. Elle serait de nature à susciter un contentieux aujourd'hui inexistant et à remettre l'attribution*

¹⁵⁸⁶ ABG. § 773 : « (1) Die Enterbung kann widerrufen werden, und zwar ausdrücklich oder stillschweigend durch die nachträgliche letztwillige Bedenkung des vorher Enterbten oder durch den Widerruf der letztwilligen Verfügung, welche die Enterbung anordnet. (2) Konnte der Verstorbene die Enterbung auf Grund fehlender Testierfähigkeit nicht mehr widerrufen, so ist die Enterbung unwirksam, wenn der Verstorbene zu erkennen gegeben hat, dass er dem Enterbten verzeihen hat. » (Trad).

¹⁵⁸⁷ ABG. § 777 : « Selbst wenn ein Pflichtteilsberechtigter erbunwürdig oder enterbt worden ist, steht ihm doch stets der notwendige Unterhalt zu. » (Trad).

¹⁵⁸⁸ V. *infra*, n° 380.

de la réserve héréditaire entre les mains du juge »¹⁵⁸⁹. Il est vrai que la contrepartie d'une telle exaltation de la volonté serait une augmentation importante du contentieux successoral avec des contestations sur des motifs au demeurant plus factuelles que juridiques.

Or, comme nous l'avons exposé, le contentieux successoral, en ce qu'il diffère l'avènement du schéma de planification, rend caduque la volonté du *de cuius*. Si le fond d'une telle exhérédation peut s'entendre, sa forme testamentaire est par définition unilatérale, et n'apparaît pas opportune pour le respect de l'équilibre de la transmission.

Non loin de l'Autriche, l'Allemagne connaît également des dispositions plus larges que celles du droit français, sans aller jusqu'aux dispositions autrichiennes.

B - Le droit allemand

379. La notion. Pourtant constitutionnellement attaché au principe de la réserve héréditaire¹⁵⁹⁰, le droit allemand connaît, à l'instar du droit autrichien, des dispositions par lesquelles le *de cuius* peut unilatéralement exhériter un présomptif réservataire.

L'article 2333 du *Bürgerliches Gesetzbuch* prévoit que le testateur peut retirer la part obligatoire à un descendant si celui-ci : 1°) cherche à tuer le défunt, le conjoint du défunt, un autre descendant ou une personne similaire au défunt ; 2°) se rend coupable d'une infraction pénale ou d'une infraction grave intentionnelle à l'encontre d'une des personnes visées au point 1 ; 3°) viole malicieusement l'obligation alimentaire qui lui incombe de par la loi envers le testateur ; 4°) a été reconnu coupable d'une infraction pénale intentionnelle et a été condamné à une peine de prison d'au moins un an sans mise à l'épreuve, et la participation du descendant à la succession est donc déraisonnable pour le testateur. Il en va de même si le placement du descendant dans un hôpital psychiatrique ou dans un centre de réadaptation est ordonné avec effet définitif en raison d'un acte

¹⁵⁸⁹ Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, *op. cit.*, p. 118.

¹⁵⁹⁰ Not. sur ce sujet : « En Allemagne, les descendants, les ascendants, le conjoint survivant et le partenaire ont droit à une réserve héréditaire, appelée *Pflichtteil*. Comme l'explique Anne Roithel à l'occasion de son audition, 'le montant de la réserve varie selon les configurations familiales et le régime matrimonial des époux : en règle générale, la réserve est égale à la moitié de la part *ab intestat*'. Au tournant des années 2000, la réserve héréditaire a fait l'objet de critiques et sa conformité à la Constitution a été mise en doute. La Cour constitutionnelle fédérale a tranché le débat dans une décision rendue le 19 avril 2005 à propos de la réserve héréditaire des descendants. La Cour constitutionnelle non seulement y rejette l'idée que la réserve héréditaire serait inconstitutionnelle, en tant qu'elle serait contraire au droit de propriété et à la liberté de disposer, mais de plus attribue à la réserve héréditaire, comme à la liberté de disposer, une valeur constitutionnelle », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, p. 87. Également sur ce sujet Beate Gsell précisait que « le droit allemand ne connaît pas la réserve héréditaire au sens d'une part du patrimoine réservée comme peut l'être le droit français. En effet, les bénéficiaires de cette protection ne sont pas automatiquement héritiers mais reçoivent une créance en valeur, ils n'ont pas de droit réel, Intervention lors d'une table ronde sur « l'ordre public en droit des successions » modérée par C.-M. PEGLION-ZIKA lors d'un colloque intitulé « Regard comparés sur les enjeux contemporains du droit des personnes et de la famille », J. DUBARRY et L. LEVENEUR (dir.), 8 octobre 2021.

intentionnel d'une gravité similaire¹⁵⁹¹. Le paragraphe 1 s'applique *mutatis mutandis* au retrait de la part obligatoire des parents ou du conjoint. Ces dispositions se rapprochent fortement de la lettre de l'article 770 du *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* et se trouvent être beaucoup plus larges que les causes d'indignité du droit français. À l'instar du droit autrichien et en opposition au droit français, l'article 2336 du *Bürgerliches Gesetzbuch* prévoit que l'exhérédation se fait par voie testamentaire et que la « cause exhérédante » doit exister au moment de la rédaction de l'acte de planification. Il est précisé que la charge de la preuve incombe à la personne qui revendique la privation, soit le *de cuius*.

Le droit allemand connaît également des dispositions spécifiques eu égard au caractère prodigue du présomptif réservataire. L'article 2338 du même code prévoit, en ce sens, que dans l'hypothèse où un descendant est frappé de prodigalité à un tel point qu'il s'en trouve surendetté, le *de cuius* peut limiter les droits du présomptif réservataire en ordonnant qu'après le décès du descendant ses héritiers légaux recevront ce qui lui reste ou la part obligatoire qui lui revient en tant que successeurs ou légataires, proportionnellement à leurs parts légales dans la succession. Le testateur peut également confier l'administration à un exécuteur pour la durée de vie du descendant ; dans ce cas, le descendant a droit au revenu net annuel¹⁵⁹². Enfin, le droit allemand connaît également des causes d'indignité prévues à l'article 2339 du *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁵⁹³.

380. Des notions compatibles. Le droit allemand ne porte pas la volonté du *de cuius* aussi loin que le droit autrichien. Il n'existe en effet aucune disposition qui s'approcherait de l'article 776 du *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*. Sur ce point précis le groupe de travail sur la réserve héréditaire précisait, et notamment Anne Röthel, que « la solution autrichienne a été fermement rejetée, après avoir été

¹⁵⁹¹ BGB. § 2333 : « (1) Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn der Abkömmling : 1. dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Person nach dem Leben trachtet, 2. sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen eine der in Nummer 1 bezeichneten Personen schuldig macht, 3. die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt oder 4. wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wird und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Gleiches gilt, wenn die Unterbringung des Abkömmlings in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt wegen einer ähnlich schwerwiegenden vorsätzlichen Tat rechtskräftig angeordnet wird. (2) Absatz 1 gilt entsprechend für die Entziehung des Eltern- oder Ehegattenpflichtteils. » (Trad).

¹⁵⁹² BGB. § 2338 : « (1) Hat sich ein Abkömmling in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder ist er in solchem Maße überschuldet, dass sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, so kann der Erblasser das Pflichtteilsrecht des Abkömmlings durch die Anordnung beschränken, dass nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen. Der Erblasser kann auch für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen; der Abkömmling hat in einem solchen Falle Anspruch auf den jährlichen Reinertrag. (2) Auf Anordnungen dieser Art finden die Vorschriften des § 2336 Abs. 1 bis 3 entsprechende Anwendung. Die Anordnungen sind unwirksam, wenn zur Zeit des Erbfalls der Abkömmling sich dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet hat oder die den Grund der Anordnung bildende Überschuldung nicht mehr besteht. » (Trad).

¹⁵⁹³ BGB. § 2339 : « (1) Erbunwürdig ist : 1. wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder zu töten versucht oder in einen Zustand versetzt hat, infolge dessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben, 2. wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich verhindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben, 3. wer den Erblasser durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben, (2) Die Erbunwürdigkeit tritt in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3, 4 nicht ein, wenn vor dem Eintritt des Erbfalls die Verfügung, zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt oder in Ansehung deren die Straftat begangen worden ist, unwirksam geworden ist, oder die Verfügung, zu deren Aufhebung er bestimmt worden ist, unwirksam geworden sein würde. » (Trad).

débatte, par le législateur allemand à l'occasion de sa dernière réforme du droit des successions. (...) le législateur allemand a délibérément refusé de s'engager dans cette voie et a voulu réaffirmer que tous les enfants, quelle que soit leur situation vis-à-vis du défunt, ont droit à une part égale de réserve¹⁵⁹⁴. Dès lors, si l'introduction d'un motif d'exhérédation, fondé sur les relations entre le *de cuius* et le présomptif réservataire, contrevenait selon le législateur allemand au principe de l'égalité successorale, l'existence d'une possible exhérédation testamentaire pour juste motif, semble être compatible avec le principe d'une réserve héréditaire forte. Cependant, là encore, l'utilisation de la voie testamentaire comme biais d'exhérédation est un chemin pavé d'embûches vers la création d'un contentieux important qui verra le jour à l'ouverture de la succession, et qui diffèrera d'autant plus l'expression de la volonté anticipée du *de cuius*.

C - Le droit Suisse

381. La solution Suisse. Pays limitrophe avec l'Allemagne, la Suisse, qui connaît également le principe d'une réserve héréditaire¹⁵⁹⁵, permet aussi le principe d'une exhérédation pour juste cause. L'article 477 du Code civil Suisse prévoit que l'héritier réservataire peut être déshérité par disposition pour cause de mort lorsqu'il a commis une infraction pénale grave contre le défunt ou l'un de ses proches, ou lorsqu'il a gravement failli aux devoirs que la loi lui impose envers le défunt ou sa famille. Concernant le manquement aux devoirs familiaux, Maître Pascal Rytz précisait que « de tels devoirs sont notamment issus des règles du Code civil portant sur le droit de la famille, le droit de la filiation, le droit matrimonial, ainsi que le partenariat enregistré. Il peut par exemple s'agir du devoir de fournir des aliments à des parents en ligne directe dans le besoin (art. 328 CC) ou encore du devoir d'aide, d'égards et de respect réciproques que parents et enfants se doivent (art. 272 CC) »¹⁵⁹⁶. Selon l'analyse de la jurisprudence helvétique, Maître Rytz relevait que le Tribunal fédéral précisait qu'il faut que les actes incriminés soient de nature à ruiner la communauté familiale, et qu'ils aient effectivement eu un tel résultat dans le cas d'espèce. La Cour suprême a déjà eu l'occasion de juger que le fait de ne pas observer les habitudes ou les attentes du disposant, de choisir un métier qui ne lui convient pas, d'épouser une personne qu'il

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 118.

¹⁵⁹⁵ (Suisse) C. civ. art 470 et 471 : « *Quotité disponible. Son étendue : celui qui laisse des descendants, ses père et mère, son conjoint ou son partenaire enregistré, a la faculté de disposer pour cause de mort de ce qui excède le montant de leur réserve. En dehors de ces cas, il peut disposer de toute la succession. II. Réserve. La réserve est : pour un descendant, des trois quarts de son droit de succession ; pour le père ou la mère, de la moitié ; pour le conjoint ou le partenaire enregistré survivant, de la moitié* ».

¹⁵⁹⁶ P. RITZ, « Puis-je déshériter ma fille qui a coupé les ponts ? », Tribune de Genève, {en ligne}, 12 juin 2017, {consulté le 10 janvier 2021} : <https://www.tdg.ch/signatures/conseil-avocat/story/30073187>.

n'apprécie pas, de changer de confession ou d'avoir des opinions politiques divergentes ne constituent pas des motifs valables d'exhérédation¹⁵⁹⁷.

L'enfant exhéredé ne peut dès lors réclamer une part de la succession ou intenter une action en réduction. Sa part est dévolue, lorsque le défunt n'en a pas autrement disposé, aux héritiers légaux de ce dernier, comme si l'exhéredé ne lui avait pas survécu. Les descendants de l'exhéredé ont droit à leur réserve comme s'il était prédécédé. On apprend donc que l'exhérédation au titre de l'article 477 du Code civil agit dans les mêmes effets que l'indignité sur les règles liquidatives, et qu'il ne s'agit pas d'une exhérédation de souche ce qui au demeurant apparaît logique au regard du caractère éminemment personnel des causes d'exhérédation¹⁵⁹⁸.

En ce qui concerne le mode de preuve, le Code civil prévoit que la mention de la cause de l'exhérédation dans le testament relève du formalisme *ad validitatem*. En l'absence de preuve ou de mention dans le testament, le Code civil nous dit que « *les volontés du défunt seront exécutées dans la mesure du disponible* ». On comprend alors que l'exhérédation ne jouera que sur la portion du disponible mais n'entachera pas les droits réservataires.

Dans l'hypothèse d'une contestation des dispositions testamentaires, le Code civil précise que la preuve de l'exactitude de cette indication sera faite, en cas de contestation de la part de l'exhéredé, par l'héritier ou le légataire qui profite de l'exhérédation¹⁵⁹⁹. Deux remarques doivent immédiatement être faites. La première est que si l'enfant exhéredé ne peut agir en réduction, il demeure dans la capacité de saisir une juridiction en contestation des dispositions testamentaires, et notamment de l'exhérédation. Si cela s'explique par le caractère unilatéral de la planification testamentaire, cette solution peut créer une source de contentieux importants, si ce n'est systématiques, lors de l'ouverture de la succession. La seconde remarque est relative à la charge de la preuve qui repose non pas sur l'enfant exhéredé mais sur la ou les personnes à qui profite l'exhérédation. Il apparaît dès lors injuste de faire reposer la charge d'une telle preuve sur des héritiers qui n'étaient pas aux commandes de la décision d'exhérédation. C'est ainsi qu'au-delà de créer un contentieux entre les héritiers, celui-ci pourrait être exacerbé sur le terrain de la charge de la preuve.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*

¹⁵⁹⁸ (Suisse) C. civ. art 477 : « B. Exhérédation I. Causes : L'héritier réservataire peut être déshérité par disposition pour cause de mort : 1°) lorsqu'il a commis une infraction pénale grave contre le défunt ou l'un de ses proches ; 2°) lorsqu'il a gravement failli aux devoirs que la loi lui impose envers le défunt ou sa famille ».

¹⁵⁹⁹ (Suisse) C. civ. art 479 : « III. Fardeau de la preuve : 1°) L'exhérédation n'est valable que si le défunt en a indiqué la cause dans l'acte qui l'ordonne. 2°) La preuve de l'exactitude de cette indication sera faite, en cas de contestation de la part de l'exhéredé, par l'héritier ou le légataire qui profite de l'exhérédation. 3°) Si cette preuve n'est pas faite ou si la cause de l'exhérédation n'est pas indiquée, les volontés du défunt seront exécutées dans la mesure du disponible, à moins qu'elles ne soient la conséquence d'une erreur manifeste sur la cause même de l'exhérédation ».

Le droit suisse connaît, à l'instar du droit allemand et autrichien, des dispositions concernant l'héritier prodigue. L'article 480 du Code civil Suisse prévoit que le descendant contre lequel il existe des actes de défaut de biens peut être exhéredé pour la moitié de sa réserve, à condition que cette moitié soit attribuée à ses enfants nés ou à naître. L'exhéredation devient caduque à la demande de l'exhéredé si, lors de l'ouverture de la succession, il n'existe plus d'actes de défaut de biens ou si le montant total des sommes, pour lesquelles il en existe encore, n'excède pas le quart de son droit héréditaire. La récurrence de ce type d'exhéredation oblige nécessairement à s'interroger sur l'opportunité d'une transposition en droit français¹⁶⁰⁰.

Tant le droit suisse que le droit allemand connaissent des motifs d'exhéredation limitativement énumérés, même si certains peuvent être sujets à une certaine appréciation du juge du fond. La délimitation de l'exhéredation par une liste de causes exhaustives semble permettre de concilier le principe d'une réserve héréditaire et un pouvoir de la volonté assez important pour permettre, dans une certaine mesure, d'exhéredé un héritier à réserve. À ce sujet, l'une des préoccupations soulevées par le groupe de travail sur la réserve héréditaire était que l'introduction en droit français de certaines causes d'exhéredation ne fasse l'effet d'un appel d'air : « à cela s'ajoute qu'à s'engager dans la voie de l'introduction de motifs d'exhéredation, l'on pourrait être tenté demain d'aller plus loin et de multiplier les raisons pour lesquelles un descendant serait susceptible d'être exhéredé »¹⁶⁰¹. Cela nous emmène à l'étude de la législation espagnole.

D - Le droit espagnol

382. La solution Espagnole. Comme la plus grande partie des droits européens, le droit espagnol connaît le principe d'une part de patrimoine réservée à une certaine catégorie de personnes. La « *legítima* » codifiée aux articles 806 et suivants *del Código Civil* Espagnol réserve, notamment aux enfants, une part du patrimoine successoral. Cet article précise expressément que la conséquence de cette *legítima* est que le testateur ne pourra pas allouer cette partie de la succession aux personnes qu'il souhaite¹⁶⁰². Néanmoins la section 9 du chapitre sur l'héritage, sobrement

¹⁶⁰⁰ (Suisse) C. civ. art 480 : « IV. Exhéredation d'un insolvable : 1°) Le descendant contre lequel il existe des actes de défaut de biens peut être exhéredé pour la moitié de sa réserve, à condition que cette moitié soit attribuée à ses enfants nés ou à naître. 2°) L'exhéredation devient caduque à la demande de l'exhéredé si, lors de l'ouverture de la succession, il n'existe plus d'actes de défaut de biens ou si le montant total des sommes pour lesquelles il en existe encore n'excède pas le quart de son droit héréditaire ».

¹⁶⁰¹ Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, *op. cit.*, p. 118.

¹⁶⁰² (Espagne) C. civ. art. 806 : « El artículo 806 del Código Civil español indica que la legítima es una parte de los bienes del testador que la ley ha reservado a los herederos forzosos. Por lo tanto, el testador no podrá destinar esta porción del caudal hereditario a las personas que quiera. » (Trad).

intitulé « *De la desheredación* » prévoit en ses articles 848¹⁶⁰³ et 849¹⁶⁰⁴ que la « *désbérence* » ne peut avoir lieu que pour l'un des motifs expressément prévus par la loi et par voie testamentaire.

L'article 852¹⁶⁰⁵ qui fixe les causes générales d'exhérédation fait un renvoi à l'article 756 qui expose les causes d'indignité successorale¹⁶⁰⁶. Ainsi, peuvent être justement exhéredé les héritiers : 1°) qui ont été condamnés par un jugement définitif pour avoir attenté à la vie, ou à une peine grave, pour avoir causé des blessures ou pour avoir exercé habituellement des violences physiques ou mentales dans le milieu familial sur la personne qui l'a provoqué, son conjoint, une personne avec laquelle il est uni par une relation d'affection analogue, ou un de ses descendants ou ascendants ; 2°) toute personne condamnée par un jugement définitif pour des crimes contre la liberté, l'intégrité morale et la liberté sexuelle, ainsi que pour une indemnisation, si la partie offensée est l'auteur, son conjoint, une personne avec laquelle elle entretient une relation affective similaire, ou l'un de ses descendants ou ascendants. Il en est de même pour la personne condamnée par un jugement définitif à une peine grave pour avoir commis un crime contre les droits et devoirs familiaux en matière d'héritage de la personne lésée. C'est aussi le cas pour une personne privée de l'autorité parentale par une décision définitive, ou soustraite à l'exercice de la tutelle ou de l'accueil d'un mineur ou d'une personne dont la capacité a été altérée judiciairement pour des raisons dont elle est responsable, en ce qui concerne l'héritage de ce mineur ou de cette personne ; 3°) toute personne qui a accusé l'auteur d'un crime pour lequel la loi prévoit une peine grave, si elle est reconnue coupable d'une fausse accusation ; 4°) l'héritier majeur qui, ayant connaissance de la mort violente du testateur, ne l'a pas dénoncée aux tribunaux dans un délai d'un mois si ces derniers n'ont pas déjà procédé d'office. Cette interdiction cesse dans les cas où, selon la loi, il n'y a pas

¹⁶⁰³ (Espagne) C. civ. art. 848 : « *La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley.* » (Trad).

¹⁶⁰⁴ (Espagne) C. civ. art. 849 : « *La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde.* » (Trad).

¹⁶⁰⁵ (Espagne) C. civ. art. 852 : « *Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos ochocientos cincuenta y tres, ochocientos cincuenta y cuatro y ochocientos cincuenta y cinco, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo setecientos cincuenta y seis con los números 1°, 2°, 3°, 5° y 6°.* » (Trad).

¹⁶⁰⁶ (Espagne) C. civ. art. 756 : « *Son incapaces de suceder por causa de indignidad.*

1.° El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. 2.° El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo. 3.° El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa. 4.° El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar. 5.° El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo. 6.° El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior. 7.° Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil. » (Trad).

d'obligation de déclaration. 5°) toute personne qui, par la menace, la fraude ou la violence, force le testateur à faire un testament ou à le modifier ; 6°) toute personne qui, par le même moyen, empêche une autre personne de faire un testament, ou de révoquer un testament qu'elle a fait, ou qui remplace, dissimule ou modifie un testament ultérieur. Concernant les descendants, l'article 853¹⁶⁰⁷ ajoute deux autres causes d'exhérédation pour les enfants ou leurs descendants : 1°) ayant refusé, sans raison légitime, l'entretien du père ou de l'ascendant qui le déshérite ; 2°) l'avoir maltraité dans les faits ou gravement insulté en paroles. Les articles 854¹⁶⁰⁸ et 855¹⁶⁰⁹ prévoient, en sus de la lettre de l'article 756, des causes spécifiques d'exhérédation pour le conjoint et les ascendants. L'article 857 du Code civil Espagnol prévoit que l'exhérédation est personnelle, que les enfants ou descendants du déshérité se substituent à lui et conservent les droits d'héritiers forcés sur la part réservée¹⁶¹⁰.

La législation espagnole se rapproche fortement du droit allemand et suisse en prévoyant une exhérédation testamentaire unilatérale suivant des causes exhaustives. Cependant, une jurisprudence remarquable permet de faire douter du caractère limitatif de ces causes. Un arrêt de la chambre civile du Tribunal Suprême Espagnol en date du 3 juin 2014 a rebattu les cartes¹⁶¹¹. Cette affaire débuta à Malaga en 2005, où un père gravement malade décida par la voie testamentaire de déshériter ses enfants car ils ne s'étaient pas occupés de lui. Le testament du défunt, daté du 20 septembre 2001 envisageait une clause d'exhérédation comme ci-après reproduite de la décision du Tribunal suprême : « *Premièrement, il déshérite expressément ses enfants désignés ci-dessus pour les causes suivantes : Sa fille, pour avoir refusé au testateur assistance et soins de manière injustifiée et également pour la cause 2^{ème} de l'article précité (art. 653) pour l'avoir gravement insulté de vive voix ; Et à son fils Roberto pour la 2^{ème} cause du même article précité, pour avoir gravement insulté le testateur en paroles et l'avoir également gravement maltraité en actes* »¹⁶¹². Les héritiers saisissent alors le tribunal pour contester ces paroles testamentaires qui ne reposaient en effet sur aucune cause prévue par le Code civil Espagnol. La présente affaire

¹⁶⁰⁷ (Espagne) C. civ. art. 853 : « *Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes: 1. Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. 2. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.* » (Trad).

¹⁶⁰⁸ (Espagne) C. civ. art. 854 : « *Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1, 2, 3, 5 y 6, las siguientes: 1. Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170. 2. Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo. 3. Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.* » (Trad).

¹⁶⁰⁹ (Espagne) C. civ. art. 855 : « *Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes: 1. Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales. 2. Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170. 3. Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge. 4. Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.* » (Trad).

¹⁶¹⁰ (Espagne) C. civ. art. 857 : « *Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima.* » (Trad).

¹⁶¹¹ Sur ce sujet : C. FOMINAYA et L. PERAITA, « Razones para desheredar a un hijo », ABC, {en ligne}, 26 fev. 2015, {consulté le 16 aout 2021} : https://www.abc.es/familia-padres-hijos/20150218/abci-herencias-testamento-desheredar-201502172104.html#ancla_comentarios.

¹⁶¹² Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid, Sección : 1, 03/06/2014, 1212/2012 (ref. 28079110012014100297).

soulevait, en tant que question de fond, l'interprétation de l'article 853.2 du Code civil, en relation avec la violence psychologique comme juste cause d'exhérédation. Ils seront déboutés de leur demande, le tribunal légitimant les dernières volontés du défunt¹⁶¹³. Cette affaire remonta jusqu'à la plus haute juridiction du pays qui confirma la décision. Les magistrats du premier et du second degrés ont alors, malgré la présence d'un clausier normalement limitatif, eu une interprétation extensive des dispositions de la loi Espagnole en considérant la maltraitance psychologique comme une cause qui devait être considérée comme juste pour déshériter son enfant. Dans sa décision extrêmement précise, le Tribunal Suprême arrive à la conclusion juridique qu' : *« en premier lieu, et en ce qui concerne la caractérisation générale, il convient de souligner que, bien que les motifs d'exhérédation ne soient que ceux expressément indiqués par la loi (article 848 du Code civil) et que cela implique leur énumération exhaustive, sans possibilité d'analogie ou d'interprétation extensive ; toutefois, cela ne signifie pas que l'interprétation ou l'évaluation des motifs spécifiques, préalablement admis par la loi, doivent être exprimés avec un critère rigide ou extrêmement restrictif. C'est ce qui se passe avec les mauvais traitements ou les injures graves comme motifs justifiés d'exhérédation (article 853.2 du Code civil), qui, conformément à leur nature, doivent faire l'objet d'une interprétation souple en fonction de la réalité sociale, du signe culturel et des valeurs de l'époque dans laquelle ils se produisent. En second lieu, et en ce qui concerne l'interprétation normative de la maltraitance comme cause justifiée d'exhérédation, dans la ligne de ce qui précède, il convient de souligner qu'à l'heure actuelle, la maltraitance psychologique, en tant qu'action qui détermine une altération ou une lésion de la santé mentale de la victime, doit être considérée comme incluse dans l'expression ou le dynamisme conceptuel qui englobe les mauvais traitements par acte, sans que l'allégation de l'absence d'une jurisprudence claire et précise à cet égard n'y fasse obstacle, comme dans le cas des arrêts de cette chambre du 26 juin 1995 et du 28 juin 1993, ce dernier expressément cité dans le pourvoi par le requérant. En effet, dans ce sens, l'inclusion de la maltraitance psychologique se base sur notre propre système de valeurs référencé, principalement, dans la dignité de la personne comme germe ou noyau fondamental des droits constitutionnels (article 10 CE) et sa projection dans le cadre du droit de la famille comme canal pour la reconnaissance des droits de succession, spécialement les droits de succession des héritiers légitimes du défunt, ainsi que dans la reconnaissance de la figure dans le domaine de la législation spéciale. En outre, l'inclusion de la maltraitance psychologique, comme modalité de la maltraitance par acte, conformément à la volonté exprimée par le testateur, c'est-à-dire priver de leur part légitime (entendre ici réserve) ceux qui en principe y ont droit pour une cause justifiée et prévue par la loi, est également renforcée par le critère de la conservation des actes juridiques et des entreprises que cette Cour a reconnu non seulement comme un canon interprétatif, mais aussi comme un principe général de droit (STS 15 janvier 2013, n° 827/2012) avec une projection claire dans le cadre du droit des successions en relation*

¹⁶¹³ « Le jugement en première instance a rejeté la demande dans son intégralité. Pour sa part, l'arrêt de la Cour d'appel a confirmé la décision attaquée. Les deux instances, malgré le fait qu'il n'y ait pas eu de demande préalable d'aliments de la part du défunt, ont considéré qu'il était prouvé qu'en termes de traitement, que le défunt était l'objet d'insultes, de mépris répété et, surtout, des violences psychologiques infligées volontairement par les plaignants, qui s'apparentent à un véritable abandon de la famille », *ibid.*

avec le principe de *'favor testamenti'*, entre autres. En l'espèce, et conformément aux éléments de preuve produits, il convient de relever que, outre un prétendu *'abandon affectif'*, expression de la libre rupture d'un lien affectif ou sentimental, les enfants, ici appelants, se sont livrés à l'égard de leur père à des violences psychologiques répétées, totalement incompatibles avec les devoirs élémentaires de respect et de considération qui découlent du lien juridique de filiation, avec une conduite de mépris et d'abandon familial qui s'est manifestée dans les sept dernières années de la vie du défunt lorsque, déjà malade, il a été laissé sous la protection de sa sœur, sans que ses enfants ne s'intéressent à lui ou n'aient aucun contact avec lui ; Cette situation a changé après son décès, dans le seul but de faire valoir ses droits à l'héritage »¹⁶¹⁴. Cette décision fit jurisprudence et révéla un problème de fond assez important dans le pays. Comme le titre le journal espagnol *El Mundo* : « en Espagne, près de 600 000 parents envisageraient de priver certains de leurs enfants de leur héritage. Le nombre de cas a augmenté depuis 2014, lorsque la justice s'est prononcée en faveur de l'exhérédation de deux enfants jugés indignes envers leur père »¹⁶¹⁵. L'article précise que les consultations juridiques des avocats liées à une problématique d'exhérédation ont augmenté de près de 18 % et les dossiers sur ce sujet chez les notaires ont connu également une augmentation de près 6 %¹⁶¹⁶.

Au-delà d'un problème de fond, la décision de 2014 posa alors la question de la faculté pour le magistrat d'aller au-delà des causes fixées par le Code civil. Il ne fait que peu de doute dans un système où la prévisibilité et l'efficacité sont des principes cardinaux de l'équilibre de la transmission, que l'appréciation *in concreto* d'une situation laissant au magistrat une grande marge d'appréciation peut s'avérer dangereuse. La Tribunal Suprême rappelle dans sa décision, le cas de la jurisprudence *Hlott v. the Blue Cross*¹⁶¹⁷ qui mettait au centre des considérations à la fois l'importance des souhaits du défunt et de l'autre la conduite de l'héritier.

Force est de souligner que ces différentes législations connaissent le principe d'une réserve héréditaire tout en permettant dans une certaine mesure un droit d'exhérédation pour juste cause. Si chacune des législations est éminemment perfectible, elles enseignent, chacune à leur manière, comment la volonté du *de cuius* peut s'exprimer unilatéralement tout en s'insérant dans un certain équilibre successoral. Si le droit français prohibe une exhérédation frontale de l'héritier réservataire par le *de cuius* même pour juste motif, notre droit connaît d'autres biais par lesquels un héritier à réserve peut se voir réduire son émolument, voire en être dépossédé.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*

¹⁶¹⁵ A. LOZANO, « Yo te desheredo, hijo », *El mundo*, mars 2022.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

¹⁶¹⁷ V. *supra*, n° 225.

§ 3 - LA SUPPRESSION INDIRECTE DE L'ÉMOLUMENT EN DROIT FRANÇAIS

383. Bâtir encore et toujours sur l'existant. L'action de l'héritier peut l'exposer à des sanctions. On pense immédiatement à l'indignité successorale (A), ou encore au recel successoral (B). La volonté du *de cuius* peut s'exprimer non pas pour supprimer l'émolument successoral, mais pour revenir sur un acte précédent de planification (C).

A - L'indignité successorale

384. Le principe de l'indignité successorale. Comme le précise Bernard Beignier « *en droit français, seule la loi peut exhérer un enfant : c'est le cas de l'indignité* »¹⁶¹⁸. Michel Grimaldi définit l'indignité comme « *une déchéance, une destitution du droit de succéder qu'encourt l'héritier qui s'est mal conduit envers le de cuius* »¹⁶¹⁹. Le mécanisme de l'indignité est né par remplacement à l'exhérédation, qui s'est vu substituer l'autorité étatique à la volonté de *du cuius*. Le Code civil de 1804 énonçait trois cas d'indignité à l'ancien article 727 : « *Sont indignes de succéder, et, comme tels, exclus des successions : 1°) celui qui sera condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ; 2°) celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse ; 3°) l'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice* ». Considéré comme une sanction inadaptée, la loi de 2001 a profondément modifié le régime de l'indignité successorale. Cette loi prévoit une distinction inédite, entre cas d'indignité de plein droit¹⁶²⁰ et indignité facultative¹⁶²¹. Au-delà de cette distinction, l'article 728 du Code civil

¹⁶¹⁸ B. BEIGNIER, « Quelques idées pour une évolution sans révolution de la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 7-12.

¹⁶¹⁹ M. GRIMALDI, n° 105, p. 81.

¹⁶²⁰ L'article 726 du Code civil prévoit deux cas d'indignité de plein droit. L'article vise 1°) celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ; et 2°) celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner. Si un héritier se rend coupable de l'une de ces deux peines criminelles, l'indignité successorale opère de plein droit. Cela implique qu'il n'est pas nécessaire qu'un jugement reconnaisse le caractère indigne de l'héritier, « *le juge civil ne peut, si les conditions en sont réunies, que la constater : son jugement est déclaratif et non constitutif* » (M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 11, p. 83).

¹⁶²¹ L'indignité facultative est une création de la loi du 3 décembre 2001 qui en consacre cinq cas. Selon la lettre de l'article 727 du Code civil peuvent être déclarés indignes de succéder : 1°) Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ; 2°) Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement commis des violences ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner ; 2 bis°) Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle ou correctionnelle pour avoir commis des tortures et actes de barbarie, des violences volontaires, un viol ou une agression sexuelle envers le défunt (La loi n°2020-936, 30 juill. 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales vient élargir le domaine de l'indignité successorale facultative pour ajouter un 2°) bis qui prévoit qu'est indigne de succéder « *celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle ou correctionnelle pour avoir commis des tortures et actes de barbarie, des violences volontaires, un viol ou une agression sexuelle envers le*

prévoit un tempérament à l'indignité qui prend la forme d'un pardon. Cet article prévoit que l'héritier n'est pas exclu de la succession le successible frappé d'une cause d'indignité lorsque le défunt, postérieurement aux faits et à la connaissance qu'il en a eue, a précisé, par une déclaration expresse de volonté en la forme testamentaire, qu'il entend le maintenir dans ses droits héréditaires ou lui a fait une libéralité universelle ou à titre universel.

385. Les limites de l'indignité successorale. L'indignité successorale est une disposition importante en droit des successions et des libéralités, mais n'est qu'exceptionnellement utilisée en pratique. Elle est aujourd'hui une donnée stable, essentielle de l'équilibre de la transmission mais ne répond pas à ce besoin d'autodéterminisme et de néolibéralisme.

En effet, l'indignité dans sa construction même n'est à aucun moment à l'initiative du *de cuius*. Si celui-ci peut par un acte de volonté positif pardonner à l'indigne, il ne pourra pas demander son exhérédation sur ce motif. L'exclusion de l'héritier réservataire sera la simple résultante de son acte fautif à l'encontre du parent. L'indignité est liée à une condamnation pénale qui peut s'avérer très aléatoire. Comme le précise très justement Sandrine le Chuiton « *l'indignité successorale ne constitue pas une exhérédation. D'une part, la volonté du défunt est indifférente. Seule la reconnaissance judiciaire de la faute permet d'appliquer la sanction retenue. Il est vrai que la victime de l'infraction peut pardonner à l'auteur et maintenir tout ou partie de ses droits successoraux nonobstant la faute commise et pénalement sanctionnée. Ce 'testament de pardon' ne doit cependant pas leurrer : l'indignité n'émane pas de la volonté du défunt et ne saurait constituer une cause d'exhérédation. La privation des droits successoraux est légale, la volonté du défunt, par le biais du testament de pardon, a simplement pour effet de transmettre plus que ce que la loi autorise* »¹⁶²². Ce mécanisme ne suffit donc pas à l'affaire car n'est pas construit comme étant le fruit de la volonté du *de cuius*. Dans la même ligne que l'indignité successorale, l'on retrouve la sanction du recel.

défunt ») ; 3°) Celui qui est condamné pour témoignage mensonger porté contre le défunt dans une procédure criminelle ; 4°) Celui qui est condamné pour s'être volontairement abstenu d'empêcher soit un crime, soit un délit, contre l'intégrité corporelle du défunt d'où il est résulté la mort, alors qu'il pouvait le faire sans risque pour lui ou pour les tiers ; 5°) Celui qui est condamné pour dénonciation calomnieuse contre le défunt lorsque, pour les faits dénoncés, une peine criminelle était encourue. L'article prévoit que peuvent également être déclarés indignes de succéder ceux qui ont commis les actes mentionnés aux 1° et 2° et à l'égard desquels, en raison de leur décès, l'action publique n'a pas pu être exercée ou s'est éteinte. Dans ces cinq cas, la condamnation pénale n'est pas suffisante pour que soit consacrée l'indignité successorale. L'article 727-1 du Code civil prévoit que c'est au juge civil de se prononcer sur l'existence ou non d'une telle indignité, mais également que cette action ne peut intervenir que postérieurement au décès et dans un délai de 6 mois. Il faut néanmoins préciser que « *le point de départ de ce délai varie selon que la décision de condamnation ou de déclaration de culpabilité est antérieure ou postérieure au décès. Si elle est antérieure au décès, la demande doit être formée dans les six mois du décès ; si elle est postérieure, la demande sera formée dans les six mois de la décision de condamnation ou de déclaration de culpabilité* » (R. Le GUIDE et G. CHABOT, « Succession : dévolution – Indignité successorale », Répertoire de droit civil, n°134).

¹⁶²² S. LE CHUITON, *op. cit.*, p. 19.

B - Le recel successoral

386. La notion de recel successoral. À l'instar de l'indignité successorale, le recel successoral est une punition qui frappe un cohéritier lorsqu'il s'approprie frauduleusement un effet de la succession¹⁶²³. C'est l'article 778 du Code civil¹⁶²⁴ édicte une double sanction : l'héritier perd son choix d'option mais également tout droit sur les biens recelés. Ont qualité pour intenter une action en recel successoral les personnes ayant une vocation successorale. Pratiquement, l'action en recel successoral doit être jointe à l'action en liquidation-partage fondée sur l'article 1360 du Code de procédure civile¹⁶²⁵. Pour être constitué, le recel successoral doit réunir plusieurs éléments : un élément matériel¹⁶²⁶ et un élément intentionnel¹⁶²⁷. Plusieurs personnes peuvent se rendre coupables de recel successoral. Tout d'abord le conjoint survivant qui peut se rendre coupable à double titre : à la fois de recel successoral, mais également de recel de communauté sur le fondement de l'article 1477 du Code civil. Outre le conjoint survivant, peuvent se rendre coupables tous les héritiers ou les légataires universels¹⁶²⁸. En premier lieu, les héritiers receleurs sont réputés accepter purement et simplement la succession, nonobstant toutes renonciations ou acceptations à concurrence de l'actif net. Dans un second temps, ils ne peuvent prétendre à aucune part dans les biens ou les droits détournés ou recelés, qui sont soustraits de l'actif successoral. Dans le cas où plusieurs héritiers se rendent coupables du délit de recel, chacun n'est en principe privé que des biens ou droits qu'ils ont eux-mêmes recelés. Toutefois, si chaque receleur a eu connaissance du

¹⁶²³ En ce sens : P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^e éd., 2018, LGDJ Lextenso éditions, n° 208.

¹⁶²⁴ C. civ. art. 768 : « *L'héritier qui a recelé des biens ou des droits d'une succession, ou dissimulé l'existence d'un cohéritier, sans pouvoir prétendre à aucune part dans les biens ou les droits détournés ou recelés* ».

¹⁶²⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017, n° 16-26.927 ; Cass. 1^{re} civ., 2 sept. 2020, n° 19-15.955, P+B, obs. F. JULIENNE, *RLDC*, n° 187, 1^{er} déc. 2020.

¹⁶²⁶ L'article 778 du Code Civil vise toutes les fraudes aux moyens desquelles un héritier, cherche au détriment de ses cohéritiers, à rompre l'égalité du partage, soit qu'il divertisse des effets de la succession en se les appropriant indûment, soit qu'il recèle en dissimulant sa possession les circonstances où il serait, d'après la loi, tenu de la déclarer. Depuis 2006, l'élément matériel peut être également matérialisé par la dissimulation d'un héritier. L'élément matériel peut être caractérisé par la dissimulation ou le divertissement d'un bien ou d'un droit faisant parties d'une succession à partager ou devant y être réintégrés (P. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, n° 210 et 211 p. 140). La Cour de cassation a rappelé que les moyens utilisés importent peu, il peut s'agir d'une dissimulation par le mensonge, ou le silence, ou encore l'appréhension matérielle du bien (Cass 1^{re} Civ. 4 mai 1977 bull civ. I, n°208 ; Cass 1^{re} Civ. 7 juill. 1982 bull civ I, n°225 ; Cass 1^{re} Civ. 28 juin 2005 bull civ I n°290 D. 2005. IR 2005).

¹⁶²⁷ L'élément moral est constitué par l'intention frauduleuse de vouloir s'assurer un avantage dans le partage à intervenir au détriment de ses cohéritiers. La dissimulation doit avoir été faite sciemment, c'est-à-dire dans le but qu'il n'en soit pas tenu compte dans les opérations de partage de la succession, et de se procurer *ipso facto* un avantage par rapport à ses cohéritiers. Not. sur ce sujet : Cass. 1^{re} civ., 15 sept. 2021, n° 20-11.678, *Dr. fam.* n° 11, nov. 2021, comm. 160, obs. A. TANI.

¹⁶²⁸ P. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, n° 209, p. 139.

recl, la sanction du recl est indivisible ; ainsi chacun sera privé de droit sur la totalité des biens ou droits reclés¹⁶²⁹.

387. Les limites du recl successoral. Là encore, la notion de recl successoral, bien qu'importante, ne permet pas de répondre à l'évolution de la matière. En effet, le recl successoral nécessite l'obligation d'un fait sanctionnable sur le patrimoine successoral et non sur la personne du *de cuius*. La volonté du *de cuius* se trouve complètement exclue de la procédure qui sera directement intentée par les héritiers, et contrôlée par eux. Là où la volonté du *de cuius* pouvait se manifester à travers le pardon dans le cadre de l'indignité, le défunt n'a aucune emprise.

Il reste une troisième voie par laquelle la volonté du *de cuius* peut avoir une emprise sur la gratification de l'héritier, c'est la révocation des libéralités.

C - La révocation des libéralités

388. Des causes distinctes. L'article 953 du Code civil prévoit que « *La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants* ». Si la révocation des donations pour survenance d'enfants obéit à un régime particulier, nous nous attarderons sur les deux autres causes de révocation : l'inexécution des charges et l'ingratitude.

389. L'inexécution des charges. À distinguer de la résolution de la libéralité pour inexécution d'une clause résolutoire, la révocation pour inexécution des charges suppose « *qu'ait été stipulée une obligation non respectée par les parties et pour laquelle la sanction prévue, la révocation de la donation, est subordonnée à une intervention judiciaire* »¹⁶³⁰. Cette révocation peut intervenir pour des causes diverses¹⁶³¹. Pour que soit prononcée la révocation, il est nécessaire de mettre en lumière le caractère inexécuté de la charge stipulée dans la libéralité et la charge de la preuve repose sur le demandeur.

¹⁶²⁹ Cass 1^{ère} Civ. 20 juin 2012, n° 11-17.383.

¹⁶³⁰ Pour une étude sur ce régime not. : B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIF, *Libéralités et successions*, 2015, LGDJ, n° 12, pp. 59-60 - P. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, n° 484, 485 et 486, pp. 279-281.

¹⁶³¹ Note sur ce sujet : « *la révocation peut intervenir à la suite de divers événements susceptibles d'affecter la bonne exécution de la charge convenue lors de la donation. Le comportement fautif du donataire (Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1980, no 79-12.704, Bull. civ. I, no 200, D. 1981, I.R., p. 90, obs. Martin D., Defrénois 1981, art. 32608, note Champenois G., RTD civ. 1981, p. 671, obs. Patarin J. ; défaut de diligence pour respecter la volonté du disposant, CA Pau, 17 mars 1998, Dr. famille 1999, comm. 118, note Beignier B. ; non-respect de l'obligation d'entretien du donateur, Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, n° 98-15.517 ; notamment le défaut de versement d'une pension alimentaire qui constituait la charge de la donation, CA Bordeaux, 9 oct. 2001, Gaz. Pal. 2003, som., p. 34, obs. Bénasse M.) ou de ses héritiers (non-respect d'une obligation de soins, CA Pau, 17 juin 1997, Dr. famille 1998, comm. 107, note Beignier B.) peut par essence motiver une révocation. À l'inverse, la faute du donateur ne peut être à l'origine d'une telle sanction », Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités - Expert, n°330-13.*

La révocation des libéralités pour inexécution des charges suppose donc la stipulation d'une charge d'une part, et son inexécution de l'autre. Si son régime est intéressant en ce qu'elle permet de contrôler le devenir de certaines libéralités, la troisième cause possible de révocation recèle un régime qui peut s'avérer porteur pour notre étude.

390. L'ingratitude. À l'instar de la révocation pour cause d'inexécution des charges, la loi de 2006 a introduit une nouvelle cause permettant au *de cuius* de revenir sur ses actes de planification : l'ingratitude. Suivant le même régime juridique que la révocation pour inexécution des charges, l'article 955 du Code civil vient préciser quelles sont les causes d'ingratitude justifiant une action en révocation. Ainsi, la donation pourra être révoquée pour cause d'ingratitude dans les cas suivants : « 1° *Si le donataire a attenté à la vie du donateur* ; 2° *S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves* ; 3° *S'il lui refuse des aliments* ». L'attentat à la vie du donateur se rapproche, à certains égards, des causes d'indignité successorale et suppose, pour être caractérisé, une volonté de porter atteinte à l'intégrité physique du donateur résultant d'un homicide ou une tentative d'homicide. La deuxième cause d'ingratitude se distingue des motifs d'indignité. La rédaction du 2°) induit une triple division. Tout d'abord les sévices qu'il convient, selon la Cour d'appel d'Agen, de rattacher aux voies de fait subies par le donateur, aux mauvais traitements non sanctionnés par le droit pénal¹⁶³². La notion de délit repose, elle, sur le non-respect, volontaire d'une disposition pénale ayant pour effet de porter atteinte au bien ou à la personne du donateur¹⁶³³. Le 2°) termine par l'introduction d'une cause d'injures graves. Cette qualification large peut englober de nombreux cas comme, l'atteinte à l'honneur ou à la réputation¹⁶³⁴. Enfin, la dernière cause prévue à l'article 955 du Code civil est le refus d'aliments au donateur. C'est ainsi que l'ingratitude pourrait être prononcée, si un donataire laissait le donateur dans un état de besoin. La caractérisation de ce refus d'aliments devra nécessairement se faire à l'aune tant d'un état de besoin ou de précarité du donateur que des capacités financières du donataire.

391. Procédure. Tout comme le régime, l'étude de la procédure s'avère particulièrement intéressante. L'article 957 du Code civil prévoit que la demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour où le délit aura pu être connu par le donateur. Cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur

¹⁶³² CA Agen, 4 juin 1945, *J.* 1946, jur., p. 20.

¹⁶³³ Cass. req., 20 oct. 1930 : *J.* 1931, jur., p. 29 ; *RTD civ.* 1931, p. 192, obs. R. SAVATIER.

¹⁶³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1985, n°84-10.237 : *Bull. civ.* I, n°99 ; *D.* 1986, jur., p. 9, note A. BRETON.

contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit.

La jurisprudence a rappelé que l'action en révocation pour ingratitude est une action personnelle au donateur¹⁶³⁵. C'est ainsi que les héritiers du donateur n'auront pas la possibilité d'engager l'action en lieu et place du donateur, mais uniquement de poursuivre l'action, à supposer qu'elle ait été débütée du vivant de celui-ci, chacun des héritiers ayant alors la qualité de poursuivre seul l'action du défunt¹⁶³⁶. À défaut d'action de ce dernier avant son décès, l'héritier peut également agir dans le délai d'un an après le délit¹⁶³⁷. C'est au donateur demandeur de prouver, devant la juridiction du fond, les faits qui, selon lui, justifieraient que soit révoquée la libéralité qu'il a consentie. Le point de départ du délai de prescription est le jour du délit imputé au donataire, ou le jour où ce délit peut être connu du donateur. Il est cependant admis que le point de départ du délai soit reporté lorsque les faits constituent une infraction pénale au jour où la condamnation devient définitive¹⁶³⁸. Si le comportement répréhensible s'est répété, le point de départ du délai doit être fixé au dernier fait motivant l'action¹⁶³⁹.

Au-delà du délai préfix de prescription pour assigner, la jurisprudence est venue adjoindre d'autres règles temporelles coercitives. C'est ainsi que la révocation pour ingratitude doit se fonder sur des comportements fautifs du donataire, antérieurs à l'acte introductif. Il a pu néanmoins être jugé que la juridiction du second degré pouvait fonder sa décision sur le comportement des donataires « *postérieur à l'assignation en révocation des donations, dès lors que, n'étant que la suite de leur comportement antérieur, il confirmait les faits énoncés dans l'acte introductif d'instance et l'attitude injurieuse des donataires* »¹⁶⁴⁰.

392. Des outils limités aux donations déjà effectuées. Le régime de la révocation des libéralités et tout particulièrement pour cause d'ingratitude, offre en droit français une possibilité intéressante au *de cuius* de contrôle à l'aune du comportement du donataire. Contrairement à l'indignité successorale, il n'est pas ici question de supprimer un éventuel émoulement successoral mais uniquement de révoquer un acte positif de volonté frappé normalement d'irrévocabilité. C'est ainsi qu'à l'appui de l'étude de la volonté unilatérale, et notamment de l'exhérédation en droit français, l'étude de la révocation des libéralités apparaît comme superfétatoire. En effet, cette action

¹⁶³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 mars 1988, n° 86-11.144.

¹⁶³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 8 janv. 1991, no 89-12.384.

¹⁶³⁷ C. civ., art. 957, al. 2.

¹⁶³⁸ En ce sens : M. GRIMALDI, « Le délai d'exercice de l'action en révocation au cas d'ingratitude est, le cas échéant, reporté au jour où la condamnation pénale est devenue définitive », *RTD Civ.*, 2014 p. 429.

¹⁶³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 21 avr. 1969, n° 68-10.221.

¹⁶⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 9 févr. 1994, n°92-12.601, Bull. civ. I, no 52, *RTD civ.*, 1994, p. 397, obs. J. PATARIN.

ne permettant que de revenir sur ce qui a été fait, elle est de fait, totalement décorrélée de l'ordre public successoral et notamment de la réserve héréditaire. La limite de cette action peut également relever de son périmètre. En effet, comme le souligne très justement Quentin Guiguet-Schielé dans une étude comparative entre l'ingratitude et l'indignité, l'ingratitude ne peut porter que sur des donations. Son régime exclut de fait ce que l'auteur qualifie d'acte « *paragratuit* » comme notamment la clause d'accroissement ou les avantages matrimoniaux¹⁶⁴¹.

Pourtant, une telle disposition s'avère extrêmement porteuse en ce qu'elle se déroule du vivant du donateur. C'est le *de cuius* qui a la main sur la procédure et sur le contentieux qu'il crée. Il ne délègue pas cela à ses héritiers pour le temps où il ne sera plus.

Force est de souligner, que le contrôle de la volonté sur la suppression de l'émolument successoral est très encadré, et peut se manifester de façon directe comme indirecte, mais sans jamais pouvoir outrepasser les règles les plus élémentaires de l'ordre public successoral. Une évolution sur ce point dans le cadre d'une évolution de l'équilibre ne fait pas l'unanimité, voire coalesce la grande majorité des auteurs. Néanmoins, vouloir un néolibéralisme successoral de plus en plus important, et de par la même s'affranchir de la tutelle des lois au nom d'une augmentation de plus en plus importante de la volonté, nécessite d'explorer cette piste d'évolution. La question d'une responsabilisation de la volonté du *de cuius* pourrait se poser. Si en droit français la problématique est complexe, nous avons effleuré que certains de nos voisins européens ont dans leur législation déjà franchi le pas.

¹⁶⁴¹ Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « La richesse d'une notion classique en droit privé l'ingratitude : un complément (incomplet) de l'indignité successorale », *Dr. & patr.* n° 325, 1^{er} juin 2022.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

393. Conclusion. La recherche d'un équilibre en droit des successions qui s'insérerait dans les évolutions de la société semble être une recherche complexe. En droit international privé, le pari de la résurgence d'un droit de prélèvement compensatoire peine à convaincre, tant dans son principe que dans sa future pratique. En droit interne, la recherche d'un équilibre efficient semble se tourner vers les développements de l'anticipation successorale concertée. Cette voie correspond à ce besoin de néolibéralisme tout en respectant les principes directeurs de l'ordre public successoral. Un autre pan d'une évolution de l'équilibre en droit interne, se trouve dans la modulation de l'ordre public successoral et notamment de la réserve héréditaire, non pas en ce qui concerne sa nature, mais en ce qui concerne son montant. Une telle évolution permettrait de répondre en partie au besoin d'une émergence de la volonté tout en assurant un souci de prévisibilité inhérent à l'équilibre, mais surtout en réfuterait toute évolution visant une individualisation générale de la protection réservataire. Sur ces bases, un équilibre de la transmission pourrait se dessiner vers une évolution paisible. Néanmoins, se pose la question de savoir si cela est suffisant. Au regard des mouvements de fond de la matière et des influences sur la dyarchie, une piste de réflexion semble ne pas être assez explorée. Guillaume Wicker rappelait que « *l'une des critiques fréquemment élevées 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 liberté dont a bénéficié un autre héritier qui lui n'a pas démerité* ». L'auteur concède que « *si la critique est parfaitement légitime, elle ne justifie ni la suppression, ni la réduction de la réserve* », elle ferait néanmoins « *ressortir la nécessité que soit institué dans les textes un mécanisme de déchéance de l'héritier indigne* »¹⁶⁴². À l'aune du droit positif, serait-il possible d'aller vers une évolution du pouvoir de la volonté du *de cuius* en apprenant notamment du droit de nos voisins européens ? Si une exhérédation unilatérale, même pour juste motif, souffre de nombreuses difficultés, ne pourrait-on pas imaginer une action judiciaire en exhérédation causée ?

¹⁶⁴² G. WICKER, « Note sur la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 289-294.

Chapitre II

L'EXHÉRÉDATION JUDICIAIRE CAUSÉE

394. Une volonté qui ne peut être occultée. Proposer un équilibre restauré dans le droit de la transmission commande d'examiner toutes les potentielles évolutions qui tendraient à cette fin. C'est ainsi qu'à l'aune de notre analyse, on se rend compte que l'introduction d'un droit de prélèvement compensatoire ne répond pas aux enjeux de la dyarchie de la transmission. *A contrario* une évolution du montant de la réserve, ou encore le développement de l'anticipation successorale concertée, s'inscrivent parfaitement dans une évolution équilibrée de la matière. Reste une donnée sur laquelle les propositions sont assez limitées, et qui étaient pourtant le *leitmotiv* d'une grande partie des défenseurs d'une évolution de la matière : *quid* de la volonté unilatérale du *de cuius* ?

Il est vrai que modifier le montant de la réserve, et donc de la quotité disponible, permet une expression quantitativement plus grande de la volonté unilatérale sur le patrimoine successoral¹⁶⁴³. Se pose néanmoins la question suivante : l'augmentation du *quantum* de la quotité disponible est-elle suffisante pour répondre à toutes les problématiques qui agitent les détracteurs de la dyarchie ? Une évolution supplémentaire ne serait-elle pas utile ? Il ne fait aucun doute, et les récents événements nous l'ont parfaitement prouvé, que le contexte politico-social a une influence - trop - importante sur le droit des successions. C'est ainsi que des avancées trop timides pourraient ne pas être suffisantes, et laisser une inlassable expectative de réforme là où le droit de la transmission a besoin de règles claires, prévisibles et pérennes. C'est ainsi qu'une évolution audacieuse du droit de la transmission doit être proposée, sans que l'équilibre ne se trouve compromis.

Le sujet de la volonté du *de cuius*, et tout particulièrement sa volonté unilatérale, doit être analysé, et à ce titre la piste d'un nouveau régime d'exhérédation des héritiers à réserve doit être

¹⁶⁴³ Mathématiquement, la fixation de la quotité disponible à un 1/3 de la succession peu importe le nombre d'enfants permet d'augmenter en présence de 3 enfants ou plus, le pouvoir de la volonté unilatérale du *de cuius* de 8 % passant de 25 % à 33 % du patrimoine librement cessible par libéralité.

posée. Ce sujet doit être analysé pour déterminer s'il peut être une solution viable pour accompagner l'évolution de la matière. Thème particulièrement clivant du droit français, une très infime frange de la doctrine est favorable à sa prise en compte dans le cadre d'une transmission renouvelée. *A contrario*, une grande majorité des auteurs oppose une fin de non-recevoir de principe à l'étude même d'une telle notion¹⁶⁴⁴. C'est ainsi que l'étude de l'exhérédation apparaît dangereuse tant elle est en définitive piègeuse : contradiction, non-sens théorique et pratique, hérésie, non-sujet et complication inconséquente de la législation, sont pour sûr des objections que recueillera cette proposition. Cependant, convaincu qu'une évolution globale de la matière est en mouvement, il nous apparaît qu'une telle proposition s'inscrirait parfaitement dans le cadre d'un équilibre restauré de la transmission.

395. L'opportunité d'un nouveau régime. Il est une évidence juridique, tant théorique que pratique, rappelée par le principe du rasoir d'Ockham¹⁶⁴⁵, selon laquelle il ne faut pas multiplier les régimes juridiques sans nécessité. C'est ainsi qu'une proposition visant la création d'un nouveau régime juridique concernant l'exhérédation des héritiers à réserve doit être justifiée mais également nécessaire. Proposer un nouveau régime peut émaner de deux méthodes juridiques différentes.

La première relève de la méthode par analogie qui consiste à analyser une norme comparativement à d'autres, jusqu'à éventuellement atteindre un point de rupture qui permettrait alors de déterminer l'opportunité de la création d'un nouveau régime juridique.

La seconde méthode est la proposition de création *a priori* d'un régime juridique inédit afin de le confronter à la réalité dans lequel il s'inscrit. Il apparaît que la proposition d'un nouveau régime d'exhérédation peut répondre à ces deux méthodes : après avoir approfondi les régimes existants, tant en droit interne¹⁶⁴⁶ qu'en droit étranger¹⁶⁴⁷, nous verrons que le point de rupture dans l'analogie se trouve dans l'expression de la volonté unilatérale du *de cuius*. C'est à partir de cette rupture qu'une proposition d'un nouveau régime sera avancée et soumise aux règles juridiques actuelles.

Après avoir analysé comment l'exhérédation pourrait s'insérer dans l'équilibre de la dyarchie (**Section 1**), nous développerons le régime de l'exhérédation judiciaire visant les héritiers à réserve (**Section 2**) et ses conséquences successorales (**Section 3**).

¹⁶⁴⁴ V. *infra*, n° 398 et s.

¹⁶⁴⁵ Bordas (1970), Ockham, in *Focus Encyclopédie internationale tome I L/Q*.

¹⁶⁴⁶ V. *supra*, n° 372 et s.

¹⁶⁴⁷ V. *supra*, n° 376 et s.

Section 1

L'EXHÉRÉDATION À L'ÉPREUVE DE L'ÉQUILIBRE

396. De l'audace au danger. Examiner l'opportunité de supprimer la protection réservataire via un mécanisme d'exhérédation est une solution peu étudiée en droit des successions et des libéralités. La doctrine française apparaît assez unanime sur un tel mécanisme, même si quelques voix dissonantes se font entendre (§ 1). Il apparaît pourtant que prise sous un certain angle, une telle évolution du droit français pourrait s'avérer bénéfique pour l'équilibre de la transmission (§ 2).

§ 1 - L'EXHÉRÉDATION ET LA DOCTRINE FRANÇAISE

397. Un sujet épidermique. La position de la doctrine française sur la réserve héréditaire, de son maintien à son avenir, n'est pas unanime. Nous avons d'ores et déjà soutenu que l'analyse de ce pilier de l'ordre public successoral ne fait pas consensus. Une majorité des auteurs militent néanmoins pour son maintien dans sa forme la plus pure, une part réservée dans le patrimoine de son ascendant direct, libre de toute charge. Dès lors, introduire en droit français une possibilité pour le *de cuius* de supprimer unilatéralement cette protection, recueille un rejet de principe de la part d'une partie de la doctrine (A). Il apparaît pourtant qu'un certain nombre d'auteurs ne sont pas hostiles dans une étude prospective de l'avenir de la réserve héréditaire à une forme de déchéance causée de ce droit (B).

A - Un rejet de principe

398. Une fin de non-recevoir irrégularisable. Une grande partie de la doctrine française est opposée à une résurgence d'une exhérédation testamentaire unilatérale en droit français. Le Doyen Beignier soutient que le principe directeur de l'ordre public successoral qu'est notamment l'égalité des enfants « *condamne radicalement, au nom du pacte républicain français, l'exhérédation de l'un d'eux* »¹⁶⁴⁸. Il rappelle à ce sujet qu'en « *droit français, seule la loi peut exhériter un enfant : c'est le cas de l'indignité* ». Dès lors, si seule la loi a le pouvoir de prévoir la déchéance totale de l'émolument

¹⁶⁴⁸ B. BEIGNIER, « Quelques idées pour une évolution sans révolution de la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 7-12.

successoral du présomptif réservataire, il « *faut maintenir l'interdiction d'y procéder par un acte individuel toujours contestable* »¹⁶⁴⁹. Cette égalité des descendants est en effet un des principes directeurs de la réserve héréditaire qui permet une certaine « *préservation de l'ordre politique (au sens du mode de gouvernement de la Cité) contre les tendances réactionnaires des ascendants* »¹⁶⁵⁰. Si les considérations de l'ancien droit n'ont plus vraiment de prise aujourd'hui, en ce que le retour des fiefs et du privilège de masculinité ne sont pas des dérives réalistes, force est de constater, comme peut le faire Claude Brenner, que la réserve héréditaire reste aujourd'hui « *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'ainé au profit des puînés* »¹⁶⁵¹. Cette affirmation est factuellement vraie, l'institution de la réserve héréditaire, en ce qu'elle est liée uniquement à la question de la filiation, permet d'assurer notamment aux descendants une protection abstraite qui n'est pas conditionnée à un comportement, à un patrimoine ou à une allégeance quelconque. C'est ainsi, comme le rappelle Rémy Lichaber, que l'avantage principal « *est qu'elle évite l'exhérédation, ce dernier message du de cuius qui exprime un rejet désormais irréparable* »¹⁶⁵².

L'opposition à l'exhérédation se trouve également à l'aune d'une justification constitutionnelle de la réserve. Samy Benzina défend que le droit de succession « *devra être parfois associé à d'autres normes constitutionnelles, en particulier le principe d'égalité* »¹⁶⁵³. Selon lui, « *si le législateur souhaitait introduire un traitement différencié entre cohéritiers réservataires, il ne pourrait, en aucun cas, permettre l'exhérédation d'un héritier réservataire par le de cuius* »¹⁶⁵⁴. De son analyse, il n'existerait pas de critère fondé sur un motif d'intérêt général qui pourrait justifier une exclusion unilatérale de la succession¹⁶⁵⁵. Il soutient son argumentaire notamment à l'appui de la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2011 concernant la suppression du droit de prélèvement qui avait

¹⁶⁴⁹ « *En droit français, seule la loi peut exhériter un enfant : c'est le cas de l'indignité. Il faut maintenir l'interdiction d'y procéder par un acte individuel toujours contestable. C'est, au demeurant, cette même idée fondamentale qui permet de justifier que l'un ou plusieurs puissent recevoir plus qu'un autre* », *Ibid.*

¹⁶⁵⁰ C. BRENNER, « Contribution de Claude BRENNER », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, p. 88.

¹⁶⁵¹ R. LIBCHABER, « Observations proposées devant la Commission de réflexion sur la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 187-192.

¹⁶⁵² S. BENZINA, « Les enjeux constitutionnels de la réserve », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 13-56.

¹⁶⁵³ *Ibid.*

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵⁵ « *On voit en effet mal quel critère, fondé sur quel motif d'intérêt général, pourrait justifier que certains cohéritiers réservataires soient exclus de la succession par le disposant. Même si on pouvait avancer un critère pertinent, par exemple la possibilité pour le de cuius d'exclure un héritier réservataire ayant un patrimoine d'un certain seuil, on serait bien en mal d'identifier quel motif d'intérêt général justifierait un tel critère* », *ibid.*

consacré « *comme motif d'intérêt général la protection de la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers* »¹⁶⁵⁶. Toujours selon l'auteur, si un tel motif existait au-delà d'un risque fort de détournement par le *de cuius*, « *le Conseil constitutionnel serait susceptible de le censurer sur le fondement d'un éventuel droit de succession à valeur constitutionnelle qui garantirait qu'un descendant ne puisse pas être exhérédé par le de cuius* »¹⁶⁵⁷. Force est de souligner que sur ce dernier point, contrairement au droit allemand¹⁶⁵⁸, la réserve héréditaire n'a jamais revêtu un caractère constitutionnel en droit français.

Outre l'argument constitutionnel, celui des droits fondamentaux est évoqué. Selon l'analyse d'Yvonne Flour, la faculté, qui pourrait être laissée à un parent d'exhérer complètement un ou plusieurs de ses enfants, se trouverait en directe contradiction avec la lettre de l'arrêt *Mazurek*, du 1^{er} février 2000 dans lequel « *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* »¹⁶⁵⁹. S'il a, d'ores et déjà, été démontré qu'il n'existe pas de droit fondamental d'un héritier à bénéficier d'une part du patrimoine de son auteur¹⁶⁶⁰, il n'est pas faux d'affirmer qu'une législation qui permettrait une exhérédation aveugle et unilatérale par le *de cuius* s'exposerait très certainement aux foudres de la Cour européenne des droits de l'homme.

Plus avant, hors des considérations constitutionnelles et conventionnelles, il faut affirmer que l'introduction d'une l'exhérédation unilatérale testamentaire aveugle doit être rejetée avec force en droit positif français. Il n'y a pas de débat sur ce point qui fait l'unanimité. Cependant, si les arguments avancés par les détracteurs de l'exhérédation s'entendent, et sont au demeurant parfaitement justifiés, force est de constater qu'ils empêchent souvent une sereine étude de la notion dans le cadre d'une évolution prospective de la matière. Car l'exhérédation unilatérale testamentaire n'est pas le seul outil, et il est possible de recourir à cette notion en modulant son régime pour qu'il concoure à l'équilibre de la transmission. Le régime que nous prôtons est de ceux-là.

¹⁶⁵⁶ Cons. const., déc. 5 août 2011, n° 2011-159 QPC : *JDI* 2012, p. 7, obs. S. GODECHOT-PATRIS ; *Dr. fam.* 2011, comm. 173, obs. D. BOULANGER ; *JCP N* 2011, n° 36, 1234, obs. É. FONGARO ; *Defrénois* 2011, p. 1351, obs. M. REVILLARD. Également sur le sujet : J. FOYER, « Requiem pour le droit de prélèvement successoral », in *Mélanges Raymond Le GUIDE*, LexisNexis, mars 2014, pp. 415-428 ; J.-L. van BOXSTAEL et É. FONGARO, « Successions internationales, droit de prélèvement et exception d'ordre public. À propos des arrêts *Kazan* et *Colombier* de la Cour d'appel de Paris » *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, vol. 2016, n° 2, pp. 199-215

¹⁶⁵⁷ S. BENZINA, *op. cit.*

¹⁶⁵⁸ V. *supra*, n° 379.

¹⁶⁵⁹ Y. FLOUR, « Entretien sur la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 123-130.

¹⁶⁶⁰ V. *supra*, n° 277.

B - Une possibilité pour l'avenir de la transmission

399. Une voie possible. D'autres auteurs ne sont pas fermés à l'idée d'un débat sur la modulation de l'émolument successoral des réservataires sans forcément parler d'exhérédation. Rémy Lichaber donne plusieurs exemples de voies, notamment quand il évoquait la possibilité d'une prescription libératoire des libéralités antérieures. Afin de limiter « *l'emprise de la réserve* » l'auteur proposait de moduler les règles de la liquidation et notamment de l'article 922 du Code civil pour « *éviter de remonter trop en arrière dans la prise en compte des libéralités passées* »¹⁶⁶¹. L'idée serait donc, comme pour les règles du rappel fiscal visées à l'article 784 du Code général des impôts, de ne pas tenir compte des donations entre vifs si celles-ci sont plus anciennes qu'un certain délai qui devrait être fixé¹⁶⁶². D'autres pistes ont pu être évoquées comme l'affranchissement de certaines libéralités du calcul de la réserve comme par exemple les libéralités philanthropiques, ou plus récemment une fusion des régimes de l'indignité successorale et de l'ingratitude afin de créer « *un droit commun de la déchéance pour indignité* »¹⁶⁶³.

Cependant, on s'aperçoit que ce n'est pas tant à l'aune de la technique juridique à utiliser que le débat se porte, mais sur la réalité de la notion à l'aune des faits. Rémy Lichaber rappelait, à très juste titre, que la réserve héréditaire conserve une certaine faveur dans l'opinion publique et que les Français refusent majoritairement le phénomène de l'exhérédation. Il opposa une réserve d'usage, car pour lui, il existe un biais 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 que 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* »¹⁶⁶⁴. Il faut bien évidemment souscrire à cette position. La façon dont est posée la question engage nécessairement un biais dans la réponse. Une telle question pourrait ainsi être posée : « Souhaitez-vous pouvoir priver d'héritage un de vos enfants dans l'hypothèse où celui-ci aurait envers vous un comportement malveillant ? ». Il ne fait que peu de doute que les réponses seraient bien entendu différentes. C'est toute la difficulté de l'étude de l'exhérédation. Car si la lecture juridique de la

¹⁶⁶¹ R. LIBCHABER, *op. cit.*

¹⁶⁶² L'auteur précise « *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* », *ibid.*

¹⁶⁶³ Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « La richesse d'une notion classique en droit privé l'ingratitude : un complément (incomplet) de l'indignité successorale », *Dr. & patr.* n° 325, 1^{er} juin 2022.

¹⁶⁶⁴ R. LIBCHABER, *op. cit.*

matière commande qu'une telle notion ne peut perdurer dans l'hypothèse où il existe des souches réservataires, elle se heurte au mur du réel.

Le Professeur Champenois mettait parfaitement en lumière cette dichotomie, et avançait une proposition en ce sens pour tenir « *compte de certaines critiques et élargir la liberté de disposer à titre gratuit* »¹⁶⁶⁵. Pour lui, une proposition de réforme pourrait se trouver dans l'affranchissement, à tout le moins partiel, des contraintes de la réserve héréditaire « *afin de prendre en compte les situations où des parents sont totalement laissés à l'abandon par leurs enfants ou en conflit durable avec eux* »¹⁶⁶⁶. Pour l'auteur « *cela leur permettrait un surcroît de libéralités au profit, notamment, de ceux qui les accompagnent dans leur vie quotidienne* »¹⁶⁶⁷. Il relève néanmoins une difficulté, celle du : « *cas de remords de dernière heure et de retour du 'fils prodige'* »¹⁶⁶⁸. Cette problématique de la réserve héréditaire comme étant un blanc-seing d'hérédité est une critique récurrente de l'institution également rappelée par Diane Le Grand de Belleroche. Pour l'auteure « *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* »¹⁶⁶⁹. Cette problématique du mérite en rejoint une à notre sens plus large qui est la prise en compte du comportement de l'héritier dans le maintien de la protection réservataire.

Nous militons contre une protection réservataire qui tendrait à être individualisée notamment en fonction du niveau de fortune et cela ne change pas¹⁶⁷⁰. Il faut que le droit français maintienne une réserve héréditaire commune à tous les descendants. Cependant, la véritable question est celle-ci : est-ce que la réserve héréditaire est un blanc-seing pour l'héritier, peu important ses agissements ? Outre l'exception de l'indignité successorale que nous savons comme étant insuffisante dans sa nature même¹⁶⁷¹, il n'existe pas de possibilité de moduler l'émolument de l'héritier réservataire en fonction de ses agissements. Si cet état de fait se justifie pour certains par le respect absolu d'un principe d'égalité et de non-discrimination, force est de constater que certaines situations apparaissent iniques et desservent l'institution réservataire. Ne faudrait-il pas, dès lors, essayer de purger cet écueil tout en respectant l'équilibre de la transmission et en pérennisant l'institution réservataire ?

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁶⁷ G. CHAMPENOIS, « Contribution de Gérard CHAMPENOIS », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 115-120.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ D. LE GRAND de BELLEROCHÉ, « Note à l'attention du groupe de travail sur la réserve héréditaire », in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 165-174.

¹⁶⁷⁰ V. *supra*, n° 260.

¹⁶⁷¹ V. *supra*, n° 385.

À ce sujet Maître Jean-Philippe Delsols indiquait ne pas être choqué que l'on ne veuille pas donner à un enfant qui ne nous aime pas ou pire qui nous « *a fait tous les ennuis du monde de manière volontaire* ». Il précise que « *tout cela est fonction de la situation, de cas par cas, et c'est la raison pour laquelle aller au-delà de la loi et avoir la possibilité d'en parler avec un magistrat n'est pas forcément une mauvaise chose* »¹⁶⁷². Michel Grimaldi, pourtant fervent défenseur de la réserve héréditaire va également dans ce sens quand il évoquait une possible évolution de la réserve. Pour l'auteur, plusieurs directions peuvent être prises pour un assouplissement de la réserve héréditaire : « *Peut-on aller vers plus de souplesse ? Je crois que oui on pourrait reconsidérer le taux de la réserve, on pourrait aussi dans un autre ordre d'idée imaginer ce qui existe en Suisse ou en Espagne, des causes de déchéance de la réserve que le de cujus a à sa disposition dans des cas limités dans tous les cas où il y a eu comportement tel de l'héritier que la réserve ne se justifie plus, le cas type serait où l'héritier a introduit plusieurs actions notamment pénales contre son père ou sa mère et qu'il a échoué dans toutes ses actions. Dans ces cas il est possible dans certains pays au de cujus d'exhérer l'enfant. On pourrait aussi imaginer quand il y a eu une rupture totale des relations pendant 15 ou 20 ans, je vous le concède qu'il est troublant de voir un enfant que l'on pas vu pendant 35 ans ressurgir au moment du partage du gâteau, on peut imaginer que de ce point de vue, des tempéraments soient apportés à la réserve* »¹⁶⁷³. L'interrogation est légitime, et rejoint notre point.

Une certaine partie de la doctrine patrimonialiste ne se refuse pas à imaginer une évolution de la dyarchie de la transmission où la volonté unilatérale du *de cujus* pourrait dans une certaine mesure moduler la réserve héréditaire individuelle d'un héritier défaillant. Ce sujet a d'ailleurs été évoqué par le groupe de travail sur la réserve héréditaire : « *au cours des auditions, l'idée a parfois été avancée d'introduire dans la loi des motifs permettant au de cujus de priver son descendant de tout ou partie de sa réserve. Une variante consisterait à confier cette faculté non au défunt mais directement au juge. Tel pourrait être le cas dans l'hypothèse d'une rupture durable des relations, de délaissement d'un parent ou d'un grand-parent au soir de sa vie ou, plus largement, d'un manquement par un descendant à ses devoirs envers le défunt* »¹⁶⁷⁴. Le groupe de travail reconnaît l'intérêt d'un tel dispositif « *il s'agit de répondre à l'une des critiques faites à la réserve héréditaire consistant à lui reprocher de protéger injustement, à l'occasion, l'héritier qui a méconnu tous ses devoirs à l'égard de son auteur, et cela parfois en anéantissant totalement ou partiellement la libéralité dont a bénéficié un autre héritier qui lui n'aura pas démerité* »¹⁶⁷⁵. Cependant, le groupe de travail a écarté une telle piste la jugeant

¹⁶⁷² Conférence sur la question de l'héritage et de la transmission, animée par Bertrand Savouré, président de la Chambre des notaires de Paris, Michel Grimaldi, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Anne Gotman, sociologue et directrice de recherche émérite au CNRS et CERLIS, et Jean-Philippe Delsol, avocat au barreau de Lyon et président de l'IREF sur le sujet « "Héritage, transmission : jusqu'où peut-on déshériter ses enfants ? » . {En ligne} <https://www.youtube.com/watch?v=mJAv2rO8F8Q>.

¹⁶⁷³ *Ibid.*

¹⁶⁷⁴ « II. Conforter l'ancrage de la réserve héréditaire dans la filiation », p. 118 in « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*

inoportune¹⁶⁷⁶. Il est dommage qu'une telle piste d'évolution ne soit pas plus développée dans ses opportunités et ses incidences sur l'équilibre de la transmission. Cependant, ouvrir une telle boîte de Pandore nécessite de déterminer si une telle disposition pourrait s'inscrire dans un équilibre stable.

§ 2 - UNE PISTE OPPORTUNE POUR L'ÉQUILIBRE

400. Un maillon de l'équilibre. L'introduction en droit français d'une possibilité pour le *de cujus* de déchoir le réservataire de ses droits dans sa succession à l'aune de son comportement fautif est, selon notre analyse de l'équilibre, une piste d'évolution opportune. Néanmoins, un tel mécanisme doit être opportun (A). Nous verrons qu'au-delà d'être opportune une telle évolution pourrait être une véritable chance pour l'équilibre de la transmission (B).

A - L'opportunité de l'exhérédation

401. Une sanction protéiforme. Réfléchir sur l'exhérédation de l'héritier réservataire oblige en première intention à étudier sa forme, qui aujourd'hui ne pourrait être faite que par voie testamentaire (1). Or, l'exhérédation testamentaire ne répondant pas aux enjeux de l'équilibre, son étude laisse apercevoir une solution innovante (2).

1 - L'exhérédation par volonté testamentaire unilatérale

402. La recherche d'une cause. Avant d'éventuellement analyser le régime d'une exhérédation causée, il est nécessaire de s'interroger sur la forme primaire de son introduction en droit français. Nous avons d'ores et déjà analysé que le droit positif ne permet pas de répondre à une telle problématique¹⁶⁷⁷. Aussi, la solution ne se trouve pas dans l'ouverture d'une possible exhérédation testamentaire sans motif. En effet, un tel acte de volonté serait tout bonnement injustifiable dans notre système juridique et signerait la mort de la réserve héréditaire et

¹⁶⁷⁶ « Au surplus, l'introduction de tels motifs d'exhérédation soulèverait d'inévitables problèmes de preuve. Elle serait de nature à susciter un contentieux aujourd'hui inexistant et à remettre l'attribution de la réserve héréditaire entre les mains du juge. À cela s'ajoute qu'à s'engager dans la voie de l'introduction de motifs d'exhérédation, l'on pourrait être tenté demain d'aller plus loin et de multiplier les raisons pour lesquelles un descendant serait susceptible d'être exhérédé. Le Code civil contient déjà, à travers l'indignité successorale, un mécanisme de déchéance de la qualité d'héritier qui permet de sanctionner le successible ayant commis des actes particulièrement graves envers le défunt en le privant de sa qualité d'héritier et, par voie de conséquence, de sa réserve. Ces cas d'indignité ont été renouvelés et élargis à l'occasion de la loi du 3 décembre 2001. C'est sur ce terrain que le législateur, s'il le souhaitait, devrait engager une nouvelle réflexion. Mais il ne doit pas appartenir au de cujus de décider lui-même de priver un descendant de tout ou partie de sa réserve », *ibid*, p. 119.

¹⁶⁷⁷ V. *supra*, n° 383.

consubstantiellement de l'équilibre de la transmission. Une telle évolution de notre système successoral ne serait pas opportune car entraînerait une modification importante des règles successorales, et très certainement une action alimentaire pour les héritiers qui se verraient exhéredés sans juste motif. Aussi et surtout, ce serait rompre avec mille ans d'histoire pour emprunter ces mots à Pierre Catala, car de tous temps, l'exhéredation dans sa conception d'acte punitif par lequel le testateur dépouille son héritier n'a jamais été illimitée, du droit romain à nos jours. Les éléments de réponse pourraient se trouver à notre sens, et comme l'évoque Michel Grimaldi, dans ce qui est possible dans les législations étrangères.

D'autres pays connaissent des outils permettant l'expression unilatérale de la volonté du *de cuius* avec pour fonction de moduler, voire supprimer, l'émolument successoral d'un héritier réservataire. Que ce soit l'Allemagne¹⁶⁷⁸, l'Autriche¹⁶⁷⁹, la Suisse¹⁶⁸⁰ ou encore l'Espagne¹⁶⁸¹, les quatre systèmes ont sensiblement le même fonctionnement. La loi introduit la possibilité pour le *de cuius* d'exhéreder par voie testamentaire un héritier réservataire pour des causes limitativement énumérées dans les textes. La différence majeure entre ces ordres juridiques est la teneur des causes énumérées. Si l'Autriche est un pays libéral sur les causes envisagées en prévoyant notamment une possible exhéredation pour cause de rupture des liens familiaux durables, les autres pays développent des causes moins arbitraires et univoques. Ainsi, la délimitation de l'exhéredation par une liste de motifs exhaustifs semble permettre de concilier le principe d'une réserve héréditaire et un pouvoir de la volonté assez important pour permettre, dans une certaine mesure, d'exhéreder unilatéralement un héritier à réserve. Reste à déterminer comment le *de cuius* pourrait exprimer cette volonté.

403. Le testament de la discorde. Cette question apparaît superfétatoire en ce que la réponse semble être toute trouvée, seule la voie testamentaire pourrait contenir un acte de volonté tel que l'exhéredation. C'est d'ailleurs la solution retenue par les ordres juridiques étrangers qui connaissent dans leur système un tel dispositif d'exhéredation causée. Cependant, comparaison n'est pas raison, et nous émettons les doutes les plus expès sur la véritable efficience de l'exhéredation causée par voie testamentaire.

L'exhéredation pour juste motif sur le modèle du droit suisse ou encore allemand suppose donc, qu'à la suite d'un comportement de l'enfant, le *de cuius* rédige un testament dans lequel il vise expressément le comportement fautif de l'héritier qui correspondrait à une des causes prévues par

¹⁶⁷⁸ BGB. § 2333 et s.

¹⁶⁷⁹ ABG § 769 et s.

¹⁶⁸⁰ (Suisse) C. civ. art 470 et s.

¹⁶⁸¹ (Espagne) C. civ. art. 848 et s.

la loi. Ce n'est qu'au décès de celui-ci que le testament prendra effet et révélera la volonté exhérédante qui sera dès lors, quasi systématiquement, soumise à une contestation de la part de l'héritier lésé. C'est tout particulièrement en termes de temporalité et d'intérêt à agir que cette solution ne semble pas opportune.

En effet, l'émanation unilatérale de volonté du *de cuius* n'étant à aucun moment contrôlée, elle reste éminemment contestable. L'ouverture de la succession amènera irrémédiablement un surcroît de contentieux successoral et un problème de preuve. On le rappelle, pour se former, le contentieux successoral doit réunir deux caractéristiques : l'ouverture d'une succession et un litige. Ce nouveau type de contentieux successoral viendrait s'ajouter aux contentieux déjà existants et rejoindrait notamment les contestations testamentaires. Or, les faits évoqués dans le testament, et qui justifieraient l'exhérédation selon les motifs énumérés par la loi, auront été vécus par le défunt qui ne sera par définition plus là. Une telle décision apparaît dès lors éminemment égoïste car ce sont les cohéritiers qui devront mener le combat de leurs ascendants et subir le contentieux successoral.

Le contentieux successoral que créerait une telle disposition irait dans le sens d'une augmentation de la volonté mais irait à l'encontre des objectifs de prévisibilité qui sont tout aussi importants dans la dyarchie de la transmission, et fondent la notion d'anticipation successorale. On irait ici vers une judiciarisation de la succession avec tout ce que cela implique au niveau de l'aléa et du temps judiciaire. Doit alors se poser l'interrogation suivante : comment permettre une telle expression de la volonté sans que celle-ci entraîne des contestations lors de l'ouverture de la succession, qui feraient peser sur les descendants une charge contentieuse importante ? Une des solutions pourrait se trouver dans la temporalité du contrôle de l'exhérédation.

2 - L'exhérédation par voie judiciaire

404. L'exhérédation ne veut pas dire testament. Le terme d'exhérédation, voire la notion d'exhérédation, renvoie à une suppression unilatérale de l'émolument successoral par le *de cuius*. Cette suppression se ferait fatalement par la voie testamentaire, seul réceptacle possible d'une telle volonté. C'est d'ailleurs la définition qu'en donne André Ponsard¹⁶⁸². Mais est-il possible de déceler un sens plus général au terme d'exhérédation que la suppression testamentaire de l'émolument successoral ? Il faut pour cela s'obliger à une analyse étymologique de ce terme. Le mot « exhéredér » est un verbe construit sur la racine du mot « *heres* » qui signifie « hériter » auquel

¹⁶⁸² A. PONSARD, « Quelques remarques sur les clauses d'exhérédation », Mél. Voirin, 1967. 666 s.

fut adjoint le préfixe « *ex* »¹⁶⁸³. Selon l'encyclopédie, le préfixe « *ex* » signifie « hors de » et sert à désigner un état antérieur qui a cessé d'être¹⁶⁸⁴. Littéralement, exhéredier constate donc un héritage qui a cessé d'être. Il n'est dès lors pas nécessairement fait mention de la voie testamentaire. Il ne fait nul doute que ce rapprochement est la conséquence directe qu'aujourd'hui seul un testament peut exprimer la volonté d'un *de cuius* de supprimer un émolument successoral. Il est donc possible de réfléchir sur une autre forme que pourrait prendre une exhérédation causée.

Le groupe de travail avait déjà abordé cette solution en précisant qu'« *une variante consisterait à confier cette faculté (d'exhérédation) non au défunt mais directement au juge* »¹⁶⁸⁵. Néanmoins, cette solution ne sera pas développée, le groupe de travail estimant que « *le Code civil contient déjà, à travers l'indignité successorale, un mécanisme de déchéance de la qualité d'héritier, qui permet de sanctionner le successible ayant commis des actes particulièrement graves envers le défunt en le privant de sa qualité d'héritier et, par voie de conséquence, de sa réserve. Ces cas d'indignité ont été rénovés et élargis à l'occasion de la loi du 3 décembre 2001. C'est sur ce terrain que le législateur, s'il le souhaitait, devrait engager une nouvelle réflexion. Mais il ne doit pas appartenir au de cuius de décider lui-même de priver un descendant de tout ou partie de sa réserve* »¹⁶⁸⁶. Or, comme nous l'avons déjà évoqué, le régime de l'indignité successorale ne correspond pas actuellement aux besoins de la matière. Il serait tout à fait possible, comme l'a récemment fait le législateur, d'amender la liste des motifs relevant de l'indignité tant obligatoire que facultative¹⁶⁸⁷. Il conviendrait pour cela d'élargir le champ des sanctions hors du spectre du droit pénal. Néanmoins, cela ne réglerait pas le problème de fond que l'indignité successorale n'est pas pensée comme une action en justice. C'est ainsi qu'utiliser le régime de l'indignité comme un biais d'exhérédation, ce qu'elle n'est pas, serait détourner l'esprit du texte et ne purgerait pas les problématiques que nous avons développées notamment vis-à-vis de la charge contentieuse qui pèserait alors sur les cohéritiers.

405. Le rôle du juge. Il conviendrait d'entrevoir une autre possibilité. Si l'écueil principal de l'exhérédation testamentaire causée est la charge contentieuse qui pèse sur la manifestation de volonté, ne serait-il pas possible d'anticiper la contestation ? La problématique est la suivante : la manifestation de volonté du *de cuius*, même s'il elle est limitée dans un certain cadre coercitif énumératif, n'est pas contrôlée *a priori*. Dès lors, personne ne vérifie la réalité du motif d'exhérédation quel qu'il soit. C'est de cette précarité de la volonté, de cette absence de filtre, que vient à notre sens le problème d'une exhérédation causée. La solution proposée par les droits

¹⁶⁸³ Bordas (1970), Exhéredier, in *Focus Encyclopédie internationale tome I D/K*.

¹⁶⁸⁴ Bordas (1970), Ex, in *Focus Encyclopédie internationale tome I D/K*.

¹⁶⁸⁵ « II. Conforter l'ancrage de la réserve héréditaire dans la filiation », p. 118 in « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019 (dir. C. PÉRÈS et P. POTENTIER).

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*

¹⁶⁸⁷ V. *supra*, n° 384.

étrangers est de laisser l'héritier lésé saisir le tribunal en contestation de cette décision d'exhérédation. Ce n'est pas une solution satisfaisante, car elle crée un contentieux successoral important. Il faut dès lors réfléchir à une nouvelle piste et, peut-être, s'extraire des solutions actuelles.

Pour juguler la problématique constante de l'exhérédation testamentaire, il faudrait que la volonté d'exhérédation soit contrôlée non pas *a posteriori* dans le cadre d'une saisine par l'héritier mais *a priori* par le juge du vivant du *de cuius*. Ce rôle central du juge comme paravent de la volonté unilatérale permettrait de soumettre à un tiers impartial le contrôle du motif d'exhérédation, pour déterminer si celui-ci est légitime et peut sereinement perdurer sans subir des contestations au jour de l'ouverture de la succession. Ce contrôle juridictionnel en amont du décès permettrait également de faire supporter le poids du contentieux sur le *de cuius* et non sur les héritiers¹⁶⁸⁸. Nous ne serions plus ici dans le cadre d'un contentieux successoral car le litige ne correspondrait pas au canon d'un tel contentieux. En effet si un litige existe, le contentieux successoral ne peut par définition apparaître avant le décès de la personne.

Il s'agit alors de responsabiliser le *de cuius* dans sa prise de décision, mais également de sécuriser la prévisibilité de celle-ci. En apposant un tel filtre juridictionnel, la volonté se trouve en quelque sorte amoindrie en ce qu'elle ne peut librement s'exprimer, mais c'est au prix d'une plus grande prévisibilité de la solution à intervenir pour en faire un véritable point d'anticipation successorale. Il faut en définitive rechercher ici, comme tout au long de cette étude, le point optimal d'équilibre. Enfin et surtout, une telle décision ne pourra pas faire l'objet d'une contestation au décès, l'héritier demandeur se verra opposer l'autorité de la chose jugée¹⁶⁸⁹.

B - Une chance pour l'équilibre

406. La solution d'un équilibre controversé. L'introduction d'une telle exhérédation judiciaire du vivant du *de cuius* soulève de nombreuses problématiques juridiques et juridictionnelles. Avant de déterminer quel régime juridique une telle action pourrait revêtir, et quelles seraient ses conséquences dans le cadre de la liquidation de la succession, il convient de purger une antinomie d'apparence (1) et la validité de l'exhérédation judiciaire (2).

¹⁶⁸⁸ Sur la volonté de donner une place plus importante au juge en matière de libéralités, on peut notamment citer les propos de Quentin GUIGUET-SCHIELÉ : « d'importants arbitrages doivent être réalisés, surtout à propos de la place du juge. Ne gagnerait-on pas à libéraliser son pouvoir en abandonnant la règle de l'interprétation stricte ou en lui permettant de créer des cas d'indignité, comme c'était le cas dans l'ancien droit ? Certes, la prévisibilité et la cohérence des solutions en seraient menacées et le principe de légalité fortement réduit, mais l'effet dissuasif en sortirait renforcé et le disposant garderait, en toute hypothèse, un pouvoir de pardonner lui permettant de déjouer la déchéance », *op. cit.*

¹⁶⁸⁹ V. *infra*, n° 443.

1 - Une antinomie d'apparence

407. Purger les contestations. Si, pour une partie de la doctrine, l'avènement de la réduction en valeur des libéralités excessives et la mise en place d'une renonciation anticipée à l'action en réduction rompaient avec mille ans de réserve¹⁶⁹⁰ et annonçaient le déclin de cette institution d'ordre public¹⁶⁹¹, il y a de fortes chances que la proposition avancée soit considérée comme le lincoln de l'ordre public successoral.

Pourtant, il ne faut pas s'arrêter à une première fausse impression mais véritablement entrevoir l'opportunité que pourrait être cette procédure d'exhérédation causée pour l'ordre public successoral. Nous avons longuement vu que la dyarchie de la transmission, au-delà d'être structurée entre la volonté du *de cuius* et ses limites, est structurante de la matière. Que le mouvement de néolibéralisme tant national qu'international commande une certaine exaltation de la volonté qui ne peut se limiter à une volonté partagée. Plutôt que de dénier une telle promotion, ne faudrait-il pas permettre son expression tout en l'encadrant ?

C'est ce que suggère une partie de la doctrine et le groupe de travail sur la réserve héréditaire en proposant une promotion de l'anticipation successorale concertée et une modulation de l'ordre public successoral notamment dans son périmètre. Mais cela est-il suffisant à l'aune des mouvements de fonds qui accablent la matière de la transmission depuis des dizaines d'années ? Nous ne le pensons pas. En ne purgeant pas la problématique récurrente de blanc-seing de la réserve héréditaire, l'évolution de la matière ne se trouvera nécessairement que partielle. Une augmentation de la quotité disponible, qui est une proposition qu'il faut soutenir, permettrait, à certains égards, d'augmenter la volonté unilatérale du *de cuius*, et de réduire dans certains cas l'allotissement d'un héritier non méritant. Mais là encore, celui-ci conserverait, au-delà d'une part dans l'héritage, une capacité de nuire au partage.

Le législateur doit, par définition, légiférer pour tout le monde. En cela la réserve héréditaire dans sa nature et dans sa fonction doit rester immuable. Il n'en demeure pas moins que la loi doit également régir, au-delà du principal, les exceptions. Il sera forcément objecté, comme cela a pu l'être dans le passé, que la question de l'exhérédation des héritiers réservataires est inconséquente, une affabulation de juriste, tant elle n'existerait pas en pratique et serait, au-delà, mortifère pour la notion de réserve héréditaire. *In fine*, selon cette école de pensée, le risque théorique encouru ne vaudra pas l'avancée pratique. À cela, deux arguments doivent être opposés.

¹⁶⁹⁰ P. CATALA, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, n° 26, 1206, spéc. n° 12.

¹⁶⁹¹ V. *infra*, n° 109 et s.

Premièrement, les cas de volonté d'exhérédation d'un descendant existent et ne sont pas nécessairement des cas isolés. Chaque cas est bien entendu différent, les causes plus ou moins valides, mais il est purement erroné de dire que ces cas-là n'existent pas. Cette volonté d'exhérédation n'est d'ailleurs par nécessairement l'émanation d'une volonté punitive mais parfois d'une volonté protectrice. Les parents savent pertinemment à l'avance si l'un des cohéritiers démeritant pourrait créer un véritable problème dans le partage à intervenir. Si la volonté d'exhérédation n'est bien entendu pas la majorité des cas, elle représente un objectif d'anticipation successorale et mérite dès lors que l'on s'y intéresse.

De ce critère quantitatif découle le deuxième argument. Parce que les cas sont *a priori* faibles, il ne serait pas la peine de légiférer dessus. Nous opposerons à cela qu'à notre sens le nombre de personnes recourant à une renonciation anticipée à l'action en réduction par an sont également très faibles et ce n'est pas pour autant que cette possibilité ne fait pas partie de notre droit positif. Il existait des cas où la prohibition des pactes sur succession future empêchait de passer certains actes, le législateur a donc permis par une volonté concertée de faire une telle renonciation.

Une autre critique à l'aune de l'ordre public successoral pourrait se trouver dans le fait qu'une telle procédure créerait un effet d'aubaine important. Là encore, au regard de l'exhaustivité qui sera imposé par la loi et de la mise en place d'une procédure adaptée, il est tout à fait possible de restreindre de façon juste les cas où l'exhérédation est parfaitement justifiée. D'ailleurs comme le souligne parfaitement Maître Diane Le Grand de Belleroche, malgré un droit successoral beaucoup plus libéral en droit anglais, l'absence de réserve héréditaire ne conduit pas à une exhérédation massive des descendants¹⁶⁹². L'introduction en droit français d'une action en exhérédation, qui ne serait donc pas soumise à la seule liberté testamentaire unilatérale, permettrait d'assurer qu'une telle voie ne sera pas dévoyée et n'aboutirait pas à une exhérédation massive des descendants. En ce sens, il est intéressant de faire un parallèle avec la théorie de la main invisible d'Adam Smith. Cette théorie désigne le processus par lequel, dans une économie de marché, les décisions et les actes individuels sont rendus compatibles et concourent à l'intérêt général¹⁶⁹³. Selon Smith « *Ce n'est que dans la vue d'un profit qu'un homme emploie son capital à faire valoir l'industrie, et par conséquent il tâchera toujours d'employer son capital à faire valoir le genre d'industrie dont le produit promettra la plus grande valeur, ou dont on pourra espérer le plus d'argent (...) À la vérité, son intention en général n'est pas en cela de servir l'intérêt public (...) il ne pense qu'à son propre gain ; en cela, comme beaucoup dans d'autres cas, il est conduit par une main invisible à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions (...). Tout en ne cherchant que son intérêt personnel il travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société que s'il avait réellement pour*

¹⁶⁹² D. LE GRAND de BELLEROCHÉ, *op. cit.*

¹⁶⁹³ Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, Main invisible (dir. C.-L. ECHAUDÉMAISON) Nathan 2010.

but d'y travailler. »¹⁶⁹⁴. Par analogie, la libre volonté du *de cuius* concourait à l'intérêt général de façon indirecte. Appliquée au droit de la transmission et à une action en exhérédation causée, la théorie de la main invisible successorale promettrait donc d'atteindre la finalité de l'ordre public successoral en laissant la volonté du *de cuius* s'autoréguler. Il faut le rappeler, il ne s'agit pas de partager l'analyse de Daniel Borillo qui soutient qu'en « *l'état actuel du droit positif français, la réserve héréditaire constitue, 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* »¹⁶⁹⁵. La réserve héréditaire doit être maintenue dans son principe et dans sa nature pour les raisons précédemment évoquées, mais prévoir un régime d'exhérédation judiciaire permettrait d'apporter à l'institution de la réserve une véritable complémentarité de fond, afin de la purger de l'une de ses principales critiques. Au-delà d'être une véritable opportunité pour l'ordre public successoral et notamment la réserve héréditaire, un tel régime permettrait une sécurisation importante de l'anticipation successorale.

408. La volonté unilatérale du *de cuius*. Nous mentionnions au début de cette thèse que la notion d'anticipation successorale, au-delà de reposer sur les deux piliers que sont la volonté et la prévisibilité, répondait à des objectifs précis et notamment à un objectif de sanction. Nous rappelions alors que la volonté de transmettre son patrimoine, ou de le répartir par anticipation, peut être influencée par l'affection ou par la rancœur. Au-delà de la désaffection exprimée par le *de cuius*, cet objectif, que nous qualifions de sanction, peut aussi être le résultat d'un certain comportement fautif de la part de l'héritier envers son ascendant. Ainsi, la réflexion anticipative, et sa manifestation positive de la planification, s'attardera à réduire expressément ou supprimer l'émolument successoral de l'héritier jugé fautif par le *de cuius*. Cette suppression aura plus ou moins d'effets en fonction de la qualité de l'héritier cible, mais pourra en tout état de cause affecter son appréhension matérielle du patrimoine successoral. Dans la limite de la réserve héréditaire le *de cuius* devra user de stratégies plus au moins audacieuses pour supprimer au maximum l'émolument de son présomptif réservataire. Des « solutions » existent pour arriver à cela mais chacune d'elles souffre d'une précarité. Investir une majorité du patrimoine sur un contrat d'assurance-vie ? Cela exposerait à une requalification des contrats soit pour absence d'aléa soit par la caractérisation de primes manifestement exagérées. Utiliser des clauses d'accroissement pour transmettre des biens « hors succession » ? Cela exposerait à une requalification en libéralité. Vider le patrimoine par des dons manuels, des virements permanents, des récompenses ou créances non tracées ? Ces flux

¹⁶⁹⁴ A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre IV : Des systèmes d'économie politique 1776.

¹⁶⁹⁵ D. BORILLO, « Réserve héréditaire une entrave à la liberté, à l'égalité, à la solidarité et à l'esprit d'entreprendre », in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 81-86.

pourront être tracés au besoin par une expertise judiciaire. Utiliser un élément d'extranéité pour éluder le droit français ? C'est s'exposer au mécanisme de la fraude, de l'exception d'ordre public international et même du droit de prélèvement compensatoire si celui-ci existe encore.

Force est de souligner que l'objectif de sanction peut, en présence d'un héritier réservataire, être contre-productif, la stratégie déployée pourra nécessairement être remise en cause au décès par le présomptif réservataire afin qu'il soit rétabli dans ses droit d'une manière ou d'une autre, et créera un contentieux successoral avec tout ce que cela implique à l'aune de la volonté et de la prévisibilité. Un régime d'exhérédation judiciaire permettrait au *de cujus* d'actionner de son vivant sa volonté anticipative et ainsi se prémunir de l'ineffectivité de sa volonté. Dans l'hypothèse où la cause d'exhérédation est justifiée, la suppression de l'émolument successoral sera actée par une décision de justice qui ne pourra pas être contestée par l'héritier défaillant lors de l'ouverture de la succession du défunt. Son acte de volonté sera ainsi prévisible et ne sera pas sujet à contestation, sécurisant de fait les cohéritiers.

C'est ainsi qu'une telle proposition permettrait à la fois de sécuriser l'anticipation successorale mais également l'ordre public successoral, renforçant de fait la dyarchie tout en préservant son équilibre structuré. Reste à déterminer si un tel régime serait en conformité avec le droit constitutionnel français et la Convention européenne des droits de l'homme.

2 - La validité de l'exhérédation judiciaire

409. La constitutionnalité et la conventionalité de la mesure. Se pose immédiatement la question de la constitutionnalité d'un tel régime d'exhérédation. Si l'institution de la réserve n'a jamais revêtu un caractère constitutionnel comme cela a pu être le cas en Allemagne¹⁶⁹⁶, la question de la suppression de l'émolument successoral du réservataire par le *de cujus* revêt un caractère particulier qui doit être analysé. Samy Benzina rappelait que l'« *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* »¹⁶⁹⁷. C'est ainsi que « *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* »¹⁶⁹⁸. Selon l'auteur, « *si l'ensemble des cohéritiers réservataires doivent avoir des droits identiques sur la part des biens du de cujus qui constitue la réserve héréditaire,*

¹⁶⁹⁶ V. *supra*, n° 379.

¹⁶⁹⁷ S. BENZINA, *op. cit.*, p. 48.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*

*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*¹⁶⁹⁹. Selon cette analyse, le principe d'égalité qu'induit la réserve ferait échec à l'introduction en droit français d'une différenciation entre les descendants. Cette importance supra législative de l'égalité successorale est justifiée par certains auteurs par la décision du 5 août 2011 qui a consacré comme motif d'intérêt général la protection de la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers¹⁷⁰⁰. Dans cette décision le Conseil constitutionnel admet que le motif d'intérêt général ne porte pas une atteinte disproportionnée aux conditions d'exercice du droit de propriété. Et que ce motif d'intérêt général n'est autre que le respect de l'égalité entre les héritiers présomptifs. De cette constatation certains auteurs appliquent une casuistique : le principe d'égalité entre les descendants peut souffrir certaines dérogations « *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* »¹⁷⁰¹. Néanmoins, « *il serait extrêmement difficile de trouver des critères fondés sur l'intérêt général qui permettent de justifier une différence de traitement* »¹⁷⁰². Quand bien même un tel critère pourrait émerger et conduire à une différence de traitement sous couvert d'un motif d'intérêt général « *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 exhérité par le de cuius* »¹⁷⁰³. Il est évident que la loi qui permettrait l'exhérédation d'un héritier réservataire sur des motifs discriminatoires comme le sexe, l'âge ou la religion, serait immédiatement frappée d'inconstitutionnalité. Néanmoins, prévoir des motifs qui seraient fonction d'un comportement objectivement malveillant de l'héritier envers son ascendant, n'entraîneraient pas une atteinte disproportionnée au principe de l'égalité que commande la réserve. L'indignité successorale permet déjà cela, il s'agirait de prévoir un élargissement des motifs et une action judiciaire différente ; mais la finalité, elle, serait la même.

Il en irait de même d'un éventuel contrôle de conventionalité au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, comme le souligne la Cour EDH, notamment dans sa jurisprudence *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, « *les droits successoraux constituent un élément non négligeable de la vie familiale* »¹⁷⁰⁴. L'alinéa 2 de cet article prévoit qu'« *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique,*

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰⁰ Cons. Const. 5 août 2011, n°2001-159 QPC, JO 6 août 2011 : *précité*.

¹⁷⁰¹ S. BENZINA, *op. cit.*, p. 49.

¹⁷⁰² C. BRENNER, « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve », *J.-Cl. Code civil*, LexisNexis, 2017, Fasc. 10, § 2.

¹⁷⁰³ S. BENZINA, *op. cit.*

¹⁷⁰⁴ CEDH 1^{er} déc. 2009, req. n° 64301/01, *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, AJDA 2010. 997.

au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Une action en exhérédation causée sur des motifs précis répond aux exigences de cette disposition. Elle est d'origine légale, vise un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique, en ce qu'elle répond à un besoin social impérieux, tout en demeurant proportionnée par une série de causes déterminées au but légitime poursuivi qui est de préserver l'équilibre du droit de la transmission.

Théoriquement, une action judiciaire en exhérédation causée se trouve parfaitement justifiée et constitue un outil porteur dans le cadre d'une évolution de la matière. Reste qu'une idée théorique doit être réalisable en pratique et il est dès lors nécessaire de créer un régime pour cette action.

Section 2

LE RÉGIME DE L'ACTION EN EXHÉRÉDATION

410. La création *ex nihilo* d'un régime. L'évolution proposée d'une exhérédation causée des héritiers réservataires ne repose en droit positif français sur aucune donnée existante. Il convient alors, en parfaite connaissance des règles applicables en droit français mais également en droit étranger, de proposer un régime juridique (§ 1) et juridictionnel (§ 2) de cette action.

§ 1 - LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ACTION EN EXHÉRÉDATION

411. L'importance d'un périmètre défini. L'action en exhérédation causée reposerait principalement sur une série de motifs définis par la loi qui permettraient de cadrer les hypothèses pour lesquelles un *de cujus* pourrait actionner judiciairement sa demande d'exhérédation (**A**). Une fois ces motifs exposés, une véritable réflexion sur les préalables de cette possible action en justice devra être posée (**B**).

A - La réflexion sur les causes de l'exhérédation

412. Des motifs précis et univoques. Comme le rappelait parfaitement Charles Bahurel, en l'absence de textes spéciaux concernant l'exhérédation, c'est le droit commun qui aura vocation à s'appliquer. Cela reviendrait à faire application de l'insanité d'esprit et des vices du consentement, car la contestation venant de l'héritier dans le cadre d'une exhérédation testamentaire se porte

souvent sur le consentement du testateur¹⁷⁰⁵. La question des causes, ou des motifs, de l'exhérédation est primordiale, car c'est sur cette base que va se fonder l'entière institution. Il faut être sobre de nouveauté et regarder ce qui existe en droit français et étranger tout en se refusant à une extension qui pourrait dévaloriser l'institution.

413. Utiliser l'indignité. La construction d'une action en exhérédation repose tout particulièrement sur les motifs compris dans la loi. Dans cette hypothèse, c'est nécessairement du côté du comportement de l'héritier qu'il conviendrait de se tourner pour causer une éventuelle exhérédation judiciaire ; il ne peut en effet exister de motif d'exhérédation qui serait uniquement corrélé à la personne du *de cuius*. C'est donc vers le comportement de l'héritier que doit se concentrer la liste de ces motifs, qui prendrait source sur un comportement et/ou un agissement de celui-ci tellement graves qu'ils pourraient justifier la déchéance de tout ou partie de ses droits réservataires.

Une telle action n'ayant pas vocation à remplacer l'action en indignité successorale, il convient en premier lieu d'exclure les cas de l'indignité obligatoire des éventuels motifs de l'exhérédation. Concernant les cas d'indignité successorale facultative, il pourrait être opportun de prévoir dans le champ d'application de l'action en exhérédation les mêmes causes, sans pour autant supplanter par le vide le régime de l'indignité. En effet, les cas d'indignité facultative pourraient coexister à la fois sous leur forme actuelle dans le régime de l'article 727-1 du Code civil et dans le futur régime d'une exhérédation judiciaire qui pourrait s'opérer par simple renvoi dans le texte. Deux précisions doivent être formulées sur l'utilisation de ces causes.

La première rejoint les développements précédents. Nombreux sont les *de cuius* qui souhaiteraient déclarer de leur vivant leurs enfants indignes pour des cas que la loi prévoit d'ores et déjà. Or, ce n'est aujourd'hui pas possible, et le *de cuius* est contraint et forcé de laisser cette charge contentieuse à ses héritiers. Permettre ainsi au *de cuius* d'actionner de son vivant une telle action aurait une double vertu : responsabiliser sa prise de volonté et protéger ses autres héritiers d'une éventuelle procédure contentieuse.

La seconde est une précision qui devra être faite, la possibilité pour le *de cuius* d'actionner de son vivant une action en exhérédation sur les motifs de l'article 727-1 du Code civil ne doit pas avoir d'incidence sur le régime actuel de l'indignité successorale. En effet, il ne faudrait pas analyser, notamment à l'aune du pardon, que l'absence d'action du vivant du *de cuius* justifierait un quelconque pardon implicite.

¹⁷⁰⁵ C. BAHUREL, *op. cit.*, p. 149.

Au-delà des causes existantes d'indignité facultative, il faut s'interroger sur d'autres causes, d'autres motifs qui pourraient entrer dans le champ de cette action en exhérédation.

414. Utiliser l'ingratitude. Comme toujours il faut bâtir sur l'existant, et il nous faut donc regarder les motifs existants en droit qui permettraient de venir réduire ou supprimer l'émolument successoral du présomptif réservataire. Outre l'indignité, nous avons développé la question du recel successoral¹⁷⁰⁶. Force est de souligner que la sanction d'une distraction des effets de la succession ne peut être utilisée comme un éventuel motif pour une action judiciaire en exhérédation du vivant. Il faudrait dès lors acter que le vol d'effets à ses ascendants pourrait être une cause légitime d'exhérédation. Cela poserait un certain nombre de problèmes notamment probatoires, mais pourrait également se heurter aux dispositions de l'article 311-12 du Code pénal qui précise que « *ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne au préjudice de son ascendant ou de son descendant* ». À l'instar du régime du recel successoral, la constatation d'un délit civil pourrait alors être retenue. Ainsi, l'enfant, ou tout autre descendant réservataire se rendant coupable de vol dans le sens de l'article 311-1 du Code pénal pourrait alors se voir déchu de sa protection.

Reste une autre voie prévue dans le droit français qui apparaît beaucoup plus porteuse, l'ingratitude de l'article 955 du Code civil. Rappelons que cet article prévoit qu'une révocation des donations consenties pourrait être demandée par le donateur, si le donataire se rend coupable d'une atteinte à la vie du donateur, de sévices, délits ou injures graves ou encore s'il lui refuse des aliments. Ces « *peines privées* »¹⁷⁰⁷, pour reprendre les mots des Professeurs Malaurie et Brenner, permettraient un élargissement certain des motifs, car ils couvrent un spectre plus large, et également permettent de sortir du « *caractère purement pénal* » de la sanction, car ne nécessitent pas *ab ante*, une condamnation pénale pour emporter révocation de la libéralité¹⁷⁰⁸.

Le premier cas de l'atteinte à la vie du donateur rejoint le régime de l'ingratitude, il serait donc automatiquement compris dans la liste des motifs. Le second cas est plus intéressant en ce qu'il va plus loin que les causes prévues par l'indignité successorale facultative. En effet, malgré un élargissement avec la loi du 30 juillet 2020, aucune cause d'indignité successorale ne couvre les injures graves, les délits et les sévices de façon générale. Certains pourront objecter que l'injure, peu importe sa gravité, n'est pas une cause suffisante pour déchoir de ses droits réservataires un héritier. Nous aurons une analyse contraire. En droit positif un parent qui se voit insulté de façon grave par un de ses enfants peut porter plainte. Cette plainte sera fondée en droit à l'aune des dispositions des articles R621-1 et suivants du Code pénal mais n'aura que très peu de chance d'aboutir à une

¹⁷⁰⁶ V. *supra*, n° 386.

¹⁷⁰⁷ P. MALAURIE et C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^e éd., 2018, LGDJ, p. 282.

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*

condamnation pénale. Quand bien même une condamnation pénale aboutirait, au plan civil, et tout particulièrement successoral, l'ascendant n'aura qu'une faible marge de manœuvre limitée à la quotité disponible. Ce type de situation ne relève pas du cas d'école mais s'appuie sur des situations existantes. Que dire au parent qui se voit, depuis des années, dénigré par son enfant et insulté de façon répétée, de telle sorte que le parent a fait enregistrer par huissier différents appels téléphoniques ? Le notaire, ou tout autre conseil, lui expliquera alors que son enfant, malgré son odieux comportement est un héritier réservataire qui aura droit à une part incompressible de son patrimoine successoral. Il peut l'exhérer par voie testamentaire, mais alors, il aura droit à une indemnité de réduction en valeur, voire dans certains cas en nature. Le conseil pourra lui expliquer qu'il existe des stratégies de planification successorale comme l'assurance-vie pour réduire son futur émolument, mais que tout acte unilatéral pourra être contesté à son décès, et cela laisserait une certaine charge contentieuse sur les autres héritiers réduisant fortement l'intérêt de toute anticipation successorale. Une telle situation ne peut perdurer à notre sens, en ce qu'elle entache la cohérence de l'équilibre de la transmission. L'injure grave et répétée pourrait dès lors parfaitement faire l'objet d'un motif dans le cadre d'une action en exhérédation en ce qu'elle apparaît être un motif légitime de déchéance. Il en est de même de tout délit ou sévices perpétrés par le descendant envers son ascendant qui lui doit la réserve.

Se pose enfin la question du dernier cas d'ingratitude visé à l'article 955, le refus d'aliment. Le refus d'aliment de la part de l'héritier contre son ascendant dans un certain état de besoins, pourrait se justifier comme étant un motif légitime d'exhérédation. L'un des piliers de la protection réservataire est la solidarité intra familiale qui peut se matérialiser par l'aspect alimentaire. Il serait inique de soutenir que l'enfant qui refuse d'aider son ascendant dans un état de besoins puisse légitimement prétendre à une protection réservataire. Là encore, un tel comportement pourrait faire l'objet d'un motif d'exhérédation si le refus de participation de l'héritier emmène l'ascendant dans une position financière difficile, dans une situation de besoin ou de précarité économique et sociale. On pense spontanément au refus d'un héritier d'aider son ascendant à payer les mensualités de sa maison médicalisée, qui s'avère nécessaire. Dans cette hypothèse, la réserve héréditaire, manifestation de ce devoir alimentaire, peut-elle encore se justifier ? Il s'agit ici d'instaurer un certain lien de réciprocité pour l'institution de la réserve. Ce motif se justifie d'autant plus qu'il est repris dans de nombreuses lois étrangères, comme étant un juste motif d'exhérédation¹⁷⁰⁹. Pour reprendre notre étude, nous pouvons notamment citer le cinquième cas d'exhérédation autrichien, qui vise la négligence de manière flagrante de ses obligations familiales envers le défunt, le troisième cas d'exhérédation allemand qui vise la violation malicieuse de l'obligation alimentaire qui incombe

¹⁷⁰⁹ V. supra, n° 376 et s.

au descendant de par la loi envers le testateur, ou encore la législation espagnole qui porte comme cause d'exhérédation le refus sans raison légitime de l'entretien du père ou de l'ascendant qui le déshérite.

Le droit français nous offre, d'ores et déjà, un certain nombre de motifs pouvant potentiellement intégrer le régime d'une future action en exhérédation causée. Afin d'affiner le régime d'une telle action, nous nous tournerons vers les législations étrangères qui connaissent un tel principe d'exhérédation causée testamentaire afin de déterminer si d'autres motifs peuvent se trouver légitimes.

415. Bâtir sur la comparaison. Outre les solutions qui peuvent déjà exister en droit national, l'étude comparative de certains pays européens nous apprend que d'autres motifs peuvent être utilisés pour déchoir le présomptif réservataire de sa protection. Nous en retiendrons particulièrement deux qui doivent faire l'objet d'une étude.

416. Contrecarrer les dernières volontés. Un motif qui revient de façon récurrente est la sanction de l'héritier qui aurait délibérément contrecarré, ou tenté de contrecarrer, la réalisation de la véritable dernière volonté du défunt. On retrouve cette idée en droit autrichien¹⁷¹⁰ ou encore en droit espagnol¹⁷¹¹. L'agissement fautif de l'héritier, qui tend à interférer dans la mise en place d'un acte de dernière volonté, devrait donc être constitutif d'un motif légitime d'exhérédation. Il est vrai que l'ingérence fautive de l'héritier dans la manifestation des dernières volontés du défunt peut se rapprocher, par une analogie un peu poussive, d'un recel successoral par anticipation. Il ne s'agit pas de divertir des éléments de la succession, mais de contrôler sa dévolution et d'empêcher le *de cuius* d'exprimer ses réelles intentions de planification. Pouvant être constitutif d'un abus de faiblesse, ces actions de l'héritier démontrent de façon claire une volonté malveillante de rompre l'égalité du partage, mais également de ne pas respecter la volonté du *de cuius*. En refusant de se soumettre au jeu de la dyarchie, l'héritier qui dénie au *de cuius* son pouvoir de la volonté s'exclut du jeu de l'équilibre, et partant ne devrait pouvoir revendiquer sa protection réservataire.

Si sur le fond une telle cause d'exhérédation paraît légitime, elle apparaît dans les faits, assez compliquée à mettre en œuvre, car les cas plus fréquents où l'on s'aperçoit d'une influence malveillante de l'héritier sur les dispositions de dernière volonté, se manifestent à l'ouverture de la succession et à la lecture du testament. Que ce soit la problématique du testament guidé ou de l'abus de faiblesse, ces griefs sont principalement soulevés par les héritiers dans le cadre d'un

¹⁷¹⁰ V. *supra*, n° 377.

¹⁷¹¹ V. *supra*, n° 382.

contentieux successoral. Un tel motif devrait donc plus s'insérer dans le cadre de l'indignité facultative que comme un motif justifiant une exonération causée.

417. La prodigalité. Le second moyen récurrent en droit étranger qui permet de moduler l'émolument d'un héritier est en réaction à son caractère prodigue. Le droit allemand¹⁷¹² ou encore suisse¹⁷¹³, permet au *de cuius* d'exhérer pour tout ou partie de sa réserve le descendant contre lequel il existe des actes de défaut. En droit français, une telle pénalité contre le présomptif réservataire prodigue n'existe pas, et pourrait être difficile à justifier au regard des fonctions de la réserve. En effet, il n'est pas ici question de sanctionner le comportement de l'héritier envers son ascendant, mais de sanctionner le mauvais gestionnaire qu'est l'héritier. La justification du motif à l'aune d'un intérêt légitime semble donc s'éloigner. Une solution pourrait néanmoins être envisagée. Le motif se fonderait sur la préservation des biens dans la famille, qui malgré une certaine dématérialisation de la réserve héréditaire peut encore justifier une partie de son existence. Par volonté de voir conserver certains biens familiaux préservés, il serait envisageable, si l'héritier se trouve dans une situation de surendettement, de prévoir une charge sur la réserve de l'héritier surendetté, afin d'éviter que celui-ci ne dilapide l'héritage qu'il reçoit.

Cette charge pourrait prendre deux formes. Premièrement, un démembrement automatique de la part réservataire dans lequel les descendants de l'héritier défaillant se trouveraient nus propriétaires sous l'usufruit du présomptif réservataire prodigue. Deuxièmement, plutôt qu'un démembrement, il pourrait être prévu, sur les biens revenant au réservataire, une charge graduelle lui empêchant de disposer des biens. Si sur le fond un tel mécanisme peut s'avérer intéressant, il se heurte à plusieurs problématiques pratiques dans le cadre d'une procédure en exhéredation causée. Tout d'abord, il ne s'agirait pas ici d'une exhéredation mais de grever la réserve héréditaire d'une charge. Ensuite, en l'absence de partage, l'émolument du défaillant se trouverait dans le cadre d'une indivision successorale compliqué à gérer. Enfin se pose la question de l'absence de descendant. Ces quelques interrogations qui en occultent nécessairement d'autres permettent pour l'instant de refuser l'introduction d'un tel motif.

418. La rupture des liens et la problématique de sa source. L'étude des potentiels motifs d'une action en exhéredation causée oblige de séparer les causes dans la réflexion avec, d'un côté, les motifs univoques et, de l'autre les motifs équivoques. Sont considérés univoques les motifs qui laissent peu de place à la subjectivité dans l'appréciation de leur caractérisation. Sont par

¹⁷¹² V. *supra*, n° 379.

¹⁷¹³ V. *supra*, n° 381.

exemple univoques la commission d'infraction pénale, l'injure grave ou répétée, ou encore le refus d'entretien. À l'inverse, peuvent être considérés comme équivoques les motifs qui nécessitent un véritable examen de fond et qui peuvent être soumis à une certaine subjectivité d'appréciation. On pense tout particulièrement à la lettre de l'article 776 du *Gesetzbuch* qui prévoit la possible exhérédation si le *de cuius* et le présomptif réservataire n'ont jamais eu, ou du moins pendant une longue période avant le décès, de relations étroites comme il est d'usage entre ces membres de la famille. De cette *summa divisio* des causes d'exhérédation, découle une interrogation tant théorique que pratique ; est-il opportun d'introduire dans la liste des causes d'exhérédation des motifs subjectifs ? Cette interrogation en occulte une qui est la plus centrale : faudrait-il introduire dans la liste des motifs la question du délaissement, de la rupture des liens et de la désaffection ?

Ce délaissement de l'héritier envers son ascendant se manifesterait par un abandon qui irait au-delà du simple aspect financier, mais qui pourrait se manifester par une rupture totale des liens affectifs entre le parents et l'enfant sur plusieurs décennies. De cet état de fait pourrait-on faire émerger, comme c'est le cas en Autriche, un motif d'exhérédation ? Selon Michel Grimaldi cela pourrait être une piste de réflexion : « *on pourrait aussi imaginer quand il y a eu une rupture totale des relations pendant 15 ou 20 ans, je vous le concède qu'il est troublant de voir enfant que l'on pas vu pendant 35 ans ressurgir au moment du partage du gâteau, on peut imaginer que de ce point de vue des tempéraments soient apportés à la réserve* »¹⁷¹⁴. Pour le régime allemand une telle transposition n'était pas souhaitable, et pour reprendre l'analyse de Anne Gotman, il est très complexe de sonder les cœurs et les reins de chaque situation et de déterminer pour quelle raison la fracture existe¹⁷¹⁵. Sur ce sujet précis, la doctrine tant juridique que sociologique est très partagée. Il est vrai que spontanément, introduire un motif d'exhérédation dans le cadre d'une rupture totale des relations depuis plus de vingt ans, apparaît pragmatique. Mais comme précédemment évoqué il apparaît éminemment complexe de déterminer l'origine de la rupture même pour un tribunal. Se pose alors une interrogation : pourquoi ne pas prévoir une présomption simple de rupture des liens matériels et affectifs depuis plus de quinze ou vingt ans du fait de l'héritier ? À cette présomption, il conviendrait de rechercher un faisceau d'indices pour guider la réflexion du juge et juguler au maximum la subjectivité.

Une solution pourrait se dessiner dans l'étude de la notion de possession d'état. Cette notion, en droit de la filiation, est notamment définie à l'article 311-1 du Code civil : « *la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille*

¹⁷¹⁴ Conférence sur la question de l'héritage et de la transmission, animée par Bertrand Savouré, président de la Chambre des notaires de Paris, Michel Grimaldi, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Anne Gotman, sociologue et directrice de recherche émérite au CNRS et CERLIS, et Jean-Philippe Delsol, avocat au barreau de Lyon et président de l'IREF sur le sujet « Héritage, transmission : jusqu'où peut-on déshériter ses enfants ? ». {En ligne} <https://www.youtube.com/watch?v=mJAv2rO8F8Q>.

¹⁷¹⁵ A. GOTMAN, « Audition au ministère de la Justice », in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 151-154.

à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont : 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ; 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ; 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ; 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ; 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue ». Cette réunion d'éléments factuels, qui n'est au demeurant pas exhaustive nous dit l'article 311-2 du Code civil, doit être continue, paisible, publique et non équivoque. Cette notion de possession d'état permet d'établir l'existence d'un lien de filiation en s'appuyant sur la réalité des liens entre un parent et un enfant. Cette caractérisation s'appuie sur des axes précis comme la stabilité, l'absence de fraude, l'absence d'équivoque ou encore sa médiatisation. L'interrogation se pose, dans le cadre d'une intégration d'un motif d'exhérédation pour délaissement et rupture profonde des relations familiales, de prendre le contre-pied de cette notion afin de démontrer, non pas la présence d'un lien, mais justement son absence ? Cela pourrait être une solution afin de cadrer la preuve de cette rupture. Cependant une telle présomption, et plus généralement l'intégration d'un tel motif d'exhérédation se heurte à un certain nombre de problèmes.

Premièrement, l'instauration d'une présomption simple induirait que c'est à l'héritier visé par la procédure de la renverser, et ferait donc peser sur lui une responsabilité de la rupture des liens qui ne pourrait *in fine* pas exister ou ne pas être de son fait. Car, et c'est fondamental, une telle rupture des liens affectifs ne peut être sereinement sanctionnée par une déchéance réservataire que, si et uniquement si, elle est du fait de l'héritier et non de l'ascendant. Certains pourront objecter, que peu importe la cause de la rupture, une rupture des liens depuis plus de vingt ans ne devrait pas donner un droit réservataire à l'héritier. Si, sur la forme, une telle réflexion peut s'entendre, elle pose une véritable problématique de fond. Selon ce biais d'analyse, il suffirait à l'ascendant de couper sciemment les ponts avec son héritier pour s'assurer d'une possible exhérédation, alors même que la faute de cette rupture lui serait totalement imputable et pour des raisons qui pourraient relever de la discrimination. Prenons l'exemple malheureusement répandu de parents qui rejettent leur enfant du fait d'une orientation sexuelle, ou de la non pratique d'une religion. Dans cette hypothèse l'enfant homosexuel ou athée qui sera rejeté par sa famille pourra être exhérédé, passé un certain laps de temps. Cela n'est pas concevable. L'avantage de passer par une procédure judiciaire est que le magistrat pourrait lors de son instruction du dossier rechercher la cause et les raisons du délaissement.

Force est de constater que c'est une mission bien trop complexe. Car si une telle source de la rupture pourrait être recherchée lors de débats contradictoires devant le magistrat, déterminer l'imputabilité, si elle existe, de la rupture des liens apparaît trop complexe et créerait, nous le

pensons, un effet d'aubaine qui serait dangereux dans le possible détournement de ce motif. C'est ainsi que nous pensons qu'il n'est pas souhaitable d'intégrer un tel motif d'exhérédation causée.

419. Le nouvel article 915 du Code civil. À l'aune de ce qui précède, il est possible d'envisager un corpus de motifs limitativement exhaustifs permettant de fonder l'action judiciaire en exhérédation causée. L'introduction dans le Code civil d'une telle disposition devrait se faire dans le Chapitre III du Titre II du Livre III relatif à la réserve héréditaire, à la quotité disponible et à la réduction, et tout particulièrement à l'article 915 du Code civil aujourd'hui vide à la suite de l'abrogation des dispositions qu'il contenait. Ce nouvel article 915 pourrait être ainsi rédigé : « Un héritier réservataire peut faire l'objet d'une exhérédation : 1°) s'il s'est rendu coupable de l'un des motifs prévus à l'article 727 ; 2°) s'il est auteur envers son ascendant de sévices, délits ou injures graves et répétées ; 3°) s'il est auteur envers son ascendant du délit civil de vol 4°) s'il refuse des aliments à son parent le laissant dans une situation de précarité économique et sociale ».

420. La forme. Les motifs précédemment développés, contrairement aux droits étrangers, ne permettraient pas une exhérédation testamentaire, mais permettraient au *de cuius* de saisir la juridiction compétente au terme d'une procédure précise afin de laisser au magistrat compétent la possibilité d'apprécier ou non si la volonté d'exhérédation du *de cuius*, fondée sur cette liste limitative, est légitime. Avant de déterminer quel régime juridictionnel serait le plus adapté pour une telle action en exhérédation causée, il est nécessaire de déterminer les préalables à cette action en justice.

B - La réflexion sur les préalables à l'action en justice

421. Les pistes d'exercice d'une telle action. Pour développer ses effets, une action en justice doit être fondée sur un certain nombre de données préalables pour cadrer son régime et son expression juridictionnelle. Dans notre étude prospective de création d'un régime juridique *ex nihilo* il nous est nécessaire, pour tester une telle avancée, de construire un véritable régime qui ne doit pas s'arrêter à l'exposé des motifs. Avant de réfléchir sur la forme que prendrait une telle procédure, il faut déterminer les éléments avant procédure, que sont les conditions liées à la personne du demandeur (1), du défendeur (2), les conditions liées à la juridiction (4), sans oublier le temps de l'action (3).

1 - Les conditions liées à la personne du demandeur

422. La capacité à agir. L'article 117 du Code de procédure civile institue comme une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte, le défaut de capacité d'ester en justice. La capacité d'ester en justice, ou d'agir, se définit comme « *la possibilité de participer, comme demandeur, défendeur ou intervenant, à l'exercice d'une action en justice, à un procès* »¹⁷¹⁶. Ainsi, pour que le *de cuius* puisse actionner une telle procédure de déchéance il est nécessaire qu'il dispose de la personnalité juridique, condition impérieuse au pouvoir d'ester.

La personnalité juridique « *est l'aptitude reconnue de plein droit et sans distinction à tous les êtres humains* »¹⁷¹⁷. Ainsi, par définition, tout individu dispose d'une personnalité juridique qui lui permet d'ester en justice. Se pose la question des individus qui par la particularité de leur situation factuelle se trouvent dans un état limitant leur capacité d'ester en justice ; on pense immédiatement au majeur soumis à une mesure de protection ou encore au mineur. Dans cette hypothèse, le droit prévoit, d'ores et déjà, des règles de représentation pour pallier cette impossibilité d'agir et faire respecter les droits de ces personnes. Se pose néanmoins une interrogation dans le cadre d'un majeur sous curatelle ou sous tutelle. Dans un cas, le majeur devra être assisté de son curateur et dans l'autre directement représenté par son tuteur. Or, dans l'hypothèse où le représentant se trouve être une personne du cercle familial proche ou encore un autre présomptif réservataire, le concours de celui-ci dans le cadre d'une procédure d'exhérédation causée pourrait faire émerger une opposition d'intérêt certaine. Il faudra dans ces hypothèses prévoir la nomination d'un mandataire *ad hoc* pour assurer les fonctions de représentation/d'assistance normalement dévolues au curateur ou au tuteur.

Mis à part quelques cas spécifiques, le *de cuius* aura nécessairement la capacité à agir en exhérédation causée. Reste à déterminer les autres préalables nécessaires à l'introduction d'une instance.

423. La qualité à agir. La qualité pour agir est le pouvoir d'agir en justice. L'article du 31 du Code de procédure civile¹⁷¹⁸ précise que « *s'il n'a pas été spécialement réservé par la loi à certaines personnes, la qualité pour agir appartient à tous les intéressés qui peuvent justifier d'un intérêt direct et personnel à*

¹⁷¹⁶ Dalloz (2013), Capacité d'ester en justice, *in* Lexique des termes juridiques, 20^e éd.

¹⁷¹⁷ Dalloz (2013), Personnalité juridique, *in* Lexique des termes juridiques, 20^e éd.

¹⁷¹⁸ C. pr. civ. art. 31 : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ».

la reconnaissance du bien-fondé de leur prétention et se confond dès lors avec l'intérêt à agir»¹⁷¹⁹. La loi peut attribuer le monopole de l'action à certains, seules personnes qu'elle désigne ayant qualité pour agir. Dans le cadre d'une future action en exhérédation causée, la qualité pour agir devra être limitée à la personne du *de cuius* de son vivant et ne devra pas être élargie à d'autres personnes. Il faudra ainsi refuser la possibilité aux héritiers d'agir postérieurement au décès sur des causes liées à l'exhérédation causée comme cela a pu être le cas dans le régime de l'indignité, ou encore dans les régimes allemand, suisse ou encore espagnol. Au regard de l'objectif de cette action mais également de son *for intuitu personae*, elle ne pourra être exercée que par le *de cuius*, hors cas éventuel de sa transmissibilité que nous développerons plus loin. L'action en exhérédation causée se relève donc être une action attitrée.

424. L'intérêt à agir. Selon le dictionnaire des termes juridiques, l'intérêt à agir ou pour agir « est une condition de recevabilité de l'action consistant dans l'avantage que procurerait au demandeur la reconnaissance par le juge de la légitimité de sa prétention »¹⁷²⁰. À défaut de justifier d'un tel intérêt, la partie demanderesse se voit opposer une fin de non-recevoir. Cet intérêt à agir doit être positif et concret, direct et personnel, né et actuel. Dans notre étude, l'intérêt à agir pour le *de cuius* est simple : voir un de ses héritiers présomptifs réservataires déchu de sa protection partiellement ou totalement. Il ne s'agit pas ici de déterminer *ab ante* si le motif invoqué par le *de cuius* est caractérisé, cela relèverait de la compétence du juge du fond, mais de déterminer si l'action intentée par le *de cuius* est susceptible de lui apporter un avantage. Si une telle action venait à intégrer le droit positif français, le *de cuius* ayant des descendants réservataires aurait nécessairement qualité et intérêt à agir en exhérédation causée, peu important la réalité de l'éventuelle future déchéance.

2 - Les conditions liées au défendeur à l'action

425. La personne à exhériter. Outre la question du demandeur, la question du défendeur à l'action doit être évoquée. Tout particulièrement, doit être évoqué le sort de deux types d'héritiers : les mineurs et les majeurs protégés. Il apparaît important de définir qu'une sanction telle que l'exhérédation causée ne pourrait pas être intentée contre l'enfant mineur ni contre l'enfant soumis à une mesure de protection du fait d'un état de précarité. Si une telle action a vocation à sanctionner le comportement d'un héritier à l'encontre de son ascendant, force est de souligner

¹⁷¹⁹ Dalloz (2013), Qualité pour agir, *in* Lexique des termes juridiques, 20^e éd.

¹⁷²⁰ Dalloz (2013), intérêt à agir, *in* Lexique des termes juridiques, 20^e éd. Au surplus la jurisprudence de la Cour de cassation rappelle qu'une action en justice doit présenter une utilité pour le plaideur qui l'intente (Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714 : JurisData n° 2015-013215).

qu'une telle sanction ne pourrait être ordonnée à l'encontre d'un mineur ou d'un majeur protégé qui ne pourraient être tenu véritablement responsable de son acte fautif. Concernant les majeurs protégés il conviendrait de distinguer si l'acte fautif intervenait postérieurement à la prise d'effet de la mesure, pendant la période suspecte des deux ans ou antérieurement à ces deux dates. Dans cette dernière hypothèse, l'action demeurerait ouverte. Concernant le mineur, l'interrogation se pose pour le mineur émancipé. Dans cette hypothèse il serait vraisemblable que l'action soit ouverte pour l'ascendant.

3 - Le temps de l'action

426. La prescription de l'action en exhérédation. L'action en justice est nécessairement enfermée dans des limites temporelles. Il existe pour encadrer cela différents délais, et notamment deux majeurs : le délai extinctif de la prescription et le délai de forclusion. Nous nous concentrerons sur le délai de prescription. La prescription « *est un mode d'extinction d'un droit personnel ou d'un droit réel, du fait de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* »¹⁷²¹. En procédure civile, la prescription sanctionne le fait de ne pas agir par l'irrecevabilité de la demande à l'expiration d'un délai. L'article 2224 du Code civil prévoit que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans, à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu, ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

Une éventuelle action en exhérédation causée serait juridiquement qualifiée comme une action personnelle, et serait donc soumise à la prescription de droit commun de cinq ans. Si le délai de prescription ne pose que peu de problème dans sa durée, se pose la question de son point de départ. À l'aune de la soumission de l'action aux règles de l'article 2224 du Code civil, le point de départ du délai pour agir sera nécessairement flottant. Pratiquement, le point de départ du délai ne pourra être autre que le jour où le *de cuius* a connu les faits constitutifs d'un motif d'exhérédation causée. Mais cela n'est pas suffisant, il faut également se tourner vers la règle de l'article 957 du même code. Cet article prévoit les règles temporelles de l'action en révocation des libéralités pour ingratitude, et enferme dans un délai d'un an la possible action « *à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur* ». Ce délai n'est susceptible ni de suspension, ni d'interruption et, dans le cadre d'une infraction pénale peut être différé, et

¹⁷²¹ Dalloz (2013), Prescription, in Lexique des termes juridiques, 20^e éd.

courir à compter du moment où le jugement pénal de condamnation est devenu définitif¹⁷²². Dans le cadre d'une commission successive de fait comme dans le cadre d'injures graves et répétées dans le temps, la prise en compte du point de départ se fera au jour de la dernière commission du fait imputable à l'héritier. Se pose enfin la question de la concomitance de plusieurs motifs d'exhérédation. Il est en effet possible que l'héritier se rende coupable envers son ascendant de plusieurs causes d'exhérédation, se pose alors l'éventuelle interrogation de soulever les deux motifs si l'un se trouve prescrit et l'autre non. Il apparaît que si l'un des motifs se trouve prescrit mais que l'autre non, le requérant pourrait, lors de la procédure fondée sur le motif non prescrit, faire état du motif prescrit pour appuyer sa demande sans encourir une fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'article 2224 du Code civil.

4 - Les conditions liées à la juridiction

427. La compétence d'attribution. La compétence d'attribution peut se définir comme la compétence pour une juridiction de connaître un litige. L'article 33 du Code de procédure civile détermine la compétence des juridictions en raison de la matière, et est déterminée par les règles relatives à l'organisation judiciaire et par des dispositions particulières. En matière civile, l'article L211-3 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que le tribunal judiciaire connaît « *toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles la compétence n'est pas attribuée, en raison de la nature de la demande, à une autre juridiction* ». Cette règle a vocation à s'appliquer en l'absence de règles spéciales. La question de la compétence d'attribution à l'exhérédation causée n'est pas une chose aisée tant la nature de cette action est hybride. Son caractère familial, relatif à l'état des personnes, mais également successoral, parasite une lisibilité claire de l'attribution juridictionnelle. Afin de déterminer la compétence la plus appropriée, il convient d'analyser par élimination les règles de compétences actuelles. À la lecture des articles L213-4-1 à L213-4-8 du Code de l'organisation judiciaire le Juge des contentieux de la protection ne pourrait se trouver compétent, il en irait de même pour le Juge aux affaires familiales à l'analyse des articles L213-3 à L213-4 du même code. Il faut alors se tourner vers la lettre de l'article R211-3-26 du Code de l'organisation judiciaire qui prévoit que le tribunal judiciaire a « *compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements,*

¹⁷²² Sur ce point : Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2014, n° 13-15.662 : « *Mais attendu, que la Cour d'appel a retenu, à bon droit, que l'article 957 du Code civil, qui fixe le point de départ du délai d'exercice de l'action en révocation pour cause d'ingratitude au jour du délit civil imputé au donataire ou au jour où ce délit aura pu être connu du disposant, n'exclut pas que, lorsque le fait invoqué constitue une infraction pénale, ce point de départ soit retardé jusqu'au jour où la condamnation pénale établit la réalité de ce fait, c'est à dire au jour où elle devient définitive ; qu'ayant relevé que M. Y... avait commis des violences sur sa mère le 21 mars 2010, que le donataire avait été condamné par un tribunal correctionnel le 23 mars suivant, alors que la victime était hospitalisée, la Cour d'appel, retenant que le point de départ du délai d'un an devait être reporté au jour où la condamnation pénale était devenue définitive, le 3 avril 2010, en a exactement déduit que l'action révocatoire engagée le 25 mars 2011 était recevable ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ».

au nombre desquelles figurent notamment les successions ». Il pourrait être légitimement objecté que l'action en exhérédation causée ne répond pas au caractère du contentieux successoral tel que nous l'avons précédemment défini principalement parce que l'action s'exerce du vivant du *de cuius*. Il n'en demeure pas moins que cette action tend à supprimer la protection réservataire et son émolument dans le cadre d'une succession future. La nature quasi-successorale d'une telle action doit donc être retenue. C'est donc près le Tribunal Judiciaire que le *de cuius* devra déposer son acte introductif d'instance. Reste à déterminer devant quel Tribunal Judiciaire.

428. La compétence territoriale. La compétence territoriale permet de déterminer quelle juridiction se trouve territorialement compétente pour connaître le litige. L'article 42 du Code de procédure civile prévoit une règle de base qui est que la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur. Il prévoit également que si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger. Cet article est suivi par l'article 43 qui prévoit que le lieu où demeure le défendeur doit s'entendre s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où celle-ci a son domicile ou, à défaut, sa résidence. En matière successorale, l'article 45 vient préciser que sont portées devant la juridiction dans le ressort de laquelle est ouverte la succession jusqu'au partage inclusivement : « *les demandes entre héritiers ; les demandes formées par les créanciers du défunt ; les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort* ». Il conviendrait donc selon toute logique de soumettre territorialement l'action en exhérédation causée aux règles de ce dernier article. Cependant, l'article 45 du Code de procédure civile précise bien que son champ d'application se limite aux actions postérieures à l'ouverture de la succession, ce qui n'est pas le cas de l'action dont il s'agit. Partant, et malgré la nature quasi-successorale de l'action en exhérédation causée, force est de constater que la lettre de l'article 45 du Code de procédure civile semble limitative et par de là, inapplicable à une telle procédure. L'action en exhérédation causée étant directement dirigée du *de cuius* contre un héritier, il conviendrait donc par dérogation de soumettre son régime territorial en considération des articles 42 et 43 du Code de procédure civile. C'est ainsi que le *de cuius* désirant intenter une action en exhérédation causée devra saisir le Tribunal judiciaire du lieu de résidence du présumé réservataire.

Après avoir posé un certain nombre de principes directeurs sur la théorie générale de l'action en exhérédation causée, reste à déterminer le plus important, son régime procédural.

§ 2 - LE RÉGIME PROCÉDURAL DE L'ACTION EN EXHÉRÉDATION

429. Un régime à construire. Après avoir déterminé une série de données nécessaires pour exposer une action en justice, il apparaît nécessaire de réfléchir à la forme que prendrait une telle action. De la forme de l'acte juridictionnel, au temps du contradictoire, il est impérieux d'étudier les différentes possibilités que pourrait revêtir une telle action en exhérédation, afin de sécuriser au maximum son efficacité, et juguler les éventuels effets d'aubaine. Pour cela une analyse de certains régimes existants apparaît opportune (A), afin de construire le régime de cette nouvelle action, de sa procédure (B) à son exécution (C).

A - Les régimes procéduraux existants

430. Une analyse de marché. La procédure d'exhérédation causée ne doit pas se construire *ex nihilo*, mais se fonder sur des procédures déjà existantes en droit de la famille qui ont permis d'apprécier leurs atouts comme leurs défauts afin de pouvoir créer à partir de ces données le régime adapté à cette action si particulière.

431. La procédure de constatation de possession d'état. Avant que la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 ne transfère la compétence au notaire, l'article 317 du Code civil édictait la procédure par laquelle il était possible de demander au juge judiciaire un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état jusqu'à preuve du contraire. Cet article prévoyait que « *chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de leur domicile, que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire* ». Cet acte de notoriété était établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins et, si le juge l'estimait nécessaire, de tout autre document produit qui atteste une réunion suffisante de faits. Ni l'acte de notoriété, ni le refus de le délivrer n'était sujet à recours. Cette procédure sur requête permettait donc au parent de saisir le magistrat pour qu'il examine sa demande en l'absence de contradictoire. Le magistrat faisait alors office de filtre, il étudiait la demande du parent à l'aide des pièces annexées à la requête et déterminait, sans faire jouer le principe du contradictoire, si la demande de possession d'état était légitime mais aussi juridiquement et factuellement fondée.

Cette procédure de constatation de possession d'état est intéressante pour notre étude au regard de deux données qui se combinent : le filtre judiciaire et l'absence *a priori* de contradictoire. Le demandeur à l'action en constatation de possession d'état saisit unilatéralement le magistrat sans

mettre dans la boucle la personne contre qui l'acte de notoriété est demandé. Il n'est pas partie au dossier et ne souffre donc pas d'une éventuelle procédure qui ne pourrait aboutir. C'est en effet au juge d'apprécier, *ab ante*, la véracité de la situation de possession d'état au regard des pièces et des arguments du demandeur. Une telle mécanique pourrait être empruntée pour une action en exhérédation causée. En effet, même si la loi fixe une série limitative de motifs pouvant éventuellement mener à une exhérédation, rien n'empêcherait, si la procédure était directement contradictoire, le *de cuius* d'assigner sur le fondement de cette action son présomptif réservataire sur un motif qui ne serait pas constitué, lui créant un éventuel préjudice de constitution d'un conseil et d'une charge judiciaire qui ne serait pas fondée. Il apparaît alors qu'introduire le contradictoire au stade de la demande initiale ne soit pas chose opportune pour les héritiers. Néanmoins, prévoir un premier filtre juridictionnel par le magistrat du bien-fondé de la demande d'exhérédation apparaît comme un moyen efficace de juguler les abus, et d'éviter aux héritiers non fautifs de se retrouver devant un tribunal pour des motifs, *in fine*, fallacieux.

Une fois que le magistrat apprécie la réalité du motif d'exhérédation, reste à déterminer quelle forme pourrait prendre la procédure et l'introduction du contradictoire. À ce sujet, l'ancienne procédure de divorce apparaît comme une possible solution.

432. La procédure de divorce judiciaire et l'ordonnance de non-conciliation. Avant la récente réforme de la procédure de divorce, le divorce judiciaire, que ce soit pour faute, pour altération définitive du lien conjugal, ou encore le divorce accepté, fonctionnait en deux phases. La première était la rédaction d'une requête près le juge aux affaires familiales fondée sur l'article 251 du Code civil. Cette requête avait pour objet de saisir le juge d'une demande de divorce, et de fixer les mesures provisoires qui devaient s'exercer entre les époux dans l'attente du prononcé définitif. Les époux étaient alors convoqués à une audience de tentative de conciliation, au terme de laquelle les parties devaient faire connaître leur accord ou non sur le principe du divorce et leurs demandes au titre des mesures provisoires. À la suite de cette audition le juge rendait soit une ordonnance de conciliation si les époux trouvaient une solution à leur difficulté, ou la majorité du temps rendait une ordonnance de non-conciliation, qui permettait à l'époux requérant dans un délai de trois mois d'assigner au fond en divorce sur une des trois causes du divorce judiciaire. À défaut, les deux époux disposaient d'un délai de trente mois pour assigner en divorce.

Cette procédure, nouvellement réformée, nous permet d'entrevoir une possibilité pour l'action en exhérédation causée. Dans l'hypothèse où le *de cuius* fonde correctement sa demande en exhérédation, et que celle-ci se voit accueillie par le tribunal, il est nécessaire d'introduire un contradictoire afin que l'héritier visé puisse se défendre. Se pose alors la question de son éventuelle

convocation à une audition. Cette audition pourra, ou non, fonder la décision de la juridiction de première instance.

Ces deux procédures nous permettent d'approcher le régime juridique et juridictionnel que devrait emprunter l'action en exhérédation causée.

B - La procédure d'exhérédation causée

433. Les différentes étapes de la procédure. Afin de créer un régime cohérent, il est nécessaire de décortiquer les différentes étapes de cette potentielle future action en exhérédation, de la saisine de la juridiction (1), à la décision (3) en passant par l'instruction de la demande (2) sans oublier la question de sa transmissibilité (4).

1 - La saisine du Tribunal Judiciaire

434. La forme de la saisine. L'acte introductif peut prendre majoritairement deux formes, l'assignation ou la requête. L'une des différences majeures entre ces deux actes juridictionnels est l'introduction du principe du contradictoire. Comme précédemment évoqué, utiliser la voie de l'assignation pour introduire une telle action n'apparaît pas opportun.

Premièrement, parce qu'il n'apparaît pas opportun que l'héritier soit mis au courant d'une telle démarche si celle-ci n'a pas vocation à aboutir.

Deuxièmement, car cela pourrait faire peser sur lui et l'ensemble des cohéritiers une charge judiciaire.

Ainsi, c'est par voie de requête unilatérale que le *de cuius* devrait saisir le Tribunal judiciaire du lieu du domicile du défendeur.

435. Le contenu de la requête. Cette requête en exhérédation causée devrait comporter une série de mentions obligatoires comme l'identité des parties. Elle devrait également se décomposer en deux temps.

Premièrement, le requérant devra exposer un rappel des faits expliquant sa situation familiale complète : situation matrimoniale, présence d'ascendant, présence et nombre de descendants.

Deuxièmement, après cet exposé de la situation familiale et un bref rappel des faits, le requérant doit fonder sa demande en droit et en fait. Il doit ainsi reproduire les articles du Code civil sur lesquels se fonde sa demande d'exhérédation.

Le ou les motif(s) de l'exhérédation devra(ont) être étayé(s) et rattaché(s) à la situation de fait par un certain nombre de preuves permettant d'établir le comportement fautif du présumé réservataire, comportement qui justifierait que le tribunal fasse droit à cette demande d'exhérédation. La requête devra se terminer sur le dispositif visant les demandes précises du requérant et le bordereau de pièces.

Prenons l'exemple d'un présumé réservataire s'appelant Monsieur Paul Martin habitant à Toulouse qui a, à de nombreuses reprises, injurié gravement et violenté son père. Le père décide dans un délai de trois ans suivant les derniers faits d'injure de saisir le tribunal en vue d'exhérer son fils. Dans une telle situation de fait, le dispositif pourrait être ainsi rédigé :

**« Y VENIR À LA DEMANDE
PLAISE AU TRIBUNAL JUDICIAIRE DE TOULOUSE**

Vu les articles 912, et 915, 915-1 et suivants du Code civil

Vu les pièces et les arguments versés aux débats

Accueillir la présente requête comme étant légitime et fondée ;

Constater que Monsieur Paul Martin, présumé réservataire, par son comportement fautif, peut faire l'objet d'une exhérédation sur le fondement des articles 915 et suivants du Code civil ;

Avant dire droit,

Convoquer l'héritier à une audition conformément aux dispositions de l'article 915-1 du Code civil afin qu'il soit entendu sur les faits qui lui sont reprochés ;

Et suivant cette audition,

Ordonner l'exhérédation du présumé réservataire ;

Ordonner l'enregistrement de l'ordonnance à intervenir Fichier central des dispositions de dernières volontés ;

Dire et juger qu'en l'absence de révocation expresse par testament authentique, la présente ordonnance emportera les mêmes conséquences pour l'héritier que les dispositions des articles 729 et suivants du Code civil ;

Réserver les dépens.

SOUS TOUTES RÉSERVES

DONT ACTE »

436. La preuve de l'exhérédation. Comme pour l'action en constatation de possession d'état, c'est nécessairement au requérant qui constitue sa demande en exhérédation de prouver que le présomptif réservataire a commis un acte qui justifierait une exhérédation. À l'instar de l'action en révocation des libéralités, l'action en exhérédation causée ne nécessiterait pas une condamnation pénale *a priori* pour avoir intérêt à agir. Ainsi, la preuve de l'exhérédation, étant un fait juridique, pourrait se faire par tout moyen légal. On pense donc immédiatement aux témoignages, attestations, constats d'huissier de justice, à la production de lettres, courriels ou tout autre mode de communication électronique. La charge de la preuve, au regard de la procédure sur requête, repose nécessairement sur la personne du *de cuius*. Le requérant devra, à l'appui de sa demande, prouver par tout mode de preuve légal et admissible la justification de son motif d'exhérédation.

2 - L'instruction de la demande

437. L'office du juge. La requête en exhérédation, une fois rédigée et complète, devra être déposée au greffe du Tribunal judiciaire compétent. Une fois déposé, le dossier devra être traité par le magistrat qui analysera la demande du requérant à l'aune des motifs exposés et des éléments probatoires versés aux débats. Le magistrat, comme pour l'ancienne procédure de constatation en possession d'état, aura toute latitude pour demander, au cours de l'instruction, au requérant, des éléments complémentaires s'il estime que les documents ne sont pas suffisants pour apprécier la demande. Comme pour l'action en révocation des donations pour ingratitude, les juges du fond apprécient souverainement la pertinence et l'admissibilité des faits invoqués à l'appui de cette action¹⁷²³.

À la fin de l'instruction du dossier, le magistrat aurait deux possibilités : la première, le magistrat dresse une ordonnance de rejet de la requête qui devra être motivée tant en droit qu'en fait. À l'instar des règles relatives à la constatation en possession d'état, un tel rejet ne pourrait pas faire l'objet d'une voie de recours. En effet, dans un souci d'une bonne administration de la justice et pour conférer au juge ce véritable pouvoir de filtre, il apparaît important de ne pas permettre un recours contre l'ordonnance de rejet initiale. Les motifs d'exhérédation étant volontairement précis, le rejet avant audition de la requête impliquerait que la demande ne soit pas fondée et ne mériterait donc pas d'encombrer la Cour d'appel. La deuxième, le magistrat estime que la demande du requérant est fondée en fait et en droit. Il adresse alors une convocation au présomptif réservataire contre qui la demande en exhérédation est dirigée.

¹⁷²³ Sur l'appréciation souveraine des juges du fond on peut notamment citer : Civ. 1^{re}, 31 janv. 1966 : Bull. civ. I, n° 69.

438. L'audition de l'héritier. L'héritier convoqué doit répondre favorablement à la convocation en présentiel ou par impossible en distanciel, seul ou accompagné de son conseil. La convocation doit comprendre, outre la date et l'heure de la convocation, les motifs de l'exhérédation, le délai pour organiser sa défense, l'information de la possibilité pour l'héritier de consulter les pièces du dossier au greffe du tribunal ainsi que les conséquences de l'exhérédation. Le magistrat va alors exposer à l'héritier la problématique en cours, et échanger avec lui sur le ou les motifs d'exhérédation. Au cours de l'audition le présomptif héritier aura toute latitude pour contester ou non la volonté de son ascendant, en réfutant la véracité du motif, ou en apportant une perspective certaine dans le contentieux. À la fin de l'audition le magistrat dresse un procès-verbal d'audition, qui sera annexé à l'ordonnance. Dans l'hypothèse d'une non-comparution, le magistrat dresse un procès-verbal de carence.

Suivant cette audition, il existerait alors deux possibilités pour le magistrat : rendre une ordonnance de rejet suivant audition du présomptif réservataire, ou rendre une ordonnance d'exhérédation.

3 - Décision et voie de recours

439. L'ordonnance de rejet suivant audition du présomptif réservataire. Premièrement, le magistrat peut souverainement rejeter la demande du requérant, estimant qu'à l'aune de l'audition du présomptif réservataire et au regard des éléments de faits et de droit, il n'y a pas matière à ordonner l'exhérédation du descendant. Dans cette hypothèse, le magistrat rend une ordonnance de rejet, dans laquelle est annexé le procès-verbal d'audition qui est signifié au requérant mais également au présomptif réservataire auditionné. Contrairement à l'ordonnance de rejet prononcée avant l'audition qui n'est pas sujette à recours, cette seconde ordonnance de rejet pourrait faire l'objet d'un recours. Ayant passé le premier filtre de l'audition, et partant juguler le caractère parfaitement injustifié de la demande du *de cuius*, le rejet de l'exhérédation prononcé par le magistrat doit pouvoir faire l'objet d'un débat contradictoire.

C'est ainsi qu'à compter de cette décision, le requérant dispose d'un délai d'un mois pour s'opposer à cette ordonnance et assigner le présomptif réservataire au fond sur le ou les mêmes motifs que ceux présents dans la requête. S'ouvrira alors une audience au fond classique avec le circuit de la mise en état dans lequel le contradictoire s'ouvrira. À noter que le dépôt de requête suspend le délai de prescription qui reprend son cours deux mois après l'ordonnance de rejet.

440. L'ordonnance d'exhérédation. Suivant l'audition, ou l'absence de représentation de l'héritier défaillant, le magistrat peut souverainement rendre une ordonnance exhérédant le présomptif réservataire. Dans cette dernière hypothèse, une ordonnance est rendue, et est communiquée au requérant ainsi qu'au présomptif réservataire exhérédé.

L'exhéréde dispose alors d'un délai d'un mois suivant signification de l'ordonnance pour relever appel. En l'absence de signification à partie, et comme le droit commun le prévoit, le délai d'appel court pendant 24 mois à compter de l'ordonnance. L'appelant disposera alors d'un délai de 3 mois suivant la déclaration d'appel pour signifier ses conclusions d'appelant. On assistera ici à une inversion de la charge de la preuve, c'est l'enfant exhéréde qui devra prouver que l'ordonnance prononçant son exhérédation est dénuée de fondement grâce à des éléments de preuve.

4 - La transmissibilité de l'action

441. L'incident d'instance et la transmissibilité de l'action. Il apparaît important de développer tout particulièrement un incident d'instance prévu à l'article 370 du Code de procédure civile qui est le décès d'une partie. La question ne se pose véritablement qu'au regard du *de cuius*, le prédécès du présomptif réservataire potentiellement exhéréde rendant l'action sans objet, l'action étant personnelle. Concernant le *de cuius*, son décès avant d'intenter l'action ne pose pas non plus de problématique particulière, l'action étant personnelle elle disparaît avec le décès, les héritiers ne pouvant l'intenter à sa place.

La véritable problématique se trouve dans l'hypothèse où le *de cuius* décède pendant l'instance. Premièrement, il faut préciser que l'action qui n'est pas transmissible est automatiquement éteinte par le décès d'une partie¹⁷²⁴. Il apparaît néanmoins que l'action en exhérédation causée, au regard de son but et de ses caractéristiques, devrait être transmissible une fois en cours.

Première hypothèse : le requérant décède avant que l'ordonnance d'exhérédation ne soit rendue. Les héritiers, hormis l'héritier contre qui est sollicitée l'exhérédation, sont automatiquement saisis de l'action. Si une ordonnance accordant l'exhérédation est rendue par le tribunal et que l'héritier exhéréde ne la conteste pas, il est exclu de la succession. Si une ordonnance rejetant l'exhérédation suivant audition de l'héritier est rendue par le tribunal, les héritiers saisis ont la possibilité d'assigner au fond pour poursuivre leur cohéritier en exhérédation causée.

¹⁷²⁴ C. pr. civ. art. 384 : « *En dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie* ».

Deuxième hypothèse : le requérant décède après que l'ordonnance en exhérédation a été rendue, mais l'héritier a fait appel de la décision. Dans cette hypothèse les héritiers peuvent être partie à l'appel en qualité d'intimés.

La transmissibilité de l'action implique un certain nombre de conséquences non pas en termes de procédure mais en termes de liquidation de la succession. En effet, tant que la décision n'aura pas acquis force de chose jugée, le notaire ne pourra sereinement liquider la succession. En l'absence d'exécution provisoire de la décision, l'héritier contre qui une décision d'exhérédation frappée d'appel est pendante il ne pourra pas être exclu de la succession et donc encore moins de la liquidation. Il devra donc être pris en compte et son émolument calculé au terme de la déclaration de succession et devra éventuellement payer ses droits de mutation à titre gratuit. La solution ici serait de faire application des règles de l'indignité, et de son caractère rétroactif qui impliquent un certain nombre de restitutions. Néanmoins, une solution plus sécurisante pourrait être imaginée. La part dans la succession de l'enfant potentiellement exhéredé serait soumise à séquestre chez le notaire dans l'attente de la fin de l'instance. Si des biens se trouvent en nature dans la succession, l'indivision successorale sera bloquée, et un des héritiers sera désigné pour administrer l'indivision successorale dans l'attente de la décision. Une telle mesure conservatoire permettrait d'éviter le potentiel écueil de la rétroactivité qui existe dans le cadre de l'indignité successorale.

Une telle procédure permet de véritablement créer un filtre entre la volonté d'exhérédation du *de cuius* et l'effectivité de sa volonté vis-à-vis de l'héritier. Que ce soit les cas limitativement énumérés permettant d'exhéredé, l'office important du magistrat, l'audience du présomptif réservataire, ou encore l'introduction du contradictoire, le régime juridictionnel d'une telle action permettrait de contrôler la portée d'une telle introduction, et limiter au maximum un effet d'aubaine afin d'assurer à cette action sa véritable portée. Après avoir présenté le régime juridictionnel d'une telle action il faut s'attarder sur la portée de l'ordonnance d'exhérédation.

C - L'exécution de la décision d'exhérédation

442. Exécuter l'exhérédation. Une fois l'ordonnance d'exhérédation rendue doit se poser la question de l'exécution de cette décision tant en termes d'autorité et de force de chose jugée (1) qu'en terme d'éventuel pardon (2).

1 - L'autorité et la force de chose jugée

443. Autorité et force de chose jugée. Ne sera ici traitée que l'hypothèse où le magistrat rend une décision prononçant l'exhérédation du présomptif réservataire. La décision a, dès qu'elle est rendue, autorité de la chose jugée¹⁷²⁵. Se pose la question dans cette hypothèse de l'exécution provisoire. En effet, depuis peu, l'article 514 du Code de procédure civile prévoit que les décisions de première instance sont, de droit, « *exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement* ». Pour ce qui est de l'ordonnance d'exhérédation, au regard de l'éventuelle prise d'effet différé dans le temps, qui sera le décès du requérant, il conviendrait de prévoir une exception au principe de l'exécution provisoire, et d'attendre que l'ordonnance ou le jugement dans l'hypothèse d'une instance contradictoire au fond ait acquis force de chose jugée¹⁷²⁶. C'est donc après avoir récupéré un certificat de non opposition, un certificat de non appel, ou même un certificat de non pourvoi, que la décision juridictionnelle d'exhérédation aura acquis autorité et force de chose jugée.

L'autorité de la chose jugée jouera contre l'héritier exhérédé lors de l'ouverture de la succession. C'est ainsi que l'héritier souhaitant contester une disposition testamentaire, ou tout autre disposition successorale, se verra immédiatement opposer l'autorité de la chose jugée et toute demande judiciaire se trouverait irrecevable.

444. L'exécution et l'opposabilité. Se posent alors deux questions centrales mais également liées : l'exécution de la décision d'exhérédation et son opposabilité. Tout d'abord sur l'opposabilité de l'exhérédation, il conviendrait de faire enregistrer l'ordonnance, le jugement ou l'arrêt au fichier central des dernières volontés, tel un testament ou une institution contractuelle, afin de lui permettre une parfaite opposabilité au jour de l'ouverture de la succession du défunt. Cet enregistrement au fichier central des dernières volontés sera le présupposé de l'exécution de la décision de justice et la volonté par le *de cujus* de la faire appliquer à son décès.

¹⁷²⁵ C. pr. civ. art. 480 : « *Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. L'autorité de la chose jugée peut être définie comme une force exceptionnelle conférée par la loi aux décisions juridictionnelles, qui une fois prononcées, bénéficient du principe de l'immutabilité interdisant de remettre en cause ce qui a été définitivement jugé* ».

¹⁷²⁶ Dalloz (2013), Force de chose jugée, in Lexique des termes juridiques, 20^e éd : « *Une décision de justice passée en force de chose jugée est une décision qui peut être exécutée. La décision acquiert force de chose jugée lorsque les délais de recours contre cette décision sont écoulés, ou lorsque tous les recours ont été épuisés. La force de chose jugée permet de demander l'exécution forcée de la décision, et empêche qu'on soit à nouveau jugé pour les mêmes faits* ».

2 - Le pardon

445. *Quid du pardon ?* La notion de pardon vient du régime de l'indignité qui est relaté à l'article 728 du Code civil. Comme précédemment évoquée, cette disposition permet de ne pas exclure l'héritier potentiellement indigne lorsque le défunt, postérieurement aux faits et à la connaissance qu'il en a eue, a précisé, par une déclaration expresse de volonté en la forme testamentaire, qu'il entend le maintenir dans ses droits héréditaires ou lui a fait une libéralité universelle ou à titre universel. Une des critiques qui pourrait être opposée à une telle action est son caractère prématuré en ce qu'un potentiel pardon pourrait intervenir plus tard dans la vie du *de cuius* et qu'une telle décision empêcherait de revenir en arrière.

Cela est, en définitive, un faux problème quand on s'attarde sur les règles d'exécution d'une décision de justice. Dans le cadre d'une instance civile, l'exécution du jugement est totalement liée au bon vouloir de la partie requérante sauf exécution volontaire de la partie succombante. Le demandeur peut s'abstenir de signifier la décision, ne jamais l'exécuter, ou arrêter son exécution en cours. Dès lors, il serait dans l'idée loisible au *de cuius* de ne pas exécuter la décision d'exhérédation, ou de stopper son exécution avant le décès de sorte qu'une telle décision serait inconséquente. Il ne pourrait être objecté l'autorité de chose jugée en ce que ce principe est essentiellement procédural, et frappe d'irrecevabilité une demande identique. L'autorité de la chose jugée n'interdit pas l'absence d'exécution d'une décision.

Reste à déterminer la forme que pourrait prendre ce « pardon » dans le cadre d'une exhérédation judiciaire. Premièrement, il faudrait considérer que l'enregistrement présuppose l'exécution du jugement. Ainsi, comme pour une décision classique de justice, il existe un délai de prescription de dix ans pour faire exécuter. Dès lors, si le *de cuius* ne fait pas enregistrer la décision aux fichiers dans les dix ans à compter de la décision, il conviendra de présumer une volonté de non-exécution. Dans l'hypothèse de son décès dans ce délai de dix ans, les héritiers saisis peuvent faire exécuter et demander l'application de la décision. Deuxièmement, se pose la question du retour sur la décision qui est enregistrée au fichier. Sur ce point la lettre de l'article 728 du Code civil pourrait être transposée tout en reprenant un formalisme plus coercitif au regard de la gravité potentielle de l'acte. C'est ainsi qu'il serait opportun de prévoir qu'il soit possible pour le *de cuius* ayant enregistré la décision d'exhérédation aux fichiers via son notaire de revenir sur celle-ci par la rédaction d'un testament authentique que devra expressément prévoir sa volonté de pardon dans l'acte.

D - Proposition de rédaction

446. Nouvel article 915-1 du Code civil. « Les personnes visées aux l'articles 913-1 et 914-1 pourront être privées de leur réserve héréditaire s'il existe à leur rencontre, à l'ouverture de la succession du défunt, une décision d'exhérédation ayant acquis force de chose jugée.

La procédure d'exhérédation est une procédure sur requête devant le Tribunal Judiciaire du domicile du défendeur.

L'exhérédation ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la réalisation par le présomptif réservataire de l'acte relevant d'un motif prévu à l'article 915.

Le refus avant audition de l'héritier n'est pas sujet à recours ».

447. Nouvel article 915-2 du Code civil. « Si la demande est jugée sérieuse, le Tribunal judiciaire convoque le présomptif réservataire présumé fautif à une audition non contradictoire.

La décision de rejet peut permettre au requérant dans un délai d'un mois d'introduire une instance contradictoire au fond sur les mêmes motifs insérés dans la requête par voie d'assignation ».

448. Nouvel article 915-3 du Code civil. « La décision d'exhérédation doit, à peine d'inexécution, être enregistrée dans un délai de dix ans au fichier central des dernières volontés.

En cas de décès dans ce délai, et en l'absence d'enregistrement de la décision portant exhérédation, les héritiers saisis - à l'exception de celui contre qui la décision est dirigée - ont la possibilité de faire exécuter la décision en lieu et place de leur auteur ».

449. Nouvel article 915-4 du Code civil. « N'est pas exclu de la succession le successible frappé d'une décision d'exhérédation causée prévue à l'article 915, lorsque le défunt, postérieurement à la décision et à son enregistrement au fichier central des dernières volontés a précisé, par une déclaration expresse de volonté en la forme authentique, qu'il entend le maintenir dans ses droits héréditaires, ou lui a fait une libéralité universelle ou à titre universel ».

Section 3

LES CONSÉQUENCES SUCCESSORALES

450. L'absence de révolution. L'exhérédation de l'enfant réservataire aurait nécessairement des conséquences juridiques et pratiques importantes dans le cadre de la liquidation de la succession tant en termes de dévolution (§ 1) que de technique liquidative (§ 2). Nous verrons, en envisageant les conséquences connexes (§ 3), qu'il faut être sobre de nouveauté, et que les mécanismes existants permettent de régler facilement une telle problématique.

§ 1 - LES CONSÉQUENCES DE L'EXHÉRÉDATION SUR LA DÉVOLUTION SUCCESSORALE

451. La portée de la décision d'exhérédation. L'action en exhérédation causée a vocation à permettre au *de cuius* de déchoir un présomptif réservataire de sa protection réservataire. De là, se pose une question qui n'a pas encore été purgée : quelle serait la portée d'une telle décision d'exhérédation, doit-on véritablement parler d'exhérédation ou de déchéance de la protection réservataire ?

La première hypothèse serait donc de considérer que la décision d'exhérédation permettrait de lever la protection réservataire. Dans cette configuration, la décision ne modifierait pas la dévolution *ab intestat* du *de cuius*. Néanmoins en présence d'un acte de volonté positif du *de cuius*, l'héritier déchu ne pourrait se prévaloir des droits tirés de sa protection réservataire, tels que le rapport ou la réduction. Il ne pourrait donc pas demander l'éventuel rapport des donations faites à ses cohéritiers, et encore moins demander la réduction d'un éventuel legs universel. Cette conception de l'exhérédation causée, qui serait en définitive un abus de langage, nécessiterait donc, en plus de la décision, un acte de planification du *de cuius*. La liquidation d'une telle décision pourrait tout à fait se calquer sur les règles liquidatives existantes pour l'héritier ayant signé une renonciation anticipée à l'action en réduction. Cependant, une problématique majeure se heurte à une telle conception : la nature éminemment personnelle de l'exhérédation. Dans une telle hypothèse la perte de la protection réservataire entraîne, au-delà de l'éventuelle exhérédation de l'héritier défaillant, l'exhérédation de l'entière souche. Si une telle solution se trouve possible dans le cadre d'une renonciation anticipée à l'action en réduction, elle se trouve « légitimée » par le fait que la décision émane de l'héritier réservataire directement et non de la part de l'ascendant. Dans le mécanisme de la renonciation anticipée à l'action en réduction, le réservataire consent à la perte de

sa protection, ce que lui permettent les règles de l'ordre public de protection. Cependant, dans le cadre d'un équilibre successoral serein, l'action en exhérédation judiciaire causée ne devrait pas permettre au *de cuius* d'opérer une exhérédation de souche. Il convient d'exclure cette conception.

La seconde hypothèse, celle qu'il faut retenir, est que la décision d'exhérédation emporterait à l'encontre de l'héritier réservataire défaillant les mêmes conséquences que la déclaration d'indignité. Il convient donc d'emprunter aux règles de l'indignité leur mode de fonctionnement prévu aux articles 726 et suivants du Code civil.

452. Les effets de l'exhérédation sur l'exhéréhé. L'héritier réservataire, contre qui existe une décision d'exhérédation ayant acquis autorité et force de chose jugée, est exclu de la succession *ab intestat* de son ascendant, il ne pourrait dès lors réclamer sa réserve. Cependant, et comme pour le régime de l'indignité, les effets de l'exhérédation se limiteraient aux droits *ab intestat*, en conséquence de quoi une telle décision n'emporterait pas révocation automatique des libéralités qui lui ont déjà été consenties, sauf à intenter une action jointe sur le fondement de l'article 955 du Code civil¹⁷²⁷. Comme pour l'indignité, l'exhérédation devra revêtir « les caractères de la relativité ». C'est ainsi que la décision d'exhérédation ne pourra porter que sur la succession dont l'héritier se trouve expressément exclu par décision de justice. Par voie de conséquence, l'exhéréhé pourra toujours, par exemple, représenter son ascendant direct dans la succession d'un de ses grands-parents.

453. Les effets de l'exhérédation sur la souche réservataire. Comme évoqué, la décision d'exhérédation, comme la déclaration d'indignité, ne sera pas opposable à la souche réservataire mais uniquement à la personne de l'héritier malveillant. En conséquence, il faut affirmer que le mécanisme de la représentation sera possible si l'enfant exhéréhé a fait souche. Comme pour l'héritier indigne, il conviendra de faire application de l'article 729-1 du Code civil qui prévoit que les enfants de l'indigne ne sont pas exclus par la faute de leur auteur, soit qu'ils viennent à la succession de leur chef, soit qu'ils y viennent par l'effet de la représentation ; mais l'indigne ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, la jouissance que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants¹⁷²⁸.

¹⁷²⁷ En ce sens : « L'exclusion résultant de l'indignité n'enlève à l'indigne que les droits qui lui appartiennent en qualité de successeur *ab intestat*. Elle ne concerne pas les donations et les legs que le défunt avait pu faire à son successible ; ces libéralités peuvent seulement être susceptibles de révocation pour cause d'ingratitude dans les termes des articles 955 à 958, 1046 et 1047 du Code civil (C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, t. 9, § 594, texte et note 10 ; V. toutefois Lyon, 12 janv. 1864, DP 1864. 2. 66 ; comp. Bordeaux, 1^{er} déc. 1853, DP 1854. 2. 157) » in R. LE GUIDE et G. CHABOT, « Succession : dévolution – Indignité successorale », *Répertoire de droit civil DALLOZ* - janv. 2009 (act., nov. 2020).

¹⁷²⁸ C. PÉRÈS et C. VERNIÈRES, *op. cit.*, p. 118.

454. Les conséquences sur la qualité d'héritier. Si l'exhéréhé n'a pas fait souche, il faudrait considérer qu'il se trouve totalement exclu de la succession. La dévolution de la succession devrait donc se faire selon les règles des ordres et des degrés en occultant totalement la personne de l'exhéréhé. Se pose une interrogation sur la qualité de réservataire du conjoint survivant dans l'hypothèse où l'exhéréhé qui n'a pas fait souche se trouve être le seul descendant. Dans cette configuration particulière, il faut considérer que l'exclusion de l'héritier de ses droits *ab intestat* et donc de sa protection réservataire, peut permettre au conjoint survivant de devenir par voie de conséquence réservataire.

§ 2 - LES CONSÉQUENCES DE L'EXHÉRÉDATION SUR LA LIQUIDATION SUCCESSORALE

455. *Bis repetita placent.* À l'instar de ce qui précède, les conséquences liquidatives de l'ordonnance visant l'exhéréhé d'un réservataire devraient emprunter les mêmes règles que pour le régime de l'indignité successorale.

456. Le taux de réserve et de quotité disponible. Comme le précisent les Professeurs Malaurie et Brenner, « *lorsque la succession est dévolue au-delà du premier degré par suite du prédécès, de la renonciation ou de l'indignité d'un enfant, le calcul de la quotité disponible et de la réserve continue à se faire d'après le nombre des enfants. Peu importe donc le nombre des petits-enfants laissés par le défunt : seul compte le nombre de souches* ». Selon les auteurs « *le calcul de la réserve par souche sort renforcé de la réforme de 2006, les enfants décédés, qui renoncent à la succession ou en sont écartés par leurs indemnités (la simulation continue de s'imposer) ne devraient être pris en compte que lorsqu'ils laissent un ou plusieurs descendants venant à leur place ; au contraire si tous les héritiers réservataires ont renoncé et ne laissent pas de descendants venant à la succession à leur place tout est disponible, pas de réserve sans réservataire* »¹⁷²⁹. Il conviendrait à notre sens d'appliquer *in extenso* ces règles dans le cadre de l'enfant exhéréhé.

457. Le rapport de l'héritier exhéréhé. Selon Michel Grimaldi, l'héritier non réservataire exhéréhé ne doit pas le rapport, il est un pur étranger à la succession, il précise que devenu « *étranger à la succession, ce dernier est placé dans la même situation qu'un gratifié non successible lors du décès et se trouve déchargé, par suite, de l'obligation au rapport des donations préalablement reçues du défunt* »¹⁷³⁰. Néanmoins, les

¹⁷²⁹ P. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, p. 734. Pour une analyse contraire voir : B. BEIGNIER et S. TORRICELLI-CHIRIFI, *Libéralités et successions*, 2014, LGDJ, p. 192.

¹⁷³⁰ M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 8^e éd., Paris, Litec, 2020, n° 731.

descendants venant par représentation de leur auteur exhérédé devront rapporter les biens qui lui ont été donnés.

Si la forme de la déchéance réservataire était nouvelle en droit positif, force est de souligner que les règles liquidatives qui en découleraient existent d'ores et déjà dans le Code civil, et qu'une telle évolution du droit des successions ne bouleverserait en rien les règles de droit et la pratique notariale. Il suffirait de transposer la majorité des règles actuelles existantes aux nouveaux cas d'exhérédation judiciaire.

§ 3 - LES CONSÉQUENCES CONNEXES

458. Les questionnements induits. La décision d'exhérédation pourrait avoir des conséquences plus larges que sur les règles normales de la succession que sont la dévolution et les règles induites du mécanisme réservataire. Nous analyserons deux points d'impact, le premier lié à la présence d'un contrat d'assurance-vie, le second à la présence d'éléments d'extranéité.

459. Exhérédation et assurance-vie. La décision d'exhérédation pourrait avoir des répercussions en présence d'un contrat d'assurance-vie. En effet, la désignation bénéficiaire dans un contrat d'assurance-vie varie suivant que celle-ci prévoit une désignation nominative ou par qualité. Dans la première hypothèse d'une désignation nominative il faut affirmer que la décision d'exhérédation, bien qu'étant une sanction individuelle, n'emporterait pas de conséquence sur la délivrance des capitaux décès. À l'inverse dans le cadre d'une désignation bénéficiaire par la qualité d'héritier ou d'enfant, la décision d'exhérédation emporterait l'impossibilité pour le bénéficiaire de recevoir les capitaux décès. Si une mention de la représentation est comprise dans la rédaction, il conviendra de la faire jouer, si l'exhérédé a fait souche à l'instar des règles applicables au renonçant et à l'indigne.

460. Exhérédation et successions internationales. La décision d'exhérédation rendue par une juridiction française à l'encontre d'un héritier pourrait avoir des conséquences dans le cadre d'une succession présentant un élément d'extranéité. Sous l'empire du règlement (UE) n° 650/2012 la réponse se trouve liée à la portée de la loi successorale. En effet, l'article 23 dudit règlement prévoit que la loi désignée en vertu de l'article 21 ou 22 régit l'ensemble d'une succession et que cette loi régit notamment les questions d'exhérédation et l'indignité successorale. Ce sera donc la loi applicable à la succession qui déterminera les règles applicables en matière d'exhérédation. Sur ce sujet, Mariel Revillard précise que « *la loi successorale détermine les qualités requises pour succéder, parmi*

celles-ci il ne faut pas être frappé d'une des causes d'indignité prévues par la loi successorale qui dira si certaines condamnations ont pour conséquence de priver du droit de succéder celui qui les a subies »¹⁷³¹. En ce qui concerne l'indignité successorale elle précise qu'« *au nom de l'ordre public français, les causes d'indignité prévues par la loi française s'imposent, notamment en cas de condamnation pour attentat à la vie du défunt* ». Par conséquent et au regard du principe de réciprocité « *une condamnation pénale étrangère peut être retenue par la loi française comme cause d'indignité successorale* », il en est de même selon l'auteur pour « *les causes d'exclusion de certaines lois étrangères, telles que le refus d'aliments envers le défunt ou la captation d'héritage* »¹⁷³². Devraient néanmoins heurter l'ordre public international du for les « *exclusions fondées sur des raisons politiques ou religieuses* »¹⁷³³. C'est donc à la loi successorale applicable de déterminer la capacité du défunt d'exhérer un héritier. Comme le précisaient Andréa Bonomi et Patrick Wautelet, cette détermination est complémentaire avec les dispositions h) et i) de l'article 23 précité relatives aux réserves et à la quotité disponible en ce que la question de l'exhérédation peut également concerner un héritier réservataire, notamment dans le cas suisse qu'ils citent et que nous avons par ailleurs précédemment développé¹⁷³⁴. Ainsi, si la loi applicable à la succession se trouve être la loi française la décision d'exhérédation s'appliquera pleinement. Seule pourrait être opposée l'exception d'ordre public international invoquée par un héritier ayant au jour du décès de son ascendant sa résidence dans un autre État. Néanmoins au regard du caractère juridictionnel de la décision d'exhérédation il ne fait que peu de doute de l'opposabilité d'une telle décision.

Aussi, malgré sa nature successorale, la compétence juridictionnelle de cette action ne devrait pas être altérée en présence d'un élément d'extranéité, par les articles 4 et suivants du règlement susvisé. En effet, le champ d'application dudit règlement prévu aux considérants 9 et suivants, repris à l'article 1, limite l'application du règlement succession à tous les aspects de droit civil d'une succession à cause de mort. Ainsi, les caractéristiques intrinsèques de l'action en exhérédation causée, en ce qu'elle est à l'initiative du *de cuius* de son vivant, font qu'elle ne serait pas parasitée par la lettre sur la question de la compétence par le règlement.

La problématique pourrait intervenir si c'est une loi étrangère qui aurait vocation à s'appliquer. Dans cette hypothèse la question de l'opposabilité de la décision d'exhérédation se pose. À la lecture du considérant 59 du règlement, l'interrogation posée ne semble pas présenter de problème particulier. En effet, le considérant précise que l'objectif général du règlement est notamment la reconnaissance mutuelle des décisions rendues dans les États membres en matière

¹⁷³¹ M. REVILLARD, « France - Droit international privé », in *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, LexisNexis, 23 janv. 2018 (act. 8 avril 2021).

¹⁷³² *Ibid.*

¹⁷³³ Sur ce sujet : M. REVILLARD, « France - Droit international privé », in *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, LexisNexis, 23 janv. 2018 (act. 8 avril 2021).

¹⁷³⁴ En ce sens : A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions – commentaire du règlement du 4 juillet 2012*, 2016, *Bruyant*, art. 23, n° 43.

de successions. On retrouve à l'article 39 cet objectif général qui précise que « *les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure* ». Il peut exister, selon la lecture de l'article 40, des motifs de non reconnaissance notamment « *si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée* ». Comme précédemment évoqué, eu égard au caractère causée et juridictionnel, et par certains aspects envisagés dans certains pays européens, la contradiction de la décision d'exhérédation causée avec l'ordre public de l'État membre n'a que peu de chance de prospérer. Concernant les pays tiers à l'Union européenne, et si une difficulté sur l'opposabilité d'une telle décision devrait se poser, les cohéritiers pourraient user de la procédure d'*exequatur*.

En ce qui concerne l'opposabilité de cette décision d'exhérédation, le certificat successoral européen de l'article 62 du règlement (UE) n° 650/2012 devra également intégrer la mention d'une telle exhérédation dans le formulaire V - annexe. IV

CONCLUSION DU CHAPITRE II

461. Exclusion justifiée. L'exhérédation est une notion négativement connotée en droit des successions et des libéralités. Acte négatif par essence, elle recueille depuis longtemps les plus acerbes critiques tant elle ramène aux périodes les plus dures de l'héritage. Or, il ne peut être dénié qu'elle est la plus pure expression de la volonté du *de cuius*. Ce pouvoir unilatéral de vie ou de mort sur l'héritage d'un enfant en a fait depuis toujours un droit très contrôlé tant il peut être l'expression des plus acerbes discriminations. Au-delà des fantasmes, il apparaît que l'étude de cette notion permet d'entrevoir une voie possible d'évolution pour la matière.

En effet, la volonté unilatérale du *de cuius* était la grande absente des propositions d'évolution du droit de la transmission. Si la modulation des quantums de quotité disponible et de réserve héréditaire globale permettrait une augmentation mathématique de la volonté unilatérale, elle ne répondrait pas à nombre de problématiques de fond. C'est ainsi que les différentes propositions jusqu'à alors avancées par la doctrine laissent une certaine expectative en ce qui concerne la véritable prise en compte du mouvement de néolibéralisme successoral. Chose paradoxale quand on retrace les pressions libérales sur le droit interne de la transmission.

Néanmoins la proposition développée d'une exhérédation judiciaire causée pourrait répondre à cette problématique. Par son régime juridique et juridictionnel, l'introduction d'une telle action en droit français permettrait au *de cuius* de sereinement anticiper l'exclusion d'un héritier sans que celui-ci ne puisse venir créer un contentieux systémique au décès. La forme judiciaire d'une telle action permettrait de créer un filtre à la volonté, et ainsi de protéger les fondements même de l'ordre public successoral. Cette nouvelle forme d'expression de la volonté serait à notre sens le meilleur outil permettant d'atteindre un point optimal dans l'équilibre de la matière. En effet, l'évolution du droit des successions et des libéralités doit s'inscrire dans un équilibre que nous défendons, et qui commande dès lors des solutions mesurées pour concilier évolution et pérennité théorique et pratique de la matière. La procédure judiciaire en exhérédation en fait partie.

CONCLUSION DU TITRE II

462. Conclusion. L'audit de l'évolution de la matière à l'aune de l'importance de l'équilibre juridique de la transmission nous apprend un certain nombre des choses. Premièrement, nous affirmions en introduction de cette partie que, dans le cadre d'une étude prospective, proposer une réponse extrême à un problème complexe n'était pas à notre sens la bonne solution notamment en ce qui concerne le désir de juguler une certaine fuite en avant de la volonté *du cuius*. Le législateur, par l'introduction d'un nouveau droit de prélèvement, nous permet de mettre en lumière cette réflexion de la plus belle des façons. Voulant rompre avec les problématiques des arrêts *Jarre* et *Colombier*, la résurgence d'un droit de prélèvement compensatoire - réponse extrême à un problème complexe - manque à plusieurs égards sa cible. C'est donc une évolution réfléchie de l'équilibre, et notamment de l'équilibre international des successions qu'il convenait de proposer, et non la mise en place d'une « mesurette » incapable de répondre à la problématique qu'elle prétendait purger et amenant encore plus de questions qu'initialement.

Deuxièmement, l'audit nous apprend également que le néolibéralisme successoral est le centre de la future évolution de la matière. Il fallait donc prévoir une augmentation de la volonté tout en sécurisant le schéma de la transmission. C'est par la voie de l'anticipation successorale concertée que se dessine l'évolution la plus probable du droit de la transmission. Permettant une anticipation successorale plus importante tout en sécurisant sa portée sans nécessairement entacher les fonctions de l'ordre public successoral, cette forme de planification coche toutes les fonctions de l'équilibre. La libération des pactes sur succession future ou encore la modification du *quantum* de la réserve héréditaire en sont des exemples. Au-delà de ces évolutions consensuelles, l'étude de la pratique de l'anticipation successorale et de ses ramifications contentieuses démontrent qu'une évolution d'autres sujets devrait être mise en place. On pense tout particulièrement à la caractérisation de la notion de primes manifestement exagérées, ou encore à la problématique de l'usufruit du conjoint survivant en présence d'un enfant de premier lit. Cependant, la révolution du droit de la transmission ne pourrait pas se trouver en Droit civil mais bel et bien en Droit fiscal. En effet, les études commandant une refonte totale du droit de l'héritage se font de plus en plus importantes, et même si elles n'aboutissent pas toutes aux mêmes constatations, une refonte complète de la fiscalité de la transmission pourrait emporter d'importantes conséquences sur la pratique de l'anticipation et de la planification successorales et consubstantiellement sur la théorie.

Au-delà, le risque d'une évolution tendant trop vers des solutions consensualistes est un phénomène que nous qualifierons d'expectative permanente d'une transformation de la matière. En effet, il faut rappeler que l'influence libérale dans la matière successorale est très importante. Dès lors, les avancées proposées peuvent ne pas être suffisantes. De là découle notre proposition visant à renforcer le pouvoir unilatéral de la volonté du *de cuius* via une nouvelle action en exhérédation causée. Cette (ré)évolution de la matière s'insérerait malgré tout parfaitement dans les prescriptions de l'équilibre de la transmission.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

463. La démonstration d'un équilibre nécessaire. « *Consoler le mourant tout en protégeant les vivants* »¹⁷³⁵, tel était la vision de l'équilibre de la transmission de Mirabeau. L'écrivain avait en cela parfaitement compris l'essence du droit des successions et des libéralités. Liberté contre protection, ce rapport de force s'analyse au-delà d'une confrontation, mais génère un point d'équilibre nécessaire au développement de la matière assurant un état de stabilité et d'harmonie. L'équilibre dans la transmission successorale instauré par voie de sédimentation au fil des siècles est décisif en ce qu'il permet une pratique stable et efficace de la matière par les juristes. Deux vertus que l'on retrouve dans l'ADN même de la notion d'anticipation successorale et qui lui permettent d'assurer une prévisibilité inhérente à sa réflexion.

Cet équilibre, malmené par la réalité d'un néolibéralisme successoral rampant, doit évoluer pour faire face aux nouveaux besoins et aux nouveaux visages de la transmission. Les constats et les analyses posés démontrent sans équivoque que le droit des successions et des libéralités, et plus généralement le droit de la transmission, sont sur la brèche d'une mutation profonde. Cette (re)évolution pourrait arriver par l'axe de la fiscalité successorale. En effet, il n'aura échappé à personne, et la période électorale de 2022 est propice à ces débats, qu'une volonté commune des politiques est de repenser complètement la fiscalité de l'héritage. Or, nous l'avons développé, le droit fiscal en matière de transmission peut avoir un effet à la fois incitateur comme désincitateur, son influence sur la transmission est tellement importante que notre analyse nous mène à l'intégrer dans le périmètre de l'ordre public successoral. Si cette future réforme n'est pas encore au stade de projet de loi, il ne fait nul doute qu'elle pourrait avoir des conséquences profondes sur la théorie de l'équilibre. Une évolution favorable de la fiscalité indirecte comme cela a pu être proposé pourrait encore une fois, être un signal dangereux pour la réserve héréditaire.

En tout état de cause, ces évolutions récentes, manifestations positives de nombreux débats, démontrent une nécessité pour la matière de se réformer afin de correspondre aux différentes évolutions que commande le néolibéralisme successoral. Au-delà du constat qui était posé de la création d'un nouvel équilibre par la prédominance de la volonté, l'interrogation principale était d'évaluer les conséquences de ces évolutions sur la théorie et sur la pratique de la transmission. Nous avons vu qu'une libéralisation du droit positif qui tendrait vers une réduction trop importante des limites à la volonté du *de cuius* entraînerait un changement de paradigme et transformerait la

¹⁷³⁵ Réflexion de Mirabeau retranscrite, in C. BAHUREL, *La volonté des morts*, *op. cit.* p. 8.

matière de transmission d'un modèle juridique vers un modèle judiciaire. Si des solutions pour alléger et faciliter le contentieux ont été exposées, le constat est clair : il est nécessaire de conserver, pour le droit des successions et des libéralités un référentiel juridique. Des solutions peuvent aujourd'hui être mises en place pour sécuriser la transmission dans son équilibre tout en permettant au néolibéralisme de s'exprimer dans un cadre déterminé. On pense notamment aux pistes développées d'anticipation successorale concertée ou encore la mise en travaux d'une évolution de l'exhérédation. Au titre des propositions il pourrait nous être reproché de ne pas avoir évoqué l'introduction ou une meilleure reconnaissance des outils de droit étranger pour sécuriser la planification successorale internationale. On pense immédiatement à l'institution du *joint tenancy* ou encore au mécanisme du Trust qui semble se développer en Europe, notamment récemment avec les travaux du 118^{ème} congrès des Notaires sur la fiducie-libéralité. Force est de souligner qu'avant de multiplier les outils il est à notre sens impérieux de sécuriser l'existant¹⁷³⁶.

Du constat, en passant par les solutions, il apparaît que l'équilibre restauré du droit de la transmission passe, non pas par une refonte complète du droit positif, mais en une adaptation concertée et équilibrée des outils et des notions actuellement applicables. Rien ne sert de raser le temple pour en assurer sa stabilité future, et il est tout à fait possible de consoler la volonté du mourant tout en protégeant les intérêts des vivants.

¹⁷³⁶ 118^{ème} congrès des notaires de France, *L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 12-14 octobre 2022, Rapport p. 898.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Aussi bien que l'enfant, tout homme a droit à la vie, et quand il lui est impossible de trouver dans ses efforts personnels des ressources suffisantes pour y subvenir, c'est le devoir de la société de les lui donner, devoir rigoureux, depuis longtemps proclamé dans cette grande et sublime parole, véritable devise de l'humanité : 'Aimez-vous, aidez-vous les uns les autres'. On ne peut donc pas poser la liberté illimitée de tester comme un des termes de la question. Il y a un droit alimentaire affirmé par la nature à sanctionner ; il s'agit de concilier ses exigences avec les prérogatives du droit de propriété. Là se trouve la difficulté réelle ».

H. FONTAINE¹⁷³⁷

464. *Coacta voluntas est etiam voluntas.* En tant que monument du droit, la volonté incarne le cœur de cette étude. Son incursion dans le droit de la transmission en faisait, en première intention, le moteur de cette thèse. Permettant au *de cuius* d'anticiper et de planifier sa succession selon ses désirs, la volonté devait être confrontée à ses limites. Plus avant, il faut admettre que cette étude souhaitait au premier abord confronter la volonté du *de cuius* aux règles de l'ordre public successoral. Notions souvent mises en opposition dans la littérature juridique, il apparaissait fondamental de déterminer comment la volonté du *de cuius* pouvait s'exprimer - et même s'extirper - d'une série de limites légales et prétoriennes.

Au terme de cette longue étude un constat est apparu : la volonté seule ne permet pas de fonder à elle seule la théorie ni la pratique de l'anticipation successorale. D'une première fausse idée de confrontation, c'est alors une relation capitale qui émerge entre le possible et l'interdit, fondant à travers le temps et l'espace l'ADN même de la transmission. Partant, un bilan général

¹⁷³⁷ H. FONTAINE, « De la liberté de tester », *Revue pratique de droit français*, 1866, tome 21, p. 241

s'est imposé : il ne peut exister - à tout le moins en France - une conception et une pratique efficiente de l'anticipation successorale sans une dyarchie équilibrée et structurée. Il est maintenant clair que l'épreuve de l'anticipation successorale ne se trouve pas dans sa mise en opposition avec l'ordre public successoral mais dans sa complémentarité avec elle. Il est impossible de songer à une évolution de la matière sans prendre conscience, non seulement de l'incidence de cette évolution sur l'équilibre établi, mais également sur la pratique efficiente de l'anticipation successorale. Si les contributions sur l'avenir de la réserve fleurissent depuis un certain nombre d'années, la présente étude a tenté de démontrer que la réflexion doit être bien plus large. La future évolution du droit des successions et des libéralités, et tout particulièrement de l'ordre public successoral, devra prendre en compte cet équilibre juridique si précieux.

Conclure est toujours un exercice difficile tant il est empreint d'une certaine symbolique. Étymologiquement, ce terme peut revêtir une triple signification : régler définitivement ; tirer une conséquence d'une donnée ; donner un avis¹⁷³⁸. Si la conclusion de cette thèse se résout à la régler définitivement, nous tirerons les conséquences des données présentées autour d'une série de constats, d'éclaircissements et de propositions les plus importants de cette thèse :

- I. ***La définition de la notion d'anticipation successorale*** : L'anticipation successorale est la mise en place d'un schéma de pensée unilatérale ou concertée qui a pour finalité de modifier les conséquences de sa succession future, tant au regard de la dévolution, et de la gestion ; que de la transmission anticipée ou différée de son patrimoine. La réflexion anticipative s'assoit de façon cumulative sur la volonté du *de cuius* et sur la prévisibilité de celle-ci permettant d'apporter à l'anticipation successorale son effectivité et son efficience. C'est un préalable nécessaire à la planification successorale qui en constitue, par la prise d'actes juridiques concourant à la réalisation de la pensée anticipative, sa forme active.
- II. ***L'ordre public successoral, une notion cadre...*** : Assurer la pérennité de la notion d'ordre public successoral commande de l'appréhender par une conception fonctionnelle et non par composantes. Il faut donc affirmer que l'ordre public successoral est une notion cadre regroupant l'ensemble des règles visant à contraindre - directement ou indirectement - la volonté anticipative du *de cuius* - unilatérale ou concertée - tout en respectant les objectifs sociaux, économiques et politiques français. Les composantes de l'ordre public successoral sont nombreuses. À ce titre, on peut classiquement citer : la réserve héréditaire, la prohibition générale des pactes sur succession future et des substitutions

¹⁷³⁸ Bordas (1970), Conclure, in *Focus Encyclopédie internationale tome II A/C*.

fidéicommissaires. Font également partie de cette notion cadre comme en étant des composantes à part entière : les créances de certains héritiers, la conversion de l'usufruit du conjoint, l'interdiction de recevoir des libéralités, le droit de retour, le partage ou encore la saisine héréditaire.

- III. **...Qui tend à s'élargir vers un ordre public de transmission :** Le cadre de l'ordre public de transmission respecterait les mêmes fondamentaux que l'ordre successoral car il tendrait *in fine* au même but, mais accueillerait plus de composantes en s'adaptant au caractère protéiforme de l'anticipation et de la planification successorales. Il conviendrait dès lors d'inclure à l'ordre public de transmission l'intégralité des lois et les normes impératives limitant de façon directe ou indirecte la volonté du *de cuius*.
- IV. **Du droit des successions et des libéralités au droit de la transmission :** Dans une étude sur l'anticipation successorale nous avons décidé de nommer l'ensemble des matières concourant à son expression sous l'expression de droit de la transmission. En effet, se référer aux seuls droits des successions et des libéralités ou au droit patrimonial de la famille apparaît restrictif à l'aune des conceptions élargies des deux piliers de la dyarchie.
- V. **La dyarchie de la transmission est structurée et structurante :** Le droit de la transmission se trouve donc structuré entre, d'un côté, la volonté du *de cuius* matérialisée par l'anticipation successorale, et, de l'autre, ses limites matérialisées par l'ordre public successoral ou de transmission. Ainsi, cette dyarchie structurée et structurante se voit influencée par un certain nombre de mouvements de fonds.
- VI. **L'influence du néolibéralisme successoral :** En droit de la transmission, l'influence du néolibéralisme successoral se traduit par une prépondérance de l'autodétermination, et donc consubstantiellement par une incursion de plus en plus importante de la volonté devant primer sur les limites. Or, laisser la possibilité au *de cuius* d'anticiper de façon plus libre sa succession future et ce, sans que sa volonté ne soit contrecarrée par des règles coercitives, a une incidence directe sur la dyarchie de la transmission. Ce néolibéralisme successoral, qui se retrouve tant en droit interne qu'en droit international privé, projette la volonté anticipative au centre des considérations.
- VII. **Une logique de darwinisme normatif :** Consubstantielle du phénomène de néolibéralisme successoral, la thèse du darwinisme normatif établit un lien entre l'affranchissement de la

tutelle des lois et une modification du droit matériel des États. Ainsi, la promotion, notamment en droit international privé, de la volonté anticipative en ce qu'elle prône une autonomisation des individus engendrerait une transformation du droit successoral matériel interne.

- VIII. Une adaptation nécessaire de l'équilibre issue de la dyarchie :** Les influences tant internes qu'externes à la dyarchie ont propulsé la volonté du *de cuius* comme la donnée la plus importante de l'équilibre. Cette réorganisation de l'équilibre de la transmission a contraint à une adaptation de l'ordre public successoral afin de faire face aux nouvelles possibilités offertes par l'anticipation et la planification successorales. C'est par cette modulation importante de l'équilibre des forces dans le droit de la transmission, et à certains égards par les dysfonctionnements qu'elle amène, qu'éclate un constat.
- IX. Le problème de la volonté toute puissante :** La volonté du *de cuius* qui se développe sans entrave est une nuisance pour elle-même. En l'absence de borne fixe, l'expression de la volonté du *de cuius* se trouve inefficace.
- X. La prise en compte d'un nécessaire équilibre juridique :** L'équilibre juridique de la transmission construit par le modèle français est essentiel pour la pratique de l'anticipation successorale. C'est par le truchement de celui-ci que peut sereinement s'exprimer la pratique de l'anticipation et de la planification successorales. Connaissant les règles par avance, la volonté peut bâtir autour de ses objectifs un schéma de transmission pérenne et efficace.
- XI. La prise en compte des conséquences d'une possible judiciarisation :** L'analyse de la promotion sans entrave de la volonté démontre que le déséquilibre de la dyarchie entraîne irrémédiablement une instabilité judiciaire de la matière. Or, le contentieux successoral - notamment selon les règles actuelles qu'il conviendrait d'aménager - fait échec à la pratique de l'anticipation successorale. En l'absence de limite légale, ce sera au juge de déterminer le bien-fondé de la planification, différenciant et fragilisant la prévisibilité et l'efficacité, pourtant piliers de l'équilibre.
- XII. Une analyse permettant une sereine prospection :** Conscient de l'impérieux équilibre que commande la transmission successorale pour s'épanouir, il doit être permis d'envisager une évolution de la matière que beaucoup appellent de leurs vœux en parfaite conscience

des enjeux théoriques et pratiques. C'est ainsi que la doctrine propose une évolution du droit des successions et des libéralités principalement axée sur la promotion de l'anticipation successorale concertée, et sur la modification du *quantum* de la quotité disponible. D'autres évolutions sont possibles permettant d'allier volonté, sécurité et limite, comme la modification de la quotité disponible spéciale entre époux, ou encore la précision du régime des primes manifestement exagérées.

XIII. L'opportunité d'une procédure d'exhérédation causée : Les évolutions proposées par la doctrine semblent cependant insuffisantes pour pallier les influences analysées. Une solution pourrait se trouver dans une promotion de la volonté du *de cuius* décorrélée de celle des héritiers. Cette solution pourrait alors prendre la forme d'une d'exhérédation judiciaire fondée sur des causes limitativement énumérées dans la loi.

465. Aeternitas. À l'heure de conclure notre étude sur ce sujet de la transmission, nous nous rappellerons les premiers mots de cette thèse concernant la mort. Comme le rappelait Merlin, la mort dépouille les hommes de tout¹⁷³⁹ et s'avère être pour souvent une fin en soi. Cependant, la mort peut - à certains égards - ne pas l'être, et comme le rappelait Huguette Méau-Lautour la transmission, notamment testamentaire, comporte en elle une parcelle d'éternité¹⁷⁴⁰ voir une immortalité de l'âme selon Leibnitz¹⁷⁴¹. Cette précieuse parcelle d'éternité et cette immortalité recherchée dans l'institution testamentaire, nous avons essayé de la trouver dans l'écriture de cette thèse.

Loin d'être une dernière volonté, la prise en compte de l'équilibre dans le droit des successions et des libéralités doit être un sujet d'avenir et nous oserons cette gageure : n'y a-t-il pas, d'une certaine manière, plus belle satisfaction d'éternité que d'apporter sa pierre à l'édifice au temple de l'équilibre de la transmission ?

¹⁷³⁹ MERLIN, Répertoire, testament, sect. 2, § 4, art. 2, in E. VALLIER *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902, p. 77.

¹⁷⁴⁰ H. MÉAU-LAUTOUR, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266.

¹⁷⁴¹ G.-W. LEIBNITZ, Nova *methodus jurisprudentiae*, Barbeyrac, in E. VALLIER, *op. cit.* p. 150.

BIBLIOGRAPHIE

I - OUVRAGES, TRAITÉS, MANUELS ET COURS

- ANCEL** (B.) et **LEQUETTE** (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd.
- ANDREI POPESCU** (D.), *Guide de droit international privé des successions*, trad. : Loredana Vlăsceanu - Onești: Magic Print, 2014.
- AUDIT** (B.) et d'**AVOUT** (L.), *Droit international privé*, sept. 2018, Lextenso.
- De BALZAC** (H.) :
Le curé de village, Edition Lumens, 1841.
Illusions perdues, éd. Patrick Berthier.
- BACHOFEN** (B.) (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit. L'État, la personne, la propriété*, Lyon, ENS Éditions, 2008.
- BEIGNIER** (B.), **CABRILLAC** (R.) et **LECUYER** (H.), *Le Lamy Droit des Régimes Matrimoniaux, Successions et Libéralités*, Collection Lamy Droit Civil dirigée par J. MESTRE, 2018
- BEIGNIER** (B.) et **TORRICELLI-CHRIFI** (S.) :
Régimes matrimoniaux - Pacs - Concubinage, 2020, LGDJ.
Libéralités et successions, 2020, LGDJ.
- BOFFA** (R.), *Droit civil*, 2017, LGDJ.
- BONNAL de GANGES** (E.), *Le droit d'hérédité dans la législation, le droit comparé et l'économie politique*, 1875, Guillaumin.
- BONOMI** (A.) et **SCHMID** (C.), *Successions internationales. Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse*, Genève, Schulthess, 2010.
- BONOMI** (A.) et **WAUTELET** (P.), *Le droit européen des successions – commentaire du règlement du 4 juillet 2012*, 2016, BRUYLANT.
- BROCHER** (C.), *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, Paris, Genève, 1882.
- CARBONNIER** (J.), **CATALA** (P.), **de SAINT-AFRIQUE** (J.) et **MORIN** (G.), *Des libéralités – Une offre de loi*, 2003, Defrénois.
- CARBONNIER** (J.) :
Droit civil, La famille, P.U.F., Thémis, 1999.
Droit civil, t. 4, Les obligations, 22^{ème} éd., 2000, P.U.F.
Droit civil, Introduction, 27^{ème} éd., 2002, P.U.F.
Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 1996.
- CLAUX** (J.-P.) et **DAVID** (S.), *Droit et pratique du divorce*, 2018-2019, 4^e éd., Dalloz, 2018, coll. Dalloz référence.
- CORNU** (G.), *Vocabulaire juridique, sous l'égide de l'Association Henri CAPITANT*, 11^{ème} éd., P.U.F., 2016.
- CREMIEUX** (A.-C.), *Gouverner l'imprévisible*, Lavoisier, 2009.
- DOUET** (F.), *Précis de droit fiscal de la famille*, 17^{ème} éd., 2018, LexisNexis, (préf. J. HAUSER).
- DUBET** (F.), *Léguer, hériter*, 2016, Éditions La Découverte, Fondation pour les sciences sociales.
- FONGARO** (É.) et **PÉROZ** (H.), *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2017, LexisNexis, coll. Pratique Notariale.
- FONTAINE De La** (J.), *Fables*, coll. Bibliothèque de la Pléiade, éd. Gallimard, 2021.
- FRETEL** (M.), *De l'inviolabilité de la réserve légale*, 1869, Impr. Cosse, Marchal et Cie.
- GAUDEMET** (J.), *Droit privé romain*, 2^e éd., Paris, 2000, éd. LGDJ, coll. Précis Domat.
- GRIMALDI** (M.) :
Droit civil : Successions, 8^e éd., Paris, Éditions Litec, 2020.

Droit patrimonial de la famille 2018-2019, 6 éd., Dalloz, 2018, coll. Dalloz Action.

GUIDE PRATIQUE, *Famille et successions*, 2018, Francis Lefèvre.

HAFTTEL (B.), *Le droit international privé*, coll. Le cours Dalloz, 2^e éd., 2020.

HEIDSIECK (E.), *À l'aide ou le rapport W*, Éditions inculte, 2013.

JORION (G.), *Planification successorale dans un contexte international – États-Unis, France, Belgique*, 2011, Larcier, Cahier de fiscalité pratique.

KHAIRALLAH (G.) et **REVILLARD (M.)**, (dir.), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales – Étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, 2010, Defrénois, Lextenso Éditions.

KHAIRALLAH (G.) et **REVILLARD (M.)**, (dir.), *Droit européen des successions internationales*, 2012, Defrénois, Lextenso Éditions.

KRYNEN (J.), *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2018.

LAURENT (A.) et **VALENTIN (V.)**, *Les penseurs libéraux*, Broché, 2012.

LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Droit international privé* : Paris, Dalloz, 8^e éd., 1962.

LEROY (M.), *Assurance-vie et gestion du patrimoine*, Lextenso éditions, 2011,

LEROYER (A.-M.), *Droit des successions*, Dalloz, coll. « Cours », 3^e éd., 2014, n° 211.

LOUSSOUARN (Y.), *Cours général de droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1973. II.

MACHIAVEL (N.), *Le Prince*, 1515.

MALAURIE (P.) et **BRENNER (C.)**, *Droit des successions et des libéralités*, 8^{ème} éd., 2018, LGDJ Lextenso éditions, p. 628.

MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Genève, 1748, Liv. XXVI, chap. xv.

PANET (A.), **FULCHIRON (H.)** et **WAUTELET (P.)** (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, 2017, BRUYLANT.

PATARIN (J.), *Le problème de l'anticipation successorale*, Les Cours de droit civil. Paris 1973/74, 1 vol. (note cours polycopié pour le Mémoire DES de : Droit privé, Sciences criminelles).

PÉRÉS (C.) et **VERNIÈRES (C.)**, *Droit des successions*, 2018, P.U.F. coll. Thémis Droit, (dir. C. LABRUSSE-RIOU, D. TRUCHET et L. CADIET).

PONTON-GRILLET (D.), *La famille et le fisc*, 1998, P.U.F, coll. Droit éthique société.

REVILLARD (M.), *Stratégie de transmission d'un patrimoine international – Nouvelles perspectives*, 2^e éd., Defrénois, coll. Expertise notariale.

SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre IV : Des systèmes d'économie politique, 1776.

SOUDEY (G.), *L'estate planning – Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale*, 2011, LexisNexis, coll. Pratique Notariale.

TAUDIN (L.), *Libéralité-Partages*, 2016, LexisNexis, coll. Pratique Notariale.

TINIÈRE (R.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, JurisClasseur Droit International, Fasc. 161-25, 28 févr. 2017.

VERNET (P.), *Traité de la quotité disponible ou des diverses restrictions apportées dans l'intérêt de la famille du disposant au principe de la libre disposition des biens, suivant le droit romain, le droit coutumier, le droit intermédiaire et le Code Napoléon*, MARESCQ & DUJARDIN, 1855.

II - THÈSES

AREJ-SAADE (N.), *L'autonomie de la volonté et ses limites en droit patrimonial de la famille : analyse de droit comparé franco-libanais*, thèse, Lyon 3, 2013, (dir. S. FERRE-ANDRÉ).

BAHUREL (C.), *Les volontés des morts – Vouloir pour le temps où l'on sera plus*, thèse, Paris II, 2014, (dir. J. GHESTIN et Y. LEQUETTE).

BEAUBRUN (M.), *L'ordre public successoral*, thèse, Paris II, 1979 (dir. J. PATARIN).

BENDELAC (E.), *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé – Le choix de la loi applicable aux institutions d'estate planning*, thèse, Paris II, 2014, (dir. M. GORÉ).

BIHANNIC (K.), *Repenser l'ordre public de proximité - D'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, thèse, Paris 1, 2017, (dir. S. CLAVEL).

BRESSOLLES (G.), *Observations sur un article du Journal des Économistes demandant l'abolition de la réserve héréditaire*, recueil, Académie de législation de Toulouse, 1866.

DEBERNARDI (G.), *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, thèse, Côte d'Azur, 31 mai 2017, (dir. M. SALVADORI et L.C. HENRY).

DUARD-BERTON (C.), *L'ordre public dans le droit de la famille*, thèse, 2004 Paris II (dir. G. CHAMPENOIS).

GAYET (M.), *L'anticipation successorale à l'épreuve de l'allongement de l'espèce de vie*, thèse, Rennes 1, 2016, (dir. P. PIERRE).

GHOZLAN (S.), *La désignation de la loi applicable en matière de successions internationales : La professio juris en droit international privé québécois et comparé*, mémoire, Montréal, 2012, (dir. G. GOLDSTEIN).

GOGNETTI (J.), *La notion d'ordre public*, thèse, Reims, 1998 (dir. B. TOURET).

GUERRIN (L.), *Du droit de tester, et des restrictions qui y ont été apportées, dans l'intérêt de la famille du testateur en droit romain et en droit français*, Besançon, 1875, (dir. M. LACOMBE).

HACHE (E.), *De la légitime en droit romain ; de la réserve et de la quotité disponible en droit français*, thèse, Paris, 1873.

HALLOUIN (J.-C.), *L'anticipation, contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, thèse, Poitiers, 1979.

HAMADI (H.), *Recherche sur l'ordre public familial*, thèse, Toulon, 2009 (dir. E. PAILLET).

JOUBAIRE (B.), *Essai sur la révision du Code civil*, PLON & Cie, Paris, 1873.

KSON-BOUVET (A.-G.), *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants*, thèse, Paris 2, 2018, (dir. LEVENEUR L.).

LE CHUITON (S.), *L'exhérédation*, thèse, Lille 2, 2012, (dir. J. VASSAUX).

LIENHARD (W.), *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international*, thèse, Dijon, 1934.

MALAUURIE (P.), *Les contrats contraires à l'ordre public : Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse, Reims, 1953, (dir. P. ESMEIN).

MOILLE (C.), *L'influence du droit international privé sur le droit interne français*, thèse dactyl., Lyon 2.

NORD (N.), *Ordre public et loi de police en droit international privé*, thèse, Strasbourg, 2003 (dir. J.-M. BISCHOFF).

POTENTIER-RIOS (S.), *Les frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille*, thèse, Paris-Est, 2020, (dir. S. GODECHOT-PATRIS).

SIEW-GUILLEMIN (A.-S.), *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, thèse, Côte d'Azur, 2017, (dir. L. ANTONINI-COCHIN).

TANI (A.), *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille - Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse, Toulouse, 2018 (dir. B. BEIGNIER).

VALLIER (E.), *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902.

VINCENT-LEGOUX (M.-C.), *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, Paris, P.U.F., Les grandes thèses du droit français, 1^{er} éd., 2001.

WEIL-FRIBOURG (V.), *Le droit des héritiers à leur réserve en nature - Essai D'une Théorie Générale D'après La Doctrine Et La Jurisprudence*, Paris : Sirey, 1935.

III - ARTICLES, CHRONIQUES ET CONTRIBUTIONS

AGOSTINI (E.), « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP*, vol.3, n° 3, 2013, pp. 545-586.

ALFIER (D.), « Un rapport libéral au droit », *Rev. projet* n° 303, mars 2008.

AMRANI-MEKKI (S.) :

« La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007.

« Médiation et notariat », *JCP N* n° 21, 22 mai 2015, étude 1163.

« L'avocat du 21 siècle - Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats », *JCP G*, 5 oct. 2015, n° 41.

ANCEL (M.-E.) :

« Septembre 2016-mai 2018 : Quiz, puzzle et patchwork », *Dr. & patr.* n° 282, 1^{er} juill. 2018.

« Mai 2018 – mai 2019 : Quelle stabilité dans un monde qui change ? », *Dr. & patr.* n° 293, 1^{er} juill. 2019.

ARNAUD (S.) et **NICOD** (M.), « Le choix d'avantager un enfant », *JCP N* n° 22, 29 mai 2015, doss. 1173.

ARNAUD (S.), **GINON** (S.) et **PETIT** (F.), « L'étendue des pouvoirs du mandataire à effet posthume », *LP4*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 55.

ARNAUD (S.), « Les conséquences de la réduction en valeur », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2013, 1270.

ARNAUDIN (C.), « Que reste-t-il de l'ordre public en droit patrimonial de la famille », in *L'internationalisation de l'ordre public*, FONGARO (É.), Bordeaux, 2019.

ARNOUX (E.), « Argentine. – Droit civil – Successions et libéralités », in *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. 25, LexisNexis, 17 mai 2011.

ARRONDEL (L.), **GARBINTI (B.)** et **MASSON (A.)**, « Inégalités de patrimoine entre générations : les donations aident-elles les jeunes à s'installer ? », in *Économie et Statistique* n° 472-473, 2014.

ARSELGUEL-MEUNIER (I.) et **GALLIEZ (L.)**, « La prévisibilité des pactes successoraux en droit international privé », *AJ fam.*, juill.-août 2015.

ASFAR CAZENAVE (C.), « Les stratégies d'anticipation des risques dans les contrats internationaux » in *L'anticipation des risques par l'entreprise* – colloque La Rochelle 31 janv. 2014, *RLDA* n° 91, 1^{ER} mars 2014.

ATTAL (G.) :
 « Il faut que la grande fortune française puisse léguer leur argent à des œuvres », *Le Monde*, 29 nov. 2018.
 « Le gouvernement veut favoriser les dons des grandes fortunes », *Le Figaro*, 27 déc. 2018.

ATTAL (M.), « Les conséquences en droit international privé de l'inconstitutionnalité du droit de prélèvement », *JCP G* n° 42, 17 oct. 2011, 1139.

AUDREN (F.), « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire. Aux origines de l'analyse économique du droit », *Revue Histoire du XIX^{ème} siècle*, 2014, pp. 50, 55, 56 et 57.

AULAGNIER (J.) :
 « Pour une protection optimale du survivant : choisir de prélever tout ou partie des biens du prémourant », *JCP N* n° 9-10, 1^{er} mars 2013, doss. 1040.
 Assurance-vie : l'exclusion des réservataires ou la protection inopérante des primes exagérées », *Dr. & patr.* n° 242, déc. 2014.

AVENA-ROBARDET (V.), **MEIER-BOURDEAU (A.)** et **NORD (N.)**, « Règlement - Régimes matrimoniaux - Panorama des formalités du contrat de mariage dans l'Union européenne », *AJ Fam.*, déc. 2018, p. 668.

AVENA-ROBARDET (V.), « Premier centre d'arbitrage des litiges familiaux », *AJ Fam.*, 2019, p. 229.

AZAVANT (M.), « Successions internationales - L'ordre public successoral », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2013, doss. 38.

BAFFOY (G.), « Fasc. Q-15 : acquisitions et transmissions. – Transmission d'entreprise à titre gratuit. », *J.-Cl. LexisNexis*, 1^{er} déc. 2010.

BAHUREL (C.), « Réserve et sociétés », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 54.

BAILLON-WIRTZ (N.), « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étude 44.

BAILLOT (P.), « Les évolutions annoncées par la démographie dans le conseil patrimonial », *JCP N* n° 48, 2 déc. 2016, doss. 1328.

BARATTA (R.), « La Reconnaissance Internationale Des Situations Juridiques Personnelles et Familiales (Volume 348) », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, {en ligne}, 2011.

BARBE (G.), « Arbitrer les litiges testamentaires », *Actu-juridique*, 21 juill. 2021.

BARBIER (H.), « L'anticipation juridique et la cession de créances », *RTD civ.*, 2016, p. 123.

BARRIÈRE-BROUSSE (I.), « Réserve héréditaire – Les incidences des arrêts du 27 sept. 2017 en droit international privé », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 24.

BATTIFOL (H.) et **LAGARDE (P.)**, « Droit international privé t. 2 7^e éd. », 1983, *LGDJ*, n° 634 in *Répertoire de droit international* Succession – Domaine de la loi successorale – P. LAGARDE – Sept. 2015 (act. avr. 2019).

BAUTRAIT-LOTELLIER (A.), « Rappels sur le rapport successoral », *Gaz. Pal.* n° 1, 8 janv. 2019, p. 84.

BEAUBRUN (M.) :
 « Le nouvel article 1397 du Code civil : un texte transitoire ? », *Defrénois*, 30 janv. 2007, n° 2, p. 95.
 « Le nouvel ordre public successoral, réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, pp. 3 et 15.

BEAURUEL (M.), « La promesse de donation à l'épreuve du jugement de donné acte », *Defrénois*, 17 janv. 2019, n° 03, p. 22.

BÈGUE (G.), « Le trust ou le syndrome du clair-obscur », in *Mélanges Henri HOVASSE*, LexisNexis, déc. 2016, p. 289.

BEIGNIER (B.) et **NICOD (M.)**, « Usufruit du conjoint survivant sur le droit d'exploitation d'une œuvre littéraire ou artistique », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2015, comm. 187.

BEIGNIER (B.) et **TORRICELLI-CHIRIFI (S.)**, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : l'audace récompensée », *JCP N* n° 24, 17 juin 2016, doss. 1199.

BEIGNIER (B.) :

« La loi du 3 décembre 2001 : Le conjoint héritier », *Dr. fam.* n° 4, avr. 2002, chron. 8.

« De la succession des souvenirs de famille », *Dr. fam.* n° 5, mai 2003, comm. 63.

« Le caractère impératif de l'article 1408 peut être écarté dans la liquidation particulière de l'article 1450 », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2003, comm. 133.

« Donation rémunératoire : ne pas oublier de démontrer les faits qui justifient la requalification », *Dr. fam.* n° 7-8, juill. 2006, comm. 152.

« L'ordre public renaissant ? », *Dr. fam.* n° 3, mars 2009, repère 3.

« Régimes matrimoniaux – Après la médecine préventive, pour un notariat préventif », *Dr. fam.* n° 9, sept. 2017, repère 8.

« Faut-il réformer la réserve héréditaire ? », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 19.

« Quelques idées pour une évolution sans révolution de la réserve héréditaire », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 7-12.

« Prudence quant aux donations de sommes d'argent tombées en communauté », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2020, comm. 12.

« La réserve héréditaire : évolution ou révolution ? », *JCP N* n° 11, 19 mars 2021, 1136.

BELLIVIER (F.) et **ROCHFELD** (J.), « Droit successoral - Conjoint survivant - Enfant adultérin », *RTD civ.*, 2002, p. 156.

BELLOUBET (N.), « Lettre de mission », in PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019.

BÉNABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité ... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.

BÉNASSE (C.), « Libres propos sur les successions testamentaires », *Defrénois*, 17 oct. 2019, n° 42, p. 13.

BENDELAC (E.) :

« Guide pratique d'une institution d'estate planning - le joint tenancy », *JCP N* n° 6, 12 févr. 2016, étude 1084.

« L'articulation des institutions d'estate planning et du droit des successions français », *Dr. & patr.* n° 266, 1^{er} févr. 2017.

BENZINA (S.), « Les enjeux constitutionnels de la réserve », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 13-56.

BERNARD (P.), « La notion d'ordre public en droit administratif français », *LGDJ*, 1962.

BERNARD (S.), « Retour sur la nature de la présomption d'acquiescement quotidien des charges du mariage », *Gaz. Pal.* 23 mars 2021, n° 12, p. 56.

BERRE (S.), « Vers un droit méditerranéen des successions : symbolique d'un triptyque - Analyse comparée des principes fondateurs », *D.* 2010. 462.

BERRY (E.) et **FAVREAU** (D.), « L'ordre public successoral », *intervention l'Université d'été 2018*, Poitiers, 2018.

BERRY (E.) :

« La redéfinition de la place du financement du logement de la famille au sein des charges du mariage », *Dr. fam.* n° 2, fév. 2021, éd. 6.

« le financement du logement du couple, mode de contribution aux dépenses quotidiennes du couple », *Dr. & Patr.* n° 320, 1^{er} janv. 2022.

BERTRAND (A.), « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 87.

BESSIÈRE (C.) et **GOLLAC** (S.), « Un entre-soi de possédant e s : Le genre des arrangements patrimoniaux dans les études notariales et cabinets d'avocat e s », *Sociétés contemporaines, Presses de Sciences Po*, 2017-4 n° 108, pp. 69-95.

BICHERON (F.) :

« Sécuriser la masse successorale – le point de vue de l'universitaire », *JCP N* n° 16, 22 avril 2011, 1133.

« Vieillesse de la population - Quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ? », *JCP N* n° 9-10, 1^{er} mars 2013, doss. 1041.

BIDAUD-GARON (C.) et **PANET** (A.), « Les domaines orphelins de l'autonomie de la volonté – quels ersatz ? », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) PANET (A.), **FULCHIRON** (H.) et **WAUTELET** (P.), 2017, BRUYLANT, p. 91.

BIHANNIC (K.), « L'exception d'ordre public à la croisée des chemins Digressions méthodologiques au départ de l'arrêt du 27 septembre 2017, n° 16-19.654. », *RDLF* 2018, chron. n° 6.

BISSY De (A.) et **DEDEURWAERDER** (G.), « Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2012, doss. 14.

BLANCHARD (C.) :

« Solidarités familiales imposées ou volontaires ? », *Dr. fam.* n° 6, juin 2016, doss. 18.

« L'obligation pour le notaire d'informer l'héritier réservataire de son droit de demander la réduction », *Dr. & Patr.* n° 319, 1^{er} déc. 2021.

BLANCK-DAP (M.), « La virtualité de la réserve héréditaire en présence d'un légataire universel », *JCP N* n° 24, 16 juin 2017, doss. 1207.

BLONDELLE (R.), « Pratique notariale du règlement européen : régimes matrimoniaux du 24 juin 2016 », *JCP N* n° 15, 12 avr. 2019, 1164.

BOFFA (R.), « La propriété et le contrôle de proportionnalité », *D.* 2019, p. 2163.

BOGDANOVA-PATAUD (N.), « RUSSIE. – Droit civil. – Successions et libéralités », in *J.-Cl. Droit comparé*, Fasc. 25, LexisNexis, 23 juill. 2010.

BOICHÉ (A.) et **AVENA-ROBARDET (V.)**, « Liquidation des régimes matrimoniaux : règles de compétence directe », *AJ Fam.*, déc. 2018, p. 652.

BOICHÉ (A.) et **GOSSART (C.)**, « Règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution des juridictions dans le cadre du Règlement - Régimes matrimoniaux », *AJ Fam.*, déc. 2018, p. 646.

BOICHÉ (A.) :

« Règlement - Régimes matrimoniaux », *AJ Fam.*, déc. 2018, p. 644.

« Succession de Johnny Halliday : le droit international privé saisi par l'actualité people », *AJ Fam.*, 2018, p. 138.

« Règles de conflit de lois introduites par le Règlement - Régimes matrimoniaux », *AJ Fam.*, déc. 2018, p. 653.

BOISSON (J.), « La réserve héréditaire en lien avec les libéralités philanthropiques », (dir.) **PÉRÈS (C.)** et **POTENTIER (P.)**, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 57-80.

BONDUELLE (P.), et **BONNAFÉ (D.)**, « Peut-on éviter la guerre de succession ? Regards croisés du notaire et du psychanalyste », *JCP N* n° 15, 12 avr. 2019, 1162.

BONDUELLE (P.), **MICHAUX (G.)** et **LEFORESTIER (J.)**, « Successions internationales – un arrêt riche d'enseignements », *JCP N* n° 38, 23 sept. 2016, doss. 1280.

BONNAILLIE-VALMORIN (F.), « Brexit et droit de la famille », *JCP N* n° 7-08, 14 févr. 2020, act. 210.

BONNET (G.) :

« A l'heure du divorce sans juge, le régime matrimonial contractuel doit-il être concrétisé par acte authentique ? », *Dr. fam.* n° 12, déc. 2018, étude 19.

« On achève bien ... le principe d'immutabilité du régime matrimonial », *Defrénois*, 3 mai 2019, n° 18-20, p. 1.

BONOMI (A.) et **WAUTELET (P.)**, « Le droit européen des successions – commentaire du règlement du 4 juillet 2012 », *Bryllant*, 2016, pp. 366 et s. et p. 527.

BONOMI (A.) :

« Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen ? », in *Travaux du Comité français de DIP*, 19-20^{ème} année, 2011, pp. 263-292.

« Communication du 28 mai 2010 », *Travaux du Comité français de DIP*, 2010-2011, p. 264.

« Les pactes successoraux à l'épreuve du règlement européen sur les successions », *Dr. & patr.* n° 246, 1^{er} avr. 2015.

« L'anticipation successorale », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, pp. 261-319.

BORILLO (D.), « Réserve héréditaire une entrave à la liberté, à l'égalité, à la solidarité et à l'esprit d'entreprendre », (dir.) **PÉRÈS (C.)** et **POTENTIER (P.)**, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 81-86.

BOSSE-PLATIÈRE (H.) :

« Indivision et communauté dans le régime des biens du Pacs aujourd'hui », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, p. 37.

« L'esprit de famille », *Informations sociales* 2007, n° 139, pp. 78-93.

BOUCHARD (V.), « La réserve et les avantages fiscaux », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 39.

BOUCHÉ (X.) et **GUÉDÉ (X.) :**

« La nécessaire anticipation de la transmission », *Dr. & patr.* n° 215, 1^{er} juin 2012.

« La révocation des donations non acceptées », *LP4*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 14.

BOUKHARI (R.), « La qualification en droit international privé. » *Les Cahiers de droit*, vol. 51, n° 1, mars 2010, p. 159–193, n°12.

BOULANGER (D.) :

« Droit patrimonial du couple et contractualisation », *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, p. 34.

« Le renouvellement du traitement de l'anticipation successorale au travers du règlement (UE) du 4 juillet 2012 », *JCP N* n° 27, 5 juill. 2013, 1180.

« La réserve héréditaire : un principe républicain ? », *JCP N* n° 51, 18 déc. 2020, act. 1039.

« La réserve coûte que coûte : informer et prélever », *JCPN* n° 1, 7 janv. 2022, 1008.

BOULANGER (F.) :

« Droit international des successions - Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles, *Economica*, 2004, p. 136, n° 120.

« Codifications nationales et convention de La Haye du 1er août 1989 : l'improbable unification du droit international des successions », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, D., 2005, pp. 155.

« Révolution juridique ou compromis en trompe-l'œil ? À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales », *JCP G* n° 42, 15 oct. 2012, doct. 1120.

BOUQUEMONT (A.) et TEITGEN (A.), « Le LBO familial », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2019, 1319.

BOUQUEMONT (A.), « Les clauses du contrat de mariage relatives au partage de la communauté », *Deffrénois*, 27 juin 2019, n° 26, p. 67.

BOUSSION (B.), « La réserve héréditaire : présent et devenir », in ZALEWSKI-SICARD Vivien (dir.), *La réserve héréditaire : présent et devenir*, Nantes, *Deffrénois*, 14 nov. 2019, n° 15, p. 15.

BOXSTAEL Van (J.-L.) et FONGARO (É.), « Successions internationales, droit de prélèvement et exception d'ordre public. À propos des arrêts Kazan et Colombier de la Cour d'appel de Paris » *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, vol. 2016, n° 2, pp. 199-215.

BRAC de La PERRIÈRE (D.) et GASTINEAU (M.), « État des lieux et perspectives sur le rôle du notariat en matière de règlement alternatif des litiges », *Dr. & patr.* n° 252, 6 nov. 2015.

BRAC de La PERRIÈRE (D.), « Notaire et justice au XXI^{ème} siècle – l'acte notarié au service de la médiation », *JCP N* n° 20, 20 mai 2016, 1165.

BRAULT (P.H.), « Imputabilité des travaux faisant l'objet d'une injonction administrative », *Loyers et copr.* n° 9, sept. 2015, comm. 197.

BRENNER (C.) et SAVOURÉ (B.), « Ingénierie du patrimoine », *La revue fiscale du patrimoine* n° 4, avr. 2009, alerte 29.

BRENNER (C.) :

« Dévolution et répartition successorales dans les partages d'ascendants à la fin du XX^e siècle » in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Mélanges Pierre CATALA*, LexisNexis, mai 2001, pp. 367-381.

« En faveur d'une modification du régime de la renonciation à succession », *JCP G* n° 2, n° hors-série, 1^{er} déc. 2007.

« Le nouveau visage de la réserve héréditaire », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, (dir.) LEBORGNE (A.), 2008, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

« Libéralité – Réserve héréditaire et quotité disponible – Nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve », in *J.-Cl. Civil Code*, Art. 912 à 930-5, Fasc. 10, LexisNexis, 15 mars. 2017.

« Quotité disponible et réduction » in *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 10, LexisNexis, n° 4 et n° 33.

« Contribution de Claude BRENNER », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 87-94.

BRIÈRE (C.), « Vers de profonds bouleversements en matière de succession internationale », *LPA*, 20 juill. 2010, p. 14.

BROCHARD (R.), « La réactualisation du pacte tontinier dans le cadre des mutations à titre gratuit », *JCP N* 2003, n°15-16, 1270.

BRUEL (A.), « Le temps judiciaire », *Vie sociale*, vol. 2, n° 2, 2013, pp. 87-97.

BRUGGEMAN (M.) et CAPELA (H.), « L'expression anticipée de la volonté individuelle en droit des personnes et de la famille : analyse critique », in *De la volonté individuelle*, NICOD Marc (dir.). *De la volonté individuelle*. Nouvelle édition, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009.

BUCHER (C.-E.), « Le droit à réserve du conjoint survivant », *Deffrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 20.

BUFFELAN-LANORE (Y.), « Domicile, demeure et logement familial – Définition et intérêt des notions de domicile, de demeure et de logement familial », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2014 (act. déc. 2019).

BUREAU (D.), « Juger le présent, prévoir l'avenir », *Dr. & patr.* n° 236, 1^{er} mai 2014.

BUREAU (D.), **MUIR WATT (H.) et HAMMJE (P.)**, « I. — Conflits de juridictions », *Revue critique de droit international privé*, vol. 4, no. 4, 2010, pp. 740-768.

CABRILLAC (S.), « Malheurs et heurs des conditions et charges », *Defrénois*, 7 mars 2019, n° 10, p. 1.

CADARS-BEAUFOUR (C.), « Partage des avoirs financiers et droit de partage de 2,5 % », *AJ Fam.*, 2019, p. 79.

CALLÉ (P.), « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'union européenne », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) **PANET** (A.), **FULCHIRON** (H.) et **WAUTELET** (P.), 2017, BRUYLANT, p. 31.

CALZOLAIO (E.), « La réserve héréditaire en droit comparé et le projet de réforme du droit italien », *RLDC*, n° 182, 1er juin 2020.

CANAS (S.), « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du Code civil », *NCCC* n° 48, 1^{ER} juin 2015, p. 47.

CASEY (J.), « Logement et contribution aux charges du mariage : irréfragable, vous avez dit irréfragable ? », *AJ Fam.*, 2018, p. 697.

CASTILLO-WYZOGRODZKA (S.), « Aspects de droit patrimonial du divorce sans juge », *Lexbase Hebo édition privée*, 18 mai 2017, n°699.

CATALA (P.) :

« Arbitrage et patrimoine familial », *Rev. arb.*, 1994, p. 279.

« Variations autour de la communauté universelle », *Defrénois*, 29 févr. 1996, n° 4, p. 209.

« La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2006, étude 43.

« Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* n° 26, 29 juin 2007, 1206.

« Le droit successoral entre son passé et son avenir », in *Le Monde du Droit, Mélanges Jacques FOYER*, Economica, déc. 2007, pp. 229-240.

« De l'offre de loi – à la loi du 23 juin 2006, le cheminement d'une réforme », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, (dir.) **LEBORGNE** (A.), 2008, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

« Préparer sa succession », *JCP N* n° 2, 14 janv. 2011, act. 121.

« Synthèse - Donations entre époux et futurs époux - Quotité disponible entre époux » *J.Cl. Civil Code*, avr. 2020 (act. **PILLEBOUT** J.-F.).

CATHELINEAU-ROULAUD (A.), « L'anticipation du décès du chef d'entreprise », *RLDA* n° 91, 1^{er} mars 2014.

CENAC (P.), **LAURENT-BONNE** (N.) et **MOCHKOVITCH** (C.), « Contentieux de l'assurance-vie - Regards croisés avocat-notaire », *JCP E* n° 12, 22 mars 2018, 1146.

CENAC (P.) et **PEYROUX** (C.), « La mort de la réserve héréditaire ? », *JCP N* n° 9, 4 mars 2011, 1092.

CERMOLACCE (A.), **DOUET** (F.) et **PERRUCHOT-TRIBOULET** (V.), « Ingénierie patrimoniale », *JCP N* n°40, 2 oct. 2015, 1176.

CERQUEIRA (G.) et **CHOISEL** (G.), « Le retour inattendu d'un fondement moral pour la réserve héréditaire », *D.* 2020, p. 2302.

CHABROL (M.), « La philanthropie », (dir.) **PÉRÈS** (C.) et **POTENTIER** (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 95-114.

CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.), « La réserve et les libéralités en usufruit ou en nue-propriété », in **ZALEWSKI-SICARD** Vivien (dir.), *La réserve héréditaire : présent et devenir*, Nantes, *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 24.

CHAMPENOIS (G.) :

« Quelques observations sur le financement du logement familial indivis par des époux séparés de biens », in *Mélanges Raymond Le GUIDECE*, LexisNexis, mars 2014, p. 45-59.

« Contribution de Gérard CHAMPENOIS », (dir.) **PÉRÈS** (C.) et **POTENTIER** (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 115-120.

CHAPPERT (V.-A.), « Le traitement fiscal d'une clause de tontine et de la renonciation à une telle clause », *Defrénois*, 2002, art. 37494.

CHASSAING (P.) :

« Successions internationales : Brèves réflexions notariales sur le règlement européen du 7 juin 2012 », *RLDC* n° 95, 1^{er} juill. 2012.

« La préparation des notaires et du notariat concernant la mise en application du règlement du 4 juillet 2012 », in *Droit européen des successions internationales*, (dir.) **KHAIRALLAH** (G.) et **REVILLARD** (M.), 2012, Defrénois, Lextenso Éditions, pp. 37-44.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, Chron. 323, spéc. p. 325.

CHEYNET de BEAUPRÉ (A.) et **DEPADT** (V.), « AMP, filiation... et demain ? Pistes de réflexion », *RJPF* n° 3, 1^{er} mars 2022.

CHOQUET (A.-N.), « Le juge commis et la recherche constante d'un équilibre dans le seul intérêt du partage », in *Dossier Expert – Rôles de l'avocat des parties, du notaire et du juge commis dans la réussite du partage*, *Sol. Not.*, 28 févr. 2019, n° 8.

CLAVEL (S.) et **JAULT-SESEKE** (F.), « Droit international privé », *D.* 2020, p. 951.

De CLAVIÈRE-BONNAMOUR (B.), « L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille », in *Vers un statut européen de la famille ?*, *D.*, 2014, pp. 189-200.

CLEMENT (P.), « Exposé des motifs du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités », in *Projet de loi n°2427 portant réforme des successions et des libéralités*.

COIFFARD (D.) :

« Faut-il supprimer la réserve des ascendants ? », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 77.

« L'impossible succession contractuelle », *JCP N* n° 19, 7 mai 2004, 1223.

COIGNAC (A.), « Dénier ses enfants, mode d'emploi », *Dalloz actu.*, 24 déc. 2018.

COLLARD (F.), « Le cantonnement de libéralité par le conjoint survivant », *JCP N* n° 1, 4 janv. 2019, 1004.

COMBRET (J.), « Le patrimoine », *LPA*, 1 juill. 2004, n° 131, p. 76.

CONIL (P.A.) :

« La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain - Une tentative d'aller au-delà des mythes », *Dr. fam.* n° 2, févr. 2013, étude 1.

« Trust de droit anglo-saxon : guide pratique à l'usage du notaire », *JCP N* n° 8, 21 févr. 2014, étude 1100.

CORDEIRO (A.), « Action en réduction - l'enjeu de la quantification de présent d'usage », *Gaz. Pal.* n° 01, 8 janv. 2019, p. 82.

CORDIER-PALASSE (B.), « Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur la compliance... mais vous n'aviez pas osé demander », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* n° 2, juin 2018, étude 63.

CORNELOUP (S.) et **JOUBERT** (N.), « Autonomie de la volonté et divorce – le règlement Rome III », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) **PANET (A.)**, **FULCHIRON (H.)** et **WAUTELET (P.)**, 2017, **BRUYLANT**, p. 179.

CORNILLEAU (V.), « Le démembrement de la propriété au-delà des frontières », in *Mélanges Henri HOVASSE*, LexisNexis, déc. 2016, p. 231.

COTTET (M.), « Donation des gains et salaires : la consécration de la notion d'économie », *D. act.*, 9 janv. 2020.

COUZIGOU-SUHAS (N.) et **LE LEVIER** (Y.), « Les libéralités rémunératoires », *JCP N* 2006, n° 19, 1190.

COUZIGOU-SUHAS (N.) :

« Succession de Johnny Hallyday : une longue bataille judiciaire en perspective », *Lextenso étudiant*, févr. 2018.

« Le notaire commis dans le cadre d'un divorce ou d'un contentieux successoral », in *Dossier Expert – Rôles de l'avocat des parties, du notaire et du juge commis dans la réussite du partage*, *Sol. Not.*, 28 févr. 2019, n° 8.

CRÔNE (R.) et **PERREAU-SAUSSINE** (L.), « Les donations - partages : aspects de droit international privé », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2010, 1311.

DA CRUZ VILLACA (J.-L.), « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in *Cour de Justice de l'Union européenne, La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, La Haye, 2013, Asser Press, pp. 229-306.

DAUCHEZ (B.), « Appréhender une succession dont l'actif est composé d'œuvres d'art », *Dr. & patr.* n° 176, 1^{er} déc. 2018.

DAVI (A.), « L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne », in *Les Successions Internationales dans l'UE - Perspectives pour une Harmonisation*, *DNotI*, mai 2004, 387.

DAVODET (D.), **NICOLAS** (T.) et **DESBUQUOIS** (J.-F.), « Transmission d'entreprise - Les stratégies liées à la transmission d'entreprise », *Rev. fisc. patr.* n° 6, Juin 2011, étude 11.

DEBARD (T.) et **GUINCHARD** (S.), « Renvoi », in *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2017.

DEBOISSY (F.), « Les conséquences fiscales de la réforme des successions et des libéralités », *Dr. & patr.* n° 157, 1^{er} mars 2007.

DECORPS (J.P.), « La réserve héréditaire en droit comparé », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 21.

DELAQUERIE (G.), « Renonciation anticipée à l'action en réduction et rapport - une rime impossible ? », *LP4*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 38.

DELECRAZ (Y.) :

« L'aide des parents envers les enfants », *JCP N* n° 17, 26 avr. 2013, 1114.

« L'avantage résultant de l'occupation gratuite d'un logement n'est pas toujours rapportable », *JCP N* n° 16, 20 avr. 2012, 1188.

DELFOSE (A.), « Le Patrimoine au XXI^e siècle : défis et horizons nouveaux », *JCP N* n° 27, 15 sept. 2000, p. 1105.

DELMAS SAINT-HILAIRE (P.) et **ARRAULT (M.)**, « Réserve héréditaire et leg *de résidu* », *D.* 1996, p. 24.

DELMAS SAINT-HILAIRE (P.) :

« Tontine : réponse à une réponse ministérielle », *Dr. & patr.* n° 71, 1^{er} mai 1999.

« Les détournements intrafamiliaux de nature patrimoniale », *Dr. & patr.* n° 209, 1^{er} déc. 2011.

« L'assurance-vie entre détention et transmission d'épargne », *Dr. & patr.* n° 303, 1^{er} juin 2011

DELSOL (C.), « Contribution de Chantal DELSOL », (dir.) **PÉRÈS (C.)** et **POTENTIER (P.)**, in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire, 2019, pp. 121-122.

DENEUVILLE (C.) et **GODECHOT-PATRIS (S.)**, « Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire », *JCP N* n° 27, 6 juill. 2018, 1239.

DENEUVILLE (C.), « Le règlement d'une succession régie par le droit américain », *Deffrénois*, 7 nov. 2019, n° 45, p. 19.

DERRUPE (J.), « Étude théorique du renvoi », in *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 532-1, LexisNexis, 1^{er} nov. 1993.

DESOLNEUX (M.), « Attribution préférentielle : la qualité de cohéritier s'interprète strictement ! », *RLDC* n° 176, 1^{er} déc. 2019.

DESSERTENNE-BROSSARD (C.), « Les techniques post-mortem », *JCP N* n° 18, 6 mai 2016, 1139.

DEVERS (A.) :

« L'enfant naturel, un enfant légitime comme les autres », *D.* 2002, p. 1938.

« L'arbitrage en droit de la famille », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2019, n° 7.

DEVILLE (S.) et **NICOD (M.)** : « Réserve héréditaire – réduction des libéralités », in *Répertoire de droit civil*, *Dalloz*, juin 2012.

DEVILLE (S.) :

« Revalorisation conventionnelle des soultes dans le cadre d'une donation-partage : l'ordre public protège le créancier », *Lexbase Hebdo édition privée*, 20 oct. 2011, n° 458.

« Donation-partage et composition des lots : quand la Cour de cassation revisite dangereusement la notion de partage anticipé », comm. Cass. civ. 1, 6 mars 2013, n° 11-21.892, *Lexbase hebdo édition privée*, 18 avril 2013, n° 524.

« La clause d'entrée en communauté confrontée à la réserve héréditaire du gratifié », comm. Cass. 1^{ère} civ., 11 sept. 2013, *Lexbase Hebdo édition privée*, 14 nov. 2013, n° 547.

« Donation-partage et attributions de quotités indivises », comm. Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 2013, n° 12-25.681, *Lexbase Hebdo édition privée*, 23 janv. 2014, n° 555.

« L'article 918 du Code Civil face à la question prioritaire de constitutionnalité - histoire d'une occasion manquée », *Dr. fam.* n° 5, mai 2014, étude 8.

« Descendants allotis par donation-partage cumulative : copartageants, copartagés, mais pas donateurs », *Lexbase Hebdo édition privée*, 23 juill. 2015, n° 622.

DEVISME (M.) :

« La transmission à caractère international du patrimoine », *JCP N* n° 27, 8 juill. 2016, 1217, pp. 35-39.

« La réforme du droit successoral belge », *JCP N* n° 1, 4 janv. 2019, act. 103.

DONNIER (J.-B.) :

« Les développements du principe de dévolution volontaire après la loi du 23 juin 2006 », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, (dir.) **LEBORGNE (A.)**, 2008, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

« Réserve héréditaire et ordre public – les incidences du droit international privé sur le droit civil », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 25.

DOUCHY-LOUDOT (M.), « Contentieux familial », *D.* 2019, p. 505.

DOUET (F.) :

« Les apports du PACS sur la situation fiscale des concubins », *Dr. fam.*, déc. 1999, hors-série, p. 37 et s.

« Les techniques à tout faire en droit des personnes et de la famille – les détournements à but fiscal », *Dr. & patr.* n° 209, 1^{er} déc. 2011.

« Rapport civil vs rapport fiscal – les frères ennemis », in *Mélanges Raymond Le GUIDEDEC*, LexisNexis, mars 2014, p. 347-357.

« Location meublée et pacte Dutreil : imbroglio fiscal autour de la notion de location meublée », *JCP N* 2015, 1115.

« Abus de droit pour motif ‘principalement fiscal’ », *JCP N* n° 19, 10 mai 2019, 1188.

DRAGO (G.), « Avant-propos », in *Rapport annuel 2013 : l’ordre public*, Paris : La documentation française, 2014.

DREYER (E.), « La fonction des droits fondamentaux dans l’ordre juridique », *D.* 2006, p. 748.

DROSS (W.) :

« La saisine successorale », *Defrénois*, 15 avr. 2004, n° 7, p. 471.

« A quoi sert la quotité disponible spéciale entre époux ? Pour une abrogation de l’article 1094-1, alinéa 1^{er} du Code civil », in *Mélanges Raymond Le GUIDEDEC*, LexisNexis, mars 2014, pp. 359-383.

DROUOT (G.) et **PÉGLION-ZIKA** (C.-M.) :

« D’un rapport à l’autre, de la réserve à la philanthropie », *RJPF* n° 10, 1^{er} oct. 2020.

« L’absence d’intention libérale se présume-t-elle ? », *RJPF* n° 2, fév. 2021.

DUBARRY (J.) et **FRAGU** (E.), « La qualification de donation rémunératoire : un contentieux qui survit », *RJPF*, n° 2, fév. 2021.

DUBARRY (J.), « Financement d’un immeuble indivis à usage familial et obligation de contribuer aux charges du mariage : (r)évolution en vue ? », *RJPF*, n° 12, 1^{er} déc. 2019.

DUCHANGE (N.) :

« Un inconvénient patrimonial n’est pas un avantage matrimonial », *Defrénois*, 30 mai 2010, n° 10, p. 1113.

« Avantages matrimoniaux : vrais ou faux ? apparents ou cachés ? », *Defrénois*, 21 nov. 2019, n° 47, p. 25.

DUINTJER TEBBENS (H.), « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l’épreuve du droit communautaire », *RCDIP* 94, 451.

DUMONT (G.), « Paiement de l’indemnité de réduction : nécessité d’une revalorisation », *Gaz. Pal.*, 23 mars 2021, n° 12, p. 67.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.) :

« Bail : choix du régime applicable et conclusion », in *Droit et pratique des baux commerciaux 2017-2018*, coll. D. action, Livre 2.

« Chapitre 254 – Clauses financières liées aux mécanismes de statut », in *Droit et pratique des baux commerciaux 2018-2019*, 5^{ème} éd., D. 2018, coll. D. action.

« Chapitre 263 – Réparations et travaux », in *Droit et pratique des baux commerciaux 2018-2019*, 5^{ème} éd., 2018, coll. Dalloz action.

DUMORTIER (B.-H.), « Contrats aléatoires. – Clause d’accroissement ou de tontine insérée dans une acquisition en commun », *J.Cl. Civil Code*, Fasc. unique, LexisNexis, app. art. 1964, 2014.

DUPUIS-BERNARD (R.) :

« Famille recomposée, cantonnement et legs à l’enfant commun », *Defrénois*, 27 juin 2019, n° 26, p. 44.

« Déclarations d’origine des deniers, d’emploi ou de remploi : incidences sur la qualification des biens », *Defrénois*, 27 juin 2019, n° 26, p. 59.

ÉGEA (V.) :

« Gratuité, intention libérale de désintéressement », *RLDC* n° 110, déc. 2013.

« Mariage, divorce, droit de visite, conjoint survivant : les notions fondamentales du droit de la famille définies par la Cour de justice », *RTD Eur*, 2018, p. 841.

« La réserve héréditaire à l’épreuve du contrat d’assurance-vie », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 23.

ÉPAILLY (D.) :

« Quel cumul de droits pour le conjoint survivant ? Retour sur une jurisprudence ambiguë », *JCP N* n° 28, 13 juill. 2018, 1245.

« Libéralités-Partages. – Quotité disponible et réserve – Quotité disponible entre époux. – Étendue et limites » in *JurisClasseur Liquidation – Partage*, Fasc. 80, LexisNexis, 2019.

ESCANDE (G.), « Anticiper les transmissions, la société civile une alternative ? », *Dr. & patr.* n° 295, 1^{er} oct. 2019.

ESCAUT (N.) et **MORTIER** (R.), « Validation de l’opération de donation-cession par le Conseil d’État », *JCP N* n° 16, 20 avr. 2012, 1191.

ESCUDEY (G.), « Faut-il permettre l'insertion de clauses relatives à la désunion dans les contrats de mariage ? », *Dr. fam.* n° 12, déc. 2019, étude 17.

ESQUIROUX de PARIEU (F.), « Successions », in *L'Héritage au XIXème en France, Loi intérêt de sentiment et intérêts économiques* C. COQUELIN et G.-U. GUILLAUMIN (dir.) vol. 2, pp. 670-678, Presse de Science Po – Revue économique vol. 59, 2008, pp. 75-97.

FABRE (H.) et SCHILLER (S.), « L'incidence de la loi Pacte sur l'ingénierie sociétaire », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2019, 1318.

FABRE-MAGNAN (M.), « Chapitre II. La volonté », éd., *Le droit des contrats*. Presses Universitaires de France, 2018, pp. 17-47.

FALLON (M.), « Introduction aux conditions d'exercice de l'autonomie de la volonté dans les règlements européens », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) PANET (A.), FULCHIRON (H.) et WAUTELET (P.), 2017, BRUYLAN'T, p. 171.

FARGE (C.) :

« Situation internationale rime avec ...optimisation patrimoniale », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 339.

« Fiducie - Déverrouiller la fiducie patrimoniale », *JCP N* n° 40, 4 oct. 2019, 1286.

FARGE (M.) :

« Règlement successions – les nouveaux réflexes à acquérir », *JCP N* n° 31-35, 31 juill. 2015, doss. 1143.

« L'universalité des droits de l'homme au prisme du Droit international privé des personnes et de la famille », *RDLF* 2017, chron. n° 29.

« Chapitre 512 - Détermination du droit applicable », *Dr. fam. 2018-2019*, 6^e éd., 2017, coll. Dalloz action, (dir.) GRIMALDI (M.).

FATHI (S.), « Seul l'accord du conjoint survivant et des héritiers emporte conversion de l'usufruit en capital », *Gaz. Pal.* n° 1, 08 janv. 2019, p. 80.

FAUCHER (D.), « Donations rémunératoires entre époux », *JCP N* 2006, n° 35, 1276.

FAVIER (Y.) :

« La famille et l'Europe – La concurrence des droits dans la vie privée et famille », *Recherches familiales* n° 5, 2008, pp. 79-94.

« Aide familiale : les temps de la transmission », in *Mélanges Raymond Le GUIDEDEC*, LexisNexis, mars 2014, pp. 385-396.

FEHRENBACH (J.), « Devoir de secours des époux et pension alimentaire après décès », *LPA* 2000, n° 260, p. 4.

FERRAND (F.), « Droit de la famille et obligations alimentaires », *RIDC* vol. 65 n° 3, 2013, pp. 637-680.

FERRE-ANDRE (S.), « L'usufruit dans les libéralités à l'épreuve du temps », in *Mélanges Raymond Le GUIDEDEC*, LexisNexis, mars 2014, pp. 397-414.

FERRER ALOS (L.), « Comment se perpétuer ? », *Histoire & Sociétés Rurales* vol. 27, 2007, pp. 37-70.

FILIBERTI (E.), « Les familles ne sont plus seulement fondées par le mariage et dissoutes par la mort », *LPA* n° 92, 7 mai 2004, p. 73.

FLOUR (Y.) :

« Réserve héréditaire – Remarques sur la généralisation de la réduction en valeur », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 22.

« Entretien sur la réserve héréditaire », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 123-130.

FOMINAYA (C.) et PERAITA (L.), « Razones para desheredar a un hijo », *ABC*, 26 févr. 2015.

FONGARO (É.) et NAUDIN (E.), « Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public successoral », *JCP N* n° 20, 17 mai 2019, 1193.

FONGARO (É.) et REGA (J.-C.), « L'anticipation successorale en droit international privé », *JCP N* n° 50, 14 déc. 2018, 1358.

FONGARO (É.) et SAGOT-DUVAUROUX (J.), « Le détournement et le droit international privé », *Dr. & patr.* n° 9, 1^{er} déc. 2011.

FONGARO (É.) :

« La préparation d'une succession internationale - Ou l'art subtil d'éluder la réserve héréditaire », *JCP N* n° 24, 13 juin 2008, 1221.

« La loi applicable à la réserve héréditaire », *JCP N* n° 46, 13 nov. 2009, 1310.

« Feu le droit de prélèvement », *JCP N* n° 36, 9 sept. 2011, n° 2011-159.

« Le changement de régime matrimonial en droit privé international privé – entre présent et avenir », *Dr. & patr.* n° 220, 1^{er} déc. 2012.

« Vers un droit patrimonial européen de la famille ? », *JCP N* n° 15, 12 avr. 2013, 1079.

« L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement successions », *JDI* n° 2, avr. 2014, doct. 5.

« Le règlement 'successions' et l'ordre public international », *Dr. & patr.* n° 236, 1^{er} mai 2014.

« L'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille », in *Mélanges Jean Pierre LABORDE, Des liens et des droits*, Dalloz, sept. 2014, pp. 651-666.

« Les principales innovations du règlement Successions », in *Vers un statut européen de la famille ?* Dalloz, 2014, pp. 65-78.

« Réserve héréditaire et droit international privé » in *Droit international privé notarial*, *JCP N* n° 40, 7 oct. 2016, 1290.

« Le pacte successoral à l'épreuve de la mobilité internationale », *JCP N* n° 18, 6 mai 2016, 1148.

« Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », *Dr. fam.* n° 5, mai 2017, doss. 31.

« La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international », *JCP N* n° 45, 10 nov. 2017, 1305.

« La protection patrimoniale du couple en droit international privé », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2018, doss. 7.

« La protection des proches du défunt par le droit des successions : étude comparative des droits allemand, belge, espagnol, français et italien », *IP* n° 3, 23 juill. 2021, JFA.

« Le prélèvement nouveau est arrivé ! », *IP*, 2021 étude 7-5, p. 153 s.

FONTAINE (H.), « De la liberté de tester », *Revue pratique de droit français*, 1866, tome 21, p. 234.

FOSSIER (T.), « Quelques figures excentrées des conflits familiaux », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009.

FOYER (J.) :

« Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires », in *Droit européen des successions internationales*, (dir.) **KHAIRALLAH (G.)** et **REVILLARD (M.)**, 2012, Defrénois, Lextenso Éditions, pp. 141-160.

« Requiem pour le droit de prélèvement successoral », in *Mélanges Raymond Le GUIDEDEC*, LexisNexis, mars 2014, pp. 415-428.

FRANCESCAKIS (P.), « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1.

FRANÇOIS (L.), « Réflexions sur l'autonomie de la volonté en matière de dévolution successorale », *JCP N* n° 31, 1^{er} août 2003, 1476.

FRÉMEAUX (N.), « Notes pour l'audition sur la réserve héréditaire », (dir.) **PÉRÈS (C.)** et **POTENTIER (P.)**, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 137-140.

FRULEUX (F.) et **LEROY** (M.), « Assurance-vie - Primes d'assurance-vie manifestement exagérées : appréciation et objet de la réintégration », *JCP N* n° 13, 2 Avril 2021, 1146.

FRULEUX (F.) :

« Droits de mutation à titre gratuit et loi de finances pour 2006 : changement de méthode », *JCP N* n° 1, 6 janv. 2006, act. 100.

« Que reste-t-il des stratégies fondées sur les dons manuels ? », in *Mélanges Henri HOVASSE*, LexisNexis, déc. 2016, p. 495.

« Successions. – Assurance-vie. – Principes généraux et régimes de droit commun », in *J.Cl. Enregistrement Traité*, Fasc. 48, LexisNexis, sept. 2017 (act. janv. 2021), n° 10.

« Donation avant cession - la réappropriation du prix de cession revenant au donataire mineur caractérise l'abus de droit », *JCP N* n° 8-9, 23 janv. 2018, act. 250.

« Loi de finances pour 2020 et transmission à titre gratuit : modernisation et changement de méthode », *JCP N* n° 1-02, 10 janv. 2020, act. 101.

« Donations d'entreprises – Exonération partielle au titre des engagements Dutreil », *J.-Cl.*, 1^{er} sept. 2017, (act. 20 janv. 2020).

FULCHIRON (H.) et **FÉRRÉ-ANDRÉ** (S.), « Entre trop et pas assez : le droit de prélèvement version 2021 », *JCP G*, n° 42, 18 oct. 2021, doct. 1109.

FULCHIRON (H.) :

« La transmission des biens dans les familles recomposées », *Defrénois*, 30 juin 1994, n° 12, p. 833.

« Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois*, 15 oct. 2005, n° 19, p. 1461.

« Réserve et ordre public : protection nécessaire ou protection du nécessaire ? », *Dr. & Pat.*, n° 246, 1^{er} avr. 2015.

« Ordre public successoral et réserve héréditaire – réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p. 2310.

GACHON (F.), « Les mesures phares de la présidentielle en fiscalité patrimoniale : besoins d'éclairage ! », *Rev. fisc. patr.* n° 3, mars 2022.

GAGNADRE (J.-L.) et **LÉCUYER** (H.), « Transmission anticipée du patrimoine et allongement de la durée de vie », *JCP N* n° 9-10, 1^{er} mars 2013, doss. 1043.

GANNAGE (L.), « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », in *Travaux du comité français de droit international privé, Années 2006– 2007 et 2007 – 2008*, Éditions Pedone, Paris 2009, p. 205.

GASTÉ (J.) et **RICARD** (X.) :

« Règlement successions - les questions à se poser », *Deffrénois*, 14 sept. 2017, n° 18, p. 15.

« Résumé d'audition », (dir.) **PÉRÈS** (C.) et **POTENTIER** (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 141-146.

GASTÉ (J.), « Et si la nation de Tintin influençait l'anticipation successorale française ! », *JCP N* n° 39, 29 sept. 2017, 821.

GAUCHET (M.), « Contribution de Marcel GAUCHET », (dir.) **PÉRÈS** (C.) et **POTENTIER** (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 147-150.

GAUDENET-TALLON (H.) :

« Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *R.C.A.D.I.* 2005, t. 312, p. 9-488, p. 394.

« Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions », in *Droit européen des successions internationales*, (dir.) **KHAIRALLAH** (G.) et **REVILLARD** (M.), 2012, Deffrénois, Lextenso Éditions, pp. 127-137.

« Les contentieux familiaux – Droit interne, international et européen », *JDI* n° 3, juill. 2017, biblio. 10.

GAUDET (P.), « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *LPA*, n°65, p.3, 31 mars 2004.

GAUTIER (P.-Y.), « Ordre public », in *Répertoire de droit européen*, D., août 2004 (act. avr. 2018), n° 1.

GEMIGNANI (F.) et **BONNET** (G.), « Entretiens avec la 4^{ème} commission – transmettre », *Deffrénois*, 17 mai 2010, n° 1, p. 114.

GHOZLAN (S.) et **TAPIS** (J.), « La professio juris comme instrument de planification successorale internationale. Droit québécois et comparé », *Rev. crit. DIP* 2018, p. 402.

GINGLINGER-POYARD (C.) et **SEVINDIK** (M.), « L'extranéité : une notion à identifier », *JCP N* n° 13, 29 mars 2019, act. 334.

GINGLINGER-POYARD (C.) et **VAYR** (J.), « La globalisation des échanges a changé la donne, chacun a aujourd'hui dans sa famille un jeune qui est parti faire des études à l'étranger ou un parent qui s'est installé dans un autre pays », *LPA*, 24 mai 2019, n° 104, p. 9.

GIRARDIN De (E.), « Le condamné du 6 mars. Question de l'année 1867 », éd. *Hachette 1868*, BNF.

GIRAUD (A.), « Les successions transfrontalières dans l'imbroglio des droits européens : un règlement communautaire est-il opportun ? », Les blogs pédagogiques de l'Université de Paris Nanterre, {en ligne}, publié le 26 mai 2009.

GLAUDET (P.), « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *LPA*, 31 mars 2004, n° 65, p. 3.

GODECHOT-PATRIS (S.) et **GRARE-DIDIER** (C.), « Droit patrimonial de la famille interne et international », *D.* 2018, p. 2384.

GODECHOT-PATRIS (S.) :

« Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes. », *D. act.*, 26 oct. 2012.

« L'administration des successions », in *Droit européen des successions internationales*, (dir.) **KHAIRALLAH** (G.) et **REVILLARD** (M.), 2012, Deffrénois, Lextenso Éditions, pp. 87-102.

« La progression de l'autonomie de la volonté en droit de la famille : regard sur quelques souhaits du notariat », *RDC* n° 04, 1^{er} déc. 2014, p. 724.

« Succession française et trust anglo-américain - font-ils bon ménage ? » *D.* 2018, p. 1960.

« Les difficultés de réception des institutions familiales du Maghreb », *JCP N* n° 29, 20 juill. 2018, doss. 1249.

« L'ordre public international en droit patrimonial de la famille », in **FONGARO** (É.), *L'internationalisation de l'ordre public*, Bordeaux, 2019.

« Le prélèvement est mort...Vive le prélèvement ! De quelques réflexions sur l'article 913, alinéa 3 du Code civil », *JDI* n° 2, Avril 2022, doct. 2.

GOLDIE-GENICON (C.), « Les renonciations à la réserve », *Deffrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 33.

GOLDSTEIN (G.), « L'autonomie de la volonté dans le statut personnel. Lecture critique de la thèse de Jean-Yves CARLIER », in *Revue québécoise de droit international*, vol. 10, 1997, pp. 200-214.

GORÉ (M.) :

« Estate Planning : Quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Mélanges Pierre CATALA*, LexisNexis, mai 2001, p. 383.

« La professio Juris », *Defrénois*, 30 août 2012, p. 762.

« Les silences du règlement européen sur les successions internationales », *Dr. & patr.* n° 224, 1^{er} avr. 2013.

« Requiem pour la réserve héréditaire », *Defrénois*, 12 oct. 2017, n° 22, p. 23.

GOTMAN (A.), « Audition au ministère de la Justice », (dir.) **PÉRÈS (C.)** et **POTENTIER (P.)**, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 151-154.

GOUPILLE-LEBRET (J.) et **INFANTE (A.)**, « Impact des droits de succession sur le comportement d'accumulation du patrimoine », *Revue française d'économie*, 2016, pp. 187-206.

GRIMALDI (M.) :

« La fraude corrompt tout et permet à un indivisaire d'agir seul », *D.* 1993, p. 226.

« S'il est loisible aux gratifiés de convenir entre eux d'une répartition de la charge de la réduction de donations, un tel accord n'est pas opposable aux réservataires », *D.* 1995, p. 48.

« Entretien avec le Professeur Michel Grimaldi », *JCP N* n° 1, 7 janv. 2000, p. 9.

« Les donations à terme », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Mélanges Pierre CATALA*, LexisNexis, mai 2001, p. 421.

« L'assurance-vie et le droit des successions », *Defrénois* 2001, p. 3.

« L'intention libérale », in *Conférences Roger-Comtois*, 2, Thémis, 2003, pp. 6-8-11.

« Codes et codifications : pour souligner le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoléon », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005.

« La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *D. fam.* n° 11, nov. 2006, étude 43.

« Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006, p. 2551.

« Sécuriser le règlement successoral – Rapport de synthèse », *JCP N* n° 16, 22 avr. 2011, 1139.

« Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 30 août 2012, n°15-16, p. 755.

« Le délai d'exercice de l'action en révocation au cas d'ingratitude est, le cas échéant, reporté au jour où la condamnation pénale est devenue définitive », *RTD Civ.*, 2014 p. 429.

« La réserve à la casse ? », *Defrénois*, 12 oct. 2017, n° 22, p. 1.

« La réserve ne relève pas de l'ordre public international », *RTD Civ.*, 31 mars 2018, n° 189.

« La famille, la cité et la réserve », *Defrénois*, 21mars 2019, n° 12, p. 1.

« Assurance-vie toujours... », *RTD Civ.*, 2019, p. 636.

« Un regard tranquille et curieux sur le droit des successions en 2021 », *JCP N* n°11, 19 mars 2021, act. 337.

GROSJEAN (X.), « La donation-partage avec soulte – aspects fiscaux », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2019, 1316.

GSELL (B.), « L'ordre public successoral en droit allemand », *RJPF* n°1, 1^{er} janv. 2022 –

GUÉVEL (D.), « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, pp. 229-248.

GUICHARD (A.), « Règlement européen sur les régimes matrimoniaux et pratique notariale : de nouveaux réflexes », *AJ Fam.*, déc. 2018, p. 658.

GUIGUET-SCHIELÉ (Q.) :

« La fiducie d'assurance-vie », *Dr. & patr.* n° 284, 1^{er} oct. 2018.

« Le nouveau prélèvement compensatoire mis à l'épreuve », *Gaz. Pal.* n° 42, p. 45.

« La richesse d'une notion classique en droit privé l'ingratitude : un complément (incomplet) de l'indignité successorale », *Dr. & patr.* n° 325, 1^{er} juin 2022.

GUILLAUD-BATAILLE (S.) et **KUHN (C.)**, « Liberté et modalités de calcul en droit patrimonial de la famille, récompenses et rapports », *JCP N* n° 49, 4 déc. 2015, doss. 1228.

GUILLAUMÉ (J.),

« La loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international », *D.* 2017, p. 2185.

« Ordre public international – Notion d'ordre public international », *J.-Cl. Civil Code*, 2 mai 2018, art. 3.

GUILLENCHMIDT-GUIGNOT De (A.), « Enjeux et perspectives du partage amiable », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2020, doss. 4.

GUTMANN (D.), « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit », in *L'avenir du droit, Mélanges François TERRÉ*, Dalloz, juin 1999, pp. 329-341.

HAFTTEL (B.), « Successions internationales : le retour du droit de prélèvement », *D.* 2021, p. 2012.

HALPÉRIN (J.-L.), « L'ordre des familles », in *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2012, Cairn info, pp. 77-114.

HAMMJE (P.), « Ordre public et lois de police – Limites à l'autonomie de la volonté ? », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) **PANET (A.)**, **FULCHIRON (H.)** et **WAUTELET (P.)**, 2017, BRUYLANT, pp. 111 et 130.

HAMOU (S.), « Les nouvelles procédures familiales en droit des successions », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2019, doss. 4.

HANNECART-WEYTH (P.), « Assurance-vie et mobilité internationale », *Dr. & patr.* n° 276, 1^{er} sept. 2018.

HARVEY (J.), « Dealing with probate in 2013 », *The Guardian*, 19 Sept. 2017.

HAUSER (J.) et **LEMOULAND** (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2015 (act. juin 2016).

HAUSER (J.) :

« L'argent et la famille (ou vice versa) : varia », *RTD Civ.* 1994, p. 843.

« Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges François TERRÉ*, Dalloz, juin 1999, pp. 441-453.

« Liberté, égalité, familles », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 82.

« Détournements, abus ou fraudes ? », *Dr. & patr.* n° 209, 1^{er} déc. 2011.

HAYTON (D.), « Rattachement Objectif en Droit Successoral », in *Les Successions Internationales dans l'UE - Perspectives pour une Harmonisation*, *DNotI*, mai 2004, 359.

HENAFF (G.), « Liberté ou libéralisme en droit de la famille ? Vers la privatisation des rapports familiaux », *Économie sociale et droit (Tome 2)*, 2006, pp. 110-115.

HENRION-VRAIN (E.), « La donation-partage transgénérationnelle – état des lieux dix ans après », *JCP N* n° 24, 17 juin 2016, doss. 1193.

HÉRAN (F.), « L'art de préparer sa succession », in *Le Bourgeois de Séville*, 1990, Cairn info, pp. 171-208.

HÉRON (J.), « Le morcellement des successions internationales », *RIDC* vol. 39 n° 1, janv.-mars 1987, pp. 288-290.

HEYMANN (J.) :

« Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille – Perspective fédéraliste », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) **PANET (A.)**, **FULCHIRON (H.)** et **WAUTELET (P.)**, 2017, BRUYLANT, p. 41.

« Le contrôle de l'ordre public par la Cour de justice de l'Union européenne », in **FONGARO (É.)**, *L'internationalisation de l'ordre public*, Bordeaux, 2019.

HONOVÁ (Z.), « L'équivalence fonctionnelle – une stratégie pour la traduction juridique ? / *The Functional Equivalence – a Strategy for Legal Translation ?* » in *Études romanes de Brno*, janv. 2016.

HOUSIER (J.) :

« Clause d'attribution intégrale de la communauté : quelle incidence sur l'obligation à la dette des successeurs ? », *AJ Fam.*, 2018, p. 701.

« L'autorisation à tester du tuteur : excursion en Common law », *AJ fam.*, 2018, p. 671.

HUSSON-ROCHONGAR (C.), « De la pertinence de la notion d'ordre public en droit international des droits de l'homme », in *Droit international des droits de l'homme et valeurs*, Bruxelles, BRUYLANT, 2012, pp. 729-762.

ISTRATOAI (M.-L.), « Quelques éléments particuliers en matière de commodat », *Université de Craiova*.

IWANESCO (M.) :

« La nécessaire protection de l'héritier nu-propriétaire face au conjoint survivant quasi-usufructier », *JCP N* n° 5, 3 fév. 1995, 3226, p. 171.

« La transmission successorale maîtrisée », *LPA*, 19 mai 2000, n° 100, p. 28.

« La bonne gestion des clauses bénéficiaires de l'assurance-vie », *JCP N* n° 18, 6 mai 2016, 1144.

JACOBY (E.) et **REVILLARD** (M.), « Loi successorale : la *professio juris* - Discussion », *DNotI*, 2005, pp. 431-442.

JACOBY (E.), « Application du règlement communautaire sur les successions internationales : le compte à rebours a commencé ! », *JCP N* 2012, act. 777.

JACOTOT (D.) et **CONVERS** (S.), « Le pacs et le droit des successions et des libéralités », *JCP N* n° 38-39, 18 sept. 2009, 1269.

JACQUIN (A.), « Durée du bail et ordre public jurisprudentiel », *Gaz. Pal.* 18-19 avr. 2014, p. 9.

JAOL (M.), « L'émergence confirmée d'un contrôle de proportionnalité des clauses pénales testamentaires », *Lexbase La lettre juridique* n° 656, 26 mai 2016.

JEANTIN (M.), « Les clauses de préemption statutaire entre les actionnaires », *JCP E* n° 19, 2 mai 1991, 49.

JESTAZ (P.), « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit, Mélanges François TERRÉ*, D., juin 1999, pp. 417-430.

JEVAKHOFF (A.) et **CAVAILLOLÈS** (D.), « Le rôle économique des fondations », *IGF*, avril 2017, p. 41, n° 4.5.3.

JODELET (D.), « Représentation sociale : phénomènes, concept et théorie » in *Psychologie sociale* (S. Moscovici Dir.), Paris, Presses universitaires de France, 1992, pp. 357 à 361.

JOUBERT (N.), « Droit de prélèvement, réserve héréditaire, protection des héritiers contre les discriminations, quelle méthode ? », p. 322, in « débat : Le retour du droit de prélèvement ? », *Rev. crit. DIP*, 2021, p. 291.

JULIENNE (F.) :

« La notion de détournement de nature patrimoniale », *Dr. & patr.* n° 209, 1^{er} déc. 2011.

« Panorama de jurisprudence du droit civil de l'entreprise (janv. – oct. 2018) », *RLDC* n° 165, 1^{er} déc. 2018.

KARM (A.) :

« Financement du logement de la famille et contribution des époux séparés de biens aux charges du mariage », in *Mélanges Raymond Le GUIDEDEC*, LexisNexis, mars 2014, pp. 89-120.

« Donation et régime de communauté – la question des récompenses », *JCP N* n° 48, 1^{er} déc. 2017, doss. 1324.

« Changement de régime matrimonial – suppression du délai d'attente de 2 ans et suppression d'une exonération devenue injustifiée en matière d'enregistrement », *JCP N* n° 17-18, 26 avril 2019, 1177.

« La donation-partage avec soulte : aspects civils », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2019, 1315.

KERVELLA (M.-R.), « Si le patrimoine m'était conté... Regards croisés de l'historien et du juriste », *Revue juridique de l'Ouest*, 2013-1, pp. 79-88.

KHAIRALLAH (G.) :

« La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales », *JCP N* n° 29, 18 juill. 2008, 1244.

« La détermination de la loi applicable à la succession », in *Droit européen des successions internationales*, (dir.) **KHAIRALLAH** (G.) et **REVILLARD** (M.), 2012, Defrénois, Lextenso Editions, pp. 47-64.

« Un an d'application du règlement européen sur les successions », *Bull. Cridon Paris*, 15 fév. 2017, II, pp 2-19.

KHAYAT (I.), « Petit détour sur le droit de retour des frères et sœurs », *Dr. & patr.* n° 302, 1^{er} mai 2020.

KINSCH (P.), « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) **PANET** (A.), **FULCHIRON** (H.) et **WAUTELET** (P.), 2017, BRUYLANT, pp. 13, 19 et 20.

KOHLER (C.) :

« L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatsisme », *Académie de Droit International de La Haye*, 2013, pp. 398 et s.

« La segmentation du statut personnel comme vecteur de l'autonomie de la volonté en matière familiale et successorale », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) **PANET** (A.), **FULCHIRON** (H.) et **WAUTELET** (P.), 2017, BRUYLANT, p. 73.

KUHN (C.), « La révocation des libéralités pour ingratitude », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2019, 1312.

LABELLE-PICHEVIN (F.), « La prise en compte de l'industrie personnelle lors de la liquidation des régimes matrimoniaux », in *Mélanges Raymond Le GUIDEDEC*, LexisNexis, mars 2014, pp. 121-145.

LABRUSSE-RIOU (C.), « Sécurité d'existence et solidarité familiale en droit privé : Étude comparative du droit des pays européens continentaux », *RIDC vol. 38* n° 3, juill.-sept. 1986, pp. 829-865.

LACROIX de SOUZA (S.), « L'ingénierie du patrimoine aux prises avec la compliance », in *De la gestion du patrimoine à l'ingénierie du patrimoine*, (dir.) **LACROIX de SOUZA** (S.) et **ROBINEAU** (M.), Université d'Orléans, nov. 2019.

LAGARDE (P.) :

« Ordre public », in *Répertoire de droit international* (dir. D. CARREAU), Dalloz, déc. 1998 (act. mai 2020), n° 2.

« Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP*, vol. 4, n° 4, 2012, pp. 691-732, n° 26.

« Présentation du règlement sur les successions », in *Droit européen des successions internationales*, (dir.) **KHAIRALLAH** (G.) et **REVILLARD** (M.), 2012, Defrénois, Lextenso Éditions, pp. 5-15.

« Succession », in *Répertoire de droit international*, D., sept. 2015 (act. 2018).

« Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire », in « débat : Le retour du droit de prélèvement ? » *Rev. crit. DIP*, 2021 p. 29.

LAIR (J.), « Du droit de propriété considéré comme fondement du droit de tester », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1865, pp. 181-215.

LALIÈRE (F.), « Le mort saisit le vif », *LPA*, 30 janv. 2020, n° 022, p. 3.

LAMBERT (S.), « Présentation générale de la loi du 23 juin 2006 réformant les successions et les libéralités », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, (dir.) **LEBORGNE (A.)**, 2008, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

De LAMBERTYE-AUTRAND (M.-C.), « Quel droit européen en droit patrimonial de la famille ? – Le Livre vert sur les successions et les testaments », *Informations sociales* n° 129, 2006, pp. 84-93.

LAMIAUX (S.), « La renonciation à succession et l'abus de droit fiscal : opter n'est pas tromper », *Defrénois*, 9 janv. 2020, n° 01-02, p. 37.

LAMOTTE (E.), « La nouvelle Europe des 25 États membres va considérablement compliquer la tâche du notaire déjà fort ardue », in « *Les familles sans frontières en Europe – mythe ou réalité ?* », *LPA*, p. 13 et s.

LAMY (T.), « Donations : il n'y aura pas de coup de pouce fiscal, finalement », *Capital*, 27 mai 2021,

LATIL (C.) :

« Lois de police », in *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 552-100, LexisNexis, 2 sept. 2019.

« Quelques précisions sur le mode de détermination de la résidence habituelle du défunt au sens du

LAURENT-BONNE (N.) :

« Notations historiques sur l'avenir de la réserve héréditaire », (dir.) **PÉRÈS (C.)** et **POTENTIER (P.)**, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 155-164.

« L'avenir de la réserve héréditaire est-elle dans son histoire ? », *RTD Civ.*, 2021, p.55.

« Le nouveau droit de prélèvement compensatoire dans les successions internationales : quand la fin ne justifie pas les moyens », *AJ fam.* 2021, p. 548.

règlement sur les successions internationales », *JCP N* n° 7-08, 14 févr. 2020, 1055.

LE BARS (T.), « Le nouveau régime de la révocation des donations pour survenance d'enfant », *LPA*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 16.

LE CHUITON (S.), « Les droits successoraux des enfants adultérins en présence d'une donation-partage : la France encore condamnée ! », *JCP N* n° 12, 22 mars 2013, 1061.

LECLERC (P.) et **VALORY (S.)**, « Ordre public et bonnes mœurs », in *J.Cl. Civil Code*, LexisNexis, 1^{er} avr. 2020, n° 21.

LECOMTE (O.), **VARIN (F.)** et **LECOMTE (C.)**, « Commentaire de l'ordonnance du TGI de Nanterre du 28 mai 2019 dans l'affaire Johnny Hallyday », *Dr. & patr.* n° 295, 1^{er} oct. 2019.

LÉCUYER (H.) :

« L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Mélanges Pierre CATALA*, LexisNexis, mai 2001, p. 405.

« O tempora, O mores ! », *Defrénois*, 20 juin 2019, n° 25, p. 1.

LÉCUYER (Y.), « La prise en compte du vieillissement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDSS* 2018, p. 769.

LEDUC (S.), « L'intérêt du cantonnement pour le conjoint survivant », *Patrimoinorama*, 29 fév. 2008.

LEGRAND (V.) :

« Le nouveau droit international privé des successions », *LPA*, 19 mai 2015, n° 99, p. 6.

« Les effets limités de la professio juris », *LPA*, 24 mai 2019, n° 104, p. 61.

LE GRAND de BELLEROUCHE (D.) :

« Sortie du brexit et conseils à donner en matière de patrimoine », *JCP N* n° 10, 8 mars 2019, act. 277.

« Note à l'attention du groupe de travail sur la réserve héréditaire », (dir.) **PÉRÈS (C.)** et **POTENTIER (P.)**, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 165-174.

« Contre le retour du droit de prélèvement en droit français : en vue de la pratique du droit international », p. 303, in « débat : Le retour du droit de prélèvement ? », *Rev. crit. DIP*, 2021, p. 291.

LE GUIDEC (R.) et **CHABOT (G.)** :

« Succession : dévolution », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2009, (act. sept. 2020).

« Succession : dévolution – Indignité successorale », in *Répertoire de droit civil*, n°134.

LE GUIDEC (R.) et **THOMAS-DAVID (B.)**, « Succession Johnny Halliday : de la compétence judiciaire à la loi applicable, que vive la réserve héréditaire ... », *JCP N* n° 38, 20 sept. 2019, 1278.

LE GUIDEC (R.) :

« Transmission anticipée et salaire différé », *Dr. rur.* n° 352, avr. 2007, repère 4.

« Observations sur l'anticipation successorale », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, D. 2009, p. 345.

« Choix matrimoniaux et successoraux : conseils donnés à un couple de Britanniques », *Defrénois*, 15 déc. 2015, n° 23, p. 1249.

« Donation, acquisition et construction en famille », *JCP N* n° 22-23, 3 juin 2016, 1184.

« Successions et libéralités – Chronique », *JCP N* n° 25, 21 juin 2019, 1216.

« Propos conclusifs : l'opportunité de la réserve », in ZALEWSKI-SICARD Vivien (dir.), *La réserve héréditaire : présent et devenir*, Nantes, *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 58.

« Successions et libéralités- Chronique », *JCP N* n° 7-08, 14 févr. 2020, 1053.

« Contribution de Raymond LE GUIDEDEC », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 175-178.

« Généralités sur les legs », in *Synthèse JurisClasseur*, LexisNexis, 13 Mai 2020, n° 8.

LEMAIRE (H.), GAZEAU (O.) et VANCLEEMPUT (F.) :

« Anticiper la désunion - retour sur l'acquisition en indivision », *Defrénois*, 17 mai 2010, n° 1, p. 79.

« L'aménagement du régime des récompenses », *Defrénois*, 30 juin 2010, n° 12, p. 1350.

LEMAIRE (H.), « Une nouvelle formule : la clause d'accroissement à durée limitée », *JCP N* n° 1, 9 janv. 1998, p. 7.

LEMAIRE (R.), « Succession et assurance-vie : un vide législatif permettant une atteinte à la réserve héréditaire ? », *Gaz. Pal.* 6 oct. 2020, n° 34, p. 57.

LEMAITRE (R.), « Succession et assurance-vie ; un vide législatif permettant une atteinte à la réserve héréditaire ? », *Gaz. Pal.* n° 34, 6 oct. 2020, p. 57.

LEMOULAND (J.-J.) et MURAT (P.), « Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille - Aspects de droit civil extrapatrimonial », *Dr. & patr.* n° 209, 1^{er} déc. 2011.

LEMOULAND (J.-J.) : « Un droit conventionnel – rôle grandissant des volontés individuelles », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, sept. 2015 (act. juill. 2018).

LEOBON (T.), « Actif successoral - sort des dividendes prélevés sur les réserves lorsque les droits sociaux sont démembrés », *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 28.

LEPROVAUX (J.) :

« Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités », *LPA*, 28 oct. 2009, n° 215, p. 5.

« Les pouvoirs du mandataire dans le mandat à effet posthume », *LPA*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 59.

« Que reste-t-il de la réserve héréditaire ? », *LPA*, 8 sept. 2017, n° 1179-180, p. 53.

« Quel avenir pour l'assurance-vie ? », *LPA*, 15 oct. 2020, n° 156, p. 10.

« Que reste-t-il de l'assurance-vie », *LPA* 15 oct. 2020, n° 207, p. 10.

LEQUETTE (Y.) :

« Du paiement des droits de mutation par le donateur », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Mélanges Pierre CATALA, LexisNexis, mai 2001, p. 437.

« Quelle destinée pour la réserve héréditaire ? », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 179-186.

LEROND (S.), « Quasi-usufruit sur comptes bancaires : analyses et conséquences », *Gaz. Pal.*, 23 mars 2021, n° 12, p. 73.

LEROY (M.) :

« Sécuriser l'exhérédation par l'assurance-vie », *Dr. & patr.* n° 284, 1^{er} oct. 2018.

« Pour une réécriture de l'article L. 132-13 du Code des assurances », *Dr. & patr.* n° 287, 1^{er} janv. 2019.

LEROYER (A.M.), « Réforme des successions et des libéralités », *RTD civ.* 2006, p. 612.

LESBATS (C.) :

« Assurance-vie et liquidation d'un régime non communautaire », in *Mélanges Raymond Le GUIDEDEC*, LexisNexis, mars 2014, pp. 173-196.

« La dévolution successorale », 2020, *LexisNexis*, coll. Pratique Notariale, pp. 18, 33, 36, 46 et 224.

LESCURE COMPAROT (L.), « L'avocat des parties dans la procédure de partage judiciaire », in *Dossier Expert – Rôles de l'avocat des parties, du notaire et du juge commis dans la réussite du partage*, Sol. Not., 28 févr. 2019, n° 8.

LETELLIER (F.) et THEBAULT (M.), « La protection par la réserve : une question ancienne – (bref historique de la réserve héréditaire) », in *Rapport 116^{ème} congrès des notaires*, pp. 412-415, n° 2213.

LETELLIER (F.), « Le rapport à l'épreuve des renonciations », *JCP N* n° 47, 22 nov. 2019, 1314.

LETELLIER (H.), « L'avocat en droit des successions : conseils et contentieux », *Gaz. Pal.* n° 313, 9 nov. 2006, p. 18.

LEVENEUR (L.), « Les nouveaux visages des libéralités-partage », in *Le Monde du Droit, Mélanges Jacques FOYER*, Economica, déc. 2007, pp. 637-654.

LEVILLAIN (N.) :

« Autres actualités en droit des successions », *AJ Fam.*, 2018, pp. 368, 609 et 626.

« Testament-partage : notion et contenu », *AJ Fam.*, 2019, p. 37.

« Rappel : ne pas confondre rapport et réunion fictive », *AJ Fam.*, 2019, p. 48.

« Rédiger une donation de biens immobiliers », *Dr. fam.* n° 6, juin 2019, prat. 3.

LEYRAT (H.) et **MEILLER (A.)**, « L'ingénierie patrimoniale à l'épreuve du 'mini-abus de droit fiscal' », *Deffrénois*, 28 mai 2020, n° 22-23, p. 29.

LEYTE (G.), « Le droit de la mort », *D.* 2000, pp. 266-31.

LIBCHABER (R.) :

« Des successions en quête d'avenir », *RTD civ.*, 2016, p. 729.

« Observations proposées devant la Commission de réflexion sur la réserve héréditaire », (dir.) **PÉRÈS (C.)** et **POTENTIER (P.)**, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 187-192.

LISANTI (C.), « Nouveaux avis du comité juridique de la FNDP – Avant-propos », *JCP N* n° 40, 4 oct. 2019, 1284.

LOTTI (B.), « La nature extra patrimoniale du droit de propriété illustrée par la fiducie », in *Mélanges Henri HOVASSE*, LexisNexis, déc. 2016, p. 301.

LOUSSOUARN (Y.), « L'incidence des Communautés Européennes sur la conception française du droit international privé », *RTDE* 1974, 708.

LUBIN (J.-J.), « Vers une réforme de la fiscalité des successions et des donations ? », *JCP N* n° 40, 4 oct. 2019, act. 767.

LUZU (F.), « Les stratégies pour optimiser la transmission d'entreprise en famille ou au dirigeant salarié », *LPA*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 63.

MALACKET (A.), « L'ordre public successoral en droit québécois », *RJPF* n°1, 1^{er} janv. 2022 –

MALARD (Y.), « Usufruit et pratique notariale », in *Mélanges Henri HOVASSE*, LexisNexis, déc. 2016, p. 253.

MALAUURIE (P.) :

« La réforme des successions et des libéralités », *Deffrénois*, 30 nov. 2006, n° 22, p. 1719.

« La réforme des successions et des libéralités : loi du 23 juin 2006 », *LPA*, 9 janv. 2007, n° 7, p. 11.

« La réforme des successions et des libéralités : présentation générale », *LPA*, 13 févr. 2007, n° 32, p. 7.

MALLET-BRICOUT (B.), « Arbitrage et droit de la famille », *Dr. & patr.*, mai 2002, p. 59.

MANENT (P.), « Contribution de Pierre MANENT », (dir.) **PÉRÈS (C.)** et **POTENTIER (P.)**, in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 193-196.

MARCHADIER (F.), « Le juge judiciaire face à la multiplication des sources de droits fondamentaux », *RDLF* 2017, chron. n° 14.

MARIA (I.), « La désignation du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie - un acte 'strictement personnel' ? », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2015, comm. 190.

MARKEZ (K.), « Anticiper les futures donations partages », *Dr. & patr.* n° 254, 1^{er} janv. 2016.

MARMEY-RAVAU (V.) et **VARIN (F.)** :

« Les effets limités de la professio juris », *JCP N* n°15, 12 avr. 2019, act. 375.

« La place laissée à l'autonomie de la volonté dans l'anticipation successorale », *Deffrénois*, 16 mai 2019, n° hors-série, p. 33.

« Le conjoint survivant à l'international, : une notion à géométrie variable », *LPA*, 24 mai 2019, n° 104, p. 51.

« Vue mondiale sur les règles de conflit en matière successorale », *Dr. & patr.* n° 295, 1^{er} oct. 2019.

MARMEY-RAVAU (V.) et **VAYR (J.)**, « Le notaire doit parfois se demander si un document religieux qui a été produit constitue un contrat de mariage ou non », *LPA*, 24 mai 2019, n° 104, p. 49.

MARTEL (D.), « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », *RLDC* n° 77, 1^{er} déc. 2010, pp. 1-8.

MARTIN (D.), « La transmission des droits d'auteur », *LPA*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 81.

MASSON (C.), « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018, p. 809.

MATHIEU (J.-M.) :

« Les enjeux de la renonciation anticipée à l'action en réduction : vers une contractualisation de la transmission successorale – plaidoyer pour une utilisation accrue, mesurée et raisonnée de la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* n° 5, 5 févr. 2010, doss. 1060.

« L'anticipation et la planification successorale : développement du savoir-faire notarial », *JCP N* n° 18, 6 mai 2016, 1136.

MATHIEU (M.), « Libéralités-Partages. – Quotité disponible et réserve – Masse de calcul » in *J.Cl. Liquidation – Partage*, Fasc. 120, LexisNexis, art. 918 (act. LEVILLAIN N. 2020).

MAYAUX (L.) :

« L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? », *RGDA* 2000, p. 767.

« Contrat d'assurance », in *Répertoire de droit civil*, *Dalloz*, juin 2014 (act. mars. 2020).

MAYER (P.) :

« Lois de police », in *Répertoire de droit international*, *D.*, déc. 1998.

« La fondamentalisation du droit international privé portant sur les personnes et les relations familiales », *RDLF* 2020, chron. n°53.

MAZERON-GABRIEL (H.), « Retenir pour mieux donner », *JCP N* n° 9-10, 1^{er} mars 2013, doss. 1042.

MÉAU-LATOURE (H.), « La transmission patrimoniale à cause de mort », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 266-14.

MEKKI (M.), « L'intérêt général et le contrat ; Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé », 2004, *LGDJ*, n° 320, p. 201, in « *Ordre public et bonnes mœurs* » *Répertoire de Droit civil*, *D.*, avr. 2010, (dir.) LEMOULAND (J.-J.) et PIETTE (G.), (act. fév. 2019).

MESTRE (J.) :

« Piété filiale et enrichissement sans cause », *RTD civ.* 1995, p. 373.

« L'art de l'habileté .. substantielle ! », *RLDC* n° 174, 1^{er} oct. 2019.

« La guerre des lois aura-t-elle lieu ? », *RLDC* n°176, 1^{er} déc. 2019.

« Compliance », *RLDC* n°181, 1^{er} mai 2020.

« Optimisation », *RLDC* n°182, 1^{er} juin 2020.

MICHAUD NÉRARD (F.), « La mort et le deuil, évolutions récentes », in *Étude sur la mort*, n° 137, 2010, p. 192, éd. L'esprit du temps.

MIKALEF-TOUDIC (V.), « L'effet de la renonciation sur le rapport », *LPA*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 47.

MOISDON-CHATAIGNER (S.), « Une mesure de protection juridique adaptée aux spécificités de la maladie d'Alzheimer », *Dr. fam.* n° 6, 6 juin 2017, étude 6.

MOLIÈRE (A.), « Ordre public successoral *versus* renonciation anticipée à l'action en réduction – le faux argument », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1554.

MONÉGER (J.), « Unité ou pluralité des statuts », *AJDI*, 2014. 112.

MONNET (C.), « Observations de synthèse » in L'anticipation des risques par l'entreprise – colloque La Rochelle 31 janv. 2014, *RLDA* n° 91, 1^{er} mars 2014.

MONSALLIER-SAINT MLEUX (M.C.), « Une contractualisation certaine mais contrôlée du droit des incapacités, des successions et des libéralités », *JCP N* n° 5, 5 févr. 2010, 1062.

MONTEIRO (E.), « L'anticipation des risques à l'épreuve du droit pénal » in L'anticipation des risques par l'entreprise – colloque La Rochelle 31 janv. 2014, *RLDA* n° 91, 1^{er} mars 2014.

MORAND de JOUFFREY (M.-H.), « La remise en cause de l'anticipation successorale par la naissance et le prédécès d'un enfant », *JCP N* n°13, 2 avr. 1999, p. 555.

MORIN (C.), « La liberté de tester : entre évolution et révolution dans les représentations de la doctrine Québécoise », *RDUS*, 2007-2008, vol. 38, numéro 2, pp. 339-384.

MORIN (G.), « Pierre CATALA et le droit des successions », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, *Mélanges Pierre CATALA*, LexisNexis, mai 2001, pp. 363-365.

MORVAN (F.), « Les règlements des conflits de succession dans la noblesse bretonne du XIIIe siècle », *Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest* 116-2, 2009, pp. 7-53.

MOUSSA (T.), **BEAUCHARD** (J.), « L'expertise judiciaire et l'expertise amiable au regard du principe de la contradiction » in *Rencontres Université – Cour de cassation*, 23 janvier 2004, deuxième chambre de la Cour de cassation, *La procédure civile*, *BICC* 2004, hors-série n° 3.

MOUTY-TARDIEU (J.), « Contentieux relatif à la réserve héréditaire : quelques chiffres », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 197-200.

MUIR WATT (H.), **BUREAU** (D.) et **CORNELOUP** (S.), « Devoir de réserve ? », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 287

MULON (E.) :

« L'amiable – concevoir et construire », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2020, doss. 1.

« Contribution de Élodie MULON », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 201-208.

MURAT (P.) :

« L'entraide entre générations et les comptes en famille : comment gérer le risque ? », *JCP N* n° 17, 26 avr. 2013, doss. 1112.

La protection d'un des membres du couple par les ressorts de la convention fondatrice », *JCP N* n° 22, 29 mai 2015, doss. 1168.

NACHBAUM-SCHNEIDER (A.-L.), « La réserve – une institution à conserver », *RLDC* n°174, 1^{er} oct. 2019.

NAJJAR (I.), « Pacte sur succession future », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2012.

NAUDIN (E.) :

« Appréciation de la classification des actes en droit patrimonial de la famille », *Dr. & Patr.* n° 263, nov. 2016, pp. 66-71.

« Donation-partage et transmission en nue-propriété : égalité économique ou orthodoxie juridique ? », *JCP N* n° 48, déc. 2017, pp. 24-29.

« Régimes matrimoniaux - Renforcer l'autonomie professionnelle des époux », *JCP N* n° 40, 4 oct. 2019, 1285.

NEVILLE BROWN (L.), « La réforme de la dévolution légale en droit anglais », *RIDC*, 1954, pp. 504-508.

NIBOYET (M.-L.) et **GEOUFFRE de La PRADELLE** (G.), « Droit international privé », août 2017, Lextenso.

NIBOYET (J.-P.), « Étude critique de la théorie de l'autonomie de la volonté », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law.*, 1927.

NICOD (M.) et **FONGARO** (É.), « Réserve héréditaire - Quotité disponible », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2011 (act. oct. 2017).

NICOD (M.) :

« L'anticipation de la succession », *JCP N* n° 12, 24 mars 2006, 1136.

« Le nouveau droit des libéralités : une modernisation en douceur », *AJ Fam.*, 2006, p. 346.

« La donation entre vifs est-elle toujours un contrat ? », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, p. 375.

« Testament », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2016 (act. oct. 2018 et déc. 2019).

« Proportionnalité des clauses pénales - épisode 2 », *Dr. fam.* n° 7-8, juill. 2016, comm. 152.

« Dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 - décision irrévocable de répartition des droits successoraux », *Dr. fam.* n° 6, juin 2017, comm. 137.

« De l'efficacité des clauses pénales en droit des libéralités », *Defrénois*, 30 juill. 2017, n° 13-14, p. 17.

« L'imputation des libéralités entre époux sur les droits légaux », *Defrénois*, 19 avr. 2018, n° 16, p. 33.

« Objet du retour conventionnel en cas d'incorporation d'une donation de deniers », *Dr. fam.* n° 6, juin 2018, comm. 154.

« Libéralités et droits fondamentaux », *Defrénois*, 22 nov. 2018, n° 46, p. 1.

« Mettre fin au bail d'habitation du défunt ne vaut pas acceptation tacite », *Dr. fam.* n° 12, déc. 2018, comm. 282.

« Les choix du conjoint survivant : quelle place pour la volonté tacite ? », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, repère 5.

« Une seconde chance pour les libéralités graduelles », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2020, repère 1.

« Conséquences de l'acceptation du bénéficiaire sur la qualification des contrats d'assurance-vie mixtes », *Dr. fam.* n° 2, févr. 2020, comm. 28.

« Plasticité de la catégorie – donation indirecte – en cas de trust inter vivos », *Dr. fam.* n° 2, févr. 2020, comm. 29.

« Tester en temps d'épidémie », *Dr. fam.* n° 5, mai 2020, repère 5.

« Oscillations idéologiques autour de la réserve héréditaire », *Dr. fam.* n° 3, mars 2021, repère 3.

NORD (N.), « Les lois de police – une conception classique ou restrictive ? », *Dr. & patr.* n° 236, 1^{er} mai 2014.

NOUEL (B.), « Réserve héréditaire, n'y touchez pas ! », *IFRAP Budget et Fiscalité*, 21 mars 2019.

NOURISSAT (C.), **BIDAUD-GARON** (C.), **DEVERS** (A.), **DEVISME** (M.) et **FONGARO** (É.), « Le texte (et rien que le texte) du règlement successions (Circ. 25 janv. 2016 de présentation des dispositions du règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des décisions, et l'acceptation de l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen », in *Droit international privé notarial*, *JCP N* n° 40, 7 oct. 2016, 1290.

NOURISSAT (C.) et FONGARO (É.), « Autonomie de la volonté et succession – Le règlement successions », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) **PANET (A.)**, **FULCHIRON (H.)** et **WAUTELET (P.)**, 2017, BRUYLANT, p. 205.

NOURISSAT (C.), **PÉROZ (H.)** et **FONGARO (É.)**, « Pratique notariale, anticipation successorale et anticipation conjugale », *JCP N* n° 43-44, 26 oct. 2012, 1358.

NOURISSAT (C.), **PÉROZ (H.)**, **DEVISME (M.)**, **FARABOLINI (I.)**, **FONGARO (É.)** et **GASTÉ (J.)**, in *Droit international privé notarial*, *JCP N* n° 41, 12 oct. 2018, 1313.

NOURISSAT (C.) :

« Le champ d'application du règlement », in *Droit européen des successions internationales*, (dir.) **KHAIRALLAH (G.)** et **REVILLARD (M.)**, 2012, Defrénois, Lextenso Éditions, pp. 17-33.

« Stratégie de transmission d'un patrimoine international, 2^{ème} édition - conseils avisés et préconisations mesurées », *Defrénois*, 15 nov. 2016, n° 21, p. 1175.

« Dossier Médiation et arbitrage : enjeux pour la pratique notariale », *JCP N* 2016, 1344.

« L'apport du droit de l'Union européenne à l'arbitrage », *JCP N* 2016, 1347, spéc. n° 17.

« Les règlements européens en matière patrimoniale », *Dr. fam.*, mai 2017.

« Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle et en matière familiale », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) **PANET (A.)**, **FULCHIRON (H.)** et **WAUTELET (P.)**, 2017, BRUYLANT, p. 61.

« Retour sur le 115^{ème} congrès des notaires : les propositions commentées par son rapporteur de synthèse », *Defrénois*, 13 juin 2019, n° 24, p. 13.

« Dernière résidence habituelle : première ordonnance du juge de la mise en état dans l'affaire Johnny », *Defrénois*, 5 sept. 2019, n° 36, p. 33.

« Vingt ans après », *Defrénois*, 7 nov. 2019, n° 45, p. 1.

OHNET (J.-M.), « Rapport des primes manifestement exagérées et requalification en donation », *Dr. & pat.*, n° 218, 1^{er} oct. 2012.

OTHENIN-GIRARD (S.), « La réserve d'ordre public en droit international privé suisse », *RIDC* vol. 53 n° 2, avr.-juin 2001, pp. 523-525.

Von OVERBECK (A.E.), « Problèmes de l'unification des règles de conflits sur le fond des successions », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law.*, 1927, pp. 555-592.

PAILLARD (S.), « Veille fiscale », *AJ Fam.*, 2018, p. 642.

PAJOR (T.), « Rapport sur le rattachement objectif en droit successoral », in *Les Successions Internationales dans l'UE - Perspectives pour une Harmonisation*, *DNotI*, mai 2004, 371.

PANDO (A.) :

« Assurance-vie et co-souscription – le risque de donation indirecte n'est jamais écarté », *LPA* n° 089, 3 mai 2019, p. 4.

« Avantage matrimonial : attention au nouvel abus de droit », *LPA* n° 131, 2 juill. 2019, p. 4.

« Séparation de biens et financement d'un immeuble indivis », *LPA* n° 235, 25 nov. 2019, p. 7.

« Assurance-vie : vers des critères légaux de la requalification en libéralité ? », *LPA*, 16 sept. 2020, n° 186, p. 7.

PANET (A.), « Le statut personnel en droit international privé européen – les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté ? », *Rev. crit. DIP*, 2015, P. 837.

PASQUIER-CIULLA (C.) et **LAGRANGE-GUERGUEZ (M.)**, « L'impact de la réforme du droit international privé monégasque sur les conventions matrimoniales, le divorce et les successions », *AJ Fam.*, 2019, p. 207.

PATARIN (J.) :

« Inopposabilité de la renonciation à une succession faite pour porter atteinte aux droits d'un tiers non créancier », *RTD civ.* 1992, p. 157.

« La réduction des donations au marc le franc, au lieu de la réduction selon l'ordre chronologique peut-elle être imposée à l'héritier réservataire par les donataires ? », *RTD civ.* 1994, p. 150.

« Composition du passif successoral : l'indemnisation, de *in rem verso*, de l'héritier dont l'aide et l'assistance apportées à ses parents excèdent les exigences de la piété filiale », *RTD civ.* 1995, p. 407.

« L'exclusion par la volonté du *de cuius*, de l'attribution préférentielle d'une exploitation agricole dans le partage de sa succession », *RTD civ.*, 1997, p. 486.

« Don manuel par virement de compte à compte : validité de don de somme d'argent ou de valeurs mobilières », *RTD civ.*, 1999, p. 677.

« Détermination du rang de réduction de libéralités résultant d'un trust, en présence, dans le règlement d'une succession régie par le droit français, de donations entre vifs et de legs postérieurs à la date de constitution du trust », *RTD civ.* 1999, p. 682.

PAVIA (M.-L.), « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, n° 54.

PECQUEUR (E.), « Majeurs protégés », *AJ Fam.*, 2018, p. 639.

PECQUEUR (O.), « Donation de stock-options : une efficacité relative », *Dr. fisc.* n° 12, 19 mars 2003, 12.

PEGLION-ZIKA (C.-M.) :

« Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *RTD civ.*, 2018, p. 1.

« Contentieux original, solutions classiques : un arrêt deux en un sur la réserve et la notion de libéralité », *RJPF* n° 12, 1^{er} déc. 2018.

PEGUERRA-POCH (M.), « Contribution de Marta PEGUERRA-POCH », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), *in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 209-214.

PEISSE (H.) et **SAUVÉ** (L.), « Les couples franco-anglais face au décès », *Defrénois* n° 47, 21 nov. 2019.

PEISSE (H.) :

« Préoccupations patrimoniales lors de l'expatriation d'un couple », *Dr. & patr.* n° 261, 1^{er} sept. 2016.

« Quelle est la place du conjoint survivant dans la succession *ab intestat* en droit anglais ? », *Defrénois*, 21 nov. 2019, n° 47, p. 15.

« La réserve héréditaire – Pratique notariale internationale », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), *in Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 215-220.

PÉRÈS (C.) et **POTENTIER** (P.), « Présentation du groupe de travail relatif à la Réserve héréditaire », *D.* 2020, p. 328.

PÉRÈS (C.) :

« La liberté testamentaire en droit anglais après la décision *Ilott v The Blue Cross and others* (2017) de la Cour suprême du Royaume-Uni », *in Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc : le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, n° 2.

« La remise du rapport relatif à la réserve héréditaire », *JCP N* n° 7-08, févr. 2020, act. 212.

« Présentation du groupe de travail relatif à la Réserve héréditaire », *D.* 2020, p. 328.

« Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République », p. 296, *in* « débat : Le retour du droit de prélèvement ? » *Rev. crit. DIP*, 2021, p. 291.

PÉROT (J.), « L'autonomie de la volonté et le droit international privé - Compte rendu de la réunion du 7 mai 2015 de la Commission Droit de la Famille du barreau de Paris », *DIP, Lexbase Hebdo* n° 634, 26 nov. 2015.

PÉROZ (H.) :

« Vers une simplification du règlement des successions internationales pour la pratique notariale - Proposition de règlement du parlement européen et du conseil IP/09/1508, 14 oct. 2009 », *JCP N* n° 43-44, 23 oct. 2009, act. 679.

« L'estate planning, Optimisation civile et fiscale d'une succession internationale », *JDI* n° 1, janv. 2012, biblio. 3.

« Les règlements (UE) du Conseil du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (JOUE n° L 183 et n° L 184, 8 juill. 2016) », *in Droit international privé notarial*, *JCP N* n° 40, 7 oct. 2016, 1290.

« La réserve en droit international privé », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 44.

« La variabilité de l'ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *in* FONGARO (É.), *L'internationalisation de l'ordre public*, Bordeaux, 2019.

« Exclusion et admission du renvoi en droit international privé français », *JCP N* n° 20, 15 mai 2020, 1109.

« Le rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire du 13 décembre 2019 et le droit international privé », *in* « Lai 2019-mai 2020 : le droit international privé n'est pas près d'être confiné », *Dr. & patr.*, n° 304, 1^{er} juill. 2020.

« Le droit de prélèvement : tel un phœnix ? », *Gaz. Pal.*, 23 mars 2021, n°12 p. 48.

« Le droit de prélèvement compensatoire ou la mise à mal de la pratique des successions internationales », *JCP N*, n°35, 3 sep. 2021, act. 805.

PERREAU-SAUSSINE (L.), « Le nouveau règlement européen 'successions internationales' : un équilibre délicat entre juridique et judiciaire », *Europe* n° 6, Juin 2013, étude 6, juin 2013.

PERROTIN (F.) :

« Planification des successions internationales : des opportunités de transmission ? », *LPA* n° 183, 12 sept. 2012, p. 8.

« Assurance-vie et transmission du patrimoine », *LPA* n° 204, 11 oct. 2019, p. 4.

« La fiscalité au service de l'enrichissement du patrimoine », *LPA* n° 228, 14 nov. 2019, p. 4.

« Faciliter la transmission de l'entreprise familiale », *LPA* n° 011, 15 janv. 2020, p. 3.

« Legs : vers une réforme de la réserve héréditaire ? », *LPA* n° 015, 21 janv. 2020, p. 4.

PETERKA (N.) :

« La discrète métamorphose du rapport », in *Le Monde du Droit, Mélanges Jacques FOYER*, Economica, déc. 2007, pp. 787-809.

« Qualification des versements entre époux : contribution aux charges du mariage et donation rémunératoire versus donation révocable », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes* n° 3, 20 mars 2014, p. 5.

« Achats pour autrui entre époux » in, *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6^{ème} éd., Dalloz 2017, coll. Dalloz action, (dir. GRIMALDI M.).

« La fiducie, une alternative au mandat de protection future ? », *Dr. & patr.* n° 283, 1^{er} sept. 2018.

« La réserve des enfants et le conjoint survivant », in ZALEWSKI-SICARD V. (dir.), *La réserve héréditaire : présent et devenir*, Nantes, *Deffrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 16.

PETIT (F.), « L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 déc. 2001 et celle du 23 juin 2006 », *JCP N* n° 49, 5 déc. 2008, 1344.

PETITJEAN (H.), « Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais. Étude de droit comparé et de droit international privé », in *Revue internationale de droit comparé*, janv. - mars 1960, pp. 283-285.

PETRONI-MAUDIERE (N.) :

« Transmettre dans les familles recomposées : aux enfants, au nouveau conjoint », *LPA*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 72.

« Communauté universelle et clause de retour affectant un bien donné », *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 9.

« Donation avec clause de droit de retour et communauté conventionnelle », *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 16.

« Renonciation anticipée au droit de retour légal des père et mère », *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 19.

« Révocation tacite d'un testament », *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 18.

« Analyse de la jurisprudence sur les primes manifestement excessives », *Deffrénois*, 21 mars 2019, n° 12, p. 14.

PHILIPPE (C.), « Vers un droit commun des effets du contrat de couple », *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, p. 18.

PIAZZON (T.), « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 42, 2014, pp. 161-173.

PICARD (J.), « Anticiper la liquidation de la succession : entre régime primaire successoral et aménagement contractuel », *LPA*, 3 juill. 2018, n° 132, p. 5.

PICARD (M.), « La réserve et l'enfant », *D.* 2019, p. 2002.

PIEDELIEVRE (S.) :

« Les donations partages transgénérationnelles », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, (dir.) LEBORGNE (A.), 2008, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

« Du passé, ne faisons pas table rase », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1547.

PIGNARRE (F.), « Convention d'arbitrage », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, déc. 2013 (act. juill. 2019).

PILASTRE (E.), « De l'abrogation de la réserve légale des enfants », in *Revue pratique de droit français*, 1865, tome 20, pp. 437-466.

PILLET (A.), « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *JDI*, 1894, p. 417.

PIMONT (S.), « Clause pénale », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avr. 2010 (act. sept. 2019).

PINEAU (P.), « Dot : pour un coup d'accordéon », *RLDC* n° 181, 1^{er} mai 2020.

PLANCKEEL (F.), « La loi Pinel et l'ordre public des baux commerciaux », *AJDI*, 2015. 11.

PLAZY (J.-M.) :

« Gestion de Patrimoine – Organiser de son vivant la gestion du patrimoine successoral », *JCP N* n° 18, 6 mai 2016, 1142.

PLOURDE (J.-C.), « Origine historique et évolution du principe de la liberté de tester du Code civil », *Les Cahiers de droit*, Volume 2, numéro 2, avril 1956, p. 120-136

POILLOT-PERUZZETTO (S.) :

« Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *DIP 2002-2004*, 28 mars 2002, pp. 65-116.

« L'impérativité européenne, du malaise du mouvement à la solidarité du fondement », *D.* 2019, p. 448.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Droits des auteurs. – Successions », in *JurisClasseur Civil Annexes*, LexisNexis, 24 oct. 2018 (act. 1^{er} déc. 2020).

PONSARD (A.), « Quelques remarques sur les clauses d'exhérédation (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1965) », in *Mélanges offerts à Pierre Voirin*, 1967, pp. 666-677.

PONTON-GRILLET (D.), « L'instrumentalisation du droit patrimonial de la famille : l'art de dissimuler le transfert taxable au moyen d'un outil civil », *Dr. fam.* n° 3, Mars 2000, chron. 7.

PORCHE KOSTER VEL KOTLARZ (P.), « Droit de prélèvement : échec et mat pour la réserve ? », *RJPF*, n°10, 1^{er} oct. 2021.

POTENTIER (P.), « La donation-partage à propos de deux arrêts récents de la Cour de cassation : consonances et dissonances .. », *JCP N* n° 16-17, 18 avril 2014, 1168.

PRIEUR (H.), « Audition relative à la réserve héréditaire », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 221-232.

RABEL (E.), « Le problème de la qualification », *Rev. crit. DIP*, 1933, 1.

RACINE (J.-B.), « L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille », *Dr. & patr.*, déc. 2017, p. 26.

RADÉ (C.), « L'anticipation des risques en droit du travail » in *L'anticipation des risques par l'entreprise – colloque La Rochelle* 31 janv. 2014, *RLDA* n° 91, 1^{er} mars 2014.

RAMACIOTTI (S.), « Le prélèvement compensatoire du projet d'article 913 du Code civil à l'épreuve de exigences européennes et constitutionnelles », p. 310, in, « débat : Le retour du droit de prélèvement ? », *Rev. crit. DIP*, 2021, p. 291.

RANDOUX (N.) et **CAIGNAULT** (P.), « Les pièges de la prohibition des pactes sur succession future », *LPA*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 21.

RANOUIL (P.-C.), « Pourquoi Bill Gates et Warren Buffet ne peuvent pas faire d'émules en France... », *Institut Montaigne*, mai 2011.

RAOUL-CORMEIL (G.) :

« La persistance de la prohibition des pactes sur succession future », *LPA*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 25.

« Aliments et successions », in *Mélanges Raymond Le GUIDE*, LexisNexis, mars 2014, pp. 459-487.

RAYNAUD (B.), « La société civile, véhicule de transmission anticipée de patrimoine », *JCP N* n° 9-10, 1^{er} mars 2013, 1044.

REECE (R.), « Le régime en Angleterre et Pays de Galle », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 233-240.

RÉGA (J.-C.) et **LECOMTE** (O.), « Le règlement « Bruxelles II Bis » A l'occasion d'une succession internationale Franco-Américaine en présence d'un mineur binational », *Dr. & patr.* n° 295, 1^{er} oct. 2019.

RÉGA (J.-C.), « Quasi-usufruit et assurance-vie à l'international », *LPA*, 24 mai 2019, n° 104, p. 37.

RÉGEREAU (M.), « Succession internationale : quand le droit fiscal français rompt l'égalité entre héritiers », *Defrénois*, 12 déc. 2019, n° 50, p. 24.

RÉMY (B.) :

« Cent ans de chroniques », *RTD. Civ.*, oct.-déc. 2002, p. 677.

« Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé », vol. 79, D., 2009, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, préf. MAYER (B.).

RENNER (C.), « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve », *JurisClasseur Code civil*, LexisNexis, 2017, Fasc. 10, §2.

REVEL (J.), « Régimes matrimoniaux », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, nov. 2016 (act. avr. 2019).

REVERDY (P.-M.), « La contractualisation de la transmission successorale », *LPA*, 14 févr. 2007, n° 33, p. 4.

REVILLARD (M.) :

« Le droit international privé et la pratique » *Defrénois notariale*, 15 avr. 2005, n° 1, p. 106.

« Droit international privé et gestion de patrimoine – Patrimoine notarial », in *Le Monde du Droit, Mélanges Jacques FOYER*, Economica, déc. 2007, pp. 911-924.

« Droit international privé et communautaire », (préf. Lagardre P.), *Defrénois*, 2010, p. 708.

« Portée de la loi applicable », in *Droit européen des successions internationales*, (dir.) KHAIRALLAH (G.) et REVILLARD (M.), 2012, Defrénois, Lextenso Éditions, pp. 67-83.

« Successions internationales - loi applicable à la réserve héréditaire », *Defrénois*, 15 févr. 2010, n° 3, p. 328.

« Législation comparée. – Europe de l'est. – Régimes matrimoniaux et successions », in *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 20, LexisNexis, 23 fév. 2017, n° 48 et 99.

« Législation comparée. – Amérique – Régimes matrimoniaux et successions », in *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 40, LexisNexis, 11 déc. 2017 (act. 27 mars 2020), n° 71.

« Législation comparée. – Europe occidentale – Régimes matrimoniaux et successions », in *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, LexisNexis, 11 déc. 2017 (act. 27 mars 2020), n° 150.

« Législation comparée. – Europe occidentale. Allemagne à Espagne – Régimes matrimoniaux et successions », in *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, LexisNexis, 11 déc. 2017 (act. 27 mars 2020), n° 46.

« France - Droit international privé », in *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 10, LexisNexis, 23 janv. 2018 (act. 12 juin 2020), n° 1 et 275.

« L'effet Johnny », *Defrénois*, 24 mai 2018, n° 20-21, p. 1.

« Droit international privé européen », in *J.-Cl. Civil code*, Art. 720 à 892, Fasc. 30, LexisNexis, 5 juill. 2018.

« Législation comparée. – Europe – Régimes matrimoniaux et successions », in *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Fasc. 20, LexisNexis, 3 août 2020, n° 45.

REZEK (S.), « Questionnaire successoral après le décès de M. .. », *JCP N* n° 7-08, 14 févr. 2020, 1051.

RIEUBERNET (C.), « Les conséquences successorales de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice en présence d'un héritier protégé », *LPA*, 7 mai 2019, n° 091, p. 7.

RITZ (P.), « Puis-je déshériter ma fille qui a coupé les ponts ? », *Tribune de Genève*, 12 juin 2017.

ROUMEFORT De (S.), « Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires », *RLDC*, avril 2022.

ROUSSEAU (É.), « Les caractères de la succession conjugale au service d'une liquidation efficiente des droits du conjoint héritier, gratifié », *RTD Civ.* 2019, p. 499.

ROUVIÈRE (F.) :

« Volonté et filiation : la confusion des genres », *RTD Civ.* 2019, p. 703.

« Qu'est-ce que le droit civil aujourd'hui ? », *RTD Civ.* 2020, p. 538.

RUTHEL (A.), « La réserve héréditaire en Allemagne », (dir.) **PÉRÈS** (C.) et **POTENTIER** (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 241-246.

RYTZ (P.), « Droits successoraux entre la France et la Suisse », *Tribune de Genève*, 18 mars 2018.

SAGOT-DUVAUROUX (J.), « La réintroduction du droit de prélèvement par la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République », *RLDC* 2021, n° 197.

SAINT-AFFRIQUE De (J.B.), « De l'Évaluation », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Mélanges Pierre CATALA*, LexisNexis, mai 2001, p. 305.

SAITO (T.), « La réforme du droit des successions et des libéralités au Japon : présentation de la loi du 13 juillet 2018 », *RJPF*, n° 9, 1^{er} sept. 2019.

SALVADO (C.), « Le traitement d'une donation dans un contexte international : vérifier, conseiller, rédiger », *Defrénois*, 17 oct. 2019, n° 42, p. 19.

SANA-CHAILLÉ de NÉRÉ (S.), « Nullité et caducité », in *J.-Cl. Civil Code*, LexisNexis, 10 juin 2020, n° 17.

SAUVAGE (F.) :

« La licéité d'une donation de récompense », *JCP N* n° 35, 31 août 2007, 1229.

« Les prolongements liquidatifs de la renonciation anticipée à l'action en réduction – Retour sur une fâcheuse controverse », *JCP N* n° 13, 28 mars 2008, act. 328.

« Libéralités – partages », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, sept. 2009.

« L'option de la transmission du passif dans les successions internationales au regard du règlement européen du 4 juillet 2012 », in *Droit européen des successions internationales*, (dir.) **KHAIRALLAH** (G.) et **REVILLARD** (M.), 2012, Defrénois, Lextenso Éditions, pp. 105-122.

« Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* n° 29, 18 juill. 2018, 1284.

SAVOURÉ (B.) :

« Transmission - Pour un inventaire réfléchi et ordonné des moyens existants - Entretien avec Philippe **POTENTIER** », *JCP N* n° 18-19, 4 mai 2012, 1208.

« Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire de droit français », *JCP N* n° 22, 29 mai 2015, doss. 1178.

SCALISE Jr (R.-J.), « La réserve héréditaire : a report from the United States of America », (dir.) **PÉRÈS** (C.) et **POTENTIER** (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 247-258.

SEGGELEN Van (M.) et **BASSEVILLE** (B.), « La professio juris : une institution méconnue à découvrir », *LPA*, 14 avr. 2005, p. 44.

SEGGELEN Van (M.) et **DAURIAC** (I.), « Prévenir l'insécurité », *JCP N* n° 16, 22 avr. 2011, 1138.

SERIAUX (A.) et **MAZEAUD-LEVENEUR** (S.), « Synthèse – Notion de libéralité ; conditions et charges des libéralités », in *J.-Cl. Civil Code*, 2020.

SÉRIAUX (A.) :

« La notion juridique de patrimoine : Brèves notations civilistes sur le verbe avoir » in CAPARROS (E.), dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, pp. 311-322.

« L'égalité des héritiers depuis la loi du 23 juin 2006 », in *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, (dir.) LEBORGNE (A.), 2008, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

« Réserve héréditaire – Réserve, légitime et quarte du conjoint pauvre – Où va le droit successoral français ? », *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, doss. 20.

« Successions. – Ouverture de la succession. – Saisine des héritiers », in *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 10, LexisNexis, art. 721 à 724-1

SIMLER (P.), WIEDERKEHR (G.), STORCK (M.) et TISSERAND-MARTIN (A.), « Régimes matrimoniaux », *JCP G* n°47, 21 nov. 2007, doct. 208.

SIMLER (P.) :

« Brèves réflexions sur le calcul des récompenses en cas de remboursement de l'emprunt », in *Mélanges Raymond Le GUIDE*, LexisNexis, mars 2014, pp. 247-254.

« Contrats aléatoires - Généralités », in *J.-Cl Civil Code*, Fasc. unique, LexisNexis, art. 1964, 2015, n° 25.

« Contrats aléatoires », in *J.-Cl Civil Code*, Fasc. unique, LexisNexis, art. 1964, 2018.

SINDRES (D.), « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection du for », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 787.

SLOBODANSKY (C.), « Entretien avec Me Bertrand SAVOUÉ, rapporteur général du 108e Congrès des notaires de France », *LPA*, 12 sept. 2012, n° 183, p. 5.

Van STEENLANDT (P.), « La soumission conventionnelle des partenaires pacsés au régime de l'indivision », *JCP N* n° 35, août 2009, 1251.

STEINER (P.), « L'héritage au XIX^e siècle en France. Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Presse de Science Po --Revue économique* vol. 59, 2008, pp. 75-97.

STORCK (M.), « Séparation de biens. – Gestion des patrimoines des époux. – Dissolution. Liquidation du régime », in *J.-Cl Civil Code*, Fasc. 20, LexisNexis, art. 1536 à 1543, 2018.

TAINMONT (F.), « Aperçu du droit successoral belge », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 259-274.

TANGUY (A.), « Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, oct. 2018, (act. févr. 2019).

TANI (A.) :

« La réserve héréditaire : règle d'ordre public ou règle impérative ? », *JCP N* n° 8-9, 22 févr. 2019, 1122.

« Qui a prodigué des soins, même avant le diagnostic, ne peut recevoir à titre gratuit », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2020, comm. 151.

« Libéralités - Celui qui profite d'un logement devra-t-il le rapport ? », *Dr. fam.* n° 2, févr. 2021, comm. 24.

« Action en réduction et devoir notarial renforcé : la loi doit-elle énoncer des évidences ? » *Dr. fam.* n° 12, déc. 2021, comm. 178.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.), « Droit civil. Les obligations », 12^e éd., 2018, n°495 et 496 in *Lamy droit du contrat*, (dir.) FAGES (F.) et FLEURY (P.) n° 1180, 2020.

TERRIOT (K.), « La naissance de l'acte chez Wallon : un acte de naissance pour une approche dynamique du développement », *Enfances & Psy*, vol. 61, n° 4, 2013, pp. 10-19.

THÉRY (I.), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la Ministre de l'emploi et de la solidarité et au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, éd. Odile Jacob, 1998, p. 235.

THOMAS-DEBENEST (G.) et PETERKA (N.), « Donations et testaments. – Donations entre vifs. – Forme. Absence d'acte authentique », in *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. 20, LexisNexis, art. 931, 2021, n°108.

THOMAS-MAROTEL (M.), « De la bonne forme de la désignation du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie », *Defrénois*, 20 déc. 2018, n° 50-51, p. 23

TINIÈRE (R.), « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *J.-Cl. Droit International*, Fasc. 161-25, 28 févr. 2017, n° 9.

TISSERAND-MARTIN (A.), « Réflexions sur le régime de l'option successorale après la réforme du 23 juin 2006 », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz, 2009, p. 533.

TORRICELLI-CHIRIFI (S.) :

« Gare à l'intention libérale par voie de déduction ! », *Dr. fam.* n° 1, janv. 2016, comm. 10.

« Devoir de conseil du notaire et choix du régime matrimonial », *Dr. fam.* n° 12, déc. 2018, comm. 278.

« Ordre public international : le 'dépeçage' de la réserve héréditaire », *RLDC* n°153, 1^{er} nov. 2017.

TOUR-SARKISSIAN (P.), « Audition devant le groupe de travail portant sur la réserve héréditaire », (dir.) PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 275-288.

TRAVERS de FAULTRIER (S.), « Lire, voir, entendre - À l'aide ou le rapport W », d'Emmanuelle Heidsieck - De l'usage de l'anticipation juridique », *Les cahiers de la justice* 2014, p. 311.

TREMOSA (F.), « L'articulation du règlement Régimes matrimoniaux et des règlements successions, divorce, obligations alimentaires et Bruxelles II bis », *Dr. fam.* n° 12, 2018, étude 49.

UNSANAN (C.) et **MURA** (L.), « Régimes matrimoniaux - Cas pratiques », *AJ Fam.*, déc. 2018, p. 662.

USUNIER (L.), « La réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international », *RTD civ.* 2017, p. 833.

VALORY (S.), « Assignation en partage et tentatives de partage amiable », LexisNexis, 24 nov. 2016.

VAREILLE (B.) :

« Réduction d'un legs en usufruit qui, bien que consenti avec charge, prive le réservataire de la jouissance et de la disponibilité de la réserve », *D.* 1992, p. 229.

« Recevabilité de l'action en réduction d'une donation déguisée portant frauduleusement atteinte au droit des héritiers réservataires », *D.* 1993, p. 227.

« Étude critique de l'article 860 alinéa 4 du Code civil », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Mélanges Pierre CATALA*, LexisNexis, mai 2001, p. 397.

« Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006, p. 2565.

« Brèves réflexions critiques à propos de l'article 1469 du Code civil », in *Mélanges Raymond Le GUIDEDEC*, LexisNexis, mars 2014, pp. 279-291.

« Évaluation des récompenses », *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 9.

« Ne jetons pas le descendant avec l'eau du bain ! », *Deffrénois*, 23 mai 2019, n° 21, p. 1.

« La réserve en valeur », *Deffrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 28.

De VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), « Pour une meilleure consolidation européenne des dispositions de planification successorale prises avant le 17 août 2015 relativement à une succession internationale », *D.* 2012, p. 2321.

VARIN (F.) et **DEVISME** (M.), « Cas pratique – Analyse d'une situation comportant des éléments d'extranéité-anticipation successorale », *Dr. & patr.* n° 295, 1^{er} oct. 2019.

VARIN (F.) et **REVILLARD** (M.), « Pour la ratification par la France de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et sa reconnaissance », *Dr. & patr.* n° 295, 1^{er} oct. 2019.

VASSILAKAKIS (E.), « La professio juris dans les successions internationales », in *Mélanges LAGARDE* (P.), *D.*, 2005, pp. 804-806.

VEAUX-FOURNERIE (P.) et **VEAU** (D.), « Successions – Pacte sur succession future », *JurisClasseur Civil Code*, Art. 721 à 724-1, Fasc. 20, LexisNexis, 20 fév. 2016.

VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948, I, 682.

VERGARA (O.) :

« Validité du testament », comm. Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2015, n° 14-21287, *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 24.

« Caducité de la désignation en cas de prédécès du bénéficiaire d'une assurance-vie », *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 34.

VIALLETON (H.), « Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France, depuis le Code civil », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 577, p. 580.

VIAUT (L.), « Le contentieux familial à la lumière de la conflictualité », *LPA* n° 107, 28 mai 2020, p. 16.

VIGNEAU (D.), « Précision ministérielle sur la portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction - Fin du danger ? », *JCP N* n° 10, 6 mars 2019, 1106.

VINCENDEAU-LOGEAS (I.), « La réserve héréditaire au bon vouloir du *de cujus* », in *Mélanges Raymond Le GUIDEDEC*, LexisNexis, mars 2014, pp. 509-526.

VINCENT (D.), « Réserve héréditaire et ordre public international : Mise en œuvre des arrêts du 27 septembre 2017 », *Dr. fam.* n° 5, mai 2018, étude 13.

VIVANT (M.), « Antigone toujours et toujours emmurée », *D.* 2019, p.2081.

WAUTELET (P.) :

« Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale - Réflexions à partir du Règlement 650/2012 », *JCP N* n° 51-52, 23 déc. 2016, doss. 1350.

« Fraude et autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, (dir.) PANET (A.), FULCHIRON (H.) et WAUTELET (P.), 2017, BRUYLANT, p. 139.

WEKSTEIN (I.), « La succession de Johnny Hallyday : des enjeux juridiques complexes au-delà de la passion médiatique », *Dr. & patr.* n° 279, 1^{er} avr. 2018.

WICKER (G.) :

« Successions – Mandats successoraux : le mandat à effet posthume », in *J.Cl. Civil Code*, Art. 812 à 812-7, Fasc. unique, LexisNexis, 1 fév. 2014, n°136.

« Le nouveau droit des libéralités – entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. & patr.* n° 157, 1^{er} mars 2017.

« Note sur la réserve héréditaire », (dir.) **PÉRÈS** (C.) et **POTENTIER** (P.), in *Rapport du groupe de travail : La réserve héréditaire*, 2019, pp. 289-294.

WIDLOCHER (D.), « Entre la pensée et l'acte. De Freud à Wallon. », in *Enfance*, tome 47, n° 1, 1993, pp. 87-92.

WILLEMS (G.), « L'ordre public successoral en droit belge », *RJPF* n°1, 1^{er} janv. 2022.

ZALEWSKI-SICARD (V.) :

« Tontine et aspects liquidatifs », *JCP N* n° 43, 25 oct. 2013, 1250.

« Réserve et assurance-vie », *Defrénois*, 14 nov. 2019, n° 46, p. 49.

ZENATI (F.), « Clause d'accroissement », *RTD civ.*, 1998, p. 946.

ZIMMERMANN (R.), « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD civ.*, 2007, p. 451.

IV - RAPPORTS, ÉTUDES ET CONGRÈS

BLANCHARD (O.) et **TIROLE** (J.), « Les grands défis économiques », *Rapport*, Juin 2021.

BRUGÈRE (L.), **ENFANTIN** (P.), **HANNEZO** (G.) et **PECH** (T.), « Réformer l'impôt sur les successions », *Terra Nova*, 4 janv. 2019.

C. cass :

Rapport annuel 2013 : l'ordre public, Paris : La documentation française, 2014.

Congrès des notaires de France :

72^{ème} - *La dévolution successorale*, Deauville, 1975.

88^{ème} - *Le contrat, le notaire et l'Europe*, Grenoble, 24-27 mai 1992.

95^{ème} - *Demain la famille*, Marseille, 9-12 mai 1999.

96^{ème} - *Le patrimoine au XXI^{ème} siècle*, Lille, 28-31 mai 2000.

100^{ème} - *Code civil : les défis d'un nouveau siècle*, Paris, 16-19 mai 2004.

101^{ème} - *Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ?*, Nantes, 4 mai 2005.

106^{ème} - *Couples, patrimoines : les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 30 mai - 2 juin 2010.

108^{ème} - *La transmission*, Montpellier, 23 - 26 septembre 2012.

110^{ème} - *Vie professionnelle et famille. Place au contrat*, Marseille, 15 - 18 juin 2014.

115^{ème} - *L'international : Qualifier, rattacher, authentifier*, Bruxelles 2019.

116^{ème} - *La protection : les personnes vulnérables, les proches, le logement, les droits*, Paris 2020.

118^{ème} - *L'ingénierie notariale : Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 12-14 octobre 2022

49^{ème} congrès du Mouvement Jeune Notariat, Montréal (Québec – Canada), 4-9 octobre 2018.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Rénover le droit de la famille », *Rapport La documentation française*, sept. 1999.

GÉLARD (P.), *Rapport* n° 252 (2001-2002), 20 février 2002.

HUYGHE (S.), « La réforme des successions et des libéralités », *Rapports* n° 2850 et 3132, Doc. Assemblée Nationale, 6 juin 2006.

LAPORTE (C.), « Licitation des biens immobiliers devant le tribunal », *Procédures* n° 7, Juillet 2013, étude 9.

LECHNER (K.), « La compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen », *Document de séance - Parlement européen*, 6 mars 2012, n° A7-0045/2012, pp. 5-60.

MOREL (B.) et **SBAIHI** (M.), « Supprimer la réserve héréditaire », mars 2019, *Génération libre*, p. 1- 22.

PÉRÈS (C.) et **POTENTIER** (P.), « La réserve héréditaire », *Rapport*, Doc. Ministère de la Justice, 13 déc. 2019.

De RICHEMONT (H.), « La réforme des successions et des libéralités », *Rapport* n° 343, Doc. Sénat, session ord. 2005-2006, pp. 33 et 242.

V - NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 1939, Labedan, *GAJFDIP* 2006, n° 18

ANCEL (B.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 2000, n° 98-15.650, *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 399.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2006, n° 05-14.281, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 383.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et 16-17.198, *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 87.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 87.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) :

obs. sous Cour EDH gde ch., 19 déc. 2018, *Gaz. Pal. n° 09*, 5 mars 2019, p. 41.

ATTAL (M.) :

obs. sous Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159, *JCP G n° 42*, 17 oct. 2011, 1139.

BARABÉ-BOUCHARD (V.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n° 08-20.428, *JCP N 2010*, n° 18, 1184.

BATTIFOL (H.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1953, *Rev. crit. DIP 1953*, p. 412.

BEIGNIER (B.) :

obs. sous CA Pau, 17 juin 1997, *Dr. fam. 1998*, comm. 107.

obs. sous CA Pau, 17 mars 1998, *Dr. fam. 1999*, comm. 118.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2013, n° 12-17.420, *Dr. fam. 2014*, comm. 61.

BÉNASSE (M.) :

obs. sous CA Bordeaux, 9 oct. 2001, *Gaz. Pal. 2003*, p. 34.

BENDELAC (E.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *JDI 2018*, comm. 3, p. 113.

BERNARD (S.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2019, n° 18-13.526, *JCP N n° 7*, 15 févr. 2019, act. 253.

BICHERON (F.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 23 sept. 2015, n° 14-20.168, *AJ fam. 2016*, p. 52.

BIGOT (J.) :

obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 2006, n° 05-15.490, et 4 déc. 2008, n° 07-20.544, *RGDA 2009*, p. 228.

BIHANIC (K.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-19.654, *RDLF 2018*, chron. n° 06, n° 21.

BOICHÉ (A.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et 16-17.198, *AJ fam. 2017*, p. 510.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *AJ fam. 2017*, p. 595.

obs. sous CJUE 1^{er} mars 2018, n° C-558/16, *AJ fam. 2018*, p. 247.

BONNET (G.) :

obs. sous Cass. com., 26 sept. 2018, n° 16-28410, *Defrénois n° 50*, 12 déc. 2019.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 2019, n° 17-11508, *Defrénois n° 50*, 12 déc. 2019, p. 29.

BOUCHÉ (X.) :

obs. sous Rép min. 10 janv. 2019, n° 256, *JCP N n° 17-18*, 26 avr. 2019, 1181.

BOULANGER (D.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2018, n° 18-10.244, *JCP N n° 3*, 18 janv. 2019, act. 167.

obs. sous Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159, *Dr. fam. n° 11*, nov. 2011, comm. 173.

BRÉMOND (V.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2013, n° 11-26.933, *D. 2013*, 2242.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2013, n° 11-26.748, *D. 2013*, 2242.

BRETON (A.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1985, n° 84-10.237, *D. 1986*, p. 9.

CALLÉ (P.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2019, n° 18-13.383, *Defrénois n° 39*, 26 sept. 2019.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2019, n° 18-10.298, *Defrénois n° 39*, 26 sept. 2019.

CASEY (J.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 sept. 2013, n° 12-24996, *Gaz. Pal. n° 021*, 21 janv. 2014.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 2016, n° 15-13.312, *AJ fam. 2016*, 275.

CAYOL (A.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 2016, n° 15-13.312, *D. act.*, 11 mai 2016.

CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 févr. 2015, n° 13-27.586, et 10 juin 2015, n° 14-20.146, *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 21.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2019, n° 18-11640 et 18-11936, *LPA*, *Defrénois* n° 04, 23 janv. 2020, p. 42.

CHAMPENOIS (G.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 1978, *Defrénois*, 1979, art.32038.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1980, n° 79-12.704, *Defrénois*, 1981, art. 32608.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 1998, *Defrénois*, 1998, 825.

COUARD (J.) :

obs. sous Rép. min., 9 avr. 2019, n° 18076, *Dr. fam.* n° 5, mai 2019, alerte 38.

obs. sous Rép. min., 9 avr. 2019, n° 18076, *Dr. fam.* n° 6, juin 2019, alerte 42.

COUZIGOU-SUHAS (N.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2019, n° 18-20430, *Defrénois* n° 22-23, 28 mai 2020, p. 35.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2019, n° 18-20828, *Defrénois* n° 22-23, 28 mai 2020, p. 38.

CRÔNE (R.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 2006, n° 05-17849, *Defrénois* n° 7, 15 avr. 2008, p. 777.

DEFrance (G.) et VATHAIRE (A.) :

obs. sous Cass. ch. mixte., 23 nov. 2004, n° 01-13.592 - 02-11.352 – 02-17.507 et 03-13.673, *RLDC*, *janv.* 2005.

DELECRAZ (Y.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 2010, n° 08-20.428, *JCP N* 2010, n° 18, 1184.

DENEUVILLE (C.) et GODECHOT-PATRIS (S.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *JCP N* 2018, n° 27, 1239.

DEPRET (A.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17-22934, *Gaz. Pal.* n° 01, 8 janv. 2019, p. 82.

DIMITROV (L.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17-16515 et 17-16522, *Gaz. Pal.* n° 01, 8 janv. 2019, p. 89.

DOUET (F.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., mars 2010, n° 08-21080, *Defrénois* n° 15, 15 sept. 2010, p. 1680.

obs. sous Rép. min., 10 déc. 2019, n° 22247, *Dr. fam.* n° 2, févr. 2020, comm. 35.

DROUOT (G.) et PÉGLION-ZIKA (C.-M.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2018, n° 18-10.058, *RJPF*, n° 3, 1^{er} mars 2019.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 févr. 2020, n° 18-23.573, *RJPF*, n° 5, 1^{er} mai 2020.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 2020, n° 19-18.472, (809 F-D), *RJPF*, n° 2, févr. 2021.

DROUOT (G.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2018, n° 17-27.982, *RJPF*, n° 3, 1^{er} mars 2019.

DUBARRY (J.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2018, n° 17-17.493, *JCP N* n°11, 15 mars 2019, 1132.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 18 nov. 2020, n° 19-15.353, *RJPF* n° 1, 1^{er} janv. 2021.

DUMONT (G.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17-16515 et 17-16522, *Gaz. Pal.* n° 39, 13 nov. 2018, p. 65.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et 16-17.198, *Gaz. Pal.* n°41, 28 nov. 2017, p. 70.

ÉLIAOU (J.-F.) :

obs. sous Rép. min. 23 mars 2019, n° 18076, *JOAN*, 9 avr. 2019, p. 3297.

EPAILLY (D.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2019, n° 18-10.171, *JCP N* n°10, 8 mars 2019, act. 280.

FRAGU (E.) :

Obs. sous. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2021, n° 19-21.463, *RJPF* 2021-5/17, p. 74,

FRULEUX (F.) :

obs. sous Rép. min. 10 janv. 2019, n° 256, *JCP N* n°3, 18 janv. 2019, act. 170.

FONGARO (É.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2007, n° 06-16.636, *Dr. fam.* n° 1, janv. 2018, comm. 16.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2007, n° 16-17.198, *JCP N* n° 45, 10 nov. 2017, 1305.

obs. sous Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159, *JCP N* n° 36, 9 sept. 2011.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2012, n° 11-18.345, *JDI*, 2013, p.119.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198, *JCP N* n° 40, 2017, act. 850.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, *JurisData* n° 2017-018698.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17-16.515 et 17-16.522, *JCP N* n° 41, 2018, 1313.

FULCHIRON (H.) :
 obs. sous CE et Cons., 4 juill. 2012, n° 650, *Dr. & patr.* n° 246, 1^{er} avril 2015.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *D.* 2310.

GAUDEMET (S.) :
 obs. sous Rép min. 1^{er} janv. 2019, n° 12380, *Defrénois* n° 18-20, 3 mai 2019, p. 32.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 2019, n° 17-11508 et 3 oct. 2019, n° 18-18736, *Defrénois* n° 04, 23 janv. 2020, p. 29.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2019, n° 18-13236, *Defrénois* n° 04, 23 janv. 2020, p. 32.

GAUDEMET-TALLON (H.) :
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2006, n° 05-14.281, *JDI*, 2007, p. 125.

GAUTIER (P.-Y.) :
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991, n° 89-19.522, *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 752.

GODECHOT-PATRIS (S.) et POTENTIER (S.) :
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *RJPF* 2017, p. 44.

GODECHOT-PATRIS (S.) :
 obs. sous Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC, *JDI*, 2012, p.7 et 135.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2012, n° 11-18.345, *JCP N* 2013, n° 13 1069.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2019, n° 18-13.383, *RJPF*, 1^{er} juill. 2019, n° 7-8.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2019, n° 18-13.383, *JDI* n° 1, janv. 2020, 3.

GOLDIE-GENICON (C.) :
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 2015, n° 14-29.285, *JCP N* 2016, n° 19, 1159.

GORÉ (M.) :
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *Defrénois* 2017/22, p. 23.

GRIMALDI (M.) :
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1994, n° 91-21.021, *D.* 1994 et *D.* 1995, 44.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 1995, n° 92-21.599, *D.* 1995, somm. 329.
 obs. sous Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, n° 06-12.769, *RTD Civ.* 2008, p. 137.
 obs. sous Cour const. Belge, 26 juin 2008, *RTD Civ.* 2008, p. 526.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2012, n° 11-12.863, *RTD Civ.* 2012, p. 353.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2012, n° 10-25.546, *RTD Civ.* 2012, p. 352.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 oct. 2014, n° 13-10.074, *RTD Civ.* 2014, p. 930.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2015, n° 14-21.337, *RTD Civ.* 2015, p. 918.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 2016, n° 15-13.312, *RTD Civ.* 2016, 424.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et n° 16-13.151, *RTD Civ.* 2018, p. 189.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et n° 16-13.151, *Defrénois*, 2017, p. 1.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2017, n° 16-24.766, *RTD Civ.* 2018, p. 192.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2017, n° 17-10.644, *RTD Civ.* 2018, p. 188.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 févr. 2018, n° 17-12.040, *RTD Civ.* 2018, p. 717.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2018, n° 17-14.583, *RTD Civ.* 2018, p. 716.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2018, n° 17-15.589, *RTD Civ.* 2019, p. 164.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 avr. 2018, n° 17-19.313, *RTD Civ.* 2018, p. 720.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 sept. 2018, n° 17-20.704, *RTD Civ.* 2019, p. 160.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2018, n° 17-27.982, *RTD Civ.* 2019, p. 158.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2019, n° 18-13.526, *RTD Civ.* 2019, p. 385.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2019, n° 18-11.642, *RTD Civ.* 2019, p. 386.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2019, n° 18-11.640 et 18-11.936, *RTD Civ.* 2019, p. 388.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2019, n° 18-11.640 et 18-11.936, *RTD Civ.* 2019, p. 390.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 2019, n° 17-11.508, *RTD Civ.* 2019, p. 383.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 2019, n° 18-19.100, *RTD Civ.* 2019, p. 631.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2019, n° 18-21.383, *RTD Civ.* 2019, p. 636.
 obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2019, n° 18-19.415, *RTD Civ.* 2019, p. 634.

GUIGUET-SCHIELÉ (Q.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 2015, n° 14-29285 et 13 avr. 2016 n°15-13312, *Gaz. Pal.* n°31, 13 sept. 2016, p. 41.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et 16-17.198, *Gaz. Pal.* n°41, 28 nov. 2017, p. 49.

GUILLAUMÉ (J.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et 16-17.198, *D.* 2017, p. 2185.

HAMMJE (P.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 747.

HAUSER (J.) :

obs. sous Cour EDH, 1^{er} févr. 2000, *RTD civ.*, 2000, p. 311.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janv. 2002, *RTD Civ.* 2002, p. 278.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, *RTD civ.*, 2010, p. 547.

JAOUËL (M.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 2022, 21-10.570, *Dalloz actualité*, juillet 2022.

JULIENNE (F.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 sept. 2020, n°19-15.955, *RLDC*, n° 187, 1^{er} déc. 2020.

KARM (A.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2018, n° 17-25.858, *JCP N n°17-18*, 26 avr. 2019, 1174.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2018, n° 17-26.149, *JCP N n°17-18*, 26 avr. 2019, 1182.

KERMOAL (V.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2018, n° 17-25.858, *JCP N n°17-18*, 26 avr. 2019, 1175.

KESSLER (G.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, *AJ Fam.*, 2017, p. 598.

LABASSE (J.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2019, n° 18-14.179, *Lamy*, n° 171, 1^{er} juin 2019.

LAGARDE (P.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1999, n° 97-17.650, *Rev. crit. DIP*, 2000.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, *AJ Fam.*, 2017, p. 598.

LATIL (C.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 févr. 2019, n° 18-13.383, *JCP N n° 7-8*, 14 févr. 2020, act. 532, 1055.

LE CHUITON (S.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2019, n° 18-14.640, *JCP N n°15*, 12 avr. 2019, act. 382.

LE GAC-PECH (S.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2012, n° 11-10393, *LPA*, 27 juill. 2012, n° 150, p. 17.

LEGRAND (V.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13151, *LPA*, 14 déc. 2017, n° 249, p. 15.

obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 8 juill. 2015, n° 13-27.248, *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 32.

LE GUIDEC (R.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 1995, n° 92-21.599, *JCP 1995 I.* 3876, n° 3.

LEROY (M.) :

obs. sous CE, 9^{ème} et 10^{ème} ch. réunies, 8 févr. 2019, n°407641, *JCP N n°10*, 8 mars 2019, act. 285.

LEROYER (A.M.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2019, n° 18-17.377, *RTD Civ.* 2019, p. 560.

LESBATS (C.) :

obs. sous Rép. min. 10 janv. 2019, n° 256, *JCP N n°17-18*, 26 avr. 2019, 1180.

LEVILLAIN (N.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2014, n° 13-12.076, *AJ Fam.*, 2014, p. 322.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 avr. 2017, n° 16-15.101, *AJ Fam.*, 2017, p. 368.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 2017, n° 16-21.419, *AJ Fam.*, 2017, p. 656.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2017, n° 16-25.525, *AJ Fam.*, 2017, p. 659.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 2018 n° 17-13.017, *AJ Fam.*, 2018, p. 188.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17-22.269, *AJ Fam.*, 2018, p. 483.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janv. 2019, n° 18-10.552, *AJ Fam.*, 2019, p. 168.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2019, n° 18-12.045, *AJ Fam.*, 2019, p. 168.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 2020, n° 19-18.472, (809 F-D), *AJ Fam.*, 2021, p. 139.

LEYRAT (H.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 2016, n° 15-13.312, *Defrénois* 2016, 683.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2019, n° 18-120828, *Defrénois* n°03, 16 déc. 2020, p. 26.

MARGUÉNAUD (J.P.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2018, n° 15-16331, *Dr. fam.* n° 01, 1^{er} janv. 2019, p. 5.

obs. sous Cour EDH, 19 déc. 2018, *RTD civ.*, 2019, p. 281.

MARTIN (D.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1980, n° 79-12.704, *D.* 1981, p. 90.

MAUGER-VIELPEAU (L.) :

obs. sous Cour EDH Mazurek, 1^{er} févr. 2000, *RTD civ.* 2000, p. 429.

MEIER-BOURDEAU (A.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017 n° 16-13.151, *AJ Fam.*, 2017, p. 598.

NICOD (M.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, n° 10-11.894, *JCP N* n°5, 3 févr. 2012, 1065.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 2016, n° 14-16.967, *Dr. fam.* n°7-8, juill. 2016, comm. 151.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 2015, n° 14-29.285, *Dr. fam.*, 2016, comm. 33.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et 16-17.198, *Dr. fam.* n°11, nov. 2017, comm. 230.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17-22.934, *Dr. fam.* n°10, oct. 2018, comm. 244.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 sept. 2018, n° 17-24.205, *Dr. fam.* n°12, déc. 2018, comm. 283.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2018, n° 17-17.493, *Dr. fam.* n°3, mars 2019, comm. 59.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2019, n° 18-13.526, *Dr. fam.*, 2019, comm. 83.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2019, n° 18-11.642, *Dr. fam.* n°5, mai 2019, comm. 108.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2019, n° 18-13.236, *Dr. fam.* n°5, mai 2019, comm. 109.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2019, n° 18-11.640 et 18-11.936, *Dr. fam.* n°6, juin 2019, comm. 132.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 2019, n° 18-15.486, *RTD Civ.* 2019, p. 643.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 2021, n° 10-17.793, *Dr. fam.*, comm. 59.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 2022, n° 20-14.155 : *Dr. fam.* n° 5, avril 2022, comm. 54.

NIEL (P.-L.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2018, n° 17-17.493, *LPA*, 7 janv. 2019, n° 005, p. 10.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2019, n° 18-21.383, *LPA*, 22 nov. 2019, n° 234, p. 10.

NIEL (P.-L.) et MORIN (M.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198, *LPA*, 4 janv. 2018, n° 004, p. 8.

NOURISSAT (C.) et REVILLARD (M.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, et 16-17.198, *JCP G* n° 47, 27 nov. 2017, 1236.

NOURISSAT (C.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2019, n° 18-13.383, *Defrénois* n° 36, 5 sept. 2019, p. 34.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *Defrénois*, p. 40.

PANDO (A.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2019, n° 18-21.383, *LPA* n°229, 15 nov. 2019, p. 3.

PATARIN (J.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1980, n° 79-12.704, *RTD civ.*, 1981, p. 671.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 févr. 1994, n° 92-12.601, *RTD civ.*, 1997, p. 397.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996, *RTD civ.*, 1997, p. 981.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998, *RTD civ.*, 1999, p. 680.

obs. sous Cour EDH, 1^{er} févr. 2000, *RTD civ.*, 2000, p. 601.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007, n° 05-21.011, *D.* 2007.

PEGLION-ZIKA (C.M.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17-16.515, *RJPF* n° 12, 1^{er} déc. 2018.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 2019, n° 18-23.762, *RJPF* n° 1, 1^{er} janv. 2020.

PÉROZ (H.) :

obs. sous Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC, *JCP N* 2011, 1256.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *JCP N* 2011, 1256.

PERREAU-SAUSSINE (L.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2012, n° 11-18.345, *JCP G* 2012, 1368.

PERROTIN (F.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et 16-17.198, *LPA*, 23 mars 2018, n° 060, p. 4.

PINEAU (P.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2019, n° 18-20.430 et 18-20.828, *RLDC n°176*, 1^{er} déc. 2019.

POLLAUD-DULIAN (F.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13151 et 16-17198, *RDT com.*, 2018, p. 110.

REVILLARD (M.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., déc. 2005, n° 02-15418 et 03-10316, *Defrénois n° 7*, 15 avr. 2006.

obs. sous Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC, *Defrénois*, 2011, p.1351.

REYNIS (B.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 2019, n° 18-23762, *Defrénois n° 03*, 16 janv. 2020, p. 1.

ROUSSEL (F.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997, n° 95-19.630, *RD rur.1999*, *JurisClasseur Notarial Formulaire*, Fasc. 10, LexisNexis, 1^{er} juill. 2018 (act. 22 nov. 2018).

SAGOT-DUVAUROUX (J.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2019, n° 18-13.383, *RLDC n°174*, 1^{er} oct. 2019.

SAUVAGE (F.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2015, n° 14-21.337, *RJPF n°12*, 18 déc. 2015.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 2016, n° 15-16.160, *RJPF n°7-8*, 1^{er} juill. 2016.

SAVATIER (R.) :

obs. sous Cass. req., 20 oct. 1930, *S.* 1931, jur., p. 29 ; *RTD civ.* 1931, p. 192.

SAVOURÉ (B.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n°16-13.151, *AJ Fam.*, 2017, p. 598.

TANI (A.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 17-16.515, *Dr. fam. n°10*, oct. 2018, comm. 243.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 sept. 2018, n° 17-23.568, *Dr. fam. n°12*, 2018, comm. 284.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 sept. 2018, n° 17-17.604, *Dr. fam. n°12*, 2018, comm. 285.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2018, n° 17-26.020, *Dr. fam. n°12*, 2018, comm. 286.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 2018, n° 16-26.971, *Dr. fam.* 2018, comm. 106.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2018, n° 17-26.566, *Dr. fam. n°1*, janv. 2019, comm. 15.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2018, n° 17-26.149, *Dr. fam. n°1*, janv. 2019, comm. 10.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2018, n° 17-27.982, *Dr. fam. n°3*, mars 2019, comm. 58.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2018, n° 17-17.551, *Dr. fam. n°3*, mars 2019, comm. 61.

obs. sous L. fin., 28 déc. 2018, n° 2018-1317, art. 122, *Dr. fam. n°3*, mars 2019, comm. 53.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2019, n° 18-14.580, *Dr. fam. n°5*, mai 2019, comm. 11.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 2019, n° 18-16.153, *Dr. fam. n°1*, janv. 2020, comm. 16.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 2019, n° 18-23.762, *Dr. fam. n°2*, févr. 2020, comm. 30.

obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 12 mars 2020, n° 18-23.730, *Dr. fam.*, comm. 105.

obs. sous Cass. com., 2 mars 2022, n° 20-20.173 : *Dr. Fam. n° 5*, mars 2022.

TORRICELLI-CHRIFI (S.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198, *RLDC n°153*, 1^{er} nov. 2017.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *RLDC 2016-11*, p. 30.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2018, n° 17-27.822, *Dr. fam. n°3*, mars 2019, comm. 54.

USUNIER (L.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et n°16-17.198, *RTD civ.* 2017, p. 833.

VAREILLE (B.) :

obs. sous Cour EDH, 1^{er} févr. 2000, *D.* 2000, p. 626.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2013, n° 12-17.420, *RTD civ.*, 2014, p. 698.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n° 16-15915, *Defrénois n°18-20*, 3 mai 2019, p. 31.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2018, n° 17-27982, *Defrénois n°18-20*, 3 mai 2019, p. 30.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janv. 2019, n° 18-10.459, *RTD civ.*, 2019, p. 638.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2019, n° 18-13.890, *RTD civ.*, 2019, p. 646.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2019, n°18-22810, *Defrénois n°04*, 23 janv. 2020, p. 35.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 mars 2021, n° 19-21.463 : *Dr. fam.* 2021, comm. 21,

VERGARA (O.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2015, n° 14-21287, *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 24.

obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 10 sept. 2015, n° 14-20017, *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 34.

VERNIERES (C.) :

obs. sous CAA Paris ch. réunies, 20 déc. 2018, *Defrénois* n°12, 21 mars 2019, p. 33.

VINCENT (D.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *Dr. fam.* n° 5, étude 13.

YILDIRIM (G.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 mars 2015, n° 14-10660, *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 11.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2015, n° 14-11845, *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 12.

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 23 sept. 2015 n° 14-15428, *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 14.

obs. sous CE, 15 avr. 2015, n° 365655, *LPA*, 29 mai 2017, n° 106, p. 26.

ZALEWSKI-SICARD (V.) :

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2018, n°17-22.269 et n° 16-15.915, *RLDC* n°163, 1^{er} oct. 2018.

VI – SITES INTERNET ET RESSOURCES NUMERIQUES

- Académie française : <http://www.academie-francaise.fr>
- Bibliothèque nationale de France : www.gallica.bnf.fr
- Bibliothèque numérique Cujas : <http://biu-cujas.univ-paris1.fr>
- CEDH : <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fre>
- CJUE : <https://curia.europa.eu/jcms>
- Conseil de l'Europe : <https://www.coe.int/en/web/portal/home>
- Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>
- Conseil national des barreaux : <https://www.cnb.avocat.fr>
- Conseil supérieur de la magistrature : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>
- Conseil supérieur du notariat : <https://www.notaires.fr>
- Cour de cassation : <https://www.courdecassation.fr>
- CRIDON sud-ouest : <http://www.cridon-so.fr>
- Dictionnaire Larousse : www.larousse.fr
- Dictionnaire Littré : www.littre.reverso.net
- INSEE : <https://insee.fr/fr/accueil>
- Légifrance : www.legifrance.fr
- Ministère de la justice : <http://www.justice.gouv.fr>
- Union européenne : https://europa.eu/european-union/index_fr
- Les succession internationale dans l'UE : <http://www.successions.org>

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes numérotés)

A

- Antiquité : 7
- Accroissement
- clause : 196 et s.
 - fiscalité : 197
- Acte de notoriété : 296
- Action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs : 116, 175, 187, 190
- Adoption
- bel-enfant : 76
 - plénière : 152
 - simple : 152
- Allemagne
- exhérédation : 379
- Angleterre et Pays de Galles
- *family provisions v. équivalent fonctionnel*
 - *ILOTT v. The Blue Cross* : 235
 - *inheritance act* : 235
- Anticipation juridique : 5, 31, 33 et s.
- Anticipation successorale
- définition : 5, 44 et s.
 - doctrine : 45 et s.
 - fondements : 50 et s.
 - jurisprudence : 49
 - nature : 30, 38
 - objectif : 82 et s.
 - pratique : *v. planification* : 62 et s.
 - prévisibilité : 56 et s.
 - règlement (UE) 650/2012 : 213 et s.
 - volonté : 51 et s.
- Arbitrage : 328
- Ascendants ordinaires
- pension alimentaire : 124, 259
- Ascendants privilégiés
- droit de retour légal : 119
 - réserve : 116
- Assurance-vie
- aléa : 194
 - évolution : 363
 - primes manifestement exagérées : 195
 - qualification : 192
 - rapport : 193
 - réduction : 193
- Attribution préférentielle
- bénéficiaires : 133
 - contentieux : 292, 315, 344
 - droit de police : 133
- Audit
- droit international : 89
 - matière : 349
 - objectif : 82 et s.
 - patrimonial : 75
- Autriche
- exhérédation : 377 et s.
- Avantage indirect : 185
- Avantages matrimoniaux : *Régimes matrimoniaux, Action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs* : 187

B

- Balzac : 246
- Beaubrun : 105
- Bel-enfant, beaux-parents : 175
- Biens numériques : 153, 259

C

Cadeaux : *v. Présents d'usage* : 184

Cantonnement de la libéralité : 223, 226

Carbonnier : 6, 107, 157, 160, 227

Certificat successoral européen : 212

Charges de la succession

- créance de salaire différé : 124, 292
- droits de mutation : 79, 178, 197, 296
- frais funéraires : 11

Clause

- d'accroissement : *v. accroissement*
- d'inaliénabilité : 36
- pénale (*in terrorem*) : 328, 329

Code civil (1804) : 99 et s.

Concubin : 150, 176

Conjoint survivant

- adoption simple : 76
- attribution préférentielle : *v. attribution préférentielle*
- conversion de l'usufruit : 122, 177, 302
- créance : 266, 267 et s.
- divorce : 151
- droit temporaire au logement : 126, 300
- droits successoraux : 176
- droits viagers au logement : 265, 267, 300
- histoire : 157
- imputation des libéralités : 169
- mesures conservatoires : 177
- pension alimentaire : 266, 268, 269
- quotité disponible entre époux : 177
- réserve héréditaire : 176
- réversion (retraite) : 300
- saisine : 118
- sociologie : 176
- vocation en propriété : 176
- vocation en usufruit : 176

Conservation des biens dans la famille : 52, 59, 85, 169

Contentieux

- aléa : 313
- causes : 291 et s.
- chiffres : 289
- *Common law* : 305
- compétence d'attribution : 177, 253, 280, 297
- conjoint survivant : 300 et s.
- dilatoire : 295
- évaluation : 296
- évolution : 304
- exhérédation : *v. exhérédation causée*
- intérêt à agir : 292

- international : 298
- le temps : 241, 314, 315, 316
- notaire : 294
- notion : 85 et s.
- partage : 297
- précontentieux : 309 et s.
- prévisibilité : 61
- procédures : 311 et s.
- procès verbal de désaccord : 334 et s.
- procès verbal de difficulté : 333
- régime matrimonial : 301

Contractualisation : 151, 160, 164 et s., 169 et s., 353, 355

D

Darwinisme normatif : 258 et s., 304

Dettes de valeur

- écueil : 316, 340
- évolution : 342

Dévolution ordinaire

- fondements : 154

Dévolution volontaire : 9

Dévolutions particulières : *v. Bail, Droit de retour, Propriété littéraire et artistique, Souvenirs de famille, Sépulture* : 100

Divorce : 150 et s.

Donation

- droit de retour : 119
- mise à disposition d'un logement : 185
- notion : 180
- présents d'usage : *v. cadeaux*
- rémunérateur : 188

Données personnelles : 207

Droit des coutumes

- douaires : 18
- légitime : 17
- réserve : 16
- tendances : 14, 15
- Tiers de Normandie : 19

Droit de retour légal : 59, 119

Droit de la transmission :

- pluridisciplinaire : 70 et s.
- sources : 64 et s.

Droit écrit : 13

Droit international privé

- attribution préférentielle : 133
- certificat successoral européen : 212
- droit de police : 130, 131, 132
- droit de prélèvement : 158, 219, 233, 252, 254 et s., 271, 279, 282, 304
- exception d'ordre public international : 135 et s.
- fondamentalisation : 224
- ordre public : 154 et s.
- pacte successoral : 212
- règlement européen : 212 et s.
- réserve héréditaire : 140
- théorie générale : 129

Droit révolutionnaire : 97 et s.

Droit romain

- formalisme : 10
- légitime : 17
- liberté : 8, 9
- loi des 12 tables : 9
- nouvelles : 12
- *officium pietatis* : 10
- *quarta falcidia* : 11
- *querella inofficiosi testamenti* : 11
- volonté, liberté : 8 et s.

Droits fondamentaux

- droit à hériter : 248, 277

Dyarchie : 4, 27, 28, 29, 143, 144, 280

E

Économie et succession : 106, 164, 207, 246 et s.

Égalité

- égalité du partage : 120

Enfant : *v. filiation*

Équilibre :

- connaissance de l'interdit : 261
- contestations : 251, *v. Le Play*
- fonction : 260
- fondements : 234 et s.
- théorie : 239, 240

Estate planning :

- notion : 74
- pratique *v. Will Substitutes*

Espagne

- exhérédation : 382

Exécuteur testamentaire : 321

Exhérédation

- définition : 372
- forme (testamentaire) : 374
- histoire : 372, 373
- portée : 375

Exhérédation causée

- assurance-vie : 459
- capacité à agir : 422
- causes : 400, 402 et s.
- compétences : 427, 428
- équilibre : 406 et s.
- inspiration : 413 et s.
- intérêt à agir : 424
- international : 460
- justification : 397 et s.
- liquidation : 455 et s.
- opportunité : 399
- pardon : 445
- prescription : 426
- procédure : 434 et s.
- qualité à agir : 423
- rédaction : 446 et s.
- rôle du juge : 405

F

Famille

- mutations contemporaines : 149 et s.

Filiation

- évolution : 149
- gestation pour autrui, procréation médicalement assistée : 152

Fiscalité

- assurance-vie : 192
- conjoint et partenaire de PACS : 178
- évolution : 364
- impôt successoral : 125 et s.
- objectif : 87
- rapport fiscal : 60
- réforme : 153
- tontine : 197

H

Habilitation familiale (option successorale)

Héritage

- fondements : 107
- sociologie : 156

I

Impôt successoral : *v. Fiscalité*

Imputation des libéralités : 116

Indignité

- limites : 385
- notion : 384

Indivision successorale : 297

- mandataire successoral : 297

Ingénierie du patrimoine :

- audit patrimonial : 75 et s.
- audit patrimonial international : 80
- définition : 73

Institution contractuelle : 157, 186, 261 et s.

Inventaire : 177, 321

L

La Fontaine : 1

Lavialle : 116, 163, 169

Le Play : 246 et s.

Lésion : *v. partage*

Libéralité

- cantonnement : 323, 329
- donation : *v. donation*
- institution contractuelle : 157, 177
- intention libérale : 182
- libéralité graduelle et résiduelle : 174
- notion : 180
- réduction : 169 et s.

Libéralité-partage : 41

- rapport : 54, 169
- transgénérationnelle : 319

Licitation : 297, 316, 334, 344

Littérature : 5

M

Majeur protégé (option successorale) : 58

Mandats successoraux

- mandat à effet posthume : 322
- mandat judiciaire : 297

Marx : 154, 227

Masse de calcul de la quotité disponible : 116, 184, 278

Mazurek : 140

Mirabeau : 246

Modes alternatifs de règlement des différends : *v. pré-contentieux, arbitrages*,

Mort : 1

Mort civile : 41

N

Néolibéralisme successoral : 164 et s., 217, 258

Notaire

- acte de notoriété : 295
- désignation : 294
- partage judiciaire : 297
- rôle : 295 et s.

O

Obligation alimentaire

- conjoint survivant : 157
- enfants : 259, 275
- *family provisions* : 235
- réserve héréditaire : 173, 259

Option du conjoint : *v. conjoint*

Option successorale

- recel : *v. recel*
- sommation : 295

Ordre public : 6

Ordre public successoral

- conservation de l'usufruit : 123
- créances : 124
- définition : 105 et s.
- droit de retour : 119
- droit international privé : 126, 141, 219 et s., 222
- évolution : 109 et s.
- impôt successoral : *v. fiscalité*
- nature : 93
- négation : 109 et s., 162
- notions : 101
- notion cadre : 102, 112 et s.
- partage : 120
- prohibition des pactes sur succession future : 117
- réserve héréditaire : 116
- saisine : 118
- substitution fidéicommissaire : 117

Ordre public de transmission : 126

Origine (des biens) : 16

P

Pacte civil de solidarité (PACS) : 150, 176

Pacte sur succession future

- article 918 : 172
- article 924-4 : 172
- fondements de la prohibition, histoire : 177
- institution contractuelle : *v. conjoint*
- notion : *v. ordre public successoral*
- ordre public : *v. ordre public successoral*
- renonciation anticipée : 173

Partage : 120

- action en complément de part : 120
- amiable : 311
- attribution préférentielle : 292, 315
- date d'évaluation : 169, 316, 319, 340
- égalité : 120, 246
- indivisaire défaillant : 295, 297, 313
- judiciaire : *v. contentieux*
- tirage au sort : 313
- transactionnel : 308

Patrimoine (théorie) : 85

Planification successorale : 40, 74, 82

Prélèvement (ancien droit de) : *v. Droit international privé*

Prélèvement (nouveau droit de)

- avenir : 366
- équilibre : 369
- méthode : 367
- projet de code DIP : 370
- questionnement : 368
- rapport sur la réserve : 365
- résurgence et débats : 365

Présent d'usage : *v. cadeaux*

Pré-succession : 41

Propriété collective : *v. Souvenirs de famille*

Q

Quotité disponible : *v. Réserve héréditaire*

Quotité disponible spéciale entre époux : 177, 302

- évolution : 362

R

Rapport des libéralités

- assurance-vie : *v. assurance-vie*
- avantage indirect : 185
- dette de valeur *v. ce mot*
- donation-partage : 54, 121
- mise à disposition d'un logement : 185
- présent d'usage : *v. cadeaux*
- rapport fiscal : *v. fiscalité*

Recel

- limites : 387
- notion : 386

Réduction pour atteinte à la réserve

- assurance-vie : *v. assurance-vie*
- conservation des biens dans la famille : 169
- donation déguisée : 190
- donation-partage : 54, 121
- en nature : 169
- en valeur : 169
- institution contractuelle : *v. conjoint*
- masse de calcul : 116
- prescription : 162
- présent d'usage : *v. cadeaux*
- renonciation anticipée : *v. renonciation anticipée à l'action en réduction*
- revendication : 169

Régimes matrimoniaux

- avantages matrimoniaux : 187
- contribution aux charges du ménage : 189

Règlement (UE) 650/2012

- anticipation successorale, prévisibilité, volonté : *v. anticipation successorale*
- fondamentalisation : 225 et s.
- histoire : 203
- objectifs : 208, 209, 210, 211
- *professio juris* : 218
- travaux préparatoires : 204, 205, 207

Renonciation anticipée à l'action en réduction : 173

Réserve héréditaire

- aliments : 259
- ascendants : 116, 162
- charges : *v. clauses*
- conjoint survivant : 176, 303
- définition : 116
- droit comparé : 223
- équivalent fonctionnel : 234, 235
- évolution (*quantum*) : 358 et s.
- indignité : *indignité successorale*
- libéralités entre époux : *v. Quotité disponible spéciale*
- nature : 359 et s.
- rapport : 256 et s.

Retour légal : *v. droit de retour*

U

Réunion fictive : *v. réduction pour atteinte à la réserve*

Undue influence : 305

Révocation (libéralités)

Usufruit

- inexécution des charges : 389
- ingratitude : 390
- limites : 392
- notion : 388
- procédure : 391

- conjoint survivant : 76
- conversion : 122

V

Révolution (1789) : *v. Droit révolutionnaire*

Valorisme : *v. Dette de valeur*

S

W

Saisine : 118

Will Substitutes : 74

Sociologie : 147, 246

Souvenirs de famille : 126

Succession à la personne ou aux biens : 74, 107, 118

Succession anormale : 85, 126

Succession internationale : *v. Droit international privé*

Succession légale ou volontaire : 52, 246

Suisse

- exhéredation : 381

T

Tocqueville : 246

Tontine : *v. clause d'accroissement*

Transaction : 302

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
A - Le postulat d'un équilibre structuré et structurant.....	4
B - La contextualisation d'une dyarchie.....	13
C - De la confrontation à la problématique.....	24
PREMIÈRE PARTIE - L'INTERDÉPENDANCE DES NOTIONS D'ANTICIPATION SUCCESSORALE ET D'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL	31
TITRE I - UNE DYARCHIE STRUCTURÉE.....	37
Chapitre I - LA NATURE DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE	41
Section 1 - La notion d'anticipation successorale	42
§ 1 - Les conceptions de l'anticipation successorale	43
A - La genèse de l'anticipation successorale	43
1 - Les conceptions de l'anticipation en droit	44
2 - Le concept d'anticipation et de planification en droit des successions.....	47
B - Les définitions juridiques de l'anticipation successorale	55
1 - L'anticipation successorale vue par la doctrine.....	55
2 - L'absence d'une conception unitaire	59
§ 2 - Les fondements de l'anticipation successorale.....	61
A - La volonté du <i>de cuius</i>	62
1 - La place de la volonté en droit successoral.....	62
2 - L'importance de la volonté dans l'anticipation successorale	65
B - La prévisibilité et la pérennité.....	68
1 - La prévisibilité à l'épreuve de l'humain	69
2 - La prévisibilité et l'évolution des lois.....	74
3 - La prévisibilité à l'épreuve du contentieux	76
Section 2 - La pratique de l'anticipation successorale.....	76
§ 1 - La conception pratique de l'anticipation successorale	77
A - Une pratique pluridisciplinaire	77
1 - Les sources plurielles du droit de la transmission	78
2 - Des sources liées entre elles	81
B - L'exercice de l'anticipation successorale	82

1 - Les manifestations professionnelles de l'anticipation successorale	82
2 - La méthode de l'anticipation successorale	87
§ 2 - La finalité de la planification successorale	95
A - Les objectifs de la planification successorale interne.....	95
1 - La protection de la personne	96
2 - La transmission d'un patrimoine.....	97
3 - Les objectifs connexes	99
B - Les objectifs de la planification successorale internationale	101
Chapitre II - LA NATURE DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL.....	105
Section 1 - La SÉDIMENTATION RÉCENTE D'UNE NOTION.....	107
§ 1 - Le droit révolutionnaire.....	108
A - Les prémices d'une révolution législative	108
B - La parenthèse révolutionnaire	109
§ 2 - Le Code civil et ses Évolutions	112
A - Le Code civil, une œuvre de compromis.....	112
B - L'évolution des règles successorales au XIX ^{ème} et au XX ^{ème} siècle.....	114
Section 2 - La notion d'ordre public successoral en droit interne.....	116
§ 1 - L'appréhension de l'ordre public successoral.....	117
A - Les visions doctrinales de l'ordre public successoral.....	118
1 - L'apport de Marcel Beaubrun.....	118
2 - La conception par composantes.....	120
3 - La conception holiste	123
B - Les doutes sur la persistance de la notion	126
1 - La négation d'une notion.....	126
2 - Des références discrètes en dehors de la doctrine.....	131
§ 3 - La caractérisation d'une notion cadre.....	132
A - Un cadre d'ordre public	133
B - Des éléments constitutifs hétérogènes	136
1 - Les éléments classiques de l'ordre public successoral.....	136
2 - Les autres composantes impératives	139
3 - Vers une vision plus large des composantes	144
Section 3 - Les manifestations de l'ordre public successoral en droit international privé	146
§ 1 - Le paradigme international.....	146
§ 2 - Les lois d'application immédiate	152
A - Un mécanisme puissant de contrôle.....	152
B - Un mécanisme inexploité et inexploitable	154

§ 3 - L'exception d'ordre public international.....	158
A - Un champ d'application limité	158
B - Une défense ciblée de l'ordre public successoral.....	164
TITRE II - UNE DYARCHIE STRUCTURANTE.....	175
Chapitre I - L'INFLUENCE DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE SUR L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL INTERNE	179
Section 1 - L'emprise de l'anticipation successorale sur la législation.....	180
§ 1 - L'essor du libéralisme.....	180
A - L'évolution du paradigme de la transmission	182
1 - L'évolution de la famille et du patrimoine	182
2 - Famille et patrimoine : des notions liées	188
B - Une anticipation nécessaire face à une législation inadaptée	191
§ 2 - Un changement de paradigme législatif	195
A - Une libéralisation de la réflexion législative	195
1 - Les règles successorales : un frein à la transmission	197
2 - Le paradoxe d'un ordre public successoral réaffirmé	199
B - L'hégémonie de la volonté	200
Section 2 - La réaction de l'ordre public successoral.....	203
§ 1 - L'adaptation de l'ordre public successoral.....	204
A - Une réduction en valeur	205
B - Une contractualisation de la transmission	208
C - L'influence du lien de conjugalité	215
§ 2 - L'ordre public successoral occulté	221
A - La présence d'une libéralité.....	222
1 - Les éléments constitutifs de la libéralité.....	222
2 - Anticiper la disqualification de libéralité	225
3 - Anticiper la qualification de libéralité grâce au lien de conjugalité	229
B - Le cas particulier de l'aléa.....	235
1 - Le contrat d'assurance-vie.....	236
2 - La clause d'accroissement	243
Chapitre II - LA PLACE DE L'ANTICIPATION SUCCESSORALE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	251
Section 1 - L'emprise de l'autonomie de la volonté et de la prévisibilité	252
§ 1 - L'influence de l'anticipation successorale	252
A - La construction d'un droit des successions internationales.....	253
1 - Les racines d'un droit unifié.....	254
2 - Des études importantes	255

B - Le projet de règlement sur les successions internationales	259
1 - Des analyses et un constat.....	259
2 - Les objectifs.....	261
§ 2 - Les manifestations positives de l'anticipation successorale	267
A - La prévisibilité par l'unicité.....	268
B - Libéralisme et autonomie de la volonté	271
Section 2 - Le recul en trompe l'œil de l'ordre public successoral	280
§ 1 - L'incidence d'influences exogènes	282
A - L'influence européenne sur l'ordre public successoral.....	283
B - La fondamentalisation de l'ordre public	288
§ 2 - La relativité d'un effacement.....	296
A - L'appréciation des liens avec le <i>for</i>	296
1 - La justification d'une différence de traitement	297
2 - Une défense subsidiaire	299
B - L'analyse primaire du droit étranger.....	300
1 - La recherche de règles similaires	300
2 - La notion d'équivalent fonctionnel.....	303
SECONDE PARTIE LE NÉCESSAIRE ÉQUILIBRE ENTRE L'ANTICIPATION	
SUCCESSORALE ET L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL.....	317
TITRE I - UN ÉQUILIBRE ESSENTIEL À LA TRANSMISSION.....	323
Chapitre I - L'ÉQUILIBRE JURIDIQUE DE LA TRANSMISSION	327
Section 1 - Le principe d'un équilibre contesté	328
§ 1 - Les fondements fragiles de l'équilibre	328
A - Les origines de la contestation	328
B - Une proposition remarquée.....	332
§ 2 - Un Équilibre instable	336
A - La persistance d'un débat.....	336
B - Les conséquences du débat.....	346
1 - Une mission orientée	347
2 - Les conséquences sur l'équilibre	354
Section 2 - Les conséquences prévisibles d'un équilibre rompu.....	358
§ 1 - Une conception nouvelle de l'ordre public successoral.....	358
A - Une nouvelle corrélation entre condition et protection.....	358
B - Les notions de précarité économique ou de besoin.....	366
§ 2 - Les conséquences de cette nouvelle protection réservataire.....	373
A - Le rétablissement de l'ordre public successoral.....	373
B - Les conséquences pratiques	376

Chapitre II - LA PROBLÉMATIQUE JUDICIAIRE.....	381
Section 1 - Une incompatibilité entre prévisibilité et contentieux.....	382
§ 1 - Le contentieux successoral.....	383
A - La réalité du contentieux successoral.....	384
B - Les causes du contentieux actuel	386
1 - Les causes génériques du contentieux successoral.....	386
2 - Le contentieux lié à l'anticipation successorale.....	392
3 - Les causes du contentieux successoral liées au conjoint survivant.....	394
C - Le contentieux systémique de demain	397
§ 2 - Des règles inadaptées et inadaptables.....	399
A - Le problème du contentieux successoral.....	399
1 - La transaction et la volonté anticipative.....	400
2 - Les lacunes du précontentieux	400
3 - La planification et la voie judiciaire	403
B - La difficile anticipation du contentieux.....	409
1 - Le recours à l'anticipation successorale concertée	410
2 - L'anticipation successorale unilatérale et l'anticipation du contentieux.....	411
3 - Anticiper le contentieux international des successions.....	414
Section 2 - Les pistes d'un contentieux sécurisé	415
§ 1 - L'importance du précontentieux	416
A - Le rôle de la volonté dans le précontentieux	416
1 - Anticipation successorale et clause compromissoire	416
2 - L'opportunité des clauses <i>in terrorem</i>	419
B - Le contrôle de la loi dans le précontentieux.....	423
1 - Une hésitation chronique	423
2 - Le procès-verbal de difficulté	425
3 - Vers un nouvel outil de contrôle.....	427
§ 2 - Agir sur la procédure et les règles liquidatives	432
A - Sécuriser la liquidation et l'exécution de la succession.....	432
B - Déjudiciarisation et inefficience	435
Conclusion du chapitre II.....	437
Conclusion du titre I.....	439

TTTRE II - PROPOSITION D'UN ÉQUILIBRE RESTAURÉ	441
Chapitre I - UNE NOUVELLE CONCEPTION DE L'ÉQUILIBRE SUCCESSORAL	445
Section 1 - La recherche d'un équilibre successoral efficient	446
§ 1 - Développer l'anticipation successorale concertée	446
A - Les vertus de l'anticipation successorale concertée	447
B - L'ode à la concertation.....	450
§ 2 - La place de l'ordre public successoral	451
A - Les voies d'une évolution interne	451
1 - Le montant de la réserve	451
2 - Les autres pistes d'évolution	455
3 - Une réforme de la fiscalité	462
B - La problématique internationale	465
Section 2 - L'exhérédation, une piste inexplorée.....	483
§ 1 - La suppression de l'émolument en droit français	484
§ 2 - La suppression de l'émolument en droit étranger	488
A - Le droit autrichien	488
B - Le droit allemand.....	491
C - Le droit Suisse.....	493
D - Le droit espagnol	495
§ 3 - La suppression indirecte de l'émolument en droit français.....	500
A - L'indignité successorale	500
B - Le recel successoral	502
C - La révocation des libéralités.....	503
Conclusion du chapitre I.....	507
Chapitre II - L'EXHÉRÉDATION JUDICIAIRE CAUSÉE	509
Section 1 - L'exhérédation a l'épreuve de l'équilibre	511
§ 1 - L'exhérédation et la doctrine française.....	511
A - Un rejet de principe	511
B - Une possibilité pour l'avenir de la transmission	514
§ 2 - Une piste opportune pour l'équilibre	517
A - L'opportunité de l'exhérédation.....	517
1 - L'exhérédation par volonté testamentaire unilatérale	517
2 - L'exhérédation par voie judiciaire	519
B - Une chance pour l'équilibre	521
1 - Une antinomie d'apparence	522
2 - La validité de l'exhérédation judiciaire	525

Section 2 - Le régime de l'action en exhérédation	527
§ 1 - Le régime juridique de l'action en exhérédation	527
A - La réflexion sur les causes de l'exhérédation	527
B - La réflexion sur les préalables à l'action en justice	535
1 - Les conditions liées à la personne du demandeur	536
2 - Les conditions liées au défendeur à l'action	537
3 - Le temps de l'action	538
4 - Les conditions liées à la juridiction	539
§ 2 - Le régime procédural de l'action en exhérédation.....	541
A - Les régimes procéduraux existants.....	541
B - La procédure d'exhérédation causée.....	543
1 - La saisine du Tribunal Judiciaire	543
2 - L'instruction de la demande.....	545
3 - Décision et voie de recours.....	546
4 - La transmissibilité de l'action.....	547
C - L'exécution de la décision d'exhérédation.....	548
1 - L'autorité et la force de chose jugée	549
2 - Le pardon.....	550
D - Proposition de rédaction	551
Section 3 - Les conséquences successorales.....	552
§ 1 - Les conséquences de l'exhérédation sur la dévolution successorale	552
§ 2 - Les conséquences de l'exhérédation sur la liquidation successorale	554
§ 3 - Les conséquences connexes	555
Conclusion du chapitre II	559
Conclusion du titre II	561
Conclusion de la partie II	563
CONCLUSION GÉNÉRALE	567
BIBLIOGRAPHIE	573
INDEX ALPHABÉTIQUE	611
TABLE DES MATIÈRES.....	619

L'ANTICIPATION SUCCESSORALE À L'ÉPREUVE DE L'ORDRE PUBLIC SUCCESSORAL

RÉSUMÉ

Le droit des successions et des libéralités, et plus généralement le droit de la transmission, est fondé sur un équilibre entre la volonté du *de cuius* et ses limites. Cette dyarchie structure la matière depuis son origine offrant tantôt un rapport de force protecteur pour les héritiers tantôt une grande latitude au *de cuius* pour anticiper selon sa volonté les conséquences de sa succession future. Nous théorisons que cette dyarchie - particulièrement fragile - se matérialise dans l'interdépendance entre les deux notions que sont l'anticipation successorale et l'ordre public successoral, miroir de la volonté et des limites. Depuis plusieurs années, l'influence croissante de la volonté a eu des conséquences sur l'évolution des règles coercitives de la transmission. En droit interne, cette influence est incitée par un mouvement de néolibéralisme successoral. En droit international, l'équilibre de la transmission est aussi mis à l'épreuve. L'anticipation successorale, portée par l'autonomie de la volonté et l'impérieux besoin de prévisibilité, s'épanouit, profitant d'un contre-pouvoir discret et d'une fondamentalisation de l'ordre public. C'est ainsi, que l'influence de plus en plus importante de la volonté et de ses modes d'expression est venue créer un nouvel équilibre, voire un déséquilibre, entre les notions structurantes de la dyarchie de transmission. Or, l'équilibre dans le droit successoral, au-delà d'être purement théorique, est notamment nécessaire pour la pratique efficiente de la matière. La réflexion anticipative se fondant à la fois sur la volonté du *de cuius* et sa prévisibilité, l'effacement du contrôle de la volonté par l'évolution/l'effacement des règles coercitives téléscopent la prévisibilité et fragilise la pratique de la transmission. Ne connaissant pas de limites *in abstracto*, la volonté ne peut s'autoréguler et tend à transformer une matière juridique en une matière judiciaire, laissant au juge le soin de contrôler la volonté du défunt. Le contentieux successoral qui en serait consubstantiel préjudicierait grandement à la nature même de l'anticipation successoral. Conscient néanmoins que la matière doit s'adapter aux évolutions des aspirations de la société, il est alors nécessaire de proposer une évolution de la matière tout en conservant ce précieux équilibre.

MOTS-CLÉS

Anticipation successorale, Succession, Ordre public successoral, Planification, Contentieux, Équilibre

INHERITANCE'S ANTICIPATION TO THE PROOF OF PUBLIC ORDER

ABSTRACT

The law of succession and gifts, and more generally the law of transmission, is based on a balance between the will of the deceased and its limits. This dyarchy has structured the law since its inception, offering both a protective balance of power to the heirs and a great deal of latitude to the deceased to anticipate the consequences of his future succession according to his will. We theorize that this dyarchy - which is particularly fragile - materializes in the interdependence between the two notions of anticipation of succession and public order of succession, which mirror the will and the limits. For several years, the growing influence of the will has had consequences for the evolution of the coercive rules of transmission. In domestic law, this influence is prompted by a movement of neo-liberalism in succession. In international law, the balance of transmission is also being tested. Anticipation of succession, driven by the autonomy of the will and the imperative need for predictability, is flourishing, taking advantage of a discreet counter-power and a fundamentalization of public order. Thus, the increasingly important influence of the will and its modes of expression has created a new equilibrium, even an imbalance, between the structuring notions of the transmission dyarchy. Balance in the law of succession is more than just a theoretical matter; it is also necessary for the efficient practice of the matter. Since anticipatory thinking is based on both the will of the deceased and its predictability, the erasure of the control of the will by the evolution/erasure of coercive rules telescopes predictability and weakens the practice of transmission. Since the will knows no limits *in abstracto*, it cannot regulate itself and tends to transform a legal matter into a judicial matter, leaving it to the judge to control the will of the deceased. The inheritance litigation that would be consubstantial with this would greatly prejudice the very nature of the anticipation of inheritance. Aware nevertheless that the matter must adapt to the changing aspirations of society, it is necessary to propose an evolution of the matter while preserving this precious balance.

KEYWORDS

Anticipation, Succession, Public order, Planning, Litigation, Balance

UNITÉ DE RECHERCHE

Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine (IRDAP) - EA4191 Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit Bât. Recherche économie, 2^e étage, 33608 Pessac cedex