

# Université Panthéon-Assas

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le lundi 17 décembre 2012

Thèse de Doctorat / décembre 2012

## Les droits de retour légaux des articles 738-2 et 757-3 du Code civil



Université Panthéon-Assas

**Guillaume PARIS**

Sous la direction de Monsieur le Professeur Michel Grimaldi

**Membres du jury :**

Monsieur le Professeur Michel GRIMALDI, directeur de thèse

Monsieur le Professeur Marc NICOD, rapporteur

Monsieur le Professeur Bernard VAREILLE, rapporteur

Monsieur le Professeur Yves LEQUETTE

Maître Jean-François SAGAUT



## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



## **Remerciements**

*A mes grand-mères, à ma mère, à mon père, à mes beaux-parents, à ma femme. Chacun a été pour moi, le plus fidèle des soutiens. Ce travail leur est affectueusement dédié.*

*A Monsieur le Professeur Grimaldi, pour ses précieux et éclairants conseils ainsi que pour ses appréciables encouragements.*

*A Monsieur le Professeur LEQUETTE, à Monsieur le Professeur NICOD, à Monsieur le Professeur VAREILLE et à Maître SGAUT pour l'honneur qu'ils me font de prendre part au jury.*

**Résumé :**

Le droit de retour légal est celui en vertu duquel une personne succède à des biens qui avaient été remis gratuitement au défunt décédé sans postérité. Il s'agit d'une institution ancienne dont le fondement premier était traditionnellement la conservation des biens dans la famille. Apparu en droit romain, appliqué dans l'ancien droit français, le retour légal fut inséré in extremis dans le Code Napoléon, à côté du droit de retour de nature conventionnelle qu'il est loisible aux parties de stipuler.

Des trois cas de retour prévus en 1804, deux furent supprimés par la loi du 3 janvier 1972. Il fallut attendre la loi du 3 décembre 2001 pour qu'à l'article 757-3 un nouveau droit de retour légal soit instauré au bénéfice des frères et sœurs qui, du fait de la réforme, se trouvaient primés par le conjoint dans la dévolution ab intestat. Puis la loi du 23 juin 2006 instaura à son tour à l'article 738-2 un droit de retour légal au profit des père et mère qui venaient de perdre leur qualité d'héritier réservataire.

Dans ces deux cas, on observe que l'instauration du droit de retour légal constitue une contrepartie, pour les uns de leur exclusion de la dévolution par le conjoint, pour les autres de la perte du bénéfice de la réserve : fonction originale pour un droit de retour légal.

Si les fondements des textes nouveaux ne sont pas évidents à mettre en lumière, leurs régimes novateurs soulèvent également de nombreuses difficultés d'applications et d'interprétations. Naguère, le retour légal organisait la dévolution successorale d'un bien en fonction de son origine dont il résultait une dualité de succession. Aujourd'hui, le retour légal n'organise plus que la dévolution successorale d'une portion de bien en tenant compte de son origine et l'on doute qu'il constitue dans tous les cas une succession anormale impliquant une dualité de succession.

Ces incertitudes engagent à se demander s'il est possible de déroger au retour légal et comment. Au-delà de la dérogation conventionnelle, la modification et même l'abrogation des textes doivent être envisagées.

**Descripteurs : droit de retour légal, article 757-3 C.civ., article 738-2 C.civ.**

**Abstract:**

The statutory reversion right is the right under which a person inherits assets which were returned free of charge to the deceased who died leaving no descendants. It is an old institution which primary basis is, traditionally, the preservation of assets in the family. Established in Roman law, applied in old French law, statutory reversion was inserted in extremis in the Napoleonic code (the French civil code) next to the conventional reversion right which can be stipulated by the two parties within the framework of a transfer contract *inter vivos*.

Out of the three cases provided in 1804, two were removed by the law of January 3, 1972. But it was not until December 3, 2001 that was established, in article 757-3 of the Civil Code, a new statutory reversion right in favour of the brothers and sisters, who, as a consequence of the reform, were superseded by the spouse in the transfer under intestate succession. Then the law of June 23, 2006 established, in turn, in article 738-2 of the Civil Code, a statutory reversion right in favour of the father and mother who had just lost their qualification of rightful heirs.

In both cases, we can notice that the establishment of the statutory reversion right constitutes a counterpart, on one hand according to the exclusion for transfer by the spouse, on the other hand, the loss of the benefit of reservation: a particular role for the statutory reversion right.

If the bases of the new texts are not easily highlighted, their innovative schemes also raise numerous difficulties of application and interpretation. Formerly, statutory reversion established transmission of property by inheritance according to its origin from which a duality in terms of inheritance resulted. Nowadays, statutory reversion only establishes transmission of property by inheritance of a portion of goods, taking into account its origin, and this raises some doubt as to whether it shall constitute, in all cases, an anomalous succession implying duality in terms of inheritance.

This results in uncertainties which lead to wonder if it is possible to derogate from the statutory reversion and how this could be done. Beyond variation by agreement, the modification and even the repeal of texts must be considered.

**Keywords: statutory reversion right, article 757-3 of the Civil Code, article 738-2 of the Civil Code.**

## ***Principales abréviations***

Alinéa : al.

Article : art.

Assemblée nationale : AN

Avril : avr.

Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle) : Bull. crim.

Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile) : Bull. civ.

Bulletin officiel des impôts : BOI

Chapitre : chap.

Chronique : chron.

Circulaire : Circ.

Code des assurances : C. assur.

Code civil : C. civ.

Code de commerce : C. com.

Code général des impôts : CGI

Code pénal : C. pén.

Conclusion : concl.

Confer : cf.

Conseil d'Etat : CE

Contre : c/

Cour d'appel : CA

Cour de cassation : Cass.

Dalloz périodique : DP

Dalloz (Recueil) : D.

Décembre : déc.

Doctrine : doctr.

Droit de la famille : Dr. Famille

Droit fiscal : Dr. fiscal

Droit et patrimoine : Dr. et patr.

Edition : éd.

Fascicule : fasc.

Février : févr.

Gazette du palais : Gaz. Pal.

Grands arrêts – Jurisprudence civile : GAJ civ.

Ibidem : ibid.

Infra : infra

Instruction : instr.

Janvier : janv.

Juillet : juill.

Juris-Classeur (Encyclopédie) : J.-Cl.

Juris-Classeur Périodique Edition générale : JCP G

Juris-Classeur Périodique Edition notariale et immobilière : JCP N

Jurisprudence : jurispr.

Loi : L.

Loi de finances et Loi de finances rectificative : L. fin. et L. fin. rect.

Novembre : nov.

Numéro : n°

Octobre : oct.

Page : p.

Petites affiches (les) : LPA

Rapport : rapp.

Recueil Sirey : S.

Répertoire du notariat Defrénois : Defrénois

Réponse ministérielle : rép. min.

Revue fiscale notariale : RFN

Revue trimestrielle de droit civil : RTD civ.

Septembre : sept.

Sommaire : somm.

Suivant : s.

Supra : supra.

Tome : t.

Tribunal civil : T. civ.

Tribunal de grande instance : TGI

Voir : V.

Volume : vol.

## Sommaire

<b><i>Introduction</i></b>	<b>15</b>
Section 1. Première approche du retour légal	16
Section 2. L'intérêt pratique du retour légal	18
Section 3. Le contexte des réformes récentes dont les deux nouveaux cas de retour légal sont issus	22
§ 1. Le contexte de l'article 757-3 : la nécessaire réforme des droits du conjoint survivant	22
A. La rigueur du Code Napoléon	22
B. La promotion progressive des droits ab intestat du conjoint	23
C. La réforme du 3 décembre 2001	24
§ 2. Le contexte de l'article 738-2 : La réforme en profondeur du droit des successions et libéralités	28
A. Enjeux et objectifs	29
B. Les profondes modifications induites	33
Section 4. Problématique et annonce de plan	37
<b><i>Première partie : Examen du régime légal des articles 757-3 et 738-2</i></b>	<b>38</b>
<b>Première sous-partie : histoire et fondements du retour légal</b>	<b>39</b>
Titre I. Evolution historique de l'institution	39
Chapitre 1. Le déclin d'une institution ancienne	40
Section 1. Une institution ancienne maintenue en 1804	40
§ 1. Le droit romain et l'ancien droit	40
§ 2. Du droit intermédiaire au Code civil des Français	43
§ 3. Les trois cas de retour légal du Code civil	44
A. Le droit de retour légal de l'ascendant donateur	45
1. Conditions tenant aux personnes	45
2. Conditions tenant aux biens	48
B. Le droit de retour des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel	54
Section 2. Une institution marginalisée	56
§ 1. La disparition de deux cas de retour	56
A. La disparition du droit de retour des frères et sœurs légitimes	57
B. La disparition du droit de retour de l'ascendant donateur	57
§ 2. Le maintien du droit de retour dans la succession de l'adopté simple.	59
A. Les raisons du maintien.	60
B. L'évolution des conditions d'application	62
Chapitre 2. Le renouveau du retour légal	64
Section 1. Le nouveau droit de retour des collatéraux privilégiés.	64

Section 2. Le nouveau droit de retour des père et mère _____	67
§ 1. L'abrogation de la réserve des ascendants _____	68
§ 2. Conséquence : l'instauration de l'article 738-2 _____	70
Titre II. Evolution des fondements de l'institution _____	72
Chapitre 1. Les fondements classiques _____	73
Section 1. Les fondements exclus _____	73
§ 1. L'interprétation de la volonté du donateur, un fondement erroné _____	73
A. L'exposé du raisonnement _____	74
B. Les limites et les inadaptations _____	76
§ 2. L'équité un fondement insuffisant _____	79
A. L'expression d'un sentiment _____	79
B. Les faiblesses de l'argument _____	81
Section 2. Le fondement retenu _____	82
§ 1. Le fondement longtemps incontesté _____	82
§ 2. Un fondement encore valable ? _____	85
A. un fondement contestable _____	86
B. un fondement sous-jacent _____	88
Chapitre 2. La recherche de fondements nouveaux _____	91
Section 1. Le retour légal, source de compensation _____	92
§ 1. L'atténuation de la promotion du conjoint survivant _____	92
§ 2. L'atténuation de l'abrogation de la réserve des ascendants _____	96
A. Histoire et fondements de la réserve des ascendants _____	96
1. La légitime de droit romain _____	97
2. la légitime de droit et la réserve coutumière _____	98
3. Le droit intermédiaire et le Code civil _____	99
B. L'abrogation « sans remords » de la réserve des ascendants _____	101
1. Les difficultés pratiques justifiant l'abrogation _____	101
2. La réserve inutile _____	106
C. Les remords à la suite de l'abrogation de la réserve des ascendants _____	107
1. la réfutation des arguments sur l'inutilité de la réserve _____	107
2. L'utilité persistante de la réserve des ascendants _____	108
Section 2. Le retour légal, moyen de solidarité ou de conservation de richesse ? _____	111
§ 1. Le retour légal moyen de solidarité ? _____	111
§ 2. Le retour légal moyen de conservation des richesses ? _____	115
<b>Deuxième sous-partie : Les difficultés de mise en œuvre du retour légal _____</b>	<b>120</b>
Titre I. Les difficultés relatives aux conditions de mise en œuvre du retour légal _____	121
Chapitre 1. Difficultés concernant les conditions relatives aux personnes _____	121
Section 1. Bref rappel des conditions traditionnelles du retour légal quant aux personnes _____	121
§ 1. Conditions tenant à la personne du défunt _____	122

§ 2. Conditions tenant à la personne du bénéficiaire _____	122
Section 2. Difficultés relatives au bénéficiaire du retour _____	123
§ 1. Interrogations relatives à l'article 738-2 : les limites du domaine d'application quant aux bénéficiaires _____	123
A. La question de la prise en compte des ascendants privilégiés sans distinction_	124
1. Une réponse théorique affirmative _____	124
2. La mise en œuvre de l'article 738-2 dans la succession de l'adopté simple _	126
B. la question de la prise en compte des ascendants ordinaires _____	127
1. L'hypothèse de la restauration du droit de retour de l'ascendant donateur__	128
2. L'hypothèse de la simple adjonction des ascendants ordinaires au dispositif existant _____	130
C. la question de la prise en compte des collatéraux privilégiés _____	130
§ 2. Difficulté propre à l'article 757-3 : la discrimination entre collatéraux privilégiés _____	131
§ 3. Difficulté commune à l'article 757-3 et 738-2 : le concours de droits de retour	133
A. Le concours résolu entre les articles 757-3 et 368-1 _____	133
1. la résolution du concours _____	134
2. La mise en œuvre de la solution _____	136
B. Le concours à résoudre dans le cas de l'article 738-2 _____	137
Section 3. Difficultés soulevées en présence du conjoint survivant _____	140
§ 1. Difficulté commune aux deux textes : l'opposition entre la réserve du conjoint et le droit de retour _____	140
A. La difficulté soulevée par le Professeur Goubeaux _____	141
B. la contestation de la difficulté dans le cadre de l'article 757-3 _____	142
C. la constatation de la difficulté dans le cadre de l'article 738-2 _____	146
§ 2. Difficulté propre à l'article 738-2 : l'exercice du droit de retour en présence du conjoint survivant _____	151
A. Les arguments contre _____	152
B. Les arguments pour _____	153
Chapitre 2. Difficultés concernant les conditions relatives aux biens _____	155
Section 1. Difficultés et limites du retour en nature _____	156
§ 1. La conception de l'exigence du retour en nature _____	157
A. L'exigence d'une stricte identité _____	157
B. L'exigence d'un retour en nature par opposition au retour par équivalent ____	160
§ 2. La question de l'admission de la subrogation réelle dans les nouveaux cas de retour _____	162
A. notion et domaine de la subrogation réelle _____	163
B. La subrogation réelle mise à l'épreuve des nouveaux cas de retour _____	165
1. La mise à l'épreuve de l'article 757-3 _____	165
2. La mise à l'épreuve de l'article 738-2 _____	170

§ 3. L'exercice du retour légal sur des biens fongibles _____	173
A. l'exercice du retour légal sur des deniers _____	173
B. L'exercice du retour sur des valeurs mobilières _____	175
Section 2. L'exercice du droit de retour légal sur un bien objet du droit viager au logement du conjoint survivant _____	180
§ 1. La primauté du droit viager dans le cadre de l'article 757-3 _____	182
§ 2. La conciliation des deux droits dans l'hypothèse de l'article 738-2 _____	185
Titre II. Les difficultés relatives aux effets du retour légal _____	186
Chapitre 1. Difficultés concernant le montant du retour _____	187
Section 1. L'indivision et le spectre de la licitation _____	188
Section 2. La détermination in abstracto du montant du retour de l'article 738-2 _____	191
§ 1. L'exposé des deux thèses en présence _____	192
A. La thèse du quart du bien _____	192
B. La thèse du quart de la succession _____	194
§ 2. Le choix d'une interprétation _____	197
A. La mise en œuvre liquidative des deux thèses _____	197
B. La formulation d'un choix _____	207
Section 3. La détermination in concreto du montant du retour légal. _____	209
§ 1. L'exercice du retour en présence d'une donation complexe _____	209
A. le cas de la donation-partage conjonctive ou cumulative _____	210
B. le cas de la donation avec charge _____	213
C. le cas de la donation-partage avec soulte _____	215
§ 2. Le problème de la valorisation _____	218
A. l'estimation du bien objet du retour _____	218
B. La valorisation du droit de retour lui-même _____	220
1. La prise en compte des changements de valeur entre le décès et le partage _	220
2. La prise en compte des changements de valeur imputables à l'activité du défunt ? _____	224
a. Regard sur le droit antérieur _____	224
b. Solution actuelle _____	225
Chapitre 2. Difficultés relatives à la nature du retour _____	230
Section 1. Une nature successorale inchangée _____	231
§ 1. Manifestations et effets de la nature successorale du retour légal _____	231
A. Manifestations de la nature successorale du retour _____	231
B. Principaux effets en résultant _____	232
C. Intérêt de la qualification _____	234
§ 2. Confrontation aux nouveaux cas de retour _____	235
Section 2. Une nature modifiée : de la succession anormale à la succession ordinaire ____	237
§ 1. Manifestations du caractère anormal du retour légal _____	237
§ 2. Confrontation aux nouveaux cas de retour _____	240

A. L'article 757-3, une succession anormale ? _____	240
B. L'article 738-2, une succession anormale ? _____	245
Chapitre conclusif sur la tentation de déroger au retour légal _____	248
<b><i>Deuxième Partie : la dérogation au droit de retour légal</i></b> _____	<b>251</b>
<b>Première sous-partie : l'éviction du retour légal</b> _____	<b>253</b>
Titre I. L'éviction à l'initiative du gratifié défunt _____	254
Chapitre 1. Le droit de retour légal et l'ordre public successoral _____	254
Section 1. Propos introductifs sur la délicate notion d'ordre public _____	255
§ 1. L'obscurité d'une notion évolutive _____	255
§ 2. Les particularités de l'ordre public successoral _____	257
Section 2. Le droit de retour historiquement étranger à l'ordre public _____	259
Section 3. Le retour légal, nouvelle composante de l'ordre public ? _____	263
§ 1. L'article 757-3 et l'ordre public _____	263
§ 2. L'article 738-2 et l'ordre public _____	265
A. Recherche d'une méthode de détermination de l'ordre public _____	265
B. Application de la méthode à l'article 738-2 _____	268
1. Les indices textuels _____	268
2. L'étude du contexte _____	269
3. Le point de vue logique _____	271
Chapitre 2. Les moyens de l'éviction par le gratifié défunt _____	273
Section 1. L'éviction du retour en nature _____	275
§ 1. L'utilisation des actes à titre gratuit _____	275
§ 2. L'utilisation des actes à titre onéreux _____	279
A. Le recours au droit des sociétés _____	279
1. Intérêts et limites de l'apport en société _____	279
2. Intérêts et limites des clauses de continuation de société _____	282
B. Le recours complémentaire à la clause de tontine _____	284
Section 2. L'éviction du retour en valeur _____	288
§ 1. La communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant : un moyen radical _____	289
§ 2. L'assurance-vie combinée à d'autres moyens : une efficacité relative _____	291
A. L'assurance-vie face au droit des successions _____	292
B. L'assurance-vie face au retour légal en valeur _____	295
1. Un mécanisme relativement efficace _____	295
2. Un mécanisme peu critiquable _____	296
Titre II. L'éviction à l'initiative du donateur _____	299
Chapitre 1. La renonciation au droit de retour légal _____	299
Section 1. La prohibition des pactes sur succession future : les enseignements du passé _____	300
§ 1. Les arguments des juges du fond _____	301

A. existence d'un pacte prohibé non condamnable _____	302
B. inexistence d'un pacte prohibé au nom de l'intention des parties _____	303
§ 2. Les arguments de la Cour de cassation _____	304
A. La réfutation des arguments des juges du fond _____	305
B. La rigueur irréprochable de l'arrêt _____	306
Section 2. L'actualité de la question _____	308
§ 1. L'évolution des données du problème _____	308
§ 2. Le recul important de la prohibition _____	309
Chapitre 2. Le contournement du retour légal _____	312
Section 1. Le contournement partiel du retour légal _____	312
Section 2. Le contournement total du retour légal _____	314
§ 1. L'utilisation des actes à titre onéreux _____	314
A. La présomption de l'article 918 du Code civil _____	314
B. La tontine stipulée à l'initiative du donateur _____	315
§ 2. L'utilisation des actes à titre gratuit _____	317
A. Le legs à titre particulier, obstacle à l'article 757-3 ? _____	317
B. Le recours aux libéralités graduelles et résiduelles _____	319
C. Le recours aux libéralités en démembrement _____	321
D. Le recours aux doubles libéralités conditionnelles _____	323
<b>Seconde sous-partie : le renforcement du retour légal _____</b>	<b>325</b>
Titre I. Le renforcement conventionnel existant ou les avantages du retour conventionnel _____	326
Chapitre 1. Les avantages civils du retour conventionnel _____	328
Section 1. L'efficacité du retour conventionnel _____	328
Section 2. La souplesse du retour conventionnel _____	329
§ 1. La souplesse des conditions _____	329
§ 2. La souplesse des effets _____	330
Chapitre 2. Les avantages fiscaux du retour conventionnel _____	332
Section 1. L'absence de mutation taxable du fait du retour _____	333
Section 2. La possible restitution des droits acquittés _____	334
Section 3. La possible imputation des droits acquittés _____	336
Titre II. La consolidation législative souhaitée : modification ou abrogation du droit de retour ? _____	339
Chapitre 1. Article 757-3 : maintien et améliorations du texte _____	340
Section 1. Le maintien préférable à l'abrogation _____	340
Section 2. L'amélioration utile du texte _____	343
Chapitre 2. Article 738-2 : amélioration ou abrogation du texte _____	346
Section 1. L'amélioration possible du texte _____	347
Section 2. L'abrogation de l'article 738-2 en question _____	351
<b>Conclusion _____</b>	<b>355</b>

<b><i>Bibliographie</i></b>	<b>357</b>
<b><i>Index</i></b>	<b>369</b>

## Introduction

---

*I.- « Dans le fait, les lois sont toujours utiles à ceux qui possèdent et nuisibles à ceux qui n'ont rien ; d'où il suit que l'état social n'est avantageux aux hommes qu'autant qu'ils ont tous quelque chose et qu'aucun d'eux n'a rien de trop ».*<sup>1</sup>

A travers cette citation de Rousseau, il est exprimé l'idée qu'il est nécessaire à la formation du contrat social, outre qu'il existe une législation sanctionnée par le pouvoir de contrainte de l'état, que la loi se développe dans un contexte de relative égalité économique. Autrement dit, pour qu'une législation soit appliquée, pour que l'on ne ressente pas trop l'irrépressible besoin d'y déroger ou de l'abroger, il est nécessaire que les citoyens y adhèrent. Pour qu'ils y adhèrent, il est impératif que la loi assure un minimum d'égalité économique et non un égalitarisme forcené. Même si la loi a parfois tendance à être utile aux possédants, ce qui était le cas du Code civil dont il a été dit qu'il était un code de propriétaires, il est bon qu'elle veille à ne pas engendrer trop d'inégalités. Il s'agit d'un équilibre législatif à trouver, équilibre nécessaire à la pérennité de la loi.

S'agissant du droit de retour légal, comme du droit des successions en général, il ne fait aucun doute que la loi est plus utile à ceux qui possèdent qu'à ceux qui n'ont rien dans la mesure où son rôle en ces matières est d'organiser la transmission des biens au décès. Plus particulièrement, le droit de retour légal est le droit en vertu duquel une personne succède à des biens qui avaient été remis gratuitement au défunt décédé sans postérité. Par son fondement traditionnel de conservation des biens dans la famille, le retour légal n'est évidemment pas mû par le désir d'assurer à chacun quelque chose. Pour autant, il n'est pas question de contester ce fondement traditionnel qui conserve aujourd'hui encore une grande importance au regard de l'utilisation du retour conventionnel. Simplement, en étudiant les nouveaux cas de retour dont les objectifs premiers semblent être d'atténuer les effets des réformes

---

<sup>1</sup> Rousseau, Du Contrat Social, livre I, chap. IX, note.

récentes, se posera la question de savoir si le retour légal est le meilleur moyen de réaliser cet exercice difficile d'équilibre législatif. Si tel n'est pas le cas, la loi prêtera le flanc à la critique, risquera de devenir lettre morte, encouragera la dérogation à ses dispositions et justifiera peut-être son abrogation.

Une première approche du retour légal (section 1), l'analyse de l'intérêt pratique de l'institution (section 2) et l'étude du contexte des réformes récentes dont les deux nouveaux cas de retour sont issus (section 3) permettront de dessiner les grandes lignes qui guideront notre travail (section 4).

### ***Section 1. Première approche du retour légal***

2.- Le droit de retour est celui en vertu duquel une chose échappe aux règles successorales ordinaires pour revenir à la personne de qui le de cujus la tenait, ou parfois aux descendants de cette personne. Lorsqu'on le qualifie de légal, il peut être défini comme une vocation héréditaire atypique encore nommée droit de succession anormale.<sup>2</sup>

3.- Cette définition appelle deux remarques liminaires. La première est une évidence. Le droit de retour légal trouve sa source dans la loi aux articles 368-1, 738-2 et 757-3 du Code civil ce qui permet de le distinguer du droit de retour d'origine conventionnelle qui peut être stipulé librement par les parties à une donation, dont la validité est reconnue par l'article 951 du Code civil et dont le régime est organisé à l'article 952. Autre différence, le retour conventionnel n'est pas soumis aux conditions du retour légal. Par exemple, il est possible de prévoir le retour du bien au donateur en cas de prédécès du donataire seul, c'est-à-dire sans se préoccuper du point de savoir s'il a une descendance. Par ailleurs, le retour conventionnel produit l'effet d'une condition résolutoire ce qui en assure l'efficacité : le donateur est certain de retrouver le bien donné libre de toute charge. Les éventuelles aliénations consenties par le donataire seront-elles-même remises en cause. Ce n'est que l'application du droit commun de la condition résolutoire.

---

<sup>2</sup> Définition tirée du Vocabulaire juridique publié sous la direction du Professeur Cornu, 6<sup>ème</sup> éd.

La seconde est que le droit de retour légal, contrairement au droit de retour conventionnel est un droit de succession. Plus particulièrement, il constitue un cas de succession anormale qui déroge au principe de l'unité de la succession selon lequel la loi ne considère ni l'origine ni la nature des biens pour en régler la dévolution. Ainsi la succession ne forme-t-elle pas une seule masse dévolue selon le principe de l'ordre et du degré. Le retour légal revient à isoler des biens présents au jour du décès ceux que le de cujus avait reçus à titre gratuit du bénéficiaire du droit de retour. De ce caractère successoral découlent plusieurs conséquences : par exemple, le bénéficiaire du retour doit être apte à succéder, il recueille les biens en respectant les charges éventuellement consenties par le donataire et il contribue au passif de succession.

4.- Un rapide panorama historique de l'institution permet de constater que trois cas de retour légal étaient prévus par le Code civil de 1804 : celui de l'ascendant donateur, celui des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel et celui de la famille adoptive dans la succession de l'adopté. Les deux premiers furent supprimés par la loi du 3 janvier 1972. Depuis lors, nous avons donc à faire à une institution en sommeil. Il fallut attendre la loi du 3 décembre 2001 pour que le droit de retour soit instauré au bénéfice des frères et sœurs qui, du fait de la réforme, se trouvaient primés par le conjoint dans la dévolution ab intestat. Puis la loi du 23 juin 2006 instaura à son tour un droit de retour au profit des père et mère qui venaient de perdre leur qualité d'héritier réservataire. Dans ces deux cas, on observe que l'instauration du droit de retour vient atténuer l'effet d'une réforme successorale ce qui est une justification assez originale.

5.- Dès 1804, il était déjà difficile d'expliquer cette exception au droit commun des successions, d'autant plus que le retour conventionnel était admis, lui-aussi. En réalité, deux raisons pouvaient expliquer l'existence du retour légal : la première était toute pragmatique. Il s'agissait d'instaurer un droit ab intestat aux effets moins rigoureux que le droit de réversion de droit romain de façon à assurer la sécurité juridique des tiers. La seconde raison se comprend aisément au regard des piliers autour desquels le Code Napoléon a été édifié : la famille et la propriété. Le droit de retour légal était un moyen de protection de la famille contre les libéralités, ces actes d'appauvrissement sans contrepartie regardés avec défiance par le législateur : que l'on donne à son fils, passe encore, mais que l'on donne à son fils

pour que, à son décès sans postérité, les biens passent à une autre famille, c'était intolérable dans l'esprit des rédacteurs du Code. En effet, il est indéniable que la justification traditionnelle, l'unique fondement solide du retour légal depuis toujours, était la conservation des biens dans la famille d'origine. C'est cela qui légitimait l'atteinte portée à l'unité de la succession et à la dévolution par ordre et par degré. C'est la marque d'une succession anormale, c'est-à-dire la prise en compte de l'origine de certains biens pour en régler la dévolution au profit de certains héritiers, préférés à d'autres. A l'examen des textes nouveaux on sera amené à constater que ce fondement est mis à mal.

Au préalable, il est nécessaire de brosser à grands traits l'intérêt pratique du retour légal avant de présenter le contexte qui a entouré l'instauration des deux nouveaux cas de retour.

## ***Section 2. L'intérêt pratique du retour légal***

Rechercher l'intérêt pratique du retour légal revient à se poser la question de sa fréquence d'utilisation.

6.- A première vue, force est de constater qu'en raison des circonstances particulières qui lui donnent naissance, l'institution du retour légal ne se rencontrera que rarement dans les liquidations successorales. A y regarder plus attentivement, cette première impression est confortée par deux arguments : le premier argument est lié aux conditions d'exercice du retour légal quant aux personnes ; le second tient compte de la fréquence des clauses de retour conventionnel dans les actes notariés.

La première condition d'application essentielle du retour légal veut que le défunt décède sans postérité. C'est une constante qui se retrouve, aujourd'hui comme hier, dans chaque cas de retour légal. La hausse constante du nombre de célibataires en France depuis 50 ans qui atteint en 2009 près de 41% des hommes et 34% des femmes<sup>3</sup>, le recul de l'âge de la mère au premier enfant qui avoisine les 30 ans en

---

<sup>3</sup> Source : INSEE, recensements, « Etat matrimonial légal des personnes de 15 ans ou plus en 2011 ». Evidemment ces données sont à manier avec prudence étant donné que le panel débute à 15 ans. Par ailleurs en 2004, il est à noter que l'INSEE comptait 7 millions de personnes vivant seules dans leur logement. Par ailleurs, ces statistiques doivent être relativisées dans la mesure où le célibat n'implique pas l'absence d'enfant.

moyenne<sup>4</sup> et paradoxalement l'allongement de la durée moyenne de la vie<sup>5</sup> sont autant de facteurs qui augmentent le risque de mourir sans enfant en laissant des ascendants ou des collatéraux pour recueillir sa succession. Dernière donnée chiffrée : en France au 1<sup>er</sup> janvier 2010, il y avait un million de personnes unies par un Pacte Civil de Solidarité, dont la moitié des couples de 18 à 39 ans vivent sans enfant.<sup>6</sup> Quelles que soient les raisons nombreuses qui peuvent expliquer qu'une personne décède sans postérité et avant ses ascendants, il faut bien admettre que l'hypothèse n'est pas la norme : d'une part, il n'est pas dans l'ordre des choses que les parents survivent aux enfants et d'autre part, les statistiques montrent que la très grande majorité des héritiers venant à une succession sont les enfants du défunt. En effet, sur plus d'un million de personnes ayant hérité en 2000, 65% étaient des enfants et près de 15% étaient des conjoints.<sup>7</sup> Le caractère exceptionnel de ce genre de décès sans descendance se mesure également aux causes exceptionnelles de décès qui sont plus courantes aux âges où l'on est susceptible de laisser à sa survivance ses parents sans laisser d'enfant. Ainsi une étude portant sur le nombre de décès en 1994 a montré que la mort par traumatisme, c'est-à-dire par accidents ou suicides, était, de tous les cas de décès, le cas le plus fréquent avant 65 ans.<sup>8</sup>

Au-delà de la démographie, l'utilisation quasi automatique des clauses de retour conventionnel dans les actes notariés de donation montre que la question de l'utilité du retour légal n'est pas anodine. Soulignons d'ailleurs que la disparition du droit de retour de l'ascendant donateur fut imputable en grande partie à la récurrence de ces clauses dont on vante, souvent à raison, l'efficacité et la souplesse.<sup>9</sup> On pourrait en conclure a priori que le retour légal ne pourrait plus espérer s'appliquer que dans le cas hypothétique où le notaire aurait oublié de conseiller ou d'insérer la fameuse clause de retour conventionnel.

7.- A ces deux types d'arguments reléguant le retour légal au second plan, il est possible d'opposer d'autres arguments non négligeables.

---

<sup>4</sup> En 2000, l'INSEE indique que l'âge moyen au premier accouchement est de 29,4 ans soit quatre ans de plus qu'en 1975, INSEE PREMIERE, n° 873 - décembre 2002 « La fécondité en France au cours du XXème siècle ».

<sup>5</sup> Soit 82,4 ans pour un homme ayant 60 ans en 2010 et 87,2 ans pour une femme dans les mêmes conditions.

<sup>6</sup> INSEE PREMIERE, n° 1336 – février 2011.

<sup>7</sup> V. Rapport parlementaire n° 2850 par Monsieur le député Huyghe, n° 21 « Informations concernant les héritiers (année 2000), source : DGI- bureau M 2.

<sup>8</sup> Rapport n° 31 d'information sur le financement et l'organisation de la politique de lutte contre le cancer par M. le sénateur Oudin.

<sup>9</sup> Sur les avantages du retour conventionnel V. infra.

D'abord, il ne faut pas exagérer la portée du retour conventionnel. En effet, il ne faut pas omettre de préciser que le retour conventionnel connaît certaines limites.<sup>10</sup> Par exemple, il ne peut bénéficier qu'au donateur et à lui seul ce qui exclut qu'il puisse concurrencer le droit de retour légal de l'article 757-3. En outre et particulièrement dans le cadre de l'article 738-2, il convient de rappeler que le retour conventionnel rend le retour légal sans objet mais ne l'annihile pas complètement en ce sens que si le bénéficiaire du retour conventionnel y renonce, le retour légal demeure, comme un garde-fou.

Ensuite, il faut rappeler qu'outre les conditions assez restrictives tenant au bénéficiaire du retour et à la situation de famille du défunt, le retour légal suppose d'autres conditions tenant aux biens : le bien objet du retour doit avoir été transmis au défunt à titre gratuit par ses ascendants et il doit, en principe, se retrouver en nature au décès. Ces deux conditions vont dans le sens d'une extension du champ d'application de l'institution au regard des statistiques.

A ce sujet trois observations statistiques doivent être relevées. Premièrement, l'INSEE indiquait qu'en 2004, en France, parmi les ménages dont les enfants ont quitté le domicile familial, plus de un sur huit leur a fait une donation. Par ailleurs, toutes générations confondues, un individu sur cinq a reçu un héritage et cette proportion double pour les individus ayant perdu leurs deux parents.<sup>11</sup> Voilà qui atteste de la vitalité des transmissions patrimoniales entre générations. Or, ces transmissions sont à la base du retour légal. Deuxièmement, il résulte du rapport parlementaire Huyghe n° 3122 qu'en 2000, une succession était composée en moyenne d'immeubles à concurrence de 44 %, de liquidités pour environ 28% et de valeurs mobilières pour 20%.<sup>12</sup> Cette donnée concernant les successions est plutôt favorable à l'article 757-3 en ce que les successions contiennent donc souvent des biens susceptibles de se retrouver en nature au décès de celui à qui ils ont été transmis. Troisièmement, il résulte du même rapport que sur les 511.000 donations enregistrées en 2000, plus de la moitié étaient des dons manuels. Ce dernier constat est important. D'abord parce que les donations de sommes d'argent empruntent

---

<sup>10</sup> Sur ces limites, V. infra.

<sup>11</sup> « Transmission intergénérationnelle dans l'enquête patrimoine 2004 : donations, héritages et aides » INSEE Résultats, n° 52, Société – juillet 2006.

<sup>12</sup> Les chiffres retenus sont arrondis et forment une moyenne. Les valeurs varient en fonction de l'importance de la succession : les petites successions (moins de 26.526 euros) sont composées en grande majorité de liquidité (70%) alors que les successions plus importantes (de 53.052 à 99.396) sont composées en majorité d'immeubles (50%).

souvent cette forme, ensuite parce que l'article 738-2 s'applique certainement aux dons manuels puisqu'il peut s'exercer en valeur à défaut de pouvoir s'exercer en nature, enfin parce qu'en matière de don manuel, le retour légal subit moins facilement la concurrence du retour conventionnel qui, en l'espèce, suppose la preuve de l'existence d'un pacte adjoint.<sup>13</sup>

Ajoutons que l'extension du domaine de l'article 757-3 aux biens reçus des ascendants ordinaires pour tenir compte de l'innovation que constitue la donation-partage transgénérationnelle est également un signe de la vigueur que le législateur entend donner à l'institution du retour légal.

Enfin, et même si elles ne constituent pas l'essentiel des donations, il faut admettre que le retour légal s'applique aussi en cas de donation déguisée ou indirecte, deux cas dans lesquels il ne risque pas de souffrir de la concurrence du retour conventionnel.<sup>14</sup>

**8.-** Au total, il faut reconnaître que le retour légal est nécessairement appelé à s'appliquer de façon limitée en raison des circonstances personnelles qu'il présuppose. Mais il ne faut pas le considérer pour autant comme une institution vouée à l'inexistence puisqu'elle repose également sur les transmissions à titre gratuit dont on a vu qu'elles étaient importantes et encouragées dans un but d'anticipation successorale pour ce qui concerne particulièrement les mutations entre vifs. Par ailleurs, l'ombre que le retour conventionnel peut faire au retour légal ne doit pas être exagérée, pour importante qu'elle soit. L'inexistence n'est décidément pas le substantif qui convient le mieux à un droit que le législateur semble avoir voulu élever au rang de substitut de réserve, entendant s'appliquer « *dans tous les cas* » aux termes de l'article 738-2.

A présent, pour mieux comprendre les textes qui nous retiennent, il paraît indispensable d'exposer le contexte des réformes récentes desquelles ils sont issus.

---

<sup>13</sup> L'article 757-3 pourrait aussi s'appliquer aux dons manuels à condition d'admettre l'exercice du retour lorsque c'est une somme d'argent qui a été donnée et à condition de faire jouer la subrogation réelle. Cf. infra.

<sup>14</sup> Toutefois dans ces cas là il faut que le bénéficiaire du retour puisse prouver l'existence de la donation indirecte ou déguisée et il faut qu'il y ait intérêt en considération du risque fiscal de requalification dont il devra supporter une partie.

### ***Section 3. Le contexte des réformes récentes dont les deux nouveaux cas de retour légal sont issus***

A presque cinq ans d'intervalle, le contexte était nécessairement différent. En 2001, l'article 757-3 fut instauré par une loi dont l'objet était justifié en grande partie par la nécessaire réforme des droits du conjoint survivant (§1). En 2006, la loi ayant engendré l'article 738-2 avait un objet plus large : il s'agissait de réformer en profondeur le droit des successions et libéralités (§2).

#### ***§ 1. Le contexte de l'article 757-3 : la nécessaire réforme des droits du conjoint survivant***

La loi du 3 décembre 2001 constitue le point d'aboutissement de la promotion du conjoint survivant dans la dévolution légale. Cette dernière promotion fut telle que le législateur, tiraillé entre diverses aspirations, dut la contrebalancer par différentes mesures au rang desquelles se trouve le droit de retour de l'article 757-3.

Le besoin de réformer les droits ab intestat du conjoint survivant n'était pas nouveau : la grande rigueur du Code Napoléon (A) a poussé le législateur, par touches successives, à promouvoir le conjoint survivant dans la dévolution légale (B) jusqu'à la réforme du 23 juin 2001 (C).

##### *A. La rigueur du Code Napoléon*

9.- En effet, on se souvient qu'en 1804, le conjoint n'héritait qu'à défaut de parent au degré successible. Comme les parents pouvaient hériter jusqu'au douzième degré, le conjoint n'héritait presque jamais. Il était même exclu de la dévolution par un enfant naturel. Autre marque de sa faiblesse au plan successoral, le conjoint était qualifié de successeur irrégulier, c'est-à-dire n'ayant pas la saisine. Pour appréhender les biens successoraux, il fallait qu'il se soumette à la procédure de l'envoi en possession. Voilà le signe d'une certaine défiance à son égard : il fallait contrôler le titre de ce successeur de tout dernier rang, il fallait vérifier que personne d'autre ne puisse avoir vocation à hériter du défunt. Deux raisons expliquaient cette rigueur.

La première était que la dévolution ab intestat dans le Code Napoléon reposait sur le devoir de famille. La succession était sensée assurer la cohésion familiale. Les

biens successoraux devaient revenir à la famille telle que le Code civil la concevait. Or, à cette époque, le modèle familial était la famille lignage dont le conjoint ne faisait pas partie.<sup>15</sup>

La seconde raison, qui n'est pas sans lien avec la première, était qu'il fallait assurer la conservation des biens dans la famille et plus précisément dans la ligne, en témoigne par exemple l'existence de la fente successorale dans les successions dévolues aux ascendants et l'existence du droit de retour de l'ascendant donateur. De ce point de vue, le conjoint représentait le risque que les biens de la famille du défunt passent à une autre famille en l'absence d'enfant. Il valait donc mieux en l'absence d'enfant que les biens successoraux aillent aux ascendants ou aux collatéraux, mêmes lointains.

Ainsi justifiait-on la faiblesse des droits ab intestat du conjoint survivant. Mais l'évolution des familles au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle et du XX<sup>ème</sup> siècle allait emporter une légère amélioration de ses droits.

### *B. La promotion progressive des droits ab intestat du conjoint*

**10.-** Dans un premier temps, une loi du 9 mars 1891 suivie d'une loi du 29 avril 1925 accorda au conjoint survivant des droits en usufruit sur la succession du défunt, les héritiers par le sang étant nus-propriétaires. Il s'agissait de lois de compromis car si la promotion du conjoint était indéniable, la conservation des biens dans la famille n'en était pas moins assurée.<sup>16</sup> Simplement la vocation des parents par le sang à recevoir la pleine propriété des biens était repoussée au décès du conjoint.

En dehors de cette vocation en usufruit, la vocation en pleine propriété du conjoint restait la même qu'en 1804 : il n'héritait en pleine propriété qu'en l'absence de parent au degré successible. A ce sujet, la loi du 31 décembre 1917, en ramenant le seuil des successibles du douzième au sixième degré, a rendu la vocation en pleine propriété du conjoint plus plausible.

Dans un deuxième temps la loi du 3 décembre 1930 accorda de façon plus significative une vocation en pleine propriété au conjoint en le faisant bénéficiaire du

---

<sup>15</sup> Le Tribun Siméon s'exprimait ainsi devant le corps législatif : « *le conjoint survivant, quel qu'étroit que fût le lien qui l'unissait avec le défunt, appartient à une famille étrangère* », Fenet, t. XII, p. 232.

<sup>16</sup> Avant elles, une loi du 14 juillet 1866 accorda pour la première fois au conjoint, sous certaines conditions, la totalité de l'usufruit du droit d'exploitation de l'œuvre littéraire ou artistique du prémourant.

mécanisme de la fente successorale. Lorsqu'en l'absence de descendant, la succession est dévolue aux ascendants ordinaires elle revient pour moitié aux ascendants de la ligne paternelle et pour moitié aux ascendants de la ligne maternelle. La loi de 1930 a permis au conjoint de bénéficier de la moitié en pleine propriété revenant à celle des deux lignes qui n'était pas représentée.

Dans un troisième et dernier temps, la loi du 26 mars 1957 décida que le conjoint primerait les collatéraux ordinaires. Si le défunt ne laisse que des collatéraux ordinaires, le conjoint recueille alors la totalité de la succession en pleine propriété alors qu'avant il n'aurait eu que des droits en usufruit. Si le défunt laisse dans une ligne des ascendants ordinaires et dans l'autre uniquement des collatéraux ordinaires, alors, le conjoint les exclut et recueille la moitié de la succession en pleine propriété.

Ces améliorations peuvent s'expliquer par l'évolution de la famille. Le modèle familial n'est plus la famille souche. La preuve en est qu'en 1917 la loi a exclu de la dévolution légale les parents les plus éloignés. La famille s'entend désormais de la famille ménage et à cette famille là, le conjoint appartient pleinement. Il est même à l'origine de cette famille.<sup>17</sup> Il est compris dans l'objectif successoral du devoir de famille.

Par ailleurs, l'évolution des fortunes familiales au cours du XIXème a rendu moins impératif le souci de conservation des biens dans la famille. Ces nouvelles fortunes sont mobilières et souvent le résultat du travail du défunt. Dans la majorité des cas elles ne sont plus terriennes et ne proviennent pas d'héritages ancestraux.

Pour conclure, force est de constater qu'en dépit de l'amélioration de sa situation, la promotion progressive du conjoint dans la dévolution légale restait limitée. Dans la majorité des successions, le conjoint devait encore se contenter d'un usufruit de quotité. Une dernière réforme était nécessaire.

### *C. La réforme du 3 décembre 2001*

**11.-** La loi de 2001 part d'un constat : dans la plus part des cas, lorsqu'une personne décède intestat en laissant son conjoint celui-ci ne recueille que des droits en usufruit dans la succession. Ainsi, en présence d'enfant du défunt, la vocation

---

<sup>17</sup> Cf. « La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparés » par Madame Ioanna Kondyli, Thèse, Paris II, 1991, n° 363 sur l'importance du lien matrimonial comme fondement de la réserve du conjoint, argument généralisable à la justification de la promotion successorale du survivant.

légale du conjoint est d'un quart en usufruit ; en présence des parents du défunt, de l'un d'eux ou de ses frères et sœurs, le conjoint a droit à la moitié de la succession en usufruit.

C'est dans ce dernier exemple, que le constat est le plus frappant. Les parents du défunt ou ses frères et sœurs ont vocation à recueillir toute la succession au décès du conjoint. Ce qui au début du XIX<sup>ème</sup> apparaissait comme un progrès ressemblait à l'aube du XXI<sup>ème</sup> à un système archaïque, source de conflit.

**12.-** Il est vrai que le système du démembrement de propriété, encore très imprégné des justifications successorales du Code Napoléon que sont le devoir de famille et la conservation des biens dans la famille, ne correspondait plus à la société actuelle. Comme le soulignent les travaux parlementaires de la loi de 2001, la part prépondérante prise dans les patrimoines par les biens acquis pendant le mariage rend moins prégnant le besoin de conservation des biens dans la famille.<sup>18</sup> Par ailleurs, dans une société comme la nôtre où la consommation prime l'épargne et la conservation des biens, il est à noter le rôle important du conjoint afin d'assurer la vie de la famille. Pour cette collaboration économique, le conjoint survivant mérite une récompense qui peut se traduire par une augmentation de ses droits ab intestat.<sup>19</sup>

En outre et comme cela avait été précédemment invoqué à l'appui des réformes précédentes, la priorité donnée à la famille par le sang dans la dévolution légale n'est pas en phase avec la tendance actuelle au resserrement de la cellule familiale autour du couple et des enfants, ce que l'on appelle la famille ménage.

**13.-** D'autres arguments, nouveaux ceux-ci, ont été apportés au débat. Il était question de tenir compte du souci, devenu primordial, de la protection du conjoint survivant. Il était aussi question de tenir compte de la place que le conjoint occupait auprès du défunt et de justifier alors la dévolution par « *une logique de l'affection et non plus par une logique du sang* ». <sup>20</sup> Ainsi le conjoint passerait avant les frères et sœurs dans l'affection présumée du défunt notamment en raison de l'éloignement

---

<sup>18</sup> Cet argument avait été également invoqué lors des réformes précédentes.

<sup>19</sup> C'est notamment un des arguments envisagé par Madame Ioanna Kondyli dans sa thèse précitée pour justifier l'accès du conjoint survivant au clan des réservataires. Elle écrit que « *la participation du conjoint au partage de la réserve héréditaire peut également apparaître comme conséquence de son mérite personnel, à savoir comme récompense de sa collaboration à la constitution, à l'augmentation ou, même, au maintien du patrimoine de l'époux prédécédé* ». n° 368 et 369.

<sup>20</sup> Cf. Rapport N° 2910 par Monsieur A. Vidaliès, député.

géographique qui peut les séparer et de la multiplication des familles recomposées qui font que les collatéraux peuvent être moins proches les uns des autres car issus de parents différents.

Par ailleurs, le système du démembrement peut être à l'origine de difficultés. Ces difficultés dont certaines sont propres au régime du démembrement pourront se ressentir de part et d'autre.

Si l'usufruitier peut retirer les fruits des biens successoraux, ce n'est qu'à la condition que ces biens soient frugifères. Si les biens ne sont pas frugifères et s'il est en quête de revenus, il ne pourra vendre les biens en question sans l'accord du nu-proprétaire. Et si tant est que les biens soient source de revenus, c'est cette fois-ci le nu-proprétaire qui risque de voir le bien se déprécier du fait d'un usufruitier plus soucieux de consommer les fruits que de conserver la substance du bien.

Cette situation est d'autant plus probable lorsque le conjoint se trouve en face d'enfants qui ne sont pas les siens ou en face des collatéraux du défunt. Ce d'autant plus que dans ces deux cas, il y a fort à parier que l'écart d'âge entre l'usufruitier et le nu-proprétaire soit faible de sorte que le nu-proprétaire subit le risque de ne jamais voir la pleine propriété se reconstituer sur sa tête. Certes, la pleine propriété se reconstituera-t-elle sur la tête de ses héritiers mais cela n'est sans doute pas de nature à apaiser les relations entre usufruitier et nu-proprétaire. Dans le même sens, comme le remarquent les travaux parlementaires, le démembrement oblige les héritiers à entretenir des relations pérennes après le décès quand bien même ils n'auraient eu avant aucune relation ou des relations difficiles.

**14.-** A rebours, certains jugeaient la promotion du conjoint comme inutile voir dangereuse.

Inutile, car ils faisaient valoir qu'il ne s'agit là que de la dévolution légale à laquelle le défunt peut déroger en améliorant sensiblement la situation de son conjoint survivant. Pour cela il utilisera les outils mis à sa disposition par le droit des régimes matrimoniaux ou des libéralités. Ceci est vrai et la multiplication des changements de régime matrimonial pour celui de la communauté universelle avec attribution intégrale au dernier vivant et l'importance des donations entre époux ne leur donnent pas tort. On peut toutefois objecter que ces mécanismes, souvent utilisés à des fins fiscales, ne le sont pas par la majorité des couples mariés mais par les plus fortunés seulement. On relèvera aussi que la dévolution légale a beau être supplétive de

volonté, encore faut-il que le défunt ait eu le temps de prendre ses dispositions. Tel ne sera pas le cas si le défunt est décédé jeune ou accidentellement. Enfin on peut retourner contre ceux qui l'invoquent l'argument de l'inutilité : le développement considérable des libéralités entre époux ne va-t-il pas dans le sens d'une augmentation de la vocation ab intestat du conjoint puisque généralement ces libéralités octroient au conjoint plus que sa vocation légale ?

Certains arguent de la multiplication des divorces pour justifier de l'inutilité de la promotion du conjoint. Le divorce est le signe de la dissolubilité du lien de mariage et donc la preuve de la non-intégration du conjoint à la famille de son époux. En plus d'intégrer un nouveau membre qui ne le mérite pas à la famille lignage, stable et unie par des liens indissoluble de sang, on a reproché à la promotion du conjoint survivant de détourner l'institution du divorce en ce qu'elle inciterait le de cujus à divorcer pour priver son conjoint des nouveaux droits que la loi lui accorde. Mais l'argument n'est pas convaincant. D'une part, ce n'est pas parce que le défunt a divorcé et s'est remarié que le second conjoint mérite moins que le premier la protection de la loi au plan successoral. D'autre part, si le de cujus entend priver son conjoint de ses nouveaux droit ab intestat, libre à lui de l'exhérer. Par ailleurs, s'il entend priver son conjoint du nouveau droit à réserve que la loi lui offre, nous savons qu'il existe des moyens de limiter la portée de la réserve, comme l'assurance-vie ou la tontine.

D'autres encore, assez manichéens dans leur démarche, jugeaient cette promotion dangereuse et opposaient le bon conjoint qui avait partagé avec le défunt les bons comme les mauvais moments de la vie au mauvais conjoint, âpre au gain et « *généralement plus jeune* ». <sup>21</sup> On tombe ici dans des arguments passionnels. S'agissant de ce mauvais conjoint, on peut espérer que le défunt ait pris des dispositions visant à limiter sa vocation successorale. <sup>22</sup> A la limite le droit pénal peut venir sanctionner l'abus de faiblesse. <sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> G. Goubeaux ; Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant ( A propos de l'article 757-3 du Code civil). Pourquoi faire simple ? ... Defrénois art. n° 37519.

<sup>22</sup> En effet le conjoint bénéficiant d'un droit à réserve depuis 2001, le défunt ne peut plus l'exhérer.

<sup>23</sup> Sur ce point, Cass. Crim. 15 novembre 2005, n° 04-86.051, Simone B., ép. H. (pourvoi c/ C.A Paris, 12<sup>ème</sup> Ch. 13 sept. 2004) : Juris-Data n° 2005-031532 (abus de faiblesse retenu contre une personne qui a fait modifier en sa faveur des dispositions testamentaires établies au profit d'autres bénéficiaires.) ; Cass. Crim. 21 octobre 2008, n° 08-81.126, « *Vu l'article 223-15-2 du code pénal ; Attendu qu'au sens, constitue un acte gravement préjudiciable pour une personne vulnérable, celui de disposer de ses biens par testament en faveur d'une personne l'ayant conduite à cette disposition* ». V. aussi : C.A Versailles, 9 mars 2005, n° 04/ 00214 : (abus de faiblesse retenu contre la personne qui a obtenu du défunt la souscription d'un contrat d'assurance-vie à son profit.)

**15.-** Aussi peu juridique que soit ce dernier argument, il a sans doute influencé les parlementaires dans le sens où il démontre que parfois le conjoint ne méritera pas la promotion que lui offre la loi. Par conséquent, il a peut-être suggéré aux plus fervents partisans du conjoint survivant l'idée que la promotion ne devait pas être illimitée et il a peut-être renforcé les sceptiques dans leur volonté de borner l'augmentation des droits ab intestat du conjoint.

De ce qui précède il résulte que les droits ab intestat du conjoint nécessitaient une augmentation. Ce fut précisément l'objet de la loi du 3 décembre 2001. Pour se rendre compte de cette amélioration, prenons quelques exemples : là où avant l'entrée en vigueur de la loi le conjoint recueillait en présence des père et mère du défunt une moitié de la succession en usufruit, il recueille après l'entrée en vigueur de la loi une moitié en pleine propriété. Quand avant la loi de 2001 il ne recueillait qu'une moitié de la succession en usufruit en présence d'ascendants ordinaires, aujourd'hui, il les exclut de la succession et en recueille la totalité en pleine propriété. Encore plus impressionnant, aujourd'hui le conjoint survivant exclut aussi les collatéraux privilégiés et recueille toute la succession en leur présence.<sup>24</sup>

C'est cette dernière disposition qui est à l'origine d'un débat opposant les tenants du conjoint survivant et les tenants de la famille par le sang, ce débat devant se clore par l'adoption de l'article 757-3 du Code civil. Envisageons maintenant le contexte de l'article 738-2.

## **§ 2. Le contexte de l'article 738-2 : La réforme en profondeur du droit des successions et libéralités**

Etudier l'impact de la loi de 2006 relative aux successions et aux libéralités, impose de rappeler les enjeux et objectifs généraux de la loi (A) avant d'insister sur les profondes modifications du droit successoral qu'elle a impliquées (B).

---

<sup>24</sup> la loi de 2001 conforte également la situation successorale du conjoint en lui conférant un droit d'ordre public de jouissance temporaire sur le logement qu'il occupait au décès et sur les meubles le garnissant et un autre droit, supplétif, ayant le même objet mais viager.

### A. Enjeux et objectifs

**16.-** Les défis que la loi nouvelle se devait de relever ont été exposés dans les travaux parlementaires.<sup>25</sup> Il s'agissait d'adapter le droit des successions et libéralités à deux grands types d'évolutions de notre temps et à une préoccupation particulière.

La première évolution était démographique. Le législateur est parti du constat suivant : si l'allongement de la durée de vie fait que l'on décède de plus en plus tard, il implique aussi que l'on hérite de plus en plus vieux. Il en résulte que « *les successions ne remplissent plus leur rôle traditionnel d'établissement dans la vie* ». <sup>26</sup> L'objectif est clair. Il s'agit de favoriser les transmissions aux générations qui en ont a priori le plus besoin pour investir, pour consommer, bref pour dynamiser l'économie.<sup>27</sup>

La deuxième évolution était sociologique. La loi doit tenir compte en matière de succession de la modification des structures familiales et notamment de l'importance des familles recomposées. L'idée sous-jacente est que la famille n'est plus fédérée uniquement par le sang mais par des liens d'affection. Par ailleurs, le législateur s'est intéressé aux problèmes posés par la présence d'un enfant handicapé. C'est l'ordre public successoral et au premier chef la réserve héréditaire qui sont visés lorsque l'on évoque cette évolution. A l'instar du droit de la famille, il a semblé souhaitable de pouvoir contractualiser le droit des successions.

Le cas particulier qui a préoccupé le législateur de 2006 était celui de la transmission d'entreprise. En ces temps de chômage de masse, il n'est pas négligeable de relever que 7000 entreprises par an disparaissent à la suite du décès de l'entrepreneur, faute d'héritier capable de les gérer et d'outil permettant au dirigeant d'assurer la pérennité de la bonne gestion après son décès.

**17.-** Face à ces trois défis la loi s'est fixée cinq objectifs. Trois sont expressément visés comme tels dans l'exposé des motifs de la loi, les deux autres n'en sont pas moins fondamentaux.

---

<sup>25</sup> Cf. notamment l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités du 29 juin 2005.

<sup>26</sup> Cf. Rapp. Sénat, N° 343 du 10 mai 2006, p. 23.

<sup>27</sup> Cette évolution a toutefois été relativisée par certains. Par exemple, le Doyen Carbonnier estimait que le conflit de génération n'était pas inéluctable. V. Carbonnier, « Cour de sociologie juridique. Droit des successions », p. 244. Egalement, Madame Ioanna Kondyli, précité, n°91, écrit que « *l'on constate que la baisse de la mortalité infantile ou adulte concerne surtout les classes pauvres, une sorte de nivellement social devant la mort. Cette observation affaiblit l'incidence successorale de l'allongement de la vie humaine, car se sont les classes riches ou moyennes qui laissent une succession* ».

**18.-** Le premier objectif est la simplification. Il vise d'abord la gestion de la succession afin que : « *le délai qui sépare le décès du partage ne soit plus une période d'insécurité juridique, source d'attentisme et de dépréciation du patrimoine.* »<sup>28</sup> C'est ainsi que les règles de l'indivision ont été assouplies pour permettre aux indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis d'effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis. C'est à ces mêmes conditions qu'un mandat général d'administration peut être donné à l'un des indivisaires ou à un tiers afin d'éviter les réunions conflictuelles récurrentes et l'immobilisme qui souvent en résulte. Le principe en la matière n'est plus l'unanimité.

La simplification atteint aussi le règlement de la succession dans deux domaines notamment : l'option et le partage. Tout d'abord, l'ancienne acceptation sous bénéfice d'inventaire a été repensée pour être plus attractive. Dans le même temps, cette branche de l'option a été simplifiée comme en témoigne la possibilité ouverte à l'héritier, désormais propriétaire et en quelque sorte administrateur de la succession, de vendre amiablement les biens successoraux qu'il n'entend pas conserver.<sup>29</sup> Cette simplification est importante lorsque l'on se souvient que jadis, l'héritier bénéficiaire ne pouvait vendre un immeuble successoral qu'aux enchères publiques et après avoir obtenu une autorisation judiciaire. Même la vente de meubles nécessitait le recours à la vente aux enchères publiques, source de frais supplémentaires.<sup>30</sup> Ensuite, la simplification se manifeste aussi dans le droit du partage lorsqu'en présence d'incapables ou d'absents, le partage amiable ne nécessite plus une homologation judiciaire. Tenant compte du coût, de la lourdeur et du peu d'attention que les tribunaux accordaient à l'homologation, la loi y substitue une simple approbation. De même il est désormais possible d'éviter la procédure du partage judiciaire en présence d'un héritier taisant.<sup>31</sup>

**19.-** Le deuxième objectif qui n'est pas sans lien avec le précédent est l'accélération du règlement successoral. L'exemple le plus frappant est celui de la réforme de l'option qui, de ce point de vue, recèle deux innovations capitales : d'une

---

<sup>28</sup> V. Exposé des motifs du projet de loi n° 2427 portant réforme des successions et libéralités présenté par M. Pascal Clément.

<sup>29</sup> Art. 792 al. 2.

<sup>30</sup> Art 806 ancien pour les immeubles et 805 ancien pour les meubles.

<sup>31</sup> Art. 837 al.2.

part, si l'héritier ne peut être contraint à opter avant l'expiration d'un délai de quatre mois suivant le décès, il peut être sommé de prendre parti à l'issue de ce délai <sup>32</sup> et d'autre part, la faculté d'option se prescrit par dix ans à compter de l'ouverture de la succession là où, avant la réforme, elle se prescrivait par trente ans. Notons également que d'autres délais de prescription ont été raccourcis comme celui de l'action en réduction ou de l'action en complément de part qui se substitue à l'action en rescision pour lésion pour les partages postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi.

**20.-** Le troisième grand objectif de la loi concerne davantage le droit des libéralités. Il s'agit de « *donner plus de liberté pour organiser sa succession* ». <sup>33</sup> L'exposé des motifs indique qu'il est désormais nécessaire de mieux respecter la volonté de celui qui souhaite transmettre son patrimoine, en particulier lorsque l'ensemble des héritiers s'accordent avec cette volonté. L'idée est en même temps d'accroître la liberté de disposer du défunt et de donner plus de place au consensus familial. Accroître la liberté de disposer à titre gratuit atteint nécessairement la réserve. C'est ainsi que celle des ascendants fut supprimée. Nous y reviendrons. Par ailleurs la possibilité d'une renonciation anticipée à l'action en réduction, l'apparition des libéralités graduelles et résiduelles au bénéfice de toute personne et non plus qu'en faveur des descendants et des collatéraux, ou encore l'élargissement considérable du domaine d'application des libéralités-partages à tous les héritiers présomptifs et même aux héritiers de générations différentes font la place belle aux pactes de famille. La libéralisation du droit des libéralités permet alors de relever tous les défis visés plus haut : la prise en compte de l'évolution démographique et des situations particulières comme la présence d'un enfant handicapé mais aussi la question de la transmission d'entreprise.

**21.-** Voilà rapidement évoqués les trois grands objectifs de la loi de 2006. Il en reste deux autres. Ils sont tous les deux essentiels. Le premier répond à un besoin particulier : assurer la continuité de l'entreprise. Le second irrigue à la fois le droit des successions et le droit des libéralités, il s'agit de sécuriser l'héritier tout autant que le gratifié.

---

<sup>32</sup> Art. 771.

<sup>33</sup> L'exposé des motifs le place d'ailleurs en première position.

**22.-** La protection de l'entreprise d'abord. Il n'est pas question ici de transmission d'entreprise. La transmission sera facilitée par les outils que l'on a exposés juste avant au titre des nouvelles libéralités. L'idée ici est de faire en sorte que l'entreprise survive au défunt en l'absence de toute transmission organisée. Plusieurs dispositions révèlent cet objectif.

Tout d'abord, pour ce qui concerne l'option successorale, la loi précise opportunément que les opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise sont réputées être des actes d'administration provisoire qui peuvent être accomplis sans emporter acceptation de la succession.<sup>34</sup> Grâce à cette disposition « *la gestion de l'entreprise ne sera pas suspendue du fait d'héritiers qui, soucieux de conserver leur option, resteraient inertes.* »<sup>35</sup>

Ensuite, le maintien dans l'indivision possible jusque là pour les entreprises agricoles est étendu aux entreprises commerciales, artisanales ou libérales et même aux entreprises exploitées sous forme sociale. Par ailleurs, le maintien dans l'indivision, comme l'attribution préférentielle de telles entreprises, ne supposent plus que l'utilité en soit la survie ou la constitution d'une unité économique.<sup>36</sup>

Enfin, sans vouloir organiser la transmission de l'entreprise de son vivant, le chef d'entreprise peut vouloir confier la gestion de son entreprise et plus généralement de ses biens à un mandataire posthume, sous réserve que cela soit justifié dans l'acte à peine de nullité par un intérêt sérieux et légitime. Il est même prévu que la durée du mandat, en principe de deux ans prorogables, peut être portée à cinq ans prorogables lorsqu'il est question de gérer des biens professionnels.<sup>37</sup>

**23.-** Le dernier objectif moins apparent mais tout aussi important que les autres est la sécurité. La sécurité est en premier lieu celle de l'héritier ab intestat. Elle recoupe d'ailleurs d'autres objectifs de la loi. Elle se manifeste dans le cadre du passif, de l'option et également du partage. Quant au passif, la loi offre au juge la possibilité de décharger l'héritier acceptant purement et simplement la succession de

---

<sup>34</sup> Art. 784 al. 4

<sup>35</sup> M. Grimaldi, D. 2006, n°37, p. 2551 et s. « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions et libéralité ». De même, la mise en œuvre de décisions d'administration ou de disposition engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise pourra être engagée sans risque aux termes de l'article 784 al. 5

<sup>36</sup> Art. 821 et 831.

<sup>37</sup> Art. 812-1-1 al. 1 et 2

tout ou partie d'une dette qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquittement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel.<sup>38</sup> Relativement au passif encore, la loi éteint définitivement tout passif chirographaire non déclaré dans le délai de quinze mois à compter de la publicité de la déclaration d'acceptation à concurrence de l'actif net.<sup>39</sup> A propos de l'option successorale, la loi sécurise l'héritier en édictant des actes qui peuvent être accomplis sans emporter acceptation tacite et, ce qui va de pair, obligation ultra vires. Des exemples ont été donnés lorsqu'il s'agit d'assurer la continuation de l'entreprise. Enfin, en matière de partage, la sécurité est assurée par la substitution de l'action en complément de part à l'action en rescision du partage. L'héritier floué dans le partage pourra obtenir compensation sans remettre en cause l'intégralité du partage.

La sécurité est en second lieu celle du gratifié. Elle se manifeste de deux manières. D'abord par l'affirmation du principe de la réduction en valeur quelles que soient la nature de la libéralité et la personne du gratifié.<sup>40</sup> Sauf s'il choisit d'exécuter la réduction en nature, le gratifié est certain de conserver le bien dont il a été disposé en sa faveur. Ensuite, le délai de prescription de l'action en réduction qui était de trente ans est réduit à cinq ans en principe sans pouvoir excéder dix ans à compter du décès si les héritiers justifient n'avoir eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve que dans les deux années précédant leur demande.<sup>41</sup>

Après avoir évoqué les grandes lignes de la loi, il faut insister sur les profondes modifications qu'elle a causées.

### *B. Les profondes modifications induites*

**24.-** La loi du 3 décembre 2001 avait retouché la dévolution successorale en augmentant considérablement les droits ab intestat du conjoint survivant et en consacrant l'égalité des filiations. La loi de 2006, elle, a eu la volonté de réformer plus complètement le droit des successions en prenant à bras le corps les questions laissées de côté en 2001, notamment la transmission, la liquidation de

---

<sup>38</sup> Art. 786 al. 2

<sup>39</sup> Art. 792 al. 2

<sup>40</sup> Art. 924 al. 1

<sup>41</sup> Art. 921 al. 2

l'actif et du passif mais aussi le droit des libéralités.<sup>42</sup> Incontestablement, c'est dans le domaine des libéralités que la loi a profondément modifié « les colonnes du temple ». <sup>43</sup>

**25.-** La présentation rapide que l'on vient de faire de la loi au travers de ses enjeux et de ses objectifs met en exergue les modifications profondes qui heurtent les conceptions traditionnelles du droit des successions et libéralités.

A première vue, certains de ces bouleversements peuvent apparaître comme des évolutions logiques du droit antérieur, justifiées par les nécessités de l'époque. Ainsi, des mesures comme l'extension du domaine d'application de l'attribution préférentielle ou la généralisation des restitutions en valeur ne mettent pas en scène des institutions nouvelles mais développent des mécanismes anciens dans un but de sécurisation des entreprises, des personnes ou des droits acquis.<sup>44</sup> Même la nouvelle règle qui, toujours dans le même but de sécuriser le règlement successoral, permet au juge de décharger un héritier acceptant pur et simple d'une dette successorale inconnue peut revendiquer une filiation lointaine avec l'ancien article 783. <sup>45</sup> Mais encore, il suffit de remarquer que le conjoint pouvait être gratifié au-delà de la quotité disponible ordinaire pour constater que la liberté de disposer du défunt n'est pas une préoccupation nouvelle. Ceci étant, il faut bien admettre que, sous couvert de modifier par petites touches le droit des successions, la loi a plus profondément porté atteinte aux piliers de la matière.

---

<sup>42</sup> La réforme était d'ailleurs très attendue comme en témoigne les trois projets de loi de 1988, 1991 et 1995 ayant pour objet de réformer le droit des successions qui n'ont jamais été inscrits à l'ordre du jour du Parlement, ce dernier projet de loi de 1995 ayant été élaboré par le commission dite Carbonnier-Catala. Témoignent également de cette volonté ancienne de réforme, les propositions formulées par les Notaires dans le cadre de leurs congrès, notamment Deauville, 1975, « La dévolution successorale » et Paris, 2004, « Code civil, les défis d'un nouveau siècle ». Pour ce qui concerne le droit des libéralités, on peut aussi noter l'influence du groupe de travail sur les libéralités : « Des libéralités, une offre de loi, J. Carbonnier, P. Catala et J. de Saint-Affrique.

<sup>43</sup> L'expression provient du titre d'un article publié par le professeur Catala, Dr. Famille, n°11, Novembre 2006, étude 43 intitulé : « la loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple. »

<sup>44</sup> Le mécanisme de l'attribution préférentielle date en effet d'une loi du 7 février 1938 et a été constamment étendu par différentes lois (20 juillet 1940, 15 janvier 1943, 28 octobre 1955, 19 décembre 1961, 4 juillet 1980, 10 juillet 1982 ou encore 3 décembre 2001). De même, il était admis avant la réforme que certaines libéralités notamment les donations consenties à des successibles n'étaient réductibles qu'en valeur.

<sup>45</sup> Ce texte rappelait en substance à l'héritier acceptant pur et simple qu'il ne pouvait jamais attaquer son acceptation sauf dol ou lésion dans l'hypothèse où la succession se serait trouvée absorbée ou diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation. Cependant il ne semble pas que ce cas particulier de rescision pour lésion ait beaucoup trouvé à s'appliquer.

A y regarder plus attentivement, on se rend compte qu'au-delà des innovations importantes et souhaitées<sup>46</sup>, la loi atteint principalement deux piliers du droit des successions : le principe de la succession à la personne et l'ordre public successoral.

**26.-** Notre système successoral s'oppose par principe au système anglo-saxon de la succession aux biens. On a coutume de l'exprimer par l'adage « *le mort saisit le vif* ». La formule implique d'une part, d'exercer dès le décès les droits dont le défunt était titulaire, c'est l'objet de la saisine et, d'autre part, de supporter les dettes du défunt, c'est le mécanisme de l'obligation ultra-vires qui impose à l'héritier acceptant de supporter sur son patrimoine les dettes du défunt par l'effet d'une fusion des patrimoines. Dans ces deux domaines, il est frappant de constater les effets de la loi de 2006. Si la saisine demeure, force est de constater qu'elle est en partie entravée par le mandat à effet posthume qui permet au défunt de priver ses héritiers de la gestion de tout ou partie de la succession.<sup>47</sup> Au plan de l'obligation au passif, au-delà de la réforme substantielle de l'acceptation à concurrence de l'actif net destinée à la rendre plus attractive et donc plus sécurisante pour l'héritier, sans revenir sur la faculté offerte au juge de décharger un héritier acceptant pur et simple d'une dette inconnue dont il a été question plus haut, il convient de relever une autre innovation. Tout de suite après avoir réaffirmé le principe de l'obligation ultra vires, la loi ajoute que l'héritier n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif net, là où avant il en répondait sur son patrimoine. Là encore, la protection de l'héritier prend le dessus parce qu'il a sans doute été jugé choquant que l'on puisse faire des libéralités sur le patrimoine de ses héritiers.

Dans les deux cas envisagés on peut souligner l'impact des enjeux de la loi : la protection de l'entreprise en permettant à l'exploitant d'organiser la gestion pérenne de celle-ci après son décès d'une part<sup>48</sup> et la recherche du dynamisme économique passant par la faveur accordée aux générations les plus jeunes d'autre part.

---

<sup>46</sup> On pense notamment aux libéralités graduelles et résiduelles ainsi qu'aux évolutions favorables à la donation-partage, souhaitées par le notariat et une grande partie de la doctrine.

<sup>47</sup> Toutefois, la validité même de ce mandat est subordonnée à la justification dans l'acte d'un intérêt légitime et sérieux précisément motivé au regard de la personne de l'héritier ou de la consistance du patrimoine. Par ailleurs la question de savoir si ce genre de mandat dessaisit l'héritier est discutée et se trouve sans doute relativisée par le fait que l'héritier conserve toujours la possibilité de mettre fin au mandat en vendant les biens aux termes de l'article 812-4, 5°. Ce dernier point a été confirmé récemment par la Cour de cassation : Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 mai 2010, n° 09-10.556, Bull. I, n° 117.

<sup>48</sup> C'est en effet en grande partie pour le chef d'entreprise que ce mandat à effet posthume a été pensé.

27.- Le deuxième pilier auquel la loi s'attaque est celui de l'ordre public successoral et elle l'attaque sur tous les fronts mais sans le supprimer pour autant ce qui tendrait à prouver que l'ordre public conserve en notre matière successorale une utilité.

Le vent du libéralisme et de l'innovation qui a soufflé sur le droit des libéralités atteint d'abord le vieux principe de la prohibition des substitutions en dehors de la ligne directe et de la ligne collatérale. Si la volonté du défunt y gagne, l'institution, telle qu'elle est réglementée, souffre la même critique que précédemment à savoir créer des situations de mainmorte.<sup>49</sup> De ce point de vue, la libéralité résiduelle est sans doute plus raisonnable. Là encore l'innovation a été justifiée notamment par la protection des enfants handicapés.

Le second coup a été porté à la prohibition des pactes sur succession future par la création des libéralités-partages transgénérationnelles qui impliquent que les héritiers de rang intermédiaire consentent à ce que leurs enfants soient allotis à leur place dans le partage anticipé. Mais encore, l'apparition de la renonciation anticipée à l'action en réduction est une autre dérogation flagrante à cette prohibition.<sup>50</sup> Ici aussi on voit poindre la volonté de favoriser les pactes de famille et avec eux les générations les plus jeunes ou les personnes les plus vulnérables.

Le dernier assaut a été donné contre la réserve héréditaire. Le signe le plus marquant de cette offensive a été la perte de la qualité de réservataire par les ascendants. Par ailleurs, la réserve a été « fongibilisée » sauf à ce que le gratifié choisisse d'exécuter la réduction en nature par exemple parce qu'il n'a pas les moyens de payer l'indemnité de réduction. Ce faisant, la réserve perd un de ses fondements traditionnels : la conservation des biens dans la famille. Un auteur a fait remarquer qu'elle devenait alors plus difficile à défendre dans son principe car dit-il : « *Le combat pour conserver un bien où la famille s'enracine a une autre allure que la réclamation d'un chèque.* »<sup>51</sup> Par ailleurs, on peut également relever que si le mandat à effet posthume porte atteinte à la saisine, il porte aussi atteinte au droit de l'héritier réservataire de recueillir sa réserve libre de charge.

---

<sup>49</sup> D'ailleurs, « l'offre de loi » de Messieurs Carbonnier, Catala et de Saint-Affrique avait prévu dans ce cas une obligation de conservation en valeur.

<sup>50</sup> Il s'agit d'ailleurs plus d'une dérogation à la prohibition des pactes sur succession future que d'une atteinte portée à la réserve elle-même. La renonciation ne porte en effet que sur l'action en réduction. Toutefois, elle peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve.

<sup>51</sup> Cf. M. Grimaldi, Dalloz 2006, n°37, p. 2551 et s, art. Précité.

**28.-** Au final, on pourrait regretter avec le Professeur Catala que des brèches aient été ouvertes dans notre bel ordre successoral. Cependant on pourrait aussi prendre la défense de la loi qui essaye de tenir compte de la complexité des situations particulières en écornant quelque peu les institutions traditionnelles. On pourrait aussi constater avec le Professeur Grimaldi le déclin des solidarités familiales et la montée en puissance de l'individualisme qu'impliquent les atteintes portées à la réserve et à l'obligation au passif. Mais alors on ne peut s'empêcher de penser que la loi est le reflet de la société. Toutefois, il faut admettre que dans la société comme dans la loi la solidarité demeure, différente. Le changement réside en ce que, dans la loi, la solidarité d'aujourd'hui semble être, paradoxalement, une solidarité à sens unique dont le but est de favoriser les jeunes générations.

#### ***Section 4. Problématique et annonce de plan***

**29.-** Au regard de l'intérêt pratique du retour légal qui a été rappelé, dans le contexte de libéralisation et de contractualisation du droit des libéralités et des successions que l'on connaît, une question paraît incontournable : face aux nouveaux cas de retour légal dont les régimes juridiques, on le verra, diffèrent sensiblement par rapport aux schémas traditionnels, dans quelle mesure est-il possible d'y déroger ?

**30.-** La réponse à la question que l'on vient de poser suppose d'examiner le régime légal du retour avant d'envisager la dérogation au droit de retour légal.

L'étude du régime légal des articles 757-3 et 738-2 du Code civil (Première partie) permettra de mettre en évidence les aspirations parfois contradictoires des textes ainsi que les difficultés qu'ils impliquent tant au plan théorique de leurs fondements, qu'au plan pratique de leurs mises en œuvre.

Après avoir déterminé s'il est souhaitable de déroger au droit de retour légal, il s'agira de savoir s'il est possible juridiquement de déroger aux deux textes en question et, dans l'affirmative, de savoir comment il est possible d'y déroger. La question de la dérogation au droit de retour légal sera donc posée plus particulièrement dans un second temps (Seconde partie).

## Première partie : Examen du régime légal des articles 757-3 et 738-2

---

31.- Cette première partie aura pour objet l'étude critique de l'institution, le but étant de rechercher les raisons qui peuvent inciter à l'éviction du droit de retour légal. En un mot, il s'agit de répondre à la question : pourquoi ? Pourquoi vouloir y déroger ? Pourquoi cette institution légale peut-elle s'avérer gênante dans le règlement de la succession ? Cette étape est évidemment nécessaire avant de rechercher les moyens d'une éventuelle dérogation.

Immédiatement, une mise en garde s'impose : analyse critique ne doit pas vouloir dire critiques tous azimuts des nouvelles dispositions légales. Aussi critiquable que soit la législation actuelle, elle constitue quoi qu'il en soit la Loi.<sup>52</sup> Il convient davantage de donner un sens à des textes pas toujours explicites et parfois ambigus que de les condamner à devenir lettre morte. C'est donc sans a priori que le sujet sera abordé car il ne postule pas une quelconque nécessité d'éviction du retour légal.

Un aperçu de l'évolution historique de l'institution ouvrira notre étude car, en droit comme ailleurs, l'histoire permet bien souvent de comprendre le présent. L'exposé de ce bref panorama historique sera l'occasion de s'interroger sur les fondements de l'institution et d'en constater l'évolution, convaincante ou non, plutôt que de déplorer l'érosion des fondements traditionnels. Histoire et fondements du retour légal, telle sera la première étape de l'examen (Première sous-partie).

Puis il faudra se pencher sur la mise en œuvre des nouveaux cas de retour institués par la loi. Le droit positif sera alors étudié, parfois interprété et confronté à ses objectifs ainsi qu'à la pratique : ce sera l'étude des difficultés de mise en œuvre du retour légal (Deuxième sous-partie).

---

<sup>52</sup> Pour relativiser, notons que la critique du travail législatif a tout d'une antienne. Déjà, Grenier dans son *Traité des donations*, t. II, p. 341 et 342 écrivait qu'il fallait convenir que la rédaction de l'article 747 laissait beaucoup à désirer.

## **PREMIERE SOUS-PARTIE : HISTOIRE ET FONDEMENTS**

### **DU RETOUR LEGAL**

Cette première sous-partie est un préalable nécessaire pour comprendre le droit actuel. Il n'est d'ailleurs pas impensable que les solutions à certains problèmes d'aujourd'hui trouvent leurs racines dans l'analyse historique de la matière. Il s'impose donc de retracer l'évolution historique de l'institution (Titre I) avant de constater l'évolution de ses fondements (Titre II).

### **Titre I. Evolution historique de l'institution**

**32.-** Comme celle de beaucoup d'institutions, l'histoire du retour légal est cyclique. « *Elle va de l'éclat au déclin, déclin suivi d'une vitalité nouvelle.* »<sup>53</sup>

Le retour légal connut une longue période faste puisqu'il trouve sa source dans le droit romain, s'est maintenu jusqu'en 1804 bien qu'ayant une nature différente selon les pays de droit écrit ou de droit coutumier puis a été repris dans le Code civil qui consacra même deux types de droit de retour de nature différente en distinguant le retour légal du retour conventionnel.

Le déclin, quant à lui, fut marqué par la loi du 3 janvier 1972, qui a supprimé deux des trois cas de retour prévus par le Code Napoléon. Le déclin de cette institution ancienne sera présenté en premier lieu (Chapitre 1).

Il fallut attendre presque trente ans pour que l'institution retrouve intérêt aux yeux du législateur, c'est le renouveau du retour légal qu'il faudra présenter en second lieu (Chapitre 2).

---

<sup>53</sup> L'expression est reprise de Malaurie et Fulchiron, « La famille », 2<sup>ème</sup> éd., n° 1401 à propos de l'adoption, citant J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, « Histoire du droit civil », Dalloz, 2003, n° 133.

## Chapitre 1. Le déclin d'une institution ancienne

Voyons comment cette institution ancienne maintenue en 1804 (Section 1), solidement ancrée dans notre droit, est devenue une institution marginalisée à compter de 1972 (Section 2).

### **Section 1. Une institution ancienne maintenue en 1804**

Comme souvent, l'institution trouve sa source dans le droit romain et l'ancien droit (§1). Elle a ensuite subi les foudres du droit intermédiaire (§2) avant de renaître sous la forme de trois cas de retour légal dans le Code civil (§3).

#### **§ 1. Le droit romain et l'ancien droit**

33.- Le droit romain permit dans un premier temps au pater familias qui avait constitué sa fille en dot, dot dite « *profectice* », d'obtenir la restitution de celle-ci en cas de prédécès de sa fille au cours de son mariage. Cette restitution était exprimée par la formule : « *Dos a patre profecta ad patrem revertitur.* » La dot « *profectice* » devait selon les textes retourner dans la famille d'où elle était provenue. Cet usage fut par la suite étendu aux ascendants paternels constituant en dot leur petite fille. Puis il profita au père ou à l'ascendant paternel qui a fourni au fils de famille une dot anténuptiale. Toutefois il semble que le droit de retour ainsi entendu ne fut pas reconnu à la mère et aux ascendants maternels.

Le droit de retour ou de réversion de l'époque romaine n'était pas un droit de succession. Ainsi, était-il possible de l'exercer tout en renonçant à la succession. Mais encore, lorsque le bien rentrait par ce moyen dans le patrimoine du donateur, il y rentrait libre de toutes charges éventuellement consenties par le bénéficiaire de la donation, comme s'il n'en était jamais sorti. Le retour opérait rétroactivement.

34.- L'ancien droit sera, comme chacun sait, imprégné de droit romain dans les pays de droit écrit correspondant grosso modo au sud de la France. On retrouve en effet dans ces pays un droit de retour semblable au droit de réversion du droit romain.

On considérait alors les donations comme frappées d'une condition résolutoire les anéantissant rétroactivement en cas de prédécès du donataire. Cette condition pouvait être expressément prévue par les parties à la donation ou résulter de la loi qui, dans le silence des parties, organisait le retour du bien donné libre de toute charge. Dans ce dernier cas, on observe que le droit de retour institué par la loi produisait les effets d'un mécanisme conventionnel : la condition résolutoire.

Aussi, en comparant les effets du droit de retour légal de cette époque et les effets de la condition résolutoire, on s'aperçoit qu'ils sont identiques : la condition résolutoire, lorsqu'elle est réalisée, emporte anéantissement rétroactif d'un contrat valablement formé. Les parties sont remises dans l'état qui était le leur avant la conclusion du contrat, lequel est censé n'avoir jamais existé. Ainsi les droits et charges qui ont pu être consentis par le donataire sont eux-mêmes anéantis, ce qui explique pourquoi le bien rentre alors libre dans le patrimoine du donateur.

Dans les pays de droit écrit, la loi considérait ce droit de retour comme une condition résolutoire tacite c'est-à-dire sous-entendue dans toutes les donations en l'absence de manifestation de volonté des parties. Le fondement du retour semblait donc être la volonté présumée du donateur.

La nature conventionnelle du droit de retour, avec les conséquences rigoureuses qui s'en suivent, avait évidemment pour conséquence qu'elle amputait le droit de disposer du donataire. Dans ces conditions, les tiers n'étaient pas enclins à contracter avec le donataire puisqu'ils savaient leurs droits menacés par la réalisation de la condition. Au-delà de l'atteinte au droit de disposer, on peut également considérer que c'était le crédit du donataire qui s'en trouvait diminué. Notamment, le bien objet du retour échappait au droit de gage des créanciers du défunt puisqu'il ne faisait pas partie de sa succession et réintégrait le patrimoine du donateur aussitôt après le décès. Cela alors même que le droit de propriété du donataire résultait d'une donation irrévocable, ayant un caractère perpétuel.

En conséquence, les auteurs déniaient aux descendants le droit d'aliéner le bien donné mais faisaient tout de même des distinctions entre les aliénations volontaires prohibées et les aliénations nécessaires permises. Par exemple, un même bien donné

ne pouvait être hypothéqué par le donataire mais pouvait valablement être atteint par l'hypothèque de la femme mariée.<sup>54</sup>

Il n'est pas nécessaire de s'étendre davantage sur cette question de la limitation des droits du bénéficiaire d'une disposition consentie sous condition résolutoire car elle se retrouve aujourd'hui encore pour tout type d'obligation sous condition résolutoire. Cela explique sans doute la faible utilisation de telles conditions en pratique sauf en notre matière.<sup>55</sup>

Enfin, sur ce point, certains auteurs au rang desquels on peut compter Pothier voyaient dans le droit de retour des pays de droit écrit une interprétation maladroite des textes du droit romain.<sup>56</sup> En effet, à l'époque classique du moins, le droit de réversion romain s'appliquait aux biens dotaux soumis à un régime particulier de protection qui les rendait inaliénables. Le droit de retour appliqué à de tels biens n'était donc pas une contrainte pour le donataire puisque de toute façon il ne pouvait pas disposer librement de ces biens. Alors que le droit de retour de l'ancien droit dans les pays de droit écrit frappait d'une certaine inaliénabilité de fait des biens qui ne l'étaient pas en principe.

**35.-** Dans les pays de coutume la nature du retour était toute différente et son origine plus incertaine.

On en trouve trace chez Beaumanoir à la suite d'un arrêt de la Curia Regis<sup>57</sup> de 1268.<sup>58</sup> Mais ce n'est qu'en 1580 que la Nouvelle Coutume de PARIS, que l'on a pu considérer comme reflétant le droit commun coutumier, consacra de façon certaine en son article 313 un droit de retour qui était selon ce texte un véritable droit de succession. L'article en question disposait : « *Toutefois, les ascendants succèdent aux choses par eux données à leurs descendants décédés sans enfant ni descendant d'eux* ».

L'emploi du verbe « *succéder* » ne faisait pas de doute sur le caractère successoral de ce droit de retour. Pour justifier cette nature successorale, on peut

---

<sup>54</sup> F. Soleil, « De l'exercice du droit de retour légal quand les biens donnés ne se retrouvent plus en nature dans la succession. » Thèse pour le doctorat, édition Domat Montchrestien, 1931.

<sup>55</sup> Cf. infra pour ce qui est de l'application courante du droit de retour conventionnel aujourd'hui, en dépit de ses effets rigoureux.

<sup>56</sup> Pothier, « Traité des donations », éditions Bugnet, t. VIII, p. 81 et 419.

<sup>57</sup> Jusqu'à la fin du XIII<sup>ème</sup> siècle, la Curia Régis ou Cour du Roi est une assemblée rassemblant les vassaux du Roi qui le conseillent en matière politique, judiciaire et financière.

<sup>58</sup> Beaumanoir, Ch. XIV.

aussi tirer argument de la place de l'article 313 qui se trouvait juste après deux articles organisant la dévolution des biens propres selon l'adage « *propres ne remontent* ». Dans ces articles, il était bien question de dévolution successorale.

Plus encore, ce droit de succession constituait une succession à lui seul et se trouvait en cela dans la droite ligne des règles successorales de l'ancien droit distinguant diverses successions selon l'origine des biens. Ainsi y avait-il la succession aux acquêts, distincte de la succession aux propres. Et au sein de cette dernière catégorie, entre autres distinctions, existait la succession aux propres que le défunt avait reçus par donation de ses ascendants.

Il résultait notamment de ce caractère successoral l'obligation pour le donateur qui recouvrait son bien de respecter les aliénations et les charges consenties par le donataire. C'est là une grande différence par rapport au droit de retour des pays de droit écrit.

D'autres conséquences comme l'acceptation de la succession ou la contribution aux dettes découlaient du caractère successoral de ce droit de retour.

## **§ 2. Du droit intermédiaire au Code civil des Français**

**36.-** A la veille de la révolution deux cas de retour légal existaient en France quant aux biens donnés à un descendant, l'un produisant un effet fondé sur un mécanisme contractuel, l'autre sur un droit successoral.

Ce droit successoral trop teinté d'ancien régime avait tout pour déplaire aux révolutionnaires. Il était l'expression de la diversité des successions et de la ty-dévolution des biens selon leur origine, bref, d'un système successoral perçu à l'époque comme archaïque.

Les révolutionnaires ont favorisé l'égalité en abolissant les privilèges d'ancien régime : droit d'aînesse et de primogéniture, les inégalités résultant de la qualité de la filiation ou même de la qualité d'étranger. Mais ils souhaitaient aussi asseoir une nouvelle société sur des fondements différents. Par exemple, la primauté était donnée à l'individu et non plus au groupe, plus précisément à la famille. C'est dans cette optique de promotion de l'individu, d'égalité et d'abolition de la société d'ancien

régime que le législateur révolutionnaire imposa le principe de l'unité de la succession.<sup>59</sup>

Ainsi en était-il terminé de ces grandes fortunes essentiellement foncières dont la transmission était organisée dans le seul but de les conserver au sein des familles.

Dans ces conditions le droit de retour des coutumes ne pouvait qu'être supprimé. Ce sera chose faite implicitement par la loi du 17 nivôse an II puis par une loi du 23 ventôse an II.

Ceci étant, il convient de remarquer que tandis que le retour légal successoral était aboli, les clauses de retour conventionnel demeuraient autorisées.

Le Code civil aurait pu s'en tenir là en abandonnant le retour à la liberté contractuelle. Il aurait aussi pu reprendre le mécanisme des pays de droit écrit et instaurer un droit de retour légal opérant comme une condition résolutoire.

Le projet de Code civil de l'an VIII ne prévoyait pas de droit de retour légal.<sup>60</sup> Le tribunal d'appel de Toulouse s'en est ému, la Section de la législation du Conseil d'Etat en tint compte et l'article 31 du projet de loi sur les successions consacra finalement un droit de retour au profit des ascendants donateurs. Cet article donnera naissance à l'article 747 du Code civil de 1804. Voilà une première exception au principe de l'unité de la succession que l'on venait de reconnaître six ans plus tôt.

Non contents de recréer un cas de succession anormale, les rédacteurs du Code Napoléon en créeront deux autres qu'il convient d'étudier maintenant.

### **§ 3. Les trois cas de retour légal du Code civil**

Nous envisagerons le droit de retour légal de l'ascendant donateur (A) puis celui bénéficiant aux frères et sœurs de l'enfant naturel décédé sans postérité (B) en exposant leurs conditions de mise en œuvre. Le troisième cas, maintenu en 1972, celui profitant initialement à l'adoptant, sera étudié plus loin.

---

<sup>59</sup> Loi du 17 Nivôse An II, article 62 : « La loi ne fait aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine pour en régler la transmission ».

<sup>60</sup> Sur la discussion du Code civil, V. les références citées par F. Soleil dans sa thèse précitée, p. 24, note n° 1.

### A. Le droit de retour légal de l'ascendant donateur

37.- Il est ici question du cas de retour légal qui était amené à fonctionner le plus en pratique pour la raison que la situation qu'il vise - donation à un descendant - est courante et parce que les autres cas ne concernaient que des situations particulières.

Ajoutons qu'aujourd'hui encore, le droit de retour de l'ascendant donateur est susceptible de s'appliquer. En effet, le troisième alinéa de l'article 14 de la loi du 3 janvier 1972 qui a supprimé ce cas de retour prévoit que les donations consenties avant son entrée en vigueur restent soumises au droit de retour de l'article 747 ancien du Code civil.

Cet article disposait que : « *Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession.* »

D'une part, il résulte de cette disposition que le droit de retour de l'ascendant donateur, comme les autres droits de retour légaux, a une nature successorale. Il est bien question de « *succéder* » à certains biens.

D'autre part, il est intéressant de noter que l'institution ne repose que sur un seul texte, l'article 747 ancien, lequel renferme et les conditions de mise en œuvre et les effets du droit de retour légal. Les effets sont ceux d'une succession anormale. Il conviendra de les exposer plus loin.<sup>61</sup> S'agissant de l'article 747 ancien, la question de ses conditions d'application sera abordée à présent. La question de savoir s'il était possible de déroger à ce droit sera abordée dans la seconde partie de ce travail.

Classiquement, il convient de distinguer les conditions tenant aux personnes (1) de celles tenant aux biens objet du droit de retour (2).

#### 1. Conditions tenant aux personnes

Envisageons dans un premier temps les conditions relatives au défunt avant d'exposer celles relatives aux bénéficiaires.

---

<sup>61</sup> V. infra, p. 239 et s. sur la question de savoir si les nouveaux cas de retour constituent de vraies successions anormales.

**38.-** Pour sa mise en œuvre, le droit de retour légal de l'ascendant donateur supposait que le défunt décède sans postérité.

La présence d'un descendant faisait obstacle au droit de retour sauf si ce descendant se trouvait exclu de la succession par l'effet de l'indignité ou de la renonciation. Dans ces cas tout se passait comme s'il n'y avait pas de descendant

**39.-** Il faut ajouter que l'absence de postérité s'apprécie au décès du de cujus. Peu importe donc que le descendant du défunt décède à son tour sans postérité en laissant pour lui succéder le bénéficiaire du droit de retour. Le droit est définitivement perdu s'il existe un descendant au décès du de cujus.

L'hypothèse est celle du grand-père survivant à son fils et à son petit-fils décédé sans postérité. Le droit de retour du grand-père est perdu dès le décès de son fils.

C'est là une différence par rapport au retour conventionnel qui peut prévoir sa mise en œuvre en cas de prédécès du donataire et de ses descendants assurant ainsi davantage la conservation des biens dans la famille.

**40.-** Après avoir posé la condition d'absence de postérité et après avoir précisé l'époque à laquelle cette condition s'apprécie, encore faut-il s'entendre sur la notion de postérité. La question de savoir s'il faut inclure l'enfant adoptif, l'enfant naturel, ou pire l'enfant adultérin dans la notion de postérité faisant obstacle au droit de retour de l'ascendant donateur a fait débat.<sup>62</sup>

Le débat était celui de savoir si l'on devait reconnaître les mêmes effets successoraux à la filiation légitime et à la filiation adoptive ou naturelle.

En ce qui concerne la filiation adoptive, le débat fut doctrinal. Certains enseignaient que l'enfant adopté simple ne faisait pas obstacle au droit de retour de l'article 747 du Code civil.<sup>63</sup> D'autres exprimaient l'opinion inverse.<sup>64</sup> Aujourd'hui et depuis la loi du 11 juillet 1966 la solution est donnée par l'article 368, devenu 367,

---

<sup>62</sup> Ces termes sont aujourd'hui inexacts mais définissent clairement les situations qu'ils visent. Par ailleurs, le débat n'a plus qu'une utilité historique étant donné qu'aujourd'hui, selon l'article 733 du Code civil, la loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation pour déterminer les parents appelés à succéder.

<sup>63</sup> Baudry Lacantinerie et Wahl, t. 1, numéro 710, soutenus en cela par la jurisprudence notamment : Req. 14 février 1855 : DP 1855, 1, 225 et req. 20 oct. 1903 : D. 1903, 1, 576.

<sup>64</sup> Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. 4, 1959, n° 1783 ; Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français t. 3, 10<sup>ème</sup> éd., 1950, n° 990.

du Code civil qui indique qu'au plan civil<sup>65</sup> l'adopté simple a les mêmes droits successoraux que tout enfant.

En ce qui concerne la filiation naturelle, un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de cassation du 9 août 1854 se trouve à l'origine du débat en affirmant qu'il fallait interpréter les mots « *sans postérité* » comme signifiant sans postérité légitime.<sup>66</sup>

Pour l'enfant naturel simple, cette solution est dénuée de toute portée depuis la loi du 3 janvier 1972 assimilant les enfants légitimes et les enfants naturels simples au plan successoral. Il va donc de soi que l'enfant naturel fait obstacle au droit de retour de l'ascendant donateur.

Pour l'enfant adultérin, si l'on peut encore l'appeler ainsi pour plus de clarté, il semble que la question ne se soit jamais posée. Avant 1972, il est certain que l'on pouvait opposer à cet enfant sa qualité d'enfant naturel et qui plus est adultérin en application de la jurisprudence de 1854, de sorte qu'il ne faisait pas obstacle au droit de retour.

Mais après 1972, la jurisprudence en question étant devenue caduque compte tenu de l'égalité des filiations légitimes et naturelles, il semble logique de soutenir que l'enfant adultérin faisait obstacle au droit de retour légal de l'article 747 du Code civil : c'est bien un descendant. D'ailleurs, dans la succession ordinaire, si l'enfant adultérin pâtissait de sa condition en présence des enfants légitimes et du conjoint bafoué par l'adultère aux termes des anciens articles 759 et 760 du Code civil, sa vocation successorale n'était pas affectée lorsqu'il était en présence d'un ascendant.

**41.-** Le bénéficiaire quant à lui est clairement défini par le texte : il s'agit de l'ascendant et plus précisément de tout ascendant qu'il soit privilégié ou ordinaire. Ne sont pas uniquement visés les père et mère comme dans l'actuel article 738-2.

Encore faut-il que cet ascendant ait fait une donation au profit du de cujus. Logiquement, le droit de retour exclut que son bénéficiaire ait disposé au profit du défunt au moyen d'une libéralité à cause de mort et cela pour deux raisons : d'une part le bénéficiaire du droit de retour doit survivre au défunt pour l'exercer, et d'autre part, l'ascendant donateur est le seul bénéficiaire de ce droit à la différence de ce qui

---

<sup>65</sup> Au plan fiscal en effet, l'enfant adopté simple est considéré comme un étranger sauf s'il s'agit de l'enfant du conjoint.

<sup>66</sup> Cass. civ. 9 août 1854 : D. 1854, 1, 265.

est prévu à l'article 368-1 du Code civil. En cela, le droit de retour de l'ascendant donateur se rapproche de celui des père et mère de l'article 738-2.

Par ailleurs, il a déjà été relevé que le caractère successoral du droit de retour transparaissait du texte de l'article 747 ancien du Code civil. Il résulte de cela un certain nombre de conséquences sur lesquelles il faudra revenir. Retenons pour l'instant que le bénéficiaire doit être apte à succéder.

Il ressort également du texte que ce droit de retour constitue, comme il a déjà été dit, un cas de succession anormale obligeant à distinguer parmi les biens laissés par le défunt, ceux de ces biens qu'il avait reçus par donation du bénéficiaire du droit de retour. Coexistent deux successions ayant leurs règles propres. En effet, le texte dispose que l'ascendant succède aux choses par lui données « *à l'exclusion de tous autres* », c'est-à-dire que sur le bien donné qui forme la succession anormale, il est seul à pouvoir réclamer des droits. Peu importe alors qu'il existe des parents moins éloignés en ordre ou en degré. Peu importe donc qu'il ne soit pas appelé à la succession ordinaire. C'est ainsi que le grand-père ayant donné un bien à son petit fils décédé sans postérité recueillera seul ce bien au titre de la succession anormale alors qu'il ne viendra pas à la succession ordinaire en présence par exemple des frères et sœurs, membres du deuxième ordre.

Enfin, signalons qu'il existait une difficulté s'agissant des père et mère naturels. En effet, l'article 747 du Code civil figurait dans une section consacrée aux successions dévolues aux ascendants légitimes. Une partie importante de la doctrine considérait que les ascendants naturels ne bénéficiaient pas du droit de retour en se fondant sur l'interprétation restrictive qui doit être appliquée à tout texte exceptionnel. La jurisprudence n'a, semble-t-il, jamais tranché la question.

## 2. Conditions tenant aux biens

**42.-** Il a été dit plus haut que les biens objets du droit de retour étaient ceux que le défunt avaient reçus de l'ascendant par donation uniquement. Le texte précisait également que la mise en œuvre du droit de retour supposait que les biens donnés se retrouvent en nature dans la succession.

Evidemment, si le donataire défunt avait disposé des biens en question à titre onéreux ou à titre gratuit entre vifs, ils ne se retrouvaient pas dans la succession. Tout

droit de retour était écarté. La jurisprudence a même admis que le donataire puisse, en disposant des biens à lui donnés au moyen d'un legs, faire obstacle au retour.<sup>67</sup>

Nous venons d'indiquer que le bien objet du retour devait se retrouver dans la succession. Maintenant, il convient de s'arrêter sur cette condition selon laquelle les biens donnés doivent se retrouver « *en nature* » dans la succession du défunt pour former une masse successorale distincte de la succession ordinaire. Ainsi énoncée, cette condition constitue un principe. Principe auquel l'alinéa 2 de l'article 747 apportait deux exceptions formulées ainsi : « *Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.* »

Partant deux questions se posent. La première est de savoir quelle est la portée du principe ? Doit-on pour l'appliquer retenir une conception stricte de l'existence en nature qui exigerait de retrouver le bien qui a été donné à l'identique ? Ou bien doit-on en avoir une conception plus large qui consisterait à opposer l'existence en nature au simple équivalent en valeur ? Cette question se rencontre également pour les nouveaux cas de retour. Elle sera donc développée plus loin.<sup>68</sup>

La seconde question, propre à l'article 747 ancien, encourage à rechercher la portée des deux exceptions envisagées par le texte. Et là encore, la question se dédouble : ces deux exceptions sont-elles d'interprétation stricte ou bien peut-on y voir l'application d'un principe général de subrogation réelle ?

Pour tenter de répondre à cette question il est nécessaire d'exposer les deux thèses en présence.

**43.-** La première thèse, dite thèse de la doctrine restrictive, n'envisageait le droit de retour que sur les biens donnés eux-mêmes. Les seules exceptions admises par cette doctrine étaient celles qui figuraient à l'alinéa 2 de l'article 747.

Tout d'abord, rappelons les deux raisons invoquées pour justifier l'application du principe du retour en nature et pour exclure du même coup le retour en valeur : la première raison est qu'un texte exceptionnel appelle une interprétation restrictive. La seconde raison a pour objet d'éviter les procès qu'engendrerait la recherche de l'origine indirecte d'un bien. Ce qui justifie l'exclusion du retour en valeur, justifie

---

<sup>67</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> civ. 13 juin 1961, Gaz. Pal. 1961,2, 362. Sur cet arrêt, V. infra, p. 259.

<sup>68</sup> Cf. infra p. 156 et s.

également l'interprétation stricte des exceptions légales qui admettaient que le retour puisse porter sur autre chose que sur le bien lui-même.

Selon la première hypothèse visée par le texte, le bénéficiaire du droit de retour pouvait exercer son droit sur le prix qui peut encore être dû. En réalité, l'objet du retour dans ce cas est la créance de prix lorsque celui-ci n'a pas été encaissé. Ainsi en est-il lorsque, par exemple, le défunt décède avant le terme stipulé au contrat pour le paiement du prix.

La deuxième hypothèse est celle de l'action en reprise que pouvait exercer le donataire prédécédé. Pour illustrer ces actions en reprise on peut citer l'action résolutoire de l'article 1184 du Code civil, l'action en nullité, l'action en rescision pour lésion, l'action en révocation des donations ou les reprises matrimoniales. Dans ces cas, le but est de faire réintégrer au patrimoine du défunt le bien en question pour que le droit de retour puisse être exercé.

A ce sujet, notons que certains auteurs<sup>69</sup> justifiaient le retour de la créance de prix par le fait qu'elle s'accompagne de l'action résolutoire de l'article 1184 du Code civil. L'argument était que si le prix est encore dû, c'est qu'il y a eu défaut de paiement. L'aliénation n'est pas parfaite et le vendeur dispose de l'action résolutoire qui tend à faire revenir le bien aliéné en nature dans le patrimoine de l'aliénateur défunt. Le droit de retour sur la créance de prix existerait parce que l'action résolutoire la conforte. La conséquence de cette démonstration un peu spéculative était que des deux exceptions il n'y en avait plus qu'une seule et que cette exception n'en était pas vraiment une puisque son effet était de retrouver le bien en nature.

Cette démarche ne convainc pas. En effet, le retour portant sur la créance de prix ne peut se résumer au seul cas du défaut de paiement du débiteur, notamment en cas de paiement à terme. Le même exemple prouve, ce que nous savions déjà, que le prix peut être encore dû alors que la vente est parfaite. Ajoutons que l'action en reprise, action réelle, peut, dans le cas de reprise matrimoniale notamment, déboucher sur une reprise en équivalent. Telle sera le cas de la créance de récompense. Il faut en conclure que le second alinéa vise deux hypothèses différentes qui constituent bien deux exceptions au principe du retour en nature. La loi permet donc expressément,

---

<sup>69</sup> Baudry-Lacantinerie, Précis de Droit Civil t. 3 p.333 ; Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. XIII p.527 ; Demantes et Colmet de Santerre, Code civil, t. 3 n° 56 ; Planiol et Ripert, Traité pratique de Droit Civil français t. IV n° 162 et s.

dans certains cas, à l'ascendant donateur d'exercer son droit de retour sur un équivalent.

**44.-** Certains ont alors pu penser, confortés par une jurisprudence favorable aux bénéficiaires du retour, qu'il ne fallait pas s'en tenir à la lettre du texte et voir dans le second alinéa de l'article 747 l'application d'un principe plus général. C'est la deuxième thèse, celle dite de la théorie de la subrogation.

Cette thèse se recommande d'une certaine bienveillance à l'égard des ascendants donateurs. Les auteurs favorables à celle-ci faisaient valoir, non sans raison, que le retour en nature limite fortement les possibilités de retour puisque d'un côté il ne rend pas le bien inaliénable alors que d'un autre côté une aliénation l'anéantit. D'autres auteurs ont mis en exergue ce caractère bienveillant. Ainsi, Mourlon écrivait-il : *« Si nous ne voulons point nous résigner aux plus injustes conséquences, il faut nous garder de cet asservissement aveugle qui tue la pensée de la loi sous sa lettre judaïquement appliquée. Nous le devons d'autant plus que le droit que l'article 747 consacre est si plein d'équité qu'on ne saurait le contester sans inhumanité. »*<sup>70</sup>

L'idée sous-jacente est celle de justice. Il ne serait pas juste que l'ascendant donateur ne puisse pas exercer son droit de retour alors que le bien donné n'existe plus en nature mais qu'il a été remplacé par d'autres biens.

Toutefois et de première part, il convient de ne pas oublier l'argument porté au soutien de la théorie restrictive selon lequel le retour en nature serait source de paix juridique en ce qu'il éviterait de prouver l'origine indirecte d'un bien et éviterait les procès. Mais de seconde part, il ne faudrait pas que le souhait de limiter les litiges se fasse au détriment de la paix des familles. C'est pourquoi certains auteurs, au rang desquels figurent Aubry et Rau, ont trouvé souhaitable d'admettre le jeu de la subrogation réelle pour l'application de l'article 747 du Code civil.<sup>71</sup> C'est admettre que le principe du retour en nature est renversé ou, à tout le moins, égalé par un autre principe : le retour en équivalent en application de la subrogation réelle. Mais ces deux auteurs, conscients du risque d'une extension sans limite du retour, ont cantonné

---

<sup>70</sup> V. Mourlon, Répétition écrite sur le Code civil, t. II, n° 116 et s.

<sup>71</sup> Aubry et Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 5<sup>ème</sup> éd., t. IX, p. 508, § 608.

la subrogation au premier degré c'est-à-dire grosso modo à l'échange en matière immobilière et à l'emploi en matière de deniers. Ils excluaient le remploi.

Peut être aurait-on pu admettre la subrogation au deuxième degré ou le remploi moyennant une déclaration d'origine de deniers dans l'acte d'acquisition du bien subrogé, un peu comme l'on fait une déclaration de remploi en matière de régimes matrimoniaux. Si cela est évidemment très concevable pour les immeubles, la question est plus délicate pour les meubles.

En matière mobilière, il est surtout question de donations de deniers et de valeurs mobilières. Si les deniers donnés ont été employés, la subrogation au premier degré s'applique. Si, en revanche, les deniers donnés n'ont pas été employés ou investis, la jurisprudence a admis que le retour s'exerçait, à due concurrence, sur les deniers existants dans la succession.<sup>72</sup> Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de prouver que les deniers existants sont ceux là mêmes qui avaient été donnés. Une telle recherche serait d'ailleurs vaine en raison de la fongibilité de l'argent.

Certaines juridictions du fond semblent avoir été favorables à la subrogation en matière de retour, acceptant ainsi que le bénéficiaire du retour puisse exercer son droit sur toute sorte de biens substitués dans le patrimoine du défunt au bien qu'il avait donné, faisant par là une application de la subrogation plus large que celle d'Aubry et Rau.

Par exemple, la Cour d'appel de Lyon a admis que le retour puisse porter sur le bien acquis en remploi du prix d'aliénation du bien initialement donné.<sup>73</sup>

Certains auteurs favorables à cette jurisprudence ont essayé de la systématiser en y voyant une application de la théorie générale de la subrogation réelle, plus exactement de la subrogation universelle. Il y a subrogation universelle lorsque, dans une universalité de fait constituée de biens ayant la même origine et étant soumis au même régime, un bien nouveau prend la place d'un bien ancien. Ce qui compte alors c'est la valeur du bien. Comme le disait Demogue, « *la subrogation universelle est celle qui se produit soit pour maintenir la valeur d'un patrimoine d'affectation soit pour sauvegarder le droit de celui dont le patrimoine est placé momentanément entre les mains d'un autre* ». Ce faisant, il essayait de systématiser le mécanisme de la

---

<sup>72</sup> Trib.Civ. Lyon 22 janvier 1895, Pandectes française 1896, 2, 225 ; M. Grimaldi Droit Civil Successions 6<sup>ème</sup> éditions n° 257.

<sup>73</sup> Lyon 24 août 1871 : S. 1872, 2, 121.

subrogation réelle pour l'élever au rang de principe général du droit pouvant s'appliquer sans support textuel.<sup>74</sup>

Présentée comme cela, la subrogation universelle dérange en notre matière pour deux raisons : d'une part, le droit français n'admet pas par principe les patrimoines d'affectation. D'autre part, la deuxième justification de cette subrogation universelle, la sauvegarde des droits du bénéficiaire, fait trop penser au retour conventionnel qui, lui, sauvegarde de manière certaine les droits de son bénéficiaire. C'est d'ailleurs tout son intérêt.

D'autres auteurs<sup>75</sup> demeurèrent plus réservés sur l'application de la subrogation réelle en matière de retour légal et préférèrent s'en tenir au principe du retour en nature tempéré par les deux exceptions relativement larges envisagées au second alinéa de l'article 747. Ces auteurs faisaient notamment valoir le fondement du retour légal qui était la conservation des biens dans la famille. Or, conservation des biens dans la famille ne veut pas dire conservation de la richesse familiale.

Dans sa thèse<sup>76</sup>, François Soleil propose une sorte de synthèse modérée de ces différentes doctrines. Son idée est d'utiliser au maximum les exceptions du texte en aillant conscience que tout en cette matière est une question de preuve. Ainsi, rapproche-t-il la créance de prix de l'indemnité d'assurance. Encore, justifie-t-il l'application du retour sur les bien acquis en échange du bien donné par l'argument suivant : en droit des régimes matrimoniaux, l'échange d'un bien propre fait naître un droit à reprise de propre, une action en reprise telle que visée à l'alinéa 2 de l'article 747. Pourquoi dès lors refuser que le retour porte sur le bien échangé en dehors d'une relation de mariage ? Ce d'autant plus qu'il s'agit du cas de subrogation le plus simple. Autrement dit, il entendait s'en tenir à des hypothèses où la filiation entre les biens est incontestable.

Quelles conclusions peut-on tirer de ces développements ?

---

<sup>74</sup> V. Demogue, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Revue Critique de législation et de jurisprudence*, 1901, p. 236 et s., 295 et s., 346 et s. D'autres auteurs ont cherché à théoriser la subrogation réelle en se fondant sur l'idée d'affectation et d'obligation de restitution, V. notamment : Henry, « De la subrogation réelle conventionnelle et légale, thèse, Nancy, 1913 ; Cerban, « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD civ.*, 1939, p. 47 et s. Plus globalement, sur le rappel de ce mouvement doctrinal V. Ranouil, « La subrogation réelle en droit civil français », thèse, Paris, 1985, p. 63 et s.

<sup>75</sup> V. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, p. 333 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XIII, p. 527 ; Demande et Colmet de Santerre, *Code civil*, t. III, n° 56 ; Mourlon, *Répétitions écrites*, t. II, n° 116 et s ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. IV, ch. III n° 162 et s.

<sup>76</sup> F. Soleil, *op. cit.*

**45.-** Admettre la subrogation réelle universelle n'est pas une solution pour deux raisons : la première est que la lettre du texte, posant le principe du retour en nature, autant que son esprit, fondé sur la conservation du bien dans la famille, s'y opposent. La seconde est que son application poserait d'importants problèmes de preuves et de limites. La preuve, ici, tend d'ailleurs à rechercher bien souvent dans quelle proportion le bien nouvellement acquis a été subrogé au bien originaire. Or, qui dit proportion dit nécessairement valeur. Mais l'on vient de dire que le principe devait demeurer le retour en nature.

La thèse défendue par Aubry et Rau et par Soleil est plus raisonnable mais elle conduit à admettre une subrogation au premier degré. On a vu que cette thèse pouvait se rattacher à une interprétation extensive des exceptions du second alinéa de l'article 747 ancien.

Sans doute est-il plus juste de s'en tenir au principe et à ses deux exceptions qui recouvrent, nous l'avons vu, un grand nombre de cas. La principale justification de cela étant le fondement premier du retour légal : la conservation du bien en tant que tel dans la famille.

Enfin, il faut retenir cette aspiration tendant à élargir le champ d'application du retour légal et ce qui justifie qu'on la limite. Il faut entendre par là que si le fondement du retour légal venait à évoluer, il ne serait pas incongru de revoir notre jugement sur ces questions.

#### *B. Le droit de retour des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel*

**46.-** Ce cas de retour, bien moins important en pratique que le précédent, sera évoqué plus rapidement. Le siège de la matière était l'ancien article 766 du Code civil duquel il résultait que : « *En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus, passent aux frères et sœurs légitimes s'ils se retrouvent en nature dans la succession : les actions en reprise s'il en existe, ou le prix de ces biens aliénés, s'il est encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes. Tous les autres biens passent aux frères et sœurs naturels ou à leurs descendants.* »

Pour comprendre, ce cas particulier de retour légal il est nécessaire de rappeler brièvement les règles qui, avant 1972, régissaient la succession de l'enfant naturel.

Précisons tout d'abord qu'avant cette date, le principe cardinal du droit de la famille était la hiérarchie des filiations, principe selon lequel la filiation légitime conférait plus de droits que la filiation naturelle. Ce principe recevait notamment application en matière successorale. D'une part, l'enfant naturel non adultérin, ne venait à la succession que de ses père et mère à l'exclusion de tout autre ascendant et y avait des droits inférieurs à ceux d'un enfant légitime. D'autre part, ne pouvaient hériter de lui en l'absence de descendant que ses père et mère et ou ses frères et sœurs naturels.

Ainsi, les frères et sœurs légitimes étaient, au plan successoral, totalement étrangers vis-à-vis de leur frère naturel. Ils ne pouvaient hériter de lui tout comme lui ne pouvait venir à leur succession. Cette solution n'était pas dénuée de toute logique puisque avant 1972 l'enfant naturel restait en dehors de la seule famille ayant foi aux yeux de la loi : la famille légitime.

**47.-** On comprend mieux alors le sens de l'article 766 ancien. Il constituait un tempérament, une contrepartie à l'exclusion des frères et sœurs légitimes de la succession ordinaire de l'enfant naturel. Il permettait aux frères et sœurs légitimes de prétendre, sans aucun concours avec les frères et sœurs naturels du défunt, aux biens que ce dernier avait reçus de ses père et mère à titre gratuit, que ce soit au moyen d'une disposition entre vifs ou à cause de mort.

Il est à noter que les mêmes conditions d'exercice du retour se retrouvaient ici : absence de descendance, existence en nature dans la succession de biens reçus à titre gratuit de l'auteur commun. Comme à propos de l'article 747 ancien, remarquons au sujet de cette dernière condition que le même tempérament existait s'agissant de l'exercice possible du retour sur les actions en reprise et sur le prix du bien aliéné restant dû. Dernière condition, les père et mère de l'enfant naturel devaient être prédécédés. A défaut, c'était eux qui recueillaient la succession.

L'article 766 ancien instaurait donc véritablement un droit de retour légal fondé sur la conservation des biens dans la famille, plus précisément sur la conservation des biens dans la famille légitime. En cela, ce texte faisait partie de l'arsenal juridique déployé pour protéger la famille perçue comme supérieure. En effet, en l'absence d'un tel droit, et dans l'hypothèse visée par le texte, tous les biens du défunt auraient été dévolus aux frères et sœurs naturels. Le risque n'était donc pas

tant que les biens sortent de la famille, il était davantage que les biens échappent à la famille légitime. La conservation dans la famille était entendue ici très strictement.

Deux fondements pouvaient justifier ce cas de retour au profit des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel : le premier, plus apparent, était la contrepartie de leur exclusion de la succession ordinaire ; le second, plus profond, était la conservation des biens dans la famille légitime et donc la protection de cette dernière.

**48.-** Ainsi, se trouve achevée la rapide présentation de ce deuxième cas de retour légal tel qu'il existait dans le Code Napoléon. Nous ne nous attarderons pas ici sur le troisième cas de retour qui figurait aux articles 358 et 359 du Code Napoléon. La raison en est que ce troisième cas de retour figure aujourd'hui encore, sous réserve de quelques modifications, dans le Code civil à l'article 368-1. Il s'agit du droit de retour des familles adoptives et par le sang dans la succession de l'enfant adopté simple, cas de retour qui, dans le Code Napoléon, ne concernait que les familles adoptives avant d'être étendu à la famille par le sang.<sup>77</sup> Si ce cas ne fait pas ici l'objet de développements plus importants, c'est que sa destinée ne fut pas la même que celle des deux autres précédemment évoqués. Ceux-ci furent supprimés par la loi du 3 janvier 1972, alors que celui-là fut maintenu. Dès lors, il est temps de s'intéresser aux raisons qui ont rendu marginale cette institution ancienne du droit de retour légal.

## ***Section 2. Une institution marginalisée***

Des trois cas de retour légal prévus en 1804, deux ont disparu en 1972 (§1) alors que le troisième a été maintenu (§2).

### ***§ 1. La disparition de deux cas de retour***

Il convient d'envisager, d'abord la disparition du droit de retour des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel (A) avant celle du droit de retour de l'ascendant donateur (B).

---

<sup>77</sup> En vertu d'une loi du 11 juillet 1966.

### *A. La disparition du droit de retour des frères et sœurs légitimes*

**49.-** Dès lors que la loi de 1972 portant réforme de la filiation avait supprimé toute infériorité de la filiation naturelle par rapport à la filiation légitime et dès lors que les mêmes effets successoraux étaient reconnus aux deux filiations, le principal fondement du droit de retour de l'ancien article 766 tombait de lui-même. Ce fondement était, rappelons le, la contrepartie de l'exclusion des frères et sœurs légitimes de la succession ordinaire de l'enfant naturel. L'enfant naturel héritant à partir de 1972 de l'enfant légitime et inversement, le droit de retour ne se justifiait plus. L'avantage qu'il conférait, à savoir une vocation successorale sans concours, n'était plus nécessaire pour contrebalancer une exclusion qui n'existait plus.

On se souvient que ce cas de retour pouvait aussi se justifier par la protection de la famille légitime en assurant la conservation des biens en question en son sein. Une telle protection vis-à-vis de l'enfant naturel n'avait plus de sens. Les biens seront conservés dans la famille, entendue moins strictement, au moyen des règles de la dévolution légale.

La raison de la suppression de ce cas de retour était une raison de bon sens : là où la contrepartie que constituait le retour légal n'était plus nécessaire, le droit de retour fut supprimé.

Si la disparition de ce droit de retour semblait s'imposer avec évidence, tel ne fut pas le cas de la suppression de l'ancien droit de retour de l'ascendant donateur.

### *B. La disparition du droit de retour de l'ascendant donateur*

**50.-** C'est également la loi du 3 janvier 1972 qui supprima le droit de retour de l'ascendant donateur qui en pratique trouvait le plus à s'appliquer.

Cette suppression, contrairement à la précédente, ne relevait pas de l'évidence et fut fort discutée. D'ailleurs, le nouveau principe de l'égalité des filiations aurait pu fort bien s'accommoder de ce cas de retour. Schématiquement, trois arguments étaient alors invoqués pour en justifier la suppression. Le premier n'est pas fort convaincant, les deux autres sont plus sérieux.

51.- Le premier était la complexité du mécanisme, argument faible au regard du droit actuel et de sa réelle complexité.<sup>78</sup> Argument démagogique selon un auteur qui relève que « *la complexité des mécanismes juridiques reflète généralement celle des relations humaines que le droit ne peut ignorer* ». <sup>79</sup>

52.- Le second argument était pratique, presque pragmatique. Il revenait à souligner l'inutilité du droit de retour légal face au développement du droit de retour conventionnel. La portée de cet argument était beaucoup plus importante, tant les clauses de retour conventionnel dans les donations étaient constamment stipulées.<sup>80</sup> Il est vrai que le droit de retour conventionnel présente de nombreux avantages par rapport au retour légal qui expliquent son succès. Ce mécanisme alliant souplesse et efficacité permet de déroger au retour légal en le rendant sans objet.<sup>81</sup>

Rappelons tout de même que ce succès n'est pas uniquement dû à la faveur de la pratique notariale pour ce mécanisme. C'est en effet la loi elle-même qui admet que le droit de retour légal puisse être volontairement doublé d'un mécanisme conventionnel plus efficace et peut être plus en phase avec l'attente des parties. La souplesse et l'efficacité qui caractérisent le retour conventionnel sont de nature à rassurer le donataire et le donateur. De ce point de vue, le retour conventionnel est un meilleur système que le retour légal.

C'est sans doute ce qui a emporté la conviction du législateur de 1972. Ajoutons à cela que le droit de retour conventionnel prive d'effet le retour légal qu'il était inutile de maintenir. On aurait pu objecter qu'en cas de renonciation au retour conventionnel, le retour légal aurait pu agir subsidiairement, comme un garde fou.<sup>82</sup> Cependant, cette hypothèse est assez irréaliste. La renonciation au droit de retour conventionnel a généralement lieu lorsque le donataire souhaite disposer sans risque du bien qui lui a été donné. S'il en dispose, le bien ne se retrouvera pas dans la succession du donataire. Par conséquent, il manquera, le moment venu, une condition à la mise en œuvre du retour légal.

Au regard de cet argument pragmatique, la suppression du retour légal de l'ascendant donateur se comprend. Qu'en est-il du dernier argument ?

---

<sup>78</sup> Notamment au regard de l'article 738-2 du Code civil.

<sup>79</sup> M. Grimaldi, *Droit Civil Successions*, 6<sup>ème</sup> édition, n° 247.

<sup>80</sup> Cette remarque vaut toujours aujourd'hui et conduit comme hier à se poser la question de l'intérêt du retour légal face au retour conventionnel. Cf. infra

<sup>81</sup> Sur les effets du retour conventionnel, V. infra, p. 327 et s.

<sup>82</sup> Ce qui est vrai pour le nouveau droit de retour de l'article 738-2 dans la mesure où il peut s'exercer en valeur.

**53.-** Le troisième argument était davantage théorique. On se souvient que l'une des justifications traditionnelles du droit de retour légal était la conservation des biens dans la famille et plus précisément dans la famille du donateur, entendue comme famille lignage. Le retour légal était ainsi un moyen d'éviter que par le système de la fente un bien donné par le père ne revienne à la mère ou à sa famille. Sans le retour légal, il y avait en effet un risque de sortie du patrimoine hors du lignage. Etant donné les faibles droits de succession du conjoint survivant à l'époque du Code Napoléon, le père ne pouvait espérer retrouver le bien en question dans la succession légale de sa femme. En effet, le conjoint n'avait de droit en pleine propriété qu'en l'absence de parent au degré successible, c'est-à-dire presque jamais.

Mais à partir du moment où la loi reconnaissait des droits successoraux en pleine propriété au conjoint, d'abord sous conditions, il n'y avait plus de raison de s'offusquer de ce que les biens changent de ligne. Quelle importance alors que la mère recueille par le jeu de la fente un bien que son mari avait donné à leur enfant commun dès lors qu'un jour, peut-être, elle héritera de son mari en pleine propriété. Le résultat sera le même. Le droit de retour de l'ascendant donateur perd encore un intérêt, du moins une justification.

### **§ 2. Le maintien du droit de retour dans la succession de l'adopté simple.**

**54.-** Le troisième cas de retour légal connu du Code Napoléon était celui qui bénéficiait à l'adoptant dans la succession de l'adopté décédé sans postérité. Ce cas de retour est le seul qui ait été maintenu en 1972. N'étant pas d'une application pratique très courante en raison de son champ d'application, il fut le symbole d'une institution en déclin. Cependant, son maintien prouve que, contrairement aux autres, il n'avait pas perdu son utilité.<sup>83</sup>

Cette longévité s'est toutefois accommodée de certaines évolutions qu'il conviendra de retracer rapidement (B) après avoir présenté les raisons du maintien (A) qui tiennent essentiellement au champ d'application du texte.

---

<sup>83</sup> Toutefois l'existence et la récurrence du droit de retour conventionnel diminuent autant l'utilité de ce cas de retour que celle du droit de retour de l'ascendant donateur, du moins lorsque c'est l'adoptant donateur lui-même qui exerce ce droit et non ses descendants.

### A. Les raisons du maintien.

**55.-** Pour comprendre les raisons qui expliquent la longévité assez remarquable de ce cas de retour, il est nécessaire de relever les conditions dans lesquelles il entend s'appliquer, conditions dont la principale diffère assez peu de celle exigée par l'ancien article 357 pour ce qui concernait la succession de l'adopté que l'on ne nommait pas encore « adopté simple ».

**56.-** Historiquement, l'adoption était connue du droit romain qui la favorisa notamment pour des raisons mystiques<sup>84</sup>. L'ancien droit n'encouragea pas la création de cette filiation fictive qui heurtait le principe cardinal de la conservation des biens dans la famille. Le droit intermédiaire, dans son souci de dislocation des fortunes d'ancien régime, était idéologiquement plus favorable à l'adoption. C'est surtout sous la pression de Bonaparte, obnubilé par ses désirs dynastiques, que le Code Napoléon restaura le contrat d'adoption. L'adoption de 1804, celle qui ouvrait droit au retour légal de l'article 357 était au fond assez proche de l'adoption simple d'aujourd'hui. C'était, disait-on, une adoption bourgeoise qui servait de « *consolidation des ménages stériles et de carrière de secours pour les enfants de père et mère pauvres* ». <sup>85</sup> Elle ne produisait que des effets patrimoniaux. Si l'on voyait cette adoption comme un moyen d'élévation sociale pour l'adopté, il eut été injuste que l'adoption fut, au décès sans descendance de l'adopté, un moyen d'enrichissement pour des étrangers. Il était normal que les biens transmis au défunt par l'adoptant lui reviennent, à lui ou à sa famille.

Pour conclure ce bref rappel historique, soulignons le peu de succès de l'adoption version 1804 dont les effets étaient limités et les conditions strictes.<sup>86</sup> Par la suite trois grandes étapes ont marqué le droit de l'adoption. Première étape, conséquence de la première guerre mondiale, une loi du 19 juin 1928 permit l'adoption des mineurs orphelins. Deuxième étape, un décret-loi du 29 juillet 1939 instaura, à côté du contrat d'adoption à effet patrimonial, la légitimation adoptive, portant sur des enfants de moins de 5 ans, qui leur conférait la qualité d'enfant légitime. Troisième étape, la loi du 11 juillet 1966 créa la distinction que l'on connaît

---

<sup>84</sup> Elle permettait au pater familias, à défaut de postérité légitime, d'assurer la continuité du culte domestique.

<sup>85</sup> Déclaration de Berlier lors de la discussion du Code civil Malaurie et Fulchiron, n° 1401, note 9.

<sup>86</sup> On ne pouvait adopter que des majeurs.

aujourd'hui entre l'adoption plénière, héritière de la légitimation adoptive et l'adoption simple, héritière du contrat d'adoption du Code Napoléon.<sup>87</sup>

**57.-** Pour en revenir à l'article 368-1, il faut donc noter que ce texte n'entre en jeu que lorsqu'une personne adoptée simple décède sans postérité. C'est dans cette condition de départ, un défunt adopté simple, que se trouve la justification de l'utilité intemporelle de l'institution.

L'adoption simple, contrairement à l'adoption plénière, dote l'adopté d'une seconde famille, dite adoptive, sans pour autant rompre les liens qui l'unissent à sa famille par le sang. Une des conséquences les plus saillantes de cela est que l'adopté simple conserve dans sa famille par le sang tous ses droits successoraux et acquiert les mêmes dans sa famille adoptive.<sup>88</sup> Réciproquement, lorsque l'adopté simple décède sans enfant, ses deux familles viennent à sa succession. La succession ordinaire, celle qui pour faire simple se compose des acquêts réalisés par le défunt, est dévolue aux deux familles en application du système dit de la fente successorale prévu à l'article 368-1 alinéa 2 du Code civil. Ainsi, les acquêts du défunt sont partagés par moitié entre la famille par le sang et la famille adoptive. La dévolution au sein de chaque famille se fait en application du droit commun des successions par ordre et par degré.

Là se trouve la justification la plus classique du droit de retour : la conservation des biens dans la famille. La présence des deux familles et le système de la fente font courir le risque, en l'absence de droit de retour, que les biens de la famille adoptive échus au défunt à titre gratuit qui se retrouvent dans sa succession en nature, reviennent à la famille par le sang ou inversement. Grâce au retour légal, la famille de laquelle le bien provient est certaine de le retrouver sans avoir à subir d'indivision avec l'autre famille parce qu'il lui sera dévolu en dehors de la succession ordinaire, en vertu d'un droit de retour dont elle-seule bénéficie. Pour la même raison, aucune indemnité ne sera due à l'autre famille en dépit de ce prélèvement. Il ne s'agit pas d'une attribution préférentielle.

---

<sup>87</sup> La loi de 1966 a également assoupli les conditions de l'adoption et a contribué à rendre l'adoption inattaquable. D'autres réformes de moindre importance ont suivi : loi du 22 décembre 1976, loi du 5 juillet 1996, loi du 6 février 2001 et du 4 juillet 2005 qui sont essentiellement des lois de procédure.

<sup>88</sup> Notamment, l'adopté simple est réservataire dans la succession de l'adoptant. Cependant, il n'a pas cette qualité dans la succession des ascendants des ses parents adoptifs.

A dessein, le bénéficiaire du droit de retour a été désigné plus haut sous le terme de famille adoptive ou de famille par le sang. Ceci pour souligner que le bénéficiaire du retour n'est pas ici seulement celui qui a disposé entre vifs au profit du défunt. Ce peut être en effet l'adoptant ou les parents par le sang. Mais le bénéficiaire peut également être un descendant du disposant si celui-ci est décédé, par exemple un frère du défunt adopté. Dans ce cas, le bien en question peut être entré à titre gratuit dans le patrimoine de l'adopté simple en vertu d'une disposition entre vifs ou à cause de mort. Cela renforce la justification apportée plus haut : c'est bien dans la famille qu'il s'agit de conserver le bien.

On glisse là vers les conditions du retour de l'article 368-1 dont il faut observer qu'elles ont évolué depuis 1804.

### *B. L'évolution des conditions d'application*

Schématiquement, l'évolution du droit de retour de l'adoptant a connu deux mouvements justifiés bien que contradictoires : le premier a étendu son champ d'application, le second l'a réduit.

**58.-** Le premier mouvement résulte de la loi du 11 juillet 1966. A l'origine, le Code Napoléon n'envisageait le droit de retour dans la succession de l'adopté qu'au profit de l'adoptant ou en cas de décès de celui-ci au profit de ses descendants légitimes, naturels ou adoptifs.<sup>89</sup> Dans un souci de réciprocité, la loi de 1966 a reconnu un droit identique à la famille par le sang de l'adopté décédé sans postérité. C'est ainsi qu'à partir de 1966, l'article 368-1 précise que : « *les biens que l'adopté avait reçus à titre gratuit de ses père et mère retournent pareillement à ces derniers ou à leurs descendants.* »

**59.-** Le second mouvement a réduit le champ d'application de l'article 368-1 et cela en deux temps.

Dans un premier temps, la même loi du 11 juillet 1966, a limité l'exercice du droit de retour à la seule succession de l'adopté donataire ou héritier du disposant. Auparavant la loi permettait que l'adoptant qui n'avait pu exercer son droit de retour

---

<sup>89</sup> Ancien article 358 et 359 du Code civil.

au décès de l'adopté en raison de la présence de descendants légitimes de ce dernier, puisse l'exercer au décès desdits descendants décédés sans postérité légitime.<sup>90</sup> De ce point de vue, après la réforme de 1966, le régime du droit de retour de l'article 368-1 se trouvait unifié au régime du droit de retour de l'ascendant donateur. Cette unification n'était pas inutile. Le régime d'avant 1966 se rapprochait du retour conventionnel qui donne la possibilité de reporter son droit de retour au décès des descendants du donataire défunt. Cela permet de distinguer clairement les régimes juridiques des deux types de droit de retour. Il n'est pas inconcevable que le premier, d'origine légale, dérogeant au droit commun des successions, soit plus restreint dans ses effets que le second d'origine conventionnelle.

Pour être complet, précisons que jusqu'en 1966, le conjoint de l'adoptant bénéficiait du retour mais ne pouvait l'exercer qu'en usufruit et à la double condition qu'il ait lui-même consenti à l'adoption et que l'adoptant n'ait pas de descendant. Depuis lors, le conjoint de l'adoptant n'a plus aucun droit dans la succession de l'adopté sauf s'il a adopté conjointement le défunt.

Dans un second temps, et bien plus récemment, la loi est venue ajouter une condition à l'exercice de l'article 368-1. Cette condition supplémentaire a réduit le problème de ce que l'on appelle les concours de successions anormales. Depuis la loi du 23 juin 2006, le droit de retour des familles adoptive et par le sang dans la succession de l'enfant adopté simple ne peut s'appliquer, en dehors de toutes autres conditions, qu'en l'absence de conjoint survivant.

Il en résulte que tout concours dans une même succession entre le droit de retour de l'article 368-1 et celui de l'article 757-3 est exclu. Le second texte ne s'applique en effet qu'en présence d'un conjoint. Avant 2006, en revanche, un tel concours ou plus précisément un tel conflit de droit de retour était concevable.<sup>91</sup>

Pour le reste, notamment pour ce qui concerne ses effets, le droit de retour de l'article 368-1 du Code civil est identique à celui de l'ascendant donateur.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Ancien article 357 du Code civil.

<sup>91</sup> Cf. infra.

<sup>92</sup> Sur les effets du retour légal traditionnel en général, Cf. infra, p. 186.

## Chapitre 2. Le renouveau du retour légal

60.- Depuis 1972 l'institution du retour légal était entrée en sommeil. D'une application quasi inexistante, elle ne présentait plus guère d'intérêt pratique ou théorique.<sup>93</sup>

Mais voilà que depuis la loi du 3 décembre 2001 portant réforme du droit des successions et libéralités, le législateur a créé deux nouveaux droits de retour, portant à trois, comme au temps du Code Napoléon, le nombre de cas de retour légal.

D'abord la loi de 2001 instaura le droit de retour des frères et sœurs en concours avec le conjoint survivant. Ce nouveau droit de retour des collatéraux privilégiés sera abordé dans un premier temps (Section 1).

Ensuite, ce fut au tour de la loi du 23 juin 2006 de faire renaître le droit de retour de l'ascendant donateur, mais sous un tout autre visage : c'est le droit de retour des père et mère dont il sera question dans un second temps (Section 2).

### ***Section 1. Le nouveau droit de retour des collatéraux privilégiés.***

61.- Issu de la loi du 3 décembre 2001, le droit de retour des frères et sœurs, inséré à l'article 757-3 du Code civil est venu clore un débat agité.

Le débat envisagé ne portait pas sur la nécessité ou non de promouvoir le conjoint survivant dans la dévolution légale. Celui-là a été tranché.<sup>94</sup> Le débat en question, qui n'est arrivé qu'assez tardivement dans la discussion parlementaire, portait sur l'éviction des collatéraux privilégiés de la dévolution légale par le conjoint survivant. Au fond, le problème était de savoir jusqu'où la promotion du conjoint pouvait aller ?

Dans sa première mouture, la proposition de loi ne comportait pas d'article 757-3. Seul l'article 757-2 excluant les frères et sœurs de la dévolution légale en l'absence de descendant et d'ascendant privilégié était prévu. C'était là le reflet de la spectaculaire promotion du conjoint survivant, chère à l'Assemblée nationale.

---

<sup>93</sup> En témoigne le peu de travaux doctrinaux intervenus en la matière à compter de 1972.

<sup>94</sup> V. supra, introduction, Section 3.

Les sénateurs, peut-être plus mesurés que les députés, ou plus représentatifs de la France rurale, ont mis l'accent sur la nécessité de revaloriser les droits du conjoint survivant sans pour autant écarter la famille par le sang.

A ce titre le rapport numéro 3282 de Monsieur le député Vidaliès est très intéressant lorsqu'il présente les souhaits du Sénat dans l'hypothèse où le défunt ne laisserait pour lui succéder que son conjoint et un frère.

Il relève ceci : « *Dans cette hypothèse, des biens, par exemple des terres, pourraient passer aux frères et sœurs du conjoint qui en auraient hérité de son époux, et échapper ainsi à la famille qui les détenait initialement [...].* » Plus loin dans le même rapport, il est précisé que : « *Le rapporteur pour le Sénat a indiqué que les sénateurs souhaitaient, avant tout, que les biens transmis par héritage ou donation n'échappent pas à la famille du prédécédé, en l'absence de descendant ou d'ascendant.* »

Il résulte de tout cela qu'après quelques débats, tout le monde était d'accord sur le principe de revaloriser les droits du conjoint pour les raisons rappelées plus haut. De même tout le monde était d'accord pour éviter les successions remontantes jugées antiéconomiques parce que les héritages doivent désormais aller vers ceux qui en ont le plus besoin et notamment les jeunes générations pour s'installer dans la vie. Ainsi, que le conjoint prime les ascendants ordinaires ne semblait pas poser de problème. Après tout, ceux-ci sont membres du troisième ordre successoral. Par ailleurs en ce qui concerne ces ascendants ordinaires, la loi a compensé leur éviction, lorsqu'ils sont dans le besoin, par une créance alimentaire contre la succession sous la condition que le conjoint recueille toute la succession ou les trois quart.

Mais que le conjoint exclut, en l'absence de descendant et d'ascendant privilégié, les collatéraux privilégiés sans que ceux-ci ne viennent en concours avec lui était une disposition plus audacieuse qui avait la faveur de l'Assemblée nationale. En effet dans cette hypothèse le risque de succession remontante n'existe pas. Mais le risque de sortie des biens, et notamment des biens issus de la famille du défunt, vers la famille du conjoint est évident. Gommer ainsi de la dévolution légale les collatéraux privilégiés, c'est-à-dire dans notre cas les derniers représentants de la

famille du défunt, c'est nier que la conservation des biens dans la famille puisse encore de nos jours fonder le droit successoral.<sup>95</sup>

Or précisément, les sénateurs ont rappelé qu'il existe des biens pour lesquels il est important qu'ils restent dans la famille d'où ils viennent. L'exemple cité dans les travaux parlementaires, celui des terres, est particulièrement révélateur. On pense alors tout de suite à ces familles rurales qui, petit à petit, sur des générations, constituent leur exploitation familiale. Ces familles sont attachées à la terre. Or la terre, plus que l'argent ou des valeurs mobilières, peut être qualifiée de familiale. C'est donc avant tout pour ces familles là que l'article 757-3 a été instauré. Comme le dit un auteur : « *Pour ces familles bourguignonnes, champenoises, bordelaises ou beauceronnes, attachées à leur patrimoine terrien, et à l'histoire de leurs origines, la primauté sans faille du conjoint dans la dévolution des biens de famille aurait été perçue comme une seconde révolution.* »<sup>96</sup>

**62.-** Dès lors, la solution semblait aller de soi : s'il s'agissait d'assurer la conservation des biens dans la famille, la solution était l'instauration d'un nouveau droit de retour légal. Telle fut la solution choisie par le législateur. Voyons comment elle se présente.

L'article 757-3 tel qu'issu de la loi du 3 décembre 2001 dispose : « *Par dérogation à l'article 757-2, en cas de prédécès des père et mère les biens que le défunt avait reçus d'eux par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession, sont en l'absence de descendants, dévolus pour moitié aux frères et sœurs du défunt ou à leurs descendants, eux-mêmes descendants du ou des parents prédécédés à l'origine de la transmission.* »

A première vue, ce droit présente les principales caractéristiques d'une succession anormale : il ne s'applique qu'en l'absence de descendant et il oblige à distinguer parmi les biens successoraux ceux qui proviennent de la famille par le sang du défunt. Il organise donc une dévolution particulière en fonction de l'origine de certains biens dès lors que ces biens se retrouvent en nature dans la succession.

---

<sup>95</sup> Dans l'hypothèse où le défunt ne laisse que son conjoint et des collatéraux, en l'absence d'ascendant privilégié et de descendant, ceux-ci sont bien les derniers représentants de la famille souche du défunt. En effet, même s'il existe des ascendants ordinaires, ceux-ci sont exclus de la dévolution, ce qui se justifie pleinement par la lutte contre les successions remontantes.

<sup>96</sup> S. Ferré-André, « Des droits impératifs et supplétifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 (Analyse raisonnée de quelques difficultés) ». Defrénois 2002, art. 37572, n° 32.

La spécificité de ce nouveau droit de retour ne tient pas à ce que le bénéficiaire n'est pas appelé à la succession ordinaire. En effet, l'ancien droit de retour des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel désignait comme bénéficiaires des personnes qui n'héritaient pas du défunt dans la succession ordinaire.

En réalité la première des curiosités de ce cas de retour, au-delà des questions qui peuvent se poser sur sa véritable nature, est qu'au premier abord il ne produit pas le résultat escompté, à savoir la conservation des biens dans la famille. En effet, les biens que l'on peut qualifier par simplification « de famille », sont dévolus pour moitié au conjoint et pour moitié aux collatéraux privilégiés.

Ce résultat pour le moins troublant sera l'occasion, plus loin, de porter un regard critique sur l'origine de ce nouveau droit de retour. Est-il au final celui que l'on a voulu créer au départ ? A quoi est due cette nouvelle figure du retour légal ? Etait-ce la seule solution ? <sup>97</sup>

Pour l'heure, il est temps de se pencher sur l'autre nouveau cas de retour créé par la loi du 23 juin 2006.

## ***Section 2. Le nouveau droit de retour des père et mère***

**63.-** Une des manifestations les plus criantes de la libéralisation du droit des libéralités, du recul de l'ordre public successoral, ou encore du déclin des solidarités familiales est la suppression de la réserve héréditaire des ascendants. L'évocation de l'abrogation de la réserve des ascendants (§1), permettra d'éclairer ce qui paraît en être la conséquence : l'instauration de l'article 738-2 (§2).

A titre liminaire, relevons que la disposition en cause a été moins débattue que la précédente, ce qui ne fait pas nécessairement d'elle une disposition plus justifiée et mieux fondée, comme nous aurons l'occasion de le constater plus avant.

---

<sup>97</sup> Cf. Infra.

### **§ 1. L'abrogation de la réserve des ascendants**

Il sera nécessaire de rappeler les arguments qui ont eu raison de la réserve des ascendants avant de constater que cette décision a immédiatement été associée à la création d'un nouveau cas de retour légal.

**64.-** A titre liminaire, il est à noter que le projet de loi déposé au parlement dès 2005, ne contenait pas de disposition tendant à supprimer l'article 914 ancien. Le texte initial visait simplement à retoucher la réserve en ce qui concernait les conséquences de la renonciation d'un héritier sur le calcul de la quotité disponible. Depuis l'arrêt Delaroque de Mons<sup>98</sup>, en effet, il était admis que la renonciation d'un réservataire ne modifiait pas le montant de la quotité disponible. Sa renonciation ne bénéficiait pas à la quotité disponible mais aux autres réservataires qui voyaient, de fait, leur part de réserve individuelle croître. La solution qui pouvait se baser sur un argument de texte<sup>99</sup> était le reflet de ce que la réserve était dit-on *pars hereditatis*, c'est-à-dire une partie de la succession qui doit revenir en nature, libre de charge à la famille que l'on entend protéger contre la liberté de tester du défunt. En arrière plan on distinguait alors deux idées. La première était que la réserve assurait dans une certaine mesure la conservation des biens dans la famille. La seconde était que l'attention de la loi se portait sur la famille, ou plus précisément sur les réservataires pris collectivement. La loi de 2006, inspirée par la libéralisation du droit des successions et libéralités, a considéré que la conséquence d'une telle renonciation était d'accroître la quotité disponible et non plus les droits des autres réservataires.<sup>100</sup> D'où la règle nouvelle disposant que l'enfant renonçant n'est pas pris en compte pour le calcul de la quotité disponible, sauf s'il est représenté.

En réalité, c'est par un amendement présenté par le député Huyghe, rapporteur au nom de la commission des lois, que l'abrogation de l'article 914 ancien a été proposée.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Cass. civ. 18 février 1818 D. jurisp. gén., v° Succession, n° 1028, S. Chron.

<sup>99</sup> L'argument demeure d'ailleurs aujourd'hui lorsque la loi détermine le taux de la quotité disponible en fonction du nombre de descendants que le défunt « laisse »...

<sup>100</sup> Cf. Rapport n°3122 de Monsieur le député S. Huyghe, sous l'article 12 et rapport de Monsieur le sénateur H. de Richemont.

<sup>101</sup> Amendement n°162.

65.- Plusieurs arguments ont été avancés pour justifier cette abrogation. Il convient de les présenter sans pour l'instant porter de jugement sur l'opportunité de la décision.

Le premier argument allait dans le sens de la libéralisation voulue par la loi. La réserve des ascendants était une « *restriction à la liberté de disposer* », la supprimer revenait à octroyer « *une liberté plus grande à la personne* ». Cela va de soi.<sup>102</sup>

Le deuxième argument répondait aux enjeux démographiques et économiques de la loi : maintenir la réserve des ascendants, c'était favoriser et même assurer la transmission de biens aux générations qui consomment le moins, c'était favoriser les successions ascendantes qui « *ne sont plus en phase avec les aspirations de la société* ». On peut noter que l'argument n'était pas nouveau. Plus de trente ans auparavant, les notaires faisaient déjà valoir que : « *la remontée imposée, forcée, des biens successoraux, qui peut atteindre la moitié en pleine propriété du patrimoine successoral, est une mesure fâcheuse à une époque où l'on conteste la qualité de l'administration qui peut être faite par des personnes d'un certain âge* ».<sup>103</sup>

Le troisième argument était que : « *l'existence de la réserve est particulièrement mal vécue par certains conjoints lors des successions, notamment s'agissant de familles au sein desquelles les liens entre le défunt et ses ascendants étaient distendus.* »<sup>104</sup> Les rapports parlementaires n'ont pas manqué de souligner que la situation était encore plus durement ressentie lorsque le patrimoine du défunt était composé en majorité d'acquêts. C'est l'industrie des époux qu'il convient davantage de protéger maintenant. D'ailleurs, depuis une loi du 3 décembre 1930, en présence de libéralités faites au conjoint, la réserve des ascendants n'était plus qu'une réserve en usufruit, ce qui excluait déjà toute idée de conservation. Enfin, soulignons que la difficulté des rapports entre conjoint et ascendants s'était accrue depuis que la loi de 2001 avait reconnu à celui-là un droit viager au logement qu'il pouvait opposer à la réserve en usufruit de ceux ci.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Cf. Rapport de Monsieur le sénateur de Richemont, reprenant les termes utilisés par Monsieur le garde des Sceaux.

<sup>103</sup> Cf. 72<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, Deauville, 1975, « la dévolution successorale », p. 444.

<sup>104</sup> Cf. pour cet argument et le précédent, l'exposé sommaire de l'amendement n°162.

<sup>105</sup> Les notaires considéraient alors que la réserve en usufruit cédait le pas au droit viager. Et comme la plupart des successions sont composées à plus de 50 % par le logement de la famille, il va de soi que les droits des réservataires étaient atteints. Cf. notamment 100<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, Paris, 16-19 mai 2004, « Code civil les défis d'un nouveau siècle », p. 796.

Relevons en dernier lieu que le rapporteur de la commission des lois appuyait son argumentation sur le fait que : « *de toute façon les ascendants sont protégés par l'obligation alimentaire prévue par le Code civil* ». Cet argument paraît incorrect. D'une part, la créance alimentaire contre la succession n'est ouverte qu'aux ascendants ordinaires lorsque le conjoint recueille la totalité ou les trois quart de la succession. D'autre part, si le défunt n'avait pas ou plus de frère et sœur, ou s'il laisse un conjoint sans enfant, aucune obligation alimentaire ne protège ses parents ainsi qu'il résulte de la combinaison des articles 205 et 206 du Code civil.

Autant dire, mais nous y reviendrons<sup>106</sup>, qu'il n'était pas évident d'abroger la réserve de tous les ascendants, même si la question n'a pas donné lieu à débat. D'ailleurs, « l'offre de loi » proposée pour modifier le droit des libéralités ne supprimait pas la réserve des ascendants et si elle l'avait fait, il n'est pas certain que cela aurait entraîné les mêmes conséquences, à savoir l'instauration d'un droit de retour légal.

## **§ 2. Conséquence : l'instauration de l'article 738-2**

**66.-** Le législateur aurait pu s'en tenir à une abrogation pure et simple de la réserve des ascendants. A lire le Professeur Catala cela aurait même été préférable : « *Lorsque l'on porte un tel coup à une tradition séculaire, il conviendrait de le faire sans remords, comme faisait jadis les Jacobins.* »<sup>107</sup> Il faut croire que le législateur de 2006 a été pris de remords. A moins, comme le fait remarquer le Professeur Grimaldi, qu'il ne s'agisse de l'application à l'art législatif du principe de précaution.<sup>108</sup>

Il semble que le principe de contrebalancer la réserve des ascendants par autre chose n'ait jamais été discuté. Pas plus d'ailleurs que le principe de la suppression de la réserve. Pour s'en convaincre, il suffit de citer les propos de Monsieur le garde des Sceaux devant la commission des lois le 17 janvier 2006 : « *Si l'Assemblée nationale souhaite supprimer la réserve des ascendants, le Gouvernement ne s'y opposera pas, à condition que soit créé un droit de retour légal à leur profit...* ». Lors des débats parlementaires, le rapporteur de la commission des lois précise sur le même ton de

---

<sup>106</sup> Cf. infra p. 107 et s.

<sup>107</sup> V. P. Catala, « Prospective et perspective en droit successoral », JCP N, n° 26, 29 juin 2007, 1206.

<sup>108</sup> Cf. M. Grimaldi, Dalloz 2006, n°37, 2551 et s., art. précité. L'auteur remarque que certaines grandes innovations de la loi sont assorties de contrepoids. Ainsi en est-il de la possibilité en cas d'insolvabilité du gratifié de poursuivre la réduction en nature (Art. 924-4) ou encore de la possibilité de révoquer la renonciation à l'action en réduction. (Art. 930-3).

l'évidence que : « *toutefois la suppression de cette réserve s'accompagnera corrélativement de la mise en place d'un droit de retour systématique...* ».<sup>109</sup>

C'était par amendement que l'on avait abrogé la réserve des ascendants, c'est par amendement que le nouveau droit de retour légal fut créé.<sup>110</sup> Amendement qui, selon son exposé sommaire, assure « une coordination » avec la suppression de la réserve des ascendants.

Il prévoyait 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 quotes-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 les droits successoraux des père et mère.*

*Lorsque le droit de retour ne peut s'exercer en nature, il s'exécute en valeur. »*

Il est intéressant de noter que le texte est identique à celui de l'actuel article 738-2 à ceci près que la loi ajoute à la fin du troisième alinéa que lorsque le retour s'exécute en valeur, ce n'est que dans la limite de l'actif successoral.<sup>111</sup>

**67.-** Si l'on devait trouver des explications à l'absence de débat sur la question, on pourrait en proposer deux. D'abord, on relèverait que, contrairement aux circonstances qui entouraient la création du droit de retour de l'article 757-3, il y avait ici un consensus sur la suppression de la réserve des ascendants et sur la nécessité, par précaution ou par souci de solidarité, d'atténuer l'effet de cette abrogation. C'est ainsi que Monsieur Huyghe a précisé que cette mise en place d'un droit de retour était corrélatrice à la suppression de la réserve et que son application devait être systématique. Ailleurs, on a utilisé l'adjectif automatique pour qualifier ce nouveau cas de retour.

Ensuite, on pourrait aussi invoquer la complexité du texte qui a dû échapper en grande partie au législateur comme en témoigne la rédaction ambiguë des dispositions relatives à l'assiette de ce nouveau droit. Parfois la complexité ne résulte pas que de la maladresse rédactionnelle du législateur. Elle est inévitable lorsqu'il

---

<sup>109</sup> Propos tenus lors de la troisième séance du mardi 21 février 2006.

<sup>110</sup> Amendement n° 233 Rect., présenté par Monsieur S. Huyghe au nom de la Commission des Lois.

<sup>111</sup> Ajout voté à la suite d'un amendement n° 101, présenté par Monsieur de Richemont au nom de la commission des lois (Séance du 17 mai 2006).

s'agit de tempérer ce droit de retour dont on ne veut pas qu'il tourne à l'avantage des ascendants en prescrivant son imputation sur les droits successoraux ordinaires des père et mère qui, eux, sont maintenus.<sup>112</sup> Parce qu'un droit de retour légal est traditionnellement un avantage conféré à des successeurs dits anomaux, certains ne manqueront pas de regretter la dénaturation de l'institution dont il faut se demander au regard de l'histoire, encore une fois, ce qui aujourd'hui peut bien la fonder.<sup>113</sup> Ce sera l'objet du titre second.

## **Titre II. Evolution des fondements de l'institution**

**68.-** Le fondement est la valeur, la référence de base, souvent associée à d'autres, sur laquelle repose une règle et qui en éclaire l'esprit, c'est-à-dire l'idée qui l'anime et qui a vocation à guider son interprétation.<sup>114</sup> Cette définition suffit à justifier les développements qui suivent tant il est vrai qu'il est impossible d'interpréter un texte de loi sans en percevoir les aspirations fondamentales. Là encore, l'histoire sera précieuse, d'abord pour présenter ce qui a fondé l'institution du retour pendant des siècles et plus particulièrement celle du retour légal pendant au moins deux siècles. Ensuite, l'étude de l'histoire sera le moyen de constater, qu'hier comme aujourd'hui, la question des fondements du retour légal a pu être discutée. Après avoir confronté les nouveaux cas de retour légal à ce que l'on qualifiera, pour simplifier, d'anciens fondements ou fondements classiques (Chapitre 1), il apparaîtra opportun de rechercher des fondements nouveaux (Chapitre 2).

Toutefois, il est important de relever, comme le fait la définition ci-dessus, qu'un fondement est souvent associé à d'autres pour soutenir une règle. De cela nous pouvons tirer deux enseignements à titre liminaire : d'une part, rechercher des fondements nouveaux ne signifie pas que les fondements anciens aient totalement disparu. Il faut peut-être juste les conforter. D'autre part, il est plus délicat de rechercher de nouveaux fondements à une règle qui pendant des siècles ne semble avoir reposé que sur un seul.

---

<sup>112</sup> Toutefois, nous verrons plus loin que parfois les parents peuvent trouver avantage à la mise en œuvre du retour légal.

<sup>113</sup> Ceci n'est qu'un exemple parmi d'autres de la dénaturation de l'institution.

<sup>114</sup> Définition tirée du Vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu, 6<sup>ème</sup> édition mise à jour.

## Chapitre 1. Les fondements classiques

Par fondements classiques, il faut entendre fondements traditionnels voir séculaires. Dans un premier temps, l'étude des fondements exclus (Section 1) permettra de constater que la question a été discutée par le passé. Toutefois, force est de constater qu'un fondement, seul, a très longtemps justifié l'application du mécanisme du retour légal. Ce fondement retenu (Section 2) sera présenté dans un second temps.

### **Section 1. Les fondements exclus**

Deux justifications ont parfois été proposées pour fonder le droit de retour légal. Toutes deux doivent être exclues : l'interprétation de volonté du donateur parce qu'elle est un fondement erroné (§1) et l'équité parce qu'elle est un fondement insuffisant (§2).

#### **§ 1. L'interprétation de la volonté du donateur, un fondement erroné**

**69.-** Ce fondement du retour légal était sans doute très exact en droit romain et dans l'ancien droit écrit qui s'en est inspiré où le bien donné par l'ascendant lui revenait, en l'absence de stipulation particulière, par l'effet d'une clause sous-entendue de réversion. Postérieurement au Code Napoléon dont il a été dit qu'il n'avait fait que reprendre, en la matière comme en d'autres, les règles de l'ancien droit, l'argument n'était guère souvent invoqué.<sup>115</sup> Il a toutefois connu un regain d'intérêt à l'occasion de l'importante affaire Roux contre Ménard<sup>116</sup> sous la plume du Professeur Eugène Gaudemet.<sup>117</sup> Voyons quel était son raisonnement (A) avant d'en souligner les limites et les inadaptations (B).

---

<sup>115</sup> Sauf par Chabot dans son commentaire de la loi des successions, 2<sup>ème</sup> édition, 1818, I, p. 242.

<sup>116</sup> Sur cet arrêt V. p. 299 et s.

<sup>117</sup> V. E. Gaudemet, « Des rapports entre le retour successoral et le retour conventionnel » RTD civ. 1902, p.739 et s. et spécialement p. 761 et s.

### A. L'exposé du raisonnement

70.- Dans cette affaire à rebondissements, c'est à propos de l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens en date du 6 mars 1902 que l'auteur réagit. L'arrêt rendu par cette cour de renvoi refusait de voir dans la clause litigieuse du contrat de mariage des époux Roux-Ménard un pacte sur succession future prohibé et pour cela elle se fondait sur deux motifs. Le premier consistait à soutenir que si la qualification de pacte sur succession future devait être retenue, la prohibition ne se justifiait pas parce que ses fondements ne se retrouvaient pas en l'espèce en application de la maxime « *Cessante ratione legis, cessat lex* ». Le second motif de l'arrêt soutenait que la clause en question devait s'interpréter, non comme une renonciation, mais comme une donation éventuelle faite par les parents de l'épouse défunte à leur gendre, portant sur la moitié de l'usufruit des biens initialement constitués en dot. En cela la cour reprenait la thèse soutenue par le Professeur Lyon-Caen en 1901 à propos de la même affaire.<sup>118</sup>

Considérant que la prohibition des pactes sur succession future était bien assise dans la loi et jugeant le raisonnement du Professeur Lyon-Caen « *un peu artificiel et d'une excessive subtilité* », le Professeur Gaudemet proposa alors une autre voie pour sauver la clause de la nullité.

Cette voie consistait à démontrer que le droit de retour légal, s'il est d'une nature héréditaire, n'en repose pas moins sur une convention présumée ce qui ferait de lui un droit *sui generis*. L'idée est simple. La clause de retour conventionnel qui restreint le retour légal ne peut être que valable dès lors que le retour légal est lui-même fondé sur une convention tacite assimilable à un pacte sur succession future expressément admis par la loi. Autrement-dit, il serait contradictoire d'empêcher l'ascendant de modifier conventionnellement, en le restreignant, le retour légal alors que celui-ci est fondé sur sa volonté présumée : la volonté exprimée doit logiquement prendre le dessus sur la volonté présumée.<sup>119</sup>

71.- Pour défendre sa thèse l'auteur s'appuie sur la logique, l'histoire et la jurisprudence.

---

<sup>118</sup> Note Lyon-Caen sous Cass. civ. 24 juillet 1901 : S. 1901, I, 433. Sur le détail de ces arguments, V. infra.

<sup>119</sup> Il est entendu que lorsque le donateur a entendu renforcer les effets du retour légal, il aura pris soin de stipuler le retour conventionnel.

Au plan logique, il est exposé que le droit de retour légal peut se justifier, comme le reste de la dévolution, par la volonté présumée du défunt conforme à ses affections présumées. Ce qui perturbe la dévolution légale dans notre cas ne pourrait s'expliquer que par la volonté du donateur. Par ailleurs, l'auteur explique que si ce droit de retour légal à base contractuelle emprunte les effets d'un réel droit de succession, c'est aussi le résultat de la volonté présumée. Ainsi, le fait que le retour légal ne s'applique que si le donataire n'a pas disposé du bien, attesterait de la sagesse de la volonté présumée du donateur qui n'est pas censé avoir voulu porter atteinte au crédit du gratifié.<sup>120</sup>

Lorsqu'il en appelle à l'histoire, l'auteur tend à rapprocher le retour légal du retour conventionnel. Pour ce faire il expose d'une part que même dans les pays de droit écrit où prévalait un retour légal fondé sur une condition résolutoire tacite, certains parlements avaient atténué, ça et là, la rigueur du jeu de la condition résolutoire. Il prétend, d'autre part, en analysant Dumoulin, que dans les pays de coutume, le droit de retour de nature successorale n'était pas hermétique à l'idée de volonté présumée. Il cite également un certain nombre de juristes en ce sens. Et lorsqu'il remarque que Pothier a clairement distingué les deux droits de retour au XVIIIème, il observe qu'il ne faut pas exagérer cette classification parce qu'à l'époque la prohibition des pactes sur succession future n'existait pas et donc écrit-il : « *Il n'était pas besoin, pour autoriser les conventions restrictives du droit de retour, de faire apparaître la nature contractuelle de cette succession anormale.* »

Enfin, en analysant la jurisprudence de son temps, le Professeur Gaudemet y trouve des indices tangibles de ce caractère conventionnel présumé du retour légal. Ainsi, la règle prétorienne qui veut que le descendant naturel ne soit pas compté comme un descendant faisant obstacle au retour légal ne peut se comprendre, d'après lui, que par la volonté présumée du donateur.

A ce sujet il cite opportunément un arrêt d'où il résulte que : « *L'ascendant n'a pas compris dans sa volonté bienfaisante cet enfant naturel qui lui est légalement étranger ; [...] par conséquent, la cause de sa libéralité est bien défaillie par le prédécès de son enfant donataire ; or ce sont là les deux considérations principales et essentielles qui ont fait introduire le retour successoral.* »<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> L'auteur soutient également le même raisonnement à propos de l'obligation ultra-vires à laquelle est tenu le successeur anormal.

<sup>121</sup> Cass. civ. 9 août 1854 : S. 1854. I. 564.

Pour séduisant que soit ce raisonnement, il faut avouer qu'il a fait l'objet de critiques ce qui en limite la portée. Par ailleurs, il semble que ce fondement tiré de l'interprétation de la volonté présumée du donateur ne soit pas adapté au retour légal, hier comme aujourd'hui.

### *B. Les limites et les inadaptations*

**72.-** Les limites du raisonnement tiennent au contexte et aux critiques qui peuvent lui être opposées. Le contexte est une affaire délicate opposant la rigueur juridique incontestée de la Cour de cassation, à l'inopportunité pratique de la solution. Or, il apparaît que le raisonnement du Professeur Gaudemet, comme d'autres, est orienté dans le seul but de sauver de la nullité une clause répandue, d'un intérêt pratique certain.<sup>122</sup> Autrement-dit, le raisonnement apparaît quelque peu contingent.

**73.-** Au-delà, les critiques n'ont pas manqué.<sup>123</sup> Si l'on s'en tient à la logique du raisonnement deux critiques principales peuvent être formulées.

La première est que l'on ne voit pas pourquoi la volonté présumée du donateur donnerait une base contractuelle à la succession anormale alors que les affections présumées, et donc la volonté présumée du défunt, que la loi prend en compte pour régler la dévolution ordinaire, sont impuissantes à donner la même base à la succession ordinaire. L'idée est ici que seule la loi est à l'origine de la dévolution successorale, ordinaire comme anormale. Certes, elle est inspirée par des considérations d'équité, d'affection, de devoirs familiaux, mais c'est elle qui s'exprime et non la volonté présumée du défunt ou du donataire.

La seconde critique tient au fait que l'argumentation prend trop en compte l'intention présumée du donateur sans se soucier de la volonté du défunt qui peut le priver de tout droit de retour en disposant du bien. Cela reviendrait à présumer que l'intention du donateur ait été de succéder éventuellement aux biens en qualité de successeur anormal ce qui est curieux même si le Professeur Gaudemet l'a justifié en

---

<sup>122</sup> Il le reconnaît d'ailleurs lui-même lorsqu'il dit en substance qu'à l'époque de Pothier il n'était pas besoin de faire sa démonstration pour autoriser les conventions restrictives au droit de retour légal.

<sup>123</sup> Pour le détail de ces critiques, voir le rapport du Conseiller Roulhier et les conclusions de l'Avocat Général Baudouin sous Ch. Réunies, 2 juillet 1903 : D. 1903. I. 353. Voir également Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 670 et 492.

précisant que l'intention présumée du donateur était de donner « *son maximum d'efficacité économique* » à la donation et de « *conférer au bénéficiaire un droit aussi ferme et aussi stable que possible* ». <sup>124</sup> Inversement, si l'on prend en compte la volonté du défunt, on est confronté, là aussi, à des interprétations incertaines : en l'absence de retour conventionnel stipulé, le donateur ne peut-il pas espérer tacitement que, s'il meurt ab intestat, ses biens soient dévolus en application du droit commun ? On peut le soutenir si l'on se base sur sa volonté présumée. De même, si le défunt n'a pas disposé des biens en question, faut-il absolument en déduire qu'il a eu la volonté implicite d'assurer l'exercice d'un droit de retour légal ? Pas nécessairement. De multiples raisons peuvent expliquer que le bien se retrouve à l'ouverture de la succession. Au total on voit bien les incertitudes qu'engendre l'utilisation de la volonté présumée. Or un fondement se doit d'être solide.

Enfin, différents auteurs n'ont pas manqué de souligner le caractère très subsidiaire de ce fondement. Ainsi, le Conseiller Roulhier écrivit-il en 1903 : « *Il ne faudrait donc pas donner à ce motif (la volonté présumée) une importance telle qu'il deviendrait la cause déterminante du retour légal : car il n'a dans notre droit moderne qu'un intérêt secondaire. On le mentionne à l'état de souvenir et pour ne rien omettre.* » <sup>125</sup> D'autres, s'ils soulignent que le droit de retour légal répond avec assez de vraisemblance aux volontés présumées du donateur lors de la donation et du gratifié au moment de son décès, précisent tout de suite après que cette remarque est une simple indication sur les mobiles qui ont guidé les rédacteurs du Code Napoléon. Ils ajoutent qu'il faut se garder de donner plus de valeur « *ici qu'en tout autre matière successorale à l'idée d'intention, de volonté sous-entendue, et surtout pour mettre à la base de la succession anormale l'idée d'une convention tacite qui la rapprocherait du retour conventionnel* ». <sup>126</sup> On touche là à l'inadaptation du fondement, inadaptation qui se vérifie, aujourd'hui comme hier.

**74.-** Face aux anciens cas de retour légal, le fondement de la volonté présumée paraît inadapté. En effet, si la volonté doit être prise en compte comme fondement du retour, c'est du retour conventionnel qu'il s'agit où la loi fait respecter, en allant

---

<sup>124</sup> Ce qui tendrait à expliquer pourquoi ce droit fondé sur la volonté présumée du donateur produit des effets successoraux et non l'effet plus radical d'une condition résolutoire. V. E. Gaudemet, précité, p. 762.

<sup>125</sup> Rapport du Conseiller Roulhier et les conclusions de l'Avocat Général Baudouin sous Ch. Réunies, 2 juillet 1903 : D. 1903. 1. 353.

<sup>126</sup> Planiol et Ripert, Traité théorique de droit civil avec le concours de Maury et Vialleton, 1928, n°164, p. 202 et 203.

jusqu'au bout de la logique conventionnelle à l'image du droit romain ou de l'ancien droit des pays de droit écrit, la volonté exprimée du donateur et acceptée par le donataire. On comprend mal alors pourquoi la loi aurait fondé le droit de retour légal sur une volonté présumée sans en tirer toutes les conséquences, notamment en ce qui concerne la remise en cause des aliénations consenties par le défunt. Pourquoi appliquer deux régimes différents, l'un produisant des effets successoraux et l'autre des effets conventionnels, à ce que l'on voudrait présenter comme une seule et même institution fondée sur la volonté, qu'elle soit exprimée ou présumée ?

L'inadaptation du fondement est encore plus frappante aujourd'hui. Comment pourrait-on justifier que l'intention présumée du donateur ait été de retrouver, au titre du droit de retour, une portion du bien donné alors que sa volonté expresse lui permettrait de retrouver l'entier bien à coup sûr ? Depuis la loi de 2001, en effet, on est confronté à un retour légal susceptible de s'exercer sur une partie des biens seulement.

En outre, aujourd'hui comme hier, un tel fondement semble inadapté lorsque le bénéficiaire du retour légal n'est pas le donateur <sup>127</sup> et lorsque les biens objet du retour légal peuvent avoir été recueillis par succession. On relèvera alors qu'il est difficile de sous-entendre une clause de retour, de présumer une volonté, en présence de biens advenus au défunt par succession. <sup>128</sup>

**75.-** Pour conclure, on ne peut qu'être hostile à l'idée de fonder le retour légal sur la volonté présumée du donateur. Admettre ce fondement serait source de confusions et de difficultés. Il convient d'aller au plus simple et au plus clair : soit la volonté du défunt est exprimée et elle donnera naissance au retour conventionnel, soit elle ne l'est pas et il est impossible d'en tirer un fondement du retour légal. En tout dernier lieu, relevons qu'aucun auteur contemporain n'a plus jamais songé à fonder le retour légal de cette manière ce qui conforte la thèse selon laquelle un tel fondement doit être exclu. Il semble qu'un autre fondement traditionnel doive subir le même sort.

---

<sup>127</sup> Ce qui était le cas de l'ancien article 766 et ce qui est le cas de l'actuel article 757-3 ou encore de l'actuel article 368-1 lorsque le donateur est lui-même décédé.

<sup>128</sup> Sur le même argument voir Terré et Lequette, Droit civil « Les successions, les libéralités » 3<sup>ème</sup> édition Précis Dalloz, n°230.

## § 2. L'équité un fondement insuffisant

Les développements relatifs à ce fondement seront plus brefs dans la mesure où il ne traduit que l'expression d'un sentiment (A), proche de celui de justice, qui peut difficilement, à lui seul, servir de base à un texte de loi, ce que confirment les faiblesses de l'argument (B).<sup>129</sup>

### A. L'expression d'un sentiment

76.- S'agissant de l'ancien droit de retour de l'article 747, la doctrine en trouvait l'origine dans cinq causes différentes. Avant même la conservation des biens dans la famille, énoncée en dernier lieu, et avant l'idée de volonté présumée du donateur ou du défunt, on invoquait deux autres causes historiques : la première est que le retour légal viendrait consoler l'ascendant de la perte de son enfant<sup>130</sup> ; la seconde consistait à penser que la perspective de ce droit encourageait l'ascendant à se montrer généreux envers ses descendants et par la même facilitait les mariages par l'assurance que le retour offrait au donateur de ne pas voir passer à des étrangers la dot qu'il avait constituée. On décèle sous ces arguments un principe d'équité, de justice.

Même dans l'ancien droit coutumier, la notion d'équité se retrouvait sous la plume de certains auteurs. Ainsi, à propos d'un arrêt du parlement de Paris du 29 avril 1606, Louët écrivit en substance que ce droit de retour est une chose toute particulière, un droit spécial fondé sur l'équité, sur une tacite stipulation présumée de la loi.<sup>131</sup>

Par ailleurs, signalons que ce sentiment d'équité qui semble fonder le retour légal se retrouvait aussi dans les travaux préparatoire du Code civil. Nous avons en effet indiqué plus haut que le projet de Code civil de l'an VIII n'envisageait pas le retour légal. Nous avons également rappelé que le tribunal d'appel de Toulouse s'en

---

<sup>129</sup> Toutefois, il peut arriver que des considérations d'équité apparaissent comme le fondement d'un texte. Tel est le cas de l'article 917 C. Civ, ce qui est admis par une bonne part de la doctrine actuelle.

<sup>130</sup> Ce fondement était issu du droit romain où on l'exprimait ainsi : « *Ne et filiae amissae et pecunioe damnum sentiret* ». V. F. Soleil, *Ibidem*, p. 40.

<sup>131</sup> Cf. Louët, *Lettre P*, n°47. Cette observation renvoie d'ailleurs au fondement précédent dont on a dit qu'il devait être exclu. Louët prétendra fonder le droit de retour sur « la loi naturelle ».

était ému au point de faire consacrer ce droit dans la loi. Et plus précisément, il s'en était ému en ces termes : « *Il est injuste que les ascendants se voient exclus par des collatéraux de rentrer même dans les biens dont ils s'étaient dépouillés en faveur de leur descendant prédécédé.* » On peut encore citer Tronchet qui, insista sur la nécessité du retour légal « *pour détruire un inconvénient de la loi du 17 Nivôse, dont les dispositions faisaient craindre que ce que l'on donnât à ses enfants ne passât dans une autre ligne* ». <sup>132</sup>

Un auteur ajoute que seule l'idée d'équité pouvait justifier le retour légal du Code civil. Pour ce faire il constate qu'après la révolution les bases du droit successoral d'ancien régime et également du droit de retour qu'étaient la volonté d'assurer la continuité des patrimoines et l'intérêt des familles ont été abolies. Il rappelle aussi que le Code a fait œuvre de compromis en consacrant une dévolution successorale basée sur l'affection présumée et le respect de la volonté du défunt. Il en conclut que si le retour s'exerce sur le bien existant en nature à l'ouverture de la succession c'est la marque de la reconnaissance qui liait le donataire au donateur, reconnaissance toute emprunte d'équité. C'est l'équité qui justifie que l'on perturbe les affections présumées. En revanche, l'équité n'est pas toute puissante et elle cède devant la volonté du défunt qui a disposé du bien. <sup>133</sup>

Dans le même ordre d'idée, Planiol et Ripert remarquèrent que dans les circonstances particulières du retour légal où la dévolution héréditaire la plus normale, celle en ligne descendante, ne peut avoir lieu, « *le législateur a recherché le mode de dévolution le plus rationnel et a jugé que la considération de l'origine des biens l'emportait de beaucoup en équité et en raison sur le simple lien de parenté, base de la transmission héréditaire normale* ». <sup>134</sup>

77.- Notons pour finir que ce sentiment d'équité semble avoir influencé le législateur moderne. C'était patent en 2001. L'argument essentiel était alors qu'il n'aurait pas été juste et équitable de laisser de côté la famille par le sang au seul bénéfice du conjoint. Dans une moindre mesure, en l'absence de débat sur le sujet, le même sentiment irrigue la loi de 2006 lorsqu'elle instaure l'article 738-2.

---

<sup>132</sup> Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. XII, p.24

<sup>133</sup> F. Soleil, *ibidem*, p. 44 et 45.

<sup>134</sup> Planiol et Ripert, *précité*, p. 202

On le constate, l'équité a pu être invoquée à différentes périodes pour justifier le retour légal. Ceci étant, il semble que ce fondement ne soit pas assez solide.

### *B. Les faiblesses de l'argument*

**78.-** La faiblesse de l'argument se ressent d'abord à l'absence de développement théorique conséquent consacré à la question. Personne n'a jamais soutenu que l'équité soit le fondement principal du retour légal.

L'équité peut se définir comme un principe qui commande de traiter également des choses égales et, par glissement, elle consiste en un effort pour rétablir l'égalité en traitant inégalement des choses inégales. C'est encore une modification, une atténuation apportée à la loi en considération de circonstances particulières.<sup>135</sup> En cela elle correspond à la fonction de la succession anormale que constitue le droit de retour légal : corriger les effets de la dévolution légale ordinaire dans un cas particulier, celui du prédécès du donataire sans descendance, en permettant à une personne de succéder par priorité à un bien particulier en tenant compte de l'origine de ce bien.

Mais à cela, il pouvait être rétorqué au législateur de 1804 qu'il semble curieux, après avoir posé à l'article 732 ancien un principe d'unité de la succession, de vouloir distinguer certains biens pour en régler différemment la dévolution. Est-ce vraiment équitable que le donateur reçoive parfois en plus de ses droits successoraux ordinaires une part de la succession sur laquelle il a des droits exclusifs ?<sup>136</sup> On ne peut dès lors s'empêcher de penser que l'équité n'est pas le fondement profond du retour légal, il n'en est qu'un fondement superficiel.

Cette impression est confortée lorsque l'on sait que l'équité peut aussi se définir comme un sentiment de justice. A ce sujet, le vocabulaire juridique précise qu'en ce sens l'équité est « *une référence toujours suspecte d'arbitraire en raison de son caractère subjectif et pourtant irréductible* ».

A ce propos, relevons que dans l'arrêt Roux contre Ménard, il a été précisément reproché au droit de retour légal son manque d'équité face au conjoint survivant. Cela souligne la part de subjectivité que renferme la notion d'équité. Au

---

<sup>135</sup> Définitions tirées du Vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu.

<sup>136</sup> L'argument ne valait pas dans le cadre de l'article 766 ancien puisque les bénéficiaires du retour légal étaient privés de tout droit dans la succession ordinaire de leur collatéral naturel. Il ne valait pas non plus dans le cas où l'ascendant donateur de l'article 747 ancien était un ascendant ordinaire, en présence d'ascendants privilégiés. Mais il valait dans le cas le plus fréquent.

gré des évolutions de la société la notion d'équité change. Ce qui paraissait équitable en 1804 ne l'était déjà plus à la fin du XIX<sup>ème</sup>. Peut-on baser une institution si ancienne que le retour légal sur une notion si mouvante et si subjective? La notion paraît trop fuyante pour former un fondement solide.

**79.-** Et s'il est un peu plus difficile de réfuter le fondement face aux nouveaux cas de retour parce que les dérogations à la loi nouvelle qu'ils instaurent semblent inspirées essentiellement par cette idée d'équité et à plus juste titre<sup>137</sup>, il n'en reste pas moins que le fondement demeure subjectif. Comment réagir face à un conjoint survivant auquel la loi reconnaît des droits importants ? Faut-il considérer encore une fois que le retour légal, institution voulue équitable, se révélerait inique lorsqu'elle prétendrait s'opposer au droit du conjoint et notamment à ses droits de subsistance ?

Si ce fondement doit être jugé, au moins jusqu'en 2001, comme superficiel, c'est qu'il en cache un autre, plus profond, plus stable, et applicable sans discussion à tous les anciens cas de retour. Ce fondement retenu par la totalité de la doctrine est la conservation des biens dans la famille.

## ***Section 2. Le fondement retenu***

Sans hésitation, l'objectif de conservation des biens dans la famille a été le fondement longtemps incontesté du retour légal (§1). Cependant la législation récente donne l'impression qu'il s'y adapte assez mal. Il conviendra donc de rechercher dans quelle mesure ce fondement est encore valable aujourd'hui (§2).

### ***§ 1. Le fondement longtemps incontesté***

**80.-** Lorsque le conseiller Roulier rappelait en 1903 les cinq causes dans lesquelles le droit de retour légal de l'ancien article 747 trouvait son origine, il énonçait en dernier lieu la conservation des biens dans la famille. Il n'en reste pas moins que ce fondement est le moins contestable pour au moins deux raisons.

---

<sup>137</sup> Cf. infra les développements sur la recherche de fondements nouveaux.

D'abord parce que, après avoir démontré la faiblesse de l'idée d'équité et les incertitudes d'un fondement tiré de l'interprétation de volonté, il ne reste plus que lui.

Ensuite parce que l'idée de conservation des biens dans la famille se retrouve dans les arguments invoqués précédemment au soutien de tel ou tel prétendu fondement. Ainsi, lorsque Tronchet en appelait à l'équité pour justifier la nécessité du retour légal, c'est en réalité parce que son absence faisait craindre que « *ce que l'on donnât à ses enfants ne passât dans une autre ligne* ». De même, lorsque l'on a voulu voir à la base du retour légal l'expression d'une volonté présumée du donateur, cela revenait à dire qu'il avait eu l'intention de gratifier le donataire et ses descendants éventuels mais non des tiers. Il fallait que le bien reste dans la famille de laquelle il provenait et même mieux, dans la ligne de laquelle il provenait.

**81.-** Historiquement, l'objectif de conservation des biens dans la famille est la seule constante du retour légal. Simplement, suivant les époques, le retour légal était perçu, soit comme un tempérament du système successoral en vigueur, soit comme un mécanisme complémentaire en phase avec la loi successorale.

A Rome, ce fondement familial dénotait par rapport au principe de la liberté testamentaire qui guidait les successions. Certes, les effets conventionnels du retour d'alors permettaient aussi de le justifier par la volonté expresse ou présumée du défunt.

Dans l'ancien droit coutumier, en revanche, c'était bien le devoir de famille qui justifiait la dévolution légale, laissant une place réduite à la volonté du défunt. Dans ce cadre là, où l'unité de la succession n'existait pas, il est certain que le retour légal n'était qu'un moyen comme un autre d'assurer la conservation des biens dans la famille, considérée comme le premier des devoirs de famille.

A partir du Code civil, il est plus délicat de dégager le sens du retour légal - à rebours de la loi ou au soutien de la loi - parce qu'il est tout aussi délicat de déterminer avec exactitude le fondement du droit successoral. Si à Rome la succession était abandonnée à la volonté du défunt, si dans l'ancien droit coutumier la succession était toute régie dans le but d'assurer les devoirs que le défunt devait à sa famille, dans le Code Napoléon, une œuvre de transaction a été opérée entre les deux

systèmes. Cette transaction rend difficile l'analyse du retour légal que l'on aurait d'ailleurs pu laisser de côté dès lors que l'on proclamait l'unité de la succession.<sup>138</sup>

En tout état de cause, quelle que soit sa nature, légale ou conventionnelle, l'institution du retour a toujours eu pour objectif de favoriser la conservation des biens dans la famille. La preuve en est que jusqu'aux réformes récentes, la doctrine considérait sans discussion la conservation des biens dans la famille comme le vrai fondement du retour légal.<sup>139</sup> Il était en effet incontestable que le retour légal de l'article 368-1 servait à ce que les biens reçus de la famille adoptive ne reviennent pas à la famille par le sang. Dans le même ordre d'idée mais de façon plus excessive dans l'article 747 ancien, il ne fallait pas que les biens reçus du père reviennent à la mère et à sa ligne.

Naturellement, l'évolution de la famille a impliqué une évolution du retour légal ou plutôt son déclin. Dès lors que la loi assimilait la famille légitime à la famille naturelle il n'était plus nécessaire d'organiser la conservation des biens dans la famille légitime au détriment de la famille naturelle. De même, le mouvement de promotion successorale du conjoint survivant rendait moins impérieux l'objectif de conservation des biens dans la famille lignage. Peu à peu, le conjoint entre dans la famille à laquelle la succession du défunt est dévolue par le code. Comme le relève un auteur « *il n'y a plus de quoi s'indigner que des biens changent de ligne alors que la loi reconnaît des droits en propriété au conjoint survivant* ». <sup>140</sup>

Au final, à la veille des réformes récentes du droit des successions, il ne demeurait plus qu'un cas de retour légal justifié, celui de l'article 368-1. Dans le cas de la succession d'un enfant adopté simple décédé sans postérité, le but de conservation des biens dans la famille d'origine avait encore un sens.

**82.-** Toutefois, si le fondement du retour semblait donc bien être la conservation des biens dans la famille, il faut reconnaître que cet objectif était à la merci de la volonté du défunt qui gardait la possibilité de disposer du bien entre vifs ou à cause de mort. Cette remarque appelle trois observations. La première est que

---

<sup>138</sup> A ce titre rappelons que, non sans une certaine logique, le projet de Code civil de l'an VIII ne prévoyait pas de retour légal.

<sup>139</sup> V. M. Grimaldi, « Droit Civil Successions » 6<sup>ème</sup> éd., 2001, n°245 ; H.L et J Mazeaud, F. Chabas, Leçons de Droit Civil, t. 4, Vol. 2, « Successions, libéralités » 5<sup>ème</sup> éd., par L. et S. Leveneur, 1999, n° 831.

<sup>140</sup> V. M. Grimaldi, *ibidem*, n°247, à propos de l'abrogation de l'ancien article 747. Evidemment, avant la réforme de 2001, le conjoint n'héritait le plus souvent qu'en usufruit.

l'argument vaut aussi pour les autres fondements envisagés. Ainsi, par exemple, la volonté présumée du donateur cède-t-elle devant la volonté exprimée du défunt. La deuxième est que la loi permettait et permet toujours au donateur d'empêcher, en droit ou en fait, le donataire de disposer du bien donné soit en stipulant une clause d'inaliénabilité, soit en stipulant un droit de retour conventionnel. La troisième est que la conservation des biens dans la famille et partant le retour légal ne sont pas par principe d'ordre public et cela pour deux raisons : d'une part, la dévolution successorale anormale que constitue le retour légal est régie par ses propres règles qui ne contiennent pas de réserve héréditaire et d'autre part, l'objectif de conservation des biens dans la famille ne permet pas, à lui seul, d'ériger la règle à laquelle il sert de base en règle d'ordre public.<sup>141</sup> Pour ces deux raisons il est normal que le retour légal ne soit que supplétif de volonté. Ajoutons qu'il aurait été choquant de qualifier d'ordre public un droit anormal, venant s'ajouter aux droits successoraux de son bénéficiaire.<sup>142</sup> Cela aurait eu pour effet de diminuer considérablement la liberté testamentaire. Il résulte de ce qui précède que ce fondement familial de conservation des biens était parfaitement légitime même avec ses limites. Mieux, il était le seul fondement unanimement admis du retour légal.

Au regard des nouveaux cas de retour, il convient de se demander si, aujourd'hui encore, la conservation des biens dans la famille peut servir de base au retour légal.

## **§ 2. Un fondement encore valable ?**

**83.-** Un fondement encore valable ? La question, elle-même, semble tendancieuse en ce qu'elle insinue que ce qui fut incontesté pendant de longues années pourrait devenir à présent un fondement contestable (A). Et, force est de constater qu'à première vue les deux nouveaux cas de retour créés en 2001 et 2006 ne satisfont pas, ou alors imparfaitement, cet objectif de conservation des biens dans la famille. Pourtant, à mieux y regarder, il semble bien que, pour l'un d'entre eux du moins, la conservation des biens dans la famille ne soit pas si étrangère à l'apparition du texte. L'idée constituerait un fondement sous-jacent (B).

---

<sup>141</sup> Notons toutefois que la conservation des biens dans la famille est un des fondements de la réserve héréditaire mais il n'est pas le seul. On peut y ajouter le devoir de famille ou la solidarité familiale.

### A. un fondement contestable

Le fondement de la conservation des biens dans la famille est à première vue contestable tant pour ce qui concerne l'article 757-3 que l'article 738-2.

**84.-** Comme il a été exposé plus haut, l'article 757-3 doit son existence à la volonté sénatoriale d'assurer la promotion du conjoint survivant tout en tenant compte de la famille par le sang. Notamment, il s'agissait de faire en sorte que les biens transmis au défunt à titre gratuit par sa famille reviennent à ses frères et sœurs ou à défaut à ses neveux et nièces, lorsqu'il ne laisse ni descendant ni ascendant privilégié pour lui succéder. L'objectif étant la conservation des biens dans la famille, la solution toute trouvée était l'instauration d'un droit de retour légal correspondant à cette hypothèse. Cependant, de prime abord, l'article 757-3 du Code civil, censé incarner cette volonté législative, donne l'impression d'un résultat en demi-teinte.

En effet, selon cet article, les biens dits par simplification « de famille », sont dévolus pour moitié au conjoint et pour moitié aux collatéraux. Si de tels biens se retrouvent en nature dans la succession, une indivision naîtra inmanquablement entre eux dès le décès. Naturellement, s'il existe plusieurs « biens de famille » ou si le bien en question est aisément divisible, la situation n'est guère problématique puisqu'un partage en nature sera facilement envisageable. Mais dans la majorité des cas, faute de pluralité de biens, c'est une indivision durable entre les collatéraux et le conjoint qui en naîtra.

Cette conséquence est inévitable eu égard au type de biens susceptibles de retour. Quels sont les biens pour lesquels il sera relativement aisé de faire la preuve de leur origine ? Il s'agira d'immeubles donnés ou reçus par succession. Pour ce qui concerne les meubles, il sera beaucoup plus difficile de faire la preuve de leur origine. Ainsi, compte tenu de la constitution des patrimoines, bien souvent, un seul immeuble dans la succession entrera dans le champ d'application de l'article 757-3. Cette immeuble appartiendra alors en indivision à concurrence de moitié chacun aux

---

<sup>142</sup> L'argument vaut uniquement lorsque le bénéficiaire du retour était aussi un héritier réservataire et à l'époque où le droit

collatéraux et au conjoint. Il est alors possible d'en conclure sans mauvais jeu de mots que si l'objectif de ce texte était la conservation des biens dans la famille, force est de constater qu'il n'est qu'à moitié rempli. Dans la majorité des cas, ce n'est donc pas à la conservation des biens que le texte aboutira mais à la conservation d'une partie de la richesse familiale.

On remarquera également que l'une des raisons en faveur de l'augmentation des droits du conjoint était de mettre fin à l'usufruit légal de ce dernier. Usufruit légal auquel il était reproché de créer entre le conjoint et les autres héritiers une relation durable qui risquait de ne pas être paisible. Or, créer une indivision entre ces mêmes personnes n'est pas plus propice à la paix des familles. Comme bien souvent l'indivision ne portera que sur un seul bien, une des seules issues possibles pour mettre fin à l'indivision sera la licitation. Il n'est qu'à imaginer les querelles à venir lorsque le conjoint souhaitera vendre sa quote-part indivise par exemple pour dégager des liquidités. Si les frères et sœurs n'ont pas les moyens de racheter la quote-part du conjoint, il y a fort à parier que le bien sera licité au profit d'un tiers acquéreur. Dans cette hypothèse qui n'est pas un cas d'école, l'objectif de conservation des biens dans la famille est loin d'être atteint. Le texte précipite alors le bien hors de la famille.

**85.-** Le même reproche peut être formulé à l'encontre de l'article 738-2. Ce prétendu droit de retour<sup>143</sup>, n'apparaît pas comme le moyen le plus efficace d'assurer la conservation des biens dans la famille, loin s'en faut. Plusieurs raisons s'opposent en effet à ce fondement. D'abord, lorsque le texte fixe l'assiette du droit, il renvoie assez maladroitement aux quotes-parts fixées au premier alinéa de l'article 738. Sans entrer pour l'instant dans les problèmes d'interprétation du texte, il faut noter que la loi admet une nouvelle fois que le retour puisse ne porter que sur une « *quote-part* » des biens en question.<sup>144</sup>

De même, lorsque dans le deuxième alinéa, le texte pose une règle de non-cumul des droits légaux et du droit de retour, il prévoit l'imputation de la valeur de la « *portion des biens* » soumise au droit de retour sur les droits ab intestat ordinaires.

---

de retour légal constituait sans aucun doute une véritable succession anormale obéissant à ses règles propres.

<sup>143</sup> Contrairement à l'article 757-3, l'article 738-2 emploie expressément le mot « droit de retour » pour qualifier le droit qu'il crée au profit des père et mère.

Enfin, le dernier alinéa de l'article 738-2 qui permet l'exercice en valeur du retour lorsqu'il ne peut s'exercer en nature ne laisse aucun doute sur le fait que la conservation des biens dans la famille n'en est pas le fondement. Cela peut étonner alors que l'on parle de droit de retour mais cela sera compréhensible lorsque l'on observera plus loin que, contrairement à 757-3, l'objectif de l'article 738-2 était moins de protéger la famille et les biens de famille que de combler le vide engendré par l'abrogation de la réserve des ascendants.

En dépit des apparences et malgré les arguments qui viennent d'être avancés, il semble que la conservation des biens dans la famille puisse être un des fondements du retour légal tel qu'on le connaît aujourd'hui mais un fondement sous-jacent.

### *B. un fondement sous-jacent*

**86.-** Si l'on voit dans le droit de retour de l'article 738-2 un substitut de réserve, il n'est pas inconcevable de soutenir que la conservation des biens dans la famille est un des fondements de ce texte puisque la réserve des ascendants, elle aussi, était justifiée par cet objectif. Dans ces conditions, il ne faudrait pas s'offusquer de la possibilité offerte par la loi d'exercer le retour en valeur puisque la réserve n'assurait pas toujours la conservation des biens eux-mêmes dans la famille, mais parfois seulement la conservation de la richesse familiale lorsque les libéralités excédant la quotité disponible étaient réduites en valeur.<sup>145</sup> Ceci étant dit, rien d'autre dans l'article 738-2 ne permet de rattacher le nouveau droit de retour des père et mère à l'idée de conservation des biens dans la famille. Tel n'est pas le cas du retour de l'article 757-3 pour lequel la conservation des biens dans la famille paraît constituer un fondement sous-jacent.

**87.-** En effet, il a été soutenu par le Professeur Leveneur que le droit de retour des collatéraux privilégiés en concours avec le conjoint « *paraissait reposer sur un*

---

<sup>144</sup> V. infra p. 190 et s. sur les interprétations possibles de l'assiette du droit de retour de l'article 738-2 et leurs conséquences en matière d'indivision.

<sup>145</sup> Encore qu'avant la loi du 23 juin 2006, la réduction en valeur n'était admise qu'à l'encontre des successibles même non réservataires au rang desquels figuraient par exemple les collatéraux privilégiés ou le conjoint même s'il succédait en usufruit. Ainsi, pouvait-on considérer que le bien donné restait dans la famille en dépit de la réduction en valeur.

*fondement sérieux, la conservation des biens dans la famille*». <sup>146</sup> A l'appui de son argument, Monsieur Leveneur fait remarquer que ça n'est qu'en deuxième lecture que les sénateurs en ont appelé à la conservation des biens dans la famille de laquelle ils proviennent pour contrebalancer les nouveaux droits du conjoint face aux collatéraux privilégiés. <sup>147</sup> Dès lors, la solution était toute trouvée : il s'imposait de créer un nouveau cas de retour légal. <sup>148</sup> Si l'idée de conservation des biens dans la famille se trouve bien à l'origine de cet article, trois indices importants révèlent, dans le texte lui-même, l'influence de ce fondement. Deux indices tiennent à l'objet du droit de retour, le troisième est relatif à ses bénéficiaires.

Quant à l'objet, le premier indice est issu de la loi du 3 décembre 2001, le second, de la loi du 23 juin 2006.

Le premier indice provient du fait que le texte exige, comme condition de l'existence du droit, que les biens advenus au défunt par succession ou donation de ses parents existent encore en nature au jour de l'ouverture de sa succession. C'est une condition traditionnelle du retour légal qui reflète son fondement : conserver les biens donnés, eux-mêmes, dans la famille. A priori, il n'est pas question de conserver une valeur, une richesse, ou de faire jouer la subrogation réelle sur tel ou tel bien acquis en remploi du bien donné initialement. <sup>149</sup>

Le deuxième indice est issu de la loi du 23 juin 2006 qui a étendu le champ d'application du droit de retour de l'article 757-3 aux biens reçus des ascendants et non plus seulement des père et mère. Cette modification a évidemment tenu compte des innovations de la même loi pour encourager les transmissions en faveur des plus jeunes au premier rang desquelles figurent les donations-partages transgénérationnelles. Ce changement minime est le signe « *d'une prise en compte plus aboutie de l'idée de conservation des biens dans la famille* » que notamment le Professeur Leveneur appelait de ses vœux après l'adoption de la loi de 2001. <sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> V. L. Leveneur, « Pour le droit de retour de l'article 757-3 du Code civil, avec quelques améliorations. » Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Simler, p.185 et s., février 2006.

<sup>147</sup> Avant d'en arriver là, les deux assemblées en étaient réduites à un dialogue de sourd basé sur l'affection présumée du défunt.

<sup>148</sup> Notons d'ailleurs que l'idée avait été évoquée à l'occasion du 95<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, Marseille, 1999. Alors qu'il était proposé que le conjoint prime dans l'ordre successoral les collatéraux et les ascendants ordinaires, un universitaire avait relevé lors des débats que ce « vœux n'était pas acceptable en l'état » et qu'il aurait été nécessaire de le « compléter par une disposition du type de celle de l'article 368-1, c'est-à-dire l'organisation d'un droit de retour sur les biens qu'avait reçus le de cujus de sa famille à titre gratuit ». Cf. Compte rendu des travaux des commissions, p. 168.

<sup>149</sup> V. infra p.161 et s. sur la question de l'application de la subrogation réelle en la matière.

<sup>150</sup> Cf. L. Leveneur, *ibidem*, n° 13, p. 198 et 199. Toutefois l'auteur précise que ce n'est pas la modification primordiale.

Le troisième et dernier indice de ce que la conservation des biens dans la famille est au moins un fondement sous-jacent du droit de retour de l'article 757-3 tient aux bénéficiaires de ce droit. Le texte précise que la moitié des biens en cause est dévolue « *aux frères et sœurs du défunt ou à leur descendants, eux-mêmes descendants du ou des parents prédécédés à l'origine de la transmission* ». Autrement dit, seul les frères et sœurs germains peuvent se prévaloir dans tous les cas du droit de retour. Les utérins et les consanguins ne pourront s'en prévaloir que si l'auteur de la libéralité appartient à la branche maternelle pour les premiers, paternelle pour les seconds. Cela fait inmanquablement penser à la maxime « *Paterna paternis, materna maternis* » et cela manifeste clairement l'intention d'assurer la conservation des biens dans la famille et même dans le lignage, c'est-à-dire dans la famille de laquelle ils proviennent.<sup>151</sup> Cette manifestation est frappante lorsque l'on constate, toutes autres conditions étant par ailleurs réunies, qu'en présence d'un frère utérin, celui-ci sera privé de tout droit ab intestat par la présence du conjoint dès lors que le donateur était le père du défunt. Monsieur Leveneur ajoute que c'est là « *la révélation éclatante du fondement de cette succession anormale : il ne s'agit pas d'équilibrer des vocations abstraites entre le ménage et le lignage, mais, par le retour de biens dans la branche maternelle ou paternelle d'où ils proviennent, d'assurer leur maintien dans cette famille bien précise* ».

Pour achever sa démonstration, le Professeur Leveneur souligne l'importance pratique de l'idée de conservation des biens dans les familles ainsi qu'en témoigne l'utilisation courante des pactes de préférence dans les partages ou les donations-partages. Il insiste également sur l'utilité, notamment économique, d'un tel droit de retour ayant pour fondement la conservation des biens dans la famille. Ainsi dans les sociétés familiales, la cohésion du groupe dirigeant ne sera pas trop mise à mal par l'intrusion du conjoint du défunt. Enfin, il termine en constatant qu'en l'absence d'un tel droit les nouvelles règles de dévolution auraient eu dans certains cas pour conséquence de favoriser la transmission des biens familiaux aux collatéraux du conjoint plutôt qu'aux frères et sœurs du défunt ce qui serait inexplicable voir absurde.

---

<sup>151</sup> A ce sujet, voir L. Leveneur, *ibidem*, n°6, p. 192 et aussi S. Ferré-André, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Deffrénois* 2002, art. 37572, n°32. Ces deux auteurs considèrent également que ce texte conserve une certaine idée de la fente entre collatéraux de l'ancien article 752. Toutefois, le mécanisme de la fente, contrairement à celui du retour légal, ne se préoccupe pas de l'origine des biens.

Aux termes de ces développements, l'idée de conservation des biens dans la famille apparaît en effet comme un fondement sérieux du retour légal actuel. Toutefois, la mise en œuvre que le texte fait de cette idée, en limitant le retour au profit des collatéraux à la moitié des biens en question, limite du même coup la portée du fondement.<sup>152</sup> De fondement sérieux, il doit être rétrogradé au rang de fondement sous-jacent. Inexistant dans le cadre de l'article 738-2 et sous-jacent dans celui de l'article 757-3, le fondement tiré de la conservation des biens dans la famille doit être complété par de nouveaux fondements qu'il convient de rechercher à présent.

## **Chapitre 2. La recherche de fondements nouveaux**

**88.-** Au regard des fondements traditionnels, il vient d'être constaté que le droit de retour de l'article 738-2, n'est pas facilement justifiable. Tandis que celui de l'article 757-3 semble s'appuyer quelque peu sur le fondement de la conservation des biens dans la famille. Il ne faut pas s'en étonner outre mesure étant donné que les textes nouveaux innovent techniquement par rapport au droit de retour légal traditionnel. Il est normal que ce qui justifiait jadis l'institution ne soit plus en phase avec elle aujourd'hui. Il convient donc de trouver un fondement au premier et de renforcer le fondement du second. Dans cette recherche une première idée commune aux deux textes s'impose avec évidence : le retour légal serait source de compensation ou de contrepartie (Section 1). Deux autres idées paraissent être à la base du texte de l'article 738-2 : celle de maintien d'une certaine solidarité familiale ou, plus certainement, celle de conservation de la richesse familiale (Section 2). On pourrait même voir dans le droit de retour des père et mère, une sorte de rempart contre l'ingratitude.

Naturellement, les fondements nouveaux qui vont être proposés ne sont pas incontestables. Mais souvenons nous qu'un texte est en général basé sur plusieurs fondements, souvent intrinsèquement critiquables, mais qui, ensemble, donnent un sens à la disposition en question. Rappelons aussi que les textes législatifs récents sont souvent le fruit de compromis et ne sont pas, de ce fait, à l'abri de contradictions. Il serait donc vain de vouloir trouver un unique fondement à ces textes compliqués au plan technique.

---

<sup>152</sup> Cf. infra pour ce qui concerne la critique de cette idée de conservation des biens dans la famille dans le cadre de 757-3.

## **Section 1. Le retour légal, source de compensation**

**89.-** L'idée que le retour légal serait désormais le moyen de compenser la perte d'un droit successoral par un membre de la famille du défunt se retrouve dans les deux nouveaux textes. Cette aspiration patente a été révélée par les travaux parlementaires.

S'agissant de la genèse de l'article 757-3, rappelons simplement qu'il est le fruit de la sagesse sénatoriale, consciente de la nécessité de revaloriser les droits du conjoint survivant sans pour autant écarter la famille par le sang. C'est ainsi que les sénateurs ont souhaité, avant tout, que les biens transmis par héritage ou donation n'échappent pas à la famille du prédécédé en l'absence de descendant ou d'ascendant. Comme il a déjà été dit, le texte est le résultat d'un compromis scellé au sein d'une commission mixte paritaire, compromis dont l'objet a été, en réalité, d'atténuer pour les collatéraux privilégiés l'effet de leur éviction de la dévolution légale par le conjoint.

S'agissant de l'article 738-2, Monsieur le garde des Sceaux affirmait devant la commission des lois le 17 janvier 2006 que : *« Si l'Assemblée nationale souhaite supprimer la réserve des ascendants, le Gouvernement ne s'y opposera pas, à condition que soit créé un droit de retour légal à leur profit... »*.

Nous avons relevé plus haut qu'un double constat ressortait de cette phrase. D'une part, personne n'a contesté le principe de la suppression de la réserve. D'autre part, personne n'a discuté le besoin d'assortir cette suppression de la condition que soit créé un droit de retour légal. Ici, le débat n'a pas fait rage.

En 2001 comme en 2006 le constat est le même : au travers des articles 757-3 et 738-2, le législateur, porté par des aspirations contraires, a eu la volonté de compenser, d'atténuer l'éviction des frères et sœurs du défunt de la dévolution ab intestat par le conjoint (§1), puis l'abrogation de la réserve de ses parents (§2). Il est alors nécessaire d'apprécier cette idée afin de rechercher si elle peut constituer un fondement sérieux.

### **§ 1. L'atténuation de la promotion du conjoint survivant**

### 90.- Deux observations préliminaires s'imposent.

La première est qu'en 2001, ce n'était pas la première fois que l'idée de contrepartie se trouvait à la base du retour légal. En effet, l'ancien droit de retour des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, supprimé en 1972, constituait, lui aussi, une compensation au fait que ceux là ne venaient pas à la succession de celui-ci décédé sans postérité ni père et mère.<sup>153</sup> A l'époque, cette idée de compensation était toutefois renforcée par la volonté législative d'assurer la conservation des biens dans la famille légitime, la seule famille ayant foi à ses yeux.

La seconde est que le tempérament est tout emprunt d'équité. Au fond, il ne serait pas juste que sur les biens de famille, le conjoint prime les collatéraux privilégiés, derniers représentants de la famille par le sang. Il ne serait pas juste que ces biens aient vocation à revenir à la famille du conjoint plutôt qu'à la famille d'où ils viennent. Là encore, l'idée n'est pas nouvelle. A propos de l'ancien article 766, Julliot de La Morandière écrivait : « Ici, le Code civil s'est inspiré d'une pensée de réaction contre l'attribution d'une part successorale aux enfants naturels ; il a cherché le moyen de faire rentrer dans la famille légitime, autant que l'équité le permet, les biens qui lui ont été soustraits en faveur de l'enfant naturel. »<sup>154</sup> La seule différence est que jadis l'équité avait pour effet d'assurer la conservation des biens eux-mêmes.

91.- Au bénéfice de ces observations et pour prendre le contrepied de la thèse soutenue par Monsieur Leveneur, évoquée plus haut, il est possible d'affirmer que dans certains cas le droit de retour de l'article 757-3 n'assurera pas la conservation des biens dans la famille.<sup>155</sup> Autrement dit, l'instauration du droit de retour de l'article 757-3 n'aurait été qu'un moyen, comme un autre sans doute, pour limiter la trop forte promotion du conjoint survivant. Il ne s'agirait finalement que d'une contrepartie accordée aux collatéraux évincés, contrepartie issue de ce que Beaubrun

---

<sup>153</sup> V. Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t. IV, 1959, n° 1778, p. 574 écrivant au sujet de l'article 766 ancien : « Il y a là une sorte de compensation accordée à ses frères et sœurs, étant donné que les frères et sœurs naturels sont seuls appelés à la succession ordinaire. » La même idée est exprimée par le Professeur Grimaldi en ces termes : « cette succession anormale tempérait ainsi leur exclusion de la succession ordinaire. » Cf. M. Grimaldi, ibidem, n° 248, p. 245.

<sup>154</sup> Cf. Précis Dalloz, Droit Civil par Collin et Capitant t. IV, 3<sup>ème</sup> éd., 1950, par L. Julliot de La Morandière, n° 467, p. 259.

<sup>155</sup> Monsieur Leveneur l'admet également après avoir énoncé tous les moyens possibles, pris dans le droit de l'indivision et du partage, pour éviter que le bien n'échappe à la famille d'où il vient.

qualifiait de « *transaction sans gloire hâtivement scellée sur l'autel du bien de famille* ». <sup>156</sup>

A la base de toute transaction, il y a deux parties ayant des prétentions jugées incompatibles. Pour transiger, il est alors nécessaire que chaque partie abandonne un peu de ses exigences. En l'espèce, la position de l'Assemblée nationale était clairement affichée par l'article 757-2 : le conjoint exclut les collatéraux de la dévolution légale. La position du Sénat, en première lecture, était plus mesurée. Elle consistait à faire bénéficier les frères et sœurs du défunt de la part qui serait revenue aux père et mère s'ils avaient survécu, à l'instar de ce qui est prévu en l'absence de conjoint. Notons qu'en retenant cette solution, les droits du conjoint auraient tout de même été améliorés. Là où avant il ne recueillait, ab intestat, qu'une moitié de la succession en usufruit, il en aurait reçu alors une moitié en pleine propriété. On constate donc qu'au début de la discussion parlementaire, il n'était pas question de conservation des biens dans la famille mais de partage de la succession ab intestat fondé sur une logique affective. L'Assemblée considérait que l'affection présumée du défunt allait toute entière à son conjoint en l'absence d'enfant. Le Sénat, quant à lui, considérait qu'en l'absence de disposition de dernière volonté du défunt, il ne fallait « *pas présumer d'emblée qu'il souhaite l'éviction totale de sa famille par le sang. Les liens qu'il entretient avec son conjoint n'excluent pas d'emblée tout lien avec sa famille* ». <sup>157</sup>

Cette position est toutefois apparue trop peu ambitieuse aux yeux des députés. Les sénateurs ont cependant voulu sauver ce qui pouvait encore l'être. S'il était difficilement acceptable pour les députés que les collatéraux bénéficient tout le temps de l'enrichissement du ménage au moyen d'une vocation universelle de moitié en pleine propriété sur la succession du défunt, il était plus facile de défendre la conservation de certains biens d'origine familiale au sein de la famille. Ce sont là les arguments connus et quelque peu caricaturaux des familles normandes ou beauceronnes, attachées à leurs terres. <sup>158</sup>

Partant de là, la solution la plus simple et la plus conforme à l'objectif nouvellement affiché de conservation des biens dans la famille aurait été d'instaurer

---

<sup>156</sup> M. Beaubrun, Répertoire Civil Dalloz, déc.2004, Succession, dévolution, n° 20.

<sup>157</sup> N. About, rapport au nom de la commission des lois : Doc. Sénat 2001, n°378, p. 34.

<sup>158</sup> Les exemples sont un peu caricaturaux en effet parce qu'il n'y a pas que les agriculteurs et les ruraux qui soient attachés à leurs biens de famille. Dans n'importe quelle famille il peut exister un bien ayant une valeur sentimentale importante dont on peut souhaiter que la loi assure le maintien dans la famille à défaut de volonté exprimée par le défunt.

un droit de retour sur les biens de famille dans leur entier. Mais c'était oublier que dans certains cas ces biens familiaux pouvaient représenter une part importante de la succession qui risquait alors d'échapper au conjoint. Il a donc fallu à nouveau transiger pour arriver à la solution que l'on connaît. Solution qui maintient la primauté du conjoint et qui permet de ne pas laisser totalement de côté les collatéraux privilégiés. Au fond, cette solution reprend les idées du Sénat en les réduisant au maximum : la première idée est l'instauration d'un droit de retour ; la seconde est l'application à ce mécanisme de la quote-part que les sénateurs souhaitaient accorder au départ aux collatéraux sur l'universalité des biens du défunt, soit la moitié. Sur les biens de famille au moins, les frères et sœurs recevront ce que les parents auraient reçu s'ils avaient survécu.

Ce rappel de la discussion parlementaire aura permis de constater que le fondement premier du texte était bien le besoin de compenser l'éviction des collatéraux privilégiés de la dévolution ab intestat. Il conviendra de se demander plus loin si d'autres solutions plus simples et plus en phase avec le second objectif affiché de la conservation des biens dans la famille n'étaient pas envisageables.

**92.-** Deux observations pour conclure. Première observation, pour ce qui concerne l'article 757-3, la compensation qu'il représente a été discutée. Elle n'allait pas de soi alors que personne ne contestait sérieusement le besoin de revaloriser les droits du conjoint. Autrement dit, il a fallu argumenter sur l'intérêt du texte. Il en résulte deux conséquences : d'une part, on distingue quelque peu les fondements ayant servi de base au texte que sont la conservation des biens ou de la richesse dans la famille et la compensation. D'autre part, l'esprit de la loi exprimé par son titre étant l'augmentation des droits du conjoint<sup>159</sup>, on peut comprendre que la compensation soit plus faible que ce que les fondements auraient permis d'espérer.

En revanche la compensation de l'article 738-2 s'est imposée comme une évidence dès le début de la discussion parlementaire alors que personne n'a contesté la suppression de la réserve des ascendants. Il en résulte, là aussi, deux conséquences : d'une part, le texte ayant moins fait débat, il est plus délicat de lui trouver un fondement autre que la compensation et d'autre part, il convient maintenant d'apprécier le bien-fondé de l'abrogation de l'institution de la réserve

---

<sup>159</sup> Cf. N. Molfessis « Le titre des lois » in mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Catala, éd. Juris-classeur 2001.

pour déterminer la portée de la compensation mise en place par le texte. Si les arguments avancés plus haut pour justifier la suppression de la réserve des ascendants sont acceptables sans contestation possible, il faudra reconnaître une portée moindre à la compensation que si le principe de la suppression était contesté. En un mot, la réserve des ascendants devait-elle disparaître ? C'est à cette question qu'il sera répondu à présent.

## **§2. L'atténuation de l'abrogation de la réserve des ascendants**

93.- Les arguments qui ont eu raison de la réserve des ascendants ont déjà été présentés.<sup>160</sup> Il s'agira ici de s'interroger sur cette abrogation. Mais avant de condamner ou défendre la réserve des ascendants il est indispensable de s'arrêter brièvement sur son histoire et ses fondements (A). Ensuite il sera important de rechercher les autres arguments invoqués à l'encontre de la réserve des ascendants, arguments qui auraient pu entraîner l'abrogation de la réserve des ascendants sans remords (B). Cette solution étant sans doute trop tranchée pour le législateur, il conviendra, dans un troisième temps, de rechercher si d'autres arguments ne pouvaient pas militer en faveur du maintien de l'institution. Ce raisonnement permettra d'apprécier ce qui est présenté comme une atténuation afin de déterminer la portée de cette atténuation et partant celle du fondement de la contrepartie, bref il sera question des remords que le législateur aurait pu éprouver à la suite de l'abrogation (C).

### *A. Histoire et fondements de la réserve des ascendants*

On ne peut prétendre exposer les fondements d'une institution aussi ancienne sans présenter rapidement ses origines. La réserve héréditaire du Code civil (3) se trouve à la croisée du droit romain (1) et de l'ancien droit (2).

---

<sup>160</sup> Cf. p. 69 et s. Rappelons rapidement que trois raisons principales étaient invoquées : l'accroissement de la liberté de disposer, la nécessité démographique et économique de lutter contre les successions remontantes et la composition actuelle

### 1. La légitime de droit romain

**94.-** En droit romain la succession était par principe testamentaire. Il revenait à chacun de disposer à sa guise de ses biens pour le jour de son décès. Ce n'était que dans le cas très exceptionnel où le défunt était décédé ab intestat que la loi organisait la dévolution des biens mais cette dévolution n'était pas impérative. Dans le même temps, le droit romain était conscient des possibles excès de cette liberté testamentaire absolue.

C'est ainsi qu'en se basant sur des considérations patrimoniales et familiales, les juristes romains ont limité la volonté du testateur en utilisant deux techniques.

La première technique était formelle et reposait sur le caractère public du testament. Il s'agissait de l'exhérédation. Elle consistait à exiger du pater familias souhaitant exhéredier ses proches parents une manifestation claire et publique de volonté. Par exemple, à l'époque classique, les fils devaient être exhéredés nominativement et individuellement.<sup>161</sup> Les clauses d'exhérédation étant devenues de style dans les testaments et la publicité des formalités ayant disparue, cette technique s'est montrée rapidement insuffisante. C'est à la suite de scandales causés par des exhéredations régulières en la forme qu'est apparue une autre technique.

Cette seconde technique était substantielle. Elle imposait au défunt de laisser une part de sa succession à ses proches parents. Dans un premier temps, à la fin de la République, le Tribunal des Centumvirs annula des testaments après avoir été saisi par des parents exhéredés réclamant l'hérédité par l'action en pétition d'hérédité. La cause de la nullité était la folie présumée du défunt qui avait, sans cause, exhéredé ses parents. Dans un second temps, la technique judiciaire fut normalisée par des rescrits impériaux et devint la « *querela inofficiosi testamenti* ». Au fondement de la folie, trop infâmant, fut substitué celui du manque de piété, « *du manquement aux devoirs essentiels imposés par la morale familiale* ». <sup>162</sup>

Cette action bénéficiait alors aux descendants et ascendants exhéredés en leur qualité de proche parent et leur permettait de faire tomber le testament dès lors qu'ils

des patrimoines formés en grande partie d'acquêts qui, en présence d'un conjoint, rend plus contestable la réserve des ascendants.

<sup>161</sup> A la différence des filles et petits-fils qui pouvaient être exhéredés globalement.

<sup>162</sup> L'expression est de P. Ourliac et J. de Malafosse, Histoire du Droit Privé, t. 3 le Droit Familial, 1968, p. 328.

n'avaient pas reçu au moins le quart de la part qui leur serait revenue à défaut de testament.<sup>163</sup> Cette portion était la quarte légitime et ses bénéficiaires, les légitimaires. Précisons simplement que pour ouvrir l'action, l'exhérédation du légitimaire ne devait pas être justifiée. Enfin, à ce stade, la querela ne protégeait que contre les dispositions à cause de mort.

Dans un troisième temps, au bas empire, Justinien réforma la querela. Notamment, il étendit son champ d'application aux actes entre vifs, il augmenta le taux de la légitime dans certains cas, il fixa limitativement les cas justifiés d'exhérédation et surtout, il limita l'effet de la querela tel qu'il se présentait jusqu'alors, c'est-à-dire comme entraînant la nullité du testament. S'agissant de l'effet de la querela depuis Justinien, il fallait distinguer : soit le légitimaire avait été purement et simplement exhéredé et la nullité du testament était encourue, soit il avait obtenu quelque chose mais insuffisamment pour le remplir de sa légitime et alors le testament subsistait mais le légitimaire bénéficiait d'une action en complément de légitime, sorte de droit de créance contre la succession.<sup>164</sup>

## *2. la légitime de droit et la réserve coutumière*

**95.-** Dans l'ancien droit, les pays de droit écrit adoptèrent, ici comme en d'autres matières, le droit romain. La légitime continua donc à s'appliquer sous les mêmes conditions et avec les mêmes effets. Notons que dans certaines régions comme en bourgogne ou dans le bordelais la seule sanction de la légitime était l'action en complément. Les ascendants pouvaient s'en prévaloir. Simplement le fondement de piété filiale s'estompa au profit d'une idée de solidarité familiale qui impose, après le décès et via la légitime, la survie d'un devoir de secours et d'assistance entre parents.

**96.-** En pays de coutume, la succession était, contrairement à Rome, dévolue en priorité par application de la loi, elle-même fondée sur une conception familiale de

---

<sup>163</sup> Les frères et sœurs du défunt ne pouvaient, exceptionnellement, exercer cette action que si le défunt avait institué une personne de mauvaise vie, une « persona turpis ».

<sup>164</sup> L'action en complément de légitime vient d'une pratique courante dès le deuxième siècle qui, pour éviter la nullité sur le fondement de la querela, insérait dans les testaments une clause aux termes de laquelle si la part attribuée (encore fallait-il donc que l'exhérédation ne soit pas totale) aux proches n'était pas suffisante, elle serait complétée en équité. Justinien a simplement décidé que cette clause, déjà usuelle, serait sous-entendue.

l'héritage. La piété filiale qui justifiait la légitime romaine était déjà prise en compte par la loi pour régler la dévolution successorale. Si la réserve s'ajoutait à ce système, c'était pour conforter la dévolution en lui conférant un caractère d'ordre public. Alors, il fallait rechercher dans la volonté légale d'assurer la conservation des biens dans la famille la justification de la réserve coutumière. Cela se vérifie à l'étude des effets de l'institution. La réserve coutumière dite des « quatre quints » ne visait à protéger que les propres. Autrement-dit, la quotité disponible se composait des meubles et acquêts et du quint des propres. De même la sanction était toute tournée vers la conservation des biens puisqu'elle permettait aux réservataires de récupérer les biens en nature. Il n'était pas question de complément en numéraire. Par ailleurs, les bénéficiaires ne pouvaient être que des héritiers acceptants et cette réserve ne protégeait que contre les dispositions à cause de mort.<sup>165</sup> Les ascendants pouvaient en bénéficier dans certaines coutumes en dépit de la règle « *Propres ne remontent* » dont Dumoulin a démontré qu'elle n'était qu'une application de la règle plus générale « *Paterna paternis...* » en ce qu'elle signifiait en réalité que les propres ne peuvent remonter d'une ligne dans l'autre.<sup>166</sup>

Pour tenir compte de ces faiblesses – absence de protection contre les donations et exclusion des acquêts – certaines coutumes ont adopté, moyennant quelques modifications, la légitime de droit écrit.<sup>167</sup> Deux différences principales la distinguaient de la légitime romaine : elle n'était réservée qu'aux descendants et il fallait être héritier acceptant pour en bénéficier.

### 3. Le droit intermédiaire et le Code civil

**97.-** Le droit intermédiaire a fait table rase du passé et a considérablement réduit la faculté de disposer du défunt. Pour preuve, la loi du 17 nivôse an II avait réduit le disponible à un dixième en présence d'héritiers en ligne direct et un sixième en présence de collatéraux. Il ne fallait pas voir dans cette réserve excessive une

---

<sup>165</sup> Il est nécessaire de préciser que le régime de la réserve coutumière, rapidement présenté, était celui en vigueur dans les coutumes de Paris et d'Orléans. Dans les coutumes de l'Ouest, la réserve coutumière protégeait aussi contre les donations et portait également sur les acquêts. Ceci explique que, dans ces coutumes de l'ouest, il n'ait pas été recouru à la légitime romaine pour compléter la réserve comme ce fut le cas à Paris.

<sup>166</sup> Sur ce point, V. Levy et Castaldo, Histoire du droit civil, Précis Dalloz, n° 959 et s.

<sup>167</sup> L'exemple le plus caractéristique de la faiblesse de la réserve coutumière est celui dans lequel le défunt a disposé de ses biens par donation et dans lequel la succession se compose principalement d'acquêts ce qui était plus courant au XVIIIème qu'au Moyen Age.

volonté particulière d'assurer la solidarité familiale et encore moins le souhait d'assurer une quelconque conservation des biens dans la famille. Le but était, bien au contraire, d'abolir les comportements d'ancien régime en disloquant les grandes fortunes au nom de l'égalité. La liberté de tester, déjà faible, n'existait pas au profit des héritiers puisque la quotité disponible du dixième ne pouvait qu'être laissée à des non-successibles. La loi du 4 germinal an VIII fixa la quotité disponible à la moitié de la succession lorsque le défunt ne laissait que des ascendants. Cette réglementation est proche de celle du Code Napoléon qui fixe au quart le montant de la réserve des ascendants par ligne.

**98.-** La réserve de 1804 est inspirée des deux modèles que nous avons rappelés. Elle emprunte aux deux régimes certains de ses traits.

Tout d'abord, elle bénéficie aux ascendants privilégiés comme ordinaires ainsi qu'aux descendants. Il n'était plus question des collatéraux. En cela l'institution fait penser à la légitime et à son fondement, la solidarité familiale.

Ensuite, elle protège aussi bien contre les actes entre vifs que les actes à cause de mort, comme la légitime. Et, comme elle, elle se calcule sur tout le patrimoine du défunt sans distinction des acquêts et des propres.

Enfin, sa sanction est réelle et non personnelle. Le réservataire floué n'a pas qu'un droit de créance contre la succession. Il a droit aux biens eux-mêmes, en nature. Ainsi, la réserve emprunte aussi une partie non négligeable de son régime à la réserve coutumière. De cela on a admis après moult discussions que la réserve était par nature plus pars héréditatis que pars bonorum.<sup>168</sup>

Pour conclure il est possible de citer le Professeur Grimaldi selon lequel parce que la réserve du Code civil « *apparaît comme une fusion de la légitime romaine et de la réserve coutumière, il est traditionnel de lui reconnaître le fondement de la*

---

<sup>168</sup> La légitime était pars bonorum en ce qu'elle n'ouvrait droit qu'à une créance personnelle et non à un droit réel et en ce qu'il n'était pas nécessaire d'avoir la qualité d'héritier pour être légitimaire. Notamment on pouvait renoncer à la succession et faire valoir sa légitime. En revanche, la réserve du Code Napoléon est pars héréditatis du fait de sa sanction et parce qu'elle exige du réservataire qu'il ait la qualité d'héritier. C'est ainsi que la Cour de cassation décida clairement en tranchant le débat que la donation faite à un héritier réservataire renonçant ne pouvait s'imputer que sur la quotité disponible et non sur sa part de réserve dont il était privé du fait de la renonciation. (Ch. Réunies, 27 novembre 1863, arrêt Lavialle : S. 1863, 1, 513, Rapport Faustin-Hélie, Concl. Proc. Gén. Dupin ; DP 1864, 1, 5 note Brésillon, G.A., n°139 ; auparavant V. déjà l'arrêt Laroque de Mons du 18 février 1818, précité.)

*première, en ce qu'elle est la traduction d'un devoir de famille, mais la nature de la seconde, en ce qu'elle est pars héréditatis ».*<sup>169</sup>

A présent, au bénéfice de ces rappels historiques, il est temps d'apprécier l'utilité de la réserve des ascendants. Pour ce faire, on complétera d'abord les arguments relevés plus haut contre l'institution. Ce sera, en quelque sorte, la fin de l'instruction à charge.

### *B. L'abrogation « sans remords » de la réserve des ascendants*

**99.-** Pierre Catala jugeait qu'à tout prendre il aurait été préférable de porter un coup définitif à cette institution séculaire, sans remords. Cela n'était pas la plus inconcevable des solutions. D'ailleurs, il faut garder en mémoire que la question de la suppression totale de la réserve des ascendants n'est pas apparue qu'en 2006. Les arguments invoqués lors du débat parlementaire<sup>170</sup> n'étaient pas nouveaux, notamment l'argument portant sur la composition des patrimoines actuels. Derrière cela l'idée était que, compte tenu de la composition actuelle de la majorité des patrimoines, la réserve des ascendants perdait un de ses fondements : la conservation des biens dans la famille entendue comme famille lignage.<sup>171</sup> La réserve aurait été inutile (2).

Par ailleurs, la réserve des ascendants soulevait d'autres difficultés pratiques qui n'ont pas été rappelées en 2006 mais qui pouvaient justifier l'abrogation pure et simple de l'institution (1).

#### *1. Les difficultés pratiques justifiant l'abrogation*

**100.-** La première difficulté concernait la réserve des ascendants ordinaires. Elle était double. Il était clair que la réserve des ascendants comme celle des descendants était « pars héréditatis ». Il en résultait que pour faire valoir ses droits à réserve, l'ascendant devait être appelé en rang utile à la succession ab intestat et devait l'accepter. Une anomalie se faisait alors jour. L'ascendant ordinaire, héritier

---

<sup>169</sup> M. Grimaldi, *ibidem*, n°283, p. 279.

<sup>170</sup> Cf. p. 69 et s.

<sup>171</sup> Ioanna Kondyli, thèse précitée, n° 369 écrit à ce sujet que « l'on assiste à la revanche des acquêts sur les propres par la primauté de l'activité professionnelle si possible valorisée par une haute qualification ».

réservataire, se trouvait exclu de la succession ab intestat et donc privé de son droit de réservataire en présence de collatéraux privilégiés non réservataires.<sup>172</sup> A ce propos, il n'a pas manqué d'être souligné que la réserve des ascendants n'assurait pas la protection de la personne du réservataire mais la protection du patrimoine familiale.<sup>173</sup> Or, comme la famille a tendance à se recentrer autour du foyer et comme les patrimoines sont de moins en moins familiaux, il est né un doute sur l'utilité de cette réserve en quelque sorte subsidiaire.

Le doute s'est renforcé à partir de la loi du 3 décembre 2001 qui a promu le conjoint au rang de réservataire. Nous ne reprendrons pas ici le débat qui a fait rage sur le point de savoir si le conjoint devait ou non faire son entrée dans le cercle des réservataires.<sup>174</sup> Ce débat passionné reposait grosso modo sur les mêmes arguments que celui qui a abouti à la création de l'article 757-3. Avec le conjoint le même problème s'est posé. Si le défunt laissait son conjoint et son grand-père en ayant institué un tiers légataire universel, le conjoint pouvait revendiquer sa réserve et non le grand-père. On serait tenté de dire que la solution est moins gênante puisqu'en l'espèce, un réservataire prime un autre réservataire. Si tel était le cas, c'était tout simplement parce que depuis la loi de 2001, le conjoint excluait totalement les ascendants ordinaires de la dévolution légale. Même cause, mêmes effets. Il en résultait qu'à partir de 2001, les réservataires pouvaient faire valoir leur droit dans cet ordre : les descendants puis les ascendants privilégiés puis le conjoint et enfin les ascendants ordinaires.

En conséquence, il a été proposé dans un premier temps de supprimer la réserve des ascendants ordinaires par souci de cohérence. L'étude du droit comparé appuyait cette idée puisque dans une grande partie des pays européens connaissant une réserve, seuls les père et mère sont réservataires.<sup>175</sup>

**101.-** La seconde difficulté était relative à la réserve des ascendants privilégiés. La loi de 2001, a créé au bénéfice du conjoint survivant un droit viager au logement. Ce droit prévu à l'article 764 du Code civil est un droit d'usage et d'habitation qui n'est pas d'ordre public, à la différence du droit temporaire de l'article 763, puisque le défunt peut en priver son conjoint par testament authentique.

---

<sup>172</sup> Sauf à ce que les collatéraux privilégiés renoncent à la succession. Cf. Cass, 24 février 1863 : S. 63, 1, 190.

<sup>173</sup> Cf. 72<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, « La dévolution successorale », 1975, p.439

<sup>174</sup> Sur ce débat, V. les arguments repris par Madame Kondyli dans sa thèse précitée, n° 321 à 416.

Ces innovations étaient les fers de lance de l'amélioration des droits du conjoint en ce qu'elles assurent la « *maintenance du conjoint survivant* ». Elles lui permettent de maintenir son cadre de vie. Ce droit viager posait une délicate question lorsque le conjoint légataire universel se trouvait face à des ascendants privilégiés, bénéficiaires en ce cas d'une réserve en usufruit aux termes de l'ancien article 1094 du Code civil.<sup>176</sup>

Prenons un exemple pour illustrer le problème : le patrimoine du défunt se compose d'un logement de 100.000 euros et de liquidités pour 20.000 euros, ce qui correspond au cas le plus courant. Il laisse pour lui succéder son conjoint, légataire universel, et ses parents tous deux âgés de 70 ans. Faut-il considérer que le droit viager l'emporte sur la maison en ne laissant s'exercer la réserve en usufruit que sur les liquidités ou faut-il considérer que la réserve en usufruit prime ce droit viager ? Comment pouvait-on résoudre ce conflit ?

**102.-** Une première idée aurait été d'imposer l'application prioritaire de la réserve en usufruit sur toute la succession en raison de son caractère impératif, caractère dont le droit viager est dépourvu. Le droit supplétif s'inclinerait alors devant le droit impératif. Cette solution, séduisante au premier abord, n'emporte pas la conviction. En effet, lorsque la loi édicte une règle impérative cela signifie qu'il n'est pas possible d'y déroger par convention mais cela n'implique pas une quelconque supériorité par rapport aux normes supplétives de volonté.<sup>177</sup> Les règles supplétives sont d'ailleurs importantes aux yeux du législateur puisqu'elles s'appliquent faute de convention contraire. Elles constituent la norme souhaitée bien que non imposée. Au cas particulier, le droit viager est en outre une norme supplétive particulièrement importante étant donné que le seul moyen d'y déroger est de recourir à la forme spéciale du testament authentique. Enfin, le fait que la disposition ait été créée par une loi portant réforme des droits du conjoint survivant ne permet pas de la

---

<sup>175</sup> Tel est le cas en Allemagne, en Autriche, en Belgique, en Espagne, en Grèce ou en Italie.

<sup>176</sup> Le problème ne s'est posé que pour les successions ouvertes entre le 1<sup>er</sup> juillet 2002, date d'entrée en vigueur de la loi de 2001 et le 1<sup>er</sup> janvier 2007, date d'entrée en vigueur de la loi de 2006.

<sup>177</sup> A cet égard, Beaubrun écrit dans sa thèse consacrée à l'ordre public successoral que : « *l'institution de l'ordre public emporte une intensité de la règle de droit, qui la prédispose à livrer bataille, par avance gagnée, à toute autre source de droit* », n° 87, p. 150. L'ordre public n'a donc pas pour mission d'assurer la primauté d'une règle législative sur une autre règle législative.

faire plier devant une institution, certes ancienne, mais en déclin.<sup>178</sup> Politiquement, à partir de 2001, on peut affirmer sans doute que le droit viager est au moins aussi justifié que la réserve des ascendants en présence du conjoint.

**103.-** Une deuxième idée aurait été d'envisager un démembrement de propriété. La réserve n'étant qu'en usufruit, il se serait agi de lui donner application en laissant au conjoint des droits en nue-propriété. Mais alors, cela aurait inévitablement porté atteinte au droit viager. Pour les raisons que nous venons d'indiquer il ne semble pas possible d'admettre cette solution.

**104.-** Une troisième idée aurait pu être trouvée dans l'indivision en jouissance. En effet, dans notre exemple, le conjoint peut réclamer le bénéfice de son droit d'usage et d'habitation sur la résidence principale. Ce droit est un succédané d'usufruit. L'article 625 du Code civil précise en effet que ce droit s'établit et se perd de la même manière que l'usufruit. Ce qui différencie essentiellement les deux droits est l'incessibilité du droit d'usage et d'habitation. Dans notre hypothèse d'un conjoint légataire universel, le survivant a vocation à la pleine propriété moins la part de réserve, donc à la nue-propriété. Mais peu importe puisque la valeur de ce droit viager s'impute principalement sur les droits légaux du conjoint et peut les dépasser sans contraindre ce dernier à restitution. Les ascendants, eux, ne peuvent se contenter que d'un droit en usufruit qui porte en principe sur la part successorale qui leur revient via la réduction. Au vu des montants on pourrait soutenir qu'il s'en suit une indivision en jouissance, au moins partielle, sur la maison. La solution est concevable, d'autant plus que les parents n'ont pas nécessairement besoin de se loger dans le bien en question. Il faudra donc qu'il y ait accord entre le conjoint et eux pour organiser la jouissance exclusive du conjoint. Mais alors, il semble qu'en application du droit commun de l'indivision, cette jouissance exclusive ne puisse être obtenue que moyennant indemnité ce qui est contraire à l'esprit du droit viager. En outre, chaque indivisaire conserverait le droit de demander le partage de cette indivision en usufruit en vertu des articles 817 et 819 du Code civil. Faute d'autres biens permettant de cantonner l'usufruit de chacun sur des biens différents, il sera nécessaire de liciter l'usufruit. Et la licitation pourra même porter sur la pleine

---

<sup>178</sup> En effet, c'est en 1930 que la loi a réduit à l'usufruit la part de réserve des ascendants en présence d'un conjoint gratifié.

propriété du bien si c'est la seule solution pour protéger les parties. La perspective d'une licitation est bien contraire à l'objectif de maintien du conjoint dans son cadre de vie.

**105.-** Une dernière idée eut été de soutenir la possibilité d'une réduction en valeur. En l'espèce, cette solution revient à permettre au parent de jouir de l'usufruit des biens successoraux en opposition au droit viager au logement du conjoint. Evidemment, par principe avant 2006, les legs, même consentis à des successibles, étaient réductibles en nature. Cependant, l'article 867 ancien du Code civil prévoyait que : *« Lorsque le legs fait à un successible ou à des successibles conjointement, porte sur un bien ou sur plusieurs biens composant un ensemble, dont la valeur excède la portion disponible, le ou les légataires peuvent, quel que soit cet excédent, réclamer en totalité l'objet de la libéralité, sauf à récompenser les cohéritiers en argent. »* Ce texte permettait la réduction en valeur des legs difficilement divisibles. On peut penser que le conjoint institué aurait pu faire valoir ce texte pour conserver la maison à charge de verser une indemnité de réduction aux parents égale à la valeur du montant de leur réserve en usufruit. Cette proposition semble la meilleure pour concilier les droits en présence. En effet, par ce moyen, le conjoint conservera son cadre de vie et les parents qui n'ont sans doute pas besoin de vivre dans cette maison recevront de l'argent, moyen par excellence d'assurer la subsistance. Trois observations limiteront toutefois l'intérêt de cette solution : premièrement, encore fallait-il que le conjoint ait les moyens de payer cette indemnité, les deniers successoraux n'y suffisant pas dans l'exemple. Deuxièmement, l'article 867 ancien supposait pour sa mise en œuvre que le legs fut un legs translatif de propriété, c'est-à-dire un legs à titre particulier ou un legs avec assignation de part. Un legs universel simple, n'était donc pas éligible à la réduction en valeur. Troisièmement, plus les parents sont âgés, moins leur usufruit vaut cher et donc moins ils toucheront d'argent alors que c'est en vieillissant qu'ils risquent d'en avoir le plus besoin.

Aucune des solutions avancées ne retient donc pleinement l'attention parce qu'il n'est pas simple, dans ce cas concret et courant, de concilier les deux droits. L'impérativité de la réserve n'est pas non plus déterminante pour emporter la

---

Cela, associé à la forte promotion du conjoint, légitime le droit viager dans notre hypothèse.

conviction. A défaut de décision jurisprudentielle sur la question, il fallait donc faire un choix d'opportunité. Les notaires ont considéré que : « *le droit à la réserve en usufruit cédaient le pas devant le droit viager au logement* », d'où l'intérêt soulignent-ils d'opter pour le droit viager dans ce cas.<sup>179</sup>

C'est ainsi que l'on a pu soutenir la possibilité de supprimer également la réserve des ascendants privilégiés.

Prudemment, certains auraient souhaité limiter la suppression de la réserve des ascendants privilégiés au cas précis que nous venons d'étudier : lorsque le défunt laisse outre ses ascendants, un conjoint légataire universel. La montée en puissance récente du conjoint au plan successoral abonde dans ce sens.

## 2. La réserve inutile

**106.-** Au-delà des arguments que l'on vient de rappeler, deux raisonnements ont été avancés pour achever la démonstration de la nécessaire suppression de la réserve des ascendants :

Le premier revient à dire qu'à défaut de conjoint, c'est souvent un concubin ou un partenaire qui bénéficie d'une disposition à cause de mort. Or, sa situation serait assimilable à celle du conjoint de sorte que si l'on admet la suppression de la réserve des ascendants en présence du conjoint, on devrait l'admettre aussi dans ces cas là où le bénéficiaire est un tiers. Le souhait du défunt a sans doute été d'assurer au mieux la maintenance de ce tiers. On ne peut nier la portée pratique de l'argument.<sup>180</sup>

Le second raisonnement revient à se poser la question de l'utilité de la réserve des ascendants. Il retient la faible application pratique de ce cas de réserve compte tenu du fait qu'il suppose une personne décédée sans enfant, laissant des ascendants et ayant pris des dispositions à cause de mort. En effet il a été relevé que, tout jeune, le défunt n'aura probablement pas pris de disposition à cause de mort ou alors en aura pris en faveur de ses parents le plus souvent. Ensuite, en prenant de l'âge, l'adulte prendra parfois des dispositions de dernières volontés souvent en faveur de son conjoint et souvent ses parents décèderont avant lui. Après avoir admis la suppression de la réserve des ascendants ordinaires pour les raisons évoquées plus haut et la

---

<sup>179</sup> Cf. 100<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, « Code civil, les défis d'un nouveau siècle », Paris, 2004, p. 796.

suppression de la réserve des ascendants privilégiés en présence du conjoint survivant gratifié, ce dernier raisonnement constate qu'alors le champ d'application de la réserve des ascendants se trouve très réduit et conclut ainsi : « *on pourrait alors s'interroger sur l'utilité pratique de son maintien* ». <sup>181</sup>

Là encore, le droit comparé a pu peser dans la décision puisque certains pays européens ont supprimé depuis quelque temps toute réserve au profit des ascendants. <sup>182</sup>

Force est de constater que ces arguments, ajoutés à ceux présentés lors des travaux parlementaires de la loi de 2006, ont fait mouche. Ils ont emporté en totalité la réserve des ascendants. Cependant, d'autres arguments, favorables à cette réserve, auraient pu être avancés. Pour ne pas être partial et incomplet il convient de les présenter maintenant en se souvenant que l'objectif poursuivi dans le cadre de ce travail est de savoir si, oui ou non, il était nécessaire de compenser la perte de la réserve. Autrement dit, si l'idée de compensation peut fonder le nouveau droit de retour de l'article 738-2.

### *C. Les remords à la suite de l'abrogation de la réserve des ascendants*

Les arguments qui vont être proposés peuvent être perçus comme des remords que le législateur aurait ressentis à la suite de sa décision d'abrogation totale de la réserve des ascendants. Ces remords pourraient justifier le besoin d'instaurer une compensation en contrepartie. Il s'agit ici de défendre la réserve des ascendants, d'abord en réfutant les arguments sur l'inutilité de la réserve (1), ensuite, en démontrant l'utilité persistante de la réserve des ascendants (2).

#### *1. la réfutation des arguments sur l'inutilité de la réserve*

**107.-** Quatre propositions peuvent être avancées pour réfuter les arguments selon lesquels la réserve des ascendants aurait été inutile.

---

<sup>180</sup> Argument soutenu à l'occasion du 100<sup>ème</sup> congrès des notaires de Paris en 2004, p. 799.

<sup>181</sup> Argument soutenu à l'occasion du 72<sup>ème</sup> congrès des notaires de Deauville en 1975, p.445.

<sup>182</sup> Tels fut le cas notamment aux Pays Bas et au Luxembourg.

Tout d'abord on peut retourner contre ses partisans l'argument qui souhaite la suppression de la réserve, même celle des ascendants privilégiés, en présence de tiers en assimilant ces tiers au conjoint. On doit répondre à cela que le mariage assure aujourd'hui encore une meilleure protection au survivant du couple que toute autre forme d'union. Il ne serait donc pas choquant de ne voir supprimer la réserve des ascendants qu'en présence d'un conjoint survivant. Par ailleurs, il ne faut pas faire de ces cas courants - pacte civil de solidarité ou concubinage - une généralité. Il peut arriver que le bénéficiaire d'un legs universel ne soit pas le compagnon de fin de vie du défunt.

Ensuite, l'argument selon lequel la réserve des ascendants ne serait pas utile faute d'application concrète est intéressant pour contrer l'argument soutenu en 2006 selon lequel il est impératif de lutter contre les successions remontantes en raison du désastre économique qu'elles occasionnent. En effet, si la réserve des ascendants trouve peu à s'appliquer, c'est que les successions remontantes ne sont pas si fréquentes que cela.

En restant dans le domaine strictement économique, il est utile de relever l'impact de la généralisation de la réduction en valeur. Le réservataire devra en principe se contenter d'un émolument en argent ce qui lui évitera de récupérer via la réduction une entreprise qu'il serait incapable de gérer.<sup>183</sup>

Enfin, ajoutons que la suppression de la réserve des ascendants ordinaires pouvait répondre à un besoin de cohérence. De même la non-opposition de la réserve en présence d'un conjoint survivant institué pouvait être soutenue en raison de la place actuelle du conjoint dans la dévolution successorale et pour faciliter le règlement de la succession. En revanche les raisons de la suppression totale étaient plus floues.

Passons sur ces arguments quelque peu polémiques et attachons nous à démontrer l'utilité que l'on pouvait trouver à cette réserve maintenant disparue.

## *2. L'utilité persistante de la réserve des ascendants*

---

<sup>183</sup> Cet argument n'est pas récent étant donné qu'avant la reconnaissance du principe de la réduction en valeur, il était déjà courant que la réduction se fasse en valeur en application de la loi ou en vertu de clauses d'une donation-partage ou de statuts sociaux. Cf. Notamment l'art. 1075 al 3 ancien et l'art.1870-1.

Pour défendre l'utilité de la réserve des ascendants deux idées seront développées.

**108.-** La première part d'un constat. S'il est économiquement utile de faire « descendre les fortunes », force est de constater que les ascendants, qu'ils soient parents ou grands-parents, jouent déjà de leur vivant un rôle important en ce sens.

Une étude déjà assez ancienne révélait que chaque année en France, cent milliards de francs transitaient sous formes diverses des générations supérieures vers les générations inférieures.<sup>184</sup>

Ce constat appelle deux observations :

D'abord, il met en avant l'importance des ascendants dans les familles actuelles en dépit de la tendance au resserrement des liens familiaux. Le vieillissement de la population ainsi que les besoins financiers et d'assistance des jeunes générations maintiendront ce rôle et l'amplifieront à l'avenir. Ensuite, comme le fait remarquer le Professeur Grimaldi, il semble que malgré tout, les ascendants fassent partie de la famille au sens étroit et moderne du terme, à la différence des collatéraux. En effet, la loi et la jurisprudence reconnaissent des droits aux grands-parents vis-à-vis de leurs petits-enfants : droit d'entretenir des relations personnelles avec eux, ou droit de former tierce-opposition à un jugement d'adoption.<sup>185</sup>

En outre, le rôle des ascendants que l'on vient d'évoquer implique à tout le moins une reconnaissance envers eux, reconnaissance qui est une manifestation de ce que jadis on appelait la piété filiale. Or la reconnaissance s'inscrit dans un rapport bilatéral. On parle de piété filiale pour désigner l'attachement de l'enfant à ses parents mais la piété est aussi celle des parents à l'égard de leurs enfants. D'ailleurs, à Rome, c'était pour cause d'impiété que l'on faisait tomber le testament du pater familias exhérédant ses enfants. Cette dernière observation est en lien avec la deuxième idée appelée au soutien de la réserve.

**109.-** La seconde idée suppose en préambule que soient rappelés les deux fondements traditionnels de la réserve des ascendants que sont la conservation des

---

<sup>184</sup> Etude réalisée par C. de Barry, D. Eneau et J-M Hourriez, INSEE Première, Avril 1996, n° 441 intitulée : « Les aides financières entre ménages. »

biens dans la famille et la solidarité familiale sous forme d'un devoir d'assistance post mortem. Nous avons eu l'occasion, plus haut, d'évoquer la disparition du premier fondement sous le coup de la modification des patrimoines et de la généralisation de la réduction en valeur. En revanche, le deuxième fondement classique demeure. La réserve en usufruit en présence d'un conjoint institué applicable jusqu'en 2006 en était l'exemple le plus frappant. Le but de cet usufruit ne pouvait qu'être d'assurer un revenu, parfois même une subsistance, aux ascendants. Dans ce cas il n'était nullement question de conservation de biens ou de richesses. En écho de ce que nous soutenions à propos de la piété filiale il y a un instant, le Professeur Grimaldi a écrit que : *« ce devoir familial d'assistance, qui justifie l'attribution d'une réserve, existe de toute évidence à l'égard de tous les ascendants »*. Il ajoute même que : *« comme l'obligation alimentaire, qui est une autre expression du devoir d'assistance, la réserve est traditionnellement conçue sur la base de la réciprocité, de sorte que celle de tous les ascendants est le corollaire de celle de tous les descendants »*.<sup>186</sup>

**110.-** Des développements qui précèdent, il résulte que la suppression de la réserve aurait pu être davantage discutée. Elle n'allait pas de soi. Le contexte démographique et économique a un peu vite eu raison de l'institution. Le législateur a donc légitimement, mais peut-être inconsciemment, été pris de remords. Ces remords l'on conduit à atténuer l'abrogation totale de la réserve par l'instauration d'un cas original de retour légal prévu à l'article 738-2. C'est donc bien la volonté de créer une contrepartie qui est à l'origine du texte. Un indice textuel le confirme d'ailleurs : les bénéficiaires ne sont que les parents et non leurs descendants à défaut.<sup>187</sup> Si le fondement de la contrepartie devait s'imposer ici, on perçoit alors qu'il serait sans doute nécessaire d'appliquer le texte de manière plus impérative que l'article 757-3 dont on a dit précédemment qu'il n'était que le résultat d'un compromis âprement discuté.

---

<sup>185</sup> Pour le premier exemple, V. l'art. 371-4 du Code civil (texte appliqué aux arrière-grands-parents par TGI Paris, 3 juin 1976 : D. 1977, 303, note Cazals) et pour le second, V. Cass. civ., 21 mai 1974 : JCP 76, II, 18227, note Betant-Robert ; D. 1976, 173, note Le Guidec ; Cf. M. Grimaldi, *ibidem*, n° 292, p. 287.

<sup>186</sup> Cf. Michel Grimaldi, ouvrage précité, n° 292, p. 288.

<sup>187</sup> Sur la question de la prise en compte des collatéraux privilégiés dans le mécanisme de l'article 738-2, V. *infra* p. 130.

**111.-** Une dernière remarque conclura notre propos. Elle consiste à s'interroger sur le fondement que peut représenter la compensation. Est-ce-que créer un droit pour compenser la perte ou l'absence d'un autre est un fondement solide ? C'est un fondement qui s'est déjà rencontré dans le cadre du droit de retour légal à propos de l'ancien article 766. Ceci dit, ce fondement semble assez faible lorsqu'il n'est pas conforté par d'autres. D'ailleurs, derrière l'ancien article 766, il y avait aussi la volonté d'assurer la conservation des biens dans la famille qui justifiait le recours au retour légal. Sans autre fondement, comment déterminer la nature de la contrepartie ? Comment savoir, pour en revenir plus particulièrement au sujet qui nous occupe, si ce droit de retour est d'ordre public ou pas ? Le seul fondement de la contrepartie ne permet pas de répondre avec certitude à cette question. Rien n'impose à une contrepartie de reprendre la nature du droit qu'elle entend remplacer. Il faut donc rechercher plus avant d'autres fondements permettant de conforter celui qui était le plus apparent. Si le retour légal de l'article 738-2, comme celui de l'article 757-3, est bien source de compensation, la compensation ne peut être l'unique source du retour légal.

## ***Section 2. Le retour légal, moyen de solidarité ou de conservation de richesse ?***

Le titre de la section contient les deux interrogations qui retiendront notre attention dans les deux paragraphes qui suivent. Le droit de retour légal de l'article 738-2 est-il fondé sur un devoir de solidarité familiale comme l'était naguère la réserve des ascendants (§1) ? Autre proposition : est-il un moyen d'assurer la conservation de la richesse au sein de la famille (§2) ? Cette dernière question peut d'ailleurs être également posée pour l'article 757-3.

### ***§ 1. Le retour légal moyen de solidarité ?***

Dans un premier temps, il conviendra de préciser l'origine de la question avant, dans un second temps, d'apprécier la portée de ce fondement.

**112.-** Lorsqu'il s'est agit de révéler le fondement le plus apparent du retour légal de l'article 738-2, la contrepartie, il fut souligné la fragilité de ce fondement et son inaptitude à assurer seul le support de ce texte. Il fallait en chercher d'autres. Pour ce faire, il s'imposait de ne pas partir du texte lui-même puisque l'on en cherchait les origines. Il était donc nécessaire de partir de la suppression de la réserve dont on a admis qu'elle appelait une contrepartie. Le fondement de cette contrepartie ne pouvait être autre que le seul fondement encore défendable de la réserve des ascendants : celui de la solidarité familiale au sens alimentaire.<sup>188</sup> D'où l'idée de confronter le droit de retour à ce fondement.<sup>189</sup>

L'idée n'est pas nouvelle ici encore. En effet, à chaque fois que fut envisagé par le passé la suppression totale ou partielle de la réserve des ascendants, il fut proposé de la remplacer par une créance alimentaire au bénéfice des ascendants. D'ailleurs c'est ce qui s'est passé en 2001 lorsque la réserve des ascendants ordinaires fut supprimée, de fait, en raison de la promotion ab intestat du conjoint survivant. Les grands-parents qui perdaient du même coup leur droit à réserve et leur droit ab intestat en présence d'un conjoint se sont vus offrir en contrepartie un droit de créance alimentaire. C'est l'objet de l'article 758 du Code civil qui permet aux ascendants autres que les père et mère de réclamer des aliments contre la succession du défunt lorsque le conjoint survivant recueille la totalité ou les trois quarts de ladite succession.<sup>190</sup>

A propos de la réserve des ascendants privilégiés maintenant, les notaires relevaient déjà en 1975 que « *seul l'état de besoin justifierait des droits réservataires au profit des père et mère* ». Tout de suite après ils ajoutaient qu'alors ce n'était pas une réserve qu'il fallait leur accorder mais un droit de créance alimentaire. En 2004, à nouveau, les notaires admettaient la suppression totale de la réserve des ascendants, même en l'absence d'un conjoint institué, mais à la condition « *qu'elle s'accompagne*

---

<sup>188</sup> Le Professeur Catala, dans le rapport de synthèse du 84<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France « Couple et Modernité », La Baule 1988, affirmait d'ailleurs le caractère alimentaire de la réserve des ascendants. Il disait ceci : « Si les ascendants héritent, La Palice nous dirait qu'ils ne sont pas morts et donc que leur fils n'en a pas encore hérité. Si le fils a reçu des donations de ses auteurs, comme, par hypothèse, il n'a pas lui-même de descendance, le retour conventionnel va jouer. Donc la succession est à base d'acquêts et non de propres. Par conséquent, la réserve n'est pas une réserve assurant le maintien des biens dans la famille ; c'est une réserve de type alimentaire ».

<sup>189</sup> Précisons, s'il en est besoin, que cette proposition ne vaut évidemment que pour le droit de retour de l'article 738-2. L'absence de toute obligation alimentaire et donc de solidarité familiale imposée en faveur des collatéraux dispense de se poser la question à propos de l'article 757-3.

<sup>190</sup> A propos de l'article 758 du Code civil, au plan alimentaire, on notera tout de même une lacune : il n'assure un moyen de subsistance qu'à la condition que le conjoint recueille tout ou les trois quarts de la succession. Si le conjoint est exhérité au profit d'un tiers aucune créance alimentaire ne grèvera la succession en dépit de l'état de besoin des ascendants ordinaires.

*de la reconnaissance à leur profit d'un droit à aliments à l'image de celui reconnu au profit des ascendants ordinaires par l'article 758 du Code civil ».*<sup>191</sup>

Plus récemment encore, un auteur a considéré que le nouveau fondement du droit de retour légal des père et mère n'était autre que la mise en œuvre d'une solidarité familiale.<sup>192</sup> En considération de ce devoir d'assistance familiale qui fondait la réserve, il semble logique que le fondement de sa contrepartie soit le même. Mais est-ce le cas ?

**113.-** Bien entendu, des arguments techniques dont il sera question plus loin vont dans ce sens, notamment le fait que ce droit puisse s'exercer en valeur faute de pouvoir s'exercer en nature. C'est bien le signe que ce droit de retour n'est pas fondé sur la conservation des biens eux même. Ce qui compte, c'est davantage la valeur des biens, valeur qui permet d'assurer, dit-on parfois, la subsistance des ascendants. Les termes du rapport pour le Sénat du projet de loi portant réforme des successions et libéralités vont d'ailleurs dans ce même sens : « *Enfin, la réforme proposée prévoit un mécanisme de droit de retour légal [...] susceptible de satisfaire l'objectif de l'actuelle réserve : assurer le respect de l'obligation alimentaire et éviter que certains biens ne quittent le patrimoine familial.* »<sup>193</sup>

Toutefois, rapprocher le droit de retour légal de la créance alimentaire soulève deux remarques.

La première se contentera de relever que les père et mère peuvent bénéficier du droit de retour légal de l'article 738-2 sans avoir à justifier d'un état de besoin, condition essentielle de la naissance d'un droit de créance alimentaire. De ce fait, le montant de ce droit de retour n'est pas limité à ce qui est nécessaire pour assurer l'existence des ascendants. Il n'est pas proportionné à leurs éventuels besoins. Cette remarque n'est cependant pas déterminante. En effet, si la réserve assurait une fonction d'assistance familiale qui n'était que la continuité des obligations alimentaires existantes du vivant du défunt, elle ne se confondait pas pour autant avec

---

<sup>191</sup> Rapport du congrès des Notaires de France de 2004, précité.

<sup>192</sup> J. Leprovaux, « L'évolution des droits de retour légaux dans la législation contemporaine du droit des succession. » LPA, n° 131 du 30 juin 2007, p.6 et s.

<sup>193</sup> Rapport n° 343 précité.

une obligation alimentaire pour les mêmes raisons que celles que nous venons d'indiquer.<sup>194</sup>

La seconde remarque est plus gênante en ce qu'elle souligne le caractère singulier de cette solidarité dont on voudrait faire croire qu'elle fonde l'article 738-2. La réserve bénéficiait à tous les ascendants sans exiger d'eux un état de besoin. Elle assurait donc un rôle d'assistance familiale et de solidarité qui n'était qu'éventuel. Bien souvent elle ne répondait pas à un état de besoin mais l'on pouvait compter sur elle pour pallier cet état de besoin, le cas échéant. En revanche, le nouveau droit de retour ne bénéficie qu'aux parents qui ont disposé leur vie durant de biens au profit de leur enfant décédé sans postérité. Théoriquement, il ne peut donc être fondé sur une idée de solidarité qui impose non seulement la réciprocité mais aussi le désintéressement.<sup>195</sup> On n'est pas solidaire à condition d'avoir reçu avant de donner ! Une chose est d'assurer, si besoin, la vieillesse de ses parents en leur réservant légalement une part de sa succession en cas de décès sans postérité, une autre chose est de permettre à ses parents de retrouver au moment de la succession de leur enfant tout ou partie des biens qu'ils lui ont donnés.

Concrètement, faute de réserve et faute d'obligation alimentaire, les « pauvres parents », si l'on peut dire, sont les parents pauvres de cette réforme. Sans mauvais jeu de mots, ils n'ont aucun moyen de se défendre face à un fils ingrat qui les aurait exhérédés. En outre, au plan strictement alimentaire, en présence d'un conjoint et à défaut de descendant il n'y a plus d'obligation alimentaire à l'égard des parents du défunt. De même, sans conjoint et en l'absence de frère et sœur, la succession du défunt est la dernière ressource de la solidarité familiale. Par ailleurs, comme il a déjà été dit, le droit de créance alimentaire contre la succession n'est reconnu qu'aux ascendants ordinaires dans certaines conditions et non aux père et mère.

Enfin, au plan pratique, nombre de dispositions entre vifs d'ascendants à descendants sont réalisées à des fins fiscales de transmission à moindre coût. Le modèle en est la donation en nue-propiété. Or dans ce cas, prévoir légalement un droit de retour n'a pas de sens si sa justification est la solidarité familiale. Le fait que le donateur reste usufruitier sa vie durant, qu'il retire les fruits et jouisse de l'usage du bien donné, rend moins prégnant le besoin de solidarité.

---

<sup>194</sup> Sur la distinction entre réserve et obligation alimentaire, V. Ripert et Boulanger, *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*, t. IV, 1959, n° 1859, p. 598.

**114.-** Par élimination, on touche alors à ce qui semble fonder ce nouveau droit de retour légal, la lutte contre l'ingratitude. Alors que traditionnellement le droit de retour légal avait pour but d'assurer, moyennant une dérogation à la dévolution légale, la conservation des biens dans la famille d'où ils venaient, ce droit semble aujourd'hui avoir pour fonction d'assurer la reconnaissance de l'enfant ingrat qui serait tenté d'exhérer ses parents alors que ceux-ci l'ont gratifié de son vivant. Or la reconnaissance, contrairement à la solidarité et à l'assistance, n'est pas désintéressée. On est reconnaissant de quelque chose. Il y a eu un préalable qui doit susciter la reconnaissance. On le voit donc, ce texte est atypique dans son fondement en tant que droit de retour légal. En outre, il paraît scabreux de vouloir le fonder sur une quelconque idée de solidarité familiale en ce qu'il serait le remplaçant de la réserve.

De ce point de vue, la contrepartie à la réserve qu'il représente ne semble pas être la bonne ou en tous les cas la mieux fondée. Il faut trouver ailleurs un fondement plus sûr. Ce fondement est à rechercher dans la première justification du retour légal et de la réserve dont on a dit qu'elle avait perdu quasiment tout intérêt : la conservation des biens dans la famille.

## **§ 2. Le retour légal moyen de conservation des richesses ?**

**115.-** La perte de valeur du fondement de la conservation des biens dans la famille que ce soit dans le cadre de la réserve ou dans le cadre du droit de retour légal a été constatée.<sup>196</sup> Faut-il s'en alarmer pour autant ? Cela n'est pas certain. Au fond, cela révèle l'adaptation du droit à la société. La conservation des biens dans la famille venait du Code Napoléon dont deux des principaux piliers étaient la famille, légitime de préférence, et la propriété. Pour être complet il faudrait ajouter l'égalité

---

<sup>195</sup> A propos des obligations alimentaires, symbole de la solidarité familiale, l'article 207 du Code civil dispose d'ailleurs que « les obligations résultant de ces dispositions son réciproques ».

<sup>196</sup> Ici, la remarque sur le fondement vaut pour les deux cas nouveaux de retour. Les raisons de cette perte de valeur sont liées d'une part à l'évolution de la composition des patrimoines et d'autre part aux inconvénients économiques de l'exigibilité en nature des droits successoraux. Sur la critique économique de la réserve en nature, V. M. Grimaldi, *ibidem*, n°287 et s ; sur la critique du partage en nature V. P. Catala, art. visé à la note suivante.

comme dernier pilier fondamental. Ces piliers imposaient l'égalité des partages successoraux en nature, le droit à la réserve en nature, ou encore l'exercice du droit de retour légal uniquement sur des biens se retrouvant en nature dans la succession.

**116.-** Or, le droit en général et le droit des successions en particulier ne reposent pas que sur des fondements théoriques, ils reposent aussi sur « *des données socio-économiques voire politiques* ». <sup>197</sup> Si le système du Code civil de 1804 a perduré pendant tout le XIX<sup>ème</sup> siècle et durant le début du XX<sup>ème</sup> siècle, il est arrivé un moment où les inconvénients de ces droits en nature ont conduit à inverser les principes. La première réforme importante fut celle du partage, dès 1938. Relativement aux opérations préalables au partage, le décret-loi du 17 juin 1938, généralisa le rapport en valeur des libéralités. C'est également à partir de 1938 que l'égalité du partage fut, par principe, une égalité en valeur. Enfin, cette législation créa le mécanisme de l'attribution préférentielle qui permet à un héritier de bénéficiaire, dans les conditions prévues par la loi, d'un avantage exceptionnel en vertu duquel il sera alloué dans le partage de la pleine propriété d'un bien qui peut absorber la totalité de la masse à partager à charge d'en indemniser ses copartageants. Ainsi, le cohéritier devra-t-il se contenter d'une somme d'argent égale à ses droits dans la masse. Deux objectifs essentiels ont initié cette réforme : lutter contre le morcellement dévastateur de l'égalité en nature et assurer la sécurité juridique des tiers. Selon le Professeur Catala, cette évolution place l'égalité successorale « *sous le signe de l'équivalence et non plus sous le signe un peu élémentaire de la similitude des lots* ». S'il en est ainsi, selon le même auteur, c'est que « *le droit de l'héritier se détache de la matière successorale, il glisse de la réalité vers la personnalité, mais son contenu économique demeure intact, en théorie tout au moins* ». <sup>198</sup> Ce même mouvement se constate à propos du droit à la réserve exigible initialement en nature et aujourd'hui, en valeur par principe.

Dans la mesure où la réserve héréditaire et même le droit de l'héritier qui, initialement, étaient organisés autour de la conservation des biens dans les familles, ont perdu cette fonction principale, sans-doute, ne faut-il pas trop s'étonner de ce que le droit de retour légal, droit successoral par nature, ait suivi le même mouvement.

---

<sup>197</sup> P. Catala disait cela de l'ordre successoral dans un article intitulé « Prospective et perspectives en droit successoral », publié au JCP N, n° 26, 29 juin 2007, 1206 alors qu'il faisait la genèse du droit des successions.

<sup>198</sup> V. P. Catala, « L'article 866 du Code civil et l'attribution de la réserve », RTD civ., 1960, p. 391 et s.

**117.-** Pour autant, ce « *glissement de la réalité à la personnalité* » maintient au droit de retour en l'occurrence une fonction de conservation. S'il ne s'agit plus de conserver les biens eux-mêmes, il est tout de même question de conservation de valeurs économiques, de richesses. Son « *contenu économique* », disait Catala, demeure intact. A mieux y regarder, il est vrai que les nouveaux cas de retour ne portent en principe que sur des quotes-parts. Ainsi, faute de plusieurs biens objet du retour, les textes auront souvent pour effet de n'assurer la conservation que d'une partie du bien initialement donné et donc d'une partie seulement de sa valeur. Certes, mais ce droit conduira donc toujours à la conservation d'au moins une partie de la richesse familiale.

Au soutien de ce fondement et au rebours de la constatation faite au début de ce développement au sujet de la perte d'intérêt de la conservation des biens dans la famille, deux observations peuvent être faites :

La première pour souligner l'importance considérable en pratique du droit de retour conventionnel qui, lui, permet de façon certaine de conserver un bien dans la famille en assurant au donateur qu'il en retrouvera la propriété à la suite du prédécès du donataire.

La seconde pour relever qu'en 2006, la loi a donné de l'ampleur à l'ancienne technique des substitutions en autorisant notamment largement les libéralités graduelles. Or, ce type de libéralité est un moyen d'assurer directement la conservation des biens eux-mêmes dans la famille étant donné que le premier gratifié a l'obligation de conserver et de transmettre le bien dont il a été disposé en sa faveur.

**118.-** Pour en revenir plus directement à notre sujet, si l'on parle de « conservation » de la richesse dans la famille, c'est qu'il doit exister une menace de perdre cette richesse. Dans le cadre de l'article 757-3, le risque de perdre la totalité de la richesse familiale est patent. Le droit de retour confère des droits successoraux aux collatéraux privilégiés qui, à défaut, n'auraient aucun droit ab intestat face au conjoint. Voilà une résurrection de la « famille lignage » dont le conjoint est exclu.

A priori, dans l'hypothèse de l'article 738-2, les père et mère sont les derniers successibles représentants de la famille en présence d'un conjoint. Notons qu'en l'absence de conjoint et en présence de collatéraux privilégiés, l'affirmation n'est plus vraie : les ascendants privilégiés ne sont plus les seuls représentants de la famille

dans laquelle il faut conserver la richesse. Dans ce dernier cas précis ce fondement n'est alors pas pleinement satisfaisant. Et même lorsqu'ils sont les derniers représentants de la famille, en présence d'un conjoint, le risque de fuite de la richesse est moins évident, en théorie, que dans le cadre de 757-3 étant donné que les parents conservent leurs droits ab intestat. Si l'on s'en tient donc à la dévolution légale, le fondement est d'une portée limitée en ce qui concerne l'article 738-2.

Au-delà, lorsque l'on sait l'implication des grands-parents dans les transmissions de richesses au profit des générations inférieures, implication qui ne peut que s'accroître à l'avenir, il peut paraître curieux que le droit de retour des père et mère, fondé sur la conservation de la richesse dans la famille, ne leur ait pas été offert.<sup>199</sup> En présence comme en l'absence d'un conjoint survivant, cela n'aurait été ni plus ni moins utile que pour les parents.<sup>200</sup>

Enfin, s'agissant de l'article 738-2 uniquement, une question ne manque pas de se poser : pourquoi avoir supprimé la réserve des ascendants pour y substituer un droit ayant un fondement identique ?<sup>201</sup> Il serait vain de vouloir trouver la réponse à cette question dans les travaux parlementaires qui ont imposé sans justification ce droit de retour pour compenser la suppression de la réserve des ascendants.

**119.-** De cette étude des fondements du retour légal trois enseignements peuvent être tirés en guise de conclusion sur ce point :

D'abord, les deux textes, sont clairement des contreparties à la perte d'un droit successoral ; droit ab intestat des frères et sœurs en concours avec le conjoint et droit à la réserve des ascendants.

Ensuite, l'article 738-2, contrepartie de l'abrogation de la réserve des ascendants, ne peut se fonder sur la nécessité d'assurer une solidarité familiale. Tout au plus, assure-t-il aux parents la reconnaissance de leur enfant décédé au profit de qui ils avaient disposé à titre gratuit.

Enfin, à défaut d'assurer de façon certaine la conservation des biens dans la famille, les deux textes peuvent se fonder sur l'idée de conservation d'une certaine

---

<sup>199</sup> La question sera abordée infra, Cf. p. 127 et s.

<sup>200</sup> Il faut indiquer qu'en présence d'un conjoint survivant, les grands-parents bénéficient sous conditions d'un droit à créance alimentaire en vertu de l'article 758 du Code civil. Ce droit est étranger à toute idée de conservation de richesse, il est lié à l'état de besoin du demandeur.

<sup>201</sup> Seul le fondement de la conservation de la richesse est commun à la réserve et au retour légal de l'article 738-2 ; l'idée selon laquelle la réserve assure une certaine solidarité familiale ne se retrouve pas dans ce cas de retour, nous l'avons vu.

richesse familiale. Il est à noter cependant que l'article 757-3 est davantage imprégné de cette idée : en effet nous avons souligné qu'il était, au moins de façon sous-jacente, inspiré par la volonté d'assurer la conservation des biens eux-mêmes dans la famille.

A l'instant nous nous sommes demandés pourquoi avoir créé un nouveau cas de retour légal. Cette vaine question a le mérite d'en appeler une autre, beaucoup plus importante en pratique : identité de fondement signifie-t-elle identité de nature juridique ? En clair, la conservation de la richesse dans la famille justifie-t-elle que le droit de retour de l'article 738-2 soit d'ordre public comme l'était l'ancienne réserve des ascendants ? Qu'en est-il également à ce sujet du droit de retour de l'article 757-3 ? La réponse à ces questions nécessite des développements plus importants qui n'ont pas leur place à ce stade. Cela explique que, volontairement, la question de savoir si le droit de retour assure la conservation de la richesse familiale même face à la volonté contraire du défunt n'ait pas été abordée à ce niveau.<sup>202</sup> Avant de répondre à la question de savoir si ce sont des droits d'ordre public auxquels on ne peut déroger, il convient de se demander pourquoi vouloir y déroger ? L'étude des difficultés de mise en œuvre des nouveaux textes sera sans doute utile afin de répondre à cette dernière question.

---

<sup>202</sup> La même question se pose à propos du fondement selon lequel le droit de retour légal de l'article 738-2 assurerait la reconnaissance des enfants donataires : est-elle aussi assurée en présence d'un legs universel adressé à un tiers ? Sur ces interrogations, voir la deuxième partie.

## **DEUXIEME SOUS-PARTIE : LES DIFFICULTES DE MISE EN ŒUVRE DU RETOUR LEGAL**

**120.-** L'étude des difficultés de mise en œuvre du retour légal sera centrée sur les deux nouveaux cas de retour des articles 757-3 et 738-2 du Code civil. Le propos sera organisé en traitant dans un premier temps des difficultés afférentes aux conditions de mise en œuvre du retour légal (Titre I) puis, dans un second temps, des difficultés relatives aux effets du retour légal (Titre II). Dans les deux cas, avant de s'attacher aux difficultés, c'est-à-dire aux particularités des nouveaux cas de retour, il sera nécessaire, à titre liminaire, de rappeler les conditions et les effets classiques du retour légal. Ce n'est que de cette manière que les difficultés apparaîtront. Enfin, il convient de garder à l'esprit le but de cette étude : trouver les raisons qui peuvent justifier le besoin de déroger au retour légal.

## **Titre I. Les difficultés relatives aux conditions de mise en œuvre du retour légal**

121.- Il sera opportun de rappeler les conditions classiques du retour légal qui se retrouvent pour une bonne part dans les nouveaux cas de retour. Ces conditions classiques s'opposent aux conditions nouvelles engendrées par la législation récente. Plus exactement, la législation récente n'a engendré qu'assez peu de conditions nouvelles. Elle a surtout fait apparaître des questions nouvelles relativement à des conditions traditionnelles. D'ailleurs les principales questions sont dues à la montée en puissance du conjoint survivant dans le droit successoral.

Pour traiter ces questions de façon ordonnée seront abordées, premièrement, les difficultés concernant les conditions relatives aux personnes (Chapitre 1) puis, secondement, seront traitées les difficultés concernant les conditions relatives aux biens objet du retour légal (Chapitre 2).

### **Chapitre 1. Difficultés concernant les conditions relatives aux personnes**

Un bref rappel des conditions traditionnelles du retour légal quant aux personnes (Section 1) précédera l'étude plus détaillée des difficultés issues des nouveaux cas de retour légal relativement au bénéficiaire du droit (Section 2). Enfin, il faudra s'attarder quelque peu sur les difficultés soulevées en présence d'un conjoint survivant (Section 3).

#### ***Section 1. Bref rappel des conditions traditionnelles du retour légal quant aux personnes***

Parmi les conditions tenant aux personnes, il faut distinguer celles tenant à la personne du défunt (§1) de celles qui tiennent à la personne du bénéficiaire (§2).

### **§ 1. Conditions tenant à la personne du défunt**

**122.-** Tout d'abord le retour légal suppose pour sa mise en œuvre que le défunt décède sans postérité. Tout descendant y fait donc obstacle sauf s'il ne vient pas à la succession soit parce qu'il y renonce soit parce qu'il se trouve frappé d'indignité. Cette règle a d'ailleurs été rappelée très récemment par la Cour de cassation dans un attendu de principe limpide : *« Attendu que l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais été héritier ; qu'il en résulte qu'un descendant renonçant ne peut faire obstacle au droit de retour qu'il soit légal ou convenu au cas de prédécès du donataire. »*<sup>203</sup>

Il faut ajouter que l'absence de postérité s'apprécie au décès du de cujus. Peu importe donc que le descendant du défunt décède à son tour sans postérité en laissant pour lui succéder le bénéficiaire du droit de retour. Le droit est définitivement perdu dans ce cas au décès du fils.

Notons dès maintenant que ce n'est pas à propos de cette condition que les difficultés se présentent en droit positif. Cette condition est acquise. Il n'en sera plus question. La raison en est simple et explique que l'on retrouve cette condition dans chaque cas de retour légal : ce n'est qu'à défaut d'enfant, héritiers les plus proches en ordre comme en degré, que la dévolution tient compte de l'origine des biens.

### **§ 2. Conditions tenant à la personne du bénéficiaire**

**123.-** Le bénéficiaire doit être apte à hériter. C'est la conséquence la plus directe de ce que le droit de retour légal est en principe un droit de nature successorale. Deux conditions en découlent.

Première condition, le bénéficiaire doit survivre au de cujus. Ceci étant, il n'est pas le même pour tous les cas de retour. Il peut être tantôt le disposant seul, ce qui était le cas de l'ancien droit de retour de l'ascendant donateur, tantôt le disposant

---

<sup>203</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 23 mai 2012, numéro de pourvoi : 11-14104.

ou à défaut les autres descendants du disposant. Tel est le cas de l'article 368-1 qui institue comme bénéficiaire les père et mère adoptifs ou par le sang de l'enfant adopté simple selon l'auteur de la libéralité ou, en leur absence, les descendants de ceux-ci, notamment les frères et sœurs du défunt.

Deuxième condition, il ne doit pas renoncer à la succession anormale et il ne doit pas être indigne.

Au bénéfice de ce rappel, il convient à présent d'étudier les difficultés de mise en œuvre des articles 757-3 et 738-2 du Code civil en ce qui concerne les conditions du retour légal relatives aux personnes. Certaines difficultés concernent le bénéficiaire du retour légal. D'autres sont imputables à un acteur désormais incontournable du droit des successions : le conjoint survivant.

## **Section 2. Difficultés relatives au bénéficiaire du retour**

**124.-** L'article 738-2 ne pose pas de problèmes particuliers en ce qui concerne les bénéficiaires du droit qu'il instaure. Ce sont les père et mère du défunt décédé sans postérité. Cette condition est claire et indiscutable. Elle soulève simplement des interrogations qu'il faudra exprimer dans un premier temps, interrogations relatives aux limites du domaine d'application quant aux bénéficiaires (§1).

En revanche, l'article 757-3, en ce qu'il réserve le droit de retour aux collatéraux privilégiés « *descendants du ou des parents prédécédés à l'origine de la transmission* », peut être à l'origine sinon de difficultés, du moins de tensions au sein de la famille. La question de la discrimination entre collatéraux privilégiés sera donc abordée dans un second temps (§2).

Ensuite, il faudra rappeler que les nouveaux cas de retour ont en commun d'avoir fait poindre une difficulté : celle du concours de droits de retour qui pose la question des interférences entre les droits de retour. Elle sera abordée dans un troisième temps (§3).

### **§ 1. Interrogations relatives à l'article 738-2 : les limites du domaine d'application quant aux bénéficiaires**

**125.-** Les limites assignées clairement par la loi au domaine d'application du retour légal quant à ses bénéficiaires doit nous conduire à trois interrogations. De lege lata, la première interrogation est celle de la prise en compte des ascendants privilégiés sans distinction (A). De lege ferenda, la deuxième interrogation est celle de la prise en compte des ascendants ordinaires et elle peut s'entendre de différentes façons (B). Enfin, de lege ferenda toujours, la troisième question est celle de la prise en compte des collatéraux privilégiés (C).

*A. La question de la prise en compte des ascendants privilégiés sans distinction*

La question de savoir si l'article 738-2 bénéficie également aux parents adoptifs appelle une réponse théorique affirmative (1) mais elle implique également une autre question : celle de la mise en œuvre de ce texte dans la succession de l'adopté simple (2).

*1. Une réponse théorique affirmative*

**126.-** Il est évident que l'article 738-2 s'applique aux ascendants privilégiés mais prétend-il s'appliquer à tous, qu'ils soient biologiques ou adoptifs ? Si la question se pose c'est évidemment que la loi ne distingue pas, ce qui encouragerait à ne pas distinguer. C'est ce que soutient la doctrine favorable à cette interprétation. Par ailleurs, il est rappelé que l'article 738-2 est avant tout une contrepartie de la réserve des ascendants. Or, avant 2006, les adoptants comme les parents biologiques étaient réservataires. On ne voit donc pas pour quelle raison ils ne bénéficieraient pas de la contrepartie que constitue l'article 738-2.

**127.-** Il est possible d'opposer à cela qu'il existe un texte spécial à la succession de l'adopté simple, l'article 368-1, qui prévoit un droit de retour spécial au profit des parents adoptifs ou par le sang et même au profit de leurs descendants à défaut. Il en résulte qu'un concours de droits de retour entre l'article 738-2 et l'article 368-1 est possible. Le concours est certain pour ce qui concerne les parents par le sang mais il dépend de l'interprétation donnée à la généralité de l'article 738-2 pour

ce qui concerne les parents adoptifs. La question de ce concours sera abordée plus loin.

**128.-** Il convient de remarquer dès à présent que l'article 368-1, texte spécial, n'entend plus s'appliquer en présence d'un conjoint survivant depuis 2006. Dans ce cas précis où le défunt laisse un conjoint survivant, il faut alors sans ambages se demander si l'article 738-2 peut s'appliquer à la succession de l'adopté simple.<sup>204</sup> Répondre par la négative pourrait se comprendre si par souci de cohérence on refusait d'appliquer un droit de retour légal dans une situation envisagée par un texte spécial qui, lui, a supprimé le droit de retour qu'il prévoyait.<sup>205</sup> Mais ce serait assez scandaleux dans la mesure où les parents biologiques d'un enfant adopté simple décédé ab intestat, sans enfant et en laissant son conjoint pourraient exercer le droit de retour du quart de l'article 738-2 alors que les parents adoptifs ne le pourraient pas et seraient privés, par la présence du conjoint, du droit de retour de l'article 368-1. Pourquoi la conservation de la richesse familiale serait-elle plus nécessaire dans la famille par le sang que dans la famille adoptive ? En outre, il faut se souvenir que la suppression du droit de retour de l'article 368-1 en présence d'un conjoint n'est imputable qu'à la nécessité de trouver une solution au concours entre l'article 757-3 et l'article 368-1 dont il sera question plus loin. Or, les père et mère étaient étrangers à ce concours et ont subi les effets de la correction législative. Par conséquent, il est compréhensible qu'il soit permis à ces père et mère adoptifs en présence d'un conjoint, de se prévaloir de l'article 738-2 du Code civil.

**129.-** Ajoutons que si les enfants adoptés ont dans la succession de leurs parents adoptifs les mêmes droits que des enfants biologiques dans la succession de leurs parents en vertu de l'article 368 alinéa 1, la réciproque devrait être vraie. C'est en basant cet argument sur un arrêt du 7 juin 2006 de la Première Chambre Civile de la Cour de cassation, refusant le bénéfice de l'action en retranchement à un enfant adopté simple contre son adoptant, que les notaires en arrivent à la conclusion qu'il n'y aurait donc pas de raison de priver le parent adoptif de ce droit.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Nous constaterons plus loin qu'en réalité c'est même le seul cas où la question se pose puisque le concours entre 368-1 et 738-2, qui n'est envisageable qu'en l'absence de conjoint survivant, doit se résoudre au profit de l'article 368-1.

<sup>205</sup> Cf. Congrès des Notaires de France, Bordeaux, 2010, n° 4229, p. 1021.

<sup>206</sup> Cf. Congrès des Notaires de France, Bordeaux, 2010, n° 4229, p. 1020.

En admettant ce raisonnement, la question de la mise en œuvre de l'article 738-2 à la succession de l'adopté simple se pose. Comment la résoudre ?

*2. La mise en œuvre de l'article 738-2 dans la succession de l'adopté simple*

**130.-** Madame Levillain propose de déterminer d'abord les droits du conjoint survivant et des ascendants en application de l'article 757-1, avant de diviser la part revenant aux ascendants en deux. Elle précise en outre qu'il semble logique que les adoptants bénéficient comme les parents biologiques, du droit de retour de l'article 738-2, en présence d'un conjoint. Pour justifier son interprétation, l'auteur indique d'une part que la division entre les familles adoptive et par le sang s'impose pour tenir compte des deux familles de l'adopté simple. D'autre part, elle précise que la suppression de la formule « *sans préjudice des droits du conjoint survivant sur l'ensemble de la succession* » à la fin de l'alinéa 2 de l'article 368-1 n'impose plus qu'il faille d'abord diviser la succession avant d'appliquer, dans chaque branche, les droits du conjoint. L'auteur rappelle que sa proposition n'est qu'une interprétation. Il est donc permis d'en proposer une autre qui, bien souvent, aboutira au même résultat comptable et qui paraît tout aussi défendable.

**131.-** Dans un premier temps la proposition part du même constat : la coexistence des deux familles de l'adopté simple oblige à diviser la succession, même en présence d'un conjoint. L'idée serait de soutenir qu'en dépit de la modification apportée en 2006 à l'article 368-1 alinéa 2, celui-ci s'applique toujours à la succession ordinaire de l'adopté simple. En effet, nous verrons que ce qui posait problème dès 2002 dans le concours entre 757-3 et 368-1, c'était le droit de retour, autrement dit l'alinéa 1. Voyant les deux alinéas comme un ensemble indissociable, le législateur a supprimé dans tout l'article la référence au conjoint. Cette suppression pouvait se comprendre tant il était vrai que les deux alinéas se combinaient parfaitement. Le lien était fait notamment par l'utilisation du terme « *le surplus des biens de l'adopté* » au début de l'alinéa 2. Mais aujourd'hui, pour le problème qui nous occupe et de façon cohérente, il conviendrait de reconnaître l'autonomie de l'alinéa 2 qui présente une vraie utilité même en l'absence du droit de retour de l'alinéa 1.

Il suffirait de commencer l'alinéa 2 par les termes « la succession ordinaire de l'adopté ». <sup>207</sup> Certes, le résultat sera bien souvent identique à celui auquel Madame Levillain aboutit. Cependant, dans son raisonnement, une fois que l'on a déterminé les droits des parties en application de l'article 757-1, aucune disposition ne vient imposer la division par deux des droits des ascendants.

**132.-** Dans un deuxième temps, une fois la succession fendue en deux, il conviendrait d'appliquer, comme avant, les droits du conjoint dans chaque branche et les droits des parents sur lesquels viendra s'imputer le montant de leur droit de retour légal. C'est à cette solution qu'arrive d'ailleurs Madame Levillain en l'absence de conjoint survivant mais quand elle applique l'article 738-2 subsidiairement à l'article 368-1 lorsque les biens ne se retrouvent pas en nature dans la succession. L'auteur remarque alors l'analogie qui en résulte par rapport aux règles qui régissaient la réserve des ascendants, laquelle était déterminée distributivement dans chaque branche.

Au final, la prise en compte des ascendants adoptifs comme bénéficiaires du droit de retour légal de l'article 738-2 semble s'imposer en l'état actuel des textes. Passons à la deuxième interrogation relative aux ascendants ordinaires.

#### *B. la question de la prise en compte des ascendants ordinaires*

Les ascendants ordinaires auraient pu être pris en compte dans le texte de deux manières différentes : soit en leur permettant d'exercer un droit de retour sur les biens qu'eux-mêmes avaient donnés à leur descendant décédé sans postérité ce qui revenait à restaurer l'ancien droit de retour de l'ascendant donateur (1) celui de l'article 747 ancien ; soit en leur permettant d'exercer un droit de retour sur les biens donnés par les ascendants privilégiés si ceux-ci sont prédécédés, c'est l'hypothèse de la simple adjonction des ascendants ordinaires au dispositif existant (2).

---

<sup>207</sup> Au besoin, il conviendrait même de distinguer le droit de retour et la succession ordinaire en deux articles. Ou alors, pour éviter toute modification textuelle, il faudrait considérer que le terme « surplus » n'a pas de sens lorsque l'alinéa 1 ne s'applique pas : puisqu'il n'y a pas eu exercice d'un droit de retour au préalable, il n'y a pas de surplus. C'est toute la succession qui fait l'objet de la fente de l'alinéa 2. Sur la question de la divisibilité des deux alinéas de l'article 368-1, Cf. V. David Balestrieri, Defrénois 2007, art. 38630.

*1. L'hypothèse de la restauration du droit de retour de l'ascendant donateur*

**133.-** Cette proposition serait assez cohérente au regard du fondement du texte qui semble être le plus plausible : la conservation d'une certaine richesse familiale. A priori, on ne voit pas pourquoi, surtout au regard de leur implication dans les transmissions intergénérationnelles, les ascendants ordinaires donateurs seraient privés de cette possibilité qui leur était ouverte dans le cadre de l'article 747 ancien.

**134.-** Pour apprécier l'intérêt de la proposition, il convient de rechercher quels sont les risques, en présence des grands-parents, que les biens donnés par eux échappent à la famille. Premièrement, s'ils sont les seuls héritiers, ils recueillent toute la succession ab intestat, le risque est donc nul. Deuxièmement, en présence d'une disposition universelle à cause de mort, en principe le risque existe, mais comme il existait autrefois lorsqu'il était admis clairement que le droit de retour légal n'était pas d'ordre public. A ceci près qu'autrefois, ils étaient réservataires. A ce propos, il est certain que la réserve des ascendants ordinaires était plus contestable que celle des père et mère, donc le besoin de la remplacer par un droit d'ordre public ne paraît pas sérieux. Troisièmement, en présence des père et mère, ou de l'un d'eux, le risque de sortie des biens en dehors de la famille est réduit. Si un bien transmis par le grand-père paternel échoit dans le partage à la mère, cela est moins grave qu'en 1804 dans la mesure où, de toute façon, la mère aurait pu aussi hériter ce bien du père s'il lui avait été attribué. En outre, la fente de l'article 738-1 assure au moins la conservation d'une partie de la richesse du défunt et si cette richesse était familiale on peut espérer que ce mécanisme qui a pour lui l'avantage de la simplicité permettra la conservation d'au moins une partie de cette richesse. Enfin, s'il s'agit de collatéraux privilégiés, le risque est, là aussi, quasi inexistant. Les frères et sœurs du défunt sont souvent les petits enfants de l'ascendant donateur. Il faut réserver le cas où les frères et sœurs sont issus de familles recomposées. Dans ce cas, en effet, on pourrait comprendre le souhait du donateur de récupérer les biens donnés pour en disposer au profit de ses seuls petits enfants. Mais le retour légal d'aujourd'hui n'est sans doute pas le meilleur moyen pour cela. On le voit, l'intérêt d'une telle résurrection est très limité. Il reste le cas de l'ascendant ordinaire en présence du conjoint. Le risque est alors grand puisque le conjoint exclut un tel ascendant de la succession ab intestat. Mais deux

arguments s'opposent à la volonté de recréer un droit de retour légal en ce cas. D'une part, les ascendants ordinaires peuvent bénéficier en cas de besoin d'une créance alimentaire contre la succession et d'autre part, il est peu probable que le souhait de conserver la richesse dans la famille tourne à leur avantage puisque lorsqu'ils étaient encore réservataires, de 2001 à 2006, les ascendants ordinaires passaient après le conjoint.

**135.-** Par ailleurs, d'autres arguments ne sont pas favorables à la proposition qui a été formulée. D'abord, la volonté affichée par la loi de lutter contre les successions remontantes s'y oppose avec évidence. Ensuite, si l'on se souvient que l'article 738-2 est une contrepartie de la réserve, il faut admettre que cette modification textuelle ne permettrait pas de compenser la perte de la réserve en matière de solidarité familiale. Le texte ainsi modifié encourrait le même reproche que l'actuel à savoir : n'accorder de droit qu'en conséquence d'une libéralité préalable. Enfin, adjoindre les ascendants ordinaires au texte, en l'état, poserait des questions techniques qu'il est inutile d'ajouter à celles qui se posent déjà. Notamment : comment justifier le montant du droit de retour plafonné à un quart par renvoi aux règles de dévolution qui s'appliquent en présence des parents ou de l'un d'eux et des collatéraux privilégiés dans la mesure où les ascendants ordinaires n'ont des droits ab intestat de ce montant que dans un cas particulier ? En effet, soit ils sont primés par des héritiers de rang préférable et n'ont aucun droit, soit ils sont les seuls à être en rang utile pour succéder et ils recueillent toute la succession. Le seul cas où ils peuvent être en concours est celui de la fente de l'article 738-1 et leurs droits sont alors d'un quart par tête s'ils sont deux et de la moitié si un seul survit. Cette règle relative au montant du retour, déjà sujette à interprétation, serait alors appliquée sans logique et de façon arbitraire. La seule explication restante serait alors de voir une similitude entre ce montant et le taux de leur ancienne réserve. La même explication vaut d'ailleurs pour les parents. Ceci-dit, nous avons eu l'occasion de souligner que la référence à la réserve était moins significative pour les grands-parents que pour les père et mère puisqu'en leurs temps, leurs droits réservataires étaient déjà critiqués.

Trop d'arguments militent contre cette solution. Elle est donc à exclure. Voyons alors la deuxième proposition.

*2. L'hypothèse de la simple adjonction des ascendants ordinaires au dispositif existant*

**136.-** Ce cas est différent du précédent dans la mesure où il s'agit juste de permettre aux ascendants ordinaires d'exercer un droit de retour dans les mêmes conditions que les père et mère c'est-à-dire uniquement sur les biens dont ces derniers ont pu disposer en faveur de leur enfant décédé sans postérité. Naturellement, ce droit ne s'appliquerait qu'à défaut d'ascendant privilégié. D'emblée il faut remarquer que tous les arguments opposés ci-dessus à la précédente solution sont valables ici encore à l'exception d'un seul. En effet, on ne peut faire le reproche à cette solution de constituer une contrepartie de la réserve qui ne serait pas fondée sur une idée de solidarité. Cela tient au fait que, dans ce cas, les grands-parents exerceraient leurs droits sur des biens reçus par le défunt de ses parents. Donc le droit de retour n'exigerait pas de son bénéficiaire une libéralité préalable. Cependant, il ne faut pas s'attarder plus longtemps sur cette hypothèse qui ne s'est jamais rencontrée dans un précédent cas de retour légal. Certes, parfois le bénéficiaire du retour n'est pas le donateur mais dans un tel cas il n'a jamais été un ascendant ordinaire, sans doute parce que cet exemple est l'archétype d'une succession remontante que l'on cherche à éviter absolument.

Examinons à présent la seconde question qui se pose relativement aux bénéficiaires de l'article 738-2.

*C. la question de la prise en compte des collatéraux privilégiés*

**137.-** Prendre en compte les collatéraux privilégiés dans le cadre de l'article 738-2 revient à se demander s'il n'aurait pas été souhaitable d'étendre le bénéfice du texte à ceux-ci en l'absence d'ascendant privilégié à l'image de l'article 368-1. Que faut-il penser de cette idée ?

Tout d'abord, il faut remarquer que les bénéficiaires actuellement désignés par le texte accèdent à la thèse selon laquelle l'article 738-2 n'est ni plus ni moins qu'une contrepartie de la réserve des ascendants. Les collatéraux privilégiés n'ayant jamais été réservataires, il ne paraît pas choquant qu'ils ne bénéficient pas du droit de retour instauré, en quelque sorte, en remplacement de la réserve. L'argument est vrai mais il n'est pas pleinement convainquant.

En effet, l'article 747 ancien du Code civil ne prévoyait pas une telle possibilité d'exercice subsidiaire du retour. Pourtant, il n'a jamais été soutenu qu'il ait eu un quelconque rapport avec la réserve héréditaire : il constituait un cas typique de retour légal ayant pour but d'assurer la conservation des biens dans la famille.<sup>208</sup>

**138.-** Une question supplémentaire doit donc être posée pour savoir si cette modification est nécessaire : l'hypothèse présente-t-elle un risque de dislocation du patrimoine familial ?

Premièrement, si le défunt décède ab intestat en ne laissant que des collatéraux privilégiés, le retour est inutile puisqu'ils recueillent toute la succession. Deuxièmement, si le défunt laisse pour lui succéder un conjoint survivant, la conservation des biens dans la famille est assurée par l'article 757-3. L'idée de conservation des biens étant imparfaite en ce cas, on préférera parler de conservation de richesse. Enfin, troisièmement, si un tiers a été institué légataire universel, le risque est évident mais il semble que la solution proposée ne soit pas appropriée. En effet, en principe, un droit de retour légal n'est pas d'ordre public et n'a pas vocation à contrarier la dévolution organisée par le défunt dans la limite de la quotité disponible. Par ailleurs, en admettant que l'article 738-2 ait un caractère d'ordre public, il serait pour le moins curieux que les frères et sœurs bénéficient par ce biais d'une possibilité de contrecarrer la liberté testamentaire du défunt, possibilité dont ils ont toujours été privés comme n'ayant jamais eu la qualité de réservataire.

Cette proposition ne doit donc pas retenir notre attention plus longtemps avant de nous consacrer à l'étude d'une difficulté propre à l'article 757-3 du Code civil.

## **§ 2. Difficulté propre à l'article 757-3 : la discrimination entre collatéraux privilégiés**

**139.-** La précision que le droit de retour de l'article 757-3 ne bénéficie qu'aux collatéraux privilégiés « *descendants du ou des parents prédécédés à l'origine de la transmission* » n'est pas d'emblée perçue comme une source de problème. En effet, il est important de se souvenir que cette précision est l'un des principaux arguments

---

<sup>208</sup> Encore que, dans l'hypothèse où le défunt ne laissait ni descendant ni ascendant mais des collatéraux privilégiés, le risque de sortie des biens hors de la famille était réduit. En effet, soit les frères et sœurs étaient tous issus du même lit et la dévolution légale assurait suffisamment la conservation des biens dans la famille, soit ils ne l'étaient pas et l'article 752 ancien assurait forfaitairement la conservation des biens dans la famille au moyen de la fente.

utilisés pour justifier que ce texte est, du moins de façon sous-jacente, fondé sur la conservation des biens dans la famille, comme l'est traditionnellement un droit de retour légal.<sup>209</sup>

La précision implique nécessairement que si le bien reçu par le de cujus lui a été transmis par ses deux parents au moyen d'une donation conjonctive, le frère issu du même lit que le défunt, dit frère germain, pourra prétendre au double de ce à quoi le frère n'ayant qu'un seul parent en commun avec lui, pourrait prétendre au titre du retour. Notons que la même différence de traitement peut être constatée entre le père et la mère dans l'exercice du retour conventionnel en cas de donation conjonctive.<sup>210</sup> Présenté ainsi, le système ressuscite la règle « *Paterna paternis, materna maternis* » et donc la volonté d'assurer la conservation des biens dans la famille d'où ils viennent. Cette règle, comme celle de la fente, a pour effet de « *briser l'égalité résultant de l'identité de degré à l'intérieur d'un même ordre* »<sup>211</sup>.

Comment justifier, à une époque où il n'existe plus aucune distinction entre les filiations, qu'un collatéral puisse avoir plus de droits successoraux qu'un autre dans la succession de son frère ? Le problème n'est même pas forcément celui de l'égalité des filiations puisque les collatéraux en question peuvent ne pas être du même lit mais être tous des enfants nés en mariage que l'on qualifiait jadis de légitimes.

**140.-** Psychologiquement, le souci d'assurer la conservation des biens dans la ligne est compréhensible surtout dans les familles recomposées. Que l'enfant issu du premier mariage de son père ne souhaite pas que les biens transmis à son frère défunt par sa mère, défunte par hypothèse, ne reviennent à un troisième frère issu du second mariage de son père, lui-même décédé par hypothèse est admissible. Ceci-dit, lorsque le climat familial n'est pas trop délétère, le risque est alors de générer des conflits du moins des tensions entre des collatéraux qui ne comprendront pas cette inégalité de traitement même si elle est fondée sur la volonté de conserver la richesse dans la famille. Pour trancher le débat il convient d'en revenir à l'origine du texte.

Si l'article 757-3 existe, c'est avant tout pour contrebalancer la promotion du conjoint survivant et pour éviter la fuite inévitable des biens de famille lorsque le défunt ne laisse outre son conjoint que des collatéraux privilégiés. Dans cette

---

<sup>209</sup> Cf. supra, p. 88 et s.

<sup>210</sup> Sur la jurisprudence en la matière, V. infra, p. 208 et s.

perspective, la famille du défunt fait bloc contre le conjoint survivant. Autrement dit, l'idée est autant de faire échapper ces biens à l'emprise du conjoint que d'assurer leur conservation dans la famille d'où ils viennent.<sup>212</sup> Il n'aurait donc pas été stupide de s'en tenir à une vision moins lignagère de la famille.

Enfin, l'inégalité de traitement se justifie d'autant moins que le droit de retour ne porte que sur une portion de bien, en l'occurrence la moitié. Si l'on voit alors dans ce droit de retour un simple droit ab intestat motivé par la volonté de contrecarrer la primauté du conjoint, la conservation des biens dans la famille n'étant qu'un prétexte pour asseoir ce droit, l'inégalité est peu défendable. On en vient à penser que cette précision n'est là que pour faire croire à un vrai droit de retour légal alors que les effets du texte peuvent instiller le doute sur sa nature de succession anormale.

A présent, il convient de se pencher sur la question des interférences entre droits de retour question qui, cette fois-ci, est commune aux deux nouveaux cas de retour.

### **§ 3. Difficulté commune à l'article 757-3 et 738-2 : le concours de droits de retour**

Pendant longtemps, l'article 368-1 du Code civil ne risquait pas de soulever beaucoup de question relative au concours de droits de retour, étant le seul cas subsistant depuis 1972.<sup>213</sup> Les choses ont changé depuis 2001 et 2006. Il faut envisager en premier lieu le concours résolu par la loi entre les articles 757-3 et 368-1 (A) avant d'aborder le concours restant à résoudre entre les articles 738-2 et 368-1 (B).

#### *A. Le concours résolu entre les articles 757-3 et 368-1*

---

<sup>211</sup> L'expression est reprise de Monsieur Grimaldi dans l'ouvrage précité, n° 122, p. 127, à propos de la fente de l'ancien article 752 du Code civil.

<sup>212</sup> Même si au départ, c'est bien l'idée de conservation des biens dans la famille qui a permis d'imposer cette contrepartie.

<sup>213</sup> La question du concours de droits de retour ne semble pas s'être posée, en jurisprudence du moins, sous l'empire des textes antérieurs à 1972. Cela tient sans doute au fait que l'on entendait cantonner le retour légal, dérogeant au principe de l'unité de la succession, en tant qu'institution spéciale et d'interprétation stricte. Ainsi, l'article 747 devait-il être réservé aux parents légitimes, l'article 766 visait-il le cas bien particulier des collatéraux légitimes de l'enfant naturel.

Dans un premier temps, il convient d'observer comment le concours a été résolu par la loi de 2006 (1) tout en discutant cette solution avant, dans un second temps, de se poser la question de la mise en œuvre de l'article 757-3 à la succession de l'adopté simple (2).

### *1. la résolution du concours*

**141.-** Le premier cas de concours est apparu avec la loi de 2001 dans le cas suivant : le défunt adopté simple, décédé sans postérité et ayant reçu de ses parents par le sang prédécédés un bien se retrouvant en nature dans sa succession, laissait à sa survivance un conjoint et un frère. Cette hypothèse posait la question de savoir lequel de l'article 368-1 ou de l'article 757-3 devait s'appliquer en l'occurrence. En effet, la situation entraînait dans le champ d'application des deux textes en raison de la présence d'un collatéral privilégié et d'un conjoint. Or, les droits de retour instaurés par ces deux textes produisent des effets différents. L'article 368-1 permet le retour de la totalité des biens donnés alors que l'article 757-3, c'est une originalité, ne s'exerce que sur une quote-part desdits biens. La difficulté résultait donc de ce que l'effet produit dépendait d'une seule condition relative au défunt : être adopté simple ou ne pas l'être. Cette solution n'était pas acceptable en ce que le conjoint était moins bien traité dans le cadre de l'article 368-1 comme n'ayant aucun droit sur les biens de famille.

**142.-** C'est alors qu'est intervenue la loi de 2006 dont il faut se féliciter qu'elle ait vu le problème et résolu le conflit. Cependant, il est possible de douter de la solution apportée par la loi.

Pour éviter le conflit entre les deux droits de retour, la loi de 2006 a supprimé le concours qui résultait des conditions d'application identiques. De sorte qu'après 2006, l'hypothèse du concours exposée ci-dessus ne pouvait plus se rencontrer. Ainsi, l'application du retour de l'article 368-1 a-t-elle été écartée lorsque l'adopté simple laisse à sa survivance, outre des collatéraux privilégiés, un conjoint survivant. En reprenant l'hypothèse de départ, les collatéraux n'auront désormais que la possibilité d'invoquer l'article 757-3.

A première vue, la logique et l'efficacité de la solution ne sont pas contestables. On ne pouvait supprimer l'article 368-1 qui, de tous les cas de retour,

restait le mieux fondé sur la conservation des biens dans la famille et on ne pouvait pas supprimer l'article 757-3 qui venait d'être instauré à juste titre pour assurer la conservation de la richesse familiale face au conjoint survivant. En outre, la solution résout le problème en assurant, une fois encore, la promotion du conjoint survivant, grand bénéficiaire de cette modification. Là où auparavant le conjoint de l'adopté simple n'exerçait ses droits ab intestat que dans la succession ordinaire<sup>214</sup>, à l'exclusion des biens de famille, il les exerce aujourd'hui sur tous les biens laissés par le défunt sans exception.

**143.-** Pourtant, à mieux y regarder, la solution paraît contestable et il aurait sans doute été possible de régler le problème autrement.

C'est au regard des fondements du retour légal que la contestation naît. Voilà un cas de retour qui avait traversé les vicissitudes législatives en raison de son fondement demeuré intact : la conservation des biens dans la famille. Il est vrai que lorsque deux familles distinctes ont, de par la loi, des vocations successorales identiques, la volonté d'assurer la conservation des biens dans la famille d'où ils viennent semble être une préoccupation légitime. Or, au bénéfice du conjoint survivant, ce cas de retour légitime voit disparaître une bonne part de son domaine d'application. Si l'on se focalise sur l'article 368-1, le conjoint survivant d'un enfant adopté simple suffit aujourd'hui à exclure toute conservation des biens eux-mêmes dans la famille d'origine et même lorsque le défunt laisse non plus un frère mais son père ou sa mère.<sup>215</sup> Cela n'est pas justifié : la présence du conjoint présente un risque de passage des biens d'une famille à une autre. D'où la question de savoir s'il n'aurait pas été préférable de trouver une autre solution à cette hypothèse de concours.

Il a été rappelé que le problème venait d'une identité de conditions qui engendrait des effets différents. Il a été observé que la loi avait choisi de supprimer le

---

<sup>214</sup> Et dans cette succession ordinaire, le conjoint ne souffrait pas de la fente puisqu'il exerçait ses droits dans chaque famille, par le sang et adoptive. Selon la doctrine majoritaire, tel était le sens de l'expression qui figurait à l'article 368-1 in fine selon laquelle le mécanisme s'appliquait « *sans préjudice des droits du conjoint sur l'ensemble de la succession* ». Cf. M. Grimaldi, *ibidem*, n° 127 et 192 ; Contr. Cf. F. Terré et Y. Lequette, n° 177 et J. Flour et H. Souleau n°93. Notons tout de même qu'à partir de 2001, les solutions étaient plus simples s'agissant du conjoint compte tenu de sa promotion : en présence d'un conjoint la refente n'avait plus lieu d'être. Tout au plus y avait-il un concours entre le conjoint et les ascendants privilégiés.

<sup>215</sup> Autrement dit, la généralité de l'exclusion rogne une partie du champ d'application de l'article 368-1 qui n'était pas nécessaire : aucun cumul n'existait entre ces deux textes en présence des seuls parents et à défaut de frères et sœurs. Notons cependant qu'il reste aux parents l'article 738-2 dont les effets sont différents.

concours en supprimant une condition et donc l'identité des conditions. Toutefois, une autre solution aurait pu s'imposer. Il se serait agi d'aligner les effets des deux textes de sorte que la question du concours aurait perdu tout enjeu et le droit de retour n'aurait pas vu son domaine d'application diminuer. Pour cela il aurait suffi de modifier l'article 757-3 afin que ce cas de retour ne porte plus sur une quote-part en pleine propriété des biens de famille.<sup>216</sup> D'une pierre deux coups, on aurait alors renforcé le fondement de l'article 757-3 tout en résolvant le problème du concours sans porter atteinte à l'utilité de l'article 368-1.

Par ailleurs, la solution du cumul trouvée en 2006, pose inévitablement la question de la mise en œuvre de l'article 757-3 en présence d'un défunt adopté simple laissant outre un conjoint survivant, des collatéraux dans ses deux familles.

## 2. La mise en œuvre de la solution

**144.-** Si la question de l'application de l'article 757-3 n'a jamais été mise en cause pour les collatéraux par le sang, il n'en a pas été de même pour les collatéraux de la famille adoptive. Madame Levillain affirme en effet qu'il ne lui semble pas qu'il faille faire jouer le droit de retour de l'article 757-3 au profit des frères et sœurs de l'adopté simple dans la famille adoptive au motif que ce texte serait d'interprétation stricte comme l'était l'ancien article 747 du Code civil. Ce caractère exceptionnel serait confirmé par les termes « *par dérogation* » par lesquels la disposition débute.<sup>217</sup>

**145.-** Cela n'est pas contestable mais faut-il en déduire que ce texte ne s'applique pas dans le cas qui a été évoqué ? Il y a des raisons de penser que la réponse à cette question doit être négative.

Premièrement, il ne semble pas que l'hypothèse visée mette en cause le caractère spécial du texte. Si l'article 757-3 s'applique par dérogation à l'article 757-2, c'est qu'il ne s'applique qu'à condition que le conjoint ait vocation à recueillir toute la succession en l'absence de descendant et d'ascendant. Il n'en est pas

---

<sup>216</sup> La solution la plus exacte sera exposée infra lorsqu'il sera question de savoir s'il faut supprimer ou améliorer les textes. Il s'agirait d'un droit de retour en nue-propriété. Toutefois, malgré cette modification, l'effet de l'article 757-3 ne serait pas identique à ce lui de l'article 368-1 et le concours ne serait pas exclu.

autrement dans notre cas. En effet, même si par souci de rigueur, on considère comme on l'a fait plus haut s'agissant de l'article 738-2<sup>218</sup>, que l'article 368-1 alinéa 2 s'applique en l'espèce puisqu'il s'agit de la succession d'un adopté simple, on doit aboutir à la conclusion que la succession fendue en deux doit revenir en entier au conjoint en application de l'article 757-2. Sauf que si des biens advenus au défunt par l'une ou l'autre de ses deux familles se retrouvent en nature dans la succession, qui demeure en principe uniquement dévolue au conjoint en dépit de la fente, les collatéraux en question, qu'ils soient adoptifs ou par le sang, peuvent exercer un droit de retour à concurrence de la moitié de ces biens. Notons que le détour par l'article 368-1 alinéa 2 peut apparaître comme inutile. En effet, si l'on considère que l'article 368-1 dans son entier ne doit pas s'appliquer en l'espèce, on sera conduit à mettre en œuvre l'article 757-2 directement, puis par dérogation, l'article 757-3. Notons également que dans ces cas là, où l'article 757-3 s'applique dans la succession de l'adopté simple, la précision selon laquelle le retour ne bénéficie qu'aux collatéraux issus du parent à l'origine de la transmission a une utilité qui n'est pas contestable.<sup>219</sup>

Secondement, il serait pour le moins curieux que les frères et sœurs biologiques du défunt puisse obtenir retour d'une partie de la richesse que leur frère prédécédé tenait de sa famille par le sang, alors que ses frères et sœurs adoptifs ne pourraient en faire autant sur les biens que le défunt aurait reçus de sa famille adoptive. Cette solution est insoutenable. Voilà pourquoi il semble préférable d'appliquer l'article 757-3 aux collatéraux par le sang comme adoptifs.

Après avoir discuté du cas de concours résolu par la loi, il convient d'analyser une autre hypothèse de concours apparue en 2006 qui demeure aujourd'hui sans solution légale.

### *B. Le concours à résoudre dans le cas de l'article 738-2*

**146.-** Tout concours dans une même succession entre le droit de retour de l'article 757-3 et celui de l'article 738-2 est exclu d'emblée puisque le dernier

---

<sup>217</sup> Cf. N. Levillain, « Nouvelles règles de dévolution de la succession de l'adopté, une réforme incomplète » JCPN 2007, 1223, n° 19 et 20.

<sup>218</sup> Cf. supra p. 125 et s.

<sup>219</sup> Contra. Cf. supra p.131 et s.

bénéficie aux père et mère alors que le premier est attribué aux frères et sœurs du défunt en cas de prédécès des parents.

En revanche, le concours entre le droit de l'article 738-2 et celui de l'article 368-1 est concevable dans l'hypothèse où un enfant adopté simple décède sans descendant, sans conjoint, mais en laissant, par exemple, l'adoptant et son père biologique qui lui avait donné une maison qui se retrouve en nature dans la succession. Le problème est le même que dans le cas précédent. L'identité de condition à l'origine du concours aboutit à des effets différents selon l'article appliqué : retour de l'entier bien en application de l'un, retour d'une quote-part en application de l'autre. L'hypothèse n'est pas un cas d'école. Il suffit de penser au cas assez fréquent de l'adoption simple de l'enfant issu de la première union de son conjoint.

**147.-** En l'absence de décision jurisprudentielle sur la question et faute de réponse législative, il convient de rechercher une solution. Il semble possible d'imposer dans ce cas l'application de l'article 368-1 de préférence à l'article 738-2 pour au moins trois raisons.

La première relève de l'opportunité. Il est plus opportun pour le père, dans notre exemple, d'invoquer l'article 368-1 parce que, ce faisant, il est certain d'obtenir le retour de l'entier bien en plus de ses droits ab intestat. Du moins, en est-il certain en l'absence de disposition à cause de mort.<sup>220</sup>

La deuxième raison est l'occasion de relever la nature spéciale de l'article 368-1. Si le droit de retour en lui-même est dérogoire au principe de l'unité de la succession, force est de constater le caractère doublement spécial du texte qui débute par ces mots : « *Dans la succession de l'adopté [...]* ». Par ailleurs, notons que le texte se situe dans le livre deuxième du Code, au titre relatif à la filiation adoptive et non dans le livre troisième sur les différentes manières dont on acquiert la propriété, sous le titre des successions. Cela permet de souligner que ce texte, bien que traitant de droit des successions, est surtout un effet de la filiation adoptive simple. Or, un texte spécial et dérogoire suppose que l'on ne l'étende pas au-delà de son champ d'application, mais impose qu'on l'applique à tous les cas qu'il vise. C'est notamment pour cette raison qu'il ne paraît pas envisageable de soutenir que l'article

738-2 s'applique même aux parents adoptifs.<sup>221</sup> Du moins, cette affirmation ne peut être posée sans nuance sans quoi elle contredirait la thèse qui a été défendue plus haut.<sup>222</sup> S'il est vrai que l'article 738-2 n'exclut pas par sa généralité les parents adoptifs, il ne doit pas s'appliquer à eux lorsque le droit de l'article 368-1 entend s'appliquer.<sup>223</sup>

Au surplus, ne pas appliquer l'article 368-1 dans notre cas reviendrait à vider ce texte de toute portée pratique à tel point que l'on se demanderait alors pourquoi il a été maintenu. En effet, la loi de 2006 l'a déjà privé d'effet lorsque le défunt laisse des collatéraux privilégiés et un conjoint. Si en plus, le texte ne s'appliquait pas à notre cas, il ne s'appliquerait guère plus que dans l'hypothèse où l'enfant adopté simple ne laisse que des frères et sœurs. Mais dans ce cas le droit de retour ne présente que peu d'intérêt.

Enfin, la troisième raison tient au fondement du retour légal de l'article 368-1. Ce fondement, on l'a dit, est incontestablement la conservation des biens eux-mêmes dans la famille. Or, admettre dans notre cas l'application de l'article 738-2, permettrait à une famille, adoptive ou par le sang, de prétendre potentiellement à des droits sur un bien qui ne lui a jamais appartenu. Non seulement, cela ne permettrait à la famille dont le bien provient de ne conserver qu'une part de richesse familiale, mais cela octroierait à l'autre famille, distincte, l'autre partie de la richesse de la première. Cela n'est pas inconcevable, mais cela retire toute raison d'être à l'article 368-1 qui devrait alors disparaître.

**148.-** Au risque de paraître nostalgique, il semble dommage de supprimer un tel cas solidement fondé à la différence des autres. Par ailleurs, nous avons eu l'occasion de souligner l'importance psychologique de la conservation des biens dans la famille.<sup>224</sup> Ainsi, une solution qui assure cette conservation en plus des droits

---

<sup>220</sup> Il sera question plus tard de savoir si le droit de retour de l'article 738-2 est d'ordre public. Si tel était le cas, il y aurait des situations dans lesquelles se prévaloir de l'article 738-2 serait plus avantageux.

<sup>221</sup> N. Levillain, « Les nouveaux droits successoraux des ascendants », JCPN n° 12 du 23 mars 2007, p.22 et s. n° 16 ; V. également congrès des notaires 2010, n° 4229 p. 1020. Avec plus de nuance, voir du même auteur : « Nouvelles règles de dévolution de la succession de l'adopté, une réforme incomplète » JCPN 2007, 1223, n° 24.

<sup>222</sup> Cf. p. 123 et s.

<sup>223</sup> En revanche, on pourrait trouver avantage à appliquer l'article 738-2 en présence d'un conjoint survivant ou lorsque le bien ne se retrouve pas en nature dans la succession mais dans ces cas, l'article 368-1 n'entend pas s'appliquer et l'article 738-2 ne produit pas le même effet que l'article 368-1 puisqu'il ne permet pas en principe le retour de l'entier bien.

successoraux ab intestat devrait être préférée à une solution qui n'assure que la conservation d'une partie seulement de la richesse familiale.

Après avoir étudié les difficultés d'application des nouveaux textes relativement aux bénéficiaires du retour, il convient, au titre des conditions relatives aux personnes, de s'attarder quelque peu sur l'impact du conjoint survivant en la matière.

### ***Section 3. Difficultés soulevées en présence du conjoint survivant***

**149.-** Traiter la question du conjoint survivant dans un chapitre consacré aux difficultés d'application du retour légal quant aux personnes revient à se demander si en présence du conjoint le droit de retour doit s'appliquer (§2).<sup>225</sup> La question ne se pose pas pour l'article 757-3 puis qu'il suppose la présence du conjoint. En revanche, elle peut se poser pour l'article 738-2. Mais, même dans le cas de l'article 757-3, une interrogation peut surgir lorsque le défunt a pris des dispositions à cause de mort : c'est celle de l'opposition entre la réserve du conjoint et le droit de retour (§1), question qui est parfaitement transposable à l'article 738-2. Elle sera étudiée dans un premier temps.

#### ***§ 1. Difficulté commune aux deux textes : l'opposition entre la réserve du conjoint et le droit de retour***

**150.-** C'est dans le cadre de l'article 757-3 que la difficulté fut mise en lumière par le Professeur Gilles Goubeaux.<sup>226</sup> Voyons, dans un premier temps comment cette difficulté a été soulevée par le Professeur Goubeaux (A) avant, dans un deuxième temps, de la contester dans le cadre de l'article 757-3 (B). Enfin, dans

---

<sup>224</sup> D'ailleurs, quand ce n'est pas le retour conventionnel qui assure la conservation des biens dans la famille, la loi, empêtrée dans ses compromis, tend à assurer la conservation de la richesse familiale du mieux qu'elle peut. L'attachement au patrimoine, pour peu qu'il y en ait, est donc réel dans les familles.

<sup>225</sup> Indépendamment de la question traitée plus loin des droits particuliers de subsistance que le conjoint peut avoir sur certains biens comme son logement.

<sup>226</sup> Defrénois 2002 du 15 avril 2002, art. n°37519, précité.

un troisième temps, il s'agira de constater la difficulté dans le cadre de l'article 738-2 (C).

#### A. La difficulté soulevée par le Professeur Goubeaux

**151.-** La question posée par cet auteur est celle de l'atteinte à la réserve du conjoint par le droit de retour légal. L'hypothèse est la suivante : le de cujus a disposé par libéralité des biens objet du retour au profit d'un tiers en dépassant la quotité disponible et en laissant pour lui succéder, outre son frère bénéficiaire du retour, son conjoint survivant, seul héritier réservataire. Pour grossir le trait dans un but pédagogique, le Professeur Goubeaux ajoute, d'une part que la succession était intégralement constituée de biens propres advenus au défunt par succession ou donations de ses parents durant son mariage et, d'autre part que le tiers en question a été institué légataire universel.

Naturellement, le légataire universel a vocation à recueillir la totalité de la succession sauf la part réservataire du conjoint d'un quart en pleine propriété. Cette part réservataire est, par hypothèse, constituée en totalité de biens provenant de la famille du défunt. L'auteur poursuit en exposant que la part réservataire, qui n'est autre que la succession diminuée de la quotité disponible, sera dévolue selon les règles de dévolution ab intestat au rang desquelles se trouve l'article 757-3. La crainte est alors que le droit de retour s'exerce sur la part de réserve du conjoint qui ne recevrait plus qu'un huitième de la succession là où sa réserve lui permettait d'en obtenir le quart.

**152.-** Avant de discuter cette proposition deux observations s'imposent. La première pour souligner, comme le fait le Professeur Goubeaux, que ce résultat n'a sans doute pas été souhaité par le législateur, principalement mû par la volonté d'assurer la promotion du conjoint survivant. La seconde observation permet d'insister sur le contexte du raisonnement de Monsieur Goubeaux. Le cas présenté ci-dessus, tend à démontrer que la vocation des frères et sœurs instaurée par l'article 757-3 est « *conçue comme un prélèvement opéré sur les droits du conjoint, opérant à l'instar d'un parasite qui tire sa substance de l'organisme sur lequel il s'incruste* ». Autrement dit, la démonstration vise à mettre en doute le caractère anomal du droit de

l'article 757-3.<sup>227</sup> C'est la raison pour laquelle, l'auteur indique en substance que la part de réserve est dévolue selon les règles de dévolution ab intestat au rang desquelles se trouve l'article 757-3. Cela permet de distinguer dans ce raisonnement la rigueur d'un syllogisme : la réserve est la part de succession dévolue obligatoirement ab intestat ; l'article 757-3 fait partie des règles de dévolution ab intestat ; donc l'article 757-3 s'applique à la dévolution des biens formant la réserve.

Alors, dans ce contexte, que faut-il penser de cette difficulté ? Il semble qu'elle pourrait être contestée dans le cadre de l'article 757-3 alors qu'elle devrait se constater dans le cadre de l'article 738-2.

*B. la contestation de la difficulté dans le cadre de l'article 757-3*<sup>228</sup>

**153.-** Il est clair que jusqu'à la loi du 23 juin 2006 le Code civil ne donnait pas de définition de la réserve héréditaire.<sup>229</sup> Il ne l'a présentait même que négativement par opposition à la quotité disponible. Cependant, il n'est pas douteux, pour reprendre les termes de l'arrêt Laviaille du 27 novembre 1863, que : « *la réserve n'est autre chose que la succession elle-même, diminuée de cette portion [celles que les père et mère peuvent donner] s'il en a été disposé.* Le Professeur Catala définit la réserve de la façon suivante : « *la réserve est constituée par l'hérédité toute entière amputée de la quotité disponible, elle est une portion de succession, complémentaire de cette quotité, dont la dévolution s'opère ab intestat parce que le de cuius n'a pu en disposer à titre gratuit.* » C'est ce que rappelle le Professeur Goubeaux au début de sa démonstration lorsqu'il précise que : « *le quart réservé (au conjoint) sera dévolu selon les règles de la dévolution ab intestat.* » Jusque là rien n'est contestable. Mais lorsque Monsieur Goubeaux conclut de ce que la réserve est dévolue ab intestat que : « *nous retrouvons donc ici notre article 757-3* », un doute apparaît. En quoi ce texte, même assimilé à une règle de dévolution ab intestat de la succession ordinaire, est-il applicable à la dévolution de la réserve du conjoint?

---

<sup>227</sup> La question de la nature anormale du droit de retour sera abordée infra p.236 et s.

<sup>228</sup> La solution de Monsieur Goubeaux a également été mise en doute par le Professeur Jubault qui soutient que l'institution d'un légataire universel a pour effet nécessaire de priver les collatéraux de leur droit de retour de l'article 757-3, ce qui est l'application de la maxime « instituer, c'est exhéreder ». Il en tire comme conclusion que la réserve du conjoint prime le legs et que le droit successoral des collatéraux de l'article 757-3 qui n'est pas d'ordre public, peut voir son assiette efficacement léguée. Ainsi, le conjoint ne pourrait faire valoir son quart réservataire que sur les biens sur lesquels il aurait pu faire valoir ses droits successoraux.

<sup>229</sup> Depuis la loi du 23 juin 2006, la loi définit la réserve et la quotité disponible à l'article 912 C. civ.

**154.-** Jamais, semble-t-il, la jurisprudence ne s'est prononcée sur cette question. Si elle devait le faire, le syllogisme du Professeur Goubeaux pourrait la séduire. Toutefois, plusieurs arguments peuvent y être opposés.

D'abord, admettre une telle solution met en cause directement le principe selon lequel : « *La réserve doit être laissée en pleine propriété, exempte de toute charge, condition ou restriction relative à la dévolution ou au partage, à l'administration ou à la disposition des biens qui la composent.* »<sup>230</sup> La réserve se trouve, dans notre cas, sérieusement restreinte dans la dévolution des biens qui la composent.

Ensuite, dire que la réserve est dévolue ab intestat n'implique pas qu'il faille utiliser les mêmes règles que la succession ab intestat pour organiser la dévolution des biens qui la composent. Cela signifie seulement que cette part de la succession est dévolue par la loi et non par la volonté testamentaire. Par ailleurs, la loi n'attribue de réserve qu'à certains héritiers en fixant le taux de cette réserve, c'est-à-dire la part indisponible de la succession qui doit revenir obligatoirement aux réservataires et à eux seuls. Pour mieux se rendre compte de la solution prenons un autre exemple : le défunt décède en 2008 en laissant son conjoint et son père et en ayant institué un tiers légataire universel. La solution du Professeur Goubeaux impliquerait que le père obtienne, cette fois-ci au titre du retour de l'article 738-2, un quart du quart réservataire du conjoint. Personne n'a jamais soutenu une telle chose aujourd'hui comme hier. D'ailleurs, l'article 914 ancien, après avoir fixé la quotité disponible lorsque le défunt ne laissait que des ascendants, réglait la question d'un concours entre collatéraux et ascendants relativement à la réserve en édictant la règle suivante dans son alinéa 2 : « *Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder : ils auront seuls droit à cette réserve dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée.* » Ils auront seuls droit à cette réserve. L'essentiel est dans cette phrase.

Au-delà de ce cas prévu par la loi, la jurisprudence tira un principe plus général et assez logique en vertu duquel seuls les réservataires peuvent prétendre à la

---

<sup>230</sup> Aubry et Rau t. XI, § 679.

réserve. Le principe fut révélé à l'occasion de l'arrêt Bizien<sup>231</sup>. La Cour affirma dans un attendu de principe, au visa de l'article 913 du Code civil, que : « *La part de succession réservée par ce texte à certains héritiers leur est affectée privativement à l'exclusion de toutes autres personnes ayant vocation à la succession et notamment des successibles n'ayant pas la qualité de réservataire.* »

Même si Monsieur Goubeaux a prudemment précisé que les collatéraux n'ont en aucun cas le pouvoir de demander la réduction, n'étant pas des réservataires, sa solution permet à ceux-ci de bénéficier des effets de la réduction et leur attribue des droits que la loi n'a pas voulu leur conférer.

A cela, un esprit retors pourrait répondre par un argument a contrario que les héritiers non-réservataires ne figurent pas à l'article 921 au rang des personnes ne pouvant profiter de la réserve.<sup>232</sup> Certes, mais il faut se méfier de la facilité des arguments a contrario et surtout, on peut rétorquer que ce non-dit relève de la logique : si les héritiers autres que réservataires ne peuvent demander la réduction ou profiter d'elle, c'est précisément parce que, comme les donataires, les légataires ou les créanciers du défunt, ils n'ont pas la qualité de réservataire. Il n'en irait différemment que si le collatéral devenait héritier ou ayant cause du conjoint après son décès. La jurisprudence Bizien rappelée ci-dessus conforte cette analyse.

Par ailleurs, un argument de texte peut être apporté au soutien de cette solution. Il s'agit de relever que l'article 757-3 s'applique, selon ses propres termes, « *par dérogation à l'article 757-2* ». Or, l'article 757-2 attribue toute la succession au conjoint en l'absence de descendant et d'ascendant du défunt. On peut donc soutenir qu'en présence d'une disposition à cause de mort, comme ici, le conjoint réservataire ne reçoit pas toute la succession. En effet, même si la réserve n'est rien d'autre que la succession, elle en diffère tout de même en ce qu'elle est amputée de la quotité disponible. Dès lors, il est défendable de soutenir que, la dévolution n'étant pas réglée par l'article 757-2 mais par l'article 914, l'article 757-3 n'a pas vocation à s'appliquer.

Enfin, dans l'argumentation du Professeur Goubeaux, une dernière proposition étonne. Il affirme : « *En attendant, qui veut être sûr d'exhérer ses frères et sœurs*

---

<sup>231</sup> 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 1977 : Bull. civ. I. n°113, p.88 ; D. 1977, 541 note Donnier ; Journ. Not. 1977 art. 53.974, obs. Raison. Dans cet arrêt qui met l'accent sur le caractère personnel de la réserve plus que sur son caractère collectif, il était question de savoir si l'adopté simple pouvait venir en tant que réservataire à la succession de l'ascendant de l'adoptant.

*fera bien de gratifier son conjoint d'au moins un quart de son patrimoine, de façon à couper court à l'éventualité d'une application des règles de la succession ab intestat.* » Dans le cadre de son raisonnement, la solution se tient : le conjoint gratifié n'aura pas besoin de demander la réduction pour obtenir un quart de la succession, soit sa part de réserve, et le bénéficiaire du retour légal ne pourra pas demander la réduction. Cependant, il est tout de même dangereux que deux solutions permettant d'attribuer à un tiers la quotité disponible de sa succession, n'aient pas le même effet sur la part de réserve du conjoint.

Pour assurer la primauté de la réserve dans notre cas il faudrait admettre que les deux institutions ont des champs d'application différents. Ainsi, face au conjoint, la loi protège comme elle peut la famille lignage au moyen du droit de retour, mais face à un tiers, la loi protège avant tout le conjoint, principal sujet de la réforme de 2001. En conséquence, autoriser le droit de retour à jouer en seconde ligne, en permettant aux collatéraux privilégiés de profiter de la réduction serait aller à l'encontre de la ratio legis, très favorable au conjoint survivant.

**155.-** Maintenant, si contrairement au Professeur Goubeaux, l'on considère le droit de l'article 757-3 comme un vrai droit de retour légal constituant une succession anormale, on peut également s'opposer à la solution en rappelant que traditionnellement l'institution d'un légataire sur les biens de famille les fait échapper au retour.<sup>233</sup> Néanmoins, la réfutation est un peu rapide car l'argumentation de Monsieur Goubeaux est plus subtile. Dans sa démonstration, le droit de retour ne prétend pas s'opposer au legs, il n'est pas une réserve. Il prétend s'exercer sur la part réservataire résultant de l'anéantissement partiel du legs.

Il faut alors comparer la réserve et le retour légal en tant que succession anormale. Si l'on met de côté le caractère d'ordre public de la réserve, on doit départager deux droits en pleine propriété, inspirés par la même volonté d'assurer la conservation de la richesse dans la famille, entendue comme famille ménage pour l'un et famille lignage pour l'autre. Comment résoudre le conflit sans porter atteinte aux droits ? Une solution pourrait être de considérer qu'il existe une vraie dualité de

---

<sup>232</sup> L'article 921 dispose que : « La réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause : les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction ni en profiter. »

succession imposant de ne pas prendre en compte le montant du droit de retour pour le calcul de la réserve héréditaire du conjoint. Ainsi, il pourrait être soutenu que le collatéral ayant vocation à recueillir la succession anormale se voit exhéredé par l'institution d'un légataire universel, alors que le conjoint, seul héritier à venir à la succession ordinaire, pourrait opposer dans celle-ci sa réserve. C'est la solution proposée par le Professeur Jubault, solution qui, pour le conjoint, ne change rien : il n'obtiendra que le quart de la moitié de la succession ce qui équivaut à en recevoir la moitié du quart !<sup>234</sup> Si l'article 757-3 institue un vrai droit de retour formant une succession anormale cette dernière proposition serait sans doute moins contestable que celle du Professeur Goubeaux parce qu'elle ne serait que la conséquence de la dualité de succession que l'on aura bien voulu reconnaître.

**156.-** Heureusement, la généralisation de la réduction en valeur depuis 2006 évite en l'occurrence de se poser la question comme le Professeur Goubeaux se la pose. En effet, si le legs est réduit en valeur, le conjoint obtiendra une indemnité de réduction, donc de l'argent. Si l'on reprend le raisonnement de Monsieur Goubeaux, auquel il nous sera permis de ne pas adhérer, le droit de retour ne pourrait plus s'exercer aujourd'hui sur cette réserve étant donné que les biens dits par simplification « de famille » ne se retrouveraient pas en nature dans la succession. La bonne aubaine ! Le soulagement n'est cependant que de courte durée parce que si la réduction en valeur a été généralisée, la réduction en nature n'a pas été supprimée. Il suffit de penser au cas où le gratifié n'a pas les moyens d'indemniser la succession.

Cette aubaine ne permet pas de s'en tirer à si bon compte dans le cas de l'article 738-2.

### *C. la constatation de la difficulté dans le cadre de l'article 738-2*

**157.-** Dans le cadre de l'article 738-2, la question se pose de la même façon dès lors que le défunt, dont le patrimoine ne se composait que de biens donnés par ses

---

<sup>233</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> civ. 13 juin 1961, précité.

<sup>234</sup> En revanche le légataire universel est avantagé si l'on retient cette solution. Il obtiendra les 7/8<sup>èmes</sup> des biens laissés au décès c'est-à-dire toute la succession anormale soit 4/8<sup>èmes</sup> et les trois quart de la succession ordinaire soit 3/8<sup>èmes</sup>. Selon la thèse défendue par Monsieur Goubeaux le légataire obtient les 6/8<sup>èmes</sup> des biens laissés au décès.

parents, laisse pour lui succéder ses parents et un conjoint, seul héritier réservataire en l'absence de descendant. En présence d'un tiers légataire universel, le conjoint peut demander la réduction partielle du legs afin de sauvegarder ses droits réservataires du quart. La thèse de Monsieur Goubeaux, parfaitement transposable ici, permettrait aux parents d'exercer leur droit de retour sur cette part de réserve. Mieux, ce prélèvement sur la part de réserve pourrait avoir lieu « *dans tous les cas* » comme le dispose l'article 738-2 et donc même si la part de réserve n'est constituée que d'une indemnité de réduction. Comment s'en étonner puisque l'alinéa 3 de ce même texte prévoit que lorsque le retour ne peut s'exercer en nature, il s'exerce en valeur dans la limite de l'actif successoral. On ne peut donc éluder la question du conflit comme dans le cas précédent. Cependant, les mêmes arguments en faveur de la réserve peuvent être avancés.

**158.-** Un élément nouveau pourrait toutefois infléchir notre position. Cet élément est que ce droit de retour vient remplacer en quelque sorte le droit à réserve des ascendants privilégiés qui, de 2001 à 2006, primait le droit à réserve du conjoint survivant. Certes, mais dès lors que les père et mère n'ont plus la qualité de réservataire on ne peut leur donner la priorité face au conjoint. D'ailleurs pratiquement, comment passeraient-ils avant puisque le droit de retour n'est pas en principe sanctionné par une action en réduction.<sup>235</sup> Il faut que le conjoint exerce son droit réservataire pour que le concours puisse être envisagé.

Une autre idée pourrait être soutenue. Sans déflorer la question du caractère impératif du droit de retour de l'article 738-2, on prétend que ce droit serait d'ordre public. Mais cela ne résout pas la question de savoir entre deux droits d'ordre public, lequel doit l'emporter. Seule la loi pourrait mettre fin, de façon arbitraire, à un tel conflit. D'ailleurs c'est ce qu'elle avait fait en 2002 en imposant que le conjoint ne pouvait faire valoir sa réserve qu'à défaut d'ascendant. L'intervention du législateur serait la solution la plus simple.

**159.-** Aucune de ces idées n'est pleinement satisfaisante. Si la jurisprudence était confrontée au cas qui nous occupe, elle ne pourrait pas écarter la question sous

---

<sup>235</sup> Si le droit de retour n'est pas en principe sanctionné par une action en réduction, nous verrons plus loin que la mise en œuvre du texte aboutit au même résultat en présence d'un legs universel.

peine de commettre un déni de justice au sens de l'article 4 du Code civil. Il convient donc de rechercher une dernière solution à ce conflit.

Celle-ci pourrait se trouver dans la notion de créance. Lorsqu'un légataire universel a été institué le retour ne peut que s'exécuter en valeur puisque la propriété de l'universalité des biens du défunt est acquise au légataire à compter du décès. Si l'on part du postulat selon lequel ce droit est d'ordre public, il convient de l'opposer au légataire universel. Mais en vertu de quoi ? Non pas en vertu d'un droit ab intestat ordinaire puisque, par hypothèse, le bénéficiaire du retour légal est exhérédié. Non pas davantage en vertu d'un droit de réserve puisque le retour n'est pas garanti par une action en réduction. Il faut donc sans doute considérer que le droit de retour s'exerce en ce cas comme un droit de créance contre la succession, droit de créance limité dans son montant à l'actif. Ce mécanisme n'est d'ailleurs pas sans rappeler celui des articles 758 et 767 relatifs aux droits à pension, respectivement des ascendants ordinaires et du conjoint. Ces textes disposent : « *la pension est prélevée sur l'hérédité, elle est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument* ». Comment ne pas voir le lien entre l'hérédité et l'actif comme limite à l'exercice du droit. Comment ne pas voir dans les deux cas « *une dette contre la succession* » donc une charge de la succession ou même une dette du défunt et, quoi qu'il en soit, un passif de succession ?<sup>236</sup> Dans ce cas la solution est simple : le légataire universel supporte en cette qualité la charge de ce passif et doit l'acquitter.

Maintenant, si s'opposent au légataire universel un conjoint réservataire et un bénéficiaire du retour en valeur, la même idée peut être appliquée en offrant une solution équitable au cas particulier : le réservataire demandant à bénéficier de son droit à réserve et le légataire qui souffre la réduction supporteront tous deux en qualité d'héritier universel la charge du retour en valeur. Prenons un exemple pour illustrer ce propos.

### **160.- Exemple :**

Le défunt laisse pour lui succéder son père et son conjoint. L'actif représenté par des liquidités et des valeurs mobilières s'élève à 200. Le père du défunt lui avait

---

<sup>236</sup> La Cour de cassation a pu considérer que la créance alimentaire du conjoint survivant pesait sur la succession mais était la manifestation de la continuation du devoir de secours entre époux (1<sup>ère</sup> civ. 17 janvier 1995, Bull. Civ I, n° 30). La dette serait alors une dette du défunt. Sur l'ambiguïté de ces notions, V. M. Grimaldi, *ibidem*, n° 541.

donné par le passé un studio qui a été vendu il y a 10 ans pour 60. Le défunt a institué un cousin légataire universel.

En présence d'un légataire universel, le père est exhérédié, mais il peut sans doute revendiquer « *dans tous les cas* » son droit de retour de l'article 738-2 qui s'exercera en valeur. En application des règles qui seront déterminées plus loin, le montant du retour est de :  $260/4 = 65$ .

L'actif net est donc de 135 (actif brut de 200 sous déduction du passif de 65).

Le conjoint peut faire valoir son droit à réserve du quart sur cet actif net. Ses droits s'élèveront à 33,75.

Le legs universel sera donc réduit de 33,75 soit 101,25.

Chaque héritier contribuera au passif que constitue le retour en valeur à concurrence de sa part dans la succession. La solution est largement préférable à celle qui consisterait à cumuler la réserve et le retour, solution qui porterait une atteinte beaucoup plus grande à la liberté testamentaire. En outre, la solution est juste puisqu'il n'a jamais été contesté que le réservataire et le légataire universel doivent supporter le passif. Au-delà, la solution est équitable en ce qu'elle permet au retour de jouer pleinement sans pour autant évincer le réservataire. Une objection pourrait être formulée. Pourquoi ne pas faire contribuer le père, bénéficiaire du retour, à ce passif ? En effet, il est en principe un héritier titulaire d'un droit successoral. Au cas particulier, cela ne semble pas justifié puisque le père n'a de droit successoral que ce droit de créance.

**161.-** Par parenthèse, il faut relever que cette proposition permet de résoudre une autre difficulté qui pourrait se présenter si le défunt instituait plusieurs légataires particuliers en épuisant l'actif.

Si l'on voit dans le retour un suppléant de la réserve, on serait tenté d'exercer une action en réduction qui impliquerait une réduction proportionnelle des legs. Le texte ne donne cependant aucun indice en ce sens. Il semble donc qu'il faille exclure toute tentation d'opérer une réduction au sens de l'action en réduction pour atteinte à la réserve. D'autant plus que, nous le verrons, le retour légal ne se calcule pas nécessairement sur les mêmes bases que la réserve et n'entend pas s'opposer aux mêmes actes.

Si l'on voit maintenant le retour légal en valeur comme une créance voulue d'ordre public et limitée à l'actif successoral à l'image des droits de créance de nature

alimentaire des articles 758 et 767 du Code civil dont il paraît emprunter une partie du mécanisme, il semblerait logique de faire supporter la charge du retour à chacun des légataires à proportion de leur droit puisque l'actif net est par hypothèse nul. Le résultat est identique mais la justification différente. Pour être complet, il faut préciser que ce principe devrait subir deux exceptions : la première dans le cas d'un legs préférentiel qui serait réduit uniquement si la réduction des autres ne suffisait pas à remplir le bénéficiaire du retour de ses droits en application tant de l'article 927 que des articles 767 et 758 selon le fondement choisi à l'exercice du retour en valeur, créance ou substitut de réserve. La seconde exception serait celle, sans doute bien rare, où le défunt aura légué le bien qui lui avait été initialement donné moyennant la charge d'acquitter le montant du retour en valeur au profit du donateur.

**162.-** Il convient de relever également que la difficulté pourra se présenter sous un autre jour. En effet, en l'absence de toute disposition à cause de mort, la loi semble envisager le cas où le droit de retour absorbe tout l'actif successoral puisqu'elle en limite le jeu à cet actif dans le troisième alinéa de l'article 738-2.<sup>237</sup> Mais alors, en présence d'un conjoint réservataire, comment concilier le droit de retour et le droit à réserve ?<sup>238</sup> La réponse est délicate. Certains pourront arguer du caractère d'ordre public du droit de retour de l'article 738-2 qui entend s'appliquer « *dans tous les cas* ». Mais la même question se pose : à supposer que ce droit soit impératif, comment départager deux droits d'ordre public ? Les notaires proposaient de faire prévaloir le droit de retour en raison de la rédaction du texte qui indiquerait que ce droit ne saurait rencontrer aucun obstacle. Voilà que la loi aurait donc fait disparaître la réserve des ascendants pour leur octroyer une sorte de « super-réserve » au détriment du conjoint qui, incontestablement, a les faveurs du législateur depuis quelques années ? Certains pourraient aussi s'appuyer sur le caractère anormal de l'article 738-2 pour soutenir que la valeur du droit de retour n'est pas prise en compte dans le calcul des droits réservataires du conjoint en sorte que si l'actif successoral ne comprend que la part de retour le conjoint perdrait son droit à réserve. Le point faible

---

<sup>237</sup> Il suffit d'envisager un cas où le montant du retour excède l'actif successoral quelle que soit d'ailleurs la méthode de calcul du montant du retour : bien donné par l'ascendant et vendu depuis pour 600 et actif net de 100.

<sup>238</sup> La question a été soulevée lors du congrès des notaires de 2010 à bordeaux. Cf. n°4250 du rapport de ce congrès.

de cette solution est qu'elle repose exclusivement sur le caractère anormal du retour de l'article 738-2, caractère qui peut être contesté.<sup>239</sup>

On peut alors envisager d'appliquer la solution retenue dans l'hypothèse précédente.

**163.-** En guise de conclusion sur ce point, il est nécessaire d'esquisser les contours de la règle proposée pour régler le conflit de la réserve et du retour de l'article 738-2. Cette solution revient à considérer que lorsque le retour s'exerce en valeur, il s'exerce comme un véritable droit de créance contre la succession mais dans certains cas seulement.

Première cas : le bénéficiaire du retour a été exhéredé que ce soit au moyen d'un legs universel ou d'une collection de legs particuliers épuisant l'actif et que l'on soit en présence ou non d'un héritier réservataire qui par hypothèse ne peut être que le conjoint.

Deuxième cas : en l'absence d'exhéredation du bénéficiaire du retour légal et en présence d'un conjoint réservataire l'actif net est insuffisant pour octroyer à l'un le montant de son retour et à l'autre le montant de sa réserve.

Après la constatation de la difficulté à combiner la réserve et le retour légal de l'article 738-2, il reste une solution de facilité : poser que l'article 738-2 ne s'applique pas en présence d'un conjoint survivant, mais cela reste à démontrer...

## **§ 2. Difficulté propre à l'article 738-2 : l'exercice du droit de retour en présence du conjoint survivant**

Il va de soi que la question ne se pose pas pour l'article 757-3 puisque le texte suppose un concours entre le conjoint survivant et les collatéraux.

En revanche la question de savoir si le droit de retour de l'article 738-2 doit s'appliquer en présence comme en l'absence de conjoint survivant a été posée. Il convient d'exposer les arguments contre (A) l'application du texte en présence du conjoint survivant avant de présenter les arguments pour (B) et de conclure sur ce point.

---

<sup>239</sup> Cf. infra, p. 244.

### A. Les arguments contre

**164.-** Tout d'abord, il convient de retenir l'argument d'opportunité qui a été évoqué à l'instant : exclure l'application de l'article 738-2 en présence du conjoint survivant éviterait de se poser la question de l'opposition du retour et de la réserve du conjoint survivant. Le même argument pourrait être utilisé pour éluder une autre question difficile, celle de l'exercice du retour légal relativement à un bien sur lequel le conjoint survivant peut faire valoir ses droits de maintenance et notamment son droit viager au logement.<sup>240</sup>

**165.-** Ensuite, un souci de cohérence inciterait à l'exclusion du retour en présence du conjoint. Cet argument prend sa source dans la succession de l'adopté simple. Il a été indiqué plus haut qu'en présence d'un conjoint le retour de l'article 368-1 ne s'appliquait plus depuis la loi de 2006. En revanche, en dehors de toute hypothèse de cumul des deux textes, il a été indiqué que l'article 738-2 pouvait s'appliquer à la suite de la fente dans la succession de l'adopté simple par exemple en présence d'un conjoint.<sup>241</sup> Cette proposition suppose que l'article 738-2 soit applicable en présence d'un conjoint. Mais comment justifier qu'en l'absence de conjoint de l'adopté simple prédécédé, ses ascendants puissent revendiquer un droit de retour sur l'entier bien, toutes autres conditions étant par ailleurs réunies, alors qu'en présence de conjoint ils peuvent revendiquer un droit de retour sur une portion de bien en dépit de ce que le texte spécial de 368-1 avait exclu tout retour en ce cas ? On est alors tenté d'appliquer le même remède que la loi de 2006 avait utilisé pour supprimer le concours entre 757-3 et 368-1 à savoir supprimer la cause du problème : la possibilité d'appliquer 738-2 en présence du conjoint. Ce faisant, on maintiendrait l'article 368-1 parce qu'il présente une réelle utilité, on maintiendrait l'article 738-2 qui contrairement à 757-3 n'entend pas s'appliquer exclusivement en présence du conjoint et on irait dans le même sens que le mouvement général de promotion des droits du conjoint.

---

<sup>240</sup> Il sera question de cette difficulté infra, p. 179 et s.

<sup>241</sup> Cf. supra.

**166.-** Enfin, trois arguments de texte confortent les deux précédents. Le premier est que la place dans le Code civil de l'article 738-2 se trouve dans un chapitre troisième traitant « *Des héritiers* » et dans une section première intitulée : « *Des droits des parents en l'absence de conjoint survivant.* » Cet intitulé, en dehors du fait qu'il signifie que le conjoint survivant est devenu la pierre angulaire de la dévolution ab intestat, semble réserver l'application de l'article 738-2 à l'hypothèse de l'absence de conjoint. Le second argument souligne que l'article 757-3, qui ne s'applique par hypothèse qu'en présence du conjoint, se trouve, lui, dans une deuxième section relative « *aux droits du conjoint successible* ». Dernièrement, il est possible de tirer argument du renvoi opéré par l'article 738-2 relativement au montant du retour à la quote-part fixée à l'article 738. En effet, l'article 738 ne traite que des droits des parents en l'absence de postérité et ... de conjoint survivant.

Maintenant, au regard des arguments pour l'application du texte en présence de conjoint survivant, voyons ce que valent les arguments contre ci-dessus.

### *B. Les arguments pour*

**167.-** L'essentiel des arguments en faveur de l'application de l'article 738-2 en présence du conjoint survivant se trouve dans la réplique aux arguments précédents.

En premier lieu, aucun des trois arguments de texte ne semble déterminant. Le fait que l'article 738-2 se trouve dans une section consacrée aux droits des héritiers en l'absence du conjoint survivant n'implique pas forcément, en dépit de toute logique apparente, qu'il faille exclure le retour en présence d'un conjoint. La preuve en est qu'il existe dans cette section des articles dont il n'a jamais été contesté qu'ils puissent s'appliquer en présence d'un conjoint, notamment les sept articles relatifs à la représentation successorale. De même l'argument tiré de la place de l'article 757-3 ne doit pas être retenu pour une raison simple qu'il annonce lui-même : le droit de retour des frères et sœurs ne s'applique qu'à la condition qu'ils soient en concours avec le conjoint. Il est donc normal que ce texte figure dans une section propre aux droits du conjoint survivant.<sup>242</sup> En revanche, l'article 738-2 n'implique pas nécessairement la présence du conjoint pour être mis en œuvre. Il n'est donc pas très révélateur qu'il se trouve dans une section plus générale traitant des droits des autres

héritiers. Enfin, l'argument du renvoi à l'article 738 n'est pas davantage probant. Certes, fixe-t-il les droits des parents en concours avec des collatéraux privilégiés et en l'absence, évidemment, de conjoint mais il est à noter que le montant du retour serait le même si la loi avait renvoyé à l'article 757-1, fixant les droits des ascendants privilégiés en présence de conjoint. Pour aboutir au même résultat il est sans doute plus cohérent d'avoir renvoyé au texte le plus proche et figurant dans la même section.

En deuxième lieu, il faut se méfier de l'apparente cohérence de l'argument qui propose d'exclure l'application de l'article 738-2 en présence d'un conjoint pour éviter que ce même article ne s'applique de façon subsidiaire à l'article 368-1. L'idée est même fautive. Le problème de l'application subsidiaire de l'article 738-2 n'a rien à voir avec le conjoint ; il pose la question sous-jacente de savoir si l'article 738-2 bénéficie aux parents adoptifs, question à laquelle nous avons répondu par l'affirmative.<sup>243</sup> Plus gravement, cette idée de rejeter l'application de l'article 738-2 en présence d'un conjoint survivant reviendrait à exclure tout droit de retour au profit des ascendants privilégiés en présence de conjoint survivant.

Par ailleurs, supprimer l'application de l'article 738-2 dès lors que le défunt laisse un conjoint diminue considérablement le champ d'application du texte qui ne trouverait plus à s'appliquer que si le défunt laisse des ascendants, seuls ou en concours avec des collatéraux privilégiés. Et, dans ces deux cas, il est permis de douter de l'utilité d'un droit de retour, fut-il partiel. Où est le risque de sortie des biens hors de la famille dans ces cas là.<sup>244</sup> En outre, une telle interprétation remettrait en cause le fondement principal de ce texte : la contrepartie de la réserve des ascendants. Avant 2006, la réserve des ascendants, du moins celle des ascendants privilégiés, trouvait à s'appliquer même en présence du conjoint.

Au surplus, comme le fait remarquer le Professeur Jubault : « *on inclinera à penser que, par combinaison des articles 738-2, 756 et 757-1 du Code civil, le droit de retour de l'article 738-2 du Code civil est opposable au conjoint survivant* ». <sup>245</sup>

---

<sup>242</sup> Sur cet argument, Cf. N. Levillain, J.-Cl. Fasc. 240 : Succession, droit de retour légal des père et mère – Article 738-2 du Code civil, Mars 2007, n° 23.

<sup>243</sup> La question a été analysée infra p. 123 et s.

<sup>244</sup> Il ne resterait alors plus que le cas où les père et mère font face à un légataire universel. Mais cela suppose d'avoir tranché la question de savoir si ce droit est d'ordre public.

<sup>245</sup> V. Jubault, *ibidem*, n° 418-2.

Dernièrement, les travaux parlementaires ne semblaient pas exclure notre hypothèse ainsi qu'en témoigne le rapport du sénateur de Richemont lorsqu'il exposait l'amendement proposant de limiter le retour en valeur à l'actif successoral pour « éviter que [...] la charge (du retour en valeur) ne passe aux héritiers désignés par le défunt, notamment à son conjoint survivant ». Même si le texte ne parle assez maladroitement que du conjoint gratifié, il envisage tout de même de faire jouer le retour en présence d'un conjoint survivant.

Au vu de ces arguments il semble que rien ne permette d'exclure l'application de l'article 738-2 en présence d'un conjoint, même si cela pourrait éviter de se poser de délicates questions à l'avenir. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus...*

**168.-** Des développements qui précèdent il ressort deux causes principales de difficulté. D'une part, le conjoint survivant, surtout lorsque sa réserve est assaillie par les bénéficiaires du retour légal et, d'autre part les interactions entre les nouveaux droits de retour et l'article 368-1. A ces deux sources de difficulté la loi pourrait apporter des solutions. Elle pourrait arbitrer l'empiétement du droit de retour sur la réserve du conjoint comme elle pourrait éviter les concours et les applications subsidiaires de droit de retour en assignant à chaque texte un champ d'application précis et en faisant produire à tous des effets similaires.

Après avoir étudié les difficultés que peuvent poser les conditions d'application des nouveaux cas de retour quant aux personnes, il est temps de s'intéresser aux difficultés relatives aux conditions d'application quant aux biens

## **Chapitre 2. Difficultés concernant les conditions relatives aux biens**

**169.-** En guise d'introduction de ce chapitre, il paraît important de rappeler, là aussi, les conditions traditionnelles de l'institution relativement aux biens objet du retour légal.

Première condition : ne sont compris dans la succession anormale que constitue le retour légal que les biens que le défunt a reçus à titre gratuit du bénéficiaire du droit de retour ou des ascendants du bénéficiaire que ce soit entre vifs ou à cause de mort.<sup>246</sup> Toutefois, le droit de retour de l'article 738-2 ne peut s'appliquer en présence de transmissions à cause de mort puisque les bénéficiaires en sont les parents survivants et eux seuls. Ils ne peuvent par conséquent qu'avoir disposé entre vifs au profit du de cujus.

Seconde condition : le bien doit se retrouver en nature dans la succession. C'est là une condition traditionnelle du droit de retour dont on rappellera que le fondement premier était la conservation des biens dans la famille. Aujourd'hui on la retrouve aux articles 368-1 et 757-3. Si le de cujus a disposé du bien en question le retour n'aura pas lieu puisque l'on est alors en dehors de son champ d'application. De cette condition découlent deux conséquences : le retour légal ne peut s'exercer contre un ayant cause du de cujus à la différence du retour conventionnel.<sup>247</sup> Et dans l'hypothèse d'une disposition à titre onéreux, le retour ne saurait s'exercer sur les biens subrogés qui se retrouvent en nature. La subrogation est en principe exclue.<sup>248</sup>

Au bénéfice de ces quelques propos introductifs, il convient d'étudier plus particulièrement deux questions : celle des difficultés et des limites du retour en nature (Section 1) et celle de l'exercice du retour légal sur un bien objet du droit viager au logement du conjoint survivant (Section 2).

### **Section 1. Difficultés et limites du retour en nature**

**170.-** L'article 757-3 entend organiser la dévolution « *des biens que le défunt avait reçus de ses ascendants par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession* ». L'article 738-2 en son alinéa 3 dispose que : « *lorsque le droit de retour ne peut s'exercer en nature, il s'exécute en valeur, dans la limite de*

---

<sup>246</sup> Bien des cas ne posent pas de difficulté que ce soit pour les dispositions entre vifs ou à cause de mort, à titre particulier ou à titre universelle. Toutefois à propos de l'article 757-3 la question s'est posée de savoir si les biens attribués lors d'un partage successoral entraient dans le champ d'application du texte. Sur cette question, V. infra, p. 272 et s.

<sup>247</sup> Ceci est également vrai pour ce qui concerne l'article 738-2 en ce qu'il s'exerce en valeur dans la limite de l'actif successoral, faute de pouvoir s'exercer en nature.

<sup>248</sup> Ce qui est certain pour l'article 368-1. Toutefois V. supra ce qui a été dit de la subrogation à propos de l'ancien article 747 du Code civil.

*l'actif successoral* ». Il transparaît de ces deux textes, qu'en principe, le retour s'exerce en nature sur le bien qui est advenu au défunt à titre gratuit.

Partant trois questions se posent. La première est de savoir quelle est la portée du principe ? Quelle conception doit-on avoir de l'exigence du retour en nature (§1) ? Doit-on pour l'appliquer retenir une conception stricte de l'existence en nature qui exigerait de retrouver le bien donné à l'identique ? Ou bien doit-on en avoir une conception plus large qui consisterait à opposer l'existence en nature au simple équivalent en valeur ? Relevons d'ores et déjà que cette question se posait en des termes identiques pour ce qui concernait les anciens cas de retour et notamment l'article 747 ancien. Elle n'est pas nouvelle.

La seconde question est de savoir si le droit de retour peut s'exercer « en nature », mais sur un autre bien que celui qui avait été initialement transmis au défunt. C'est la question de l'admission de la subrogation réelle (§2) à laquelle il sera répondu en distinguant le cas de l'article 738-2 et le cas de l'article 757-3.

La troisième question, plus particulière, revient à se demander s'il est possible d'exercer le retour en nature sur des biens fongibles, tels que de l'argent ou des valeurs mobilières (§3).

### **§ 1. La conception de l'exigence du retour en nature**

Deux acceptions du retour en nature peuvent être formulées : une stricte s'attachant à une identité exacte du bien (A) et une plus large admettant que le retour porte sur un bien qui n'est pas exactement le même que celui qui est entré à titre gratuit dans le patrimoine du défunt. Dans cette dernière hypothèse, le retour en nature s'oppose au retour en équivalent (B).

#### *A. L'exigence d'une stricte identité*

**171.-** La première proposition serait de retenir une interprétation stricte de l'existence en nature du bien dans la succession : le bien qui fait retour au donateur est celui-là-même qui a été donné. Autrement dit, le bien en question doit avoir conservé son identité propre sur le plan juridique et matériel.

**172.-** Juridiquement, il doit figurer dans le patrimoine du donataire prédécédé en qualité de chose donnée. Cela ne fait aucun doute lorsque le bien donné n'est jamais sorti du patrimoine du donataire. Prenons deux exemples : si le bien donné est vendu et si la vente est annulée par la suite, le bien rentrera à nouveau dans le patrimoine du vendeur. En vertu de l'effet rétroactif de la nullité, le bien sera censé ne jamais être sorti du patrimoine dans lequel il rentre à nouveau. Il est censé s'y retrouver pour la même cause. On dit qu'il y est revenu *ex causa antiqua*. Le bien peut alors faire l'objet du droit de retour.

Si maintenant le bien donné a été vendu puis racheté par le donataire, alors il se retrouvera en nature dans son patrimoine mais en vertu cette fois de l'acquisition qu'il en a faite et non plus en vertu de la donation. On dit dans ce cas que le bien y est revenu *ex causa nova*, en vertu d'une nouvelle cause. Il n'y a plus dès lors identité juridique entre le bien donné à l'origine et le bien qui se retrouve dans la succession. Le droit de retour ne doit pas jouer.

**173.-** Matériellement, il ne doit pas avoir fait l'objet de modifications profondes qui en changeraient la nature. Le problème ici est un problème de preuve.<sup>249</sup> Comment prouver que matériellement le bien donné est celui là même qui se retrouve dans la succession ? La charge de la preuve incombe certainement au bénéficiaire du droit de retour. La preuve est a priori plus difficile à administrer pour les meubles que pour les immeubles. Rien n'est moins sûr cependant. Un exemple pour s'en convaincre :

Quid en cas de donation d'un terrain nu sur lequel le donataire défunt a fait édifier une maison. Doit-on considérer que le droit de retour ne porte que sur le terrain ? Matériellement, ce n'est pas le même. Là où un terrain nu avait été donné, on retrouve un terrain bâti. Doit-on considérer que le retour ne s'applique pas du tout faute d'identité matérielle entre l'objet de la donation et le contenu de la succession ? La réponse n'est pas simple. Probablement, s'en sortirait-on en faisant une application opportune de la théorie de l'accession. Ainsi, retrouverait-on dans la succession le terrain nu amélioré qui ne serait qu'une évolution du terrain nu qui se

---

<sup>249</sup> Ceci dit, Monsieur Leveneur insiste sur le fait que d'autres mécanismes successoraux incontestés comme la réserve ou le rapport requièrent l'établissement de preuves : preuve des libéralités ou preuve des améliorations apportées au bien donné

retrouverait alors en nature. Le droit de retour s'appliquerait donc à l'ensemble terrain et construction sans égard au fait que la construction ait été réalisée au moyen de deniers communs ou indivis. A ce stade, en l'absence de précision des textes, il faut considérer que le bénéficiaire du retour profite de toutes les plus-values advenues au bien en question comme il supporterait toutes les moins-values. C'est le signe de ce que le retour légal est un droit successoral.<sup>250</sup>

Un deuxième exemple, plus délicat encore parce qu'il ne permet pas de recourir à la théorie de l'accession, est celui du fonds de commerce. Lorsque le défunt a reçu par donation un fonds de graineterie, peut-on penser que l'on retrouve en nature ce fonds dans la succession du donataire qui l'a fait prospérer en le transformant en un fonds de jardinerie, animalerie, entretien de jardin etc.... ?<sup>251</sup>

Dans les deux exemples précédents le bien donné a été amélioré par le défunt en sorte qu'il est possible de douter que ce bien soit matériellement le même que le bien initial. Mais que faut-il penser lorsque le bien initial a été détérioré ou amputé d'une partie par le défunt ? Faut-il considérer que le retour ne doit pas s'exercer ? On notera que dans ce cas, les procès se feront peut-être plus rares car il est moins gênant pour le conjoint notamment d'admettre le jeu du retour légal sur des biens dépréciés. Par exemple s'il a été donné au défunt un grand terrain qu'il a par la suite divisé et dont il a vendu une partie sans remployer le prix de vente. Que faire ? Il semble logique alors d'admettre le jeu du retour légal sur la partie restante du terrain initial. Cette parcelle divisée, issue sans contestation possible du bien transmis, constitue en effet un bien transmis au défunt à titre gratuit qui se retrouve en nature dans sa succession.<sup>252</sup>

**174.-** Sous l'empire des anciens cas de retour il ne semble pas que la jurisprudence et la doctrine se soient beaucoup tourmentées de ces questions d'existence du bien en nature, c'est-à-dire à l'identique. Sans doute parce qu'avant 1972, la plupart des biens donnés par un ascendant était des immeubles pour lesquels

---

qui sont aussi délicates qu'en notre matière. Cf. L. Leveueur, « Pour le droit de retour de l'article 757-3 du Code civil, avec quelques améliorations », précité, n°10, p. 196.

<sup>250</sup> Cf. infra, p. 223 et s. pour ce qui est de la question de l'amélioration du bien objet du retour.

<sup>251</sup> Exemples tirés de l'article de Monsieur Goubeaux, précité, Defrénois, numéro 37519.

<sup>252</sup> Le même raisonnement pourrait être suivi dans l'hypothèse d'une division d'immeuble bâti par mise en copropriété et après la vente de certains lots ou lorsque le bien donné constitue une universalité de fait, collection ou portefeuille de valeurs mobilières.

on a vu que le recours à l'accession évitait de se poser bien des questions même s'il laisse entière la question, sur laquelle nous reviendrons, des conséquences de l'amélioration du bien donné par le défunt en cours de mariage.

En outre, l'appréciation de ce que le bien se retrouve en nature dans la succession du point de vue de son identité même est une question de fait abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Question de fait qui se prête mal à une quelconque systématisation. Concrètement, si le bénéficiaire du droit de retour doit prouver d'une part la transmission à titre gratuit dont a bénéficié le défunt et d'autre part, l'existence en nature du bien objet de cette transmission dans la succession, les autres héritiers auront intérêt à faire la preuve que le bien a subi de telles modifications substantielles qu'il ne peut se retrouver en nature. Mais entre ces deux extrêmes, du bien conservé à l'identique sur lequel le retour portera et du bien substantiellement modifié exclu du bénéfice du retour, il reste sans doute une place pour un bien modifié sur lequel le retour peut s'exercer.

En conséquence, il apparaît que le terme « *se retrouver en nature* » ne renvoie pas à une identité stricte entre la chose donnée et la chose présente réellement dans la succession. Cette chose peut sans doute avoir changé quelque peu. Les faits doivent permettre de déterminer au cas par cas dans quelles limites.

A dire vrai, l'exigence de retrouver le bien donné en nature dans la succession s'oppose plus certainement à un retour en valeur ou en équivalent. Cette proposition fut davantage discutée.<sup>253</sup>

#### *B. L'exigence d'un retour en nature par opposition au retour par équivalent*

**175.-** Dans l'hypothèse précédente il était surtout question de savoir si le bien transformé pouvait donner prise au droit de retour en nature et dans quelles limites. Ici, il n'est plus question de biens modifiés. Il s'agit de biens aliénés à titre gratuit ou à titre onéreux qui, de toute façon, ne peuvent pas se retrouver en tant que tels dans la succession. Selon la deuxième proposition l'exigence de l'existence du bien en nature dans la succession exclut, en principe, le retour par équivalent.<sup>254</sup> De cette

---

<sup>253</sup> V. notamment la thèse de F. Soleil, précitée.

<sup>254</sup> Le terme équivalent est utilisé à dessein pour englober à la fois un retour s'exerçant sur un bien subrogé au premier si celui-ci a été aliéné à titre onéreux et un retour s'exerçant comme un droit de créance, en valeur, si par exemple le bien a été aliéné à titre gratuit.

proposition, on concluait traditionnellement que lorsque le bien donné avait été aliéné à titre onéreux par le défunt, le bénéficiaire du retour légal ne pouvait exercer son droit sur les biens subrogés au bien aliéné qui, eux, se seraient retrouvés en nature dans la succession. La subrogation était inenvisageable par principe.

A propos de l'ancien article 747 ancien, certains auteurs furent partisans de cette interprétation de son alinéa premier imposant le principe du retour en nature. Cette interprétation reposait sur quatre arguments : d'abord un argument de texte en raison de la clarté de la condition qui n'autorisait le retour légal que « *lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession* ». Ensuite, le caractère exceptionnel du texte qui dérogeait au principe de l'unité de la succession imposait une telle interprétation, disait-on. En outre, elle interdisait de prouver la subrogation ce qui évinçait une délicate question de preuve et évitait de nombreux procès.<sup>255</sup> Enfin, elle était conforme au fondement classique du droit de retour légal qu'était la conservation des biens dans la famille.

Du même coup, la doctrine majoritaire voyait dans le second alinéa de l'article 747 une simple exception sans grande portée au principe du retour en nature.<sup>256</sup>

Les mêmes arguments auraient pu servir à justifier l'exclusion de toute forme de retour par équivalent dans le cas de l'article 368-1. Cependant, pour ce cas de retour, l'argumentation n'a pas été nécessaire faute de débat à ce sujet. L'absence de débat tenait d'une part au fait que, pour l'article 368-1, aucune exception au retour en nature n'était prévue par la loi comme dans l'alinéa 2 de l'ancien article 747 et d'autre part, au fait que les travaux parlementaires étaient explicites sur la question.<sup>257</sup> Il en est résulté d'ailleurs un texte aussi péremptoire que celui de l'article 747 alinéa premier ancien puisque le retour n'est possible que si les biens « *existent encore en nature dans la succession de l'adopté* ».

**176.-** Après avoir présenté les inévitables difficultés de preuve que soulève l'exigence du retour en nature aujourd'hui comme hier et après avoir rappelé en s'appuyant sur des exemples du passé qu'en principe cette exigence empêche un retour en équivalent, il convient de se demander si les nouveaux textes autorisent que le retour porte sur un autre bien que le bien initialement transmis au défunt. Etant

---

<sup>255</sup> Cependant d'autres questions de preuve subsistaient. Cf. supra.

<sup>256</sup> Par comparaison, il est renvoyé à ce qui a été dit sur l'avis de la doctrine minoritaire mais néanmoins éminente et sur l'inclination des juges du fond à admettre assez facilement le retour portant sur des biens autres que le bien donné en application de la subrogation réelle.

<sup>257</sup> Cf. Amendement de Monsieur Molle, sénateur, J.O. déb. Sénat, 2 juin 1966, p. 687.

compris dans des développements relatifs aux conditions du retour quant aux biens, il ne sera pas question du retour en valeur à proprement parler, c'est-à-dire d'un droit de retour jouant comme un droit de créance. Un tel type de droit de retour peut se concevoir dans deux cas où aucun bien n'est venu remplacer l'ancien dans le patrimoine du défunt : celui de l'aliénation à titre gratuit et celui de l'aliénation à titre onéreux sans emploi.<sup>258</sup> Autrement dit, les propos qui suivent seront consacrés à la possibilité d'exercer le retour « en nature » sur un bien subrogé au bien aliéné à titre onéreux.

## **§ 2. La question de l'admission de la subrogation réelle dans les nouveaux cas de retour**

177.- La doctrine qui s'est exprimée sur le sujet apporte des réponses différentes selon les textes. Il semble que l'article 757-3 s'oppose à toute idée de subrogation. Ainsi, Madame le Professeur Ferré-André a-t-elle pu écrire à propos des biens objet du retour « *qu'il ne pouvait s'agir que des biens initiaux existant en nature, sans avoir été subrogés* ». <sup>259</sup>

Le même auteur remarque avec d'autres que ce serait là l'illustration la plus nette du fondement de la succession anormale.<sup>260</sup> A l'inverse, la subrogation réelle paraît plus envisageable dans le cadre de l'article 738-2. D'ailleurs, Madame Levillain affirme « *qu'elle joue désormais en cas de droit de retour légal au profit des père et mère* ». <sup>261</sup>

Aujourd'hui, comme par le passé, la question est de savoir si l'on peut envisager l'application de la subrogation réelle sans texte. La réponse est évidemment délicate et nombreux sont les éminents auteurs qui ont essayé de justifier par différents moyens une application étendue de la subrogation réelle. Sans avoir la prétention de solutionner le débat, il convient dans un premier temps de tenter de donner une définition de la notion de subrogation réelle permettant d'en esquisser le

---

<sup>258</sup> Une autre raison explique ce silence à ce niveau : admettre le jeu du retour légal en cas d'aliénation à titre gratuit revient à se demander si le mécanisme est d'ordre public or cette question sera traitée plus tard.

<sup>259</sup> S. Ferré-André, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 (analyse raisonnée de quelques difficultés) », précité, n°34.

<sup>260</sup> Cf. Sylvie Ferré-André, *ibidem*, n° 34. V. aussi le fascicule 10 rédigé par Pierre Catala au Juris-Classeur, précité, n°97. La pratique notariale est du même avis lorsqu'elle indique à propos de l'article 757-3 que « *son application plus stricte, réclame que les biens ainsi transmis se retrouvent en nature dans la succession, écartant ainsi toute idée de créance ou de valeur subrogée venant en remplacement du bien d'origine* ». Cf. Rapport du congrès des Notaires de France, 2010, n° 4256, p.1041.

domaine d'application (A) avant, dans un second temps, de la mettre à l'épreuve des nouveaux cas de retour (B).

#### A. notion et domaine de la subrogation réelle

**178.-** Dans sa thèse sur « *la subrogation réelle en droit français* » Madame Ranouil pose la définition suivante de ce mécanisme fonctionnel, irréductible à un concept : « *elle se caractérise par sa nature, par ses fins et par ses moyens. Elle a la nature d'un droit exceptionnellement accordé à certaines personnes. Elle a pour fin d'apporter une garantie variable à des droits particuliers qui portent sur une valeur réelle. Pour ce faire, elle les transfère d'un objet ancien sur un objet nouveau* ».

Développons juste quelque peu la pensée de l'auteur. Droit exceptionnel, la subrogation réelle l'est certainement en ce qu'elle profite à des personnes qui ont des droits sur une masse de biens qu'elles ne détiennent pas forcément ce qui est le cas des bénéficiaires du droit de retour. Elle garantit ensuite effectivement, au sein d'un patrimoine, l'isolement de certains biens, par exemple les propres de communauté ou les biens objet du retour, et elle préserve leur affectation à des intérêts dépassant ceux de leur détenteur.<sup>262</sup> Pour cela elle recourt tout de même à un artifice qui consiste à reporter un droit, en l'occurrence un droit de retour légal, d'un objet disparu sur un objet nouveau. Comme le relève l'auteur elle veut que le passé se perpétue dans le présent.<sup>263</sup>

**179.-** A la question plus particulière de savoir si l'on peut étendre de plein droit la subrogation réelle à des cas non prévus par la loi, certains auteurs que l'on a déjà présentés ont tenté de répondre en recherchant les fondements de l'institution qui auraient pu justifier son élévation au rang de principe général du droit. Madame Ranouil, elle, a pris un parti radicalement opposé. Elle a considéré que la subrogation

---

<sup>261</sup> Cf. N. Ievillain, J.-Cl., Fasc 240, n°32. L'affirmation a d'ailleurs été jugée abrupte par les notaires lors du congrès de 2010.

<sup>262</sup> Même si cette idée d'affectation ou d'isolement des biens porte atteinte, a priori, à l'unité du patrimoine, elle exprime cependant cette autre idée qu'il peut exister au sein d'un même patrimoine de « *nombreux petits patrimoines* » comme disait Gazin dans sa thèse « *essai critique sur la notion de patrimoine* », Dijon, 1910. Capitant, lui, parlait d'îlots pour qualifier ces masses coexistant dans un même patrimoine : « *Essai sur la subrogation réelle* » Rev. trim. dr. civ., 1919, p. 385 ets.

<sup>263</sup> Ce faisant, Madame Ranouil ressuscite un argument de l'ancien droit, celui de la fiction, que des auteurs comme Demogue ou Henry, précités au n° 75, se sont efforcés de faire oublier, précisément parce que voir la subrogation comme une fiction ne permettait pas de la faire jouer en dehors des cas prévus par la loi et en dehors des universalités de droit.

ne pouvait constituer un tel principe pour deux raisons techniques : la première raison est que l'institution, sauf exception légale rare, trop rigide dans ses effets, peut tourner à la défaveur de celui qu'elle entend garantir ; la seconde tient à l'équivoque qui entoure le mécanisme par rapport à la règle de droit commun qu'elle entend corriger mais à laquelle elle reste soumise.

Etant arrivée à la conclusion que la subrogation est un procédé casuel, elle s'est résolue à en rechercher le domaine d'application par une technique empirique qu'elle soumet à trois règles. Première règle : la subrogation n'est possible que si elle ne contrevient pas à des dispositions impératives. Deuxième règle : l'élargissement du domaine de la subrogation réelle doit être envisagé avec prudence, notamment lorsqu'elle intervient en matière de dette de valeur, où elle est qualifiée par l'auteur d'imparfaite, en raison du principe du nominalisme monétaire qui demeure en droit français. Troisième règle enfin : il convient de vérifier avant d'étendre le mécanisme s'il est possible dans la matière concernée d'admettre un objet de remplacement comme support du droit garanti.<sup>264</sup>

Lorsqu'elle traite du retour légal, l'auteur l'évoque rapidement au titre des « *autres matières où l'extension de la subrogation réelle par la reconnaissance d'un nouvel objet de remplacement n'a pas soulevé de difficultés* ». En réalité, seuls les juges du fond n'ont pas semblé éprouver beaucoup de difficultés. L'auteur ne s'attarde pas en effet sur la doctrine majoritaire qui était opposée à ces solutions jurisprudentielles comme il a été dit ci-dessus. Par ailleurs, l'auteur qui avait admis que la subrogation réelle ne pouvait être un principe général du droit conçoit cependant qu'elle puisse être un principe applicable à certaines matières déterminées, par extension des textes existants. Ainsi en est-il de l'indivision, du rapport ou de la réduction.

**180.-** S'agissant de la mise en œuvre de la subrogation réelle, l'auteur précise que le bien de remplacement dont il vient d'être question, représente une valeur nouvelle dans la masse où a lieu la substitution. Elle ajoute que cette définition économique du bien de remplacement s'impose puisqu'il est avéré depuis longtemps que : « *la subrogation réelle s'adresse à des droits qui portent sur des biens considérés plus dans leur valeur que dans leur individualité physique* ». Certes, pour

---

<sup>264</sup> Par exemple, il n'est pas possible d'admettre le jeu de la subrogation réelle sur un bien objet d'un droit de rétention.

que la subrogation réelle, parfaite ou imparfaite, fonctionne il convient qu'il existe un bien individualisable et non périssable<sup>265</sup> remplaçant l'objet initial du droit. Mais ce qui compte le plus pour admettre ce transfert d'objet, c'est la valeur. Il faut que le titulaire du droit garanti soit indifférent à l'individualité de l'objet. Ajoutons simplement que la subrogation réelle est, sauf exception légale rare, conditionnée par la preuve d'un lien de filiation entre le bien subrogé et le bien aliéné.

Au bénéfice de la définition qui a été donnée de la subrogation réelle et en tenant compte de la délicate délimitation de son domaine d'application en dehors de tout texte, il convient de mettre ce mécanisme à l'épreuve des nouveaux cas de retour.

### *B. La subrogation réelle mise à l'épreuve des nouveaux cas de retour*

Avant tout un rappel s'impose. Il ne sera question à ce stade que de confronter le droit de retour légal à la subrogation réelle dite parfaite c'est-à-dire, à celle qui sert à garantir des droits réels et non des droits de créances. Cela revient à se demander s'il est possible d'exercer le retour légal, en nature, sur un bien de remplacement provenant du bien originaire. Il faut donc mettre la subrogation réelle à l'épreuve de l'article 757-3 (1) avant de la mettre à l'épreuve de l'article 738-2 (2).

#### *1. La mise à l'épreuve de l'article 757-3*

La mise à l'épreuve suppose de répondre à trois questions : est-ce envisageable théoriquement ? Est-ce utile pratiquement ? Est-ce réalisable concrètement ?

---

<sup>265</sup> Un exemple pris au mécanisme du rapport, dans lequel la subrogation seconde la mise en œuvre de la dette de valeur, illustre la nécessité pour la subrogation d'un remplacement de bien par un autre non périssable : l'article 860 alinéa 2 in fine dispose, après avoir admis le jeu de la subrogation réelle pour liquider le montant du rapport, que « toutefois, si la dépréciation du nouveau bien était, en raison de sa nature, inéluctable au jour de son acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation ». L'exemple type de ce genre de bien est la voiture. Notons que ce même article 860 alinéa 2 fournit un exemple, différent, de ce que Madame Ranouil appelle les pseudo-subrogations réelles lorsqu'il envisage que le bien aliéné n'a pas été remplacé par un autre bien individualisable.

**181.-** Si l'on reprend brièvement les arguments opposés à la subrogation réelle en la matière et donc favorables à une interprétation stricte du retour en nature, ils peuvent être résumés en trois points : le retour légal est une institution dérogatoire au droit commun de la dévolution ab intestat ce qui justifie de ne pas étendre son champ d'application au-delà de ce qui est prévu par le texte, texte qui prévoit bien entendu exclusivement le retour en nature. Enfin, le droit de retour est fondé sur la conservation des biens dans la famille, signe d'un attachement patrimonial mais surtout affectif. Or, cet attachement ne se conçoit que pour le bien initial qui a été transmis au défunt par le donateur à titre gratuit.

**182.-** Théoriquement, que peut-on opposer à ces arguments ?

Premièrement, il est certain qu'en principe, une succession anormale a pour but de corriger la dévolution ab intestat en dérogeant à l'unité de la succession. Toutefois, il sera relevé plus loin que ce droit de retour, à une moindre mesure que celui de l'article 738-2, entretient des relations avec la dévolution ab intestat ordinaire.

Ensuite, l'argument de texte n'est pas contestable. Nulle part il n'est question de subrogation dans l'article 757-3 et le texte ne s'applique que lorsque le bien donné se retrouve en nature. La formule utilisée est la même que celle de l'article 368-1 pour lequel la subrogation a été exclue avec certitude.

Cependant, la subrogation dite parfaite revient à exercer le retour en nature sur un bien identifiable. Le terme en nature étant alors pris au sens le plus large comme s'opposant au retour en valeur. Il est vrai également que lorsque certains juges du fond ont étendu le champ d'application de l'ancien article 747, ils ne parlaient pas de rien, il y avait le second alinéa du texte et ses exceptions au retour en nature. En revanche, c'est bien sans texte que ces mêmes juges ont étendu le domaine du retour. Les cas de subrogation admis par les juges n'avaient rien de comparables avec les deux exceptions envisagées par le texte. Cela permet de souligner qu'en l'état actuel des textes, si extension il devait y avoir, les juges seraient en première ligne. Alors, il n'est pas impossible que dans un souci d'équité, comme avant, ils admettent le jeu de la subrogation réelle pour augmenter le bénéfice du retour légal même si cette interprétation devait se faire *contra legem*.

Enfin, pour ce qui est de l'argument qui consiste à se réfugier derrière le fondement traditionnel du retour légal, qu'il soit permis de douter de sa grande

portée. Certes, il existe des arguments tendant à attester que l'article 757-3 peut être fondé de façon sous-jacente sur l'idée de conservation des biens dans la famille<sup>266</sup> mais on ne peut nier qu'actuellement ce cas de retour n'aboutit que de façon très imparfaite à ce résultat.

Par ailleurs, le débat qui a fait rage pour donner naissance à ce texte laisse penser que ce n'est que par opportunité qu'il s'est fixé sur les biens de famille. Autrement dit, s'il était juste question d'arbitrer entre les vocations des uns et des autres, il aurait été sans doute aussi concevable et moins compliqué de conférer aux frère et sœur une vocation ab intestat en concours avec celle du conjoint dont on se doute qu'elle serait restée majoritaire. Le Professeur Catala, souligne d'ailleurs que « *s'il s'agissait de partager entre le conjoint et les collatéraux la valeur abstraite du patrimoine advenu gratuitement à l'époux défunt, on pouvait ouvrir largement la porte à la subrogation et suivre l'évolution en valeur du patrimoine comme on le fait en matière de communauté ou d'indivision* ». <sup>267</sup> Si comme il a été dit, le fondement réel de ce droit de retour est la conservation de la richesse plus que du bien il est plus facile d'admettre que le retour s'exerce en nature sur un bien de remplacement.

### **183.-** Pratiquement, cette extension est-elle utile ?

Au-delà de la garantie qu'elle fournit en équité, l'admission de la subrogation semble particulièrement utile dans le cadre de l'article 757-3 en ce qu'elle comblerait un manque qui résulte du fait qu'il est impossible, par convention, de prévoir un droit de retour s'exerçant sur un bien subrogé au bien transmis à titre gratuit au défunt. En effet, le droit de retour conventionnel peut prévoir dans ses modalités d'exercice la subrogation réelle. Mais le droit de retour conventionnel ne bénéficie qu'au donateur. Or, l'article 757-3 ne s'applique qu'en cas de décès du ou des donateurs. Donc le retour conventionnel ne peut s'appliquer à l'hypothèse visée par l'article 757-3. Cette constatation peut militer en faveur d'une extension du domaine d'application du texte.

### **184.-** Dernière question : est-ce concevable concrètement ?

---

<sup>266</sup> Cf. supra, p. 88 et s.

<sup>267</sup> P. Catala, Fasc. 10, J.-Cl. précité, n°97

Cette question pose le problème récurrent de la limite au jeu de la subrogation réelle. Ce problème a toujours embarrassé les auteurs. Par exemple, souvenons-nous que dans le cadre de l'ancien article 747, Aubry et Rau n'admettaient que la subrogation au premier degré. De même Capitant limitait la subrogation au prix du bien aliéné sans l'étendre au bien acquis en remploi de ce prix. A dire vrai, ces limites sont assez arbitraires mais témoignent de la nécessité d'encadrer le jeu de la subrogation.

A notre avis, il est sans doute possible de poser deux limites à la subrogation réelle en la matière.

La première n'a rien d'arbitraire, elle constitue ce que Madame Ranouil appelle « *la rançon de la garantie* » donnée par la subrogation réelle, c'est-à-dire la preuve, dont elle reconnaît que la difficulté est notoire.<sup>268</sup> Classiquement, c'est à celui qui invoquera le bénéfice de la subrogation de prouver son exercice si elle est contestée. Ainsi, devra-t-il prouver que le bien aliéné a été transmis au défunt à titre gratuit par ses ascendants prédécédés et qu'un bien de remplacement a été subrogé à ce bien ce qui suppose la preuve d'un lien de filiation certain entre ces deux biens, même s'il n'est que partiel. Conformément au droit commun, la preuve se fera par tous moyens s'il est question de démontrer un fait juridique, en revanche elle devra suivre les prescriptions des articles 1341 et suivants lorsque la preuve de la provenance du bien subrogé repose sur un acte juridique.

Différents facteurs peuvent rendre la preuve délicate et même impossible, notamment la répétition de la subrogation dont on ne voit pas de raison de la cantonner au premier degré. Si théoriquement la subrogation peut jouer sans limite, il est certain qu'à un moment, la provenance devient impossible à prouver. Voilà une première limite. On pourrait reprocher à cette limite de favoriser les procès. En réponse à cette remarque, on notera que la preuve que le bien se retrouve en nature, au sens strict, sans subrogation, n'est pas plus évidente.

La seconde limite consisterait à ne faire jouer la subrogation réelle en la matière que lorsqu'il s'agit d'une véritable subrogation réelle, c'est-à-dire à condition qu'un bien de remplacement identifiable et non périssable ait été substitué au bien originaire dans le patrimoine du défunt. Que le bien de remplacement soit non périssable revient à exclure le jeu de la subrogation lorsque le bien initial a été aliéné

---

<sup>268</sup> L'expression est en réalité empruntée à Ihering qui affirmait que la preuve est la rançon du droit.

pour acquérir un bien qui, par sa nature, se dépréciera inéluctablement. La subrogation garantissant avant tout une valeur, il paraît logique de l'exclure lorsque le bien de remplacement est inapte, par nature, à conserver sa valeur. Que le bien de remplacement soit identifiable implique d'exclure la subrogation lorsque le bien initial a été aliéné sans que lui ait été substitué dans le patrimoine du défunt un bien individualisable, bref un corps certain, non fongible par définition. Autrement dit, il faut que le prix de vente du bien aliéné ait été investi sans quoi, si l'on donne un droit au bénéficiaire du retour sur les liquidités de la succession, cela revient à lui octroyer un droit de créance.<sup>269</sup> On ne peut alors plus parler de retour en nature et l'on sort complètement, semble-t-il, du champ d'application du texte.<sup>270</sup>

**185.-** Au final, le jeu de la subrogation permettant d'étendre le domaine du retour en nature pourrait être utile dans le cadre de l'article 757-3. Il serait alors nécessairement limité compte tenu de la rédaction du texte et des difficultés probatoires imposées. Il est bien certain en outre que cette proposition constituerait une interprétation extensive du texte que seule la jurisprudence pourrait admettre pour des raisons d'équité, en tenant compte de ce qui semble être le fondement actuel du texte : la conservation de la richesse dans la famille.

Toutefois, pour séduisante qu'elle soit, cette interprétation ne mérite pas d'être retenue pour trois raisons : la première est que, sous l'empire de l'ancien article 747, la subrogation réelle n'a été, à notre connaissance, admise que par des juridictions du fond, jamais par la Cour de cassation, ce qui limite tout de même la portée de ces rares décisions. La seconde raison est que l'on ne peut nier la limpidité du texte qui n'envisage le retour que des biens se retrouvant en nature. La formule est la même que celle de l'article 368-1 pour lequel le législateur avait exclu avec certitude la subrogation. La troisième et dernière raison est pratique. Admettre la subrogation réelle complique inévitablement le travail du notaire lors du règlement de la succession et risque bien d'amener les héritiers vers les prétoires. Qu'en est-il dans le cadre de l'article 738-2 du Code civil ?

---

<sup>269</sup> Lorsqu'il relève l'intérêt de la distinction entre les choses fongibles et les choses non fongibles, Carbonnier précise que « les choses fongibles peuvent donner lieu à une action personnelle, en exécution d'une créance, non à une revendication, faute d'objet identifiable ». Il ajoute immédiatement que « c'est plutôt par l'effet d'une impossibilité de fait (de preuve) que d'une impossibilité de droit ». Cf. Carbonnier, *Droit Civil*, t. 3, *Les Biens*, 19<sup>ème</sup> édition refondue, PUF, n°54, p. 98.

<sup>270</sup> Cf. infra sur la question particulière du retour sur une somme d'argent.

## 2. La mise à l'épreuve de l'article 738-2

**186.-** La mise à l'épreuve de l'article 738-2 sera plus brève. En effet, le troisième alinéa de cet article prévoit que le retour s'exerce en valeur s'il ne peut s'exercer en nature. Cela revient à admettre que le retour puisse se résoudre en un simple droit de créance contre la succession. Comme il est courant de reconnaître que celui qui peut le plus peut le moins, il ne paraît pas difficile d'admettre que le retour, avant de s'exercer en valeur, puisse s'exercer en nature sur un bien subrogé au bien initialement donné.

**187.-** Théoriquement, les arguments développés à propos de l'article 757-3 peuvent être repris et amplifiés par le fait de l'admission, ici, d'un retour qui peut ne pas être en nature.

Toutefois, on relèvera l'opposition suivante formulée par la pratique notariale : *« Lorsque le législateur entend recourir à la subrogation pour valoriser un droit de créance, il le dit. Admettre la subrogation reviendrait à faire profiter le droit de retour légal du mécanisme de la dette de valeur ; or, pas de valorisme sans texte »*.<sup>271</sup>

Que répondre à cela ? La proposition paraît contestable. En effet, lorsqu'un droit de créance bénéficie du mécanisme de la dette de valeur par exception au principe du nominalisme, la loi le prévoit comme en matière de rapport, de réduction ou de récompenses. Cependant, il y a, à notre sens, une différence entre le droit de créance tel qu'il se rencontre en matière de rapport ou de réduction, où il constitue par principe un droit à restitution d'une valeur et le droit de retour légal qui est un droit réel portant par principe sur un bien. Les termes de la loi sont d'ailleurs révélateurs : on parle volontiers de dette de rapport ; l'article 860 dispose que le rapport est dû ; en revanche on ne parle pas de dette de retour, on parle de droit de retour. Dans un cas, un droit de créance qui s'exerce par principe en valeur peut, par exception, s'exercer sur la chose elle-même alors que dans l'autre, un droit réel sur une chose peut s'exercer par exception en valeur. Lorsque l'on étend, dans les limites de preuve que l'on connaît, le droit réel au moyen de la subrogation réelle, on ne fait que reporter un droit réel sur un autre objet. On ne donne pas naissance à un droit de créance et partant on ne valorise pas un droit de créance contrairement au principe du

---

<sup>271</sup> Cf. Congrès des Notaires 2010, Bordeaux, n° 4235, p. 1024 et Cridon de Paris, Dossier n° 732351.

nominalisme. Pour reprendre la distinction de Madame Ranouil, on fait jouer la subrogation parfaite, qui seule nous intéresse ici, et qu'il ne faut pas confondre avec la subrogation imparfaite qui seconde le mécanisme de la dette de valeur comme un indice réel. Et même dans ce dernier cas de subrogation imparfaite, il faut insister sur le fait que la subrogation est un renfort de la dette de valeur, elle ne crée pas la dette de valeur. En cela, il est contestable de dire que « *la subrogation réelle fait profiter du mécanisme de la dette de valeur* ». En conséquence, il semblerait que rien ne s'oppose à admettre le jeu de la subrogation réelle parfaite permettant d'étendre au maximum l'application du retour en nature. Naturellement, le développement qui précède est d'une importance relative dans la mesure où, lorsqu'il ne serait pas possible de faire jouer le retour en nature par subrogation, il serait possible de faire jouer le retour en valeur comme un droit de créance. A priori, l'utilité de l'extension du retour en nature est moins évidente que pour l'article 757-3. C'est ce que nous allons constater.

**188.-** Pratiquement dans ce cas, l'utilité du retour en nature sur un bien subrogé ne peut se justifier pour pallier l'impossibilité de recourir au retour conventionnel. Ici, le droit de retour bénéficie au donateur qui peut se réserver le retour conventionnel en prévoyant qu'il s'exercera sur tout bien subrogé au bien donné.

Malgré tout, on peut déceler un intérêt à l'admission de la subrogation dans le jeu de l'article 738-2. Lorsque la valeur du bien subrogé est inférieure aux droits successoraux du donateur sur lesquels il s'impute en application du deuxième alinéa du texte, le retour légal permet au donateur, à l'instar d'une attribution préférentielle, de se voir attribuer ce bien et pas un autre pour le remplir de ses droits ab intestat.<sup>272</sup> Bien entendu, l'intérêt est moins apparent que lorsque c'est le bien donné se retrouvant en nature qui revient au donateur. Toutefois, la subrogation permet dans ce cas précis d'obtenir un bien qui se veut la représentation actuelle du bien initialement donné. On ne peut cependant omettre les limites de ce procédé assimilable à l'attribution préférentielle. Outre qu'il ne s'applique efficacement que dans l'hypothèse visée où la valeur du bien est inférieure aux droits du donateur, il suppose

---

<sup>272</sup> Par ailleurs, le retour légal présente deux avantages par rapport au mécanisme de l'attribution préférentielle : il joue de plein droit sans nécessiter une demande de la part du donateur et il ne suppose aucune indemnisation des cohéritiers.

la réunion de deux conditions : d'abord, que la question du montant du retour ait été tranchée en faveur de l'interprétation du quart de la succession et non du quart du bien ; ensuite que la subrogation ait été totale comme par exemple dans le cas d'un échange sans soulte. Si une de ces conditions manque, l'indivision ne sera pas évitée et il faudra s'en remettre au droit du partage et de l'attribution préférentielle classique, si l'on peut dire. Mais alors, l'attribution préférentielle supposera une demande amiable ou judiciaire et elle ne jouera pas de plein droit.

Au mieux elle sera de droit pour celui qui réclame son bénéfice, au pire elle sera facultative en laissant au juge le soin de statuer « *en fonction des intérêts en présence* ».

**189.-** Concrètement, l'admission de la subrogation réelle présenterait ici, comme dans le cadre de l'article 757-3, les mêmes problèmes de preuve. Ceci-dit, l'article 738-2 autorisant de manière générale le retour en valeur lorsqu'il ne peut s'exercer en nature, la difficulté serait sans doute facilement évitée. Autrement dit, soit le bénéficiaire du retour pourrait prouver l'existence du bien en nature ou, s'il y avait intérêt, l'existence d'un bien subrogé au bien initial, soit il ne le pourrait pas et il pourrait de toute façon exercer son retour en valeur, c'est-à-dire en se prévalant d'un droit de créance contre la succession. Dès lors, la question de la limite au jeu de la subrogation réelle ne se pose pas. Il n'y aurait aucun sens à vouloir limiter l'application du retour en nature au bien subrogé identifiable puisque la loi admet que ce droit peut s'exercer en valeur. La rédaction du texte qui oppose les deux modalités de retour et qui prévoit que ce droit de retour s'applique « *dans tous les cas* » porte à croire que le retour en valeur est constitué par tout ce qui ne peut être qualifié de retour en nature sur le bien transmis *in spé* ou sur un bien subrogé identifiable.<sup>273</sup>

Toutefois, en l'état actuel du texte, seul deux modalités d'exercice du retour sont prévus : en nature sur le bien donné et à défaut en valeur. Et même s'il semble aisé d'admettre la subrogation réelle au cas particulier, cela ne présente pas beaucoup d'intérêt et risque de compliquer inutilement la matière. En tout état de cause, il faut garder à l'esprit que seul le juge pourrait décider, ici comme pour l'article 757-3, de l'application de la subrogation réelle au droit de retour en nature

---

<sup>273</sup> Donc il n'y aurait plus de raison d'exclure le retour lorsqu'il porte sur des biens fongibles.

A présent, il convient de se poser la question de l'exercice du droit de retour relativement à deux types particuliers de biens d'une importance pratique considérable dans les transmissions familiales : l'argent et les valeurs mobilières.

### **§ 3. L'exercice du retour légal sur des biens fongibles**

Le retour peut-il s'exercer quelle qu'ait été la nature du bien donné ? Quelle que soit la nature du bien subrogé ? Envisageons successivement l'exercice du retour légal sur des deniers (A) et l'exercice du retour légal sur des valeurs mobilières (B) en distinguant les deux textes qui nous occupent.

#### *A. l'exercice du retour légal sur des deniers*

**190.-** La question de savoir si le droit de retour peut être mis en œuvre lorsque le bien transmis à titre gratuit au défunt consiste en de l'argent ou s'il peut s'exercer sur une somme d'argent subrogée au bien initialement transmis appellerait une réponse différente dans le cadre des deux textes en cause. Refusé dans le cadre de l'article 757-3, l'exercice du retour sur des deniers devrait être permis dans le cadre de l'article 738-2.

**191.-** Parmi les auteurs qui se sont exprimés sur le sujet, il semble que l'unanimité refuse que le droit de retour de l'article 757-3 s'exerce sur des deniers.<sup>274</sup> Les arguments invoqués à l'appui de cette position ne sont pas nouveaux : le recours au texte qui impose l'existence du bien en nature et la finalité du texte qui est selon Monsieur Beigner de « *préserver le bien auquel est attaché le souvenir de la famille* ». Il est certain que l'on ne peut nier la nature fongible des deniers<sup>275</sup> qui fait obstacle à toute sorte d'individualisation. Il est également vrai que le texte a sans doute été fondé, au moins de façon sous-jacente, sur l'idée de conservation des biens dans la famille. Plus exactement, il a sans doute été rattaché habilement à cette idée

---

<sup>274</sup> V. en ce sens : G. Goubeaux, *ibid*, n°6 ; N. Levillain, *ibid*, n°11 ; B. Beigner, « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. famille* avril 2002, *chron.* 8, p. 5 ; P. Catala, *ibid*, n°97

<sup>275</sup> Le Doyen Carbonnier rappelle d'ailleurs que la fongibilité qui caractérise les instruments monétaires est absolue en ce sens qu'elle existe entre tous les instruments monétaires et même entre ces instruments et tous les biens qui, étant appréciables en argent, peuvent être remplacés par de la monnaie dans l'exécution des obligations. Carbonnier, *ibid*, n°53, p. 98.

pour parvenir au compromis que constitue le texte actuel. Ainsi, a-t-on pu admettre que le fondement du texte était plus certainement la conservation de la richesse familiale, en partie du moins.

De cette dernière remarque, il pourrait être tiré argument en faveur de l'application du retour en présence d'une donation de deniers. En effet, si ce qui compte est la richesse, pourquoi ne pas admettre que le retour porte sur les deniers qui se trouvent dans la succession et dans la limite de ces deniers, solution qui avait déjà été admise il y a plus d'un siècle par une juridiction de premier ressort.<sup>276</sup> La fongibilité de l'argent ne s'y oppose pas, au contraire.

Dans le cadre de l'article 757-3, admettre le jeu du retour lorsque des deniers ont été donnés ou lorsque des deniers ont été subrogés au bien donné, serait sans doute une erreur. S'oppose à la fongibilité de l'argent le texte qui impose le retour en nature sans envisager un retour en valeur. D'ailleurs, lorsque la possibilité d'une extension du texte en utilisant le mécanisme de la subrogation réelle a été envisagée à l'instant, il a été nécessaire de la limiter au seul cas où la subrogation peut jouer sur un bien de remplacement identifiable. Cette extension raisonnable pouvait paraître compatible avec d'un côté la rigueur du texte et le fondement sous-jacent de la conservation des biens dans la famille, et de l'autre côté le fondement très présent de la conservation de la seule richesse familiale. En conséquence, il serait à la limite possible d'envisager le jeu de l'article 757-3 uniquement lorsque les deniers donnés ont été investis par le défunt.<sup>277</sup> Ce serait alors la subrogation qui prendrait le relais avec ses limites probatoires. Il faudrait donc exclure le retour lorsque les deniers advenus au défunt à titre gratuit ont été dépensés ou lorsque le bien transmis a été vendu sans que le prix de vente n'ait été remployé.<sup>278</sup> L'article 757-3 supposerait au minimum que la richesse se soit incarnée dans un bien individualisable.

Mais, étant donné que nous avons exclu l'application de toute subrogation réelle en la matière, il faut se résoudre à exclure l'exercice du droit de retour de l'article 757-3 sur des deniers.

---

<sup>276</sup> Trib. Civ. Lyon, 22 janvier 1895, *Pandectes françaises* 1896, 2, 225.

<sup>277</sup> Le Professeur Goubeaux, dans l'article précité à la note 8, donne un exemple dans lequel la condition que les biens se retrouvent en nature à propos d'une somme d'argent semble être satisfaite. Cet exemple suppose que le défunt et ses frères ont des droits dans la succession de leur père non liquidée et qu'une somme d'argent soit mise dans le lot des successeurs du défunt.

<sup>278</sup> Contr. V. Bernard Beigner, article précité, selon lequel le fait que la loi vise « les biens » paraît naturellement exclure les sommes d'argent investies ou non.

**192.-** Pour ce qui est de l'article 738-2, il semble qu'il faille admettre que le retour puisse porter sur le prix de vente du bien aliéné autant que sur les deniers successoraux dans la limite de la somme donnée qui n'a pas été investie. Deux raisons appuient cette proposition : le fait que le texte prévoit lui-même qu'il peut se contenter d'une exécution en valeur et le fait que le fondement de la conservation des biens dans la famille est encore moins convaincant que dans le cas précédent.

### *B. L'exercice du retour sur des valeurs mobilières*

**193.-** Deux observations liminaires s'imposent. Premièrement, la seule question abordée ici sera celle de l'exercice du retour en nature lorsque le bien transmis au défunt a été un portefeuille de valeurs mobilières. La question de savoir si le retour peut s'exercer sur des valeurs mobilières acquises en emploi ou remploi des biens initialement donnés ne pose pas de question théorique particulière par rapport à celle de la subrogation mais pose de redoutables questions de preuve qui limitent considérablement son intérêt pratique.<sup>279</sup>

Secondement, il ne sera pas question du retour s'exerçant sur des droits sociaux autres que des valeurs mobilières qui ne sont même pas fongibles en valeur en l'absence de cotation sur un marché réglementé. Le retour portant sur de tels biens se conçoit en raison du caractère souvent familial de la société. Le point de savoir s'ils se retrouvent en nature ne posera que des questions de preuve et sera facilité parce que de tels titres de participation ont en général vocation à être conservés, surtout s'ils permettent de contrôler une société. En tout cas, ils subissent moins d'aliénation que des valeurs mobilières.<sup>280</sup>

**194.-** En revanche, la libre négociabilité et la fongibilité des valeurs mobilières posent la question de savoir s'il est possible d'exercer le retour en nature sur de tels biens. Les nombreux mouvements et arbitrages qui affectent dans un même patrimoine les valeurs mobilières rendent difficilement concevable le retour en nature, même via la subrogation réelle. Tenter d'exercer le retour en nature en

---

<sup>279</sup> En effet, s'il est possible de prouver un emploi ou un remploi de somme d'argent pour acquérir un immeuble grâce notamment à une déclaration d'origine de denier, il est impossible concrètement de procéder de la même manière en cas d'acquisition de valeurs mobilières. Cependant, contra. V. L. Aynès, note suivante, n° 280.

<sup>280</sup> Sur l'intérêt particulier du retour légal de l'article 757-3 en la matière, V. L. Leveneur, art. précité.

considérant les valeurs mobilières ut singuli, reviendrait à administrer une véritable probatio diabolica.<sup>281</sup>

Plus simplement, il semble qu'il pourrait être recouru à la notion de portefeuille de valeurs mobilières comme constituant un bien en lui-même, un contenant dont le contenu peut évoluer, bref une universalité de fait. La notion d'universalité de fait a d'ailleurs été admise par la jurisprudence en matière de portefeuille de valeurs mobilières : une première fois implicitement lorsque la Cour de cassation a permis à l'appelé bénéficiaire d'un legs *de residuo* portant sur des valeurs mobilières d'exercer son legs sur des titres acquis par le grevé en remplacement des titres initialement légués<sup>282</sup> ; et une seconde fois de façon explicite, lorsqu'il s'est agi de déterminer si les pouvoirs de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières lui permettaient de procéder seul à des arbitrages. La cour a alors posé que « *si l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, lesquelles ne sont pas consommables par le premier usage, est autorisé à gérer cette universalité en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés, il n'en a pas moins la charge d'en conserver la substance et de le rendre [...]* ». <sup>283</sup>

De cette jurisprudence on pourrait déduire que la condition selon laquelle le bien donné, en l'occurrence un portefeuille de valeurs mobilières, doit se retrouver en nature dans la succession pour ouvrir droit au retour légal, serait remplie dès lors que le défunt aurait conservé, tel un usufruitier, la substance de ce portefeuille. Le retour en nature serait envisageable s'il a vendu des titres en les remplaçant par d'autres. Toutefois, à la différence d'un usufruitier, le défunt aura pu aliéner tout ou partie des titres sans les remplacer puisqu'il n'est pas en principe tenu légalement en tant qu'héritier, légataire ou donataire, à une obligation de restitution. Cela aurait pour

---

<sup>281</sup> V. cependant L. Aynès, D. 1999, p. 167, qui considère que la preuve des éléments de la subrogation réelle serait facilitée par l'existence du compte d'instruments financiers et les règles de fonctionnement de celui-ci qui permettent d'identifier facilement les valeurs et de retracer les mouvements qui les affectent. Monsieur Aynès considère alors que le recours à la subrogation est suffisant pour justifier la pérennité de la substance du portefeuille de valeurs mobilières sans avoir besoin de la délicate notion d'universalité de fait.

<sup>282</sup> « Une Cour d'appel a retenu à bon droit que les cessions de valeurs mobilières, dans la mesure où elles ont été suivies de leur remplacement par d'autres titres de bourse, s'analysaient en des actes de gestion normale de portefeuille et devaient être assimilées à des actes d'administration et non de disposition. Dès lors, un portefeuille de titres objet d'un legs de residuo, est composé, non des seuls titres qui subsistent parmi ceux le composant au décès du testateur, mais de ceux qui résultent des opérations réalisées depuis ce décès ». Cf. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 juin 1993 : JCP G, 1994, II, 22206, note Couturier ; D. 1993, jurispr. p.613, note Martin ; Defrénois 1993, p. 1274, note Buffeteau ; RTD civ, 1994, p. 147, obs. Patarin.

<sup>283</sup> Arrêt Baylet, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 novembre 1998, Bull. Civ. I, n° 315, p. 217 ; GAJC, 11<sup>ème</sup> éd. N° 71 ; D. 1999, p. 167, note Aynès et p. 633, note Fiorina ; JCP G, 1999, II, 10027, note Piedelièvre et I, 120, n°29, obs. Périnet-Marquet ; JCP N 1999. 351, note Hovasse ; RTD civ, 1999, p. 422, note Zenati.

conséquence d'empêcher le retour en nature, strictement entendu, sur tout ou partie du portefeuille.<sup>284</sup>

Cette solution n'est pas sans poser de délicates questions de preuve, elle aussi. Evidemment, le recours au portefeuille universalité de fait suppose que ce soit bien un portefeuille qui fut advenu au défunt et que ce même portefeuille ait été conservé dans sa consistance et dans sa valeur. En dehors de la question théorique de savoir ce qu'est un portefeuille universalité, question dont la jurisprudence ne semble pas s'être embarrassée, il faut aussi que le donataire ait pris garde de bien distinguer ce portefeuille de ses propres titres. S'il a fusionné en un seul portefeuille des titres qu'il possédait avant ou des titres acquis par la suite sans que ce soit au moyen des titres figurant dans le portefeuille initial, il sera impossible de reconnaître dans ce portefeuille celui qui avait été donné originairement.

**195.-** Par ailleurs, il est important de noter qu'un résultat similaire pourrait être obtenu sans recourir à la notion d'universalité de fait. Au-delà de la question de savoir si la jurisprudence posera des conditions à l'existence d'un portefeuille de valeurs mobilières comme universalité de fait, cette notion fonctionnelle a été utilisée dans les deux arrêts précédents pour déterminer les pouvoirs de l'usufruitier ou de l'appelé. Or ici, aucune question de pouvoir ne se pose. Il n'a jamais été contesté que le défunt ait toute latitude pour aliéner les biens en question. On pourrait donc appliquer simplement la subrogation réelle sans recourir à l'universalité de fait à l'intérieur de laquelle elle est censée jouer sans limite en raison de la fongibilité des biens composant cette universalité. On en reviendrait alors uniquement à une question d'admission et de preuve de la subrogation réelle. Certes, elle sera souvent difficile et nécessitera que le défunt ait bien maintenu les valeurs en question séparées des autres titres qu'il pouvait avoir, mais le résultat serait obtenu plus directement. Au lieu de qualifier l'universalité de fait et de se demander si elle se retrouve en nature, il suffirait de se demander si les valeurs mobilières données se retrouvent telles qu'elles ont été données ou si d'autres valeurs mobilières y ont été subrogées.

---

<sup>284</sup>L'article 738-2, admettant le retour en valeur, s'appliquerait même en l'absence de subrogation. Par ailleurs, le retour devrait être admis si le défunt n'a disposé que d'une partie du portefeuille.

**196.-** A partir de là, quelle que soit l'opinion que l'on adopte au sujet de l'admission de la subrogation réelle, un problème se pose dans le cadre de l'article 757-3.

Si l'on admet le jeu de la subrogation réelle dans les limites envisagées plus haut, reste l'obstacle de la fongibilité qui interdit que le retour porte sur une somme d'argent non investi. En matière de valeurs mobilières, il semble que l'obstacle puisse être ignoré. Si l'argent est parfaitement fongible, il a été soutenu que les valeurs mobilières n'étaient que fongibles en valeur.<sup>285</sup> Ce type artificiel de fongibilité ne signifie pas que les valeurs mobilières soient interchangeable ou identiques, il signifie qu'elles font naître une propriété de valeur qui exprime ce qui compte le plus pour leur propriétaire : leur valeur plus que les droits politiques et économiques qu'elles confèrent. Au-delà de cette fongibilité de valeur qui transcenderait tous les titres appartenant à un même propriétaire, les titres ne sont, à la limite, fongibles que par catégorie : tel type d'action Vinci contre telles autres actions du même type.

Si maintenant, on refuse le jeu de la subrogation réelle, ce qui est préférable, on ne voit pas comment permettre le retour d'un portefeuille de valeurs mobilières sur lequel des arbitrages ont été faits. Il a été proposé d'appliquer par analogie les dispositions de l'article 1049 relatif aux libéralités graduelles.<sup>286</sup> Le second alinéa de cet article prévoit que lorsque la libéralité porte sur des valeurs mobilières, elle produit également son effet, c'est-à-dire la transmission des biens que l'on considère comme conservés par le grevé, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières subrogées. Cet article a été vu comme « *posant un principe général d'équivalence applicable en toutes circonstances au portefeuille de valeurs mobilières considéré dès lors comme une universalité, dès lors que son titulaire s'est plié à une politique de réinvestissement* ». <sup>287</sup> Cette position est séduisante mais n'est pas certaine et nous ramène au délicat problème de la qualification d'un portefeuille universalité.

Ces remarques permettent d'envisager, par exception, le jeu de la subrogation réelle sur des valeurs mobilières qui demeurent donc dans un patrimoine des biens identifiables à la différence de l'argent. Pour faciliter la preuve de la subrogation il sera tout de même nécessaire de maintenir séparés les titres en question.

---

<sup>285</sup> Sur cette notion de fongibilité en valeur Cf. A.Laude, la fongibilité, RTD com. 1995, p. 307, n° 22 et s.

<sup>286</sup> Cf. Congrès des notaires de Bordeaux, 2010, p. 1024 et 1025. La proposition était faite dans le cadre de l'article 738-2.

**197.-** Aux termes de cette section relative à la condition d'existence en nature des biens au jour de l'ouverture de la succession, plusieurs remarques peuvent être formulées :

Première remarque : l'exigence du retour en nature est plus essentielle dans le cadre de l'article 757-3 qui ne prévoit pas la possibilité d'un exercice du retour en valeur.

Deuxième remarque : la condition de l'existence en nature d'un bien dans la succession ne doit pas, à notre sens, s'entendre de façon trop stricte. Un bien, même modifié, doit pouvoir faire l'objet d'un droit de retour en nature. Toutefois, il conviendrait de laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond le soin de qualifier les modifications substantielles qui empêcheraient le retour en nature de se produire.

Troisième remarque : En dépit des apparences, le retour en nature ne doit pas pouvoir compter sur le jeu de la subrogation réelle dans le cadre de l'article 738-2. De même, la subrogation réelle doit être exclue dans le cadre de l'article 757-3 en raison du texte qui n'envisage que le retour en nature sans possibilité d'exercice en valeur. Seule exception envisageable, le portefeuille de valeur mobilières, pris comme une universalité de fait à l'intérieur de laquelle la subrogation joue.

Quatrième remarque : il est certain que l'admission de la subrogation réelle aurait obligé le notaire chargé du règlement de la succession à une attention particulière notamment lors de l'établissement de l'acte de notoriété.<sup>288</sup> La preuve du retour via la subrogation aurait pu être facilitée en matière immobilière du fait de l'existence de titres de propriété pouvant contenir des clauses de déclaration d'origine des deniers. Au-delà, le notaire aurait sans doute pu compter sur la sanction du recel successoral pour être informé par tout héritier, on pense surtout au conjoint survivant, de l'existence d'un bien subrogé à un bien reçu par le défunt à titre gratuit de ses ascendants.

Cinquième remarque : pratiquement, le retour en nature sera considérablement facilité, sans même avoir besoin de recourir à la subrogation, dans le cas courant des transmissions entre vifs dont le but est d'assurer la pérennité d'un patrimoine en limitant autant que faire se peut la taxation fiscale. Il s'agit bien entendu des

---

<sup>287</sup> Ibidem.

donations en nue-propriété avec réserve d'usufruit. Le nu-propriétaire défunt n'aura pas pu disposer du bien transmis en son entier de sorte que la nue-propriété donnée se retrouvera bien souvent en nature dans la succession. Pour éviter que le nu-propriétaire ne dispose de son droit de nue-propriété il sera prudent de prévoir une clause d'interdiction d'aliéner dans la donation. Dans le cadre du retour légal, ce genre de donation ne se rencontrera que dans l'hypothèse de l'article 738-2 et dans l'hypothèse où le retour de l'article 757-3 porte sur des biens advenus au défunt par ses grands parents, usufruitiers.<sup>289</sup> Une limite toutefois : dans les deux cas le jeu du retour légal suppose que le retour conventionnel n'ait pas été stipulé ce qui sera fort rare pour ce genre de donation.

A présent, il faut étudier une autre question relative au bien qui se retrouve en nature dans la succession : celle où le bien objet du retour se trouve être en même temps objet du droit viager au logement du conjoint survivant.

## ***Section 2. L'exercice du droit de retour légal sur un bien objet du droit viager au logement du conjoint survivant***

**198.-** Tout d'abord, il faut préciser qu'il ne sera pas question ici du droit temporaire de jouissance sur le logement et le mobilier prévu à l'article 763 du Code civil. Ce droit d'ordre public, effet direct du mariage, fait naître automatiquement un droit temporaire contre la succession assimilable à un droit de créance. Le droit de retour légal quant à lui est, par principe, un droit réel de nature successorale. Tout conflit est donc impossible entre ces deux droits de nature différente.<sup>290</sup> En revanche, le droit viager de l'article 764 du Code civil constitue incontestablement un droit de nature successorale, un droit dans la succession et non pas contre elle. La preuve en est que ce droit ne s'ajoute pas au droit ab intestat du conjoint, il s'impute sur eux. Entre deux droits successoraux, le risque de concours apparaît.

---

<sup>288</sup> C'est sans doute pour cette raison que la majorité de la doctrine refuse toute idée de subrogation réelle en la matière.

<sup>289</sup> L'hypothèse est concevable puisque l'article 757-3 permet depuis 2006 que le droit de retour s'exerce sur des biens reçus par le défunt de ses ascendants ordinaires mais n'impose comme condition d'exercice du retour que le prédécès des ascendants privilégiés.

<sup>290</sup> Le bénéficiaire du droit de retour devra supporter cette charge que constitue le droit temporaire comme n'importe quel héritier parce qu'il s'agit d'un passif successoral.

Notons qu'admettre ce concours revient à anticiper la réponse à la question de savoir si les nouveaux cas de retour constituent de vraies successions anormales. En effet, une vraie succession anormale est étrangère à la succession ordinaire. Reconnaître dans les articles 757-3 et 738-2 de vraies successions anormales éluderait le problème en ce que le droit viager, règle de dévolution ordinaire, n'aurait pas de prise sur les biens objet du retour.<sup>291</sup> Cette opportune solution est cependant trop simple pour deux raisons : d'abord parce que, nous le verrons, les nouveaux cas de retour ne sont pas réductibles à de simples successions anormales ; ensuite, parce que l'on ne peut comparer les situations anciennes au cas présent, le droit antérieur à 2001 ne connaissant pas une telle institution légale assurant la maintenance du conjoint survivant. Il faut donc se résoudre à étudier la question du concours entre ce droit en propriété qu'instaure le droit de retour et ce droit d'usage et d'habitation qui résulte du droit viager.

**199.-** Le concours suppose que le défunt décédé ab intestat et sans enfant laisse à sa survivance outre son conjoint, le bénéficiaire d'un droit de retour, collatéraux privilégiés ou ascendants privilégiés selon le cas, et que le bien occupé à titre d'habitation principale par le conjoint survivant au jour du décès ait été transmis au défunt à titre gratuit par ses ascendants, privilégiés dans le cas de l'article 738-2, ordinaires ou privilégiés dans le cas de l'article 757-3. Dans ces hypothèses, le conjoint pourrait faire valoir son droit viager lui permettant d'habiter le bien et de jouir des meubles le meublant. Parallèlement, le bénéficiaire du retour recueille au moins une quote-part du bien en pleine propriété. Théoriquement, avant tout partage, les droits indivis des bénéficiaires du retour leur permettent d'occuper le bien, comme tout indivisaire, « *dans la mesure compatible avec les droits des autres indivisaires* ». Leur pleine propriété indivise comporte naturellement le droit de jouir et d'user de la chose indivise mais cela ne pourra se faire que moyennant une atteinte portée à l'exercice du droit viager qui porte sur la totalité du bien. Le concours a été résolu par une réponse ministérielle pour ce qui concerne le droit de retour de l'article 757-3. Cette réponse ministérielle organise la primauté du droit viager (§1). Il reste en revanche sans réponse dans le cadre de l'article 738-2 mais ce texte pourrait bien

---

<sup>291</sup> Sauf si l'on considère le droit viager au logement comme une succession anormale.

contenir en son sein une solution permettant d'organiser la conciliation des deux droits (§2).

**§ 1. La primauté du droit viager dans le cadre de l'article 757-3**

Une fois n'est pas coutume, pour résoudre ce conflit il faut envisager soit la primauté d'un droit sur l'autre soit la coexistence des deux.<sup>292</sup>

**200.-** Si l'on cherchait à exclure un droit au profit de l'autre, une solution pourrait être de faire jouer en premier le droit de retour légal, à l'image du retour conventionnel, ce qui aurait pour effet de faire naître une indivision et donc d'empêcher l'exercice du droit viager, lequel suppose que le bien dépende totalement de la succession. Monsieur Christophe Blanchard, à propos de l'article 738-2, précise que cette solution par analogie doit être écartée en raison de la différence de nature existant entre le retour légal et le retour conventionnel. C'est incontestable mais il semble qu'une autre raison s'oppose à cette solution : si l'exercice, en premier, du retour légal crée une indivision, cela ne signifie pas que le bien en question ne fasse pas partie de la succession. Il n'en serait autrement que s'il était certain que le retour légal ouvre une véritable succession anormale et cela n'est pas sûr.

Par ailleurs, on doit exclure ici toute idée d'impérativité puisque le droit viager est incontestablement un droit supplétif et le droit de retour de l'article 757-3 bénéficiant aux collatéraux privilégiés n'a, a priori, aucune raison d'être impératif.

**201.-** Si l'on recherchait à combiner les deux droits, force serait de constater que cela ne pourrait pas aller sans atteindre l'un des deux.

Une première proposition serait celle de l'indivision en jouissance puisque les deux droits confèrent un droit de jouissance. Si une bonne entente ne règne pas entre les protagonistes le risque est alors d'aboutir à une demande en partage de l'indivision en jouissance, à une licitation de l'usufruit faute de cantonnement

---

<sup>292</sup> Cette méthode est la même que celle qui a été suivie plus haut pour départager l'ancienne réserve des ascendants et le droit viager au logement, Cf. p. 103 et s. C'est également la méthode suivie par Monsieur Christophe Blanchard pour résoudre le conflit entre le droit viager et l'article 738-2, Cf. « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère. » Deffrénois 2009, art. 39020. Les hypothèses échafaudées dans le cadre de l'article 738-2 sont transposables à l'article 757-3.

possible et à une probable éviction de la jouissance des collatéraux ou du conjoint. Pour les collatéraux cette éviction n'est pas dramatique étant donné qu'ils conservent leur vocation à la pleine propriété d'une quote-part du bien mais pour le conjoint, le risque d'une éviction s'oppose trop radicalement à son droit viager. La solution la plus simple et la plus avantageuse pour tous serait, pour le conjoint, s'il est par ailleurs copropriétaire indivis, de demander le partage de la pleine propriété et l'attribution préférentielle de son logement qui est de droit. Les collatéraux se verraient attribuer une soulte ce qui n'est pas contraire à l'idée de conservation de la richesse dans la famille. Toutefois, cette proposition n'est pas satisfaisante en raison de ce qu'elle impose au conjoint qui souhaite jouir seul du bien assurant son logement : payer une indemnité d'occupation exclusive sur le fondement du droit de l'indivision en cas d'accord avec les collatéraux ou bien en cas de mésentente, payer le prix de la jouissance des collatéraux dans le cadre d'une licitation ou encore payer le prix de la moitié indivise en pleine propriété dans le cadre d'une attribution préférentielle.

Une deuxième proposition permettrait de faire cohabiter plus sereinement les deux droits moyennant cependant une atteinte aux droits des collatéraux. Il s'agirait de reconnaître plein effet au droit viager et de reconnaître un droit de nue-propriété aux collatéraux. La solution aboutirait au même résultat que la licitation de la jouissance du bien au profit du conjoint. D'un côté, on peut y voir un moindre mal en ce que les collatéraux conservent leur vocation à la pleine propriété de la moitié. Mais d'un autre côté on peut aussi y voir peu d'intérêt pour eux qui ne bénéficient plus que d'un droit de nue-propriété sur la moitié du bien, droit dont la valeur dépend de l'âge de l'usufruitier. Leur vocation à la moitié en pleine propriété est reportée au décès du conjoint qui aura bien souvent à peu près la même espérance de vie qu'eux et s'ils vendent leurs droits, ils en retireront moins de profit que s'ils avaient vendu leur moitié indivise.<sup>293</sup>

**202.-** C'est pourtant dans ce sens qu'a tranché la réponse ministérielle publiée au Journal Officiel de l'Assemblée nationale le 14 novembre 2006 en précisant : « *le fait que le logement des époux soit soumis au droit de retour mis en place par*

---

<sup>293</sup> L'attribution préférentielle de droit au bénéfice du conjoint survivant leur est alors plus profitable en ce qu'elle leur permet d'obtenir au jour du partage la contrepartie pécuniaire de leur droit indivis de moitié en pleine propriété.

*l'article 757-3 du Code civil, ne fait pas obstacle au bénéfice du droit d'habitation viager prévu à l'article 764 dès lors que le conjoint survivant remplit toutes les conditions imposées par cet article ».*

Au fond, la situation des collatéraux privilégiés est la même que celle des descendants face à un conjoint survivant réclamant le bénéfice de son droit viager : ils recueillent le bien grevé du droit viager. C'est ce qui permet à la réponse ministérielle de conclure en indiquant : *« que la protection du conjoint survivant à l'égard du domicile conjugal n'est pas moins bien assurée en présence de collatéraux qu'en présence de descendants et d'ascendants »*.<sup>294</sup>

Pour terminer sur ce point, il semble qu'il existe une hypothèse dans laquelle le droit viager au logement du conjoint trouve à s'appliquer en excluant le droit de retour légal de l'article 757-3 : celle où le défunt a institué un tiers légataire universel par testament olographe, mystique ou international ou encore par testament authentique sans exprimer expressément sa volonté de priver son conjoint survivant de son droit viager. La doctrine considère en effet dans ce cas que le droit viager reste opposable au légataire comme une charge de la libéralité dont il bénéficie. Dans un tel cas, le conjoint peut avoir intérêt à demander le bénéfice de son droit viager dont il profitera seul plutôt que de réclamer ses droits réservataires sur lesquels le bénéficiaire du retour pourrait être tenté d'agir.<sup>295</sup>

Ce développement a permis de constater que, dans le cadre de l'article 757-3, le droit viager prend le pas sur le droit de retour. Sous couvert d'assurer la coexistence des deux droits, la réponse ministérielle organise la primauté du droit viager. Cette primauté se comprend toutefois lorsque l'on oppose l'urgence des droits de maintenance qui impose dès le décès le maintien des conditions de vie du conjoint survivant à la simple perspective qui s'évince de l'objectif de conservation des biens ou à tout le moins de la richesse dans la famille.

En tout dernier lieu, il convient de remarquer que la solution prônée par la réponse ministérielle peut être perçue non comme organisant la primauté d'un droit sur l'autre mais comme combinant deux successions anomales : l'une fondée sur l'origine du bien, celle issue de l'article 757-3, et l'autre fondée sur la nature du bien,

---

<sup>294</sup> La réponse ministérielle n° 104803 dont il est question a fait suite à une question écrite présentée par Madame Chantal Brunel, députée de Seine et Marne, publiée au J.O.A.N du 26 septembre 2006. Il est à noter qu'une question identique (n° 115548) posée par Monsieur Richard Mallié, député des Bouches du Rhône, publiée au J.O.A.N du 9 janvier 2007, n'a pas reçu de réponse sans doute parce qu'en deux mois la doctrine du ministère de la Justice n'avait pas dû changer sur la question...

celle issue de l'article 764. Cependant, la qualification de succession anormale peut être discutée pour les deux droits.<sup>296</sup>

Il est temps d'étudier comment peut se résoudre le concours du droit viager et du droit de retour de l'article 738-2.

## **§ 2. La conciliation des deux droits dans l'hypothèse de l'article 738-2**

**203.-** Le concours se présente de la même façon que dans le cas précédent sauf qu'au lieu des collatéraux ce sont les père et mère du défunt qui se trouvent en face du conjoint survivant. Les solutions précédemment énoncées peuvent être proposées sans convaincre davantage. Même la solution du démembrement avancée dans le cadre de l'article 757-3 appelle des réserves. En effet, que feraient les parents d'un droit de retour réduit à une nue-propriété ? Le conjoint survivant sera toujours plus jeune qu'eux ce qui les privera de l'espoir de voir un jour la pleine propriété se reconstituer sur leur tête. Et s'ils souhaitent céder leurs droits, ils retireront de la nue-propriété une moindre valeur que ce que leurs droits en pleine propriété leur auraient permis d'obtenir. Bien sûr, il est possible de répondre à ces réserves que la vocation du retour légal de conserver la richesse dans la famille sera assurée par la reconstitution de leurs droits en pleine propriété sur la tête de leurs héritiers si ce n'est sur la leur. On peut aussi rétorquer que le fondement du droit de retour n'est pas la solidarité familiale en dépit du fait qu'il constitue une compensation de l'ancienne réserve des ascendants qui avait précisément ce rôle en présence d'un conjoint survivant gratifié. Par conséquent il est délicat de s'offusquer de ce que le jeu du retour en l'espèce n'octroierait que des droits en nue-propriété de moindre valeur si jamais les parents avaient besoin de cela pour vivre.

---

<sup>295</sup> V. supra, p. 140 et s., la théorie du Professeur Goubeaux.

<sup>296</sup> Pour le retour légal, V. infra, p.239 et s. Pour le droit viager, V. M. Grimaldi « Droit du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle » Act. jur. fam. 2002. 48. ; F. Vauvillé, « Les droits au logement du conjoint survivant » Defrénois 2002, art 37608, p.1290 ; N Levillain « Le droit viager au logement du conjoint survivant » JCP N, n° 3, 17 janvier 2003, 1043 ; Ch. Lesbats « Le droit viager au logement et l'option du conjoint survivant », JCP N, n° 5, février 2005, 1078. D'un côté, l'absence de récompense lorsque la valeur des droits d'usage et d'habitation excède les droits légaux du conjoint et la possibilité de ne pas réclamer le complément lorsque leur valeur est inférieure aux droits légaux rapproche le mécanisme du droit viager de celui d'une succession anormale. D'un autre côté, l'imputation du droit viager sur les droits légaux l'en éloigne.

**204.-** A y regarder de plus près il semble que ces discussions soient vaines puisque l'article 738-2 paraît recéler en son sein une solution qui permettrait de concilier les droits en présence et même mieux, les intérêts en présence : assurer la plénitude du droit viager sans compromettre la conservation de la richesse dans la famille et sans réduire le droit de retour à une simple nue-propriété.

Cette solution est énoncée au troisième alinéa de l'article 738-2 qui prévoit la possibilité d'exercer le retour en valeur lorsqu'il est impossible de l'exercer en nature. Cette modalité nouvelle d'exercice du retour qui consiste à substituer un droit de créance contre la succession à un droit réel semble adéquate. Il est vrai que l'application du droit viager, dont l'importance aux yeux du législateur a été démontrée, ne permet pas de jouir de tous les attributs de la pleine propriété que confère le droit de retour légal. Par conséquent, il n'est pas faux de prétendre que le bénéfice du droit viager rend impossible l'exercice du droit de retour en nature ce qui a pour effet de le faire dégénérer en un droit de retour en valeur. La conservation de la richesse dans la famille n'en pâtira pas et les parents s'y retrouveront pécuniairement en obtenant la contrepartie en valeur d'un droit en pleine propriété.<sup>297</sup> La solution est juste mais concrètement, compte tenu de la composition actuelle des patrimoines qui contiennent en majeure partie une résidence principale, il est fort probable que, faute de liquidités suffisantes dans la succession, le bénéficiaire du retour soit contraint d'exercer son droit sur le bien initialement donné, grevé du droit viager au logement du conjoint. Cela revient à une sorte de démembrement. Admettre le contraire serait faire jouer le retour en valeur hors des limites de l'actif successoral et reviendrait à faire payer le conjoint pour qu'il puisse jouir du droit que la loi lui offre.

On le voit, le retour en valeur peut s'avérer utile mais il n'en fait pas moins naître des difficultés qu'il faudra observer à propos des effets du retour légal dans le titre suivant.

## **Titre II. Les difficultés relatives aux effets du retour légal**

---

<sup>297</sup> C'est à cette solution qu'aboutit Christophe Blanchard dans l'article précité.

**205.-** Lorsqu'il était certain que la seule ligne directrice du retour légal était la conservation des biens dans la famille, deux effets principaux pouvaient être attachés à l'institution : d'une part, la dévolution successorale particulière d'un bien d'origine familiale qui en découlait et d'autre part, une dualité de succession organisant la coexistence de la succession ordinaire et de la succession anormale. Il faudra se demander si ces effets se retrouvent dans les nouveaux cas de retour. Le caractère successoral du retour légal ne devrait pas beaucoup prêter à discussion. En revanche, il sera plus délicat d'affirmer que les articles 757-3 et 738-2 donnent naissance, indiscutablement, à des successions anormales distinctes de la succession ordinaire. Telles sont les difficultés relatives à la nature du retour légal qui seront étudiées en second lieu (Chapitre 2). Auparavant, il conviendra de s'attarder sur un point de la législation contemporaine incontestablement novateur : les nouveaux cas de retour n'entendent plus assurer la dévolution d'un bien d'origine familiale mais organisent la dévolution d'une quote-part de bien, quote-part de moitié pour l'un, du quart pour l'autre. Voilà ce qui a conduit plus haut à préférer la conservation de la richesse à la conservation des biens comme fondement nouveau du retour légal. Cette difficulté relative au montant du retour sera traitée en premier lieu (Chapitre 1).

## **Chapitre 1. Difficultés concernant le montant du retour**

**206.-** Trois difficultés peuvent être soulevées. La première qui n'est pas la plus délicate concerne les conséquences du taux original des nouveaux cas de retour. Elle part du constat qu'un droit de retour s'exerçant sur une portion de bien fait naître à tous les coups une indivision entre le bénéficiaire du retour légal et les autres héritiers, indivision inconcevable traditionnellement et qu'il aurait peut-être été préférable d'éviter. C'est le problème de l'indivision et du spectre de la licitation (Section 1).

La deuxième difficulté est beaucoup plus sérieuse. Elle a trait à la détermination même du montant du retour légal. L'article 757-3 envisage clairement que les biens en question sont « *dévolus pour moitié* » aux collatéraux privilégiés. Le montant du droit de retour est constitué par la moitié des biens d'origine familiale. En

revanche, sur ce point, la rédaction de l'article 738-2 est « *vicieuse* » pour reprendre un terme employé par le Professeur Brenner.<sup>298</sup> Le renvoi à l'article 738 pour fixer le montant de la quote-part des biens de famille devant faire retour laisse planer un doute sur le point de savoir si ce renvoi ne vaut que pour la portion du quart appliquée aux biens en cause ou s'il vaut pour la quote-part et son assiette, soit le quart de la succession. C'est toute la question de la détermination in abstracto du montant du retour (Section 2).

Après avoir tenté de résoudre ces difficultés, une troisième ne manquera pas de se poser : celle de la détermination in concreto du montant du retour (Section 3). Quelle valeur faut-il retenir pour calculer le montant du retour lorsque le bien a été aliéné ? Ou amélioré ? Quel est le montant du retour lorsque le bien qui en est l'objet est advenu au défunt par donation-partage avec soulte, donation-partage cumulative ou conjonctive ? Telles seront les questions abordées en dernier lieu.

### **Section 1. L'indivision et le spectre de la licitation**

**207.-** L'article 757-3 a instauré le premier un droit de retour d'un genre nouveau dont l'assiette est constituée par la moitié des biens qui en sont l'objet. Il est certain que ce retour portant sur une portion de bien fait naître une indivision. Il est impossible d'y échapper même en présence de plusieurs biens. Le bénéficiaire du retour recevra à ce titre la moitié indivise de tous les biens objet du retour. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner que cette inévitable indivision, possible source de conflit surtout entre le conjoint survivant et les collatéraux privilégiés, risquait de conduire à la cession des biens de famille plutôt qu'à leur maintien dans la famille. Bien souvent le résultat sera aux antipodes du souhait affiché par le législateur et mènera, faute de partage en nature possible, à la licitation au profit d'un tiers étranger à la famille.<sup>299</sup> La même crainte peut se manifester dans

---

<sup>298</sup> V. C. Brenner, J.-Cl. Civil Code, art. 912 à 930-5, Fasc. 10, libéralités, n° 51.

<sup>299</sup> V. notamment : G. Goubeaux, art. précité, n° 9 ; N. Levillain, art. précité, n° 12 ; M.-C. de Roton Catala, Dalloz Action 2008/2009, chap. 235 « Successions anomales, n° 235. 41 ; J. Hauser et Ph. Delmas Saint-Hilaire, « vive les libéralités entre époux », Defrénois 2003, art. n° 37645 lesquels affirment que : « *l'indivision en résultant risque de précipiter les biens qui en sont frappés hors de la famille suite à une licitation* ».

le cas de l'article 738-2 qui n'envisage dans son deuxième alinéa que le retour d'une portion de bien.<sup>300</sup>

Le risque est sérieux. Il est impossible de nier qu'il se réalisera souvent mais il convient de le relativiser au regard des règles propres au partage d'indivision.

**208.-** L'hypothèse la plus simple est celle du partage en nature lorsqu'il existe plusieurs biens objet du retour ou un seul bien facilement divisible. Schématiquement, si deux immeubles de même valeur donnés au défunt par ses parents se retrouvent en nature dans sa succession, le premier sera attribué à son conjoint survivant, le second à son frère. Le cas du partage en nature permet donc de conserver une partie des biens dans la famille. Au-delà de l'exemple passablement théorique qui a été donné, il existe des biens qui seront aisément divisibles comme les parts d'une société familiale qui ont chacune la même valeur. Par ailleurs, à supposer qu'un seul bien, notamment un immeuble, soit concerné, il ne faut pas pour autant exclure toute possibilité de partage en nature. Moyennant l'accord des indivisaires, le bien en question peut être divisé pour ensuite être partagé en nature. Tel sera le cas d'une parcelle de terrain divisée, ou d'un immeuble de rapport mis en copropriété.

**209.-** D'autres mécanismes permettent d'éviter, au moins temporairement, le partage et la licitation qui peut s'en suivre.

Parfois, la décision de maintenir le bien dans la famille sera à la seule portée du conjoint survivant. Ce sera le cas du maintien dans l'indivision que seul le conjoint survivant peut demander au juge en l'absence de descendant.<sup>301</sup> Le dispositif est limité à certains biens dont le conjoint était copropriétaire avant le décès ou dont il est devenu propriétaire du fait du décès : entreprise, local professionnel ou d'habitation. Le Tribunal de Grande Instance statuera en fonction des intérêts en présence et fixera les conditions du maintien de l'indivision qui ne peut être prescrit pour une durée supérieure à cinq ans mais qui peut toutefois être renouvelé jusqu'au décès du conjoint survivant.<sup>302</sup> Cela pourra se concevoir si par exemple les revenus de l'entreprise sont la seule ressource du conjoint survivant. En revanche, pour ce qui est

---

<sup>300</sup> Toutefois, à la différence de l'article 757-3, il semble que pour l'article 738-2 cette indivision puisse être évitée dans certains cas selon l'interprétation du montant de l'assiette que l'on retient. Cf. infra.

<sup>301</sup> Art. 822 alinéa 2.

<sup>302</sup> Art. 821 pour ce qui concerne les conditions du maintien fixées par le tribunal (attribution de la jouissance, garanties) et art. 823 pour ce qui concerne la durée du maintien et son éventuel renouvellement.

du local d'habitation, il est préférable que le conjoint réclame le bénéfice du droit viager dont on a vu qu'il prend le pas sur le droit de retour. En effet, dans le cas où le juge renouvellerait ad vitam le maintien d'un tel local en indivision en autorisant la jouissance exclusive du conjoint, les autres indivisaires seraient en droit de demander une indemnité d'occupation sur le fondement de l'article 815-9 alinéa 2. Le droit viager aboutit au même résultat en évitant le paiement d'une indemnité. Dans ce cas tout risque de licitation est exclu.

D'autres fois, l'initiative appartiendra à tout indivisaire et pourra porter sur toute sorte de biens indivis. C'est le cas du sursis au partage opposé à une demande en partage, pour une durée de deux ans. Cette solution est très temporaire. Elle est envisageable dans deux cas seulement : si la réalisation immédiate du partage risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis ou si l'un des indivisaires ne peut reprendre l'entreprise dépendant de la succession qu'à l'expiration de ce délai.<sup>303</sup> On pense alors au frère ou mieux au neveu du défunt, bénéficiaire du retour, auquel on laissera le temps de terminer ses études avant de reprendre l'affaire familiale.

Plus radicalement, les indivisaires qui entendent rester dans l'indivision pour conserver le bien, les frères et sœurs par exemple, peuvent demander au juge d'attribuer sa part à celui qui a demandé le partage. Voilà un bon moyen pour éviter toute licitation que le mécanisme de l'attribution éliminatoire. Dans l'hypothèse où les collatéraux souhaiteraient éliminer le conjoint demandeur en partage, ils pourront lui attribuer sa part de moitié en argent.<sup>304</sup> Dans le même esprit mais moyennant un partage, les bénéficiaires du retour pourraient demander conjointement l'attribution préférentielle du bien en question afin d'en assurer la conservation tel qu'il est prévu à l'article 832-3 alinéa 1er. Il est à noter que le juge conservera en ce cas son pouvoir d'appréciation pour « *statuer en fonction des intérêts en présence* », pouvoir dont il est privé si le demandeur est le conjoint. Le Professeur Catala note qu'alors : « *Le conjoint damera le pion aux héritiers de sang. Mais il devra leur payer la moitié du prix de l'immeuble, dont il aurait été le seul héritier en l'absence de succession anormale.* »<sup>305</sup>

---

<sup>303</sup> Art 820.

<sup>304</sup> Nous avons vu que dans le cadre de l'article 757-3 il était scabreux de permettre l'exercice du retour sur des sommes d'argent. Par conséquent, le droit de retour ne portera pas sur des deniers et l'on ne retrouvera pas dans l'indivision « une somme suffisante » permettant d'attribuer sa part au conjoint. Les collatéraux devront donc « racheter » la moitié indivise au conjoint. Le résultat est alors proche de l'attribution préférentielle.

**210.-** Force est de constater que des solutions existent afin d'éviter une licitation au bénéfice d'un tiers. Toutefois, ces solutions supposent, en dehors de celles qui sont temporaires, que les indivisaires souhaitant la conservation de l'entier bien en nature aient les moyens de payer le coût de l'attribution éliminatoire, ou la soulte de l'attribution préférentielle. A défaut, il est vrai que le risque de licitation au profit d'un tiers demeure sauf à ce que le bénéficiaire du retour se porte adjudicataire. Mais encore faut-il en avoir les moyens, là aussi.<sup>306</sup>

On se souvient que les rapports conflictuels entre conjoint et ascendants étaient l'une des raisons ayant entraîné l'abrogation de l'article 914 du Code civil. Au regard de l'article 738-2, vu comme compensation de la suppression de l'ancienne réserve des ascendants, il est douteux que l'indivision qu'il implique soit de nature à apaiser les relations familiales à moins que, pour les biens objet du retour, il soit possible d'échapper à ce régime de l'indivision. Dès lors, la paix des familles semble dépendre de l'interprétation que l'on donne à la formulation énigmatique de l'alinéa premier de l'article 738-2. Se pose alors la délicate question de la détermination in abstracto de l'assiette du droit de retour de l'article 738-2.

## ***Section 2. La détermination in abstracto du montant du retour de l'article 738-2***

**211.-** C'est la loi du 3 décembre 2001 qui, la première, a prévu que le droit de retour des frères et sœurs de l'article 757-3 ne porterait pas sur le ou les biens qui en sont l'objet mais sur une portion de ces biens. « *Les biens... sont dévolus pour moitié aux frères et sœurs...* ».

La loi du 23 juin 2006, à propos du droit de retour des père et mère, envisage aussi le retour d'une portion seulement des biens. Cependant l'imprécision du texte de l'article 738-2 quant au montant du droit de retour donne lieu à interprétation. Le texte énonce en son alinéa premier que le droit de retour s'exerce sur les biens qui en sont l'objet « *à concurrence des quotes-parts fixées au premier alinéa de l'article 738* ». L'article 738 alinéa premier fixe les droits des père et mère du de cujus dans la

---

<sup>305</sup> Cf. P. Catala, J.-Cl. Civil Code Fasc. 10 Successions, n°111.

<sup>306</sup> Cf. L. Leveneur, art. précité in mélanges Simler, p. 185 et s. n°11.

succession ordinaire en l'absence de conjoint mais en présence de collatéraux privilégiés à un quart chacun.

A partir de là deux interprétations sont possibles : soit le droit de retour porte sur les biens donnés à concurrence du quart de la succession pour chacun des père et mère, soit il porte sur un quart des biens donnés par chacun des père et mère.

Deux thèses s'opposent en doctrine sur cette question de l'interprétation de l'alinéa premier du texte. Il convient donc d'exposer les deux thèses en présence (§1). Puis, en les illustrant d'exemples, il faudra rechercher la plus convaincante et faire le choix d'une interprétation (§2).<sup>307</sup> Cet exercice de comparaison et d'interprétation conduit à proposer des méthodes de calcul et impose d'étudier l'alinéa premier en considération des deux autres alinéas de l'article. Au-delà de la détermination in abstracto du montant du retour légal, il sera donc question du traitement liquidatif de ce droit particulier.

### **§ 1. L'exposé des deux thèses en présence**

Tant au regard du texte qu'à la lecture de la doctrine ou des travaux parlementaires, aucune unanimité ne ressort sur l'interprétation du montant du droit de l'article 738-2. Il est nécessaire de rendre compte de ces interprétations divergentes en exposant la thèse dite du « quart du bien » (A) avant de présenter celle dite du « quart de la succession » (B).

#### *A. La thèse du quart du bien*

**212.-** D'abord, les travaux parlementaires peuvent être utilisés pour soutenir cette première thèse. Il semble que le législateur ait été inspiré par le droit de retour

---

<sup>307</sup> Madame Levillain a même remarqué qu'un auteur avait suggéré une troisième interprétation. Il s'agit de Madame Leroyer qui, dans une chronique publiée à la RTD civ. juillet/septembre 2006, p 612 et s. et notamment p. 622, semble calculer différemment le montant du retour selon qu'il s'exerce en nature ou en valeur. Elle pose en effet que : « *ce droit s'exerce par principe en nature, mais dans la limite de la quote-part des ascendants* » ce qui paraît favorable à l'interprétation du quart de la succession. Puis, juste après avoir envisagé le retour en valeur, elle ajoute : « *ils auront donc chacun droit au quart de la valeur des biens donnés* ». Rien dans la loi ne permet d'adopter des modes de calcul différents selon la modalité d'exercice du retour. D'ailleurs, si le retour peut s'exercer en valeur, on ne comprendrait pas pourquoi son montant devrait être différent. Cette méthode ne semble donc pas appropriée mais il n'est pas certain que ce soit ce qu'ait dit Madame Leroyer. En effet, dans la phrase qui précède la conclusion ci-dessus, favorable au quart du bien, l'auteur indique en parlant des parents « *qu'ils ne pourront donc cumuler leur droit de retour avec leur vocation légale* ». Or, il n'y a pas de doute que l'alinéa 2 qui prévoit cette règle du non-cumul est applicable que le retour ait lieu en nature ou en valeur. Par conséquent, il est envisageable que la phrase suivante ne soit pas, dans l'esprit de l'auteur, propre au retour en valeur ce dont il résulterait que Madame Leroyer serait favorable à une seule interprétation, celle du quart du bien en dépit de la formulation équivoque de la première affirmation.

qu'il avait créé moins de cinq ans plus tôt, celui de l'article 757-3. Or, nous l'avons dit, il n'est pas douteux que ce droit porte sur la moitié des biens objet du retour. Ainsi, dans l'exposé sommaire introduisant l'amendement n° 233 présenté par Monsieur Huyghe, trouve-t-on clairement exprimée cette inspiration, lorsqu'il est écrit : « *Ce droit de retour, dérogeant au principe traditionnel d'unité du patrimoine, s'apparente au droit au retour institué par la loi de 2001 dans le cas où le défunt laisse son conjoint survivant et des frères et sœurs, mais pas d'enfant commun avec le conjoint.* »<sup>308</sup> Plus techniquement, on trouve dans les travaux parlementaires l'argument selon lequel ce texte nouveau ne serait qu'une compensation de l'ancienne réserve, ancienne réserve dont le montant était d'un quart, quart qu'il conviendrait de limiter désormais aux seuls biens d'origine familiale. C'est ainsi que l'on peut lire que cet « *aménagement que constitue la suppression de la réserve s'accompagnera, pour les parents effectuant à leur enfant une donation, d'un droit de retour systématique du bien au décès du donataire – ce qui revient en réalité à ne supprimer la réserve des ascendants qu'à l'égard des biens acquis par le défunt* ». <sup>309</sup>

**213.-** Ensuite, on peut relever des arguments de texte assez persuasifs. Primo, il est prévu dans le texte que le retour s'exerce sur les biens en cause à concurrence d'une « *quote-part* ». Si l'on peut douter de la portée du renvoi à l'article 738, la lettre du texte semble claire. Elle renvoie simplement à la quote-part du quart prévue par ce dernier article et non à la quote-part et à l'assiette de cette quote-part qui est la succession. Secundo, lorsque le deuxième alinéa du texte prévoit l'imputation du montant du retour sur les droits successoraux des père et mère afin d'éviter un cumul de la vocation ab intestat ordinaire et du droit de retour, il n'envisage pas l'imputation du bien objet du retour ou de la valeur du bien objet du retour, il n'envisage que l'imputation de « *la valeur de la portion des biens soumise au retour* ». Or le seul moyen de faire porter le retour à tous les coups sur une portion de bien est de fixer le montant de ce droit à une portion des biens en cause, en l'occurrence un quart.

---

<sup>308</sup> Rappelons que l'article 738-2 est apparu sous la forme de cet amendement n° 233. Dans la même veine, Monsieur Huyghe écrit (p. 55) dans son rapport n° 3122 sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités « *qu'il s'agit de conférer aux parents un droit équivalent à celui dont bénéficient les frères et sœurs à l'égard du conjoint survivant après le décès d'un de leurs parents.* »

<sup>309</sup> Rapport A.N n° 3122, p. 39

**214.-** Enfin, en prenant appui sur les arguments précédents, une partie de la doctrine et le notariat se sont montrés favorables à cette interprétation en relevant sa cohérence.<sup>310</sup> Cette doctrine relève que la dernière disposition du texte limitant le droit de créance que constitue le droit de retour en valeur à l'actif successoral afin de protéger les cohéritiers des père et mère n'aurait aucun intérêt si le montant du retour se calculait par référence au quart de la succession.<sup>311</sup> Un quart de la succession ne peut a priori dépasser l'actif successoral ! Monsieur de La Palice n'aurait pas mieux dit. Une autre incohérence aurait sans doute pu être relevée : comment ne pas s'étonner si l'on ne retient pas cette interprétation en faveur du « quart du bien » de ce que l'alinéa 2 de l'article 738-2 énonce que le retour s'impute en priorité sur les droits successoraux des père et mère, l'expression en priorité supposant que subsidiairement l'imputation se fasse sur l'actif successoral. Or, comment la valeur des biens soumis au retour pourrait-elle excéder les droits ab intestat des parents et s'imputer sur l'actif subsistant lorsque le droit de retour est limité par ces mêmes droits successoraux ab intestat ?<sup>312</sup>

Exposons maintenant la seconde thèse, celle favorable à un montant du retour fixé au bien qui en est l'objet dans la limite du quart de la succession.

### *B La thèse du quart de la succession*

**215.-** Au soutien de cette thèse, les arguments de texte se font plus rares. Ils ne reposent que sur le renvoi ambigu à l'article 738. Après avoir été appelés à la défense de la première thèse, les travaux parlementaires peuvent être invoqués en faveur de cette interprétation. Le même rapport du député Huyghe affirme ainsi que : « *par coordination avec les dispositions de l'article 738 du Code civil, relatives aux règles de dévolution légale applicables en cas de prédécès d'un enfant sans descendance, ce droit de retour est limité, pour chaque parent vivant, au quart de la succession* ». <sup>313</sup>

---

<sup>310</sup> Notamment : N. levallain, art. précité JCP N 2007, n° 23 ; Voirin et Goubeaux, « Successions », p. 142 et 149 ; N. Peterka, « Les retouches à la dévolution successorale. A propos de la loi du 23 juin 2006 », dr. fam. décembre 2006, étude 52, n°6 ; M. Arrault et D. Epailly, Cridon Bordeaux-Toulouse, Nota Bene Janvier 2007, n°120 ; Cridon de Paris, Dossier n° 716093 du 1<sup>er</sup> octobre 2007 ; Congrès des Notaires de France, Bordeaux, 2010, n° 4238, p. 1026 et s. et illustrations sous n° 4246, p. 1033 ;

<sup>311</sup> Toutefois, il sera observé plus loin que tout est ici une question de méthode de calcul de ce fameux « quart de la succession ». V. notamment p. 208 note n° 330.

<sup>312</sup> L'argument est logique mais encore une fois il sera montré plus loin que l'application de cet alinéa se conçoit aussi si l'on retient l'interprétation du « quart de la succession ».

<sup>313</sup> Cf. rapport précité p. 68.

L'analyse des travaux parlementaires perd alors tout intérêt dans cette thèse comme dans la précédente.

**216.-** Il reste que les auteurs ont été nombreux à préférer cette solution à la première, sans beaucoup d'explication pour certains<sup>314</sup>, avec conviction pour d'autres.<sup>315</sup>

Par exemple, le Professeur Brenner base son argumentation sur le fait incontestable que l'article 738-2 est une contrepartie de la suppression de la réserve des ascendants. Il en appelle à l'intention du législateur qui a été de « *restaurer le quart réservataire des père et mère à hauteur des donations faites à leurs enfants* ». Jugeant que la rédaction vicieuse du texte est le signe de l'embarras du législateur regrettant l'abrogation de la réserve, l'auteur suggère à l'interprète « *le bon sens qui commande de retenir que le quart visé au texte se rapporte à la masse successorale, sans quoi la compensation légale tournerait au marché de dupes* ». En somme, conclut-il, « *il faut en bonne logique et en toute justice, faire prévaloir l'esprit de la loi sur une écriture malheureuse afin d'éviter une absurdité juridique* ».

Cette même idée de contrepartie était, on s'en souvient, utilisée par les partisans de la première thèse. Ils invoquaient alors l'affirmation du député Huyghe selon laquelle le droit de retour consiste à ne supprimer la réserve que pour les biens acquis par le défunt. Or, rien n'impose que cela revienne à limiter le montant du retour au quart des biens en question. On pourrait tout aussi bien affirmer que cette pseudo-réserve limitée au quart de la succession, comme avant, ne peut s'exercer, en nature du moins, que sur des biens d'origine familiale. Au lieu de limiter l'assiette du droit, on limiterait en quelque sorte sa masse d'exercice. On constate encore une fois le manque de fiabilité des arguments issus des travaux parlementaires qui peuvent être utilisés de part et d'autre.

Par ailleurs, la circulaire du 29 mai 2007 portant présentation de la réforme des successions et des libéralités est clairement acquise à cette interprétation

---

<sup>314</sup> P. Catala, J.-Cl. Civil Code, Fasc 10 : Successions, précité, n° 81 où il est dit que « *l'exercice de ce droit est limité à la quote-part héréditaire dévolue par la loi aux père et mère du défunt (1/4 de la succession)...* » ; D. Arteil, Defrénois 2007 art. précité n° 38564, spécialement n° 13 ; Delafosse et Peniguel, « La réforme des successions et des libéralités du 23 juin 2006 », p 149, retiennent l'interprétation selon laquelle le droit de retour est limité pour chaque parent vivant au quart de la succession correspondant à ses droits ab intestat ; J. Leprovaux, précité L.P.A., 30 juin 2007, n° 131, p. 8 ; C. Rieubernet, « La fin de la réserve des ascendants ! », L.P.A., 13 octobre 2006, n° 205, p. 6 ; Dossiers pratiques Francis Lefebvre, « Les successions et libéralités après la réforme du 23 juin 2006 », n° 423, p. 54.

lorsqu'elle précise que : « *Ce droit de retour légal s'exerce à concurrence de la vocation successorale des parents en présence de frère et sœur de l'enfant prédécédé ou de leurs descendants (soit un quart de la succession pour chacun des père et mère).* »

217.- Enfin, d'autres auteurs font valoir en substance qu'il est difficile de limiter au quart les droits des parents sur le bien donné quand leurs droits successoraux sont supérieurs à ce quart.<sup>316</sup> En effet, dans un tel cas l'interprétation en faveur du quart de la succession permettra parfois aux parents d'obtenir le retour de l'entier bien. Le droit de retour renouera alors avec son fondement traditionnel de conservation des biens dans la famille et le risque d'une indivision sera écarté.<sup>317</sup> Même si la valeur du bien donné est supérieure au quart de la succession, cette deuxième interprétation présente un important avantage fiscal toutes les fois qu'elle permet d'obtenir plus que la première interprétation puisque le droit de retour de 738-2 se trouve exonéré de droits de succession en application de l'article 763 bis du Code Général des Impôts. Et elle permettra d'obtenir plus toutes les fois que la valeur du quart de la succession sera supérieure à la valeur du quart du bien.<sup>318</sup>

Cette seconde interprétation ne manquera pas de séduire notamment en raison de son intérêt fiscal. D'ailleurs il est déroutant qu'elle n'ait pas eu d'écho dans le notariat. Il reste à mettre en musique ces deux interprétations afin de vérifier les arguments théoriques qui ont été avancés. Il convient de noter auparavant qu'aucune méthode de calcul n'a été posée pour appliquer concrètement la seconde interprétation, celle du quart de la succession. Les exemples pratiques suivants seront l'occasion d'en proposer une. Après le temps de l'exposé, vient celui du choix.

---

<sup>315</sup> Le plaidoyer le plus vif en faveur de l'interprétation du quart de la succession a sans doute été servi par le Professeur Brenner au Jurisclasseur Civil Code, Fasc 10 : Libéralités, n° 51. On peut citer aussi le Professeur Jubault, Manuel Domat, « Successions », n° 418.2, p. 305 ou encore C. Blanchard, Defrénois 2009 art. n° 39020 précité, spécialement note 4.

<sup>316</sup> Notamment le Professeur Jubault, précité.

<sup>317</sup> Monsieur Christophe Blanchard fait remarquer dans son article précité qu'invoquer la conservation des biens dans la famille n'est peut-être pas le meilleur argument pour défendre cette interprétation au regard notamment du possible exercice en valeur du droit. En revanche, la mise à l'écart de l'indivision le cas échéant doit être mise au crédit de cette interprétation.

<sup>318</sup> Sur ces questions, V. les exemples pratiques ci-après. Précisons que l'administration fiscale ne s'est pas prononcée ouvertement sur la question qui nous occupe ici. Toutefois, la rédaction d'une instruction fiscale publiée au B.O.I sous les références 7 G-6-07 N° 121 du 22 novembre 2007 peut porter à croire que la thèse du quart de la succession, favorable au contribuable, a les faveurs de l'administration. Il y est dit au n° 11 que : « [...] les père et mère du défunt bénéficient d'un droit de retour légal sur les biens que le défunt avait reçus d'eux par donation ». Il n'est pas question de « quote-part » de biens. Dans le même sens V. F. Fruleux, « Fiscalité de la réforme des successions et libéralités : éclaircissements, incertitudes et actualisation » JCP N 2008, 1171, n° 11 et note 7.

## **§ 2. Le choix d'une interprétation**

Dans un premier temps, des exemples chiffrés illustreront la mise en œuvre liquidative des deux thèses (A) et aideront sans doute à formuler ce choix délicat (B).

### *A. La mise en œuvre liquidative des deux thèses*

Puisqu'il est question ici de rechercher comment déterminer in abstracto le montant du droit de retour de l'article 738-2 et puisque le choix entre les deux thèses présentées n'est pas évident mieux vaut privilégier des exemples simples. Ces exemples sont repris pour la plupart de travaux précédents.<sup>319</sup>

#### **218.- Exemple n°1<sup>320</sup> (Exposé de la méthode de calcul):**

Le de cujus décède ab intestat en laissant pour recueillir sa succession son père et son frère. A la date du décès son patrimoine est constitué d'une maison qui lui a été donnée par son père se retrouvant en nature, d'une valeur de 1000 et d'un studio évalué à 100.

Comment liquider la succession étant acquis que les conditions pour bénéficier du droit retour de l'article 738-2 sont réunies ?

→ La **première étape** consiste, personne n'en disconvient, à **calculer les droits ab intestat des héritiers** en application des règles de la dévolution ordinaire<sup>321</sup>, ici, en application de l'article 738 du Code civil. Ce calcul aura une double utilité : d'abord pour appliquer la deuxième thèse qui limite le montant du retour aux droits successoraux du père, ensuite lorsqu'il s'agira d'imputer le montant du retour sur les droits ab intestat du père comme le prévoit le deuxième alinéa de l'article 738-2 afin d'éviter un cumul du droit de retour et des droits ab intestat ordinaires.

---

<sup>319</sup> Les difficultés supplémentaires qui résultent de la valorisation et des donations complexes seront étudiées dans la section suivante. De même on considérera pour simplifier que les biens ont la même valeur au décès et au partage. Les exemples étudiés ici seront pour la plupart tirés de ceux proposés par les partisans de la première thèse, celle du quart des biens qui, seule, a fait l'objet d'exemples pratiques d'application : V. les exemples proposés par M. Arrault et D. Epailly, Cridon Bordeaux-Toulouse, Nota Bene précité et par le Congrès des Notaires de France, Bordeaux, 2010, illustrations sous n° 4246, p. 1033, précité ou encore par N. Levillain, art. précité.

<sup>320</sup> Exemple tiré de l'article précité M. Arrault et D. Epailly, Cridon Bordeaux-Toulouse, Nota Bene Janvier 2007, n°120.

<sup>321</sup> Donc en tenant compte du fait que les parents ne sont plus réservataires ce dont il résulte que leurs droits ab intestat dans la dévolution ordinaire peuvent être réduits à néant.

**En l'espèce, les droits ab intestat du père sont du quart de la succession, ceux du frère des trois quarts, soit :**

$$\frac{1}{4} \text{ pour le père} = 275$$

$$\frac{3}{4} \text{ pour le frère} = 825$$

→ La **deuxième étape** consiste à **calculer le montant du droit de retour**. C'est là que s'opposent les deux thèses présentées ci-dessus.

<b>Thèse du quart du bien</b>	<b>Thèse du quart de la succession</b>
Le bien objet du retour vaut 1000 Le montant du retour est donc de <b>250</b> soit 1000/4.	Le bien objet du retour vaut 1000, donc le retour porte sur le bien dans la limite de <b>275</b> (droits ab intestat du père).

→ La troisième étape consiste à imputer le montant du retour sur le montant des droits ab intestat et à constater :

\* soit que l'exercice du retour remplit son bénéficiaire de ses droits ab intestat auquel cas il n'a plus rien à prendre sur le reste de l'actif successoral et si le montant du retour excède ses droits, il n'aura rien à restituer ce qui s'infère du deuxième alinéa qui prévoit une imputation principale sur les droits successoraux et permet donc implicitement une imputation subsidiaire sur le reste de l'actif. **En l'espèce, l'application de la thèse du quart de la succession remplit le père de ses droits ab intestat et même au-delà.**<sup>322</sup>

\* soit que l'exercice du retour ne remplit pas son bénéficiaire de ses droits ab intestat, auquel cas il convient de compléter ses droits sur l'actif net. **En l'espèce, l'application de la thèse du quart du bien ne remplit pas le père de ses droits ab intestat. Il lui reste 25 à prendre sur l'actif successoral pour les compléter.**

→ La quatrième étape qui limite le jeu du retour à l'actif successoral, c'est-à-dire aux biens existants n'a pas lieu d'être appliquée ici puisque le retour s'exerce en nature sans excéder dans tous les cas le quart de la succession.

---

<sup>322</sup> Cf. infra p. 219 et s. sur le problème de la valorisation où il sera montré que le père, s'il obtient 275, obtient 275 sur 1000, soit plus d'un quart.

**Constatations :** Le droit de retour s'exerce ici en nature permettant au père d'obtenir quelque soit la thèse choisie une quote-part du bien donné. **L'indivision est inévitable puisque la valeur du bien est supérieure au quart de la succession. La thèse du quart de la succession présente un avantage fiscal puisqu'elle permet au père d'obtenir le montant de ses droits ab intestat en franchise d'impôt. Cela s'explique par le fait que la valeur du quart de la succession est supérieure à celle du quart du bien.**

Dans ce cas, la seule possibilité pour empêcher l'indivision de naître serait d'exercer le retour en valeur et non plus en nature. Au titre de son droit de retour le père ne serait pas contraint de recueillir une quote-part d'un bien particulier. Pour obtenir le paiement de sa créance de retour, il pourrait recevoir le studio et se voir désintéressé en argent pour le surplus.<sup>323</sup> Cette solution semble envisagée par les travaux parlementaires qui indiquent que : « *si le droit de retour ne peut s'exercer en nature – soit que les biens ait été aliénés, soit que leur valeur excède la part de la succession revenant aux parents – il s'exécuterait en valeur* ». <sup>324</sup>

\*\*\*\*\*

**219.- Variante de l'exemple n°1 :** Les données seront reprises de l'exemple n°1 à ceci près que le montant du bien donné par le père n'est plus que de 100 et le bien acquis par le défunt a une valeur de 1000.

→ La première étape ne varie pas. **Les droits ab intestat des héritiers sont de:**

**$\frac{1}{4}$  pour le père = 275**

**$\frac{3}{4}$  pour le frère = 825**

→ En revanche le montant du retour ne sera pas le même.

---

<sup>323</sup> En l'espèce toutefois, compte-tenu de la composition de la succession, l'indivision est inévitable. Pour que les droits du père soient complétés au moyen de deniers, encore faut-il que la succession contienne des deniers.

<sup>324</sup> Rapp. Sénat, n° 343, p. 328. Cette affirmation va dans le sens de l'interprétation du quart de la succession. Elle a l'avantage d'éviter l'indivision qu'impose le jeu du retour légal lorsque la valeur des biens objet du retour excède le quart de la succession. Il en résulterait que le retour en nature ne jouerait plus que lorsqu'il serait possible d'obtenir restitution de l'entier bien, c'est-à-dire lorsque la valeur du bien est inférieure au quart de la succession. Le retour en nature renouerait alors avec l'objectif de conservation des biens dans la famille, mais il verrait son champ d'application considérablement réduit au bénéfice du retour en valeur. Or rien dans le texte n'augure une telle prééminence.

Thèse du quart du bien	Thèse du quart de la succession
Le bien objet du retour vaut 100 Le montant du retour est donc de <b>25</b> soit 100/4.	Le bien objet du retour vaut <b>100</b> , donc le retour porte sur le bien dans la limite de <b>275</b> (droits ab intestat du père).

→ L'imputation donnera les résultats suivants : **l'exercice du retour ne remplit pas le père de ses droits ab intestat quelle que soit la méthode suivie. Il lui reste dans le premier cas 250 à prendre sur l'actif ; dans le second cas 175.**

→ la quatrième étape qui limite le jeu du retour à l'actif successoral n'a pas lieu d'être appliquée ici puisque le retour s'exerce en nature sans excéder dans tous les cas le quart de la succession.

**Constatations :** Le droit de retour s'exerce ici en nature permettant au père d'obtenir une quote-part du bien donné en application de la première thèse **alors qu'il retrouve tout le bien en application de la seconde. On vérifie ici que l'indivision est évitée si l'on retient l'interprétation du quart de la succession toutes les fois que la valeur du bien en cause est inférieure au quart de la succession. En revanche, l'indivision est inéluctable si l'on retient la thèse du quart du bien. La thèse du quart de la succession présente un avantage fiscal puisqu'elle permet au père d'obtenir en franchise d'impôt plus qu'en application de la première. Cela s'explique par le fait que la valeur du quart de la succession est supérieure à celle du quart du bien.**

\*\*\*\*\*

**220.- Exemple n° 2<sup>325</sup> (Le bien se retrouve en nature mais la succession est grevée d'un passif):**

Le de cujus laisse pour lui succéder son père et sa sœur. Sa succession est uniquement composée d'une maison que son père lui avait donnée pour une valeur de 200. **Le passif successoral s'élève à 180.** L'actif net est donc de 20.

---

<sup>325</sup> Exemple repris du Congrès des Notaires de Bordeaux, 2010, n° 4248.

→ Première étape : **les droits ab intestat des héritiers sont de:**

**$\frac{1}{4}$  de l'actif net pour le père = 5**

**$\frac{3}{4}$  pour la sœur = 15**

→ Deuxième étape :

<b>Thèse du quart du bien</b>	<b>Thèse du quart de la succession</b>
Le bien objet du retour vaut 200 Le montant du retour est donc de <b>50</b> soit 200/4.	Le bien objet du retour vaut <b>200</b> , donc le retour porte sur le bien dans la limite de <b>5</b> (droits ab intestat du père).

La seconde thèse, celle du quart de la succession revient à limiter le retour au quart de l'actif net et à faire supporter au père le quart du passif, soit 45.

La première, quant à elle, thèse peut prêter à interprétation. Faut-il considérer que le montant du retour est de 50 à charge pour le père de contribuer au quart du passif, soit 45, ce qui revient comptablement à la seconde thèse ? Ou bien faut-il considérer que le montant du retour absorbe la totalité de l'actif net ce qui doit impliquer l'attribution de l'entier bien au père à charge d'acquitter l'entier passif ?

C'est à cette conclusion qu'arrivent les notaires après avoir rejeté la solution d'une imputation proportionnelle du passif sur l'actif brut et après avoir calculé le quart sur l'actif net ce qui revient à la seconde thèse. Ils relèvent l'incohérence qui fait en l'espèce que le calcul du retour sur le quart du bien permet d'en récupérer la totalité. Cependant c'est un souci de cohérence qui justifie leur choix. En effet, il serait incohérent d'admettre que le retour puisse absorber l'intégralité de l'actif lorsqu'il s'exerce en valeur, ce que permet l'alinéa 3, alors que cela serait impossible lorsqu'il s'exerce en nature. Cette remarque est fort juste. Elle permet de souligner que le retour en valeur n'est qu'une modalité du retour sans influence sur son montant. L'idée se retrouvera plus loin dans les exemples mettant en œuvre le retour en valeur.

→ Troisième étape, l'imputation donnera les résultats suivants : **l'exercice du retour remplit le père de ses droits ab intestat dans le premier cas et lui permet même d'obtenir plus sans rien avoir à restituer. Dans le second cas, l'exercice du**

**retour remplit le père de ses droits ab intestat de sorte qu'il ne lui reste rien à prendre sur l'actif.**

→ Quatrième étape : dans la première hypothèse le montant du retour est plafonné à l'actif net, soit 20. Le plafond n'a pas grand sens ici étant donné que le bien peut être attribué en totalité au père. Il ne saurait donc se prévaloir, notamment au plan fiscal d'une créance de 30 (50 - 20) contre la succession qu'il est seul à recueillir.

**Constatations : Le droit de retour s'exerce en nature puisque le défunt n'a pas disposé du bien. La seconde hypothèse permet au père d'obtenir une quote-part du bien en lui faisant supporter dans la même proportion une partie du passif. La première hypothèse permettant au retour d'absorber la totalité de l'actif net, doit entraîner l'attribution de l'entier bien au père et doit lui faire supporter l'intégralité du passif. Il est intéressant de noter que dans cet exemple l'indivision peut être écartée dans la première hypothèse alors qu'elle naît dans la seconde. Les droits de la sœur ne sont pas affectés par l'exercice du retour dans la seconde hypothèse alors qu'elle se trouve de facto exclue dans la première selon l'interprétation retenue. La thèse du quart du bien présente ici un avantage liquidatif et fiscal puisqu'elle permet au père d'obtenir en franchise d'impôt plus qu'en application de la thèse du quart de la succession. Cela s'explique par le fait que la valeur du quart de la succession est inférieure à la celle du quart du bien.**

\*\*\*\*\*

**221.- Exemple n° 3<sup>326</sup> (Le bien a été vendu, donné ou légué à titre particulier)**

Le défunt laisse pour lui succéder son père qui lui avait donné un immeuble valant 200 et sa sœur. Au jour de l'ouverture de la succession ne figurent dans la succession que des valeurs mobilières et des liquidités pour un montant de 120. L'immeuble donné a été vendu pour 200 avant le décès. Comment liquider la

---

<sup>326</sup> Exemple repris du Congrès des Notaires de Bordeaux, 2010, n° 4247.

succession en tenant compte de l'article 738-2 dont les conditions sont réputées remplies ?

→ Première étape : **les droits ab intestat des héritiers sont de:**

**$\frac{1}{4}$  de l'actif net pour le père = 30**

**$\frac{3}{4}$  pour la sœur = 90**

→ Deuxième étape : calcul du montant du retour en valeur, le bien ayant été aliéné.

Thèse du quart du bien	Thèse du quart de la succession
<p>Le bien objet du retour en valeur est évalué à 200.</p> <p>Le montant du retour est donc de <b>50</b> soit <math>200/4</math>.</p>	<p>Le bien objet du retour est évalué à <b>200</b>, donc le retour porte sur la valeur du bien dans la limite de <b>30</b> (droits ab intestat du père).</p> <p style="text-align: center;">*****</p> <p>Ou alors le retour porte sur la valeur du bien dans la limite du quart de l'actif net tenant compte de la valeur du bien aliéné, soit <math>\frac{1}{4} \times (200 + 120) = \mathbf{80}</math>.</p>

S'agissant de la seconde thèse, celle du quart de la succession, il semble que le résultat de 80 doive être préféré. En effet, le précédent exemple a permis d'affirmer que le retour en valeur ne devait être compris que comme une modalité du retour sans influence sur son montant. On ne comprendrait donc pas que le montant du retour soit de 30 lorsqu'il s'exerce en valeur parce que le bien objet du retour a été aliéné alors qu'il serait de 80 si ce même bien s'était retrouvé en nature dans la succession. D'ailleurs, avec la première thèse le montant du retour est toujours le même que le retour s'exerce en nature ou en valeur. **Lorsque le retour s'exerce en valeur parce que le bien donné a été aliéné à titre gratuit ou onéreux, il convient en quelque sorte de réintégrer fictivement la valeur de ce bien à l'actif net pour calculer le montant du retour légal en application de la méthode du quart de la succession.**

→ Troisième étape, l'imputation donnera les résultats suivants : **l'exercice du retour remplit le père de ses droits ab intestat dans les deux cas et lui permet**

**même d'obtenir plus sans rien avoir à restituer mais la méthode du quart de la succession conserve un avantage puisqu'elle permettra au père de recevoir plus. Corrélativement les droits de la sœur seront réduits.**

→ Quatrième étape : Le retour peut s'exercer pour la totalité de son montant dans les deux cas sans excéder le montant de l'actif net, c'est-à-dire celui des biens existants.

**Constatations : Le droit de retour s'exerce en valeur puisque le défunt a disposé du bien. La même solution devrait être retenue si le bien objet du retour avait été légué à titre particulier ou donné à condition évidemment de considérer comme acquis le caractère d'ordre public du texte.<sup>327</sup> La thèse du quart de la succession est préférable également en matière de retour en valeur dès lors que la valeur du quart du bien est inférieure à la valeur du quart de la succession, réintégration fictive comprise. Le retour en valeur n'impose pas a priori d'indivision puisqu'il n'implique pas l'allotissement du père au moyen de tel bien particulier. Les droits de la sœur sont affectés par l'exercice du retour en valeur ce qui est évident dans la mesure où le droit de retour s'exerce sur un actif successoral duquel est retranché le bien objet du retour. La thèse du quart de la succession présente ici encore un avantage liquidatif et fiscal.**

\*\*\*\*\*

#### **222.- Exemple n° 4 (Le bien est compris dans un legs universel) :**

Le défunt laisse son père et une sœur. Son patrimoine au décès se compose de liquidités et valeurs mobilières pour 120 ainsi que d'un immeuble donné par son père pour 200. **Que faire si le défunt a institué un tiers légataire universel ?**

→ Première étape : dans la dévolution ordinaire, il convient de constater l'exhérédation du père qui n'est plus réservataire face à un légataire universel. A plus forte raison, la sœur se trouve également exhérédée.

---

<sup>327</sup> Sur la question du bien objet du retour compris dans un legs universel, V. exemple suivant.

→ Deuxième étape : calcul du montant du retour en valeur, le bien ayant été aliéné à titre gratuit par une disposition universelle.

Thèse du quart du bien	Thèse du quart de la succession
Le bien objet du retour en valeur est évalué à 200, le montant du retour est donc de <b>50</b> soit $200/4$ .	Le bien objet du retour est évalué à <b>200</b> , donc le retour porte sur la valeur du bien dans la limite de <b>50</b> (1/4 de l'actif net après réintégration de la valeur du bien)

On constate alors que le résultat est le même dans les deux cas puisque la seconde méthode conduit, ici, à calculer le montant du quart de la succession sur l'actif net non légué (0) auquel le montant du bien est réuni fictivement. Le résultat équivalent se comprend dès lors que la valeur du quart du bien est égale à celle du quart de la succession, entendue comme l'actif net non légué auquel s'ajoute une réintégration fictive du bien objet du retour compris dans le legs universel.

Une question surgit alors : pourquoi ne pas considérer que le quart de la succession se calcule sur le montant des biens existants au décès, autrement dit sur 320 ? On aboutirait ainsi au même résultat que dans l'exemple précédent (un droit de retour d'une valeur de 80). On appliquerait alors au droit de retour légal la méthode permettant de déterminer la masse de calcul de la réserve ce qui peut se concevoir étant donné le fondement du texte. Le souci de cohérence qui nous a poussé à poser la règle selon laquelle le retour en valeur sur un quart de la succession doit être calculé comme si le bien objet du retour existait en nature, ne doit-il pas nous porter à réintégrer dans cette « masse de calcul du retour » l'ensemble des « biens existants » au sens de la réserve ? Dans l'exemple précédent la réunion fictive revenait à ignorer l'aliénation du bien. Ici, ne devrait-on pas ignorer l'aliénation du bien, c'est-à-dire le legs universel ?

D'un côté, il convient de remarquer que dans l'exemple précédent le bien objet du retour aliéné a été réuni fictivement à la masse de calcul parce qu'il avait été vendu. Il en aurait été de même s'il avait été donné. En revanche certains pourraient soutenir que si le bien avait été légué à titre particulier il conviendrait, non pas de le réunir fictivement mais de calculer le retour sur les biens existants au décès dont il fait partie. Symétriquement, un souci de cohérence et de simplicité peut amener à

calculer le montant du retour dans tous les cas sur les biens existants, que le retour s'exerce en nature ou en valeur, et dans ce dernier cas que le bien ait été légué à titre particulier ou qu'il soit compris dans un legs universel.

Par ailleurs, retenir cette méthode de calcul donne encore une fois l'avantage à la thèse du quart de la succession en permettant au père d'obtenir 80 là où la méthode du quart du bien ne lui permet d'obtenir que 50. Une réserve n'aurait pas mieux fait. L'option serait donc la suivante :

<b>Thèse du quart du bien</b>	<b>Thèse du quart de la succession</b>
Le bien objet du retour en valeur est évalué à 200, le montant du retour est donc de <b>50</b> soit $200/4$ .	Le bien objet du retour est évalué à <b>200</b> , donc le retour porte sur la valeur du bien dans la limite de <b>80</b> (1/4 de l'actif net en tenant compte de tous les biens existants)

D'un autre côté aucun renvoi à l'article 922 n'est opéré par le texte. Rien n'impose donc la prise en compte de tous les biens existants pour le calcul du quart de la succession. Par ailleurs, dans le cadre du retour légal, dire que les biens légués font partie des biens existants est faux. Il est admis que la propriété des biens légués est acquise aux légataires dès l'instant du décès de sorte qu'ils ne font partie des biens existants que pour la formation de la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible. Ensuite, la solution retenue qui aboutit à un résultat différent selon que le bien a été légué à titre particulier ou est compris dans un legs à titre universel s'explique par la volonté d'exhérédation totale qu'implique le legs universel : en disposant du seul bien objet du retour, le défunt a préservé les droits des héritiers sur les autres biens de sa succession, pour lesquels il est normal qu'ils soient pris en compte dans le calcul du retour. En revanche, en disposant de tous ses biens, le défunt a entendu exhéredier ses héritiers non réservataires. Il est donc normal que le retour se calcule alors sur une assiette plus restreinte ne comprenant que le bien en cause, réuni fictivement à la masse, nulle en l'occurrence, sur laquelle se calcule le montant des droits ab intestat du père. Cette méthode doit être préférée. Le droit de retour en valeur s'exercera alors comme un droit de créance.<sup>328</sup>

---

<sup>328</sup> Sur ce point, V. supra, p. 148 et s.

→ Troisième étape : Le montant du droit de retour est imputé sur les droits légaux du père qui sont nuls et s'impute subsidiairement sur les biens existants ce qui réduit d'autant le montant du legs universel. Naturellement cela suppose acquis le caractère d'ordre public du retour sinon, rien en l'absence de réserve, ne devrait empêcher le légataire universel de recevoir toute la succession.

→ Quatrième étape : le retour s'exerce bien dans la limite de l'actif successoral, entendu comme les biens existants.

\*\*\*\*\*

Au vu de ces exemples, que peut-on conclure sur la méthode de calcul du montant du retour ?

### *B. La formulation d'un choix*

La formulation d'un choix ne peut se faire qu'au regard des exemples ci-dessus, desquels il est possible de tirer les enseignements suivants :

**223.-** Le premier enseignement concerne les avantages et les inconvénients des deux méthodes.

Force est de mettre au crédit de la méthode dite « du quart du bien », sa simplicité puisque la valeur du quart du bien ne dépendra en aucun cas ni du passif, ni des actes de dispositions du défunt.<sup>329</sup> En revanche, il faut reconnaître que cette même méthode présente l'inconvénient de créer systématiquement une indivision entre le bénéficiaire du retour et les autres héritiers, sauf dans deux cas : celui où le passif est supérieur ou égal aux trois quarts des biens existants (V. exemple n° 2) et celui du retour en valeur où l'indivision n'est pas imposée puisque le bénéficiaire du retour peut devoir se contenter d'une indemnité en argent.

A l'opposé la méthode dite « du quart de la succession » présente l'avantage d'éviter l'indivision à chaque fois que la valeur du bien est inférieure à la valeur du

quart de la succession. En outre, cette méthode permet presque toujours au bénéficiaire du retour d'obtenir plus en franchise de droits de mutation qu'en application de la première méthode. Le seul cas dans lequel cette constatation ne se vérifie pas est celle où la valeur du quart du bien est supérieure au quart de la succession et cela ne se rencontre qu'en présence d'un passif important (V. exemple n°2). En dehors de ce cas, cette méthode a l'avantage de ne pas limiter le montant du retour au quart des biens quand les droits ab intestat des parents dépassent ce montant.

A l'encontre de cette dernière thèse, celle du quart de la succession, il est possible d'évoquer les questions difficiles que pose sa mise en œuvre par rapport à la première thèse. Qu'entend-on par « succession » lorsque l'on fixe le montant du retour au quart de ladite succession ? Qu'entend la loi par « actif successoral » lorsqu'elle limite par cette formule le montant du retour en valeur ?

Quelques règles simples ont été proposées afin de guider le liquidateur : primo, le quart de la succession fixant le montant du retour se calcule sur les biens existants non légués. Secundo, lorsque le bien objet du retour a été aliéné que ce soit à titre onéreux ou gratuit, il convient de réunir fictivement le montant de ce bien à celui des biens existants non légués afin de déterminer l'assiette du retour. Tertio, le montant du retour ainsi calculé s'impute sur les droits ab intestat ordinaires des parents qu'il peut excéder sans donner lieu à restitution mais dans la limite des biens existants constituant l'actif successoral à ne pas dépasser.

**224.-** Le second enseignement permet de constater que la loi, telle qu'elle est rédigée, ne condamne aucune thèse et ne facilite donc pas le choix de la méthode de calcul. En effet, contrairement à ce que certains ont affirmé, la méthode du quart de la succession n'est pas moins cohérente que l'autre. Ses détracteurs justifiaient sa prétendue incohérence au regard des alinéas 2 et 3 du texte qui, selon eux, devenaient inutiles si l'on retenait cette interprétation. Or, nous avons constaté dans les exemples n° 4 et 5, que le montant du retour déterminé selon cette méthode excède les droits successoraux des parents et donne lieu à une imputation subsidiaire sur les biens existants. Le deuxième alinéa trouve donc à s'appliquer notamment en cas de retour

---

<sup>329</sup> En outre, il paraît plus facile de calculer le quart du bien en présence de donations complexes que de calculer le montant

en valeur. Pour ce qui est du jeu du troisième alinéa, les exemples ci-dessus n'ont pas permis de le mettre en œuvre dans le cadre de cette méthode. Pour le voir s'appliquer il suffit que le montant du quart de la succession déterminé comme on l'a préconisé excède le montant des biens existants. Tel sera le cas par exemple si un père a donné à sa fille décédée ab intestat une maison valant 100 qu'elle a vendue et si au jour du décès la succession ne comprend que des liquidités pour 20.<sup>330</sup>

De tout ce qui précède, il s'infère que la méthode fixant le montant du retour au bien dans la limite du quart de la succession doit être adoptée comme étant la plus efficace. Après avoir étudié comment déterminer l'assiette du retour in abstracto dans le cadre de l'article 738-2, il reste une dernière difficulté importante, celle de la détermination in concreto.

### ***Section 3. La détermination in concreto du montant du retour légal.***

**225.-** A la différence de la précédente, cette section concernera autant le droit de retour de l'article 757-3 que celui de l'article 738-2. Le problème de la détermination in concreto du montant du retour pose deux questions principales : celle de savoir comment s'exerce le retour en présence d'une donation complexe (§1) et celle de savoir quelle valeur il convient de retenir pour calculer le montant du retour par exemple lorsque le bien a été amélioré par le défunt, c'est le problème de la valorisation du droit (§2).

#### ***§ 1. L'exercice du retour en présence d'une donation complexe***

---

du retour sur le bien dans la limite du quart de la succession. Cf. infra.

<sup>330</sup> Le montant du retour en application de la méthode du quart de la succession sera de  $120/4 = 30$ . Si la fille laisse en outre un frère, les droits ab intestat ordinaires du père seront de 5 (20/4). Le montant du retour de 30 s'imputera donc sur les droits successoraux du père pour 5, puis sur le reliquat dans la limite de l'actif successoral, c'est-à-dire dans la limite des biens existants, soit une imputation subsidiaire pour 15.

**226.-** Le retour légal suppose toujours qu'un bien ait été transmis au défunt décédé sans postérité à titre gratuit. Après le problème de la détermination in abstracto du montant du retour qui a été présenté, nous verrons que trois types de donations sont susceptibles de soulever des interrogations au moment de déterminer le montant du droit de retour légal. Ces trois cas se rencontrent lorsque le droit de retour légal trouve son origine dans une donation-partage conjonctive ou cumulative (A), dans une donation avec charge (B) ou dans une donation-partage avec soulte (C).

*A. le cas de la donation-partage conjonctive ou cumulative*

**227.-** Lorsqu'elles sont adressées par des parents à leurs descendants, ces deux types de donations-partages ont pour effet d'allotir chaque descendant en biens d'origine paternelle et maternelle dans une proportion variable.<sup>331</sup> Ces donations suscitent depuis longtemps des difficultés lorsque le donateur entend exercer son droit de retour conventionnel au décès d'un des donataires. Les mêmes difficultés sont connues depuis aussi longtemps lorsque le donateur demande la révocation de la donation-partage à l'encontre d'un donataire pour inexécution des charges. Le problème commun à ces deux séries de difficultés est de déterminer le montant de la restitution que peut obtenir le donateur. En doctrine comme en jurisprudence deux thèses s'opposent : soit le donateur ne peut obtenir restitution que des biens qu'il a donnés mais de tous les biens qu'il a donnés. Cela implique dans les cas extrêmes où le donataire n'a été alloti qu'en biens paternels que le père se voit restituer tout le lot reçu par le défunt alors que la mère ne pourrait exercer aucun retour et inversement. Soit il ne peut obtenir restitution que d'une quote-part des biens dont le donataire défunt a été alloti, quote-part équivalente à la proportion dans laquelle il est réputé avoir participé à son allotissement. L'aléa auquel la première thèse soumet la restitution ne se retrouve pas dans la seconde qui, de ce point de vue, paraît plus juste. On peine à trouver une cohérence dans la jurisprudence qui dans les deux situations du retour et de la révocation admit une thèse puis son contraire.<sup>332</sup>

---

<sup>331</sup> C'est-à-dire qu'un enfant peut n'avoir reçu que des biens paternels alors qu'un autre peut avoir été alloti au moyen de biens paternels et maternels mais l'allotissement de chacun est réputé avoir été servi par les parents dans une même proportion. C'est-à-dire que la mère est réputée avoir contribué à la formation des lots à proportion de la valeur de ses biens par rapport à la masse commune formée de l'ensemble des biens donnés. Idem pour le père.

<sup>332</sup> A la suite d'un arrêt du 19 mars 1973, Monsieur André Breton a tenté de trouver une cohérence aux vicissitudes jurisprudentielles en posant, en substance, que la restitution doit, par principe, porter sur les biens donnés par le donateur et

Une solution d'harmonisation a été proposée par les Professeurs Flour et Grimaldi.<sup>333</sup> Cette proposition qui n'a jamais été appliquée en jurisprudence<sup>334</sup> repose sur les finalités distinctes de la révocation et du retour. Le retour conventionnel a pour finalité d'assurer la conservation des biens dans la famille ce qui justifie qu'il s'exerce sur les biens donnés et sur eux seuls. En revanche, la révocation pour inexécution des charges, constitutive d'une sanction à l'égard du donataire, doit le priver du bénéfice de la donation qu'il est réputé tenir de l'ascendant demandeur en révocation à proportion du montant des biens réputés appartenir à cet ascendant dans la masse des biens donnés, sans égard à l'origine des biens composant son lot.<sup>335</sup>

**228.-** A partir de là deux interrogations se font jour : la question se pose-t-elle dans les mêmes termes pour le retour légal de nos jours et si oui comment y répondre ?

Nous l'avons dit, la difficulté soulevée en matière de révocation et de retour conventionnel porte sur la détermination de la restitution à opérer. Avant l'apparition des nouveaux cas de retour la doctrine semblait admettre que la question puisse se poser de la même manière en cas de retour légal et sans doute qu'elle puisse appeler les mêmes solutions.<sup>336</sup> Depuis les lois de 2001 et 2006, la doctrine semble assimiler encore le problème du retour légal à celui du retour conventionnel, du moins pour ce qui concerne l'article 757-3.<sup>337</sup>

Il est sans doute possible de raisonner ici par analogie étant donné que le droit de retour légal, aujourd'hui comme hier, a pour objet d'organiser une restitution. Là où hier elle portait toujours sur le bien donné, aujourd'hui elle peut ne porter que sur

eux seuls, sauf volonté contraire exprimée par les parties de négliger l'origine des biens en constituant une seule masse de biens donnés. Cf. A. Breton, D. 1973, Jurisprudence, p. 593. Pour une critique de cette tentative, V. Y. Flour et M. Grimaldi, note sous 1<sup>ère</sup> civ. 29 mai 1980, Defrénois 1981, art. 32648, p. 669 et s. et spéc. n° 11. Notamment la critique porte sur le fait que la convention contraire envisagée par le Conseiller Breton n'est autre que la convention sans laquelle il n'y a pas de donation-partage conjonctive.

<sup>333</sup> Dans l'article cité à la note précédente.

<sup>334</sup> La preuve en est qu'à propos de la révocation pour inexécution on aurait pu croire la proposition Flour-Grimaldi reçue après un arrêt de la première chambre civile du 4 octobre 1988 (époux Pommier) alors que sur la même question, un arrêt de la même chambre du 13 avril 1999 a statué en sens inverse...

<sup>335</sup> La solution est justifiée par ses effets : il n'est pas choquant que le père ne puisse exercer son retour conventionnel sur les biens dont a été alloué le défunt si ces biens ne provenaient pas de lui parce que l'objectif de conservation des biens dans la famille n'est pas en cause. En revanche il serait choquant que le père ne puisse pas sanctionner son fils qui ne respecte pas les charges de la donation sous prétexte qu'il n'a été alloué qu'en biens d'origine maternelle.

<sup>336</sup> V. notamment Y. Flour et M. Grimaldi, art. précité spécialement n°19.

<sup>337</sup> V. M. Grimaldi, Dalloz Action 2008/2009, Droit patrimonial de la famille, Chapitre 412 « Effets de la libéralité-partage », n° 412.54 et note n°9, p.1117 ; P. Catala J.-Cl. Civil Code Art. 756 à 767, Fasc. 10 précité, n° 105 ; Congrès des Notaires de France, 2010, n° 4241, p. 1030.

une partie de bien ou même se muer en une restitution en valeur. Mais dans tous les cas, le droit ne naît que pour permettre une restitution qui suppose dans un premier temps une aliénation à titre gratuit en faveur du défunt.<sup>338</sup> Une fois admis que la question se pose de la même manière en matière de retour légal et conventionnel il convient de se demander si la solution doit être la même.<sup>339</sup>

Si l'on se fonde sur la finalité du retour légal, il est certain qu'il était incontestablement fondé jadis sur la conservation des biens dans la famille comme le retour conventionnel. Nous avons montré que ce fondement, s'il est peut-être sous-jacent dans l'article 757-3, est absent de l'article 738-2 de sorte que dans les deux cas, le fondement apparent des textes, outre l'idée de contrepartie, est la conservation de la richesse. La restitution en cause porte, non sur des biens au premier chef, mais sur une richesse qui semble pouvoir être déconnectée des biens.<sup>340</sup> A ce titre il semble cohérent de permettre au bénéficiaire du retour d'obtenir la restitution de tout ou partie de ce dont il a enrichi et donc alloti le défunt. Or, il est réputé avoir alloti le défunt au prorata de la valeur de ses biens sur la valeur de l'ensemble des biens objets de la donation-partage. Cette solution semble admise par le notariat dans le cadre de l'article 738-2 que le retour s'exerce en nature ou en valeur afin de ne pas obtenir des résultats différents selon le mode d'exercice du retour.<sup>341</sup> Dans le cadre de l'article 757-3, les notaires refusent cette solution au motif de texte bien connu selon lequel le retour ne s'exerce que sur le bien donné se retrouvant en nature. Cet argument est solide mais résisterait-il ici comme ailleurs à ce qui semble être le fondement réel du texte en l'état actuel des choses ? La réponse n'est pas évidente.<sup>342</sup> L'incertitude de la jurisprudence en matière de retour conventionnel et la division de la doctrine, combinées à l'originalité des fondements nouveaux du retour légal ne favorisent pas la formulation d'une réponse tranchée en matière de donation-partage conjonctive ou cumulative. Voyons ce qu'il en est pour l'hypothèse de la donation avec charge.

---

<sup>338</sup> En dépit des liens qui unissent maintenant la dévolution ordinaire et le retour légal, il s'en distingue donc toujours sur ce point : la dévolution ordinaire n'a jamais eu comme principal objectif d'organiser une restitution de bien.

<sup>339</sup> En notant bien que cette solution ne peut être que doctrinale à défaut d'une jurisprudence stable en matière de retour conventionnel.

<sup>340</sup> Le détachement du retour vis-à-vis des biens est patent pour ce qui concerne l'article 738-2 qui permet le retour en valeur. Il est plus discutabile pour ce qui concerne l'article 757-3 dont on a vu qu'il recélait d'arguments en faveur de la conservation des biens eux-mêmes. Mais force est de constater que ce droit ne permettra jamais, avant tout partage, la conservation d'un bien et permettra quelques fois cette conservation mais au prix de procédures onéreuses qui ont été rappelées.

<sup>341</sup> Il est à noter que cette solution, si elle est la plus équitable, n'assurera jamais le retour de l'entier bien (dans l'hypothèse où un seul bien a été donné) mais au mieux le retour de l'entière quote-part correspondante à ce dont le bénéficiaire est réputé avoir alloti le défunt, même si la valeur du bien en question est inférieure au quart de la succession.

<sup>342</sup> V. supra p. 164 et s. ce qui a été dit pour le jeu de la subrogation réelle.

### B. le cas de la donation avec charge

**229.-** Ici aussi, parce que le retour légal et le retour conventionnel organisent tous deux une restitution, il convient de présenter rapidement la solution jurisprudentielle dégagée en matière de retour conventionnel qui, cette fois, à l'avantage d'être unique.<sup>343</sup> A la suite du retour du bien donné dans le patrimoine du donateur par l'effet d'une clause de retour conventionnel, la Cour de cassation a cassé en ces termes un arrêt d'appel qui avait refusé au conjoint survivant du donataire défunt la restitution des sommes versées à l'ascendant donateur au titre des charges de la donation : *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'exécution du droit de retour a pour effet de remettre les parties dans la même situation que si la donation n'était jamais intervenue, de telle sorte que le donateur est tenu de restituer au conjoint de la donataire la somme que cette dernière a versée en exécution d'une clause d'un contrat rétroactivement anéanti, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »*

Cette fois-ci la réponse apportée en matière de retour conventionnel ne semble pas transposable en matière de retour légal en ce qu'il ressort clairement des termes de l'arrêt que la solution est fondée sur le mécanisme résolutoire, inhérent au retour conventionnel. Or, s'il y a bien une certitude en matière de retour légal, c'est qu'il est étranger à ce mécanisme : c'est un droit successoral.

**230.-** Une proposition pourrait être que le retour se calcule sans tenir compte de la charge qui a pesé sur le donataire défunt puisque le bénéficiaire du retour est avant tout un héritier. De la même façon qu'il ne peut, nous le verrons, être redevable envers la succession d'une indemnité en cas d'amélioration du bien par le défunt, la succession ne pourrait pas exiger de lui une sorte d'indemnisation correspondant au coût de la charge supportée par le défunt.

Toutefois, si l'on veut bien admettre qu'un des fondements importants du retour légal d'aujourd'hui est la conservation de la richesse plus que celle des biens, il faut reconnaître que le retour doit être limité à cette richesse transmise. Or, lorsque la charge profite au donateur, comme à un tiers, elle diminue obligatoirement

---

<sup>343</sup> A notre connaissance en effet, la Cour de cassation ne s'est prononcée qu'une seule fois sur la question dans un arrêt Mention c/ Croisy, 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 1995. Sur cet arrêt, V. obs. Patarin, RTD civ. oct.-déc. 1995, p. 951 et 952.

l'enrichissement procuré au donataire. Madame le Professeur Flour et Monsieur Pansier écrivent à ce sujet « *qu'il y aura donc lieu de tenir compte du montant de l'obligation imposée au gratifié toutes les fois qu'il est nécessaire d'évaluer de façon précise l'enrichissement réel dont il a bénéficié : notamment pour l'application des règles du rapport et de la réduction* ». <sup>344</sup> Pour être en phase avec les fondements nouveaux du retour légal, il nous semble nécessaire, dans ce cas aussi, de mesurer précisément l'enrichissement dont le donataire a bénéficié.

D'ailleurs cette solution semble préférable à celle proposée par le notariat. <sup>345</sup> Celle-ci revient à admettre la déduction de la charge dans le cadre de l'article 738-2 en ayant recours à la jurisprudence rendue en matière de rapport de libéralités <sup>346</sup> alors qu'elle la refuse dans le cadre de l'article 757-3 en dépit de son équité au double motif que cela reviendrait à comptabiliser le gratuit de l'onéreux dans un seul acte qui demeure gratuit et que cela permettrait un exercice plus large du retour.

Cette proposition appelle trois observations : tout d'abord, il est curieux de se référer au rapport dans un cas et non dans l'autre sans explication. <sup>347</sup> Ensuite, il n'a jamais été prétendu que la déduction de la charge qui s'impose parfois en droit civil emporte requalification de la donation en acte à titre onéreux, sauf si le montant de la charge égale ou dépasse la valeur du bien donné. Par conséquent il n'y a rien de choquant à comptabiliser le gratuit de l'onéreux. Et puis, pourquoi s'offusquer de cela dans le cadre de l'article 757-3 alors que la même opération serait admise dans celui de 738-2 ? Enfin, il est certain que le retour légal a une assiette plus large si la charge adjointe à la donation n'est pas déduite de sa masse de calcul. Toutefois, au regard de la solution rendue à propos du retour conventionnel qui, en principe, assure très efficacement la restitution de l'entier bien, il est curieux de ne pas retenir une même solution, celle de la déduction de la charge, pour le droit de retour légal dont on se plairait à faire croire, malgré tout, que son fondement demeure la conservation des biens dans la famille. Bref, il serait pour le moins étonnant que le retour légal de l'article 757-3 soit, du point de vue de son assiette, plus efficace que le retour conventionnel.

---

<sup>344</sup> V. Y. Flour et F-J Pansier, Dalloz Action 2008/2009 Droit patrimonial de la famille, Chapitre 313 « Règles de fond des donations : objet et cause », n° 313.131.

<sup>345</sup> V. Congrès des Notaires de France, 2010, n° 4244 (pour l'article 738-2) et 4267 (pour l'article 757-3).

<sup>346</sup> Par exemple, V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 juillet 1981, Bull. civ. I, n° 262.

<sup>347</sup> Alors que cette référence peut être utile si l'on estime nécessaire, ici comme pour le rapport, de mesurer l'enrichissement procuré au donataire. Mais dans ce cas, l'argument vaut aussi pour l'article 757-3.

Il semble donc préférable de calculer le montant du retour légal sur la valeur du bien donné déduction faite de la charge effectivement supportée par le donataire dans tous les cas.

### *C. le cas de la donation-partage avec soulte*

**231.-** Dans ce qu'il convenait d'appeler jadis les partages d'ascendants, la jurisprudence avait eu l'occasion de confirmer que l'ascendant pouvait composer ou compléter le lot d'un donataire copartagé au moyen d'une soulte.<sup>348</sup> Cette possibilité d'allotissement ne fait aucun doute. Toutefois lorsque l'un des copartagés décède dans des conditions ouvrant droit au retour légal, l'existence d'une soulte dans la donation-partage soulève deux questions : lorsque la soulte était à la charge du défunt, le montant du retour doit-il en tenir compte ? Lorsque le défunt a été alloti au moyen d'une soulte, le retour légal s'exerce-t-il ?

En la matière la jurisprudence est discrète. On relève un arrêt ancien de la Cour d'appel de Rennes qui avait décidé à propos de l'ancien droit de retour légal de l'ascendant donateur que pour obtenir restitution du bien attribué l'ascendant était tenu de rembourser à la succession le montant de la soulte supportée par le défunt.<sup>349</sup> C'est également la solution préconisée en matière de retour conventionnel du moins lorsque le défunt a été alloti d'un bien en nature.<sup>350</sup> A l'inverse lorsque le défunt a reçu une soulte, l'objectif de conservation des biens dans la famille à la base tant de l'ancien droit de retour légal que du retour conventionnel devrait conduire à exclure la restitution de la soulte. C'est ce que soutiennent les notaires en relevant toutefois que si la clause de retour conventionnel prévoit la subrogation, l'objectif de conservation des biens eux-mêmes passe au second plan ce qui devrait permettre d'exercer le retour sur la soulte.

**232.-** En extrapolant, les notaires ont pu soutenir valablement que le droit de retour de l'article 738-2 qui se contente d'un exercice en valeur peut s'exercer dans la

---

<sup>348</sup> Notamment, V. civ. 8 décembre 1948, Gougay, Defrénois 1949, art. 26717 ; D. 1949, 145, note H Lalou ; JCP 1949, II, 4652, note J.F.-L.C. L'existence d'une soulte ne disqualifie pas le partage d'ascendant.

<sup>349</sup> CA Rennes, 3 novembre 1883, D. 1884, 2, p. 39.

<sup>350</sup> V. Congrès des Notaires de Bordeaux, 2010, n° 4240, p. 1028 ; W. Merle, « L'exercice du droit de retour conventionnel dans le cadre d'une donation-partage » JCP. N, 42 du 20 octobre 2000, p. 1526, n° 26 à 29. Cet auteur fait également appelle aux règles du rapport des libéralités.

succession du défunt alloti au moyen d'une soulte comme il peut s'exercer dans la succession du défunt ayant payé la soulte. Dans ce dernier cas toutefois, le montant de la soulte doit être déduit de l'assiette du retour. L'idée que ce nouveau cas de retour assure la conservation de la richesse familiale seulement impose de ne l'exercer que sur la seule richesse procurée au défunt, là encore.

**233.-** Pour ce qui est du droit de retour de l'article 757-3, une position opposée a été soutenue par le notariat. L'impératif du retour en nature aurait deux conséquences selon ses partisans : la première, la plus évidente, est que le retour serait exclu lorsqu'il n'a été attribué au défunt qu'une soulte dans la donation-partage ; la seconde, plus critiquable, est que l'assiette du retour devrait se calculer sur la valeur du bien attribué au défunt sans tenir compte du « décaissement » effectué pour recueillir la toute propriété du bien. Cette solution dont les limites sont reconnues par ceux qui la prônent ne paraît pas acceptable pour au moins deux raisons<sup>351</sup> : d'une part, en l'état actuel des textes, il n'est pas possible de considérer la conservation des biens dans la famille comme le fondement primordial de l'article 757-3 et d'autre part, si l'on admet que, de façon sous-jacente, l'idée de la conservation des biens dans la famille peut être à l'origine du texte, il est curieux de noter que l'interprétation proposée procure un effet plus radical à ce texte qu'à l'ancien droit de retour de l'ascendant donateur ou au droit de retour conventionnel qui, eux, ont incontestablement comme fondement la conservation des biens eux-mêmes dans la famille.

Ajoutons que la Cour de cassation a décidé récemment que la révocation pour inexécution des charges d'une donation-partage prononcée contre l'un des donataires copartagés, « *n'a pas pour conséquence l'anéantissement de ce partage pour le tout et laisse subsister à l'égard des autres copartageants l'effet de la transmission de propriété qui en est résulté à leur profit, y compris lorsque celle-ci consiste en une soulte versée par le donataire évincé* ». <sup>352</sup> Il en résulte que le donataire copartagé ne saurait réclamer aux autres donataires copartagés la restitution de la soulte qu'il a du leur verser. C'est le signe de la singularité de la donation-partage dans laquelle l'allotissement résulte de la volonté du donateur. La solution de cet arrêt semble donc

---

<sup>351</sup> Les notaires reconnaissent qu'en retenant cette solution la part du conjoint s'en trouve « vampirisée ». Par ailleurs ils ne retiennent cette solution qu'après avoir relevé que le texte laissait le champ libre aux deux interprétations.

s'opposer à la restitution de la soulte. Toutefois, le Professeur Grimaldi termine sa chronique sur cet arrêt par ces mots : « *s'il veut obtenir restitution de ce qu'il avait dû payer en contrepartie de ce qu'il avait reçu, c'est au donateur qu'il doit s'adresser...* ». En réalité, l'arrêt s'oppose plus précisément à la restitution de la soulte par les donataires copartagés dont la soulte formait les lots.

Par conséquent, si le défunt a été alloti d'un bien qui se retrouve en nature à l'ouverture de sa succession moyennant le versement d'une soulte aux autres donataires-copartagés, le retour s'exercera sur le bien en octroyant des droits indivis à son ou ses bénéficiaires, ces droits indivis devant être calculés sur la valeur du bien, déduction faite de la soulte supportée par le défunt. Le retour ne portera peut-être que sur une quotité dérisoire du bien mais cela n'est pas imputable en priorité à la déduction de la soulte mais à cette quote-part de moitié et au nombre des bénéficiaires du retour. La solution sera plus équitable et ne remettra pas en cause la *ratio legis* en faveur du conjoint survivant.

Par ailleurs, si le défunt a été alloti d'une soulte, celle-ci est censée lui avoir été attribuée par le donateur même si elle lui a été versée par un des donataires copartagés. Il semble possible d'appliquer alors ce qui a été dit plus haut pour les donations de deniers dont il a été envisagé qu'elles puissent ouvrir droit au retour à condition que les deniers aient été employés dans un bien qui se retrouve en nature. Ce ne serait que l'application de la subrogation réelle avec ses avantages et ses limites. Mais nous avons conclu à l'exclusion de la subrogation. Il faut donc conclure à l'exclusion de l'article 757-3 lorsque le défunt a reçu une soulte dans la donation-partage.

Au final, à l'exception du dernier cas envisagé à l'instant, il semble que les deux textes appellent des solutions comparables si l'on veut bien admettre qu'ils sont tous deux fondés sur l'idée de conservation de la richesse dans la famille plus que sur celle de conservation des biens. Ce n'est là qu'une proposition qui ne peut se prévaloir ni d'une solide assise doctrinale, ni d'une application jurisprudentielle certaine.

Aux termes de ces développements qui ont introduit une difficulté supplémentaire à la liquidation du retour légal, on ne peut que déplorer avec d'autres

---

<sup>352</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 juill. 2006 : Bull. civ. I, n° 346 : RTD civ. 2007, p. 614 à 616, obs. Grimaldi.

le flou législatif qui règne en la matière et dont il ne résulte que des solutions hésitantes. A présent il convient d'aborder un dernier problème, celui de la valorisation du retour légal.

## **§ 2. Le problème de la valorisation**

Le problème de la valorisation pose deux questions : celle de l'estimation du bien objet du retour légal (A) notamment en cas d'aliénation et celle de la valorisation du droit lui-même (B). Ces deux questions seront traitées tour à tour.

### *A. L'estimation du bien objet du retour*

**234.-** Contrairement à ce qu'elle prévoit pour d'autres mécanismes comme le rapport ou la réduction, il est à noter que la loi ne donne aucune indication sur ce point en la matière. Parce qu'il est un droit de succession et parce qu'il ne confère souvent que des droits indivis, on pressent intuitivement que le retour légal impose, pour sa liquidation, la valorisation du bien qui en est l'objet à deux reprises : au jour du décès et au jour du partage. Cela ne fait aucun doute lorsque le bien se retrouve en nature à l'ouverture de la succession. En revanche, la question de l'estimation du bien objet du retour se pose lorsque le bien ne se retrouve pas en nature dans le cadre de l'article 738-2. A condition d'y admettre le jeu de la subrogation réelle, elle pourrait également se poser dans le cadre de l'article 757-3 si le bien ne se retrouve pas en nature mais a été remplacé par un autre.

**235.-** Si aucune subrogation n'est envisageable parce que le bien a été aliéné avant l'ouverture de la succession à titre gratuit ou à titre onéreux sans emploi du prix de vente faut-il, pour la mise en œuvre du retour légal, estimer ce bien au jour du décès, au jour du partage ou au jour de l'aliénation ? La question ne peut se présenter que dans le cas de l'article 738-2.

Estimer le bien aliéné au jour du décès pour la détermination des droits et au jour du partage pour l'actualisation des droits au plus proche de la jouissance divise semble receler un risque et même une injustice. Dans notre hypothèse, le défunt n'a pas pu s'enrichir à la suite de l'aliénation puisque soit il s'est départi du bien sans

contrepartie, soit il a obtenu une contrepartie mais ne l'a pas investie. Par conséquent, si le bien a intrinsèquement pris de la valeur depuis son aliénation, l'estimer au jour du décès revient à prendre en compte une plus-value que le défunt n'a pas faite. La dette de retour grèvera donc injustement la succession. Il est sans doute préférable d'estimer une fois pour toutes le bien aliéné au jour de l'aliénation en conservant la même estimation au jour du décès comme au jour du partage. La solution est alors assimilable à celle retenue en matière de rapport et de réduction depuis la réforme de 1971. Ce faisant la dette de retour se trouve figée par l'aliénation : ce n'est pas une dette de valeur.<sup>353</sup> Dans notre hypothèse l'estimation à retenir sera donc celle du prix de vente du bien ou celle de la valeur du bien donné.

Si la vente ou la donation a été consentie moyennant une réserve d'usufruit, ce sera la valeur de la pleine propriété au jour de l'aliénation qu'il faudra retenir étant donné que la réserve d'usufruit peut être une modalité de paiement du prix et compte tenu du transfert de propriété intervenu et du caractère viager de l'usufruit. Enfin, l'estimation sera évidemment faite au jour du décès si le bien a été légué. Dans tous les cas il est certain que le bien aliéné ne doit être estimé que d'après son état au jour de l'aliénation. On ne comprendrait pas que le bénéficiaire du retour profite des plus-values advenues au bien du fait de l'ayant cause du défunt.

**236.-** Maintenant, si la subrogation réelle pouvait s'opérer, c'est le bien de remplacement représentant tout ou partie du bien aliéné qu'il faudrait estimer. C'est tout l'intérêt de la subrogation réelle. Comme ce bien se retrouverait dans la succession, il conviendrait normalement de l'estimer au jour du décès pour la détermination du droit et au jour le plus proche possible de la jouissance divise pour les besoins du partage. Mais alors, faudrait-il estimer ce nouveau bien à partir duquel on déterminerait le montant du retour d'après la valeur qu'il avait à l'époque de son acquisition, c'est-à-dire sans tenir compte des plus ou moins-values advenues au bien du fait du défunt ? C'est la question de la prise en compte des améliorations du bien dont il convient de se demander à présent si elles doivent être comprises dans la valorisation du droit lui-même.

---

<sup>353</sup> V. P. Catala, « La réforme des liquidations successorales », Répertoire du Notariat Defrenois, 3<sup>ème</sup> éd., p. 106, sur la question de l'aliénation de l'objet donné, notamment en matière de rapport successoral,

## *B. La valorisation du droit de retour lui-même*

Deux questions doivent être posées lorsqu'il s'agit de valoriser le droit de retour légal : la première est celle de savoir si et comment les plus ou moins-values advenues au bien entre le décès et le partage doivent être prises en compte (1) ; la seconde revient à se demander si les plus-values apportées ou les moins-values subies par le bien du fait de l'activité du défunt doivent être prises en compte dans la valorisation du droit et plus généralement dans son exercice (2).

### *1. La prise en compte des changements de valeur entre le décès et le partage*

**237.-** Le plus souvent, le bénéficiaire du retour légal devient titulaire de droits indivis au décès. Si le bien sur lequel porte ses droits prend de la valeur ou en perd entre le décès et le partage, sans que ces changements de valeur ne soient imputables à l'activité d'un héritier, il est incontestable que le bénéficiaire du retour légal en profite ou les subit. La raison en est qu'il est un héritier, titulaire d'un droit successoral.

Une fois cette affirmation posée, reste la question de savoir comment sont pris en compte ces changements ? La réponse est assez simple. Il suffit de valoriser au jour du décès, jour de naissance du droit, le retour légal en exprimant cette valeur sous forme de quotité. Au partage, il conviendra d'appliquer à cette quotité, la valeur du bien à ce moment comme il conviendrait de le faire pour n'importe quel droit successoral. L'application ne pose pas de difficulté dans le cadre de l'article 757-3 où la quotité est fixée par la loi. La question ne pose pas davantage de problème si, dans le cas de l'article 738-2, la thèse dite « du quart du bien » est retenue : là aussi, le droit est directement exprimé en quotité par la loi. En revanche, lorsque la thèse dite « du quart de la succession » est préférée, la question se pose. Pour la résoudre, il est éclairant de reprendre le premier exemple qui avait servi à déterminer in abstracto le montant du retour.

### **238.- Exemple n°1 (Reprise de l'exemple exposé p. 196)**

Le de cujus décède ab intestat en laissant pour recueillir sa succession son père et son frère. A la date du décès son patrimoine est constitué d'une maison qui lui a été

donnée par son père, se retrouvant en nature, d'une valeur de 1000 et un studio évalué à 100.

Comment liquider la succession étant acquis que les conditions pour bénéficier du droit retour de l'article 738-2 sont réunies ?

En l'espèce, les droits ab intestat du père sont du quart de la succession, ceux du frère des trois quarts, soit :  $\frac{1}{4}$  pour le père = 275  
 $\frac{3}{4}$  pour le frère = 825.

Thèse du quart du bien	Thèse du quart de la succession
Le bien objet du retour vaut 1000 Le montant du retour est donc de 250 soit $1000/4$ .	Le bien objet du retour vaut 1000, donc le retour porte sur le bien dans la limite de 275 (droits ab intestat du père).

Plus exactement, dans la première hypothèse, le père a droit au quart du bien objet du retour et au quart de l'autre bien alors que dans l'autre hypothèse, il a droit au  $275/1000$ èmes du bien objet du retour au titre de son droit de retour. Au passage notons que le retour excède alors le montant des droits successoraux du père.

**Élément nouveau : Imaginons que le bien objet du retour vaille 1500 au jour du partage et le studio 130.**

Au partage, tels seront les droits des parties en application de chacune des deux thèses :

Thèse du quart du bien	Thèse du quart de la succession
Retour légal : $\frac{1}{4} \times 1500 = 375$ Droits successoraux : $\frac{1}{4} \times 130 = 32,5$ Au total le père obtiendra <b>407,5</b> , soit le quart de la masse à partager.	Retour légal : $27,5\% \times 1500 = 412,5$ Au total le père obtiendra au titre du retour plus que ce à quoi ses droits successoraux ordinaires lui permettraient de prétendre.

\*\*\*\*\*

**239.- Variante de l'exemple n°1 : (Reprise de l'exemple exposé p. 198)**

Les données seront reprises de l'exemple n°1 à ceci près que le montant du bien donné par le père n'est plus que de 100 et le bien acquis par le défunt a une valeur de 1000.

Les droits ab intestat des héritiers sont de:  $\frac{1}{4}$  pour le père = 275

$\frac{3}{4}$  pour le frère = 825.

Thèse du quart du bien	Thèse du quart de la succession
Le bien objet du retour vaut 100 Le montant du retour est donc de <b>25</b> soit 100/4.	Le bien objet du retour vaut <b>100</b> , donc le retour porte sur le bien dans la limite de <b>275</b> (droits ab intestat du père).

Le père obtient toujours un quart du bien donné au titre du retour en application de la première thèse et le quart de l'autre bien. Dans la seconde hypothèse, le père obtient le retour de l'entier bien d'une valeur de 100 et a droit au 175/1000èmes de l'autre bien.

**Élément nouveau : Imaginons que le bien objet du retour vaille 130 au jour du partage et le studio 1500.**

Au partage, tels seront les droits des parties en application de chacune des deux thèses :

Thèse du quart du bien	Thèse du quart de la succession
Retour légal : $\frac{1}{4} \times 130 = 32,5$ Droits successoraux : $\frac{1}{4} \times 1500 = 375$ Au total le père obtiendra <b>407,5</b> , soit le quart de la masse à partager.	Retour légal : $100\% \times 130 = 130$ Droits successoraux : $17,5\% \times 1500 = 262,5$ Au total le père obtiendra <b>392,5</b> .

**240.-** De ce qui précède, il est possible de tirer trois conclusions :

La première permet de relever la constance de la première thèse, celle du « quart du bien », dans laquelle, quels que soient les changements affectant la valeur de la masse, le père aura toujours droit au quart du bien et complétera ses droits en prenant le quart du reste de la masse.

La deuxième, par comparaison, met l'accent sur le caractère plus aléatoire de la seconde thèse dont le résultat, au plan civil du moins<sup>354</sup>, peut être moins avantageux au partage que celui de la première thèse si la valeur du bien objet du retour a moins augmenté que la valeur du reste de la masse.

La troisième conclusion est l'occasion de se demander s'il ne serait pas mieux, ne serait-ce que pour conforter notre présupposé selon lequel la thèse du « quart de la succession » est plus avantageuse, de calculer le montant du retour en même temps qu'on le valorise, au partage. Dans notre dernière hypothèse, cela reviendrait à ce que le montant du retour, soit de 407,5, en obtenant un résultat identique dans les deux cas. Cette solution n'est ni plus ni moins celle soutenue par Madame Levillain selon laquelle l'imputation prévue au deuxième alinéa de l'article 738-2 ne peut se faire qu'au jour du partage puisque ça n'est qu'à ce moment, selon elle, que les droits successoraux sont déterminés.<sup>355</sup>

Il ne semble pourtant pas que cette solution soit tenable tant au niveau des principes liquidatifs de droit commun qu'en ce qui concerne les particularités de la méthode de calcul du droit de retour légal de l'article 738-2. En effet, il a toujours été admis que les droits successoraux des héritiers, quels qu'ils soient, sont déterminés au décès en fonction de la valeur des biens à cette date. Ensuite, au jour du partage, la valeur des lots à attribuer à chacun est calculée en fonction des droits déterminés au décès. On ne recalcule pas des droits sur la masse à partager. La solution inverse, en l'absence de toute prescription légale, s'oppose au caractère successoral du retour. En outre, la thèse dite du « quart de la succession » prétend limiter le montant du retour au « bien » dans la limite du quart de la succession. C'est donc sur la valeur du bien au décès que s'exprime la quotité du retour.<sup>356</sup> Enfin, sur la question plus particulière de l'imputation, il a été relevé que la solution de Madame Levillain menait à une impasse si les héritiers décidaient de ne pas procéder au partage car il faudrait en conclure que l'imputation n'aurait jamais lieu.<sup>357</sup> Or, il est important que l'imputation et par la même la détermination du retour légal aient lieu au jour du décès puisque de cela va résulter la détermination des droits des autres héritiers.

---

<sup>354</sup> Au plan fiscal le résultat moindre est compensé par l'exonération totale de taxation dont bénéficie le droit de retour de l'article 738-2.

<sup>355</sup> Cf. N. Levillain, art. précité, n° 25, qui toutefois ne portait pas cet argument au soutien de la thèse du « quart de la succession ».

<sup>356</sup> Dans le premier exemple, le retour légal exprimé en quotité est bien de 275/1000 (valeur du bien objet du retour) et non de 275/1100 sans quoi il n'y aurait plus de différence entre les deux thèses.

<sup>357</sup> Cf. congrès des Notaires de France, 2010, n° 4234, p. 1023, note 519.

Reste une dernière question délicate : celle de savoir si la mise en valeur du bien par le défunt doit être prise en compte pour l'exercice du retour.

*2. La prise en compte des changements de valeur imputables à l'activité du défunt ?*

**241.-** La question a surtout été posée pour ce qui concerne les améliorations apportées par le défunt au bien qui lui avait été donné. Si ces améliorations ont engendré une plus-value, il a été remarqué dans le cadre de l'article 757-3 qu'en l'absence d'indemnité « *les frères et sœurs peuvent donc profiter des plus-values provenant d'investissements du de cujus, qui ne doivent rien à la famille et dont le conjoint se trouve frustré* ». <sup>358</sup> De quoi il résulte un enrichissement de la famille au lieu d'une conservation des biens ou plutôt de la richesse. Cette critique peut également être formulée à l'encontre de l'article 738-2. Avant de proposer une solution actuelle à cette question (b), il semble important, une fois n'est pas coutume, de porter un regard sur le droit antérieur (a).

*a. Regard sur le droit antérieur*

Il est inutile de chercher une réponse jurisprudentielle à la question qui nous retient. A notre connaissance aucune juridiction n'a jamais eu à connaître d'un litige à ce sujet. Il convient donc de se tourner vers la doctrine.

**242.-** La doctrine a proposé des solutions divergentes. Certains, les plus nombreux, prenant appui sur le caractère successoral du retour légal, affirmaient clairement que le bénéficiaire du retour reprend les biens donnés dans l'état où ils se trouvent au décès, comme tout héritier. Il en résulte « *qu'il profite des améliorations qui leur ont été apportées ou souffre des détériorations qu'ils ont subies, sans indemnité de part ni d'autre* ». <sup>359</sup> Jusqu'à l'apparition des nouveaux cas de retour, cette solution paraissait acquise en doctrine depuis plusieurs décennies.

---

<sup>358</sup> Cf. G. Goubeaux, *ibidem*, n°8

<sup>359</sup> V. Planiol et Ripert, « *Traité théorique et pratique de droit civil d'après le traité de Planiol* » par Maury et Vialleton, 1928, n°177, p. 219 ; Flour et Souleau, « *Les successions* », 1991, 3<sup>ème</sup> éd., n° 150, p. 91 ; M. Grimaldi, *ibidem*, n° 259, 3°. V. également des auteurs plus anciens : Toullier, IV, 232 ; Demante, Cours, III, 57 bis, III ou Demolombe, XIII, 559.

**243.-** D'autres retenaient une solution opposée sans pour autant remettre en cause ce qui précède. Ils admettaient que le bénéficiaire du retour légal dut subir toutes les dépréciations imputables au défunt sans pouvoir prétendre à indemnité parce qu'étant un héritier non réservataire au regard de la succession anormale il devait s'estimer heureux que le défunt lui laisse un bien dégradé alors qu'il aurait pu l'aliéner et, ce faisant, empêcher le retour. Mais ils estimaient que le successeur anormal devait « *bonifier les impenses, nécessaires ou utiles, faites par le défunt, savoir, les premières à concurrence de ce qu'elles ont coûté, et les secondes, jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée* ». <sup>360</sup> La justification était que les biens objet du retour légal ne sauraient être améliorés aux dépens de l'hérédité sans quoi « *on fait produire au retour [...] un effet qui dépasse le motif sur lequel il repose* ». <sup>361</sup> A l'époque ce motif était sans aucun doute la conservation des biens dans la famille mais non l'enrichissement de la famille. Mais le reproche était d'une portée limitée à une époque où, dans le cas le plus courant, celui de l'article 747 ancien, enrichir l'ascendant via le retour revenait à enrichir la famille. Autrement dit, il n'y avait pas tellement de conflit d'intérêts entre la succession anormale donnant l'avantage à l'ascendant donateur et la succession ordinaire à laquelle cet ascendant était souvent appelé et qui était dévolue à la famille dont il était le chef. Au total, cette solution qui ne reposait sur aucun texte ne semblait pas avoir emporté la conviction mais elle exprimait déjà la crainte qui se retrouve sous la plume du Professeur Goubeaux. Au bénéfice de cet éclairage historique quelles conclusions peuvent être tirées pour ce qui concerne les nouveaux textes ?

#### *b. Solution actuelle*

**244.-** Trois observations liminaires s'imposent avant de proposer une opinion sur la question.

---

<sup>360</sup> V. Aubry et Rau, Droit Civil, t. X, 6<sup>ème</sup> éd. par Paul Esmein, § 640 bis, n° 4 ainsi que les notes 9 et 10. Prenant appui sur le droit des biens et la théorie de l'accession, Chabot considérait également que si l'ascendant profite des accessions naturelles qui n'ont rien coûté au donataire, il « *ne peut profiter des accessions artificielles, c'est-à-dire celles qui ont eu lieu par le fait ou l'industrie du donataire, qu'en en remboursant la valeur : il ne doit pas s'enrichir aux dépens du donataire ou de ses héritiers.* » Cf. Chabot « Commentaire sur la loi des successions », t. I, 5<sup>ème</sup> éd., 1818, Question n° 25, p. 498 et s. V. également Marcadé, sur l'article 747, n°7.

<sup>361</sup> Ibidem.

Première observation : il est à noter que, pas plus qu'hier, le retour n'est fondé sur l'enrichissement de son bénéficiaire ce qui devrait militer en faveur d'un rétablissement dû en cas d'améliorations apportées par le défunt.

Deuxième observation : l'argument peut avoir sans doute un écho plus important aujourd'hui alors que le bénéficiaire du retour trouvera souvent en face de lui le conjoint survivant, héritier devenu incontournable, qui a peut-être participé au financement des améliorations ou en a profité. En tout cas il est certainement mieux placé que tout autre pour avoir connaissance de ces améliorations. D'où un probable sentiment d'injustice si le bénéficiaire du retour profite de plus-values imputables à l'activité du défunt. La montée en puissance du conjoint survivant n'est donc pas pour rien dans ce questionnement. La preuve en est que le problème a resurgi à propos de l'article 757-3 où le texte pose comme condition d'application la concurrence entre le conjoint survivant et les collatéraux privilégiés.

Troisième observation : vis-à-vis du conjoint survivant les règles des régimes matrimoniaux modéreront parfois ce sentiment d'injustice. Dans le cas où le défunt commun en biens avait réalisé au moyen de deniers communs des travaux d'amélioration d'un bien qui lui était propre, le mécanisme des récompenses assurera au conjoint de récupérer la moitié du profit subsistant. Plus radicalement, si le conjoint survivant séparé de biens avait financé de ses deniers personnels les améliorations d'un bien personnel du défunt, il sera titulaire d'une créance sur la succession à hauteur du profit subsistant. En revanche, les impenses financées par le défunt séparé de biens sur son patrimoine personnel n'ouvrent droit à aucune indemnité au titre du régime matrimonial en l'absence d'appauvrissement d'un patrimoine au profit d'un autre. Dans ces cas là, faudrait-il instaurer un mécanisme indemnitaire assurant que le retour légal ne soit pas un moyen d'enrichissement pour son bénéficiaire ?

**245.-** A propos de l'article 757-3, le Professeur Catala considère qu'il n'est pas impossible techniquement de concevoir un système de récompense entre les deux successions au vu de « *cette sensibilité nouvelle empreinte d'équité qui anime aujourd'hui les liquidations et restitutions* ». <sup>362</sup> Il s'interroge simplement sur le point

---

<sup>362</sup> V. J.-Cl. Civil Code Art. 756 à 767, Fasc. 10, n° 98 où l'auteur y rappelle que « *les lois récentes tendent à indemniser celui qui a amélioré de ses deniers la chose objet du règlement* ».

de savoir qui, du juge ou du législateur, décidera le premier d'appliquer ce mécanisme indemnitaire. A cela, d'autres ont rétorqué qu'il serait délicat pour le juge de fonder l'indemnisation sur l'enrichissement sans cause puisque l'enrichissement trouve ici sa cause dans la loi elle-même.<sup>363</sup>

Si indemnisation il doit y avoir, il serait donc plus commode que le législateur prenne le soin de la prévoir lui-même. Mais comment s'y prendrait-il ? La méthode qui consisterait à calculer le retour légal en tenant compte de l'état du bien objet du retour à l'époque de sa transmission au défunt ne pourrait être retenue puisque, s'appliquant en cas d'amélioration comme en cas de détérioration, elle encourrait dans ce dernier cas les mêmes critiques que le système actuel, savoir : vampiriser les droits des autres héritiers. Deux exemples permettront de le comprendre.

#### **246.- Exemples :**

**Première hypothèse.** Imaginons que le défunt laisse pour lui succéder son conjoint et un frère. Son patrimoine au décès se compose d'un appartement valant 200, d'une maison qui lui venait de leur père pour 300 et de liquidités pour 100. Il se trouve que la maison ne vaudrait que 200 au décès si le défunt n'y avait pas réalisé cinq ans plus tôt des travaux importants d'agrandissement sur ses deniers personnels.

Si, désireux de ne pas faire bénéficier le frère de la plus-value apportée au bien par l'investissement du défunt, on calcule le montant du retour sur la valeur du bien au décès (ou au moment de l'aliénation par le défunt le cas échéant) d'après son état au jour de la transmission au de cujus, on parvient au résultat suivant :

Droit de retour du frère en application de l'article 757-3 :  $200/2 = 100$ .

Droits successoraux du conjoint : 500.

Alors qu'en tenant compte de l'état du bien au jour de l'ouverture de la succession le résultat est le suivant :

Droit de retour du frère en application de l'article 757-3 :  $300/2 = 150$ .

Droits successoraux du conjoint : 450.

**Seconde hypothèse.** Si maintenant, faute d'entretien, la maison ne vaut plus au décès que 200 alors que d'après son état au jour où elle a été transmise au défunt

---

<sup>363</sup> CF. Congrès des Notaires de France, Bordeaux, 2010, n° 4234, note 521.

elle vaudrait 300, cette méthode conduit à calculer le retour légal sur cette dernière valeur.

Le retour serait donc de 150 (300/2) et les droits successoraux du conjoint seront de 350.

En l'état actuel des textes le retour est de 100 (200/2) et les droits successoraux du conjoint survivant sont de 400.

On le voit, en cas de détérioration, cette méthode conduit à augmenter artificiellement le retour légal au détriment des droits des autres héritiers. Elle ne peut donc pas être retenue. Par ailleurs, cette méthode s'apparente au mécanisme d'évaluation de la créance de rapport ou de réduction. Or, ces mécanismes visent à rétablir une égalité entre héritiers en faisant supporter à celui qui a été avantagé par la volonté du défunt une indemnité qui vient accroître la masse à partager. Dans notre cas, il n'est pas question d'égalité puisque personne n'a été avantagé par le défunt.

**247.-** Une seconde méthode pourrait s'inspirer du mécanisme des récompenses. Après avoir déterminé le montant du retour en fonction de la valeur et de l'état du bien qui en est l'objet au décès, il faudrait rechercher si le défunt a réalisé relativement à ce bien un investissement dont il reste un profit subsistant au décès. Ce profit subsistant une fois valorisé, il conviendrait de lui appliquer la quote-part du bien faisant retour pour obtenir le montant de la « récompense » dont le bénéficiaire du retour serait redevable à la masse. Au plan comptable le résultat serait le même en reprenant le premier exemple. Le frère aurait droit à 150 au titre du retour mais il devrait une « récompense » de la moitié du profit subsistant, soit 50. Il pourrait s'en acquitter en versant cette somme au conjoint ou en moins prenant à l'image des récompenses. Cette solution aurait l'avantage par rapport à la précédente de ne pas avantager le bénéficiaire du retour en cas de dépréciation due à l'activité du défunt.

**248.-** Toutefois, plusieurs raisons incitent à ne pas retenir ces propositions et à considérer avec le Professeur Leveneur que *« l'absence de correctif dans le texte peut conduire à penser que la succession anormale profitera des améliorations... comme elle souffrira inversement des dégradations »*.<sup>364</sup>

---

<sup>364</sup> V. L. Leveneur, *ibidem*, études offertes au Doyen Simler, n° 10, à propos de l'article 757-3.

La première raison est pratique. Voilà que le législateur modifierait les textes pour répondre à un sentiment d'injustice en faisant apparaître du même coup ce qui pourrait sûrement devenir un nid à contentieux reposant sur des difficultés de preuves des investissements réalisés par le défunt et des difficultés d'évaluations des améliorations. Ces difficultés ne sont certes pas nouvelles mais elles s'ajouteraient à celles que nous avons déjà eues l'occasion de relever. Par ailleurs, en dépit des termes utilisés par les tenants de cette indemnité, il semble que l'enjeu ne soit pas si considérable. La « vampirisation » dont le collatéral se rendrait coupable dans le cadre de l'article 757-3 ne laisse pas le conjoint sans rien. Il aura toujours droit à la moitié du bien objet du retour et donc à la moitié des améliorations. Il en est de même pour ce qui concerne l'article 738-2 dont on a dit qu'il ne permettait le plus souvent que de retrouver une quote-part du bien. L'émoi aurait été compris si le retour avait porté sur l'intégralité du bien.

La deuxième raison est une évidence. Si au lieu d'un droit de retour, l'article 757-3 avait conféré une vocation universelle au collatéral privilégié en présence du conjoint, personne ne se serait posé la question qui nous retient. Maintenant, dans le cadre de l'article 738-2, l'imputation sur les droits successoraux du bénéficiaire du retour transforme parfois le retour en une simple modalité d'allotissement. Ce mécanisme qui, on le verra, fait douter de l'existence d'une succession anormale rapproche le bénéficiaire du retour d'un héritier de droit commun auquel nul n'envisagerait de faire rapporter la valeur des améliorations imputables au défunt.

La troisième raison est plus théorique et revient à noter que là où la loi prévoit des mécanismes d'indemnisation comme les récompenses ou encore les créances entre époux ou entre indivisaires, cela suppose qu'un héritier se soit enrichi au détriment des autres, qu'un époux se soit appauvri au profit de son conjoint. Bref dans tous les cas, l'indemnité est due par l'enrichi. En l'espèce, si le bien objet du retour a pris de la valeur en raison des améliorations apportées par le défunt, c'est d'abord lui, le défunt, qui s'est enrichi. Personne ne s'est appauvri. Il en résulte qu'aucun équilibre n'est à rétablir. Ajoutons à propos de l'article 738-2 que l'on voit mal ce que l'équité pourrait rétablir dans la mise en œuvre d'un texte qui envisage clairement que le retour puisse excéder les droits successoraux de son bénéficiaire et donc empiéter sur les droits des autres héritiers.

Enfin, la quatrième raison est l'occasion d'insister sur le fait que le retour légal, aujourd'hui encore, présente un caractère successoral d'où il résulte que son

bénéficiaire exerce son droit sur les biens qui en sont l'objet dans l'état dans lequel ils se trouvent au décès. Il pourrait en être différemment, non en vertu d'un droit de retour légal, mais en application d'une clause de retour conventionnel fondée sur un mécanisme résolutoire qui entraîne un anéantissement rétroactif de la transmission ce qui implique une absence d'appauvrissement et d'enrichissement des parties. Les dépenses d'entretien ou d'amélioration du bien donné doivent, dans ce cas là, être restituées à la succession du défunt.<sup>365</sup>

Toutes ces raisons nous portent à croire qu'en l'état actuel des textes le bénéficiaire du retour légal n'a aucun titre pour se voir contraindre au paiement d'une indemnité venant compenser les améliorations imputables au défunt dont il profite en vertu d'un droit successoral. En outre, l'absence de fondement théorique, l'insignifiance des enjeux et les difficultés pratiques que cela ne manquerait pas de poser doivent dispenser le législateur, pour ces mêmes raisons, de modifier les textes sur cette question.

## **Chapitre 2. Difficultés relatives à la nature du retour**

**249.-** Tout d'abord une précision : traiter de la nature du retour légal à ce niveau a tout son sens dès lors que c'est bien de la nature que découlent les effets.

Dans ce chapitre il conviendra également de partir des solutions traditionnelles avant de se demander dans quelles mesures elles sont toujours d'actualité. Traditionnellement, donc, le droit de retour légal est un droit de nature successorale, mais d'une nature successorale particulière. Le droit de retour légal organise la dévolution successorale du bien qui en est l'objet mais cette dévolution se produit en marge de la dévolution successorale ordinaire. Il en résulte donc une dualité de succession. C'est relativement à ces deux aspects qu'il faut tenter de cerner la nature des nouveaux cas de retour en constatant la nature successorale inchangée du retour légal (Section 1) puis sa nature modifiée glissant de la succession anormale vers la succession ordinaire (Section 2).

---

<sup>365</sup> V. les références citées à la note 3, n° 654, p. 634, « Droit Civil Les Obligations », Terré, Simler, Lequette, 8<sup>ème</sup> éd.

## **Section 1. Une nature successorale inchangée**

Dans un premier temps il convient de rappeler rapidement comment s'est manifestée cette nature successorale et quels en sont les effets (§1). Dans un second temps il faudra confronter cette nature traditionnelle aux nouveaux cas de retour (§2).

### **§ 1. Manifestations et effets de la nature successorale du retour légal**

Dans ce paragraphe il sera intentionnellement question des trois cas de retour existant avant 1972. C'est à la lumière de ces textes et notamment à celle de l'ancien article 747 du Code civil que la nature traditionnelle du retour légal a été dégagée. Présentons donc rapidement les manifestations de la nature successorale du retour légal (A) avant d'évoquer les principaux effets résultant de cette qualification (B) et son intérêt (C).

#### *A. Manifestations de la nature successorale du retour*

**250.-** C'était dans la rédaction des textes eux-mêmes que se manifestait clairement le caractère successoral du retour légal. L'article 747 ancien commençait en effet par ces mots : « *les ascendants succèdent [...]* ». De la même manière, l'article 359 ancien relatif au droit de retour des familles adoptives avant la réforme de 1966, prévoyait expressément que l'adoptant succédait aux choses par lui données tandis que l'ancien article 358 prévoyait la contribution aux dettes du bénéficiaire du retour. La formulation de l'article 368-1, en vigueur depuis 1966, ne fait pas plus de doute : elle réserve toujours la « *charge de contribuer aux dettes* » ; elle débute par les mots « *dans la succession de l'adopté [...]* » et elle utilise le terme « *retourner* » au lieu du terme succéder pour traduire l'exercice du droit. Si ce dernier terme est légèrement moins explicite il ne retire rien au caractère successoral du retour au vu de l'ancien article 766 qui utilisait le même terme ainsi que le terme « *passer* » pour figurer la vocation successorale des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel défunt.

Un argument de place des textes dans le code pouvait également être relevé. Les articles 747 et 766 anciens figuraient tous deux au titre des successions. Evidemment cet argument était sans portée pour ce qui concernait tant les articles 358 et 359 anciens que l'article 368-1.<sup>366</sup> C'est pour cette raison que certains se fondaient plus volontiers sur la tradition coutumière dont il a été montré plus haut qu'elle avait été reprise par le Code civil en notre matière comme en bien d'autres.<sup>367</sup>

Enfin, la jurisprudence a eu l'occasion de confirmer à de nombreuses reprises la nature du retour légal. La plus célèbre manifestation jurisprudentielle qui résume au mieux les arguments exposés ci-dessus est certainement, encore une fois, l'arrêt Roux contre Ménard duquel on peut extraire une partie de l'attendu de principe ainsi rédigé : « *Attendu qu'il résulte tant des termes de l'article 747 que de la rubrique sous laquelle cet article se trouve placé, et qui est intitulée « des successions déférées aux ascendants »*, que le droit de retour légal est essentiellement un droit successoral [...] ». <sup>368</sup> La jurisprudence a également été l'occasion de mettre l'accent sur le régime successoral qui découle logiquement de la nature du droit de retour. Il convient à présent de rappeler les principaux effets de ce régime.

### B. Principaux effets en résultant

**251.-** Le droit de retour légal est de nature successorale. Il organise la dévolution d'un bien en fonction de son origine. De ce caractère résulte différentes conséquences.

Sous réserve qu'il soit apte à succéder, l'ascendant donateur bénéficie de l'option successorale relativement à la succession anormale. Il peut l'accepter purement et simplement. Il peut aussi y renoncer, entraînant ainsi la réunion des biens

---

<sup>366</sup> Ces arguments de texte étaient admis par la quasi-totalité de la doctrine depuis longtemps. V. Planiol et Ripert, *Traité théorique et pratique de droit civil d'après le traité de Planiol avec le concours de Maury et Vialleton*, 1928, n° 164, p. 202 et note 2, p. 205 pour d'autres références ; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, 10<sup>ème</sup> éd., par L. Julliot de la Morandière, 1950, n° 986, p. 505 ; Ripert et Boulanger, *traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. IV, 1959, n° 1768 et 1799. Cette assise solide permit à la doctrine récente de considérer qu'il n'était pas douteux que le retour légal fut un droit successoral. V. L. Leveneur et S. Leveneur, *Leçons de droit civil, Successions et libéralités*, 1999, n° 833, p. 170. D'autres auteurs considèrent comme acquis ce caractère successoral et ne cherchent même plus à le justifier. Ainsi, M. Grimaldi affirme-t-il dans son ouvrage précité, p. 251, que : « *le retour légal s'analyse en une dévolution successorale* ».

<sup>367</sup> V. Notamment F. Terré et Y. Lequette, *Précis Dalloz, Droit Civil « les successions, les libéralités »* 3<sup>ème</sup> éd., n° 250 p. 195.

<sup>368</sup> On peut en citer bien d'autres. Par ex. en faisant abstraction des arrêts de second degré : Ch. civ. 16 mars 1830 : S. Ch. 469 et 8 mars 1858 : D. 1858, 1, 97 à propos de l'articulation avec la réserve héréditaire ; Cass. civ. 24 juillet 1901 et 22 juillet 1903 à propos de l'articulation avec le droit d'usufruit du conjoint survivant. Pour les références de ces arrêts, V. notes n°381 et 382.

compris dans la succession anormale à la succession ordinaire ce qui ne se conçoit que corrélativement à une renonciation à la succession ordinaire.<sup>369</sup> Il peut enfin l'accepter sous bénéfice d'inventaire.

Si tel est le cas, c'est que le successeur anormal est considéré comme un successeur universel. A ce titre, il est tenu de contribuer au passif successoral à concurrence de ce qu'il reçoit comparé à l'actif successoral global et il y est tenu *ultra vires* comme tout successeur universel. Cette obligation *ultra vires* prévue expressément par le texte de l'article 368-1 se comprend en constatant que le successeur anormal dispose de la saisine en tant qu'héritier et continuateur de la personne du défunt. On lie généralement, en effet, l'obligation *ultra vires* et le fait que l'héritier soit saisi.<sup>370</sup> Au pouvoir d'appréhension et de gestion des biens successoraux qui forment le gage premier des créanciers de la succession, correspond cette obligation *ultra vires*. C'est l'application de l'équation entre pouvoir et responsabilité que l'on retrouve aussi en matière de régimes matrimoniaux.

Par ailleurs, il était admis sans réelle discussion que le bénéficiaire du retour recueillait le ou les biens objet du retour dans l'état matériel et juridique dans lequel il les trouvait au décès. Il en résultait d'une part, que l'ascendant profitait des améliorations advenues et souffrait des moins-values sans aucune indemnité dans l'un ou l'autre cas. La solution est théoriquement incontestable en vertu du caractère successoral du retour légal. Cependant, comme nous l'avons vu, elle peut être source de conflit entre par exemple l'ascendant donateur et le conjoint lorsque le bien donné a été amélioré au cours de la communauté au moyen de deniers communs. Il en résultait d'autre part, que le bénéficiaire du retour devait respecter les éventuels droits réels ou personnels que le *de cuius* avait pu consentir. Ils lui étaient opposables. C'est ce que signifie encore aujourd'hui l'article 368-1 lorsqu'il prévoit que l'exercice du retour se fait sous réserve des droits acquis par les tiers.

En outre, toute renonciation anticipée au bénéfice du retour est un pacte sur succession future comme tel nul. C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation à propos du droit de retour de l'article 747 du Code civil dans le célèbre arrêt Roux contre Ménard.

---

<sup>369</sup> Cf. *infra* sur la dualité de succession qui résulte de l'exercice du retour légal.

<sup>370</sup> Sur les justifications familiale, économique et juridique de l'obligation *ultra vires*, V. M. Grimaldi, ouvrage précité, p. 548 et s.

Pour ce qui concerne les conflits de loi en droit international privé, il convient en conséquence que la question du droit de retour soit régie par la loi applicable à la dévolution successorale, loi du lieu de situation de l'immeuble si le retour porte sur un immeuble, loi du dernier domicile du défunt s'il porte sur un meuble.<sup>371</sup>

Enfin, dernier effet et non des moindres, il est à noter que l'exercice d'un droit de retour légal ouvre normalement droit à la perception des droits de mutation par décès.<sup>372</sup> Tel est le cas pour ce qui concerne le droit de retour de l'article 368-1 qui est taxé en fonction du lien de parenté existant entre le défunt et le bénéficiaire du retour.

Reste une interrogation : pourquoi insister sur la nature successorale du retour légal ?

### C. Intérêt de la qualification

**252.-** La réponse est évidente. Ici comme ailleurs, la qualification du droit et la recherche de sa nature permettent d'appliquer un régime particulier dont les effets viennent d'être exposés. Mais si l'on se doit d'insister sur la nature successorale du retour légal c'est aussi pour le distinguer de l'autre figure de retour que la loi prévoit : le retour de nature conventionnelle qu'il est loisible aux parties de stipuler dans l'acte de donation.

Sans déflorer le sujet qui sera abordé plus loin, on peut souligner rapidement que ce droit de nature conventionnelle appelle un régime diamétralement opposé à celui qui précède. Par exemple, il y a fort à parier que la loi applicable à un tel droit de retour, notamment sur le point de savoir s'il est possible de le stipuler, ne soit pas la loi successorale mais la loi du contrat. L'exercice de ce droit ne donne évidemment pas ouverture aux droits de mutation par décès. Il est non moins certain que le bénéficiaire du retour conventionnel peut y renoncer avant l'ouverture de la succession du donataire sans encourir la sanction de la prohibition des pactes sur succession future. Par ailleurs, le bénéficiaire du retour conventionnel retrouve le bien donné « *franc et quitte de toutes charges, hypothèques ou servitudes* » comme l'on disait jadis. Logiquement il n'est pas tenu de contribuer au paiement du passif

---

<sup>371</sup> V. Planiol et Ripert, ouvrage précité, n° 165, p. 206, note 3.

<sup>372</sup> V. à ce propos un arrêt ancien : civ. 28 décembre 1829 : S. 1930. 1. 416

successoral. Enfin, l'indigne comme le renonçant peuvent sans nul doute reprendre en vertu d'une clause de retour conventionnel un bien qu'ils avaient donné au défunt.

Au vu de ces rappels, quelle conclusion peut-on tirer sur la nature successorale des nouveaux cas de retour ?

## **§ 2. Confrontation aux nouveaux cas de retour**

De même qu'il n'était pas douteux que les anciens cas de retour présentaient une nature successorale, il ne semble pas douteux que les nouveaux cas de retour légal présentent la même nature. En effet, la nature successorale du retour légal semble se manifester de la même manière aujourd'hui comme hier. Il en résulte logiquement un régime identique à quelques exceptions près.

**253.-** Quant à la qualification tout d'abord, il est possible de reprendre ici les mêmes types d'arguments que précédemment. D'abord le même argument de place des textes dans le code. Les deux nouveaux cas de retour figurent en effet sous le titre premier du livre troisième relatif aux successions. Ensuite, l'article 757-3 exprime clairement qu'il organise une dévolution successorale : il prévoit que « *les biens [...] sont, en l'absence de descendant, dévolus pour moitié [...]* ». Pour ce qui concerne l'article 738-2, le fait qu'il utilise le terme « *droit de retour* » dans sa disposition légale n'est pas très éclairant. En revanche le mécanisme compliqué qu'il prévoit – lequel comprend un renvoi à l'article 738, une imputation sur les droits successoraux et une limite à l'exercice en valeur au montant de l'actif successoral – ne fait aucun doute sur le caractère successoral du droit.

**254.-** Quant au régime ensuite, il est sans doute le même sous certaines réserves. Il convient certainement toujours d'être apte à succéder pour exercer un droit de retour légal. Le bénéficiaire du retour légal doit toujours supporter une part du passif successoral à proportion de ses droits dans la masse comme les exemples précédents ont pu le montrer. Lorsque le bénéficiaire du retour est exhérédé nous avons montré qu'il exerçait son droit comme un créancier. Dans ce cas aussi, il nous semble que le droit dont il bénéficie est un droit de succession même s'il s'exerce comme un droit de créance. Autrement dit, le bénéficiaire du retour ne peut l'exercer

que parce que les conditions de l'article 738-2 sont réunies. Il n'est donc pas un simple créancier puisqu'il doit notamment être apte à succéder pour exercer sa créance de retour en valeur.<sup>373</sup>

De même le droit international privé et le droit fiscal appellent sans doute les mêmes solutions aujourd'hui qu'hier.<sup>374 375</sup>

**255.-** Cependant, il faut indiquer deux exceptions importantes qui entraînent une divergence entre le régime traditionnel qu'implique la nature successorale du retour légal et le régime actuel.

La première, propre à l'article 738-2, est certaine et résulte de l'article 763 bis du CGI selon lequel « *le droit de retour prévu à l'article 738-2 du Code civil ne donne pas lieu à la perception de droits de mutation à titre gratuit* ». Toutefois, il ne faut pas exagérer la répercussion de cette exception sur la nature successorale du droit. En effet, depuis la loi TEPA<sup>376</sup>, le conjoint survivant et le partenaire lié par un Pacte Civil de Solidarité à la condition qu'il soit institué héritier bénéficiaire d'une exonération de tout droit de succession sans que l'on puisse pour autant douter du caractère successoral de leur droit dans la succession. Il s'agit ici de l'autonomie de la matière fiscale.

La seconde exception est moins assurée et n'est pas traduite en droit positif, si tant est qu'il soit souhaitable qu'elle le soit un jour. Il s'agit du point de savoir si le bénéficiaire du retour recueille toujours les biens objet du retour dans l'état matériel dans lequel il les trouve au décès sans tenir compte des améliorations apportées par le défunt. S'il semble normal qu'il doive respecter les droits réels et personnels consentis sur le bien, il a été observé plus haut qu'il n'était plus évident dans le contexte actuel qu'il profite des améliorations advenues au bien donné sans devoir aucune indemnité.<sup>377</sup>

Après avoir constaté que la nature successorale du retour légal est demeurée presque intacte dans la législation récente, envisageons maintenant le deuxième effet

---

<sup>373</sup> Voilà une autre illustration de la singularité de ce droit : droit successoral s'exerçant parfois comme un droit de créance, droit de créance devant répondre aux conditions du droit successoral...

<sup>374</sup> Pour ce qui concerne le droit fiscal la solution est certaine pour le droit de retour de l'article 757-3 qui, aux termes de l'instruction fiscale publiée au B.O.I sous les références 7 G-1-03 le 7 avril 2003, est soumis aux droits de mutation à titre gratuit appliqués dans les successions dévolues aux collatéraux.

<sup>375</sup> De même, a priori, aucune raison n'exclut la prohibition des pactes sur succession future pour ce qui concerne les nouveaux cas de retour. Cf. infra sur cette question.

<sup>376</sup> Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007, en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat.

<sup>377</sup> V. supra. p. 223 et s. Personnellement, nous sommes contre toute indemnité en ce cas.

du retour légal selon lequel, en parallèle de la succession ordinaire, existe une succession particulière organisant la dévolution de certains biens en fonction de leur origine.

## **Section 2. Une nature modifiée : de la succession anormale à la succession ordinaire**

**256.-** Le droit de retour constitue un cas de succession anormale obligeant à distinguer parmi les biens laissés par le de cujus ceux qu'il avait reçus à titre gratuit de la part du bénéficiaire du retour. Traditionnellement coexistent donc deux successions, l'une ordinaire, l'autre anormale. C'est ce qu'il faudra rappeler dans un premier paragraphe consacré aux manifestations du caractère anormal du retour légal (§1) avant de rechercher, dans un second paragraphe, si cette dualité se manifeste aussi dans les nouveaux cas de retour. Il s'agira donc de confronter ce caractère anormal aux nouveaux cas de retour (§2).

### **§ 1. Manifestations du caractère anormal du retour légal**

**257.-** Là encore, le texte de l'ancien article 747 du Code civil était particulièrement éclairant lorsqu'il disposait que : « *les ascendants succèdent à l'exclusion de tous autres aux choses par eux données [...]* ». Il signifiait ainsi que ces choses là ne se confondent pas avec les autres biens du défunt. Elles formaient une succession à part qui, si elle obéissait à certaines règles successorales ordinaires que nous avons énumérées auparavant, dérogeait à deux règles cardinales du droit commun des successions<sup>378</sup> : premièrement, elle considère l'origine des biens pour en régler la dévolution contrairement à l'ancien article 732 du Code civil dont le Professeur Lequette a démontré que le principe de l'unité de la succession qu'il renfermait a survécu à son abrogation en 2006.<sup>379</sup> Deuxièmement, cette succession anormale n'est pas dévolue selon le principe de l'ordre et du degré comme la

---

<sup>378</sup> De façon moins capitale mais tout aussi significative, la dualité se faisait jour sous un autre aspect : là où la succession ordinaire organise la dévolution d'une universalité de biens, la succession anormale organise la dévolution de biens individualisés.

<sup>379</sup> Cf. Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? » Mélanges en l'honneur du Professeur Simler, p. 167 à 184.

succession ordinaire mais elle est dévolue à ceux que la loi désigne en considération des fondements du retour.

**258.-** Plus concrètement, d'autres points marquent la différence qui existe traditionnellement entre les deux successions.

Tout d'abord, nous l'avons dit à l'instant, il résulte du caractère successoral du retour légal que son bénéficiaire peut exercer l'option successorale relativement à la succession anormale. S'il est appelé aux deux successions, il bénéficie de l'option pour les deux et peut prendre des parts différents dans chacune. C'est une exception au principe d'indivisibilité de l'option. Si cette faculté se conçoit en théorie, il a été souligné qu'elle était d'une portée pratique limitée. De fait, on ne voit pas bien quel intérêt aurait le successeur anormal à renoncer au retour mais à accepter la succession ordinaire. Dans un tel cas, la renonciation prive le bénéficiaire du retour d'un droit exclusif pour accroître la succession ordinaire dans laquelle il peut être concurrencé.<sup>380</sup> Par ailleurs, si la renonciation est due à l'existence d'un passif, elle doit logiquement entraîner une renonciation tant à la succession ordinaire qu'à la succession anormale étant donné que le successeur anormal est tenu *ultra vires* des dettes du défunt. Les deux seules hypothèses dans lesquelles une option opposée pouvait se concevoir étaient celle où le bénéficiaire du retour renonçait à la succession ordinaire pour se soustraire au rapport et acceptait la succession anormale bien que cette hypothèse ressemble fort à un cas d'école<sup>381</sup> et celle où le bénéficiaire du retour renonçait à la succession anormale pour accroître ses droits à réserve dans la succession ordinaire lorsqu'il faisait face à un légataire universel, hypothèse qui ne peut plus se rencontrer aujourd'hui du fait de l'abrogation de la réserve des ascendants.

Ensuite, il faut rappeler qu'il est traditionnellement admis que la dualité de succession implique un isolement total des deux masses successorales. L'existence de cette cloison étanche emporte plusieurs conséquences. La première, la plus flagrante, est qu'il ne saurait y avoir d'indivision entre le bénéficiaire du retour et les héritiers

---

<sup>380</sup> Au passage notons qu'en cas de renonciation au droit de retour les biens qui faisaient l'objet de la succession anormale accroissaient la succession ordinaire. Voilà une limite à la séparation des successions dont la manifestation la plus extrême aurait pu être l'ouverture d'une succession anormale en déshérence en cas de renonciation du titulaire du droit.

<sup>381</sup> Elle suppose, depuis 2006, que le rapport n'ait pas été exigé par le donateur en cas de renonciation comme le permet l'article 845 alinéa 1<sup>er</sup> et surtout elle implique nécessairement que le défunt ait consenti une donation au profit du bénéficiaire du retour ce qui n'est pas chose courante du moins s'agissant d'un ascendant.

venant à la succession ordinaire. On a pu écrire qu'il n'y avait aucun rapport de cohéritiers entre eux. Le successeur anomal ne saurait exiger des autres héritiers le rapport des libéralités faites par le défunt ; il ne dispose pas davantage du droit de demander le partage à l'encontre des successeurs ordinaires puisque de toutes les façons leurs droits portent sur des biens distincts.

Les deux autres conséquences qui suivent mettent notoirement en évidence la dualité de succession qu'implique le retour légal et l'autonomie de ces deux successions l'une par rapport à l'autre.

D'une part, les biens objet du retour ne sont pas pris en compte pour le calcul de la réserve héréditaire et de la quotité disponible. Ce qui revient à affirmer qu'il n'existe pas de réserve héréditaire dans le cadre de la succession anormale. La question de la réduction d'une libéralité portant sur un bien compris dans la succession anormale est donc par hypothèse exclue. Telle est la doctrine unanime depuis longtemps, confortée par une jurisprudence ancienne mais constante. Pour mémoire, il convient de rappeler que certains ont soutenu jadis une position opposée mais sans jamais emporter la conviction de la jurisprudence et de la doctrine largement majoritaire.<sup>382</sup>

D'autre part, à une époque où le conjoint survivant ne recueillait que des droits ab intestat en usufruit, il était également admis traditionnellement que les biens objet du retour légal ne pouvaient non plus être grevés de l'usufruit légal du conjoint survivant. Ils se trouvaient exclus de la masse d'exercice dudit usufruit par la formulation de l'article 767 ancien, septième alinéa. Aujourd'hui, la même formulation est utilisée pour exclure les biens objet du retour légal de la masse d'exercice des droits du conjoint en propriété à l'article 758-5 deuxième alinéa. Pour ce qui concerne la masse de calcul des droits du conjoint, la jurisprudence avait décidé que les mêmes biens ne « *devaient pas être compris dans la masse héréditaire pour le calcul de la quotité de l'usufruit du conjoint survivant* ». <sup>383</sup> En dépit de

---

<sup>382</sup> Au XIX<sup>ème</sup> quelques auteurs firent valoir des arguments en sens contraire notamment à l'occasion d'arrêts en faveur de la thèse majoritaire. V. note J-E Labbé sous Douai 6 mai 1879 : S. 80. 2. 1 ; note sous Ch. civ. 16 mars 1830 : S. Ch. 469 ; V. aussi Chabot, Toullier ou Duranton, cités sous Ch. civ. 8 mars 1858, précité. Sur ces arguments V. aussi la partie suivante sur les rapports du retour légal et de l'ordre public.

Toutefois, on note un arrêt de la C.A de Bourges du 20 janvier 1879 (S. 80. 2. 174) indiquant, pour nier le caractère automatique de la séparation des successions et ses effets pervers pour les droits à réserve de l'ascendant, que : « *cette séparation des deux successions ne peut être demandée que par l'ascendant donateur* ». Etant sous-entendu que si cela lui est bénéfique, il peut exiger que le calcul de sa réserve soit fait sur tous les biens existants, y compris sur ceux qu'il avait donnés au défunt.

<sup>383</sup> Cf. civ. 22 juillet 1903, arrêt Gassaud : D. 1904, 1, 33 Concl. Beaudoin et note Planiol.

quelques contestations doctrinales, cette solution, par ailleurs transposable à la détermination de la masse de calcul des droits en propriété du conjoint survivant, semble solidement fondée sur la séparation des successions anormale et ordinaire : la dualité de succession empêche que l'on puisse déterminer les droits du conjoint dans la succession ordinaire en tenant compte des biens compris dans une succession distincte dans laquelle ce conjoint n'a aucun droit.<sup>384</sup>

Au bénéfice de ces développements, il est temps de confronter le caractère traditionnellement anormal du retour légal aux nouveaux textes.

## **§ 2. Confrontation aux nouveaux cas de retour**

Cette confrontation revient à se demander si les nouveaux cas de retour constituent de nouvelles successions anormales impliquant, comme par le passé, une dualité de succession. La réponse est délicate. Il sera tenté d'y répondre en distinguant l'article 757-3 (A) et l'article 738-2 (B).

### *A. L'article 757-3, une succession anormale ?*

**259.-** Lorsque l'on se souvient ce qui, traditionnellement, faisait « l'anormalité » du retour légal, il est possible de discerner dans le texte de l'article 757-3 un nouveau cas de succession anormale. Voilà en effet des biens qui, en raison de leur origine familiale, ne sont pas dévolus en application du droit commun de l'article 757-2 et voilà un texte qui confère un droit successoral à ceux qui n'en ont pas en application de la dévolution légale. C'est un signe. Il va également de soi que les collatéraux bénéficiaires de l'article 757-3 pourront à leur guise accepter purement et simplement le retour, y renoncer ou l'accepter sous bénéfice d'inventaire. Ils bénéficient de l'option successorale. A la différence de l'ancien article 747, il n'y a en revanche aucun risque qu'ils prennent des positions différentes dans la

---

<sup>384</sup> Dans son ouvrage précité, n° 260 et 207, le Professeur Grimaldi exprime cette opinion. V. aussi : F. Terré et Y. Lequette, Précis Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd. Précité, n° 191 ; M. Dagot, « la dévolution de la succession d'un adopté simple (ou la reconnaissance de la fente successorale) » JCP 72, 1, 2491, n° 30 et s. et M. Morin, « la réforme de l'adoption, 1967, n°64,p. 50-51. qui rejettent tous l'argument soutenu notamment par L. et S. Leveneur (ouvrage précité n°817) selon lequel la solution jurisprudentielle semblait remise en cause par la loi du 11 juillet 1966 qui prévoyait à l'article 368-1 alinéa 2 in fine que les droits du conjoint de l'adopté simple défunt portent sur « l'ensemble de la succession », cette formule étant censée marquer la volonté du législateur de comprendre dans la masse de calcul tant la succession anormale que la succession ordinaire. Contra. V. également les arguments pertinents d'Albert Wahl sous civ. 22 juillet 1903, S. 1905. 1. 177 qui rappelle que la question a fait débat en doctrine comme devant les juridictions du second degré à la fin du XIX<sup>ème</sup>.

succession anormale et dans la succession ab intestat ordinaire puisqu'ils ne sont pas appelés à cette dernière en présence d'un conjoint survivant. Et il semble inutile de se poser la question d'une dualité d'option pour ce qui concerne le conjoint qui n'est appelé qu'à la succession ordinaire contrairement à ce qui s'infère malencontreusement de certains écrits.<sup>385</sup> Arrivé à ce stade, il semble donc normal que la majorité de la doctrine ait qualifié ce nouveau cas de retour de succession anormale.<sup>386</sup>

**260.-** En poussant un peu plus l'analyse, il apparaît que si le nouveau cas de retour légal présente les critères essentiels permettant de qualifier une succession anormale, il n'implique pas toutes les conséquences qui découlent normalement de la naissance d'une succession anormale. Ainsi, avons-nous montré précédemment que le mécanisme légal qui limite l'assiette du retour à la moitié des biens en question crée obligatoirement une indivision entre le collatéral bénéficiaire du retour et le conjoint venant à la succession ordinaire. Le collatéral pourra donc attirer le conjoint en partage. A ce titre, ils sont contraints d'entretenir des relations de cohéritiers, chose impensable en présence d'une succession anormale que l'on qualifierait de classique.

De même, si l'on garde en mémoire la solution de droit positif retenue par la réponse ministérielle du 14 novembre 2006 pour résoudre le conflit existant entre le droit viager au logement du conjoint survivant et le droit de retour de l'article 757-3, on ne peut, sauf à y voir la combinaison de deux successions anormales,<sup>387</sup> que constater qu'elle est en opposition avec toute idée de dualité de succession. Comment justifier sinon qu'un droit de succession ab intestat ordinaire puisse s'exercer sur les biens objet du droit de retour ?

---

<sup>385</sup> Notamment on trouve sous la plume du Professeur Catala (J.-Cl. Civil Code Art. 756 à 767, Fasc. 10 précité, n° 104) que l'article 757-3 appelle le conjoint survivant à recueillir la moitié de la succession anormale et attribue l'autre moitié aux frères et sœurs. Il ne s'agit que de formulation mais celle-ci nous semble inopportune en ce que le texte lui-même circonscrit l'assiette du retour à la moitié des biens « de famille » et ne désigne comme bénéficiaires de cette moitié que les collatéraux. Le conjoint, quant à lui, conserve sa vocation universelle de l'article 757-2. Il n'est qu'indirectement concerné par l'article 757-3.

<sup>386</sup> Ainsi peut-on lire dans le Répertoire Civil Dalloz de décembre 2004 (Succession 1° dévolution) « *qu'il faut y voir indiscutablement la consécration d'une nouvelle succession anormale* ». Encore, Madame Ferré-André précise-t-elle dans l'article précité que ce droit de retour nuit au conjoint survivant dans la mesure où il ouvre *en parallèle* une succession anormale [...]. P. Catala, L. Leveur, N. Levillain, ou encore J. Hauser et Ph. Delmas Saint-Hilaire parlent tous expressément de « succession anormale » à propos de l'article 757-3. Le plus souvent, l'expression est utilisée comme s'il s'agissait d'un truisme, sans aucune discussion.

<sup>387</sup> Cf. supra, p. 184 et note n° 296.

**261.-** Pour étayer ce propos relevons que certains auteurs sont dubitatifs à l'idée de qualifier le retour de l'article 757-3 de succession anormale véritable.<sup>388</sup> Ils invoquent alors différents autres arguments qui ne paraissent pas déterminants.

Par exemple, pour nier l'existence de deux successions distinctes, on a fait valoir qu'il était nécessaire de convertir la vocation successorale en nature des collatéraux privilégiés en une quotité du total de la masse héréditaire pour déterminer la contribution de ces derniers au passif successoral.<sup>389</sup> Il semble que l'on ne puisse accorder beaucoup de crédit à cet argument étant donné que cette solution a toujours été admise pour les anciens cas de retour légal où elle venait, il est vrai, tempérer l'autonomie des successions anormale et ordinaire.

Par ailleurs, la question a été posée de savoir si l'article 758 trouvait à s'appliquer lorsque le défunt décédé ab intestat sans enfant laissait outre son conjoint survivant, des collatéraux pouvant se prévaloir d'un droit de retour dont la valeur viendrait à excéder un quart de l'ensemble de la masse héréditaire. L'auteur à l'origine de la question admet que le bon sens impose sans doute de rejeter une application littérale des textes qui priverait en l'occurrence les ascendants ordinaires de leurs droits alimentaires.<sup>390</sup> Nous adhérons à cette position mais d'une part nous pensons que si les collatéraux privilégiés contribuent au paiement de la dette d'aliments c'est en leur qualité de successeur anormal ; d'autre part nous sommes d'avis que le conjoint recueille dans ce cas toute la succession – ce qui est une condition d'application de l'article 758 – mais entendue comme la succession ordinaire. Il n'y a donc rien de virtuel dans la solution comme le prétend pourtant celui qui la propose.

Il a également été tiré argument de ce que les collatéraux privilégiés seraient investis de la saisine sur toute la masse héréditaire en tant qu'héritiers pour contester la dualité de succession.<sup>391</sup> Bien sûr, cette opinion fondée sur le caractère indivisible de la saisine peut s'appuyer sur la lettre même du texte de l'article 724 alinéa 1er selon lequel « *les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens droits et actions du défunt* ». Mais encore une fois, il convient de noter que

---

<sup>388</sup> Le premier qui en douta fut le Professeur Goubeaux dans son article précité, n° 11 et s. Monsieur Christian Jubault fait également part de ses doutes dans son ouvrage précité, n° 416 à 418. Exprimer la même idée, Madame de Roton-Catala considère que l'on est bien en présence d'une succession anormale puisque sa dévolution est fondée sur l'origine des biens mais pense qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un droit de retour légal.

<sup>389</sup> Cf. G. Goubeaux, Art. précité, n° 12.

<sup>390</sup> Cf. G. Goubeaux, Art. précité, n° 13.

<sup>391</sup> Cf. G. Goubeaux, Art. précité, n° 12

l'argument n'est pas neutre. Il s'insère dans une démonstration qui tend à prouver l'existence d'une seule succession. En se fondant sur le même argument et pour étayer la même démonstration, un autre auteur considère en substance que les collatéraux ont la saisine relativement aux biens sur lesquels ils ont des droits successoraux alors qu'ils n'ont qu'une saisine virtuelle sur le surplus de la succession.<sup>392</sup> Cette deuxième opinion est sans doute plus en phase avec la vocation particulière des collatéraux privilégiés. En outre, bien que présenté pour conforter les doutes de son auteur sur la dualité de succession dans notre cas, il faut reconnaître que cet avis pourrait tout aussi bien servir l'idée inverse selon laquelle les successeurs anomaux bénéficient de la saisine pour ce qui concerne la succession anormale et sont investis d'une saisine virtuelle pour ce qui concerne la succession ordinaire. Cela revient à la solution préconisée par le Professeur Catala qui considère que : « *l'époux survivant est seul saisi de la succession ordinaire, alors que la succession anormale tombe sous la saisine collective du conjoint et des collatéraux privilégiés* ». <sup>393</sup> Nous adhérons plus volontiers à cette thèse qui milite en faveur de l'existence d'une dualité de succession. Toutefois, nous la formulerions de la façon suivante : l'époux survivant est seul saisi de la succession ordinaire, alors que *les biens objet de la succession anormale* tombent sous la saisine collective du conjoint et des collatéraux privilégiés. En effet, nous sommes d'avis, à la lecture du texte, que seuls les collatéraux privilégiés sont appelés à la succession anormale. Par conséquent il n'est pas exact d'affirmer que le conjoint et les collatéraux sont saisis collectivement de la succession anormale. En revanche, il est incontestable, en raison de l'indivision inhérente au mécanisme, que les biens en question sont soumis à la saisine collective des collatéraux et du conjoint.<sup>394</sup> Simplement, le conjoint exerce la saisine sur ces biens en vertu de sa vocation à recueillir toute la succession ordinaire qui en comprend une partie et les collatéraux exercent leur saisine sur ces biens en vertu de leur vocation à recueillir toute la succession anormale qui comprend l'autre partie.

Enfin, pour ce qui concerne la question de l'atteinte aux droits à réserve du conjoint survivant par le droit de retour, elle a été présentée par le Professeur

---

<sup>392</sup> Cf. Ch. Jubault, ouvrage précité, n° 417, p. 303. Saisine virtuelle ou conditionnelle en tant qu'héritiers de second rang amenés à recueillir toute la succession dans l'hypothèse où le conjoint renoncerait.

<sup>393</sup> Cf. P. Catala, J.C.I., Fasc 10 précité, n° 108.

<sup>394</sup> C'est pour cette raison que l'hypothèse d'une option en sens contraire du conjoint ne nous a pas retenu.

Goubeaux comme une conséquence de l'unité de la succession ce qui est loin d'être incontestable, nous l'avons vu. Nous avons également présenté une autre solution à ce problème, sans doute plus simple, aux effets identiques pour le conjoint survivant et qui prend en compte l'existence de deux successions distinctes obéissant à des règles différentes au regard de la réserve héréditaire.<sup>395</sup>

**262.-** Au total, il faut constater qu'au nombre des arguments invoqués pour justifier l'existence d'une seule succession, deux ne peuvent a priori être renversés : le plus sérieux est celui de l'indivision ; l'autre est celui de la primauté du droit viager au logement du conjoint par rapport au droit de retour. Cela remet-il en cause la nature anormale du retour légal de l'article 757-3 ? Rien n'est moins sûr. D'une part, les éléments caractéristiques d'une succession anormale sont réunis même si ce droit de moitié dont découle à tous les coups une indivision ne contribue pas à en éclairer la nature juridique. Mais ce flou n'était-il pas inéluctable compte tenu du compromis auquel le législateur était contraint ?<sup>396</sup> D'autre part, l'atteinte aux prérogatives que confèrent les droits – qui ne sont qu'indivis – des bénéficiaires du retour légal se justifie par l'impérieuse volonté législative d'assurer la maintenance du conjoint survivant. L'atteinte portée de ce fait au caractère anormal du retour légal se justifie donc pareillement sans que l'on puisse y voir, semble-t-il, autre chose qu'une exception à la dualité de succession si l'on ne veut y voir la combinaison de deux successions anormales.<sup>397</sup> Pour conclure, il nous semble qu'il faille retenir la qualification de succession anormale s'agissant du droit de retour de l'article 757-3 parce que si un de ses effets, le fait qu'il engendre inévitablement une indivision entre le conjoint et le collatéral privilégié<sup>398</sup>, peut sérieusement instiller le doute, les autres s'accommodent mieux de cette qualification qu'une modification du texte pourrait, il est vrai, faire apparaître plus clairement.

---

<sup>395</sup> Cf. supra, p. 145.

<sup>396</sup> Il n'est d'ailleurs par certain que la modification de l'article efface sur ce point tout rapport de cohéritiers entre le conjoint et les collatéraux. Cf. infra.

<sup>397</sup> Sur la combinaison de deux successions anormales, V. infra, p. 184. En revanche, si l'on considère la solution comme une exception, elle pourrait en revanche disparaître à la faveur d'une modification du texte. Cf. infra.

<sup>398</sup> L'autre difficulté, celle de la primauté du droit viager au logement du conjoint sur le droit de retour, peut, cela a été dit, être vue comme une combinaison de deux successions anormales.

### B. L'article 738-2, une succession anormale ?

**263.-** Si la doctrine dans son ensemble doute du caractère anormal du droit de l'article 738-2, il n'en est pas moins sûr qu'il constitue un « droit de retour » aux termes de la loi.<sup>399</sup>

Bien sûr, l'article 738-2 pousse le liquidateur à rechercher si le défunt laisse des biens reçus de ses parents à titre gratuit. Mieux, il impose de rechercher si le défunt a reçu durant sa vie des biens de ses parents qu'il ne laisserait pas à son décès. En cela le texte commande de prendre en compte l'origine des biens pour en régler la dévolution de façon particulière et de façon si particulière que l'ascendant privilégié pourra, selon les cas et les interprétations retenues, obtenir au titre du retour tantôt plus que ses droits ab intestat, tantôt moins, tantôt tout le bien donné, tantôt une partie de ce bien. En apparence le texte semble donc présenter les principaux attributs d'une succession anormale.

Par ailleurs, il est des cas où l'exercice du retour légal dérogera clairement à la dévolution par ordre et par degré. Le texte lui-même envisage que le retour légal puisse absorber l'intégralité de la masse successorale quel que soit l'héritier en présence. Mais il est aussi des cas où la mise en œuvre de l'article 738-2 sera conforme à la dévolution ab intestat par ordre et par degré. Ainsi en ira-t-il lorsque l'ascendant donateur n'aura pas été exhéredé et lorsque le montant de son droit de retour sera inférieur ou égal à celui de ses droits ab intestat.<sup>400</sup> Dans ces cas là, seules les règles du partage successoral seront influencées par le retour qui impose que le lot de l'ascendant soit composé en tout ou partie du bien donné.

**264.-** A y regarder plus attentivement, on peut douter que ce nouveau droit de retour déroge au principe de la dévolution par ordre et par degré comme au principe de l'unité de la succession.

D'autres éléments du mécanisme légal rendent en effet peu probable l'existence d'une dualité de succession. La détermination ambiguë du montant du retour par renvoi à l'article 738 est un premier signe de rattachement à la succession

---

<sup>399</sup> Sur la qualification du droit, V. par exemple les doutes de Madame de Roton-Catala, Dalloz Action 2008-2009, n° 235.73. Le signe le plus perceptible du doute qui étire la doctrine est qu'elle a renoncé, au vu de son régime juridique, à faire entrer ce droit dans la catégorie de « véritable » droit de retour légal constituant une succession anormale : elle le qualifie volontiers de droit « sui generis ».

<sup>400</sup> Quelle que soit d'ailleurs l'interprétation retenue quant à la détermination du montant du quart.

ordinaire. Mais c'est surtout l'alinéa second du texte qui achève toute velléité de reconnaître une vraie succession anormale distincte de la succession ordinaire. Où est l'autonomie des deux successions lorsque l'on prévoit l'imputation de la valeur du retour légal sur les droits successoraux des bénéficiaires de ce retour ? Les anciens cas de retour offraient à leurs bénéficiaires un droit cumulatif et en tout cas un avantage. Même l'article 757-3 offre un avantage aux collatéraux privilégiés qui, sans ce texte, n'auraient aucun droit légal dans la succession du défunt. Ici, point d'avantage en principe du fait de l'imputation, mais un avantage exceptionnel si la valeur du retour excède le montant des droits successoraux.<sup>401</sup>

En outre, la possibilité ouverte par le troisième alinéa de l'article 738-2 d'exercer le retour en valeur, c'est-à-dire sur d'autres biens de la masse héréditaire que le bien donné, milite aussi contre la reconnaissance d'une dualité de succession.

**265.-** Au vu de ce qui précède il paraît donc normal que l'on ne retrouve pas ici les conséquences traditionnellement attachées au caractère anormal du retour légal. L'unité de la succession a ses avantages : d'une part, il n'y a pas à s'offusquer, le cas échéant, de la naissance d'une indivision entre les père et mère et d'autres héritiers ; d'autre part, elle permet de combiner aisément l'exercice du retour légal et du droit viager au logement du conjoint survivant.<sup>402</sup> Mais l'unité de la succession présente aussi ses inconvénients et pose également des questions. Quid de la saisine ? Quid de l'option successorale ? Quid de l'application de l'article 758 ou encore du conflit entre la réserve du conjoint et le droit de retour légal ?

Lorsque nous avons évoqué plus haut l'hypothèse d'un conflit entre le droit de retour et le droit à réserve du conjoint, nous n'avons pu que constater la difficulté en renvoyant dans un premier temps à la loi pour départager ces deux droits. Comme ce n'était pas satisfaisant, nous avons trouvé une solution en analysant le retour légal en un droit de créance s'exerçant contre la succession.

Pour ce qui est de l'option successorale, l'unité de la succession s'oppose à ce que les père et mère puissent renoncer à la succession en acceptant le retour légal, choix dont on ne perçoit pas l'intérêt d'ailleurs. En revanche, la solution inverse se

---

<sup>401</sup> Bien entendu il ne faut pas nier cette possibilité pour le bénéficiaire du retour d'obtenir parfois plus que ses droits successoraux. Elle est le signe d'une anomalie, d'une faveur par rapport au sacro-saint principe d'égalité qui imposerait qu'il soit tenu compte à l'ascendant de ce que l'exercice de son retour lui permet d'obtenir au-delà de ses droits légaux. Toujours est-il que cette faveur constitue une exception et non un principe au regard du texte.

<sup>402</sup> Cf. supra p. 184 et s.

conçoit. Le père pourrait renoncer au retour légal en acceptant la succession. L'intérêt pourrait être de refuser de se retrouver en indivision sur un bien difficilement divisible en application du retour légal alors qu'il pourrait être rempli de ses droits successoraux par d'autres biens. Ce faisant il n'exercerait qu'une seule option qui le conduirait à accepter la succession mais à renoncer à une modalité de dévolution de cette succession pour s'en remettre au droit commun. Plus précisément il refuserait ainsi de se prévaloir d'une règle d'allotissement.<sup>403</sup> Cette solution est confortée par le texte qui dispose que les parents « *peuvent* » dans tous les cas exercer un droit de retour. A contrario, ils peuvent certainement choisir de ne pas l'exercer sans pour autant renoncer à la succession à l'image du droit à réserve dont il a toujours été admis, après l'ouverture de la succession, que l'on puisse ne pas s'en prévaloir alors que celui-ci est d'ordre public.

Par ailleurs, l'imputation du retour légal sur les droits successoraux des père et mère, la possibilité offerte au retour d'excéder le montant de ces droits successoraux et la faculté d'exercer le retour en valeur sur d'autres biens que ceux donnés initialement, devraient pousser à reconnaître que le bénéficiaire du retour de l'article 738-2 est investi de la saisine sur toute la succession en application de l'article 724 premier alinéa.

A propos de l'article 758 le même problème que pour l'article 757-3 se pose. La mise en œuvre du retour légal peut dépasser le montant des droits successoraux du donateur et faire passer les droits du conjoint sous la barre des trois quarts. Dans ce cas doit-on considérer que l'ascendant ordinaire ne bénéficie d'aucune créance alimentaire contre la succession ? Ce résultat fondé sur une interprétation littérale du texte ne doit sans doute pas être retenu, surtout lorsque l'ascendant bénéficiaire du retour n'est pas un descendant de l'ascendant ordinaire dans le besoin qui, faute d'autre descendant, n'a aucune autre ressource que la succession pour assurer sa subsistance. Voilà donc une hypothèse dans laquelle il serait opportun de voir dans l'article 738-2 une vraie succession anormale pour considérer que le conjoint recueille toute la succession ordinaire ce qui ouvrirait droit à l'article 758. Il est d'ailleurs probable que si la question se présentait en jurisprudence, les juges se prononceraient

---

<sup>403</sup> Nous avons eu l'occasion de démontrer que dans certains cas le retour légal de l'article 738-2 est assimilable à une modalité de partage plus qu'à une règle de dévolution.

en équité et en opportunité quitte à malmenier le principe de l'unité de la succession que l'article 738-2 ne semble pas remettre en cause par principe.

## **Chapitre conclusif sur la tentation de déroger au retour légal**

**266.-** En recherchant les fondements nouveaux de l'institution après les lois de 2001 et 2006, il est apparu que le retour légal n'était pas dénué de toute utilité. Il joue un rôle de compensation, d'atténuation des réformes, et assure la conservation d'au moins une partie de la richesse familiale. En dépit de son utilité nouvelle, le retour légal issu des nouveaux textes pose un certain nombre de difficultés. Schématiquement, au-delà des problèmes techniques de détermination de son montant, les inconvénients du retour légal tel que nous le connaissons aujourd'hui sont de trois sortes : soit il protège trop, soit il ne protège pas assez, soit il peut devenir source de conflits entre le bénéficiaire du retour et les autres héritiers notamment le conjoint.

**267.-** Jadis les anciens cas de retour légal souffraient une limite importante. Leur but premier, rappelons-le, était la conservation des biens dans la famille. Or, le droit de retour ne frappait en aucun cas le bien donné d'inaliénabilité. Le donataire pouvait donc en disposer à titre gratuit ou onéreux, ce qu'il peut toujours faire aujourd'hui. Dans un tel cas, le bien ne se retrouvait donc pas en nature dans sa succession. On était hors du champ d'application du retour faute de retrouver le bien en nature. Une condition faisait défaut.

On souligne au passage qu'en disposant du bien donné, le donataire défunt était très souvent motivé par toute autre chose que par le désir d'entraver le droit de retour légal dont bien souvent il ignorait l'existence. La mise à l'écart du dispositif légal n'était donc pas volontaire.

C'est d'ailleurs pour cette raison que, très souvent, la donation contenait une clause de retour conventionnel beaucoup plus sécurisante pour le donateur ou encore, mais plus rarement, une clause d'inaliénabilité assurant la conservation du bien et ce faisant le jeu du retour légal, ce qui est toujours vrai de nos jours.

Au regard des deux nouveaux cas de retour, on peut comprendre que leurs effets soient insuffisants si le but du disposant est d'assurer la conservation du bien donné en son entier au sein de la famille. Cet objectif ne sera atteint dans le cadre de l'article 757-3 que moyennant des concessions financières et l'accord de tous les héritiers. Il ne sera atteint dans le cadre de l'article 738-2 que dans une hypothèse bien précise, celle où le bien se retrouve en nature et lorsque sa valeur est inférieure à celle des droits successoraux du donateur.

**268.-** Par ailleurs, le droit de retour peut être perçu par le donateur comme inutile parce qu'il lui importe peu que le bien existant en nature au décès ne lui revienne pas. En effet, le donataire aura pu laisser pour lui succéder, outre le donateur, des frères et sœurs ou un conjoint. Et il est possible que le donateur soit favorable à ce que le bien revienne au conjoint ou aux collatéraux. Au moins en ce qui concerne ces derniers, le bien sera conservé dans la famille. On peut aussi considérer que le retour légal protège trop des personnes qui n'en ont pas forcément besoin : on peut penser que les parents qui ont donné des biens à leurs enfants n'attendent pas après leur droit de retour. A priori on peut espérer qu'ils ne soient pas dans un état de besoin justifiant une protection légale.<sup>404</sup> A ce sujet, nous avons expliqué que l'article 738-2 n'est pas une réserve héréditaire de substitution.

**269.-** Mais surtout, donateur et donataire peuvent être tentés de se détourner de cette protection légale qui peut être source de tensions entre héritiers.

En effet, le droit de retour légal peut être source de difficultés pour plusieurs raisons.

D'abord parce que les nouveaux cas de retour, ne portant que sur des portions de bien,<sup>405</sup> seront à l'origine d'indivisions entre le bénéficiaire et les autres héritiers, notamment le conjoint. Or, chacun connaît les difficultés qu'engendre l'indivision.

Ensuite, quand le bien objet du retour se retrouve en nature dans la succession, le droit de retour s'exerce en principe sur ce bien dans l'état qui est le sien à l'ouverture de la succession sans aucun correctif prévu par la loi dans l'hypothèse où

---

<sup>404</sup> Si l'on garde à l'esprit qu'une bonne partie des dispositions entre vifs est consentie en nue-propriété pour un double motif de transmission et d'économie fiscale, on note que le donateur demeure usufruitier sa vie durant. Cet usufruit peut lui permettre d'assurer sa subsistance.

<sup>405</sup> Sauf pour l'article 738-2, le cas du retour en valeur et le cas où la valeur du bien objet du retour n'excède pas les droits successoraux du donateur.

le bien a été amélioré par le défunt de son vivant. Nous avons insisté sur le sentiment d'injustice qui pouvait faire poindre un conflit entre le conjoint témoin de l'amélioration et la famille. Dans un esprit d'apaisement des relations de famille, nous avons jugé qu'il était préférable de s'en tenir à cette solution simple qui évitera sans doute bien des litiges sur l'évaluation du droit.

Enfin, il a été présenté quelques problèmes techniques en y proposant des solutions. Mais en l'état actuel des textes et faute de jurisprudence sur ces questions aucune réponse n'est assurée. Tel est le cas de la détermination du montant du retour pour ce qui concerne l'article 738-2. Parfois même, la réponse semble délicate sans un éclaircissement légal ou jurisprudentiel. Ainsi en est-il de la question de l'atteinte à la réserve du conjoint par le retour légal, spécialement dans l'hypothèse de l'article 738-2 ou celle de l'exercice du retour légal en présence d'une donation-partage avec soulte. D'autres questions appellent des solutions en équité comme celle de l'application de l'article 758 du Code civil en présence d'un conjoint et du bénéficiaire d'un droit de retour.<sup>406</sup>

Comme nous l'avons constaté à propos du point de savoir si les nouveaux cas de retour constituent des successions anormales, l'incertitude domine en la matière.

Face à ces questions aux réponses incertaines, le notaire se doit d'avertir son client des doutes qui demeurent. Mais il doit aussi répondre au besoin de sécurité juridique qui pousse inévitablement son client vers plus de stabilité et de certitude. Il doit rechercher comment protéger davantage celui qui se plaint de la faiblesse du retour légal ; il doit répondre à celui qui refuse cette protection en demi-teinte, source de difficultés. Voilà l'objet de la dernière partie de ce travail : rechercher s'il est possible de déroger au droit de retour légal et, dans l'affirmative, rechercher comment cela est possible.

---

<sup>406</sup> Heureusement, cette incertitude n'envahit pas toutes les questions qui ont été posées. Par exemple, la question de la combinaison du droit viager au logement du conjoint survivant et du droit de retour légal a été tranchée par une réponse ministérielle dans le cas de l'article 757-3 et peut être résolue sans problème au moyen du retour en valeur dans le cas de l'article 738-2.

## Deuxième Partie : la dérogation au droit de retour légal

---

270.- Au sens courant du terme, déroger signifie s'écarter de ce qui est fixé par une loi, une convention ou un usage. Au sens juridique du terme, plus étroit, déroger signifie écarter l'application d'une règle dans un cas particulier, singulièrement pour ce seul cas concrètement déterminé, l'exclusion pouvant trouver sa source dans un acte unilatéral ou dans une convention.<sup>407</sup>

En transposant cette définition générale à notre sujet on remarque que la question est de savoir comment il est possible d'écarter l'application du droit de retour légal. Cette question qui s'est sans doute posée la première, en engendre une autre qui est celle de savoir s'il est possible d'y déroger, si rien ne s'y oppose.

Ici encore, il sera opportun de se remémorer les tenants et les aboutissants de la question qui nous retient sous l'empire de l'ancien article 747 du Code civil, cas de retour qui, de loin, recevait application le plus souvent avant son abrogation en 1972. Les solutions alors dégagées ont été appliquées par analogie aux autres cas de retour légal. Il sera intéressant de relater les problèmes soulevés et les solutions apportées à l'époque dont on sera peut-être amené à constater que ceux-là sont récurrents et que celles-ci sont encore d'actualité.

Et il faut ajouter que la question de la dérogation à la règle de droit se pose face à n'importe quelle règle, quelle que soit sa nature. D'un côté, les règles que l'on nomme supplétives ou encore facultatives ne s'opposent évidemment pas aux volontés privées qui souhaiteraient y déroger. Ces règles importantes et d'une application pratique considérable<sup>408</sup> sont le signe qu'il n'est pas souhaitable dans une société que toutes les normes soient obligatoires. Il convient de laisser libre court à la liberté contractuelle. D'un autre côté se trouvent les règles impératives ou d'ordre public auxquelles se heurtent les volontés privées. L'article 6 du Code civil dispose

---

<sup>407</sup> V. Vocabulaire juridique, 6<sup>ème</sup> éd.

<sup>408</sup> Deux exemples pour se convaincre de cette importance : il n'est qu'à comparer le nombre de couples mariés sous le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts et le nombre de couples mariés sous un régime conventionnel ; par ailleurs, il n'est qu'à constater l'importance qu'à aux yeux du législateur le droit viager au logement du conjoint survivant, droit supplétif auquel on ne peut déroger qu'en employant la forme du testament authentique.

ainsi clairement que « *l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Malgré tout, il semble que les règles impératives ne soient pas à l'abri du besoin irréprensible des sujets de droits de déroger, d'enfreindre la règle. Appliqué à la matière successorale, c'est ce que Beaubrun, dans sa thèse, appelle l'assouplissement téléologique de l'ordre public, c'est-à-dire que « *toutes les ressources de l'ingéniosité des juristes sont mobilisées au service d'un but dont le de cuius, en accord avec ses présomptifs héritiers, poursuit la réalisation* ». Cette ingéniosité parvient donc parfois à « *triumpher des embûches les plus radicales du titre gratuit* ». <sup>409</sup>

Par ailleurs, en approfondissant quelque peu la définition qui a été donnée du mot dérogation, on peut poser qu'il existe schématiquement deux manières d'écarter l'application d'un texte de loi : soit on cherche à l'évincer, à l'éviter parce que la loi est trop contraignante ; soit on va au-delà des prévisions de la règle de droit en renforçant ses effets que l'on considère insuffisants. Dans les deux cas il s'agit bien de dérogation. Dans un cas la dérogation tend à se soustraire au mécanisme légal, dans l'autre cas la dérogation tend à renforcer le mécanisme légal quitte à en écarter, là aussi, l'application en le rendant sans objet.

L'éviction du retour légal (Première sous-partie) et le renforcement du retour légal (Deuxième sous-partie), telles sont les deux moyens de déroger au retour légal qui vont être étudiés à présent.

---

<sup>409</sup> Pour un exemple où, avec la bénédiction de la jurisprudence, le montage réalisé a fait fi de la prohibition des pactes sur succession future, des règles relatives au rapport des dettes et de la prohibition des substitutions, V. Beaubrun, « l'ordre public successoral », thèse, 1979, p. 242.

## **PREMIERE SOUS-PARTIE : L'ÉVICTION DU RETOUR LEGAL**

**271.-** Lorsque le retour s'exerçait exclusivement sur un bien se trouvant en nature dans la succession, il était admis que si le bien avait été vendu, donné ou légué, le retour légal ne pouvait s'exercer. Parfois, c'était le donataire défunt qui était, plus ou moins consciemment, à l'origine de l'éviction de l'institution. Plus ou moins consciemment parce que l'on soupçonne moins l'acte à titre onéreux que l'acte à titre gratuit d'être principalement dû par la volonté de priver le donateur de son droit de retour.

D'autres fois, c'était le donateur lui-même qui manifestait clairement sa volonté d'éviter le jeu du retour légal, totalement ou partiellement. Le plus célèbre exemple d'une telle volonté expresse d'évincer le retour légal est décrit par les faits qui ont conduit à l'arrêt Roux contre Ménard.

L'éviction du retour légal est-elle possible aujourd'hui comme hier et si oui, dans quelles conditions ? Voilà les deux questions essentielles sur lesquelles il conviendra de s'attarder en distinguant selon que l'initiative de l'éviction revient au gratifié défunt (Titre I) ou au donateur (Titre II).

## **Titre I. L'éviction à l'initiative du gratifié défunt**

272.- Il est précisé que le gratifié désigne celui qui a reçu à titre gratuit de ses ascendants un bien ouvrant droit au retour légal. Il ne fait aucun doute que le bien objet du retour peut avoir été reçu à cause de mort ou au moyen d'une transmission entre vifs. Autrement dit, selon les textes, le défunt dans la succession duquel la question du retour légal se pose peut avoir été un donataire, un légataire ou un héritier. C'est pour cette raison qu'il semble préférable de le désigner par le terme de gratifié.

Alors que l'on présente parfois l'article 738-2 du Code civil comme un substitut de réserve, il sera nécessaire de rechercher dans un premier temps si l'éviction du retour par le gratifié défunt est possible. On se souvient à cet égard que la réserve héréditaire, première source de l'ordre public successoral, est assimilée à « *une garantie contre les libéralités antifamiliales du de cuius* ». <sup>410</sup> Cela nous amène naturellement à envisager quels étaient jadis et quels sont actuellement les rapports entre le droit retour légal et l'ordre public (Chapitre 1).

Une fois cette question traitée, il conviendra ensuite de rechercher quels sont les moyens de l'éviction du retour légal par le gratifié défunt (Chapitre 2).

### **Chapitre 1. Le droit de retour légal et l'ordre public successoral**

273.- Après avoir évoqué dans un propos introductif la délicate notion d'ordre public (Section 1), il s'imposera dans un deuxième temps de rappeler que le retour légal était historiquement étranger à l'ordre public (Section 2). Dans un troisième temps, il conviendra de poser à nouveau la question de l'impérativité du retour légal relativement aux deux nouveaux cas de retour afin de déterminer si le retour légal peut être une nouvelle composante de l'ordre public successoral (Section 3).

---

<sup>410</sup> V. M. Beaubrun, Thèse précitée, p. 6

## **Section 1. Propos introductifs sur la délicate notion d'ordre public**

Brièvement, il conviendra de se heurter dans un premier temps à l'obscurité de cette notion évolutive d'ordre public en général (§1), avant d'essayer de saisir les particularités de l'ordre public en matière successorale (§2).

### **§ 1. L'obscurité d'une notion évolutive**

**274.-** Souligner l'obscurité de la notion d'ordre public en droit interne relève de l'antienne. En 1951, Monsieur Malaurie écrivait dans sa thèse consacrée à ce sujet que : « *Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert.* »<sup>411</sup> Presque un demi siècle plus tard, le Professeur Jean Hauser écrivait : « *Il est habituel au début d'une communication sur l'ordre public de noter l'obscurité de la notion et l'impossibilité de la définir. Elle ferait donc partie, avec les avantages matrimoniaux et les pactes sur succession future, de ces notions dont tout le monde parle mais que personne ne peut définir* ».<sup>412</sup>

L'insaisissabilité de la notion apparaît également lorsque l'on dénombre les définitions foisonnantes que les auteurs ont tenté de lui donner. A titre d'exemple, figurent en appendice de la thèse de Monsieur Malaurie vingt et une définitions antérieures à la sienne.

**275.-** Comme souvent lorsqu'il fait face à une difficulté de qualification, le juriste ressent le besoin de catégoriser.

Ainsi, propose-t-on de distinguer la règle impérative prise comme un simple commandement du législateur, de la règle d'ordre public, perçue comme plus essentielle, qui assurerait la sauvegarde de l'intérêt général, distinction qui a sans doute plus de sens en droit international privé qu'en droit interne. Sans doute faut-il s'en tenir à la conclusion qu'apporte le Professeur Catala sur cette distinction de peu de portée : « *Toutes les lois d'ordre public sont impératives. Inversement, rien ne dit*

---

<sup>411</sup> Ph. Malaurie, « Les contrats contraires à l'ordre public (étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S) Thèse, Paris, 1951, p. 3.

<sup>412</sup> J. Hauser, Rapport français sur l'ordre public dans les relations de famille, Travaux de l'association Henri Capitant, « L'ordre Public », Journées Libanaises, t. XLIX/1998, p.475.

*que toutes les lois impératives sont d'ordre public* ». <sup>413</sup> Cette distinction oppose trop l'intérêt public à l'intérêt privé auquel l'ordre public serait étranger alors que d'après la définition du Professeur Esmein qui de ce point de vue paraît la plus juste, « *les règles d'ordre public sont celles qui sont établies pour sauvegarder des intérêts, même particuliers, considérés comme essentiels à la paix et à la prospérité du groupe social dont il s'agit* ».

De la même manière, on distinguait initialement l'ordre public politique, le plus ancien, qui assure la défense des institutions essentielles de la société, telle que la famille, de l'ordre public économique, plus récemment découvert. En affinant l'analyse de cette dernière manifestation de l'ordre public, une autre distinction a été posée : celle qui oppose l'ordre public de protection, aussi appelé « ordre public social » dans la mesure où il protège essentiellement des intérêts économiques privés, à l'ordre public de direction dont l'archétype constitue le droit de la concurrence. L'intérêt de la distinction serait de dissocier deux régimes juridiques différents selon la qualification. Typiquement, à l'ordre public social, protecteur d'intérêts privés, les nullités relatives et à l'ordre public de direction comprenant l'ordre public politique, les nullités absolues. Cependant la distinction se révèle délicate à mettre en œuvre : d'une part, il n'est pas toujours facile de qualifier selon ce critère une disposition d'ordre public <sup>414</sup> et d'autre part il semble que le régime des sanctions de l'ordre public ne soit pas aussi tranché, sans compter que la nullité n'est pas la seule sanction envisageable, loin de là. Nous aurons noté que ces distinctions s'attachent aux effets de l'ordre public plus qu'à sa définition qu'il semble impossible de formuler définitivement.

**276.-** Si la notion est fuyante, c'est peut être qu'elle ne cesse d'évoluer en fonction des besoins et des aspirations de la société. Ainsi, la règle d'ordre public, comme toute règle, aurait « *un caractère essentiellement provisoire et relatif* » pour reprendre la célèbre formule du doyen Carbonnier. <sup>415</sup> Pour s'en convaincre, il n'est qu'à constater l'importance du développement de l'ordre public de protection depuis moins d'un demi-siècle : protection du locataire, du salarié, de l'emprunteur et plus

---

<sup>413</sup> P. Catala, rapport de synthèse des travaux de l'association Henri Capitant, « L'ordre Public », précité, p. 2 et 3.

<sup>414</sup> Par exemple, le régime primaire en droit des régimes matrimoniaux : comment déterminer s'il s'agit d'ordre public de protection ou de direction ? Il en est de même pour la réserve héréditaire.

<sup>415</sup> J. Carbonnier, « Flexible droit – Textes pour une sociologie du droit sans rigueur » LGDJ, Paris, 2<sup>ème</sup> éd. 1976, p.6.

généralement du consommateur et même protection de la personne, de sa vie privée, de son corps. Au rebours de presque toutes les branches du droit privé, en droit patrimonial de la famille et notamment en droit des successions, l'essor frénétique de l'ordre public ne peut être constaté. Il semble même que l'on assiste à un phénomène totalement inverse ce qui invite à envisager les particularités de l'ordre public en matière successorale.

## **§ 2. Les particularités de l'ordre public successoral**

**277.-** Tout récemment, à l'occasion de la loi du 23 juin 2006, le souhait du législateur d'accroître la liberté testamentaire a été mis en avant afin de donner plus de liberté aux individus pour organiser leur succession. Naturellement, cela implique une atteinte portée à l'ordre public successoral dont les traces les plus saillantes se constatent d'une part, à l'encontre de la réserve dont le bénéficiaire n'est plus reconnu aux ascendants et qui est sanctionnée en valeur et, d'autre part, à l'encontre de la prohibition des pactes sur succession future avec notamment la renonciation anticipée à l'action en réduction. Mais l'érosion de l'ordre public en notre matière est loin d'être un phénomène nouveau. Beaubrun constatait déjà en 1979 que « *le droit positif successoral, à partir de la législation de 1938 notamment, échappe pour une large part à cette évolution générale* ». <sup>416</sup> En matière de droit des successions et plus généralement en droit patrimonial de la famille, on a pu parler de recul, de reflux de l'ordre public. Ce mouvement indéniable permet de constater qu'ici aussi l'ordre public évolue. Il a même été écrit que : « *l'ordre public successoral est de nature instable. Il épouse son époque. Avec le temps, ses exigences se modifient* ». <sup>417</sup> En conséquence, la notion semble tout aussi fuyante.

**278.-** Toutefois, le reflux et l'instabilité ne doivent pas occulter la résistance de l'ordre public en matière successorale. Il plie mais il ne rompt pas. Par exemple, il a été démontré que le principe de prohibition des pactes sur succession future persistait en dépit des incessantes dérogations que le législateur y apporte. <sup>418</sup> Un autre exemple : à propos de la restriction de la part réservataire des ascendants, Madame

---

<sup>416</sup> Marcel Beaubrun, Thèse précitée, p.11.

<sup>417</sup> Marcel Beaubrun, Thèse précitée, p. 162.

<sup>418</sup> Marcel Beaubrun, Thèse précitée, p. 75 et s. Egalement, V. infra.

Kondyli écrivait dans sa thèse que la particularité de la décroissance réservataire des ascendants était leur résistance au déclin.<sup>419</sup> Cette résistance se manifesta par le passage de la réserve en nue-propriété de l'article 1094 al.1 du Code Napoléon à la réserve en pleine propriété de la loi du 14 février 1900 puis à la réserve en usufruit de la loi du 3 décembre 1930 qui perdura jusqu'à la loi du 23 juin 2006. Voilà, encore une fois, le signe de cet ordre public toujours mouvant et capable de renaître de ses cendres. D'ailleurs, le Professeur Hauser ne prophétisait-il pas, après avoir constaté la mort de la réserve, un resurgissement de l'ordre public sous une autre forme en écrivant : « *A l'ordre public de l'organisation et la hiérarchie pourrait succéder un autre ordre public, rêvons à un autre article 6 du Code civil émigré en droit familial : « on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent les libertés, l'égalité et la protection des membres de la famille ainsi que la solidarité entre eux »*. Cette prédiction pourrait se fonder sur ce que le Professeur Pineau disait de l'ordre public : « *cet ordre flou et changeant qui prime les intérêts privés et qui est nécessaire au maintien de l'organisation sociale ou au mieux-être de la société en général* »<sup>420</sup>. Si l'ordre public résiste ici, c'est qu'il est nécessaire. A ce propos le Professeur Catala parlait d'un noyau dur de l'ordre public dont les mots clés sont : un impératif nécessaire prescrit par une autorité supérieure.<sup>421</sup>

**279.-** Malgré tout, dans cette nébuleuse, quelques certitudes peuvent nous guider. Premièrement, il ne fait aucun doute que le droit des successions et notamment la dévolution successorale font partie de ce que Niboyet appelait le domaine des règles impératives en raison de leur nature parce que l'on ne peut envisager une réglementation qui ne soit pas uniforme en la matière.<sup>422</sup> Deuxièmement, le recul de l'ordre public en matière successorale pourrait conduire à un recouplement plus net de la notion et de celle de loi impérative, le législateur n'osant plus ordonner en dehors d'un ordre public étroitement défini comme l'affirme Monsieur Hauser dans son rapport précité. Troisièmement, il est possible de déterminer les principales sources de l'ordre public successoral que sont la réserve

---

<sup>419</sup> I. Kondyli, Thèse précité, n° 474.

<sup>420</sup> V. « L'ordre public » Travaux de l'association Henri Capitant, précité, p. 338 et 492.

<sup>421</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>422</sup> J. Niboyet, Mélanges Sugiyama, p. 246. Toutefois, il est à noter que Niboyet classait la prohibition des pactes sur succession future dans la catégorie des règles impératives fondées sur des considérations d'opportunité législative en rappelant que cette prohibition n'existe par partout et n'a pas existé de tout temps.

héréditaire, la prohibition des pactes sur succession future et la saisine à quoi il fallait ajouter naguère la prohibition des substitutions fidéicommissaires.<sup>423</sup> Enfin, il est certainement possible de rattacher facilement l'ordre public successoral à la définition de l'ordre public dit politique dont le but est d'assigner des limites à l'individualisme. Pour reprendre la formule de Flour et Aubert «*Dire qu'il existe un ordre public politique, c'est dire que l'homme fait partie de groupements envers lesquels il a des devoirs dont il ne peut se délier*». <sup>424</sup> Toutefois, on ne peut nier que l'ordre public successoral ait aussi une fonction protectrice d'intérêt privé. Protection des héritiers réservataires surtout, au moyen d'une réserve ayant perdu de son caractère collectif, protection des héritiers et du défunt au moyen de la prohibition des pactes sur succession future. Ordre public dont il est à noter qu'il est davantage de source textuelle que judiciaire même s'il ne faut pas sous-estimer le rôle important du juge dans la détermination et l'évolution de l'ordre public.

En tout état de cause, l'ordre public successoral peut se définir simplement par ses effets qui consistent à limiter le pouvoir de la volonté tant du défunt que des héritiers, signe de la fonction essentiellement prohibitive de l'ordre public, effets qui traditionnellement étaient étrangers à l'institution du retour légal.

## ***Section 2. Le droit de retour historiquement étranger à l'ordre public***

**280.-** Nous avons déjà eu l'occasion de noter que les biens objet du retour légal n'étaient en aucun cas frappés d'indisponibilité entre les mains du donataire. Faute de clause d'inaliénabilité, il pouvait en disposer librement à titre onéreux ce qui avait pour conséquence de faire obstacle au retour sauf le jeu exceptionnel de la subrogation. Il était également admis que le retour ne résistait pas devant un acte de disposition à titre gratuit du gratifié défunt. Par exemple, rien ne l'empêchait de donner les biens qu'il avait reçus. Mais pouvait-il les léguer ? Autant la vente et la donation du bien initialement donné ne semblent pas motivées au premier chef par l'éviction du droit de retour légal du donateur, autant le legs du bien donné, parce

---

<sup>423</sup> Cette dernière prohibition a largement sauté en 2006 depuis l'adoption des libéralités graduelles et résiduelles. Par ailleurs, Beaubrun voyait dans le principe d'égalité successoral une autre source importante d'ordre public.

<sup>424</sup> Flour, Aubert et Savaux, Droit Civil, Les obligations, I. L'acte juridique, 2004, p. 206.

qu'il est une disposition à cause de mort, et parce qu'il prend effet au moment où le droit de retour doit, lui aussi, se mettre en œuvre, peut apparaître comme un moyen de priver le donateur de ce droit. Le legs semble être une arme entre les mains d'un donataire ingrat. Qu'en est-il plus juridiquement ?

**281.-** La question a été débattue notamment à propos de l'article 747 ancien. Elle était de savoir si l'on pouvait déroger au droit de retour de l'article 747 en léguant le bien qui, a priori, faisait l'objet du retour. Plus précisément, il s'agissait de savoir si la volonté du défunt pouvait faire obstacle au droit de retour ou si le retour venait limiter la volonté du défunt. En un mot comme en cent : ce droit était-il un droit d'ordre public ou était-il supplétif de volonté ?

Deux types d'arguments ont pu être avancés pour tenter de justifier que l'existence de biens objet du retour faisait obstacle à la totale liberté testamentaire du défunt.

**282.-** Sur le strict plan du retour légal, certains soutenaient jadis en doctrine que les biens dont le défunt avait disposé par testament faisaient partie de la succession. Les biens en cause se retrouvaient en nature dans la succession, disait-on, puisque les légataires y avaient droit et puisque le défunt ne s'en était pas séparé de son vivant. Ainsi a-t-il été écrit au recueil Sirey en observation d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1830 : « *comment l'héritier testamentaire est-il investi des biens du défunt ? Par le testament. Qu'est-ce que le testament ? La disposition de la succession. Il ne la constitue pas ; il transmet les objets dont elle se compose. Il ne peut pas porter sur des objets qui ne sont pas dans la succession* ». <sup>425</sup>

A cela, il fut très justement rétorqué, notamment par Planiol et Ripert, que « *la propriété de la chose léguée est acquise au légataire dès l'instant du décès* ». Et cela même si le légataire doit demander la délivrance de son legs ou l'envoi en possession. Ces formalités n'ont pour but que de s'assurer de la régularité du titre du soi-disant légataire et de lui permettre en conséquence d'exercer les droits qu'il a acquis par le

---

<sup>425</sup> Ch. civ. 16 mars 1830, arrêt pourtant favorable à la thèse largement majoritaire selon laquelle le retour légal donne naissance à une dualité de succession. L'auteur de la note figurant au S. Ch. 469 invoque également des arguments de texte en précisant que s'il avait été dans l'intention de la loi de faire obstacle au retour légal par une disposition testamentaire, il aurait été préférable d'écrire « que le retour s'exerçait si le donataire n'avait pas disposé des biens » plutôt que s'ils se retrouvent en nature. Par ailleurs, lorsque la loi indique que l'ascendant donateur succède exclusivement à tous autres [...], cela signifie bien que le bénéficiaire du retour exclut tout héritier qu'il soit légal ou testamentaire.

décès du disposant. Par la suite, ces auteurs distinguent la succession anormale de laquelle « *les biens légués ont été définitivement retranchés* » par l'effet du legs, de la succession ordinaire dans laquelle ils ne peuvent pas figurer en raison de la dualité de succession qui a été évoquée. Pour achever de démontrer l'argument quelque peu simpliste exposé ci-dessus, ils affirment en outre que « *la propriété de la chose léguée ne figure plus dans la succession ordinaire que pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible* ». <sup>426</sup>

**283.-** Sur le plan de la réserve héréditaire, certains ont soutenu, niant la dualité de succession qu'implique le retour légal, que les biens objet du retour légal étaient compris dans la masse de calcul de la réserve. Pour soutenir leur thèse, ces auteurs retiennent le résultat qu'ils jugent excessif de l'exemple de l'ascendant donateur faisant face à un légataire universel institué par le donataire défunt dont le patrimoine ne se composait que de biens objet du retour légal. Dans un tel cas il a été en effet jugé, en application des règles de la succession anormale, que l'ascendant était privé de toute réserve sauf... à renoncer à la succession anormale. <sup>427</sup> D'ailleurs, dès 1830, la Cour de cassation énonçait que : « *le droit accordé par l'article 747 du Code civil [...] est un droit à titre successif et non un droit de réserve [...]* ». <sup>428</sup>

Quant à la thèse de Ripert et Planiol, elle semble avoir reçu en jurisprudence un écho dans un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier <sup>429</sup> où les juges du second degré décidèrent que : « *l'ascendant donateur ne peut se prévaloir de ce retour légal si le donateur a, par l'institution d'un légataire universel, disposé à titre gratuit des biens donnés, lesquels ne se retrouvent plus dès lors dans la succession* ».

**284.-** Cette même question fut posée à la Cour de cassation en 1961. La Première Chambre Civile indiqua on ne peut plus clairement à l'occasion de cet arrêt du 13 juin 1961 que « *le retour légal est écarté par le legs fait par le donataire du bien légué* ». Voilà une manifestation du rôle primordial du juge pour déterminer ce qui ressort de l'ordre public et ce qui n'en ressort pas. L'ascendant ne pouvait donc prétendre à aucun droit au titre de la succession anormale lorsque le bien donné par lui

---

<sup>426</sup> Planiol et Ripert, t. IV, n°177 et les nombreuses références d'arrêts attestant de la solidité de la solution en jurisprudence.

<sup>427</sup> C.A Bourges, 20 janvier 1879 précité, C.A Douai 1879, précité, note Labbé.

<sup>428</sup> Ch. civ. 16 mars 1830 précité.

<sup>429</sup> C.A Montpellier, (1<sup>ère</sup> Ch.) 20 octobre 1948, Gaz. Pal. 1948. 2. 255. V. aussi Req. 20 novembre 1922, D.P. 1923, I, 178.

avait été légué par le donataire. Ainsi, avons-nous la réponse à notre question : le droit de retour légal est supplétif de volonté. Plusieurs arguments pouvaient être avancés pour soutenir cette solution.

Le premier résulte des conditions de mise en œuvre du droit de retour légal de l'article 747 ancien. Au nombre de ces conditions, figure celle qui exige que le bien objet du retour se retrouve en nature dans la succession. Le bien ne se retrouvera évidemment pas dans la succession s'il a été aliéné entre vifs. Mais il ne s'y retrouvera pas non plus s'il a été aliéné à cause de mort.<sup>430</sup> Ripert et Planiol l'ont dit avec raison : si les biens légués figurent dans la liquidation successorale au titre des biens existants, ce n'est que pour s'assurer du respect de la réserve héréditaire. De façon beaucoup plus radicale et contestable, il a été jugé que le droit de retour ne s'ouvrait pas lorsque les biens légués se retrouvent en nature dans la succession du fait de la renonciation du légataire au bénéfice de son legs. Les juges du fond ont alors considéré que les biens se trouvaient en nature dans la succession en vertu d'une nouvelle cause, postérieure et étrangère à l'acte de disposition<sup>431</sup> ce qui est contestable en vertu de la rétroactivité de la renonciation.

Le second argument tient au fait que le droit de retour constitue un type de succession anormale. Par définition, une succession anormale est de nature légale. Or, cette succession qui organise la dévolution de certains biens en fonction de leur origine n'est en rien entravée par un droit à réserve. La réserve héréditaire ne borne la volonté du défunt que dans la succession ordinaire.<sup>432</sup> Le défunt peut donc donner ou léguer le bien objet du retour légal sans qu'aucune contrepartie ne soit accordée au titulaire du retour.

Le dernier argument tient à la fonction de l'ordre public en matière successorale qui est à la fois d'enchâsser la liberté de disposition du défunt pour assurer la défense d'institutions et de principes essentiels à la société mais aussi de protéger l'héritier. Que le retour légal n'ait jamais rien eu d'une institution essentielle à la société n'est pas douteux. D'abord parce que l'histoire nous a enseigné comment il avait été supprimé en 1972 et pour quelles raisons. Ensuite, parce qu'il était exclusivement fondé jusqu'à il y a peu sur la conservation des biens dans la famille.

---

<sup>430</sup> La doctrine est unanime sur ce point. V. notamment Planiol et Ripert, précité ; Ripert et Boulanger, précité, n° 1791 ; Collin et Capitant, précité, n°476 ; Leveneur, précité, n°849.

<sup>431</sup> C.A Besançon 10 juillet 1901 : D. 1902, 2, 390.

<sup>432</sup> Sur ce point, V. notamment Terré et Lequette, Précis Dalloz, n° 231.

Or, la conservation des biens en tant que telle ne peut plus aujourd'hui et depuis longtemps constituer un pilier de la société.<sup>433</sup> D'ailleurs, lorsque la réserve héréditaire assurait aussi la conservation des biens en nature ce n'était pas sa seule justification. Elle reposait également sur une idée de solidarité entre les générations.<sup>434</sup>

Qu'il n'ait jamais eu pour fonction de protéger l'héritier n'est pas moins certain. Si l'on avait opposé le droit de retour légal de l'article 747 ancien à un légataire universel institué par le donataire défunt, c'est qu'il aurait été un moyen de défense contre les libéralités antifamiliales. Mais précisément, ce moyen de défense existait déjà : il s'agissait de la réserve héréditaire dont, à l'époque, les ascendants bénéficiaient dans la succession ordinaire. Un doublon n'était pas nécessaire.

Il est à souligner que les solutions qui ont été retenues à propos de l'ancien article 747 étaient parfaitement transposables dans les autres cas de retour et notamment dans celui de l'article 368-1.<sup>435</sup> Est-ce le cas aujourd'hui encore pour ce qui concerne les articles 738-2 et 757-3 ?

### ***Section 3. Le retour légal, nouvelle composante de l'ordre public ?***

Le donataire défunt peut-il valablement priver les bénéficiaires du retour de leur droit ? La question doit être posée à propos des deux nouveaux cas de retour légal où il n'est pas sûr qu'elle reçoive la même réponse. Seront donc étudiés les rapports entre l'article 757-3 et l'ordre public (§1) avant de s'attarder sur ceux existant entre l'article 738-2 et l'ordre public (§2).

#### ***§ 1. L'article 757-3 et l'ordre public***

**285.-** A l'occasion d'une question parlementaire, le député Serge Poignant demanda au ministre de la justice « *si cet article [l'article 757-3] déroge de manière*

---

<sup>433</sup> V. Supra. Sous l'ancien régime en revanche, on pouvait considérer la conservation des biens comme essentielle à la société dont le but ultime était, au travers de la conservation des fortunes, la conservation du rang des ancêtres.

<sup>434</sup> Par ailleurs, si l'on ne se limite pas à la réserve des ascendants, elle avait et a toujours aussi pour fonction d'assurer une égalité minimum entre héritiers réservataires.

<sup>435</sup> V. Notamment M. Grimaldi, Droit des successions, précité, p. 249, note n° 17.

*absolue au droit du conjoint survivant de recueillir, en l'absence d'enfant et d'ascendants, la totalité de la succession du défunt ou si son application peut être écartée lorsque ledit défunt a consenti une donation universelle à son conjoint* ». <sup>436</sup>

Dans un contexte législatif et sociologique très favorable au conjoint survivant et compte tenu du fait que l'instauration de ce droit de retour est venue compenser la promotion du conjoint survivant face aux collatéraux privilégiés, la question renvoie sans aucun doute à une hypothèse pratique courante dans laquelle le défunt aura voulu assurer la fin de vie de son conjoint en évitant les affres de l'indivision ou de la valorisation qu'engendre le retour. Plus généralement la question se posait qui que soit le légataire, conjoint ou tiers. Notons également que la question ne semblait se poser, comme pour l'article 747 ancien, qu'en présence d'une disposition à cause de mort. Le retour s'exerçant en nature, on n'envisage même pas qu'il puisse porter atteinte à des biens dont le défunt a disposé sa vie durant. Rien ne permet au bénéficiaire du retour d'exercer un quelconque droit de suite sur les biens en question.

La réponse du ministre de la justice se présenta en ces termes : « *L'application de ce droit de retour peut être évitée par la renonciation des frères et sœurs auxquels il bénéficie, de telle sorte que l'existence de dispositions testamentaires contraires, notamment un legs universel au profit du conjoint survivant, ne peut faire échec à son application.* » <sup>437</sup> Cette réponse fit l'objet d'un erratum publié au J.O le 13 février 2007 adoptant une solution strictement inverse mais beaucoup plus compréhensible et admise par la doctrine. <sup>438</sup>

En effet, dans cette hypothèse, il est possible de faire valoir le même argument que précédemment : le bien légué ne fait plus partie de la succession qu'elle soit anormale ou ordinaire. Il ne peut s'y retrouver en nature, tout comme un bien donné ou vendu et le retour ne peut donc s'y appliquer. Et, s'il s'y appliquait, il faudrait là encore considérer le retour comme un substitut de réserve s'opposant à la liberté testamentaire du défunt. Or cette fois-ci, contrairement à l'article 747 ancien, ce ne serait pas seulement inutile mais inepte puisque l'on ne peut concevoir qu'une

---

<sup>436</sup> Question n° 85443, publiée au J.O le 14 février 2006, p. 1469.

<sup>437</sup> Rép. Min. n° 85443, publiée au J.O le 11 juillet 2006, p. 7371.

<sup>438</sup> Notamment, V. Dossier Pratique Francis Lefebvre, n°156, p. 27 ; S. Ferré André, Defrénois 2002, art. 37572, précité, n° 34 et 35 ; G. Goubeaux, art. précité, n° 5 ; Ph. Malaurie, « Les successions, les libéralités », Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd. n° 91 ou encore, N. Levillain, art. précité.

« quasi-réserve » soit octroyée à des collatéraux privilégiés qui n'ont jamais eu la qualité de réservataire depuis le Code Napoléon.

Il faut donc admettre que l'article 757-3 est hors de l'ordre public successoral. Force est de reconnaître que cette solution est préférable puisque le défunt pourra avantager son conjoint en lui évitant les difficultés posées par le texte comme il pourra également assurer la conservation du bien dans la famille sans léser son conjoint pour autant.<sup>439</sup> Qu'en est-il de l'article 738-2 ?

## **§ 2. L'article 738-2 et l'ordre public**

En la matière, point de réponse ministérielle et point de jurisprudence pour émettre un avis sur la question essentielle de savoir si l'article 738-2 est d'ordre public. Il est cependant à noter que la doctrine reconnaît généralement ce caractère au texte sans discussion.<sup>440</sup> Dans ces conditions, avant de proposer une opinion, il semble nécessaire de rechercher une méthode de détermination de l'ordre public (A) avant de l'appliquer au cas particulier (B).

### *A. Recherche d'une méthode de détermination de l'ordre public*

**286.-** La loi mentionne parfois expressément son caractère d'ordre public. Il n'y a pas de doute lorsqu'elle précise que le non-respect de la disposition sera sanctionné par la nullité comme l'article 931 du Code civil ou encore l'article 768 sur la nullité de l'option successorale conditionnelle. D'autres fois, la tournure négative de la disposition légale ne fait aucun doute sur son caractère impératif. C'est là qu'apparaît l'ordre public dans sa fonction la plus traditionnelle, une fonction prohibitive. Ainsi en va-t-il par exemple de l'article 968 relatif à la prohibition des testaments conjonctifs, « *Un testament ne pourra être fait [...]* », ou encore de l'article 1130 sur la prohibition des pactes sur succession future, « *On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte.* » Encore, mais c'est plus rare, la

---

<sup>439</sup> Cf. infra.

<sup>440</sup> Parmi les auteurs enclins à reconnaître un texte d'ordre public dans l'article 738-2, peuvent être cités : P. Catala, article précité ; Ch. Blanchard, article précité ; D. Arteil, article précité ; N. Levillain, article précité ; Dossier pratique Francis Lefebvre, précité.

loi peut disposer qu'elle est d'ordre public comme à l'article 763 in fine. Ce sont là les cas les plus simples, les plus apparents. Au-delà il appartient à l'interprète, c'est-à-dire au premier chef au juge, de caractériser l'ordre public.

**287.-** En effet, il convient d'insister sur le rôle primordial du juge en la matière. Monsieur Malaurie consacrait un chapitre de sa thèse à la détermination de l'ordre public par le juge et y relevait que : « *de par sa nature même, il semble que le contenu de l'ordre public ne puisse être pratiquement défini que par le juge* » pour assurer la protection d'institutions fondamentales. Contrairement au juge anglais, lié par la règle du précédent, le juge français semble assez libre dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation de ce qui est ou non d'ordre public. D'autant plus libre, nous dit le Professeur Malaurie, qu'il ne s'avoue pas à lui-même ce pouvoir, en ce sens qu'il ne motive souvent pas ce pourquoi il estime d'ordre public une loi. C'est également le constat que fait Beaubrun lorsqu'il parle de l'ordre public à vocation interprétative, c'est-à-dire d'un ordre public qui, presque de façon inconsciente, oriente le juge vers telle ou telle solution à défaut de précision formelle de la loi.<sup>441</sup>

**288.-** Il ne faut pas voir dans cette fonction interprétative de l'ordre public un quelconque signe d'arbitraire judiciaire. Si le juge ne motive pas la qualification d'ordre public qu'il retient, c'est pour ne pas s'avancer, c'est parce qu'il a conscience du caractère mouvant de la notion que nous avons déjà mis en lumière. De cette instabilité, Beaubrun tire deux enseignements.

D'une part, il se peut qu'une institution perde son caractère d'ordre public en fonction de son évolution. Si l'on prend un exemple textuel parmi d'autres, on peut relever l'article 965 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006, qui permet au donateur de renoncer à la révocation de la donation pour survenance d'enfant si elle a été prévue alors que l'ancien article 965 frappait de nullité toute clause portant une telle renonciation. Si aujourd'hui cette renonciation est possible, c'est parce que le texte s'insère dans une loi dont l'un des principaux objectifs est la sécurité des tiers et aussi parce qu'avant le 1<sup>er</sup> janvier 2007 la révocation d'une donation pour survenance d'enfant était automatique, ce qu'elle n'est plus. En conséquence, l'interprète doit interroger le contexte d'une disposition et son histoire pour s'assurer du maintien de

---

<sup>441</sup> M. Beaubrun, Thèse précitée, p. 157 et s.

son caractère d'ordre public. Inversement, on peut penser que la réciproque est vraie : il se peut qu'une institution acquiert un caractère d'ordre public qu'elle n'avait pas antérieurement.

D'autre part mais dans le même esprit, il a été relevé qu'un raisonnement par analogie était sans doute à proscrire en la matière. L'auteur prend l'exemple de la faculté de conversion de l'usufruit du conjoint survivant en rente viagère qui n'est pas considérée comme d'ordre public face à l'usufruit légal alors qu'elle l'est face à une libéralité en usufruit.

**289.-** Lorsqu'il recherchait un critère distinctif de l'ordre public en notre matière, Beaubrun écrivait que : « *Réserve faite de la variété des cas d'application de la notion, on peut dire néanmoins que l'on se trouve en présence d'une prescription d'ordre public successoral, chaque fois qu'il y a lieu de sauvegarder la liberté du consentement donné par les successibles ou par le de cujus à la transmission du patrimoine héréditaire soit que les parties en cause soient amenées à faire une mauvaise appréciation d'une protection légale soit que des pressions illégitimes pèsent sur leur volonté pour les inciter à ne pas discuter l'étendue de leurs droits, notamment réservataires.* »<sup>442</sup> Ce critère résume à lui seul l'ordre public successoral. Il recouvre des institutions aussi diverses que la prohibition des pactes sur succession future, la liberté d'option successorale ou encore la réserve.

La méthode est donc simple en apparence : après avoir interrogé le texte de la loi, il convient de se pencher, tel un juge, sur le contexte, l'histoire et la pratique pour déterminer si la disposition en cause est ou non d'ordre public, en gardant à l'esprit l'instabilité de la notion et sa fonction qui est à la fois de fixer les normes essentielles à la société et de protéger les sujets de droit contre eux-mêmes et contre les autres. Tentons à présent d'appliquer cette méthode à l'article 738-2.

---

<sup>442</sup> Marcel Beaubrun, thèse précitée, p. 166 et s. L'auteur donne comme illustration le caractère d'ordre public de l'exception dilatoire de l'ancien article 795 C. civ., assurant la sauvegarde de la liberté d'option ou encore les limites posées par la jurisprudence à l'application des clauses pénales testamentaires.

## B. Application de la méthode à l'article 738-2

Pour tenter de déterminer le caractère d'ordre public de la disposition, il convient de partir d'indices textuels (1) avant d'étudier son contexte (2). Enfin, il sera tenté de résoudre la question d'un point de vue logique (3).

### 1. Les indices textuels

L'alinéa premier dispose « *qu'ils [les père et mère] peuvent dans tous les cas exercer un droit de retour [...]* ».

**290.-** Certains ont vu dans cette expression le signe d'un droit supplétif. Madame Levillain a écrit que : « *Supplétif, ce droit ne s'applique qu'à défaut de retour conventionnel et n'étant pas d'ordre public les donateurs peuvent y renoncer expressément.* »<sup>443</sup> De façon plus ambiguë, Madame Forgeard jugea ce droit facultatif puisque les parents « *peuvent* » l'exercer ou non.<sup>444</sup> La formule est équivoque puisque l'on pourrait effectivement renoncer à exercer le retour légal après l'ouverture de la succession même si ce droit devait avoir un caractère d'ordre public, comme un héritier réservataire a toujours pu renoncer à se prévaloir de sa réserve après le décès. En ce sens, le droit de retour ne serait qu'une faculté offerte aux parents. Mais, la formule peut également nier le caractère impératif du texte. Niboyet rappelait à ce sujet que l'on pouvait nommer les lois non impératives indistinctement mais imparfaitement lois facultatives, supplétives ou encore dispositives.<sup>445</sup>

**291.-** D'autres en revanche, soulignent deux indices de texte révélant selon eux avec évidence le caractère d'ordre public de la disposition. En premier lieu ils insistent sur la formule « *dans tous les cas* » qui semble être le signe de ce que rien ne peut s'opposer à l'exercice du retour légal. En second lieu ils ajoutent que le troisième alinéa de l'article abonde en ce sens. Si rien ne peut s'opposer au retour, il est logique que l'on puisse l'exercer en valeur lorsqu'il ne peut s'exercer en nature.

---

<sup>443</sup> N. Levillain, « Loi du 23 juin 2006 : principales nouveautés relatives aux successions », JCP. N, 2006, n° 26 du 30 juin 2006, act. 446. Toutefois, le même auteur considérait dans un article publié au JCP. N, n° 12 du 23 mars 2007, précité, que ce droit était d'ordre public, spéc. n° 9.

<sup>444</sup> M-C. Forgeard, « Le nouveau droit des successions et libéralités, Defrénois, p. 10.

<sup>445</sup> Niboyet, art. précité.

Avant, lorsque l'on souhaitait priver ses parents du retour légal, il suffisait d'aliéner l'objet du retour afin qu'il ne se retrouve pas en nature dans la succession. Aujourd'hui, ce procédé est inopérant. On ne peut plus priver ses parents du retour légal comme on le faisait. Le retour légal s'oppose à la volonté du défunt, preuve de son caractère d'ordre public. Pour appuyer la démonstration le Professeur Brenner a écrit que ce droit « *a été voulu d'ordre public* »<sup>446</sup> ce qui incite à interroger la volonté du législateur, l'esprit de la loi et le contexte historique.

## 2. L'étude du contexte

**292.-** Si l'on se penche sur la volonté du législateur, on est amené à consulter les travaux parlementaires. Ceux-ci ont montré clairement que l'instauration de ce nouveau cas de retour était une contrepartie de l'abrogation de la réserve des ascendants. On a en mémoire les mots utilisés alors pour décrire cette nouvelle institution : « *droit de retour systématique, en nature ou en valeur ; droit de retour automatique, en nature ou à défaut en valeur* ». Systématique, automatique, voilà bien des adjectifs qui témoignent de la volonté de voir le nouveau droit de retour s'appliquer de façon inéluctable comme l'ancienne réserve qu'il remplace.

**293.-** Si maintenant on se penche sur l'histoire du retour légal, il est vrai que cela ne plaide pas a priori en faveur de l'impérativité de l'article 738-2. Nous l'avons vu, l'institution du retour légal est traditionnellement étrangère à toute notion d'ordre public. D'ailleurs, il est indéniable que l'article 757-3 n'est pas d'ordre public. Et comme il n'est pas douteux que l'article 757-3 a inspiré l'article 738-2, au moins en tant qu'il constitue une contrepartie et quant à son montant limité à une quotité de bien, il peut être tentant d'éloigner l'ordre public de l'article 738-2. Toutefois, ces arguments ne sont pas décisifs. D'une part parce qu'il faut se garder d'un raisonnement par analogie et d'autre part parce que la ressemblance entre les deux droits ne va pas plus loin. A tel point que la doctrine hésite à qualifier le droit de l'article 738-2 de droit de retour.

---

<sup>446</sup> J.-Cl. Civil Code, Art. 912 à 930-5, Fasc 10, n° 51.

**294.-** A présent, si l'on observe les fondements du retour légal, on constate que la conservation des biens dans la famille, fondement traditionnel, ne suffisait pas, à elle seule, à conférer au retour légal un caractère d'ordre public. Alors que ce fondement, allié à d'autres comme la solidarité, justifiait la réserve qui, elle, était d'ordre public. A fortiori, la conservation de la richesse familiale ne peut pas, à elle seule, être source d'ordre public. Il va de soi que si l'article 738-2 avait été fondé sur une idée de solidarité son impérativité n'aurait pas fait le moindre doute.<sup>447</sup> Cependant il a démontré que le texte ne pouvait se baser sur une quelconque idée de solidarité.<sup>448</sup> Reste alors une impression, déjà ressentie en recherchant les fondements de ce texte : il assure en réalité la reconnaissance des enfants donataires envers leurs parents donateurs. A ce sujet, il convient de relever un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 1977.<sup>449</sup> Dans cette affaire éloignée du retour légal, un père avait consenti une donation cumulative au profit de ses deux fils. Il avait déclaré dans l'acte renoncer à l'action révocatoire. Quelques années plus tard le père assigna ses fils en révocation de la donation pour cause d'ingratitude. La cour suprême cassa l'arrêt d'appel qui avait débouté le père de sa demande au simple motif que « *l'action en révocation des donations pour ingratitude intéressant l'ordre public, le donateur ne peut y renoncer avant que le fait constitutif d'ingratitude se soit produit* ». Cet arrêt nous permet de tirer deux conclusions pour ce qui nous concerne.

Premièrement, même s'il y a une différence de degré dans la protection entre l'action révocatoire et le retour légal de l'article 738-2 parce qu'il est beaucoup plus grave d'injurier ou de voler ses parents que de les oublier à l'heure de son décès,<sup>450</sup> l'arrêt indique que la protection du donateur contre l'ingratitude ou, à tout le moins, contre le manque de reconnaissance du donataire est une matière susceptible d'intéresser l'ordre public.

Deuxièmement, il nous rappelle le rôle fondamental du juge en matière de détermination de l'ordre public, rôle dont il s'acquitte sans motiver ses décisions.<sup>451</sup> Pour ce qui nous concerne, si le juge avait à statuer sur la question, il ne partirait pas

---

<sup>447</sup> Le droit des obligations alimentaires exprime une sorte de solidarité familiale qui est d'ordre public.

<sup>448</sup> Cf. supra, p. 111 et s.

<sup>449</sup> Bull. I, n°431, p. 342, Defrénois 1979. 581, note Ponsard ; D. 1978, Inf. Rap. 241, note D. Martin, V. également M. Beaubrun, Thèse précitée, p. 158.

<sup>450</sup> Ce d'autant plus que souvent l'aliénation du bien donné ne sera pas motivée par une intention de nuire ou une volonté de léser les ascendants donateurs.

<sup>451</sup> La preuve en est que dans l'affaire en question, la Cour d'appel de Nîmes avait retenu une solution inverse en excluant l'ordre public.

de rien. Il pourrait s'appuyer sur le texte lui-même et statuerait à son visa en vertu des indices qu'il contient. Il aurait le soutien des travaux parlementaires. Et même si le fondement du texte ne paraît pas solidement justifier l'ordre public, il pourrait s'appuyer sur le simple fait qu'il compense la réserve disparue et doit, pour ce faire, en emprunter le caractère. Enfin, il pourrait trouver dans la notion d'ordre public, un bon moyen de rendre acceptable la solution qui lui semble la plus juste.

### 3. Le point de vue logique

**295.-** A plusieurs reprises au cours de ce travail, il a été soulevé des questions qui ont été résolues en partant du postulat que l'article 738-2 était d'ordre public. D'ailleurs, certaines ne se sont posées que parce que l'ordre public était présumé. Ainsi en a-t-il été de la question des rapports entre le droit de retour et la réserve du conjoint ou encore celle des rapports entre le droit viager au logement et le droit de retour.

Lorsque nous avons mis en musique les règles de l'article 738-2, il est apparu que le texte entend s'appliquer même en présence d'actes de disposition à titre gratuit consentis par le défunt sur les biens objet du retour. Ainsi, joue-t-il si le bien a été donné ou légué. En cela, il se coule dans son rôle de remplaçant de la réserve. Il va même plus loin puisqu'il prétend s'appliquer si le bien en question a été aliéné à titre onéreux. En exagérant un peu, on peut dire que les héritiers réservataires n'ont aucun moyen d'empêcher le défunt de vendre ses biens et de dilapider son argent alors que le bénéficiaire du retour pourra, en ce cas, exercer son droit en valeur dans la limite de l'actif successoral. Par ailleurs, quelle que soit la méthode de calcul retenue, le montant du retour légal peut être supérieur au quart de la succession, montant de l'ancienne réserve.<sup>452</sup> Finalement, le seul point faible de ce retour est qu'il ne peut s'exercer que dans la limite de l'actif successoral existant. Autrement dit, sa mise en œuvre n'est pas garantie par une action en réduction comme la réserve. De ce point de vue, l'article 738-2 est moins efficace que la réserve, notamment face à des donataires à qui l'on ne peut pas faire supporter le retour même si on l'exerce comme

---

<sup>452</sup> Deux exemples : En retenant la méthode dite du « quart du bien » si la valeur du quart du bien est supérieure au quart de la succession, le retour sera plus élevé que ne l'aurait été la réserve. En retenant maintenant la méthode dite du « quart de la succession », le retour sera plus important que la réserve, notamment lorsque le bien « réintégré » dans la masse de calcul aura été vendu.

une créance. En effet, si le droit à réserve en nature, droit réel, a été transformé, en principe, en un droit personnel, les créanciers de la réduction, peuvent toujours agir sur le patrimoine du ou des débiteurs. Si c'est infructueux, ils peuvent encore exercer contre les tiers détenteurs des biens une action en réduction ou en revendication sauf à avoir consenti à l'aliénation des biens. Rien de tout cela dans le cadre du retour légal en valeur puisque lorsqu'il déploie les effets de son caractère impératif – c'est-à-dire pratiquement lorsqu'il joue en valeur – il fonctionne davantage comme une créance contre la succession dont les bénéficiaires voient leur gage réduit à l'actif successoral, à l'image de ce qui est prévu à l'article 767 pour le conjoint créancier d'un droit à pension et à l'article 758 pour les ascendants ordinaires dans le besoin. Deux textes qui, notons le, ne peuvent renier leur caractère d'ordre public en raison de leur fondement alimentaire.

**296.-** Mais si le postulat était différent, si le retour n'était pas jugé d'ordre public, quelle serait l'utilité du texte ? Lorsque le bien se retrouve en nature dans la succession, et lorsque les parents bénéficient de leurs droits ab intestat ordinaires sur lesquels s'impute le retour, il viendrait organiser une modalité d'attribution des biens. Attribution plus favorable que l'attribution préférentielle en ce qu'elle peut excéder les droits successoraux sans donner lieu à indemnité. Lorsque les parents ont été privés du retour en nature par un acte de disposition du défunt, il faudrait alors considérer que le retour s'effacerait. Mais alors une question surgit : quand jouerait le retour en valeur de l'alinéa 3 ? Faudrait-il considérer que le retour en valeur ne jouerait que lorsque la valeur des biens objet du retour est supérieure à la valeur des droits successoraux des parents ?<sup>453</sup> Notons que cette idée ne serait pas dénuée d'avantages. Notamment elle éviterait l'indivision que peut engendrer le retour en nature. Mais c'est oublier que lorsque les travaux parlementaires ont évoqué cette hypothèse, ils ajoutaient en même temps que le retour en valeur s'appliquait aussi en cas d'aliénation des biens ce qui suppose que le retour tienne tête à la volonté du défunt.

---

<sup>453</sup> Hypothèse envisagée par les travaux parlementaires, notamment V. rapport du Sénat, p. 328. Pour une application pratique, V. supra, exemple n° 1, p. 198 et note n° 321.

**297.-** En conclusion, on peut donc affirmer que ce droit n'a d'utilité que s'il est considéré comme d'ordre public. Lui reconnaître ce caractère coïncide d'ailleurs avec la volonté nuancée et ambiguë du législateur à savoir : d'un côté, abroger la réserve mais d'un autre côté, la rétablir sous une forme différente en limitant ses effets aux biens de famille. Ainsi trouve-t-on sous la plume du rapporteur de la loi de 2006 pour l'Assemblée nationale que l'instauration de ce droit de retour « *revient en réalité à ne supprimer la réserve des ascendants qu'à l'égard des biens acquis par le défunt* ». <sup>454</sup> Cette pseudo-réserve qui ne dit pas son nom puiserait là son caractère d'ordre public.

En somme, si au regard de ses fondements le caractère d'ordre public du texte apparaît peu évident, il n'est pas concrètement contestable qu'il soit jugé d'ordre public en droit positif. Dans ces conditions, compte tenu des difficultés que le retour légal est susceptible de poser, il semble opportun de rechercher s'il existe, malgré tout, des moyens pour le gratifié défunt d'y déroger.

## **Chapitre 2. Les moyens de l'éviction par le gratifié défunt**

**298.-** En guise d'introduction de ce chapitre et pour entrer directement dans le vif du sujet, il convient d'évoquer, pour l'exclure, la solution qui consisterait à admettre que les conditions du retour légal ne sont pas réunies lorsque le défunt s'est vu attribuer un bien à l'occasion d'un partage successoral. <sup>455</sup>

Certains ont affirmé que de tels biens ne peuvent faire l'objet du retour comme n'ayant pas été « *littéralement reçus par succession mais attribués par un partage, qu'il n'est au demeurant pas souhaitable de remettre en cause* ». <sup>456</sup> Si l'on suit cette analyse, on doit considérer que, lors de son allotissement, le défunt déjà propriétaire d'une quote-part indivise du bien qui lui a été attribué, a échangé sa quote-part dans les autres biens dépendant de la succession de ses ascendants contre celles de ses copartageants dans le bien qu'il a reçu. Mais cela exclurait-il le retour pour autant ?

---

<sup>454</sup> Rapport A.N n° 3122, p. 39.

<sup>455</sup> Naturellement, cette solution n'est envisageable que dans le cadre de l'article 757-3 puisque l'article 738-2 ne joue que lorsque le bien est advenu au défunt au moyen d'une disposition entre vifs.

<sup>456</sup> M.C. Forgeard, R. Crône et B. Gelot, « La réforme des successions », éd. Defrénois, n° 10.

Sans doute que non, puisque la quote-part indivise qui lui appartenait avant le partage lui est bien advenue par succession. Il faudrait alors considérer que le retour ne porte que sur cette quote-part. Cependant cette conception du partage, vu comme un acte translatif, n'est pas celle du droit français.

C'est pour cette raison que d'autres retiennent une solution inverse en se fondant sur l'effet déclaratif du partage qui correspond à l'analyse du droit français.<sup>457</sup> Selon cette analyse : « *Chaque héritier tient sa propriété privative de la reconnaissance par tous que les biens mis dans son lot forment l'objet de son droit héréditaire.* »<sup>458</sup> Autrement dit, le partage n'est pas un acte translatif qui opère comme un échange de droits indivis mais un acte déclaratif qui ne fait qu'assigner aux droits préexistants sur une masse indivise un objet divis. De cette conception, il résulte que l'attributaire est l'ayant cause direct du défunt. Par conséquent, cette analyse conduit à considérer que les biens attribués lors d'un partage successoral sont reçus par succession au sens de l'article 757-3. Au-delà des actes de partage, il convient de préciser que l'effet déclaratif est reconnu à d'autres actes que l'on dit équipollents au partage. Ainsi en va-t-il de la licitation, de la vente amiable de droits indivis à un indivisaire ou enfin de la cession de droits successifs. Tous ces actes ont pour effet de faire cesser l'indivision au sens de l'article 883, deuxième alinéa. Donc, lorsque le défunt décédé sans enfant laisse un bien qui lui avait été attribué pour partie aux termes d'un partage successoral et pour partie au bénéfice d'une licitation, c'est tout le bien qui doit faire l'objet du retour. Ces actes n'excluent pas le retour légal à notre sens.

Ceci étant dit, comment le gratifié défunt peut-il évincer le retour légal ? Puisque l'article 757-3 qui n'est pas d'ordre public n'est susceptible que d'une exécution en nature et puisque l'article 738-2, d'ordre public, peut s'exercer en nature mais aussi en valeur, il semble de bonne méthode de rechercher les moyens d'éviction à la disposition du donataire en distinguant l'éviction du retour en nature (Section 1) de celle du retour en valeur (Section 2).

---

<sup>457</sup> C.R.I.D.O.N de Paris Dossier n° 729398 Christiane Le Marteret. La solution est d'ailleurs partagée par l'ensemble des C.R.I.D.O.N.

<sup>458</sup> M. Grimaldi, « Droit Civil Successions », précité, p. 895, n° 912.

## **Section 1. L'éviction du retour en nature**

**299.-** Trois observations préliminaires s'imposent.

Première observation : l'éviction du retour légal en nature n'a de sens qu'en l'absence de retour conventionnel ou que si le bénéficiaire d'un tel droit y a renoncé. Il serait vain de vouloir évincer un droit qui se trouve, en fait, considérablement renforcé par un autre droit d'une nature différente.

Deuxième observation : l'éviction du retour légal en nature n'a évidemment pas la même portée dans le cadre de l'article 757-3 et dans le cadre de l'article 738-2. Elle prive les collatéraux de tout droit dans la succession du défunt alors qu'elle ne prive les parents donateurs que du droit d'exercer le retour en nature. Dans ce dernier cas, l'éviction du retour en nature peut présenter l'intérêt d'éviter une « attribution » de droit indivis.

Enfin, troisième observation : plusieurs raisons qui ont été évoquées précédemment justifient la recherche de l'éviction du retour légal. De toutes ces raisons, on peut penser que celle qui préside le plus souvent à la volonté du donataire défunt de déroger à l'institution, réside dans le souci d'éviter le régime de l'indivision. Les autres raisons qui peuvent inciter à la dérogation, pour importantes qu'elles soient, sont sans doute trop techniques pour déterminer un sujet de droit.<sup>459</sup>

Au bénéfice de ces observations il est possible d'examiner les moyens permettant de déroger au retour en nature à l'initiative du gratifié défunt en discriminant l'utilisation des actes à titre gratuit (§1) et celle des actes à titre onéreux (§2).

### **§ 1. L'utilisation des actes à titre gratuit**

**300.-** Lorsqu'il puise dans la palette des actes à titre gratuit, le gratifié qui veut empêcher le retour en nature trouve beaucoup de solutions. Pour choisir la meilleure, il devra s'interroger sur ses motivations. Dans tous les cas, on peut présager sans trop risquer de se tromper que le conjoint survivant sera souvent au centre de ses préoccupations.

---

<sup>459</sup> On pense au problème d'évaluation du montant du retour ou encore à la question de la prise en compte des améliorations apportées au bien par le défunt.

**301.-** Certaines fois, le conjoint survivant sera une préoccupation exclusive. Le souci de la protection du conjoint survivant est un élément souvent pris en compte en matière de gestion de patrimoine. Ce souci a d'ailleurs été à l'origine de la nécessaire revalorisation des droits légaux du conjoint survivant en 2001. Il va de soi qu'en l'absence de descendant ce souci primordial peut devenir l'unique objectif patrimonial du couple et donc du défunt. Cet objectif sera fréquemment centré sur la résidence principale, bien propre par hypothèse, dont on veut assurer au survivant non seulement la jouissance mais la libre disposition. Au-delà, la volonté des époux peut aller jusqu'à assurer au survivant un certain niveau de vie ou un capital suffisant en cas de besoins futurs en disposant en sa faveur du reste du patrimoine qui appartient en propre au défunt comme biens futurs. On pense à une résidence secondaire ou à des immeubles de rapport. Deux types de solutions paraissent opportuns dans ces cas là : le recours aux avantages matrimoniaux d'une part et les dispositions à cause de mort, legs ou institutions contractuelles d'autre part. On exclut volontairement la donation de biens présents en ce qu'elle dépouille irrévocablement l'époux donataire.<sup>460</sup> Si le disposant veut garder les coudées franches, il préférera le legs, universel, à titre universel ou particulier selon les cas. Pour la même raison, il pourra opter pour une institution contractuelle dont les effets s'apparentent, lorsqu'elle est consentie hors contrat de mariage, à ceux d'un legs.<sup>461</sup> Aujourd'hui, mais pour combien de temps encore, ces solutions sont attrayantes fiscalement puisque, depuis la loi du 21 août 2007, le conjoint survivant est exonéré de tout droit de succession. Si l'avantage fiscal venait à disparaître, nul doute que les époux, et eux seuls le pourraient, se tourneraient, comme avant, en priorité vers les avantages matrimoniaux et les changements de régimes matrimoniaux où, là aussi, les solutions sont multiples. Des époux mariés sous le régime légal qui veulent assurer au survivant la disposition d'un bien propre à l'un d'eux pourront, à leur choix, adopter un régime de communauté de meubles et acquêts si les biens en question sont, par exemple des

---

<sup>460</sup> Même si sous le régime de communauté légale les revenus de tels biens, s'ils sont frugifères, tombent en communauté et profitent donc à l'époux donataire. Et elle le dépouille même en cas de divorce en vertu de l'article 265 alinéa premier sauf à prévoir une clause de non-divorce.

<sup>461</sup> On vise ici les donations « au dernier vivant » ou donations entre époux de biens à venir, très courantes en pratique qui présentent de nombreux avantages qui, au cas particulier, ne sont pas déterminants : possibilité de donner plus que la quotité disponible ordinaire en présence de descendants, possibilité pour le conjoint de cantonner son émoulement ou de renoncer de façon anticipée à l'action en réduction pour atteinte à la réserve. Plus généralement, par rapport aux legs, elles présentent tous les avantages bien connus d'être obligatoirement reçus par acte authentique.

valeurs mobilières. Ils pourront décider que l'époux propriétaire en propre apportera le bien en question à la communauté. Mieux encore, ils pourront adopter un régime de communauté universelle. Trois précisions pour terminer sur ce point : premièrement, ces solutions ne sont envisageables qu'en l'absence de clause interdisant l'apport à communauté du bien donné initialement ; deuxièmement, pour atteindre le but recherché, il conviendra de prévoir dans chaque cas une clause modifiant les règles de partage de la communauté, clause de préciput ou clause d'attribution intégrale ; troisièmement, ces avantages matrimoniaux ne sont pas réservés aux époux communs en biens. Pour en bénéficier, il suffit aux époux séparés de biens de modifier leur contrat de mariage pour y insérer une société d'acquêts plus ou moins étendue qui pourra, par exemple, être attribuée intégralement au survivant.

**302.-** D'autres fois, cette préoccupation d'assurer la maintenance du conjoint survivant pourra être concurrencée par une volonté de transmettre des biens à d'autres que le conjoint. Plusieurs solutions sont alors concevables. La plus traditionnelle est sans doute la donation en démembrement. Donation de la nue-propriété du bien en cause à un tiers en bénéficiant d'une pression fiscale allégée compte tenu de l'assiette réduite des droits, avec réserve d'usufruit et réversion de cet usufruit sur la tête du conjoint survivant. Seul bémol, le démembrement lie les intérêts parfois divergents de l'usufruitier et du nu-propriétaire. Depuis la loi du 23 juin 2006, deux autres solutions sont offertes au défunt dans la perspective qui nous occupe. Il s'agit des libéralités-partages et des libéralités graduelles et résiduelles.

S'agissant de ces dernières, il faut s'attarder ici sur les libéralités résiduelles qui semblent les plus adaptées en ce qu'elles permettent d'assurer au conjoint, premier gratifié, la libre disposition des biens, au moins à titre onéreux, tout en assurant la transmission du reliquat de ces biens à un second gratifié. Si le disposant souhaite assurer au second gratifié qu'il recevra intégralement les biens transmis au premier, il choisira de consentir une libéralité graduelle. Solution qui n'est d'ailleurs pas incompatible avec le souci de la subsistance du conjoint survivant si le bien est frugifère. Notons au passage que si dans ce dernier cas le premier gratifié est son conjoint et le second gratifié son neveu, l'acte assure mieux la conservation des biens dans la famille que ne le fait l'article 757-3 dans la même configuration. Ajoutons que la fiscalité de ce type de libéralité est avantageuse en raison du fait que le second gratifié est réputé, civilement comme fiscalement, tenir ses droits du disposant et en

raison de l'imputation des droits payés lors de la première mutation sur les droits dus lors de la seconde.

Enfin, s'agissant des libéralités-partages, il convient de rappeler que, depuis 2006, elles ont cessé d'être des partages d'ascendants, c'est-à-dire qu'elles peuvent être réalisées entre tous les présomptifs héritiers du défunt. Une personne sans enfant disposant d'un patrimoine important pourra donc partager sa succession entre son conjoint et ses frères et sœurs, ou entre son conjoint et ses parents. Ainsi, pourra-t-elle facilement éviter le régime de l'indivision. En présence d'un conjoint, elle devra naturellement s'assurer qu'il soit alloti de ses droits réservataires. A part cela aucun impératif d'égalité ne s'impose à lui. On soulignera l'intérêt du testament-partage qui, outre la libre révocabilité, présente l'avantage d'imposer un partage qu'un testament portant une collection de legs d'attribution ne fait que proposer. Là encore, sous réserve des droits réservataires du conjoint dans notre cas.

**303.-** D'autres fois encore, et ne serait-ce que parce que au moins dans le cas de l'article 738-2 le retour légal n'est pas conditionné par la présence d'un conjoint survivant, l'éviction du retour en nature pourra être motivée par tout autre chose : volonté de gratifier un proche qu'il soit héritier ou non, un concubin ou une association en évitant le jeu de l'indivision ; volonté délibérée de priver les collatéraux de droits successoraux au profit d'un tiers présent durant les derniers moments de la vie. Tout cela est parfaitement réalisable notamment au moyen de dispositions testamentaires sous deux réserves et une observation. Première réserve : on ne peut priver son conjoint de ses droits réservataires du quart et de ses droits légaux de maintenance et de subsistance. Seconde réserve : on ne peut pas en principe priver ses parents de leur droit de retour en valeur de l'article 738-2 dernier alinéa. Pour finir, une observation de nature fiscale : les taux prohibitifs des droits d'enregistrement dus en cas de mutation à titre gratuit entre non-parents ou au profit de collatéraux peuvent détourner le donataire défunt des actes à titre gratuit et le conduire à préférer les actes à titre onéreux.<sup>462</sup>

---

<sup>462</sup> Lorsque le bien transmis est une entreprise exploitée sous forme sociale ou individuelle, il convient toutefois de relever que la pression fiscale pourra être considérablement allégée en respectant les conditions du « Pacte Dutreil » de l'article 787 B du CGI.

## **§ 2. L'utilisation des actes à titre onéreux**

**304.-** Il n'est pas certain que l'on trouve dans les actes à titre onéreux la meilleure façon de déroger au retour en nature. Si l'on prend l'exemple simple de la vente, il est à première vue évident qu'elle l'évince. Toutefois, si l'on admet en notre matière le jeu de la subrogation réelle, la solution est moins évidente.<sup>463</sup> Dans ces conditions, le recours au droit des sociétés (A), complété ou non par le recours au mécanisme de la tontine (B), peut paraître efficace pour déroger au retour en nature.

### *A. Le recours au droit des sociétés*

L'apport en société présente assurément beaucoup d'intérêts, tant sur le plan civil que fiscal. Toutefois, dans la perspective de déroger au retour légal, le mécanisme peut s'avérer limité (1). Si l'on veut parvenir à ses fins, il faut attacher une attention toute particulière à la rédaction des statuts de la société en usant des clauses d'agrément ou des clauses de continuation de société. Cependant, là encore, en dépit de ses avantages, le mécanisme n'est peut être pas assez radical (2).

#### *1. Intérêts et limites de l'apport en société*

**305.-** L'apport est une condition de formation de la société. C'est le contrat par lequel l'associé affecte un bien ou un droit à la société en contrepartie de la remise de titres sociaux. L'apport en société est bien un contrat à titre onéreux. Au cas présent, à savoir un défunt décédant sans postérité et laissant pour lui succéder, soit un conjoint et des collatéraux, soit l'ascendant donateur en présence ou non d'autres héritiers, le défunt peut, pour des raisons fort diverses, avoir apporté le bien potentiellement objet du retour légal à une société<sup>464</sup>. Donnons-en quelques exemples.

Le défunt qui avait reçu de ses parents un bien qu'il occupait avant son décès à titre de résidence principale avec un concubin aura sans doute intérêt à apporter ce bien à une société dont le concubin fera partie s'il veut assurer à ce dernier la libre disposition du bien ou à tout le moins l'usufruit du bien sa vie durant. Si l'on admet

---

<sup>463</sup> Sur la question de l'admission de la subrogation réelle en notre matière, V. supra.

<sup>464</sup> Sauf si le bien lui était advenu au moyen d'un acte de disposition entre vif contenant une clause d'interdiction d'aliéner.

le jeu de la subrogation réelle, il en ira de même du défunt comptant remployer le prix de vente d'un tel bien pour en acquérir un autre dans le même but. Au-delà de la technique du démembrement croisé, utilisée en cas d'acquisition, les mérites de la société civile en matière de contrôle sont connus de tous : désignation d'un gérant irrévocable, possibilité de créer des parts à droits de votes multiples...

Il faut imaginer aussi le cas d'un défunt ayant reçu de ses ascendants plusieurs biens de rapport. Comme d'autres, il pourrait être tenté de constituer autant de sociétés civiles soumises sur option irrévocable à l'impôt sur les sociétés qu'il a de biens pour bénéficier du régime fiscal avantageux qui n'impose qu'à 15 % les résultats inférieurs à 38.120 euros par an. Il pourrait alors s'associer avec ses frères et sœurs et son conjoint ou encore un concubin.

Il faut encore penser à un défunt qui aurait reçu dans la succession de ses parents un fonds de commerce et les murs dans lesquels il exploite ce fonds. Il pourrait être judicieux, dans une perspective de développement du fonds, de l'apporter à une société à responsabilité limitée ou une société par action simplifiée.<sup>465</sup> De même, il pourrait apparaître opportun d'apporter l'immeuble à une société civile.<sup>466</sup> On pourrait envisager alors qu'il s'associe avec ses frères et sœurs dans la société civile et avec son conjoint ou concubin dans la société d'exploitation ou inversement.

Dernier exemple: celui des frères et sœurs ayant reçu de leurs parents une société qu'ils ont fait prospérer et qu'ils souhaitent vendre en limitant la taxation des plus-values professionnelles. Si les conditions en sont remplies, ils pourront apporter leurs parts à une société soumise à l'impôt sur les sociétés qui cédera ensuite ces parts en report d'imposition.<sup>467</sup>

---

<sup>465</sup> Au-delà de la limitation de responsabilité des associés au montant de leurs apports, tout le monde connaît les avantages de la S.A.S : très grande liberté statutaire qui permet d'envisager de désigner dans les statuts le successeur du président, absence de capital social minimum, apports en industrie possibles, clauses d'inaliénabilité limitée à 10 ans, droit de vote plural, clause d'agrément...

<sup>466</sup> Là encore, chacun a conscience des avantages de la détention de l'immobilier d'entreprise dans le patrimoine privé via une société civile. Cela assurera un revenu complémentaire à l'heure de la retraite, cela facilitera sans doute la cession du fonds de commerce, cela mettra l'immeuble à l'abri d'une éventuelle procédure collective sous réserve de son extension en cas de confusion des patrimoines. Sur cette question, V. G. Baffoy, « Modes de détention de l'immobilier d'entreprise », RFN, Mai 2009, p. 11 et s.

<sup>467</sup> Mécanisme de l'article 150 O B du C.G.I, dit de « l'apport-cession » qui suppose que l'on n'envisage pas de cesser toute activité puisque les fonds retirés de la cession reviennent à la société créée ad hoc.

**306.-** Dans les quelques illustrations non exhaustives qui ont été proposées, au-delà des avantages juridiques et fiscaux escomptés, peut-on considérer que l'apport en société est un moyen d'empêcher le jeu du retour en nature ?

Une vision très stricte du retour en nature peut valablement conduire à considérer que le bien apporté, par hypothèse en nature, a été aliéné. La société devient, en effet, propriétaire des biens qui lui sont apportés. A certains égards, l'apporteur est d'ailleurs, vis-à-vis de la société, assimilé à un vendeur.<sup>468</sup> En outre, si, l'on trouve dans le patrimoine du défunt des parts sociales représentatives de l'apport, force est de constater que, lorsque le bien apporté était un immeuble, sa représentation sera constituée par des biens d'une autre nature, des biens mobiliers. Voilà une technique assez simple qui, par exemple, pourrait priver, en l'absence de disposition de dernière volonté, les collatéraux de tous droits successoraux alors même que le défunt aura pu conserver sa vie durant la maîtrise du bien via la société et alors que l'on retrouve dans sa succession des droits sociaux qui représentent l'apport pur et simple du bien.<sup>469</sup>

Si, en revanche on admettait que le retour en nature puisse être exercé sur un bien de remplacement en application de la subrogation réelle, il faudrait admettre que l'apport en société, à plus forte raison que la vente qui suppose un emploi exprès, n'empêcherait pas le retour légal de jouer.<sup>470</sup> D'ailleurs, cette transformation des droits qu'implique l'apport en société pourrait être très salutaire au moment de l'exercice du retour. Tout simplement parce qu'il est très commode de partager en nature des droits sociaux. L'écueil de l'indivision et de la licitation serait ainsi écarté.

Si l'on croit à la capacité des uns et des autres à vivre ensemble au sein d'une société, on pourra assurer la stabilité de la gestion. Ainsi, les statuts d'une société civile désigneront le défunt en qualité de gérant irrévocable à vie et pourront lui choisir un remplaçant. On pourra stipuler des droits de votes multiples au profit de tel ou tel selon celui à qui l'on souhaite confier la direction de la société.

Au rebours, si parfaitement conscient de l'incapacité de ses héritiers à être associés en bonne intelligence, le défunt souhaite exclure tel ou tel de la société, en

---

<sup>468</sup> Par exemple, l'article 1843-3 C. civ. dispose que : « *lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur* ».

<sup>469</sup> Notons tout de même que si cette technique peut priver les collatéraux de droits successoraux, elle peut à l'inverse leur octroyer des droits plus importants.

<sup>470</sup> Sur cette question du jeu de la subrogation réelle en la matière, V. supra, p. 164 et s. Subrogation dont il a été dit qu'elle devait être exclue.

fonction de ses objectifs (avantager un tiers, un concubin ou conserver le bien dans le giron de la famille lignage), il aura tout intérêt à prévoir dans les statuts une clause d'agrément ou de continuation.

## *2. Intérêts et limites des clauses de continuation de société*

**307.-** L'intérêt d'insérer une clause d'agrément ou de continuation dans des statuts sociaux est bien connu : il s'agit d'empêcher l'entrée d'intrus dans la société, au fil des mutations entre vifs ou à cause de mort. Ces clauses sont prévues par la loi dans presque tous les types de société.<sup>471</sup> Elles peuvent prévoir que la société continuera avec les seuls associés survivants ; elles peuvent aussi prévoir que la société continuera avec les héritiers du défunt s'ils sont agréés par la société ; elles peuvent enfin prévoir que la société continuera au profit de tel ou tel héritier désigné dans les statuts ou désigné par testament.

**308.-** Ainsi, dans l'hypothèse d'un défunt décédant dans les conditions de l'article 757-3, en laissant, entre autres choses, des parts d'une société constituée avec ses frères et sœurs, société dont les statuts prévoient la continuation de la société au profit des seuls associés survivants, le conjoint se voit privé de tous droits extrapatrimoniaux sur les parts. Le conjoint ne viendra pas s'immiscer dans la société. En revanche, il aura droit à la valeur des parts. Concrètement, il faudra, selon les cas, que la société ou la tierce personne désignée rachète les parts du défunt dont la valeur est fixée selon des méthodes d'ordre public.

**309.-** Si, maintenant, dans le même schéma, les statuts prévoient la continuation de la société au profit du conjoint ou s'ils prévoient la continuation au profit d'un tiers désigné, peut-on admettre que les collatéraux exercent leur droit de retour de l'article 757-3 ? La question se pose d'ailleurs que le défunt ait apporté à une société un bien transmis par ses parents ou qu'il ait reçu directement de ses ascendants des droits sociaux.

---

<sup>471</sup> Art. L 227-14 C. com. pour la SAS, art. L 223-13 C. com. pour la SARL, art. L 221-15 C. com. pour la SNC, art. 1870 pour les sociétés civiles, art. L228-23 C. com. pour les clauses d'agrément dans les SA mais leur exclusion en cas de succession notamment.

Il est acquis que les clauses de continuation de société sont des exceptions légales au principe de la prohibition des pactes sur succession future en ce que, par ces clauses, le défunt aliène sa liberté testamentaire relativement aux parts sociales qui lui appartiennent. Cependant, si ces clauses ont pour objet d'écartier un héritier indésirable de la société, elles ne le privent pas, en principe, de la valeur patrimoniale des droits sociaux. Pour reprendre une distinction connue du droit des régimes matrimoniaux, le défunt organise, par ce genre de clauses, la dévolution du titre d'associé, mais pas celle de la finance. Ainsi, ne sera comprise dans la succession du défunt que la valeur des droits sociaux. En nature, en quelque sorte, le défunt aura disposé des parts sociales. Le conjoint, en tant qu'héritier légal à titre universel, aura incontestablement droit à cette valeur, nous l'avons dit. Mais les collatéraux privilégiés dans le cadre de l'article 757-3, eux, ne peuvent exercer leur droit successoral de retour que si le bien, c'est-à-dire les parts sociales initialement données au défunt ou à la limite les parts sociales subrogées au bien apporté par le défunt, se retrouve en nature dans la succession. Il ne leur est pas possible d'exercer leur droit de retour sur une valeur représentative. Naturellement, la question est moins essentielle dans le cadre de l'article 738-2 qui autorise dans tous les cas le retour en valeur.

Les collatéraux pourraient toutefois trouver leur salut dans l'analyse de la nature juridique du droit à la valeur des parts. Particulièrement, lorsque la société continue au profit d'un non-héritier, déjà associé ou non, ce tiers doit financer le rachat des parts, de sorte que l'on trouve dans la succession une contrepartie financière à ce que l'on pourrait qualifier de cession de parts conditionnelle.<sup>472</sup> Et alors, il ne serait pas plus difficile d'admettre le jeu du retour légal sur le prix de cession que de l'admettre, en vertu de la subrogation réelle, sur le prix de vente d'un bien.

Un obstacle s'y oppose toutefois. Nous avons dit précédemment qu'il était nécessaire, pour envisager le jeu de la subrogation réelle, que le bien aliéné soit remplacé par un bien identifiable dans le patrimoine du défunt. Nous avons exclu immédiatement que le retour en nature de l'article 757-3 puisse s'exercer sur le prix

---

<sup>472</sup> V. P. Catala, « Le sort des parts sociales au décès de l'associé », in Mélanges H. Cabrillac, p. 59 et s. L'auteur y analyse cette reprise soit comme une cession lorsque la société se poursuit au profit de plusieurs associés survivants, soit comme un partage lorsque, suite au décès, il ne reste plus qu'un héritier survivant. En tout les cas, il s'agit d'un acte à titre onéreux. Aujourd'hui, il semble qu'il s'agisse davantage d'une cession étant donné que la réunion des parts sociales en une seule main n'entraîne plus automatiquement dissolution de la société.

de vente d'un bien non réinvesti.<sup>473</sup> Toutefois, la cession étant conditionnée au prédécès du défunt, le prix de cession n'est dû qu'après la réalisation de la condition, donc après le décès. Dans ce cas, en dépit de la fongibilité de l'argent, il serait sans doute plus aisé de soutenir que le prix de cession est individualisable parce que, par exemple, versé chez le notaire. Et les collatéraux pourraient alors chercher à exercer leur droit de retour dessus. Mais, ici aussi, une telle prétention ne résiste pas devant l'argument de texte qui impose exclusivement le retour légal en nature.

**310.-** Au total, la clause de continuation de la société présente deux inconvénients au cas particulier : d'abord, comme il a été vu en dernier lieu, elle pourrait ne pas exclure efficacement le retour légal et ouvrir la voie à d'éventuels procès ; ensuite, elle oblige l'associé que l'on a entendu, sinon avantager, du moins protéger, à financer le rachat des parts du défunt ce qui peut être très coûteux. Pour palier ces deux inconvénients, reste une solution plus radicale, celle de la clause de tontine.

#### *B. Le recours complémentaire à la clause de tontine*

**311.-** On envisage ici la clause de tontine, aussi appelée clause d'accroissement, comme une solution complémentaire, c'est-à-dire insérée dans les statuts d'une société. Par elle-même, la clause de tontine pourrait être une solution intéressante en matière d'acquisition en commun si l'article 754 A du CGI ne soumettait pas une telle opération aux droits de mutation à titre gratuit.

Traditionnellement insérée dans les actes portant acquisition immobilière en commun, la clause de tontine est la clause en vertu de laquelle chaque acquéreur acquiert l'ensemble d'un bien sous condition suspensive de sa survie et sous condition résolutoire de son prédécès.<sup>474</sup> Elle s'analyse en un contrat aléatoire à titre onéreux : chacun ayant une chance de devenir propriétaire du bien et chacun

---

<sup>473</sup> V. supra, p. 167.

<sup>474</sup> Cette formule est la dernière évolution de l'analyse classique de la clause de tontine. Des formules plus anciennes indiquaient que chacun était propriétaire de sa part (indivise) sous condition suspensive de sa survie et propriétaire de la part de l'autre sous condition résolutoire de son prédécès. Cependant il est vrai que l'indivision s'accommode mal de l'effet rétroactif des conditions que l'on juge primordial pour lutter contre la prohibition des pactes sur succession future sous le coup de laquelle, depuis un arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 janvier 1928 (D. 1928, I, 157), les clauses de tontines tomberaient sans cela. Toutefois, la Cour de cassation reconnaît qu'il existe « *pendente conditione* » une indivision en jouissance. Par ailleurs, hors du champ de l'article 754 A du C.G.I, le droit fiscal soumet l'exécution de la tontine aux droits de mutation à titre onéreux sur la « part » transmise au décès. Qui dit part, dit indivision...

supportant le risque de tout perdre. Cette clause a connu un regain d'intérêt lorsqu'elle est insérée dans les statuts d'une société. Dans un tel cas, la clause présente de nombreux avantages.

D'abord la constitution de la pleine propriété privative sur la tête du ou des survivants échappe aux droits de mutation à titre gratuit de l'article 754 A qui ne s'applique que dans l'hypothèse d'un contrat d'acquisition en commun. Ensuite, la clause de tontine évite aux associés survivants, à la différence de la clause de continuation, de financer le rachat des parts du défunt. Pour être complet, rappelons que la jurisprudence a dégagé toutes les conséquences du régime de la tontine en se fondant tantôt sur le mécanisme conditionnel, tantôt sur l'aléa. Ces conséquences, toutes radicales, peuvent apparaître comme des avantages ou des inconvénients. Notamment, l'acte étant à titre onéreux, il échappe aux sanctions des actes à titre gratuit : rapport et réduction.<sup>475</sup> A condition d'être correctement rédigée, la clause échappe à la prohibition des pactes sur succession future.<sup>476</sup> Mieux, l'indétermination des droits des acquéreurs « pendente conditione » implique l'insaisissabilité des droits qui ne sont pas privatifs.<sup>477</sup>

**312.-** Au cas particulier, le défunt qui souhaite exclure son conjoint de la société qu'il a constituée avec ses frères et sœurs en y apportant des biens d'origine familiale, ou exclure son conjoint et ses frères et sœurs de la même société constituée avec un tiers ou encore le défunt qui n'entend pas que son père donateur d'un fonds de commerce puisse intervenir en cas de décès dans la vie de la société qu'il a développée en apportant le fonds initialement donné, pourra trouver dans la clause de tontine un remède idéal.<sup>478</sup> En effet, en raison de la rétroactivité des conditions, le ou les survivants sont réputés être propriétaires ab initio des parts du défunt. Les parts en

---

<sup>475</sup> V. Cass. civ. 26 avril 1854 : DP. 1854, 1, p. 264. Cela suppose évidemment que l'acte soit bien à titre onéreux, c'est-à-dire qu'il faut que l'aléa existe. Pour cela, il est conseillé de respecter un équilibre dans les apports et dans l'espérance de vie des cocontractants. Pour un exemple, V. T.G.I de Villefranche-Sur-Saône 10 novembre 1989 : D. 1991. 7, note D. Martin ; ou T.G.I d'Aix-en-Provence, 12 juin 1986 et C.A d'Aix-en-Provence, 13 décembre 1988 : Defrénois 1990, art. 34666, note G. Morin. Certains parlent même d'un équilibre entre les apports et l'espérance de vie en ce sens qu'une espérance de vie différente autoriserait des apports différents. V. H. Lemaire et J. Iefebvre, « Tontine et société : l'alliance contre nature ? », JCPN du 4 février 2011, 1055, spéc. n°9.

<sup>476</sup> Cass. civ. 3 février 1959 : D. 1960, p. 592 ; JCP 1960, II, 11823 et Cass. Ch. mixte, 27 novembre 1970 : D. 1971, p. 81, concl. R. Lindon ; Defrénois 1971, art. 29786, concl. R. Lindon et note G. Morin ; JCP 1971, II, 16823, note H. Blin.

<sup>477</sup> V. les deux arrêts cités à la note précédente ainsi que : Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 novembre 1997, JCPN 1998, n° 42, p. 1502.

<sup>478</sup> Malgré tous ses avantages, la clause de tontine se voit reprochée généralement l'irrévocabilité qui s'attache à sa nature contractuelle. En dehors du « mutuis dissensus », il est sans doute possible d'insérer dans les statuts sociaux des clauses d'impasse ou de retrait. Pour des exemples de clauses dans les sociétés civiles, V. G. Baffoy, « Le fonctionnement de la société civile de famille », Revue Trimestrielle Lexis Nexis Jurisclasseur, Juillet-août-septembre 2008, p. 19. Une autre solution consisterait à prévoir une société à durée relativement courte, V. J.-G. Raffray, JCPN 1996, n° 10, I, p. 375.

question ne figurent pas dans la succession et aucune contrepartie n'est due aux héritiers. Le retour en nature ne trouvera donc pas à s'appliquer.

**313.-** Reste un point important qu'il convient de régler dans les statuts : que devient la société lorsqu'il ne demeure plus qu'un tontinier survivant ? Aucun problème désormais lorsque la société en cause est une S.A.R.L ou une S.A.S. Ces deux formes de société peuvent être constituées par un seul associé. Mais si la tontine est insérée dans les statuts d'une société civile, l'effet rétroactif des conditions revient à considérer que la société a été constituée ab initio avec un seul associé. Or, une telle société encourt la nullité sur le fondement de l'article 1844-10 du Code civil.<sup>479</sup>

Deux solutions sont envisageables afin de parer à cette difficulté, à tout le moins dans des statuts reçus en la forme authentique, dont le notaire doit déontologiquement assurer l'efficacité et la validité.

La première solution consiste à faire souscrire aux associés la quasi-totalité des parts sociales en tontine mais à leur faire souscrire une part chacun en numéraire hors tontine. Ainsi, au décès du premier associé, l'autre sera propriétaire de toutes les parts moins une. Pour cette dernière part, on peut prévoir une clause d'agrément ou de continuation. Ainsi, en cas de refus d'agrément, l'associé survivant versera aux héritiers l'équivalent d'une seule part sociale et la société deviendra unipersonnelle par la réunion en une seule main de tous les droits sociaux. Là, la sanction n'est plus la nullité, ni même la dissolution de plein droit et les possibilités de régularisation sont largement ouvertes en cas de demande en dissolution par tout intéressé aux termes de l'article 1844-5 du Code civil.

La seconde solution consisterait à fondre la tontine dans le moule d'une clause de continuation de société. Autrement dit, il s'agirait de prévoir une clause de continuation sans indemnisation au profit des héritiers ou, ce qui revient au même, une clause de tontine sans effet rétroactif. Cette stipulation est sans doute licite à un double titre. Du côté de la clause de continuation, certains considèrent que l'ordre public ne concerne que les modalités de l'indemnisation et non son principe.<sup>480</sup> Du

---

<sup>479</sup> Sanction assez théorique au demeurant puisqu'il faudra qu'une personne ayant intérêt à agir invoque la nullité, que la prescription triennale ne soit pas acquise et puisqu'il est largement permis de couvrir les nullités en la matière.

<sup>480</sup> V. B-H Dumortier, « Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future » RTD civ. 1987, p. 653, spéc. n° 48 et la note n° 93.

côté de l'effet rétroactif des conditions dans la tontine, il est certain que la rétroactivité n'est que supplétive.<sup>481</sup> Une telle clause ne risquerait d'ailleurs pas de tomber sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future pour deux raisons : d'abord parce qu'elle se coulerait dans le moule d'une clause statutaire de continuation de société, laquelle constitue une exception légale à ladite prohibition. Ensuite parce que, même débarrassé de son effet rétroactif, un droit conditionnel se distingue d'un droit simplement éventuel qui est le critère du pacte prohibé sur une succession future.<sup>482</sup>

**314.-** Quoi qu'il en soit, il a été constaté que l'insertion d'une clause de tontine dans des statuts sociaux pouvait être un moyen efficace de déroger au retour en nature et à lui seul. En effet, une clause de tontine ne paraît pas pouvoir s'opposer au retour en valeur de l'article 738-2, alinéa 3. C'est évident lorsque l'on prive la tontine de son effet rétroactif puisqu'alors on n'efface pas fictivement l'appropriation privative des biens par le défunt jusqu'à sa mort. Notre opinion est que c'est aussi évident lorsque la tontine est dotée d'un tel effet.

Dans la première hypothèse, celle de la tontine amputée de son effet rétroactif, le défunt a disposé, sa vie durant, de biens qu'il avait reçus à titre gratuit de ses ascendants ou de biens subrogés à ceux-ci, puis il en a disposé à cause de mort. Le retour en valeur s'impose dans ce cas.

Dans la seconde hypothèse, celle de la tontine déployant son effet rétroactif traditionnel, toute la question est celle de l'opposabilité de l'effet rétroactif. A propos des clauses d'accroissement insérées dans des contrats d'acquisition immobilière en commun, la doctrine considérait que la double condition attachée à la clause n'était stipulée qu'entre acquéreurs et ne regardait pas le vendeur.<sup>483</sup> En sorte qu'il n'y a pas vente au survivant mais vente aux coacquéreurs, libres d'organiser ensuite le transfert de leurs droits.<sup>484</sup> Dans l'hypothèse qui était la nôtre d'un défunt ayant, par le passé, apporté à une société un bien reçu de ses parents à titre gratuit, il en résulte que la rétroactivité ne frappe que l'apport. Autrement dit, le survivant est censé avoir été

---

<sup>481</sup> V. notamment F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil Les obligations » Précis Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd. n° 1236. Aussi, B-H Dumortier, « Contre la rétroactivité de la clause de tontine insérée dans les statuts d'une société », JCP 1995, I, 3857.

<sup>482</sup> Sur les différents autres moyens d'éviter la prohibition des pactes sur succession en la matière, V. l'intéressante étude de B-H Dumortier, précitée à la note précédente, où il vient à considérer que la clause pourrait s'analyser en une cession de droit indivis équipollente à un partage, donc dotée d'un effet déclaratif.

<sup>483</sup> V. notamment : Dagot, JCP, 1972, I, 2442, n° 9 et Mazeaud, Defrénois, 1961, art. 28080, n° 4.

<sup>484</sup> V. Durand, Revue Critique de législation et de jurisprudence, 1934. 316, n° 19.

propriétaire des parts dès la constitution de la société et le prédécédé est réputé ne jamais avoir été propriétaire des parts sociales mais uniquement des parts sociales et non des biens apportés. Il ne faudrait pas, semble-t-il, étendre la rétroactivité à la période et aux actes antérieurs à la conclusion du contrat portant pacte tontinier.<sup>485</sup> Cette idée est d'ailleurs logique de deux points de vue. Du côté du défunt, il ne fait pas de doute qu'il a été propriétaire du bien apporté avant l'apport. Du côté du donateur initial, il ne fait pas de doute non plus, dans notre hypothèse, qu'il n'a entendu gratifier que le donataire défunt, lequel a, par la suite, voulu priver son auteur du droit de retour en nature que la loi lui offre. La donation n'était pas ici une donation avec charge d'apporter le bien donné à une société dont les statuts doivent contenir une clause de tontine ou encore une double donation conditionnelle.<sup>486</sup> Ceci, associé au caractère voulu d'ordre public du retour en valeur de l'article 738-2, confirme que l'insertion d'une clause de tontine dans un contrat de société à l'initiative du donataire défunt ne permet de déroger qu'au droit de retour légal en nature.

Il convient donc de rechercher, à présent, les moyens de l'éviction du retour légal en valeur dans le cadre de l'article 738-2.

## ***Section 2. L'éviction du retour en valeur***

**315.-** D'emblée, on perçoit que la dérogation au retour légal en valeur sera moins aisée que la dérogation au retour en nature puisque c'est dans ce mode d'exercice en valeur que se manifeste le caractère d'ordre public du droit. Or, le propre d'un droit d'ordre public est précisément de ne pas pouvoir être écarté par les individus dans leurs conventions ou leurs comportements.

Malgré tout, force est de constater que les règles d'ordre public ne sont pas à l'abri du besoin irrépressible des sujets de droit d'enfreindre la règle. La preuve en est qu'il existe de multiples façons de déroger à la réserve héréditaire, source pourtant la plus perceptible de l'ordre public successoral.<sup>487</sup>

---

<sup>485</sup> La solution doit, selon nous, être la même lorsque le défunt a reçu initialement des parts sociales et a voté par la suite la modification des statuts pour y adjoindre une clause de tontine.

<sup>486</sup> Sur ces deux points V. le chapitre suivant.

<sup>487</sup> Sur ces différents moyens, V. P. Cénac et C. Peyroux, « La mort de la réserve héréditaire ? » JCPN du 4 mars 2011, 1092, n° 6 à 17 ; 100<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, 2004, p. 843 et s.

Il n'est donc peut-être pas insurmontable de déroger au retour en valeur. Mais, eu égard au champ d'application du texte, il est sans doute plus compliqué d'y déroger qu'à la réserve, elle-même. En effet, le droit à réserve, qu'il s'exerce en nature ou en valeur, ne tend qu'à protéger les héritiers réservataires contre les libéralités antifamiliales du défunt. Pour y déroger complètement, il suffit de contourner, hors de toute fraude, la qualification de libéralité, en évitant ce qui la caractérise : une intention libérale et un appauvrissement irrévocable du disposant répondant à un enrichissement du gratifié. Le retour en valeur, lui, entend s'appliquer toutes les fois que le défunt aura disposé du bien qui lui avait été initialement donné, que ce soit à titre gratuit ou onéreux. La seule faille du retour en valeur dans laquelle on peut s'immiscer est la limite légale à son exercice : il ne peut s'exercer que dans la limite de l'actif successoral. La seule solution pour l'empêcher est de réduire à néant cet actif. En ce sens, un seul moyen est radical : la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant (§1). D'autres solutions moins efficaces peuvent toutefois se concevoir comme la combinaison de l'assurance-vie avec d'autres moyens (§2).

### **§ 1. La communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant : un moyen radical**

**316.-** Ce moyen radical constitue un avantage matrimonial, c'est-à-dire un avantage procuré à un époux par son régime matrimonial conventionnel par rapport au régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts. Traditionnellement, les avantages matrimoniaux se distinguent des libéralités.<sup>488</sup> C'est pour cette raison qu'ils ne sont pas réductibles pour atteinte à la réserve<sup>489</sup>, pas imputables sur les droits successoraux ab intestat du conjoint et pas soumis aux droits de mutation par décès. Mais ce n'est pas la nature de l'avantage matrimonial qui commande l'éviction du retour légal en valeur, ce sont ses effets.

A mieux y regarder la communauté universelle assortie d'une clause d'attribution intégrale au survivant combine deux avantages matrimoniaux. L'un,

---

<sup>488</sup> V. l'art. 1527 alinéa 1<sup>er</sup> C. civ. qui dispose que de tels avantages « ne sont point regardés comme des donations » et l'art. 1525 alinéa 1<sup>er</sup> C. civ. qui dispose que ce ne sont que « des conventions de mariage et entre associés ». Sur l'analyse de la nature des avantages matrimoniaux, V. notamment, J. Flour et G. Champenois, Les régimes matrimoniaux, 2<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 718 et s.

<sup>489</sup> Sauf par le mécanisme de l'action en retranchement en présence d'enfants qui ne seraient pas issus des deux époux.

relatif à la composition de la masse commune, la communauté universelle, par laquelle tous les biens des époux, meubles ou immeubles, présents ou à venir, tombent en communauté ; l'autre, relatif au partage de la communauté, l'attribution intégrale de tous les biens des époux au survivant. C'est la combinaison de ces deux avantages qui permet au survivant de recueillir, au titre du régime matrimonial et non à titre successoral, l'ensemble des biens du ménage. A ce titre, le conjoint survivant ne bute pas contre l'ordre public successoral.<sup>490</sup>

**317.-** Prenons un exemple pour illustrer l'effet radical de ces avantages matrimoniaux en notre matière.

Imaginons un défunt laissant pour lui succéder son père qui lui avait donné quelque temps auparavant une résidence secondaire qui n'a pas été aliénée et son conjoint avec lequel il venait d'adopter le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale.

Si l'on décompose le raisonnement, tous les biens qui auraient fait partie de la succession du défunt sous le régime légal sont transmis au conjoint survivant. C'est précisément l'avantage recherché pour des raisons qui, naguère, étaient souvent plus fiscales que civiles. On doit en déduire que, ne pouvant l'exercer en nature, le père dispose de son droit de retour en valeur qu'il peut exercer dans la limite de l'actif successoral. Le problème est alors que l'actif successoral est réduit, au cas particulier, à néant. Il semble d'ailleurs que le recours à l'analyse du retour en valeur comme un droit de créance n'y change rien puisque cette créance de retour en valeur est exclusivement un passif successoral et non un passif de communauté. Notons que l'exemple portait sur une résidence secondaire. Mais l'intérêt de la clause est supérieur lorsque le bien initialement donné constitue la résidence principale des époux.

**318.-** Deux limites viendront conclure notre propos sur ce moyen de dérogation particulièrement efficace. La première limite va sans dire : ce procédé n'est ouvert qu'aux personnes mariées. Il n'est donc envisageable que si le défunt

---

<sup>490</sup> L'expression est reprise du Professeur Grimaldi, « L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », JCP N 1999, p. 1083.

décédé sans enfant laisse pour lui succéder, outre son ascendant donateur, son conjoint.

La seconde limite est inhérente au mécanisme. Elle est formulée par l'article 1525 deuxième alinéa selon lequel la clause d'attribution intégrale « *n'empêche pas les héritiers du conjoint prédécédé de faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur* ». Il faut préciser que les apports repris par les héritiers font partie de la succession du défunt.<sup>491</sup> Or, face à un avantage matrimonial de ce type, l'ascendant donateur, qui n'a pas été exhérité, est un héritier qui doit pouvoir exercer le droit de reprise des apports. Voilà pourquoi, celui qui veut assurer le plein effet de l'avantage matrimonial face au retour légal, aura intérêt à stipuler, comme le prévoit l'article 1525, la clause contraire. C'est-à-dire la clause selon laquelle l'attribution intégrale s'appliquera à tous les biens sans exception et donc, apports compris.

Enfin, deux observations s'imposent : premièrement, il n'est pas douteux que, souvent, la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale sera stipulée dans le but de protéger le survivant plus que dans celui de nuire à l'ascendant donateur. Secondement, si l'ascendant donateur craint qu'on ne le prive de son droit de retour légal par ce moyen, il lui est loisible de stipuler dans la donation faite à son descendant une clause d'exclusion de communauté.

Après avoir évoqué ce procédé radical d'éviction du retour légal en valeur, il est temps de rechercher s'il en existe d'autres.

## **§ 2. L'assurance-vie combinée à d'autres moyens : une efficacité relative**

**319.-** Dans un premier temps il conviendra de rappeler brièvement que l'assurance-vie est devenue un moyen de contourner l'ordre public successoral. Ensuite, il faudra se demander dans quelle mesure ce moyen est efficace face au droit de retour légal en valeur. L'assurance-vie face au droit des successions (A) et l'assurance-vie face au retour légal en valeur (B), tels sont les deux points qui seront abordés ci-après.

---

<sup>491</sup> V. J. Flour et G. Champenois, précité, n° 714, spécialement note 4 et 5.

### A. L'assurance-vie face au droit des successions

**320.-** De nos jours, on ne peut ignorer l'importance patrimoniale prise par l'assurance-vie. A telle enseigne que ce qui était à l'origine un contrat de prévoyance est devenu le « placement préféré des français ».<sup>492</sup>

Deux textes du code des assurances traitent des rapports de l'assurance-vie et du droit des successions. L'article L 132-12 prévoit qu'au décès de l'assuré, le capital versé au bénéficiaire ne fait pas partie de sa succession. L'article L 132-13 ajoute que ce capital n'est soumis, ni aux règles du rapport à succession, ni aux règles de réduction pour atteinte à la réserve. Ces deux textes se comprennent parfaitement au regard des contrats d'assurance-vie dits classiques, comme l'assurance temporaire décès, à l'occasion desquels, le souscripteur verse des primes, souvent sans commune mesure avec le capital assuré. L'exclusion du capital de la succession s'explique alors par le mécanisme juridique de la stipulation pour autrui qui implique qu'il n'ait jamais transité par le patrimoine du défunt assuré. L'exclusion du rapport ou de la réduction des primes se comprend aussi puisque, depuis la loi de 1971, le rapport comme la réduction impose de tenir compte du profit subsistant au décès, c'est-à-dire, au cas particulier, du capital versé dont on a dit qu'il était exclu de la succession. Enfin et surtout, l'assurance-décès est une opération de prévoyance totalement étrangère à toute idée de libéralité.

**321.-** Ces dernières décennies, l'assurance-vie s'est surtout développée comme produit d'épargne. Ce sont, entre autres, les contrats d'assurance-vie contre-assurés. Dans ces contrats, le capital versé au bénéficiaire correspond au montant des primes versées par le souscripteur, augmenté du produit de la capitalisation et diminué des frais de gestion. Compte tenu de la différence fondamentale entre ces deux grandes catégories d'assurance-vie, la question s'est posée, tant en jurisprudence qu'en doctrine de savoir si les deux textes rappelés précédemment avaient vocation à s'appliquer quel que soit le type de contrat. Si la question s'est posée, c'est que

---

<sup>492</sup> Il ressort d'une étude du Conseil des Prélèvements Obligatoires, en date de mars 2009, relative au patrimoine des ménages, qu'entre 1997 et 2007, la part de l'assurance-vie dans les actifs financiers des ménages n'a cessé de croître. Notons au passage que cette épargne joue un rôle non négligeable dans le financement de la dette publique nationale et étrangère ce qui explique le léger recul de ce placement ces derniers mois... Par ailleurs, il résulte d'une étude de l'INSEE intitulée « L'assurance-vie en 2010 », publiée dans INSEE PREMIERE n° 1361 que, début 2010, 62 % des ménages résidant en France métropolitaine détiennent de l'assurance-vie. Plus exactement, l'étude révèle que 41 % de ces ménages détiennent des contrats de capitalisation en 2010, contre 34,5 % en 2004.

l'application de ces textes aux contrats de capitalisation est un moyen de diminuer les droits des héritiers réservataires<sup>493</sup> comme les droits de l'administration fiscale<sup>494</sup> ou encore, plus récemment, les droits des créanciers en récupération d'aides sociales.<sup>495</sup>

Une solution eût été de requalifier ces contrats d'assurances en contrat de capitalisation, soumis intégralement au droit des successions, puisque la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que le régime de l'assurance-vie ne s'appliquait pas à ce type de contrat.<sup>496</sup>

Une autre solution eût été de dénier à ces contrats la qualification d'assurance-vie en soutenant qu'un élément essentiel leur faisait défaut : l'aléa. Ces contrats ne peuvent être aléatoires étant donné que l'assureur n'a aucune chance de gain : dans tous les cas il devra verser le capital, soit au souscripteur s'il est encore vivant, soit au bénéficiaire. Nous savons le sort que la Cour de cassation a réservé à cet argument. Elle affirma que « *le contrat d'assurance-vie dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens de l'article 1964 du Code civil [...] et constitue un contrat d'assurance sur la vie* ». <sup>497</sup>

**322.-** En définitive, il ne reste plus que deux manières de lutter contre les effets de l'assurance-vie, dont la première était appliquée par les arrêts de 2004 : soit l'héritier floué demande la réduction ou le rapport des primes manifestement exagérées comme le prévoit l'article L 132-13 du code des assurances, soit il demande la requalification du contrat en donation indirecte et c'est tout le capital qui sera réintégré dans le giron de la succession.<sup>498</sup> Pour terminer, trois remarques communes à ces deux solutions :

Primo, selon le moyen retenu, le résultat ne sera pas fondamentalement différent. Si les primes sont jugées manifestement excessives, c'est l'ensemble des

---

<sup>493</sup> V. notamment, les trois premiers arrêts rendus par une chambre mixte de la Cour de cassation le 23 novembre 2004 (pour les références de ces arrêts, V. Bibliographie, p. 364) ; ou encore, Cass. civ. 12 mars 2009. A ce sujet, le Président du Conseil supérieur du Notariat, a écrit à l'occasion de sa consultation par la Cour de cassation, que « *l'assurance-vie a parfois pour résultat de déshériter les proches du souscripteur en contrariété avec le respect de l'ordre public successoral, notamment la réserve héréditaire, générant un contentieux abondant et croissant* ». (Note du 30 juin 2003 dans le cadre de l'*amicus curiae* ayant précédé les arrêts de novembre 2004.).

<sup>494</sup> Par exemple, Cass. Ch. mixte 21 décembre 2007. Pour les références de ces arrêts, V. Bibliographie, p. 364.

<sup>495</sup> Par exemple, C.E, 19 novembre 2004 : Defrénois 2006, art. 38306, note Fr. Sauvage.

<sup>496</sup> Arrêt Leroux, Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 juillet 2000. Cependant, la portée de l'arrêt est à relativiser car la question posée à la Cour de cassation n'était pas de savoir si des contrats d'assurance-vie de capitalisation étaient des contrats de capitalisation.

<sup>497</sup> Ce n'est pas ici le lieu de reprendre les nombreuses critiques qui se sont élevées contre ces décisions. Il faut considérer que cet argument trop général de la requalification en contrat de capitalisation pour défaut d'aléa ne peut pas prospérer devant la Cour de cassation. Ce d'autant plus que ces décisions ont été précédées d'un « *amicus curiae* » encourageant le statu quo en la matière.

<sup>498</sup> Cass. Ch. mixte 21 décembre 2007, précité et Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 23 octobre 2008 n° de pourvoi 07-19550.

primes qui sera réduit. Si le contrat est requalifié en donation indirecte, c'est le capital versé qui sera réduit. Mais, comme dans ces contrats de capitalisation, l'essentiel du capital est constitué par les primes versées, les deux solutions se valent à peu près.

Secundo, il est possible de remarquer une convergence entre le critère de l'excès manifeste et celui de la disqualification en donation indirecte.<sup>499</sup> Nous savons que l'excès manifeste par rapport aux facultés du souscripteur s'apprécie au moment du versement, en tenant compte de différents éléments dont le patrimoine et les revenus du souscripteur. Nous savons aussi qu'un dernier élément qui recoupe d'ailleurs les autres est très important : l'utilité de la souscription au regard de l'âge, de la situation de famille et de l'état de santé du défunt ou encore de la faculté de rachat. Par ailleurs, lorsque la Cour de cassation a requalifié des contrats d'assurances-vie en donations indirectes, elle a caractérisé l'absence d'aléa et le dépouillement irrévocable en se basant sur la connaissance par le souscripteur de sa maladie à la date de la souscription, sur la substitution de bénéficiaire quelques jours avant le décès et sur l'importance des primes. Mais là aussi, on retrouve, notamment dans la jurisprudence de la deuxième chambre civile, l'élément de l'utilité. Lorsqu'il n'y a pas de doute sur le bénéficiaire du capital au moment de la souscription, lorsqu'il n'y a pas d'aléa, le pseudo-placement ne présente aucune utilité pour le souscripteur et constitue donc une libéralité.<sup>500</sup>

Tertio, il est certain que ces moyens de défense sont, l'un comme l'autre, des solutions à la marge qui trouveront à s'appliquer dans des cas exceptionnels. On en veut pour preuve le peu de jurisprudence ayant admis l'excès manifeste des primes versées.<sup>501</sup> A ce sujet, il est intéressant de noter que la Cour de cassation a admis récemment qu'un souscripteur puisse inclure dans sa succession le bénéfice du contrat d'assurance-vie.<sup>502</sup> Voilà donc une troisième façon à la disposition du défunt

---

<sup>499</sup> Convergence ou confusion, c'est selon. V. G. Hublot, « Confusion entre primes manifestement exagérées et requalification en donation. A propos de Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 12 mars 2009 » JCPN n° 43, 23 octobre 2009, 1297.

<sup>500</sup> Pour une application (existence d'un aléa en l'occurrence), V. Cass ; 2<sup>ème</sup> civ. 22 octobre 2009, n° de pourvoi 08-17793.

<sup>501</sup> Par exemple, V. Cass ; 1<sup>ère</sup> civ 17 juin 2009 (absence de caractère manifestement excessif pour un montant total de primes de près de deux millions d'euros représentant la moitié des revenus du défunt à la période des versements) ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 4 juillet 2007 (prime de 228.000 euros non exagérée par rapport à un patrimoine de 313.000 euros). Contr. 1<sup>ère</sup> civ. 31 octobre 2007 (Prime d'environ 9000 euros sur presque deux ans alors que le souscripteur défunt ne disposait que d'une somme nette mensuelle de 640 euros par mois pour vivre : exagération manifeste).

<sup>502</sup> V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 juill. 2010: RTD civ. 2011, p. 167, chron. Grimaldi; AJ fam. 2010 445, obs. Bicheron.

pour soumettre un contrat d'assurance-vie aux règles du droit des successions ou un autre moyen pour les héritiers de lutter contre les effets de l'assurance-vie.<sup>503</sup>

Au bénéfice de ces quelques rappels, voyons comment résiste le retour légal en valeur face à ce formidable outil de transmission qu'est devenue l'assurance-vie.

### *B. L'assurance-vie face au retour légal en valeur*

D'abord, il faudra exposer le mécanisme relativement efficace permettant d'opposer l'assurance-vie au retour légal en valeur (1). Ensuite, il faudra envisager les limites, certes faibles, de ce mécanisme peu critiquable (2).

#### *1. Un mécanisme relativement efficace*

**323.-** Souvent, dans la composition d'un patrimoine, l'assurance-vie constitue une part importante des actifs financiers, derrière les actifs immobiliers, c'est-à-dire essentiellement la résidence principale. Dans tous les cas, il n'est pas pensable qu'une personne détienne son patrimoine uniquement via l'assurance-vie. Il n'est donc pas imaginable d'évincer le retour légal en utilisant ce seul moyen qui a l'avantage d'être étranger à la succession. Toutefois, on peut penser à le combiner à d'autres moyens pour parvenir à déroger presque totalement au retour légal en valeur.<sup>504</sup>

Un exemple simple permettra de le démontrer. Supposons qu'un défunt décède en laissant son père qui lui avait donné une maison constituant, au jour du décès, sa résidence principale, et un concubin. Le défunt qui aura donné la nue-propriété de la maison à son concubin, en plaçant une grande partie de ses économies en assurance-vie au profit de ce même concubin, aura privé son père de l'exercice efficace du retour légal en valeur. Le père pourra sans doute se prévaloir de son droit de retour légal en valeur qui s'imputera sur ses droits légaux dont il n'a pas été privé directement. Mais on peut penser que l'actif successoral sur lequel il exercera ses droits sera très faible comparé à la valeur du contrat d'assurance-vie et à celle de la maison.

---

<sup>503</sup> La volonté du défunt doit être expresse et certaine. Par comparaison, V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 mai 2009, Bull. civ. I, n° 105.

<sup>504</sup> Presque totalement, puisqu'il n'est pas raisonnable de penser que l'on puisse totalement se priver de toutes liquidités au moyen d'un contrat d'assurance-vie.

Evidemment, cet exemple n'est qu'une illustration parmi d'autres. On peut imaginer toutes les solutions envisagées précédemment pour éviter le retour en nature et y adjoindre la souscription d'un contrat d'assurance-vie ayant pour effet de réduire substantiellement l'actif de succession. Si l'objectif est de priver le bénéficiaire du retour en valeur de son droit, il sera opportun d'éviter le legs qui peut être atteint par le retour en valeur, assimilé à une créance contre la succession. On préférera, comme dans l'exemple, la donation, éventuellement en démembrement, ou le recours à l'apport en société avec pacte tontinier, bref les actes entre vifs qui ne peuvent, en aucun cas, être mis en cause par le retour en valeur.<sup>505</sup>

Au regard des faibles limites de l'assurance-vie, deux objections peuvent être formulées. Quid du caractère manifestement excessif des primes versées par le défunt ? Quid d'une requalification en donation indirecte ?

## *2. Un mécanisme peu critiquable*

**324.-** Les deux possibilités de remise en cause de l'assurance-vie sont, nous l'avons vu, difficilement admises par la jurisprudence. Elles ne sont efficaces qu'en cas d'excès manifeste dans le versement des primes ou en cas d'absence, pourrait-on dire manifeste, d'aléa caractérisant la donation indirecte. En admettant que ces limites entrent en action, le bénéficiaire du retour légal en valeur pourrait-il en profiter ?

**325.-** Si les primes ont été manifestement excessives eu égard aux facultés du défunt, les héritiers réservataires peuvent en demander la réduction. Or, si le retour légal est parfois plus radical dans ses effets que la réserve, il n'est pas sanctionné par une action en réduction. Par ailleurs, le texte du code des assurances n'envisage, de ce point de vue, que la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Et, s'il y a bien une certitude, c'est que les ascendants ne sont plus héritiers réservataires depuis la loi de 2006. Voilà une première limite qui ne peut pas profiter aux ascendants donateurs. En revanche, si le père se trouve en présence d'un conjoint réservataire, il pourra faire valoir son droit de retour en valeur comme un créancier de la succession.

---

<sup>505</sup> Sauf l'hypothèse du rapport successoral que l'on envisage à la page suivante.

**326.-** A propos de ces primes excessives, une question qui n'a pas été abordée jusqu'alors mérite d'être posée : l'ascendant donateur peut-il exercer son droit de retour sur une indemnité de rapport ?

Imaginons que le défunt, qui laisse par ailleurs son père bénéficiaire du retour légal en valeur, ait désigné comme bénéficiaire du contrat d'assurance-vie son frère. Le père peut-il, à condition que les primes soient reconnues comme manifestement excessives, demander au frère, le rapport du montant de ces primes et exercer son droit de retour en valeur sur l'indemnité de rapport ?

Le frère, en l'occurrence, est assurément un héritier ab intestat, dont on suppose qu'il est en rang utile pour venir à la succession. Par ailleurs, il a été, du fait du caractère manifestement excessif des primes, gratifié par le défunt. Il réunit donc toutes les qualités nécessaires pour devoir le rapport. Le père, quant à lui, n'a pas, au cas particulier, été exhéredé. Il conserve donc ses droits ab intestat, sur lesquels vient s'imputer le montant du retour en valeur. Il est donc bien un cohéritier, créancier du rapport dont le but, rappelons-le, est d'assurer l'égalité entre héritiers. Il nous semble donc possible que le père puisse demander le rapport du montant des primes et puisse exercer son droit de retour en valeur sur l'indemnité de rapport.

En résumé, le bénéficiaire du droit de retour en valeur ne peut profiter du rapport qu'à certaines conditions. D'abord, le gratifié au moyen d'une libéralité rapportable, doit être un héritier. Cela exclut les tiers, les concubins et les partenaires. Ensuite, il convient que l'ascendant donateur n'ait pas été exhéredé. S'il l'a été, c'est au moyen d'un legs universel. Or, le legs n'est pas, par principe, rapportable, tout comme le légataire n'est pas, traditionnellement, soumis au rapport. Mais dans ce cas, nous savons que le père ne sera pas démuné. Il agira comme un créancier de la succession pour exercer son droit d'ordre public. Autrement-dit, le bénéfice du rapport peut être un bon moyen pour l'ascendant donateur d'agir contre un gratifié par une libéralité entre vifs, lorsqu'il est un héritier. Finalement, le gratifié n'échappera au retour en valeur que s'il l'a été au moyen d'une libéralité non-rapportable ou s'il n'est pas un héritier.<sup>506</sup>

---

<sup>506</sup> Une remarque cependant : faire échapper le gratifié au retour en valeur ne signifie pas échapper au retour en valeur. Le seul et unique moyen pour ce faire reste la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale.

**327.-** Dernière limite envisageable : la souscription du contrat d'assurance-vie peut être requalifiée en libéralité indirecte. Et là, de deux choses l'une : soit le bénéficiaire du contrat en a accepté le bénéfice, soit il ne l'a pas accepté ou l'a accepté mais pas le souscripteur de sorte que son acceptation ne produit pas effet depuis la loi du 17 décembre 2007. Dans le premier cas, si requalification il y a, on assimilera la souscription à une donation, dans le second, à une libéralité à cause de mort. On retrouve alors les possibilités envisagées plus haut. Face à une donation, fut-elle indirecte, le bénéficiaire du retour légal en valeur ne peut agir via le rapport que si le gratifié est un héritier ab intestat venant à la succession. Face à une ou plusieurs libéralités à cause de mort qui l'exhère, il agira comme un créancier de la succession.

Reste alors une délicate question. Comment exercer le retour en valeur lorsque l'ascendant donateur n'est pas exhéréde mais fait face, d'une part, à un héritier ab intestat gratifié du bien qu'il avait donné au défunt et, d'autre part, à un légataire particulier ou à titre universel ? En l'absence d'exhérédation, il semble difficile de traiter, de prime abord, le retour en valeur comme une créance contre la succession. En revanche, le bénéfice du rapport pourrait être invoqué. Le résultat serait alors, en quelque sorte, inverse de celui auquel la réserve aboutirait : d'abord, la donation sera atteinte, puis le cas échéant le legs sera remis en cause à son tour. Voici une nouvelle question à la réponse incertaine que soulève le texte de l'article 738-2. Et surtout, voilà qui devrait encourager le défunt souhaitant limiter au maximum les droits de son ascendant donateur à privilégier les libéralités entre vifs non rapportables.

**328.-** Au final, nous pouvons constater que le droit de retour légal, même lorsqu'il est d'ordre public, demeure à la merci d'un donataire, ingrat ou pragmatique, qui souhaite y déroger de façon plus ou moins radicale. Faut-il s'en émouvoir ? Sans doute pas au regard de la réserve héréditaire qui, elle-même, n'était pas à l'abri d'un changement de régime matrimonial, de la souscription d'un contrat d'assurance-vie ou d'une tontine.

Après avoir comparé les deux nouveaux cas de retour légal à la lumière de l'ordre public, et après avoir présenté différents moyens d'y déroger à l'initiative du gratifié défunt, il est temps d'étudier les moyens à la disposition du donateur qui souhaite se priver du retour légal.

## **Titre II. L'éviction à l'initiative du donateur**

**329.-** Schématiquement, le donateur a deux moyens pour éviter le jeu du retour légal. Le plus direct, le plus simple et le plus efficace a priori est d'abandonner son droit, d'y renoncer. Il sera question de ce moyen, la renonciation au droit de retour légal, dans un premier temps (Chapitre 1). Le second moyen à la portée du donateur, plus ou moins efficace selon les techniques juridiques utilisées, est le contournement du texte (Chapitre 2). Mais attention dans ce dernier cas à ne pas commettre une fraude à la loi, à ne pas utiliser un acte régulier en soi dans l'intention d'éluder une loi impérative.<sup>507</sup> Il en sera question dans un second temps.

### **Chapitre 1. La renonciation au droit de retour légal**

**330.-** Un point de certitude doit être brièvement abordé en tout premier lieu, celui de la possible renonciation après l'ouverture de la succession.<sup>508</sup> Si l'on considère que les nouveaux cas de retour, à l'image des anciens, constituent des successions anomales, autonomes par rapport à la succession ordinaire, il faut reconnaître à leurs bénéficiaires le même droit d'option qu'à n'importe quel autre héritier. Ils pourront donc y renoncer, l'accepter purement et simplement ou encore l'accepter sous bénéfice d'inventaire.<sup>509</sup> Si l'on doute de l'autonomie de deux successions en la matière, on doit reconnaître la même faculté d'option à l'héritier bénéficiaire du droit de retour légal. Dans l'hypothèse de l'article 757-3, ce n'est qu'en vertu de ce droit qu'il vient à la succession ab intestat. En tant qu'héritier ab intestat, il peut sans doute renoncer à la succession. Dans le cadre de l'article 738-2, il se peut que le donateur conserve des droits ab intestat. Si tel est le cas, on peut imaginer, après l'ouverture de la succession, qu'il renonce à exercer son droit de retour, sans renoncer à la succession. Si le bien se retrouve en nature, la renonciation ne portera que sur une modalité d'allotissement. Si le bien ne se retrouve pas en

---

<sup>507</sup> Une sage précaution pourrait être de détailler dans ces actes réguliers en soi, les motifs ayant déterminé leur passation.

<sup>508</sup> Comme nous l'avons dit précédemment, c'est en ce sens que doit s'interpréter la formule de l'article 738-2 : « *ils peuvent dans tous les cas exercer [...]* ».

<sup>509</sup> Sur l'intérêt limité de prendre des options différentes dans chaque succession, V. supra.

nature, la renonciation pourra être partielle selon la méthode de calcul retenue pour déterminer le montant du retour. Même si le donateur est privé de tout droit, il peut aussi renoncer au retour légal qui se serait exercé en valeur, ce qui revient à renoncer à la succession. Le caractère d'ordre public du droit n'y change rien d'ailleurs : le caractère d'ordre public de la réserve héréditaire n'a jamais été discuté et pourtant il a toujours été permis aux héritiers, après l'ouverture de la succession, de renoncer à s'en prévaloir. Dans tous les cas, il faudra prendre garde à ce que la renonciation ne soit pas in favorem ou à titre onéreux, sous peine de constituer fiscalement une mutation taxable.

Enfin, toutes les hypothèses qui viennent d'être envisagées sont étrangères à la prohibition des pactes sur succession future puisqu'elles portent sur des successions ouvertes. C'est précisément sur cet aspect de l'ordre public successoral qu'il convient de s'attarder maintenant : quid si le donateur avait, dans l'acte de disposition au profit du gratifié défunt, renoncé totalement ou partiellement au droit de retour légal ?

On le sait, la question fut ardemment débattue au début du siècle dernier en jurisprudence comme en doctrine. L'histoire étant, en droit comme ailleurs, riche d'enseignements, il sera intéressant de rappeler dans un premier temps le débat et la façon dont il a été tranché jadis, c'est-à-dire qu'il conviendra de rappeler les enseignements du passé relativement à la prohibition des pactes sur succession future en la matière (Section 1). Ensuite, il faudra de se poser la même question face aux nouveaux cas de retour, bref il faudra s'interroger sur l'actualité de la question (Section 2).

### ***Section 1. La prohibition des pactes sur succession future : les enseignements du passé***

**331.-** Sous l'empire de l'article 747 ancien, la question s'est posée à propos des biens constitués en dot que les parents donateurs avaient la possibilité de reprendre dans la succession de leur enfant prédécédé sans postérité, entraînant une diminution des ressources du conjoint survivant, lequel conjoint, comme il a été dit, ne pouvait exercer son droit à usufruit légal sur les biens objet du retour. Le souci de la situation du conjoint survivant pouvait préoccuper le donateur et le pousser à renoncer à son droit de retour dans l'acte portant constitution de dot. Etait-ce

possible ? C'est à cette question que la jurisprudence a répondu dans un important arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 2 juillet 1903.<sup>510</sup>

Rappelons brièvement les faits de cette rocambolesque saga judiciaire.

Comme il était d'usage à l'époque, les parents de Mademoiselle Ménard avaient constitué divers biens en dot à leur fille lors de son mariage. Dans le contrat de mariage des époux Roux-Ménard, à propos de ces biens, il avait été expressément fait réserve du droit de retour à leur profit en cas de prédécès de leur fille sans postérité. Toutefois, il avait été stipulé que « *cette réserve ne ferait pas obstacle à l'exécution de toutes les donations et dispositions en usufruit [...] que la future épouse pourrait faire à son époux au cours du mariage, ni à l'effet de tous autres avantages et dispositions qui pourraient résulter au profit de ce dernier [...] de la loi* ».

En l'absence de donation entre époux, l'intérêt de la clause était pour le conjoint survivant de pouvoir exercer son usufruit légal sur les biens objet du droit de retour. C'est évidemment ce qu'a entendu faire Monsieur Roux au décès de sa femme. C'est à ce sujet que s'est élevé le conflit entre le conjoint survivant et les donateurs qui souhaitaient obtenir retour de tous les biens dotaux.

En première instance, devant la cour d'appel de Paris ainsi que devant la cour d'appel de renvoi, les parents furent déboutés. La Cour de cassation en Chambres Réunies cassa l'arrêt de la cour d'appel de renvoi après avoir déjà cassé le premier arrêt de la cour d'appel de Paris, motif pris de ce que la clause constituait un pacte sur succession future, nul comme tel.

Dans un premier temps, pour rendre compte de la vigueur du débat, il faut insister sur les arguments des juges du fond (§1), soutenus par la doctrine. Ensuite, il faudra leur opposer la contradiction et présenter les arguments de la Cour de cassation (§2).

### **§ 1. Les arguments des juges du fond**

Les juges du fond avançaient deux arguments en faveur de la validité de la clause, qu'il faut présenter tour à tour. Le premier consistait à reconnaître l'existence

---

<sup>510</sup> Ch.réun. 2 juillet 1903 : DP 1903.I. 353 rapport Roulhier et Conclusion Baudouin ; S 1904.1.65, note Ch Lyon-Caen ; PF 1903.1.497, note Gény ; G.A.J.C 11<sup>ème</sup> éd., n° 132-135.

d'un pacte successoral prohibé, mais non condamnable (A). Le second revenait à nier l'existence d'un pacte prohibé au nom de l'intention des parties (B).

#### A. existence d'un pacte prohibé non condamnable

**332.-** Le premier argument des juges du fond consistait à reconnaître l'existence d'un pacte prohibé mais à refuser sa sanction parce que les motifs qui la justifiaient traditionnellement ne se retrouvaient pas en l'espèce.

Dans cette optique, les juges du fond placèrent le débat sur le terrain moral. Ils rappelèrent que ce qui justifie la nullité des pactes sur succession future c'est, originairement, le *Votum Mortis* qu'ils impliquent. C'est-à-dire le risque de « passage à l'acte » ou, à tout le moins, le risque de voir le bénéficiaire du pacte souhaiter la mort de celui sur la succession duquel ce pacte porte.

Ils firent également valoir que les pactes sur succession future étaient prohibés à raison de l'aléa qu'ils présentent. Entendons par là que celui qui renonce à ses droits dans une succession non ouverte le fait sans connaître l'étendue de ses droits à l'ouverture de la succession. En cela, il supporte un risque de perte comme il peut espérer une chance de gain dans la mesure où sa renonciation serait consentie à titre onéreux.<sup>511</sup>

Or, les juges constatèrent que : « *une des considérations qui les [les pactes sur succession future] ont fait prohiber ne peut s'appliquer à la clause litigieuse ; que cette clause est absolument morale ; qu'elle ne présente dans la pratique que des avantages [...]* » Que faut-il penser de ce raisonnement ?

**333.-** Il est vrai qu'en la matière l'argument du *votum mortis* ne convainc guère. On voit mal en quoi la renonciation, qui plus est partielle du donateur à son droit de retour, pourrait l'encourager à souhaiter la mort du donataire ! De ce point de vue, le pacte ne serait pas plus immoral que l'assurance-vie, la rente viagère ou même le démembrement de propriété. L'argument est classique.

Il est aussi vrai que, dans le cas qui nous occupe et à cette époque, l'aléa d'une telle renonciation était limité. D'une part, comme le précisent les juges du fond, la

---

<sup>511</sup> Notons que, même sans contrepartie, une telle renonciation ante mortem, prive le renonçant de la possibilité d'exercer un droit ce qui va à l'encontre de la protection de l'héritier à laquelle tend, d'une manière générale, l'ordre public.

renonciation portait sur un objet précis et déterminé ; d'autre part, celle-ci n'était que partielle puisqu'elle ne visait qu'à autoriser l'exercice de l'usufruit légal du conjoint sur les biens objet du droit de retour. Enfin, si le donateur renonçait partiellement à son droit de retour, il ne renonçait absolument pas à ses droits ab intestat qui, eux, se trouvaient garantis par une réserve.<sup>512</sup>

Il n'était donc pas faux de soutenir que la prohibition, ici, ne se justifiait pas. Elle se justifiait d'autant moins que cette clause « absolument morale » n'était pas dénuée de tout intérêt pratique.

L'utilité d'une telle clause était d'assurer au conjoint survivant que ses ressources ne diminueraient pas brusquement au décès de son conjoint pour la seule raison que les parents du défunt pourraient reprendre entièrement, sans aucun concours, les biens qu'ils avaient constitués en dot à leur fille même si ceux-ci ont été améliorés et même s'ils constituent une bonne part du patrimoine des époux. Sous cet angle, la clause peut apparaître comme légitime à une époque où les droits successoraux du conjoint étaient faibles. Au fond ici, la clause ne visait, entre autres, qu'à permettre au conjoint survivant d'exercer un simple droit d'usufruit sur une quote-part des biens en question, droit d'usufruit qu'il tenait de la loi et qu'il ne devait pas pouvoir exercer sur des biens formant une succession anormale. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les parents de la défunte arguaient de leur droit de retour légal et non de ce qui, au regard du contrat de mariage, était un droit de retour conventionnel. Simplement, ce droit de retour conventionnel avait le défaut de ne pas renforcer le retour légal mais de le restreindre.

#### *B. inexistence d'un pacte prohibé au nom de l'intention des parties*

**334.-** Le second argument était nouveau. En contradiction avec le précédent, il revenait à interpréter la clause litigieuse en recherchant la commune intention des parties et à y voir, non une renonciation au droit de retour, mais une donation éventuelle par les beaux-parents au profit de leur gendre. La cour d'appel affirme alors que la clause « *doit être entendue et interprétée dans ce sens que le futur époux*

---

<sup>512</sup> Voilà pourquoi, le fondement de la prohibition qui consiste à dire qu'elle assure l'égalité successorale ne tient pas. Il n'a donc pas été invoqué. Par ailleurs, le fondement qui consiste à voir dans la prohibition un moyen de sauvegarde de la liberté testamentaire du défunt n'a pas plus de portée en l'espèce : en quoi la renonciation d'un présomptif héritier serait de nature à porter atteinte à la liberté testamentaire du défunt ? En rien.

*aura l'usufruit de la moitié des biens donnés, si la future prédécède sans avoir disposé desdits biens* ». L'argument a, en réalité, été soufflé à la cour par le Professeur Lyon-Caen.<sup>513</sup>

Pour faire échapper la clause à la nullité, l'auteur a considéré qu'il avait été dans l'intention des beaux-parents de donner l'usufruit de la moitié des biens en question à leur gendre sous la condition suspensive du prédécès de leur fille.<sup>514</sup> Ainsi, au décès de l'épouse, le gendre aurait-il tenu ses droits d'usufruit, non de la loi qui les aurait pris dans la succession, mais directement des beaux-parents. L'effet rétroactif de la condition permet au surplus de considérer le gendre comme titulaire de cet usufruit dès le contrat de mariage. Bref, il n'y avait plus pacte sur succession future mais pacte dont l'effet était reporté au décès. Cela permettait en outre de concilier l'article du contrat de mariage stipulant une disposition en pleine propriété au profit de l'épouse avec la clause litigieuse, en conformité avec les textes du Code civil relatifs à l'interprétation des conventions. L'idée était ingénieuse et peut-être trop subtile comme le fait remarquer le Procureur Général Baudouin dans ses conclusions.<sup>515</sup>

Toujours est-t-il que ces arguments, comme d'autres qui s'y sont ajoutés en doctrine, n'ont pas convaincu la cour suprême.<sup>516</sup>

## **§ 2. Les arguments de la Cour de cassation**

Les arguments de la Cour de cassation ont été évoqués par le Conseiller Rapporteur et le Procureur Général. Ils réfutèrent en bloc les arguments des juges du second degré (A). Le résultat fut une décision simple, d'une orthodoxie juridique parfaite et un arrêt d'une rigueur irréprochable (B).

---

<sup>513</sup> Note Sirey, 1901.1.433.

<sup>514</sup> Quant au point de savoir pourquoi limiter la donation en usufruit à la moitié, Lyon-Caen écrivait que : « *cet usufruit, d'après les expressions du contrat de mariage visant les avantages résultant à son profit de la loi, devait être restreint dans les limites fixées par la loi [...]* ».

<sup>515</sup> D.P 1903. 1. 353, rapport Roulier et Concl. Beaudouin.

<sup>516</sup> Sur l'argumentation de Monsieur Gaudemet, consistant à nier le caractère successoral du retour légal, V. supra, p. 73 et s. RTD civ. 1902, p.739 et s.

### A. La réfutation des arguments des juges du fond

**335.-** Relativement au premier argument, il était assez facile d'en démontrer les limites. L'utilité de la clause n'était pas douteuse, l'inexistence des motifs de la prohibition non plus. Toutefois, l'adage « *cessante ratione legis, cessat lex* » que la cour d'appel utilisa pour parachever sa démonstration ne semble pas pouvoir s'opposer à un texte de loi aussi clair et ferme que l'article 791 ancien qui disposait: « *On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession.* » Autrement dit, il n'est pas impossible d'écarter l'application d'une loi imprécise et incomplète en ayant recours à ses motifs. Mais lorsque la volonté du législateur est précise et répétée comme en la matière, l'interprète ne peut procéder de la sorte sans outrepasser ses pouvoirs.<sup>517</sup> Faut-il en déduire que la prohibition est figée ? Certainement pas, au vu de son évolution au cours du XXème siècle. Cette évolution prouve qu'un pacte prohibé peut devenir autorisé, notamment en raison de son utilité. Mais alors, c'est le législateur qui fait reculer la prohibition générale qu'il a posée il y a plus de deux siècles et lui seul. Cette évolution démontre également que la jurisprudence peut, en s'appuyant sur des mécanismes de droit des obligations, faire échapper un acte à la prohibition. Elle le fit notamment en se servant de l'effet rétroactif de la condition à propos de la tontine ou en utilisant la notion de terme dans les promesses post mortem. Mais dans les deux cas, les juges n'ont fait que tirer les conséquences des conventions des parties : ils n'en ont pas dénaturé pas la portée. La dénaturation, c'est précisément ce qui a été reproché aux juges du fond.

**336.-** Relativement au second argument, son instigateur, le Professeur Lyon-Caen, reconnaissait lui-même qu'il ne s'attachait pas aux expressions employées par le contrat de mariage. Il poursuivait en écrivant : « *il faut s'attacher à ce que les parties ont voulu, selon toute vraisemblance [...]* ». Il ajoutait que les expressions employées « *ont pu ne pas correspondre à leur pensée [...]* ». N'est-ce pas là une façon d'avouer que, bien loin d'interpréter une convention ambiguë, l'éminent professeur a dénaturé les termes clairs d'une convention dans le seul but de la faire échapper ingénieusement à la nullité ? Agir ainsi, c'est refaire la convention et non

---

<sup>517</sup> A ce sujet, V. le rapport du Conseiller Roulier, p. 356 et la note précitée de Monsieur Gaudemet, p. 756.

l'interpréter selon le Professeur Gaudemet. C'est voir une convention, là où il n'y a qu'un acte unilatéral, c'est transformer une renonciation en donation.

Au total, la réfutation des arguments des juges du fond augure de la rigueur de l'arrêt qui fait une application simple, incontestable et, il faut le reconnaître, embarrassante, de la loi telle qu'elle est.

### B. La rigueur irréprochable de l'arrêt

**337.-** On peut distinguer dans cet arrêt la rigueur d'un syllogisme qui, de l'avis du Professeur Gaudemet, rend la critique malaisée sur le plan juridique du moins. Ce syllogisme se présente de la manière suivante.

Majeure : les pactes sur succession future sont prohibés par le Code civil, sans aucune distinction. Après avoir repris littéralement les articles 791 et 1130, l'arrêt pose que « *ces prohibitions sont formelles et d'ordre public et que toute convention qui a pour conséquence de les éluder est nulle* ».

Mineure : la clause en question constitue un pacte sur succession future. La cour le dit en deux temps. Dans un premier temps, elle affirme que le droit de retour légal est « *essentiellement un droit successoral [...] exclusivement régi par la loi* ». Pour ce faire la cour s'appuie notamment sur des arguments textuels déjà évoqués dans l'approche historique de la matière. La précision selon laquelle le droit de retour est exclusivement régi par la loi signifie que c'est la loi qui fixe son champ d'application. C'est la loi aussi qui détermine dans quelle mesure il est possible de s'en écarter. Elle le fait directement en prévoyant la possibilité du retour conventionnel et elle le fait indirectement en posant des conditions assez strictes pour sa mise en œuvre. La loi a donc voulu qu'il soit possible d'écarter le retour légal en le renforçant via une clause de retour conventionnel, mais elle n'a pas voulu que la convention puisse écarter le retour légal définitivement, du vivant du donataire. Dans un second temps, la cour énonce que « *la prétendue libéralité, qui aurait été faite par les époux Ménard au sieur Roux, constitue uniquement une renonciation anticipée au bénéfice de l'article 747* ».

Conclusion : la clause doit donc être annulée.

**338.-** Ce raisonnement déductif est incontestable. La rigueur de la cour suprême ne doit cependant pas surprendre. Elle a toujours défendu ce principe à de rares exceptions près.<sup>518</sup> Les seules vraies entorses à cette prohibition sont dues à l'intervention de la loi qui admet de plus en plus souvent la validité de pactes que l'on peut à coup sûr qualifier de pacte sur succession future. Lorsque la loi déroge à ce principe de prohibition elle le fait notamment en considération d'intérêts familiaux.<sup>519</sup> Tel fut le cas pour la clause dite commerciale dont le but légitime était de permettre à l'époux survivant de se faire attribuer lors du partage de la succession de son conjoint prédécédé l'outil de son travail, à l'origine le fonds de commerce, moyennant indemnisation des héritiers. Cette clause, issue de la pratique, avait été sanctionnée par la Cour de cassation dans l'arrêt Crémieux<sup>520</sup> avant d'être validée par la loi, à l'article 1390 du Code civil. D'ailleurs, lorsque la cour suprême sanctionnait cette clause, elle le faisait avec raison : il s'agissait bien d'un pacte sur succession future. La loi indique d'ailleurs elle-même que la validation de la clause commerciale n'est qu'une exception au principe de prohibition qu'elle rappelle un article plus haut.<sup>521</sup>

Au total, en rendant cette décision sévère, la Cour de cassation était dans son rôle, celui de dire le droit. On a pu regretter la décision au regard de l'intérêt qu'aurait présenté la renonciation au droit de retour légal pour le conjoint mais force est de constater que cette solution, peut-être inopportune en fait, n'en demeurait pas moins parfaitement fondée en droit. En serait-il de même aujourd'hui ?

---

<sup>518</sup> En réalité il ne s'agit pas vraiment d'exceptions : dans les cas où la jurisprudence ne sanctionne pas certains actes sur le fondement de la prohibition des pactes sur succession future, c'est qu'elle considère que ces actes ne constituent pas des pactes sur succession future. Ainsi en a-t-il été du pacte post mortem de la promesse de vente conditionnelle ou de la clause de tontine

<sup>519</sup> D'autres intérêts comme l'intérêt des entreprises ont pu justifier une entrave à la prohibition. Ont ainsi été validées les clauses statutaires réglant le sort des droits sociaux au décès d'un associé.

<sup>520</sup> Cass. civ. 11 janvier 1933 : DP 1933, 1, 10 note H. Capitant ; S.1933, 1, 161, note F. Geny ; G.A.J.C t. 1 n° 133.

<sup>521</sup> L'article 1389 rappelle, en effet, le principe de la prohibition en matière de convention matrimoniale : « [...] les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions ». Tandis que l'article suivant commence ainsi : « Ils peuvent toutefois [...] ».

## **Section 2. L'actualité de la question**

**339.-** A première vue, il est certain que si la jurisprudence avait eu à se prononcer une nouvelle fois sur un même cas de renonciation, la décision aurait été la même : la renonciation est le pacte successoral prohibé par excellence. C'est également vrai de nos jours étant donné la nature successorale du retour légal et le principe de la prohibition qui demeure très présent dans le Code civil. Cependant, il faut nuancer ce propos par l'évolution des données du problème (§1) et par le recul important de la prohibition des pactes sur succession future, ces dernières années (§2).

### **§ 1. L'évolution des données du problème**

**340.-** En 1903, il avait été souligné l'intérêt pratique important de la clause par laquelle le donateur renonçait partiellement à son droit de retour légal pour permettre au conjoint survivant d'exercer ses droits en usufruit.<sup>522</sup>

Aujourd'hui, le contexte est très différent. Les droits successoraux du conjoint survivant ont été considérablement améliorés tant quantitativement que qualitativement. On ne saurait donc plus justifier la renonciation au retour légal par le besoin d'assurer la maintenance du conjoint survivant pour deux raisons : d'une part, le droit de retour ne porte en principe plus sur la totalité du bien donné et, d'autre part, nous avons vu que l'exercice de ces nouveaux droits de retour ne faisait pas obstacle aux droits à maintenance du conjoint survivant mis en place par la loi de 2001.

A la vérité, de nos jours, la renonciation au droit de retour légal pourrait être motivée par le souci d'éviter les difficultés techniques et pratiques que posent ces droits : souci d'éviter les tensions que peuvent engendrer une indivision, souci d'éviter le sentiment d'injustice qui peut résulter de l'absence d'indemnisation en cas d'amélioration du bien donné, ou bien encore, souci d'éviter l'épineuse question de la détermination du montant des droits dans le cadre de l'article 738-2. Autant de soucis

---

<sup>522</sup> Cet argument de l'utilité a aussi été utilisé, par exemple, lorsque la prohibition des pactes sur succession future s'est opposée à la clause commerciale dans l'arrêt Crémieux du 11 janvier 1933 ou encore à la clause permettant au survivant d'exiger un bail commercial sur un immeuble propre au défunt (CA Angers, 11 mars 1971, JCP 1071, II, 16904, note Patarin, contra : Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 avril 1985, D. 1986, 384, note Beaubrun).

que le donateur ou, plus généralement, le bénéficiaire du retour peut vouloir écarter du vivant du gratifié, pour le rassurer ou à sa demande. L'utilité est, si l'on peut dire, négative.<sup>523</sup>

Autre changement par rapport au début du siècle dernier : aujourd'hui, dans tous les cas, le bénéficiaire du retour légal, n'est plus un héritier réservataire. Renoncer au retour légal peut donc signifier renoncer à tout droit dans la succession ab intestat du défunt. C'est toujours vrai pour les collatéraux, ça n'est vrai pour l'ascendant donateur que s'il a été exhérédié. Mais pour ce dernier, la renonciation au retour revient bien à renoncer à la seule protection impérative que la loi successorale lui offre.

Ces évolutions ne plaident pas en faveur de l'admission de la renonciation anticipée au droit de retour légal. A l'inverse, le recul constant de la prohibition des pactes sur succession future depuis la seconde moitié du XXème siècle, et particulièrement depuis 2006, encouragerait ce type de renonciation.

## **§ 2. Le recul important de la prohibition**

**341.-** Cette affirmation n'est absolument pas nouvelle et nombreux sont les auteurs à avoir relevé depuis longtemps ce phénomène.<sup>524</sup> A tel point qu'au tout début du siècle dernier, Nast a conclu sa thèse sur le sujet en écrivant : « *La prohibition de ces conventions, avec le caractère absolu qu'elle a dans notre code, ne se justifie plus : elle est surannée.* » Allant plus loin, certains ont même prôné l'abrogation du principe.<sup>525</sup>

Le recul fut d'abord l'œuvre du législateur qui, au coup par coup, selon l'expression de Catala<sup>526</sup>, a validé des pactes sur succession future, parfois, en

---

<sup>523</sup> Toutefois, il est à noter que, parfois, l'héritier présomptif peut avoir intérêt à renoncer à un droit ou à une prérogative successorale pour faciliter le règlement de la succession comme ici. Tel était l'objet de l'article 930 ancien devenu 924-4.

<sup>524</sup> En 1979, Beaubrun, dans sa thèse, parlait d'un fléchissement de la prohibition. André Lucas intitula clairement une étude publiée à la RTD civ. 1976, 455, « Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif. ». V. aussi N. Baillon-Wirtz, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? » Dr. fam. n° 11, novembre 2006, étude 44 et les auteurs auxquels elle renvoie note 4 et 5. Cf. également les travaux du 100<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France de 2004, p. 874 et s.

<sup>525</sup> V. les travaux du 72<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France de 1975, p. 674 et s. qui envisageaient, sans pour autant la retenir, la solution du principe de liberté absolue en matière de convention sur succession future. Par ailleurs, André Lucas, écrit en conclusion de l'étude citée à la note précédente : « *En définitive, c'est la prohibition dans son ensemble qui mérite d'être remise en cause et qu'il faudra bien se résoudre à abandonner à abandonner en tant que règle autonome.* »

<sup>526</sup> P. Catala, Rapport de synthèse au 72<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France : Defrénois, 1975.

réponse à une jurisprudence rigide.<sup>527</sup> Puis l'assaut fut lancé par la jurisprudence qui se mit à valider ce qu'elle qualifiait avant de pacte prohibé en se fondant sur des mécanismes comme le terme ou la condition. Ce fut le cas de la clause d'accroissement et des pactes post mortem, comme les promesses de vente ou les créances post mortem.

Dans le même temps, tous constatent que le principe demeure, solidement, tant en jurisprudence<sup>528</sup> que dans la loi<sup>529</sup> et nul n'envisage sérieusement de l'abroger pour deux raisons : la première est qu'il est plus simple et plus efficace d'autoriser petit à petit ce qui est, par principe, interdit plutôt que d'interdire ponctuellement ce qui est autorisé par principe. La seconde raison est que, même critiqué dans le cadre de la contractualisation du droit des successions, le principe reste fondé sur le souci de la protection de la liberté testamentaire lorsqu'il s'agit de pacte sur sa propre succession et sur le besoin de protéger l'héritier contre lui-même quand il est question d'un pacte sur la succession future d'autrui.<sup>530</sup> D'ailleurs, à un renversement du principe, certains préfèrent un assouplissement de la prohibition.<sup>531</sup>

Cet assouplissement a été poursuivi par la loi du 23 juin 2006 qui, à deux reprises, de façon éclatante, dérogea au principe de la prohibition : d'abord en autorisant la renonciation anticipée à exercer l'action en réduction, ensuite, en permettant les donations-partages transgénérationnelles.<sup>532</sup>

Au vu de ces évolutions, l'observation suivante peut être formulée : il n'est pas impossible de déroger à la prohibition d'un pacte portant abandon d'un droit héréditaire par un héritier présomptif mais cette dérogation ne peut venir que de la loi. L'article 722 le dit et la jurisprudence, face à une véritable renonciation, se trouve dans l'impossibilité d'y déroger en requalifiant le pacte comme elle l'a fait pour les pactes que l'on pourrait qualifier de translatifs.

---

<sup>527</sup> Les exemples ne manquent pas : clause commerciale (art. 1390), faculté d'acquisition ou d'attribution de la part indivise du prédécédé (art. 1873-1 et 1873-13), art. 918 et 930 alinéa 2 devenu 924-4, clause de continuation de société.

<sup>528</sup> Pour un exemple relativement récent d'application de la prohibition, V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 octobre 2005 : Dr. Famille n° 11, novembre 2005, comm. 252, Beignier.

<sup>529</sup> La prohibition conserve une assise textuelle forte dans le Code civil (Art. 722, 770, 1130, et 1389). Le premier de ces textes réaffirme clairement le principe en admettant uniquement des dérogations légales.

<sup>530</sup> Sur la persistance de ces deux fondements, V. M. Grimaldi, ouvrage précité, n° 341.

<sup>531</sup> V. Vouin, « La prohibition des pactes sur succession future », Thèse, Paris, 1967, p. 362. Cet assouplissement a déjà bien commencé, comme il a été vu.

<sup>532</sup> De façon plus discrète, on notera l'article 1390, alinéa 2 relatif à la clause d'un contrat de mariage permettant l'octroi au survivant des époux d'un bail sur les biens propres du défunt.

**342.-** Ceci étant dit, subsiste une question : à quelles conditions une nouvelle entorse au principe de la prohibition est-elle souhaitable ?

S'il s'agit simplement de faciliter le règlement de la succession en permettant d'éviter par anticipation les difficultés d'une indivision, il suffit d'autoriser la renonciation anticipée au retour en nature. Cela évince alors la principale difficulté de l'article 757-3 en permettant aux collatéraux de se priver d'un droit successoral non impératif.<sup>533</sup> De ce point de vue, le formalisme de la renonciation ne devrait pas être aussi exigeant que celui de l'article 930. L'objectif serait le même dans le cadre de l'article 738-2 : éviter cette sorte d'attribution obligatoire qu'impose le retour en nature et l'indivision qui, souvent, l'accompagne. Là aussi, le formalisme devrait être léger puisqu'il ne s'agit pas de priver le donateur de son droit de retour en valeur. L'exigence d'une renonciation expresse devrait suffire, tout au plus.

Toutefois, si le législateur se contentait d'une telle solution, on pourrait se demander pourquoi il accepte qu'un héritier réservataire puisse se priver de toute sanction de son droit réservataire alors que le bénéficiaire d'un droit de retour, certes voulu d'ordre public, serait préservé d'une telle folie. En outre, il faut admettre que si la renonciation au retour en nature exclut une indivision forcée sur le bien de famille, elle n'exclut pas toute indivision sur d'autres biens et surtout, elle ne résout pas les autres problèmes soulevés : détermination du montant du retour et traitement des plus ou moins values. Enfin, ce ne sont certainement pas les fondements du texte qui militeraient contre la renonciation au retour en valeur. Mais, cette fois-ci, comme il s'agirait tout de même de priver le donateur d'un droit impératif, il serait certainement judicieux de se reporter aux conditions de forme exigées pour la renonciation anticipée à l'action en réduction, ainsi qu'aux possibilités d'obtenir la révocation judiciaire de la renonciation.

Dans le sillage de la loi du 23 juin 2006 qui a largement contribué à la contractualisation du droit des successions<sup>534</sup>, la perspective de pouvoir renoncer au retour légal de façon anticipée peut donc être envisagée. D'autant que, si l'on a appréhendé une telle renonciation négativement, en ce qu'elle écarte nombre de difficultés, elle permettrait aussi d'avantager un ou plusieurs héritiers, on pense au conjoint, et permettrait aussi de faciliter la transmission de certains biens. Or, ces

---

<sup>533</sup> On imagine toutefois que ce n'est pas dans ce cas que la renonciation serait la plus utilisée.

<sup>534</sup> L'expression est tirée de P.-M. Reverdy, « La contractualisation de la transmission successorale », LPA, 14 février 2007, n°33, p. 4.

derniers arguments sont précisément ceux qui furent utilisés pour justifier la renonciation anticipée à l'action en réduction.<sup>535</sup>

Malgré tout, bien que cette solution soit envisageable, on pourrait lui faire le reproche de son manque d'intérêt, du peu d'utilité qu'elle présenterait. On pourrait même railler le législateur qui aurait l'idée saugrenue d'amender la loi en ce sens. Force est de reconnaître que la portée théorique et pratique de l'article 929 ou encore de la clause commerciale, n'est pas la même que celle de la renonciation au droit de retour légal. Mais alors, n'est-ce pas faire le procès de deux textes, les articles 757-3 et 738-2, parfois ambigus, compliqués et d'une application pratique, somme toute assez rare, dont le donateur pourrait tout aussi bien éviter l'application de façon moins directe ?

## **Chapitre 2. Le contournement du retour légal**

**343.-** Dans ce chapitre, il sera envisagé différentes hypothèses permettant au donateur d'éviter, plus ou moins efficacement, le jeu du retour légal. La méthode la plus radicale revient à nier l'existence d'une libéralité à l'origine de la transmission au défunt. C'est la méthode du contournement total du retour légal (Section 2). Une autre méthode, moins efficace, consiste à réduire l'emprise du retour légal, sans pour autant le contourner totalement. Il s'agit du contournement partiel du retour légal (Section 1).

### ***Section 1. Le contournement partiel du retour légal***

**344.-** Lorsque l'on parle de contournement partiel du retour légal, il est en réalité question de réduire son assiette, sans anéantir le retour. Une telle solution en demi-teinte sera présentée rapidement.

La clé réside dans la clause d'entrée en communauté prévue à l'article 1405, alinéa 2 du Code civil. Lorsque le donateur dispose en faveur de son fils, marié sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, l'acte de donation peut

---

<sup>535</sup> Rapport Sénat, n° 343, p. 235.

stipuler que les biens donnés feront partie de la communauté. Ils ne seront pas propres comme biens futurs, mais communs. L'utilité tant civile que fiscale de cette clause n'est plus à démontrer.<sup>536</sup>

En conséquence, le bien donné ne sera pas repris par la succession du défunt en totalité. Il figurera dans la succession pour une moitié seulement, l'autre moitié adviendra au conjoint survivant par l'effet de la dissolution du régime matrimonial. Logiquement, le retour perd la moitié de son assiette au bénéfice du conjoint survivant.

Cette solution peut naturellement être appliquée dans le cadre de l'article 757-3 et dans celui de l'article 738-2 en restreignant le jeu du retour légal. Une autre solution présenterait d'ailleurs les mêmes effets : une donation, sans exclusion de communauté, à un enfant adoptant le régime de la communauté universelle sans clause d'attribution intégrale.

Cependant le remède présente peu d'intérêt pour deux raisons.

D'abord, si les rapports entre le survivant et le bénéficiaire du retour ne sont pas bons, cela maintiendra, sur la moitié du bien faisant partie de la succession, le problème des plus-values dont profite le donateur.

Ensuite, nous l'avons dit, parce que la solution ne fait que réduire l'assiette du retour. Et même en ayant une vision trop stricte du retour en nature, il n'est pas possible ici de l'éviter totalement puisque, dès l'origine, la donation a engendré un bien commun.<sup>537</sup>

A présent, il convient de s'attarder plus longuement sur les moyens qui peuvent être envisagés pour contourner totalement le retour légal.

---

<sup>536</sup> L'avantage fiscal tient à ce que la libéralité en question est taxée pour le tout comme une libéralité adressée au descendant et non taxée pour moitié comme une libéralité faite à un étranger. Civilement, la libéralité est aussi considérée comme faite en entier au seul descendant tant du point de vue de l'imputation et du rapport que du point de vue des causes de révocation. Enfin, l'utilité de la clause est habituellement révélée lorsqu'elle fait obstacle à la règle de l'article 1406 qui veut que : « *forment des propres, sauf récompenses s'il ya lieu, les biens acquis à titre d'accessoire d'un bien propre* ». On pense évidemment à la maison construite au moyen de deniers communs sur un terrain propre.

<sup>537</sup> Comprenons que l'on ne peut considérer que le bien donné a changé de nature parce qu'il serait devenu un bien commun, puisque, précisément, il est commun ab initio.

## **Section 2. Le contournement total du retour légal**

Cette méthode paraît ouvrir la voie à plusieurs solutions utilisant les actes à titre onéreux (§1) comme les actes à titre gratuit (§2).

### **§ 1. L'utilisation des actes à titre onéreux**

**345.-** Dans les deux hypothèses qui seront envisagées, la méthode consistera à nier l'existence d'une donation consentie par le donateur au défunt. La première question soulevée sera celle de savoir si, dans les conditions de l'article 918 du Code civil, la présomption instaurée par ce texte peut jouer en faveur du retour légal (A). La seconde question envisagée sera celle des effets de la tontine stipulée, ici, à l'initiative du donateur (B).

#### *A. La présomption de l'article 918 du Code civil*

**346.-** Ce texte bien connu ouvre la section relative à « *la réduction des libéralités excessives* ». Il présume de manière irréfragable que les aliénations, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus ou avec réserve d'usufruit<sup>538</sup> au profit d'un successible en ligne directe<sup>539</sup> sont des donations déguisées précipitaires, cette présomption n'étant écartée que par le consentement à l'aliénation des autres successibles en ligne directe.

L'objectif poursuivi par la disposition est clair : éviter que l'ascendant ne puisse avantager l'un de ses présomptifs héritiers sous couvert d'un acte apparemment onéreux et éviter du même coup aux autres héritiers l'administration d'une preuve délicate. Le but est donc d'assurer l'égalité entre héritiers réservataires.<sup>540</sup>

---

<sup>538</sup> La jurisprudence a étendu l'application de la présomption à la vente moyennant bail à nourriture au profit du disposant. Elle refuse cependant d'assimiler la réserve d'usufruit et la réserve de droit d'usage et d'habitation. V. notamment, Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 juin 1992 : bull. civ. I, n°187; RTD civ. 1993, 394, Obs. Patarin; JCP 93, II, 22011, note Salvage; D. 1993, somm. Comm. 227, obs Grimaldi et aussi Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 10 juillet 1996 bull. civ. I, n°315; RTD civ. 1997, 490, Obs. Patarin; JCP 98, I, 4021, n°6, obs. Le Guidec ; Defrénois 98 art. 36781, note Saint-Affrique.

<sup>539</sup> La jurisprudence exige même que le successible en question fut, au moment de l'acte, un présomptif héritier. Par ex. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 mars 1983 : bull. civ. I, n°117 ; RTD civ. 1983, 175, Obs. Patarin.

<sup>540</sup> D'ailleurs, seuls les héritiers réservataires peuvent invoquer la présomption de l'article 918. Sur ce point V. M. Grimaldi, ouvrage précité, p. 714, note 51, renvoyant à F. Terré et Y. Lequette.

**347.-** Rapportée à notre sujet, la question est de savoir si, par exemple, la vente moyennant réserve d'usufruit consentie par l'ascendant à son défunt fils, tombe sous le coup de la présomption dès lors que ses cohéritiers n'y ont pas consenti.

Il a été avancé deux arguments en faveur de l'application de la présomption.<sup>541</sup> Le premier retient qu'il serait curieux de traiter différemment un même acte selon l'ordre des décès : donation déguisée présumée en cas de prédécès du donateur et acte à titre onéreux en cas de prédécès du donataire. Le second relève que la jurisprudence a parfois étendu le champ d'application du texte, comme nous l'avons dit.

Ces deux arguments n'emportent toutefois pas la conviction de ceux qui les avancent. D'une part, il a été rappelé le caractère exorbitant de la présomption qui appelle une interprétation stricte.<sup>542</sup> D'autre part, il a été fait appel au fondement du texte qui est d'assurer l'égalité entre héritiers réservataires. De par sa place dans le code, le texte nous renseigne bien sur son but : protéger le jeu de la réserve héréditaire. Par ailleurs, nous avons dit que seuls les héritiers réservataires étaient recevables à invoquer la présomption. Un donateur ne pourrait pas se prévaloir de la présomption de l'article 918 pour justifier du caractère faussement onéreux de la disposition qu'il avait faite au profit du défunt et ainsi bénéficiaire du droit de retour. *Nemo auditur propriam tupiditatem allegans...*

Le donateur ayant vendu un bien moyennant rente viagère à son défunt fils, décédé sans postérité, devra donc prouver le caractère gratuit de l'aliénation s'il veut pouvoir exercer son droit de retour sur le bien. Or, voilà une preuve délicate qu'il ne sera pas toujours opportun d'administrer, notamment pour des raisons fiscales.<sup>543</sup>

Au risque d'énoncer une lapalissade, voilà un bon moyen d'éviter le retour légal que de transmettre par un acte à titre apparemment onéreux. Toutefois, ce moyen d'éviction n'est pas à conseiller au regard du risque civil et fiscal de requalification en donation déguisée qui demeure. Passons donc à une autre solution.

### *B. La tontine stipulée à l'initiative du donateur*

L'exposé de la solution précédera son analyse et l'étude de ses limites.

---

<sup>541</sup> Cf. travaux du Congrès des notaires de France, 2010, n° 4231.

<sup>542</sup> Certains ont surtout critiqué le caractère irréfragable de la présomption. V. sur ce point J. Flour et H. Souleau, n° 511 ; aussi F. Gisserot, « Pour une nouvelle lecture de l'article 918 du Code civil », *Defrénois* 1979, art. 32126.

<sup>543</sup> Mais aussi parce que s'il échoue à rapporter la preuve du caractère gratuit de l'acte, il se peut que les cohéritiers du défunt soient poussés à se prévaloir de la présomption à son décès à lui, donateur.

**348.-** Imaginons un chef d'entreprise en âge de faire valoir ses droits à la retraite qui souhaite transmettre son entreprise exploitée sous forme de S.A.R.L. à ses deux fils mariés, sans enfant. Il pourra, par exemple, apporter ses parts à une société soumise à l'impôt sur les sociétés en franchise de plus-values sous le régime de l'article 150 O B du CGI. Il veillera alors à ce que les statuts de cette société comportent une clause de tontine et donnera à ses fils les parts de la société nouvellement constituée. Autre hypothèse, il pourra envisager de donner à ses fils les parts de sa société à charge de les apporter à une autre société dont les statuts devront contenir une clause de tontine.

**349.-** Dans le cadre de l'article 757-3, le conjoint survivant de l'enfant prédécédé ne pourrait prétendre à aucun droit sur l'entreprise. De même, dans le cadre de l'article 738-2, le père ne pourrait pas, lui-même, exercer son retour en nature dans la succession du prédécédé : nous l'avons évoqué précédemment, la tontine fait obstacle au retour en nature. Mais nous avons également indiqué plus haut que la tontine ne semblait pas pouvoir écarter le jeu du retour en valeur, du moins lorsqu'elle était stipulée par le donataire.<sup>544</sup> Pourquoi en irait-il autrement ici ?

Dans l'hypothèse où le donataire apporte le bien donné à une société en prévoyant dans les statuts une clause de tontine de son propre chef, nous avons dit qu'à son décès, la rétroactivité des conditions amenait à considérer le survivant comme unique propriétaire à compter de l'apport. Toutefois, il semble que la situation soit différente au cas présent puisque, soit la tontine est incluse dans la donation comme une charge, soit elle la précède. Dans tous les cas, le survivant sera réputé seul propriétaire au moment de la donation. Parallèlement, le prédécédé sera considéré comme n'ayant reçu aucun bien dans cette donation. A son décès, le père ne pourra donc pas se prévaloir de l'article 738-2. De surcroît la solution paraît logique. Si le père a entendu préserver les donateurs contre une éventuelle action en réduction, on ne voit pourquoi il irait invoquer un droit de retour légal sur une portion des biens dont il a voulu assurer l'entière transmission au survivant.<sup>545</sup>

---

<sup>544</sup> V. supra, p. 283 et s. Par ailleurs, nous savons tous les intérêts de cette clause notamment en matière d'insaisissabilité et d'atteinte à la réserve.

<sup>545</sup> L'hypothèse pourrait être rapprochée des libéralités graduelles et des libéralités doublement conditionnelles qui seront envisagées dans le paragraphe suivant. Toutefois, cette solution là, permet, à la différence des deux autres, de gratifier deux personnes ou plus en même temps.

**350.-** Naturellement, la solution présente des limites dans la mesure où elle ne garantit pas le donateur survivant au dernier décès des donataires. A ce moment là, l'ensemble du bien donné initialement fera partie de la succession de cette personne. Le retour légal trouvera à s'appliquer si les conditions en sont remplies. Le donateur pourra y renoncer après l'ouverture de la succession, s'il considère le droit inutile ou s'il n'est pas opposé à ce que les héritiers du défunt recueillent le bien. Si, en revanche, il ne souhaite pas voir de son vivant le bien en cause passer à des étrangers, il sera utile qu'il ait, dans la donation, fait réserve à son profit du droit de retour conventionnel dans ce cas de figure précis.<sup>546</sup>

Après avoir envisagé le contournement du retour légal au moyen d'actes à titre onéreux, voyons quels intérêts présentent, à cet égard, les actes à titre gratuit.

## **§ 2. L'utilisation des actes à titre gratuit**

**351.-** Quatre types d'actes peuvent être envisagés par le donateur pour écarter le jeu du retour légal. Le premier, le plus douteux, ne concerne que l'article 757-3, il s'agit du legs à titre particulier qui ferait obstacle au jeu de cet article (A). Les trois derniers types sont applicables quel que soit le texte. Le deuxième type d'acte est la libéralité graduelle ou résiduelle (B). Le troisième est la libéralité en démembrement de propriété (C). Ces deux là, sont attrayants au premier abord mais peuvent poser des difficultés. Enfin, le quatrième type d'acte est la double libéralité conditionnelle (D). Cette dernière hypothèse semble la plus efficace. Envisageons-les tour à tour.

### *A. Le legs à titre particulier, obstacle à l'article 757-3 ?*

**352.-** S'agissant d'un acte de disposition à cause de mort, il ne peut être envisagé que dans le cadre de l'article 757-3 où le défunt a pu recevoir des biens objet du retour à cause de mort. La question a été soulevée par le Professeur Jubault. Il remarque que le texte s'applique lorsque le défunt a reçu des biens « *par succession ou donation* » et se demande si une transmission via un legs à titre particulier peut être assimilée à une transmission successorale.

---

<sup>546</sup> Sur la souplesse du droit de retour conventionnel, V. infra.

S'il admet que la ratio legis invite à inclure le legs particulier dans le domaine de l'article 757-3 en ce que le légataire particulier serait un successeur à titre particulier, il est pourtant favorable à ce que le disposant au moyen d'un legs particulier utilise cet acte pour s'assurer que le bien transmis sera soustrait au retour légal.

Théoriquement, si l'on s'en tient à une lecture littérale du texte et si l'on souhaite mettre à la disposition du disposant un moyen d'éviter le retour légal, l'analyse est séduisante. Le texte vise uniquement, outre les donations, les biens reçus par succession, c'est-à-dire, ceux reçus à titre de successeur. Or, c'est précisément cette qualité de successeur qui peut être discutée au légataire particulier. Le legs particulier confère à son bénéficiaire la propriété privative d'un bien et, même s'il ne porte que sur une quote-part de bien, le légataire particulier fera partie d'une indivision particulière avec les successeurs universels ou à titre universel : il ne vient pas au partage de la succession. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la sanction du recel successoral ne s'applique pas à lui.<sup>547</sup> Nous savons également que le légataire particulier n'est pas en principe tenu du passif successoral à la différence des successeurs universels ou à titre universel.<sup>548</sup>

**353.-** Le légataire particulier n'est pas un héritier, il n'est pas un successeur universel, mais doit-on aller jusqu'à nier qu'il est un légataire et donc un successeur à titre particulier ?

Même si son régime juridique le rapproche davantage d'un ayant cause que d'un héritier, il paraît trop subtile de croire que l'article 757-3 a exclu le légataire particulier de son champ d'application. Après tout, le légataire particulier a bien été institué par le défunt. Au passage, notons que le légataire particulier peut, parfois, supporter une partie du passif de la succession comme il est prévu aux articles 758 et 767.

En outre, il ne peut être tiré aucun argument en ce sens des travaux parlementaires et des motifs du texte. D'ailleurs, l'extension de son champ d'application en 2006 ne va évidemment pas dans le sens d'un repli du retour légal.

---

<sup>547</sup> C.A Orléans, 15 avril 1953, D. 1953, 689.

<sup>548</sup> Enfin, il n'a jamais la saisine à la différence du légataire universel qui l'a parfois. Mais on notera que le légataire à titre universel, dont personne ne conteste la qualité de successeur, lui aussi, n'a jamais la saisine.

Certes, les textes d'exception doivent-ils être interprétés strictement, mais nous avons vu au cours de ce travail qu'il se pourrait que la jurisprudence, comme par le passé, étende le domaine du texte au-delà de sa lettre.<sup>549</sup> La position séduisante du Professeur Jubault nous paraît trop peu assurée pour conseiller la solution qu'il défend à un disposant souhaitant écarter le jeu du retour légal au décès de son gratifié.

Voyons alors si le recours aux libéralités graduelles et résiduelles ne serait pas plus salubre.

### *B. Le recours aux libéralités graduelles et résiduelles*

**354.-** Lorsque les moyens d'évincer le retour en nature à l'initiative du donateur ont été présentés, l'intérêt de ces libéralités qui, dans les conditions de l'article 757-3, permettent par exemple de gratifier son conjoint survivant sans oublier ses collatéraux a déjà été suggéré.<sup>550</sup> Les objectifs de la loi s'en trouvent même mieux servis.

Du côté du disposant initial, ces libéralités regorgent également d'intérêts en ce qu'elles permettent mieux et plus simplement que le retour légal d'assurer la conservation des biens dans la famille. C'est là, la fonction familiale des anciennes substitutions fidéicommissaires prohibées.<sup>551</sup> En raison de l'élargissement considérable du champ d'application des textes sur les libéralités graduelles et résiduelles, le donateur pourra ainsi gratifier successivement son fils sans enfant puis son frère ou sa fille sans enfant puis ses neveux. Il pourra même combiner ces libéralités avec un démembrement de propriété : en se réservant l'usufruit des biens donnés, usufruit stipulé réversible sur la tête de son conjoint survivant. Si la conservation des biens dans la famille n'est pas la priorité du donateur, il pourra même instituer comme second gratifié, un tiers.

Dans toutes ces hypothèses, au décès du grevé, ou premier gratifié, les biens frappés de la charge de conservation dans l'hypothèse d'une libéralité graduelle sont transmis au second gratifié qui est légalement réputé tenir ses droits, non pas du

---

<sup>549</sup> V. supra ce qui a été dit de la subrogation réelle.

<sup>550</sup> V. supra, p. 275. Le procédé peut aussi être utilisé dans le cadre de l'article 738-2 pour éviter le retour en nature.

<sup>551</sup> Sur les fonctions des substitutions fidéicommissaires, V. M. Grimaldi, ouvrage précité, n° 364.

grevé, mais de l'auteur de la libéralité.<sup>552</sup> Cette fiction présente des avantages fiscaux et civils. Le second gratifié n'est pas l'ayant cause du grevé. S'il n'est pas l'ayant cause du grevé, c'est que la loi répute que, même s'ils ont été conservés, les biens transmis ne font pas partie de la succession du grevé.<sup>553</sup> Par conséquent, ils ne peuvent faire l'objet du droit de retour légal en nature de l'article 757-3 comme du droit de retour légal de l'article 738-2, lorsqu'il s'exerce en nature. Deux précautions utiles peuvent être conseillées tout de même : d'une part prévoir la désignation d'un autre second gratifié au cas où le premier prédécéderait et d'autre part, prévoir un droit de retour conventionnel au décès de l'appelé, surtout s'il est un tiers à l'égard du donateur.

**355.-** Reste une question : une libéralité graduelle serait-elle un moyen d'éviter le retour en valeur de l'article 738-2 ? Une réponse négative doit, on l'a dit, être apportée lorsque c'est le donataire défunt qui fut l'auteur de la libéralité graduelle. En effet dans un tel cas, du point de vue du donateur, la libéralité graduelle ne diffère pas d'une autre libéralité. Mais lorsque c'est le donateur qui dispose au moyen d'une libéralité graduelle, en va-t-il de même ?

A première vue, il pourrait être soutenu que le donateur qui a souhaité organiser la transmission de son bien à deux degrés en prévoyant qu'au décès du premier gratifié, le bien sera transmis à une seconde personne, ne soit pas recevable à invoquer son droit de retour légal en valeur dans la succession du premier gratifié.

Plus juridiquement, il s'agit d'apprécier le sens de la fiction de l'article 1051. Cette fiction va-t-elle jusqu'à emporter anéantissement rétroactif des droits du grevé ? Si la réponse était positive, on pourrait valablement soutenir que le retour en valeur se trouve exclu par la disparition rétroactive de la libéralité adressée au grevé. Cette question nous renvoie à une autre, bien connue : celle de la nature juridique de la substitution.

Jadis, la jurisprudence analysa les substitutions permises comme des libéralités conditionnelles, le grevé étant propriétaire sous condition résolutoire de son prédécès à l'appelé et l'appelé étant propriétaire sous condition suspensive de sa survie au

---

<sup>552</sup> Ainsi qu'il résulte de l'article 1051 C. civ.

<sup>553</sup> Même si l'on en perçoit pas le fondement juridique (mécanisme conditionnel ou simple fiction), l'intention de la loi est clairement exprimée sur ce point. Il en résulte que le second gratifié acquitte les droits de mutation par décès en fonction de son lien de parenté avec l'auteur de la libéralité. Il en résulte aussi que les biens transmis échappent au rapport ou à la réduction dans la succession du grevé.

grevé.<sup>554</sup> Toutefois, la doctrine a dénoncé les travers d'une telle analyse qui implique l'existence d'une seule libéralité alors qu'une substitution porte en elle deux libéralités successives.<sup>555</sup> C'est pourquoi, il a été proposé une nouvelle analyse selon laquelle ce n'est pas la propriété du grevé qui est conditionnelle mais l'inaliénabilité qui greève cette propriété. La jurisprudence semble également s'être éloignée de l'analyse conditionnelle.<sup>556</sup> Selon la dernière analyse retenue, la propriété du grevé ne peut être rétroactivement effacée. La fiction légale semble donc n'être d'aucun secours pour éviter le retour légal en valeur : même si le bien ne figure pas dans la succession du grevé défunt, on ne peut faire table rase de la libéralité qui lui avait été consentie et qui doit pouvoir ouvrir droit au retour en valeur.

Enfin, il faut ajouter que si la fiction de l'article 1051 exclut tout lien juridique entre les deux bénéficiaires successifs, elle ne supprime pas tout rapport entre le grevé et l'auteur des libéralités. Et c'est en vain que l'on soutiendrait que l'objectif de conservation des biens dans la famille serait assuré par la libéralité, rendant inutile le retour légal, étant donné que le fondement de l'article 738-2 n'est pas précisément la conservation des biens dans la famille.

### *C. Le recours aux libéralités en démembrement*

**356.-** Du point de vue du retour en valeur de l'article 738-2, il semble que la conclusion soit la même si le donateur a disposé de son bien au moyen d'une libéralité en démembrement. Au décès de l'usufruitier, l'usufruit s'éteint et ne se retrouve évidemment pas dans la succession du défunt. Corrélativement, la pleine propriété se reconstitue sur la tête du nu-propiétaire. Voilà un autre procédé pour organiser la conservation des biens dans la famille et la transmission de son bien à plusieurs gratifiés qui, cette fois, n'auront pas les mêmes droits. Si l'auteur de la libéralité survit à l'usufruitier, il ne pourra pas revendiquer un droit de retour en nature. Mais, si l'on suit la lettre du texte de l'article 738-2, rien ne l'empêcherait de

---

<sup>554</sup> Cass. req., 18 mars 1884 : D. 1884, 345 ; Cass. civ. 6 mars 1912 : S. 1914, 1, 399 ; Cass. req., 5 juin 1918 et Cass. civ., 10 juin 1918 : D. 1919, 1, 90 et S. 1922, 1, 25, note Naquet.

<sup>555</sup> V. Notamment J. Flour et H. Souleau, *Les libéralités*, n° 513 et 514.

<sup>556</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 mai 1997 : Bull. civ. I, 1997, n° 149 ; D. 1997, p.483 et RTD Civ ; 1998, p ; 171, obs. Patarin, où, parlant des droits de l'appelé, elle utilise le terme de « droit éventuel », au lieu d'utiliser le terme de droit conditionnel comme auparavant.

revendiquer dans sa succession, un droit de retour en valeur ayant pour assiette l'usufruit qui vient de s'éteindre.

**357.-** Pour ce qui concerne tant les libéralités démembrées que les libéralités graduelles qui viennent d'être envisagées, cette logique est sans doute excessive tant elle paraît en contradiction avec la volonté du donateur qui a entendu transmettre son bien sur le long terme. Par ailleurs, l'application de l'article 738-2 en ces cas ne repose même plus sur les maigres fondements du texte. Où est le risque de dilapidation de la richesse familiale lorsque le grevé ou l'usufruitier est le descendant du donateur ?<sup>557</sup> Où est l'ingratitude du gratifié dont on voudrait protéger le donateur lorsque c'est ce dernier qui a voulu que le bien soit transmis au décès du premier gratifié à un second gratifié ? *Cessante ratione legis, cessat lex!* Selon cet adage, il est possible de restreindre l'application d'une loi conçue en termes généraux lorsque son application dépasse évidemment son but et se trouve en opposition avec ses motifs. Certains, se fondant sur le rôle de substitut de réserve que l'on a voulu faire jouer à l'article 738-2, pourraient arguer de ce que le retour en valeur conserverait une utilité si le donateur n'a pas d'autres héritiers que le défunt, si le second gratifié lui était étranger juridiquement et si lui-même, donateur, se trouvait dans un état de besoin. Le retour assumerait alors une fonction de solidarité. Mais on rétorquera que ce n'est pas son rôle, que la solidarité n'est pas un fondement du texte.<sup>558</sup> Il sera plus sûr et certainement plus efficace de prévoir, non seulement une clause de retour conventionnel au décès du bénéficiaire final de la libéralité, mais aussi de prévoir, le cas échéant, une charge alimentaire pesant sur ce dernier en cas de besoin du donateur.

Malgré tout, en réponse à la même interrogation, certains autres pourraient être tentés d'invoquer la maxime *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Face à cette incertitude et en l'absence de réponse jurisprudentielle, une solution efficace pourrait résider dans le recours à une double libéralité conditionnelle.

---

<sup>557</sup> S'il y a, le cas échéant un risque, il se trouve au décès de l'appelé ou du nu-proprétaire et le moyen le plus sûr d'y parer est la stipulation d'une clause de retour conventionnel.

<sup>558</sup> Cf. supra, p. 111 et s.

#### *D. Le recours aux doubles libéralités conditionnelles*

**358.-** Ce mécanisme consiste à consentir deux libéralités en érigeant le même évènement en condition résolutoire de l'une et en condition suspensive de l'autre. C'est sous la forme du double legs conditionnel, aussi appelé legs alternatif, que la jurisprudence avait validé ce montage comme alternative à la prohibition des substitutions fidéicommissaires.<sup>559</sup>

Pour le coup, le mécanisme n'est pas sujet à interprétation puisque les conditions suspensives et résolutoires ont, par hypothèse, été stipulées à l'acte.

Pour espérer tenir tête au retour de l'article 738-2, la libéralité ne peut qu'être une disposition entre vifs. Rien ne semble devoir s'opposer à la transposition du mécanisme du double legs conditionnel à la donation. Comment fonctionne alors une telle libéralité ? Il faut considérer que le donateur donne un bien à X sous condition résolutoire de son prédécès sans enfant à Y et donne à Y le même bien sous condition suspensive de sa survie à X. Si la condition défaille, la donation à Y sera caduque et la donation à X sera définitivement consolidée. Au décès de X sans descendant, le donateur pourra exercer son droit de retour légal, en nature ou en valeur selon que le bien se retrouve ou non dans la succession. Maintenant, si la condition se réalise, la donation faite à Y vient à l'existence rétroactivement. Corrélativement, la donation faite à X, prédécédé sans enfant, est censée n'avoir jamais existée. Il en résulte que le donateur ne pourra pas revendiquer dans la succession de X un quelconque droit de retour, fut-il en valeur.

En définitive, ce mécanisme constitue toujours une alternative intéressante aux libéralités graduelles et résiduelles en ce qu'elle repose, sans contestation possible, sur un mécanisme conditionnel. Par ailleurs, leurs effets sont, en fait, identiques lorsque la condition se réalise : les deux gratifiés auront profité successivement de la disposition. En droit, en revanche, seul le survivant aura la qualité de donataire.

**359.-** A présent, il est temps de conclure sur ce titre consacré à l'éviction du retour légal à l'initiative du donateur en faisant deux observations.

---

<sup>559</sup> V. M. Grimaldi, *ibidem*, note numéro 414, p. 367, pour une liste exhaustive des arrêts sur ce point. Il y apparaît que la jurisprudence exigeait que la condition ne soit pas le prédécès pur et simple du légataire mais son prédécès circonstancié, notamment le prédécès sans postérité.

La première pour insister sur la renonciation au retour légal après l'ouverture de la succession, solution absolument certaine et valable pour évincer l'application des textes et pour rappeler que le principe de prohibition des pactes sur succession future devrait aujourd'hui encore sanctionner par la nullité toute renonciation anticipée au retour légal.

La seconde observation met l'accent sur l'intérêt juridique du mécanisme conditionnel pour évincer non seulement le retour en nature mais aussi le retour en valeur et ce, que l'acte utilisé pour la transmission au défunt décédé sans descendant soit à titre gratuit ou onéreux. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que le jeu de la condition sert à contourner l'ordre public successoral.<sup>560</sup> Au-delà, il est sans doute regrettable qu'en l'état, les textes ne permettent pas au disposant d'exclure avec certitude le retour légal au moyen des nouveaux outils servant à organiser la transmission de ses biens alors que la ratio legis semblerait le permettre. On pense évidemment aux libéralités graduelles ou résiduelles.

Après avoir recherché si et comment le donataire et le donateur pouvaient évincer le droit de retour légal, trop encombrant, trop compliqué, source de difficultés et de tensions, peu efficace, il convient de rechercher comment ce droit peut voir ses effets renforcés.

---

<sup>560</sup> V. supra ce qui a été dit de la tontine et des pactes sur succession future.

## **SECONDE SOUS-PARTIE : LE RENFORCEMENT DU RETOUR LEGAL**

**360.-** Que faut-il entendre par renforcement du retour légal ? En premier lieu, le renforcement du retour légal passe par la convention des parties qui stipulent un droit de retour d'une nature différente : le droit de retour conventionnel. Par ses effets conventionnels redoutables, ce droit rend le retour légal sans objet et assure pleinement la conservation des biens dans la famille, du vivant du donateur tout au moins. Ce moyen de renforcer le retour légal a toujours été admis. D'ailleurs, dans l'affaire Roux contre Ménard dont nous avons longuement parlé, il était reproché d'avoir restreint le jeu du retour légal au moyen d'une convention. Il n'aurait certainement pas été reproché d'avoir fortifié les effets du retour légal. Ce moyen de renforcement conventionnel existant présente de nombreux avantages qu'il faudra exposer dans un premier temps (Titre I).

En second lieu, le renforcement du retour légal doit sans doute passer par une consolidation législative souhaitée (Titre II). Il s'agira de savoir comment l'on peut supprimer certaines difficultés, certaines imprécisions et certaines ambiguïtés qui résultent des textes actuels. Il sera question de mettre en harmonie les textes et leurs fondements. Cette étude nous conduira peut être au-delà d'une simple consolidation des textes : peut-être faudra-t-il envisager leur abrogation ?

## **Titre I. Le renforcement conventionnel existant ou les avantages du retour conventionnel**

**361.-** Deux remarques liminaires introduiront ce titre. La première remarque est l'occasion de relever que, si le retour conventionnel semble être la meilleure voie pour renforcer le retour légal, ce n'est pas la seule. Entendons par là que d'autres moyens permettent au donateur d'assurer la conservation des biens eux-mêmes dans la famille. Nous les avons déjà évoqués et nous nous contenterons ici d'en donner deux exemples empruntés au droit des libéralités. Premier exemple : un père qui, au moyen d'une libéralité graduelle ou résiduelle, dispose d'un bien de famille au profit de l'un de ses fils, handicapé sans enfant, et désigne comme appelé son autre fils, assure sans aucun doute la conservation des biens dans la famille. Deuxième exemple : un défunt qui lègue l'usufruit d'un bien de famille à son conjoint et la nue-propriété à son frère, assure la conservation du bien dans la famille mieux que ne le fait l'article 757-3. Dans ce dernier exemple, on notera que le retour conventionnel ne peut pas concurrencer la disposition. On touche là à une faiblesse inhérente au retour conventionnel.

**362.-** Et justement, la seconde remarque prend directement le contre-pied des développements qui vont suivre. Il s'agit d'appréhender les limites que peut présenter ce mécanisme si avantageux. On peut en dénombrer quatre.

La première résulte de la loi elle-même. L'article 951 deuxième alinéa dispose que : « *ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul* ». Seul le donateur peut bénéficier d'un tel droit de retour : impossible pour lui de le stipuler au profit de son conjoint ou de ses enfants alors que le retour légal peut bénéficier à ces derniers<sup>561</sup>. Impossible également de stipuler une telle clause dans un legs. Le legs ne prenant effet qu'au décès du disposant, il est impossible de faire bénéficier ce disposant d'un quelconque droit de retour conventionnel. Cela explique que le retour

---

<sup>561</sup> Cf. art. 757-3 ou art. 368-1 C. civ. La jurisprudence a d'ailleurs annulé des donations lorsque le retour conventionnel était stipulé au bénéfice des héritiers du donateur ou d'un tiers (Cass. civ. 21 juin 1841 : S. 1841, 1, 603 ; Cass. civ. 18 avril 1842 : S. 1842, 1, 525 et Cass. req. 8 avril 1842 : S. 1842, 1, 526). En revanche, si le retour est stipulé au bénéfice du donateur et d'une tierce personne, la libéralité demeure valable et la clause de retour, nulle à l'égard du tiers, reste valable à l'égard du donateur (Cass. req. 8 juin 1836 : S. 1836, 1, 403).

conventionnel ne puisse jamais venir renforcer le droit de retour légal de l'article 757-3 qui présuppose le prédécès des donateurs.<sup>562</sup>

La seconde limite tient à la ténacité du retour légal. Elle peut être constatée dans le cadre de l'article 738-2. Nous verrons qu'une des raisons du succès du retour conventionnel est que l'on peut y renoncer avant l'ouverture de la succession. Il est fréquent que le donateur qui s'est réservé un tel droit y renonce pour permettre au gratifié de disposer du bien en toute sécurité pour l'acquéreur. Précisément dans ce cas, la renonciation au retour conventionnel n'empêchera pas le retour légal en valeur de jouer si les conditions en sont réunies. Si le retour conventionnel éclipse le retour légal, elle ne le supprime pas. Ce dernier reste en embuscade.

La troisième est relative aux limites du mécanisme conditionnel. Ce mécanisme dont il sera souligné l'efficacité, n'empêche pourtant pas, en lui-même, que le donataire dispose des biens donnés.<sup>563</sup> Les aliénations consenties par le gratifié seront simplement soumises à la même condition de sorte que si la condition ne se réalise pas parce que le donateur prédécède au gratifié, les droits de ce dernier et, partant, ceux de ses ayants cause, seront consolidés. Ceci est vrai en droit, mais cela doit être relativisé en fait.<sup>564</sup>

Enfin, le dernier inconvénient du retour conventionnel est également une contrepartie de sa nature conventionnelle. Son succès est dû au mécanisme de la condition résolutoire qui, en l'espèce, joue de plein droit telle une clause résolutoire.<sup>565</sup> Il en résulte qu'à la différence du droit de retour légal auquel on peut renoncer après l'ouverture de la succession, il n'est en principe pas possible de renoncer au retour conventionnel après le décès sans opérer une renonciation translatrice de droits.<sup>566</sup>

---

<sup>562</sup> Cependant, on notera que depuis la loi du 23 juin 2006, le texte entend s'appliquer aux biens reçus des ascendants ordinaires, pour lesquels il n'est pas exigé qu'ils soient prédécédés. A leur égard, la stipulation d'un droit de retour conventionnel pourrait être envisagée et serait utile.

<sup>563</sup> V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 février 1996 : Bull. civ. I, n° 62, RTD civ. 1997, p. 721, obs Patarin.

<sup>564</sup> La seule manière de rendre le bien indisponible en droit est la stipulation d'une clause d'inaliénabilité qui est généralement prévue cumulativement. En fait, il est peu probable qu'un tiers accepte de contracter sous condition résolutoire.

<sup>565</sup> V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 mars 1963 : JCP N 1963, II, 13148.

<sup>566</sup> V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 février 1975 : Bull. civ. I, n° 67 qui semble admettre une renonciation au retour conventionnel après le décès. Certains auteurs considèrent qu'en raison de l'automatisme du droit, une telle renonciation engendre une nouvelle libéralité faite au bénéfice des héritiers du donataire avec les conséquences civiles et fiscales que l'on sait. Pour la discussion de ce principe, V. infra ce qui sera dit sur la souplesse inhérente au mécanisme. Contra., V. A. Chappert, « Aspects fiscaux du droit de retour conventionnel », Defrénois 2001, art. 37343, spéc. n° 19 et 20.

Ceci étant précisé, il est à présent possible de se consacrer à l'étude des avantages du droit de retour conventionnel tant en matière civile (Chapitre 1) qu'en matière fiscale (Chapitre 2).

## **Chapitre 1. Les avantages civils du retour conventionnel**

**363.-** Ces avantages qui, de tout temps ont été à l'origine de son succès, peuvent être résumés en deux mots : efficacité et souplesse. Efficacité du retour conventionnel (Section 1) et souplesse du retour conventionnel (Section 2), tels sont les deux points qui seront détaillés rapidement ci-après.

### ***Section 1. L'efficacité du retour conventionnel***

**364.-** Le développement qui suit sera assez bref dans la mesure où l'efficacité du mécanisme ne tient qu'au fait que le retour conventionnel ne s'analyse pas en un droit de succession d'origine légale mais en un mécanisme purement conventionnel. Plus précisément, il s'analyse en une condition résolutoire. La donation est faite sous la condition résolutoire du prédécès du donataire. L'intérêt se trouve dans l'application rétroactive de la condition résolutoire. Au décès du donataire, tout se passe comme si la donation n'avait jamais été consentie, comme si le bien en question n'était pas sorti du patrimoine du donateur. Parallèlement, le donataire défunt est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur le bien. Comme nul ne peut disposer de plus de droit qu'il n'en a, les aliénations à titre gratuit comme à titre onéreux ainsi que les constitutions de droits réels consenties par le défunt sont, elles aussi, rétroactivement anéanties. Le donateur peut donc revendiquer son bien entre n'importe quelles mains. Il se trouve ainsi assuré que son droit de retour ne sera pas réduit à néant par une aliénation du donataire. Très sûr pour le disposant, ce mécanisme n'est pas forcément source d'insécurité juridique pour les tiers, notamment en matière immobilière. En cette matière, la publication de la clause de retour conventionnel au bureau des hypothèques avertira ces derniers de la précarité du droit du propriétaire.

En outre, par comparaison avec les deux nouveaux cas de retour légal, le retour conventionnel présente l'important avantage de permettre à coup sûr le retour de l'entier bien donné et non seulement d'une quote-part.

**365.-** Signalons tout de même que cet effet radical connaît une exception légale d'une faible importance pratique et souffre des tempéraments de droit commun. L'exception légale énoncée à l'article 952, admet l'opposabilité de l'hypothèque légale des époux au donateur lorsqu'il s'agit d'une donation par contrat de mariage. Au nombre des tempéraments de droit commun on peut compter le maintien des actes conservatoires et d'administration, la protection des tiers acquéreurs de bonne foi en matière mobilière ou l'inopposabilité du retour non publié en matière immobilière.

L'intérêt de ce mécanisme réside également dans le nombre réduit des conditions qu'il impose pour sa mise en œuvre. On touche alors au second avantage du retour conventionnel : la souplesse du mécanisme.

## ***Section 2. La souplesse du retour conventionnel***

Cette souplesse, cette flexibilité du retour conventionnel qui la distingue du retour légal, se constate tant au niveau des conditions de mise en œuvre du droit (§1), qu'au niveau de ses effets (§2). Tels seront les deux points développés ci-après.

### ***§ 1. La souplesse des conditions***

**366.-** Tout d'abord, en la forme, le retour conventionnel n'exige le respect d'aucune formule particulière. Simplement, il suppose que la volonté des parties soit certaine ce qui ouvre la voie à l'interprétation souveraine des juges du fond.<sup>567</sup> Il est également admis qu'il puisse être stipulé dans l'acte initial de donation ou par acte séparé, éventuellement postérieur.<sup>568</sup>

---

<sup>567</sup> Pour un exemple, V. Cass. req. 2 mars 1887 : DP 1887, 1, p. 204.

<sup>568</sup> Sur ce point, V. M. Grimaldi, Droit Civil, Libéralités et partages d'ascendants, éd. Litec 2000, n° 1228, note 499.

**367.-** Quant au fond, il peut naturellement être stipulé dans n'importe quel type de donation ayant pour objet n'importe quel type de bien. N'étant pas un droit successoral, il peut même faire l'objet d'aménagements sans risquer de tomber sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future. Ainsi, peut-il ne porter que sur certains biens donnés et non sur tous. Il peut également être limité à certains droits sur le bien donné, par exemple la nue-propriété ce qui permettra de donner effet aux libéralités en usufruit que le donataire défunt aura pu consentir à son conjoint survivant. Son opposabilité peut parfois être réduite : le donateur renoncera dans l'acte à opposer son droit à tel ou tel ayant-cause du défunt. D'autres fois encore, le donateur pourra stipuler qu'il renoncera à opposer son droit contre les tiers acquéreurs mais l'exercera sur le prix de vente ou ce qui en sera la représentation. L'admission de la subrogation réelle n'a jamais fait de doute en la matière. Cette variante pourra notamment être stipulée dans les donations de sommes d'argent. Plus généralement, elle permet d'assurer au donataire la libre disposition du bien donné tout en assurant au donateur qu'il obtiendra le retour du bénéfice de la donation. Par son objectif, cette variante se rapproche des fondements du retour légal actuel : la conservation de la richesse plus que des biens eux-mêmes.

**368.-** Enfin, en raison de sa nature conventionnelle, ce droit est totalement indépendant de la succession du donataire. Point n'est besoin pour son bénéficiaire d'être apte à succéder ou même d'accepter la succession.<sup>569</sup> Cette différence de nature explique d'ailleurs bien d'autres différences dans le régime des deux types de droit de retour : notamment le fait que le retour conventionnel ne donne pas ouverture aux droits de mutation par décès et l'absence d'obligation au passif successoral.

## **§ 2. La souplesse des effets**

Même si cela peut paraître contradictoire, ce mécanisme très efficace peut également se montrer très souple dans ses effets.

---

<sup>569</sup> V. sur ce point les motifs de l'arrêt précité du 18 février 1975 selon lesquels : « *la renonciation à la succession du donataire n'emporte pas de la part du donateur renonciation à l'exercice de son droit de retour qui opère résolution rétroactive de la donation* ».

**369.-** En premier lieu, le champ d'application du retour conventionnel est plus étendu que celui du retour légal. La loi prévoit qu'il est possible de stipuler le retour conventionnel en cas de prédécès du donataire seul, sans se soucier du point de savoir s'il a des descendants. De même, il est possible aux termes de la loi de stipuler que le retour conventionnel jouera en cas de prédécès du donateur et de ses descendants. Il en résulte que le donateur pourra, si cela a été stipulé, reprendre le bien qu'il a donné en qualité de propriétaire en cas de prédécès du donataire sans descendant ou même en cas de prédécès du donataire et de ses enfants, ce qui est impossible en cas de retour légal. Enfin, on peut imaginer que le retour conventionnel s'ouvre par le décès du donataire sans descendant ce qui implique, à la différence de l'hypothèse précédente, que la présence d'un descendant quel qu'il soit, fasse définitivement obstacle au jeu du retour.<sup>570</sup>

**370.-** En second lieu, s'il est impossible de renoncer par anticipation au droit de succession qu'est le droit de retour légal, il est possible à tout moment pour le donateur de renoncer à la condition résolutoire que constitue le retour conventionnel tant que la condition n'est pas réalisée, pendente conditione, dit-on. Cette pratique est d'ailleurs très courante car elle permet au donataire de disposer du bien en ne faisant courir aucun risque d'éviction à l'acquéreur quant à la réalisation ou non de la condition résolutoire. Comme lors de la stipulation du droit, la renonciation peut n'être que partielle ou ne porter que sur la rétroactivité de la condition. Naturellement, nous l'avons dit, une telle renonciation laisse subsister le retour légal dans la mesure où il peut s'appliquer.<sup>571</sup>

**371.-** En dernier lieu, il convient de s'interroger sur la possibilité de renoncer au retour une fois la condition réalisée. Nous avons dit en introduction de ce titre que cette solution était dangereuse tant sur le plan civil que fiscal en raison de l'automaticité du retour conventionnel qui joue de plein droit.<sup>572</sup> Monsieur le professeur Grimaldi affirme pourtant que cette position ne paraît pas s'imposer. Il considère que la clause résolutoire qui, elle aussi produit effet de plein droit, « *semble*

---

<sup>570</sup> On peut aussi imaginer un retour conventionnel s'ouvrant en cas de prédécès du donataire et de certains de ses enfants.

<sup>571</sup> Décider le contraire serait conclure un pacte sur succession future prohibé.

<sup>572</sup> Cette thèse a également été défendue par Messieurs Terré et Lequette, ouvrage précité, n° 451 ou encore par Monsieur Fruleux, « La fiscalité des droit de retour », RFN n°3, mars 2009, étude 3.

*avoir pour fonction de priver le juge de son pouvoir d'appréciation et non d'imposer la résolution à celui au bénéfice duquel elle a été prévue mais qui finalement ne la souhaite pas* ». Pour lui, « *l'automatisme de la clause devrait être compris en ce sens que la résolution est acquise sans discussion possible si et seulement si son bénéficiaire s'en prévaut* ». Voilà qui mettrait encore plus de flexibilité dans les rouages du retour conventionnel. En tout état de cause, pour laisser une telle possibilité au donateur, rien n'interdit de stipuler, comme dans les actes à titre onéreux, que la résolution de plein droit interviendra « s'il plaît » au donateur ou si le donateur s'en prévaut dans tel délai.<sup>573</sup>

Après avoir dressé un bref panorama des avantages civils du retour conventionnel comparé au retour légal, il faut s'attarder maintenant quelque temps sur ses avantages fiscaux.

## **Chapitre 2. Les avantages fiscaux du retour conventionnel**

**372.-** Si l'on met de côté l'article 757-3 qui subit une fiscalité successorale classique, on est amené à constater depuis 2010 que le droit de retour légal de l'article 738-2 et le droit de retour conventionnel bénéficient tous deux d'un traitement fiscal de faveur largement convergent au fil des réformes. Cette convergence des régimes fiscaux ne retire pourtant rien à l'intérêt du retour conventionnel.

La fiscalité du retour conventionnel, comparable depuis 2010 à celle du retour légal de l'article 738-2, peut être résumée brièvement en trois points qui seront analysés ci-après : l'absence de mutation taxable du fait du retour (Section 1), la possible restitution des droits acquittés (Section 2) à raison de la donation ouvrant droit au retour et enfin, l'imputation des droits acquittés (Section 3) lors de la donation ouvrant droit au retour sur les droits dus lors d'une seconde donation.

---

<sup>573</sup> M. Grimaldi, Droit Civil, Libéralités et partage d'ascendants, n°1236 et note 541.

### **Section 1. L'absence de mutation taxable du fait du retour**

**373.-** La question est de savoir si l'exercice du retour conventionnel donne ouverture aux droits de mutation. Un premier élément de réponse figure à l'article 1961, aliéna 3 du CGI. Ce texte dispose que : « *L'annulation, la révocation, la résolution ou la rescision prononcée pour quelque cause que ce soit, par jugement ou arrêt, ne donne pas lieu à la perception du droit proportionnel d'enregistrement.* » Si aucun droit d'enregistrement n'est dû en cas de résolution judiciaire, qu'en est-il de la résolution conventionnelle comme le retour conventionnel ?

Selon Maguéro, la résolution n'était pas, dans l'ancien droit, analysée comme une mutation puisqu'elle entraîne disparition de l'acte résolu et non transmission de propriété, à la différence de la rétrocession.<sup>574</sup> La difficulté était cependant que les parties pouvaient, en prévoyant la résolution, organiser une rétrocession en fraude des droits d'enregistrement. C'est pour cette raison, lutter contre la fraude, que l'article 1961 du CGI a tranché le débat en exonérant de droit et en permettant, par ailleurs, la restitution des droits perçus lors de la première mutation uniquement lorsque la résolution était judiciairement prononcée.

En dehors du texte il faut donc considérer que le principe demeure la taxation. Toutefois, l'administration fiscale a tempéré dans sa doctrine le principe en admettant que le retour conventionnel fondé sur les articles 951 et 952 du Code civil ne donne pas ouverture aux droits de mutation par décès.<sup>575</sup>

**374.-** A l'inverse, la même doctrine administrative considère en principe que le retour légal donne ouverture aux droits de mutation par décès, comme étant un droit héréditaire.<sup>576</sup> Nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer, mais notons que ce principe souffre une exception pour ce qui concerne l'article 738-2 pour lequel la loi prévoit expressément qu'il ne donne pas lieu à la perception des droits de mutation à titre gratuit.<sup>577</sup>

Sur ce premier point on constate donc que le régime de faveur accordé à l'article 738-2, est comparable au régime fiscal du retour conventionnel. Malgré tout,

---

<sup>574</sup> Maguéro, Traité alphabétique de l'enregistrement, 1937, V. Résolution, n° 55 et Restitution, n° 97.

<sup>575</sup> Doc. adm. 7 G 2112, § 45, mise à jour le 20 décembre 1996 et aussi, Instr. 22 nov. 2007 : BOI 7 G-6-07, § 13.

<sup>576</sup> Doc. adm. 7 G 2112, § 45, mise à jour le 20 décembre 1996 pour ce qui concerne l'article 368-1 et aussi, Instr. 22 nov. 2007 : BOI 7 G-6-07, § 14 et 15 pour ce qui concerne l'article 757-3.

<sup>577</sup> Art. 763 bis CGI et Instr. 22 nov. 2007 : BOI 7 G-6-07, § 12.

il ne faut pas considérer que le retour légal concurrence le retour conventionnel. Ce dernier reste plus efficace en raison des inconvénients civils du retour légal que nous avons déjà relevés : imputation du montant du retour sur les droits légaux, non cumul que permet le retour conventionnel et retour en franchise d'impôt d'une quote-part du bien donné et parfois de tout le bien, alors que le retour conventionnel permet assurément le retour en franchise d'impôt de tout le bien donné.<sup>578</sup> L'avantage reste donc au retour conventionnel.

Passons maintenant à la question de la restitution des droits acquittés lors de la mutation initiale.

## **Section 2. La possible restitution des droits acquittés**

**375.-** Dans un premier temps, cette possibilité a été ouverte par un arrêt du 4 décembre 2007 de la chambre commerciale de la Cour de cassation en ce qui concerne le droit de retour conventionnel.<sup>579</sup> La cour a considéré que l'article 1961, alinéa premier du CGI « *qui énumère des exceptions au principe de la restitution des droits régulièrement perçus sur les actes ou contrats ultérieurement révoqués ou résolus, doit être strictement interprété* ». Elle ajoute « *qu'il n'était pas possible d'adjoindre à un texte fiscal clair et précis une disposition qu'il ne comporte pas* ». Comme les articles 951 et 952 ne figurent pas expressément dans les textes énumérés par l'article 1961 du CGI, il n'y pas lieu de refuser la restitution des droits comme le prescrit ce texte pour les cas qu'il vise. Quatre remarques peuvent être formulées à propos de cet arrêt.

Première remarque, l'arrêt va incontestablement à l'encontre de la doctrine administrative qui était appelée à l'appui du pourvoi. Cette doctrine considérait le texte de l'article 1961, alinéa premier, non comme une exception à un principe de restitution des droits, mais comme l'expression d'un principe de non restitution.<sup>580</sup>

---

<sup>578</sup> Pour être complet, signalons que le retour conventionnel des biens immobiliers donne lieu au paiement de la Taxe de Publicité Foncière à 0, 715 % et que le jeu du retour conventionnel rend exigible, d'une manière générale, le droit fixe des actes innommés à 125 euros.

<sup>579</sup> Cass. com., 4 décembre 2007, n° 06-12.024 : JCPN 2008, 1147, note Lefeuvre ; RFN 2008, n°3 et 5, note Debat ; Defrénois 2008, art. 38803, note Douet ; Droit Fiscal, n° 12, 20 mars 2008, « Restitution des droits en cas de révocation d'une donation par prédécès du donataire », comm. F. Deboissy.

<sup>580</sup> Principe qui était incontestable avant l'adoption du texte en 1912 et qui reposait sur l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII lequel disposait : « *Tout droit d'enregistrement perçu régulièrement en conformité de la présente ne pourra être restitué, quels que soient les événements ultérieurs, sauf les cas prévus par la présente.* »

C'est en application de cette doctrine, que l'administration fiscale soutenait dans les deux branches de son moyen que la cour d'appel avait violé les dispositions de l'article 1961, alinéa premier. La Cour de cassation refuse d'entrer dans ce débat en considérant que les motifs invoqués sont surabondants et s'en tient à une analyse littérale du texte, favorable au contribuable.

Deuxième remarque, un précédent vient conforter la solution de l'arrêt. En effet, dans un arrêt de rejet du 24 décembre 1968, la chambre commerciale avait déjà approuvé un tribunal de grande instance qui avait jugé, à propos d'une demande en restitution des droits perçus à l'occasion de la vente d'un fonds de commerce ayant été résolue pour non délivrance de la chose sur le fondement de l'article 1610 du Code civil, qu'il n'était pas possible d'adjoindre à un texte fiscal clair et précis, (l'article 1961 précisément) une disposition qu'il ne comporte pas.

La troisième remarque est l'occasion de relever la simplicité de la solution : ou bien la résolution de l'acte est fondée sur une disposition visée par le texte fiscal et la restitution est, par exception, impossible ; ou bien la résolution est fondée sur d'autres textes et la restitution est possible. Précisons que la demande de restitution doit être présentée au plus tard le 31 décembre de la deuxième année qui suit l'année au cours de laquelle la résolution de la donation est intervenue. Le créancier de la restitution est évidemment celui qui avait acquitté les droits à l'occasion de la donation résolue : le donateur s'il les avait pris en charge, ou la succession du donataire défunt si les droits avaient été payés par ce dernier, ce qui occasionne un supplément d'actif taxable.

Enfin, quatrième remarque, l'arrêt ayant été rendu à propos du droit de retour conventionnel, jouant comme une condition résolutoire, il était exclu que sa solution soit étendue au droit de retour légal.<sup>581</sup>

---

Madame Deboissy rappelle dans l'article précité (n°10 et 11), que les commentateurs de l'époque ont compris la réforme de 1912 comme maintenant le principe de non restitution. Elle ajoute que trois raisons expliquent le maintien de ce principe. Deux raisons paraissent essentielles et visent à éviter la fraude qui consisterait à réaliser des transferts temporaires de jouissance ou des rétrocessions en franchise totale d'impôt. C'est ce qui explique la doctrine administrative contemporaine de l'arrêt qui n'admettait que les restitutions fondées sur une cause légale, un cas fortuit ou de forces majeures, en dehors de toute intervention judiciaire. V. Doc. Adm. DGI 13 O 223, 30 avril 1996, n°4.

<sup>581</sup> Contra. V. Fr Lefebvre, « Droits de donation. Retour des biens donnés dans la patrimoine du donateur », flash fiscal 7 mars 2008, n° 3. D'ailleurs, l'administration fiscale avait indiqué depuis que les droits perçus lors de la donation ne peuvent être restitués dès lors qu'ils ont été régulièrement perçus (Instr. 10 juillet 2009 : BOI 7 G-7-09, § 64.).

Notons que certains considèrent également que, par identité de motifs, la solution devrait être la même pour une donation résolue pour survenance d'enfant depuis 2007 (V. F. Fruleux, « Donations faisant l'objet d'un droit de retour légal ou conventionnel, restitution ou imputation ? », JCPN 2008, 1307, n° 19.

**376.-** Dans un second temps, un amendement à la loi de finances 2010 a complété le mécanisme d'imputation, sur lequel nous reviendrons dans quelques instants, par la possibilité en cas de retour des biens au donateur en application des articles 738-2, 951 et 952 du Code civil, d'obtenir restitution des droits acquittés lors de la donation « résolue ». <sup>582</sup> Ce faisant, le législateur a confirmé la solution de la Cour de cassation et a, semble-t-il, été mû par la volonté de dissiper l'ambiguïté liée à la divergence entre la position de l'administration fiscale et la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le retour conventionnel. <sup>583</sup> C'est en commission mixte paritaire que le texte a été étendu au retour légal des père et mère.

Même si l'administration n'a pas précisé les modalités de détermination des droits restituables lorsque le retour légal ne porte que sur une quote-part du bien donné, il y a fort à parier que le montant de la restitution sera proportionnel à la quote-part du bien ayant fait retour. <sup>584</sup> De ce point de vue aussi, le droit de retour conventionnel reste plus avantageux.

Quid de la dernière possibilité ouverte au contribuable, celle de l'imputation des droits acquittés sur les droits dus lors d'une nouvelle donation en ligne directe.

### ***Section 3. La possible imputation des droits acquittés***

**377.-** Cette dernière possibilité, admise tant pour le retour conventionnel que pour le retour légal de l'article 738-2, là aussi, est issue de la loi de finances rectificative pour 2007. <sup>585</sup> Il n'est pas certain que ce texte aurait vu le jour si l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2007 avait été diffusé avant le vote de la loi puisque la loi et la jurisprudence semblent en priorité poursuivre le même but : alléger les conséquences fiscales de l'article 1961. <sup>586</sup> Les travaux parlementaires révèlent également les arguments peu juridiques mais pleins de compassion qui ont

---

<sup>582</sup> Il est pour le moins déroutant que l'article 791 ter, alinéa 2 du CGI parle de donation résolue en incluant dans son mécanisme l'article 738-2 qui est un droit successoral !

<sup>583</sup> V. Débat Sénat, 25 novembre 2009, art. 12 decies du projet.

<sup>584</sup> Sauf à ce que l'administration prescrive, comme pour la fiscalité de la libéralité résiduelle, un mode de calcul plus avantageux encore pour le contribuable. A ce sujet et pour un exemple chiffré, V. F. Fruleux, « Vers un renouveau de la libéralité résiduelle ? », JCPN 2008, n° 1, 1004, n° 7 et s.

<sup>585</sup> Art. 791 ter, alinéa premier du CGI.

<sup>586</sup> En priorité seulement puisque le jeu de l'article 1961 est étranger au retour légal de l'article 738-2. Les avantages fiscaux reconnus à ce dernier texte ne semblent avoir été consentis que par faveur et, en quelque sorte, pour compenser au plan fiscal la réforme de 2006.

été invoqués pour soutenir l'instauration de ce mécanisme.<sup>587</sup> Un auteur a relevé en substance et non sans ironie qu'en pareille situation la douleur des parents adoptifs devait être moindre pour ne pas interpellier la pitié fiscale du législateur.<sup>588</sup>

La disposition permet d'imputer les droits acquittés lors d'une donation initiale en ligne directe sur les droits dus lors d'une seconde donation consentie par le donateur initial auquel les biens ont fait retour en application des articles 738-2, 951 et 952. Encore faut-il que la nouvelle donation intervienne en ligne directe et dans les cinq ans du retour des biens dans le patrimoine du donateur.

**378.-** Ce texte a posé des problèmes d'articulation avec le mécanisme de la restitution des droits posé par l'arrêt du 4 décembre 2007 puisque le champ d'application des mécanismes et leurs régimes étaient différents<sup>589</sup>. A ce propos, depuis la loi de finances rectificative pour 2010, trois observations peuvent être formulées avec certitude.

Première observation : au vu de la doctrine administrative la plus récente sur le sujet, il est admis – et ce n'était pas certain auparavant – que l'on puisse combiner les deux alinéas de l'article 791 du CGI, c'est-à-dire l'imputation et la restitution.<sup>590</sup> Si les droits à imputer excèdent les droits dus lors de la seconde donation, la restitution de l'excédant sera possible. On notera que, depuis la première loi de finances rectificative pour 2011<sup>591</sup>, le cas risque de se présenter moins fréquemment en raison de la suppression des réductions de droits lors des donations entre vifs.

Deuxième observation : en revanche, tout cumul des deux mécanismes semble exclu. D'abord parce que l'instruction fiscale du 12 août 2010, si elle envisage expressément la combinaison de l'imputation et de la restitution, ne dit rien du cumul des deux. Ensuite parce que l'imputation après restitution des droits serait sans objet faute de droit à imputer et inversement. Il en résulte que si les héritiers du donataire ayant supporté les droits de donation initiaux demandent la restitution, aucune imputation de ces droits ne pourra intervenir à l'occasion d'une seconde donation que consentirait le donateur à un héritier en ligne directe.

---

<sup>587</sup> Il a été invoqué par exemple, « *la situation bien triste* » des parents bénéficiant du retour ou encore « *les situations extrêmement douloureuses* ». V. A. Lambert, Ph. Marini, ou encore E. Woerth, débat Sénat, 17 décembre 2007.

<sup>588</sup> Il est vrai que tous les avantages fiscaux reconnus aux parents bénéficiaires de l'article 738-2, ne le sont nullement aux parents bénéficiaires de l'article 368-1.

<sup>589</sup> Délais de mise en œuvre différents, bénéficiaires potentiellement différents, résultats différents.

<sup>590</sup> BOI, 12 août 2010, n°76, 7 G-4-10, n° 33.

<sup>591</sup> Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011.

Troisième observation : pour le reste et en dehors des cas simples où seul un mécanisme est susceptible de s'appliquer<sup>592</sup>, les parties auront un choix à opérer en fonction des avantages et inconvénients de chaque solution. Si elles retiennent la restitution, celle-ci ne pourra bénéficier qu'à celui qui a acquitté les droits initiaux, elle doit être demandée dans un délai relativement bref, elle peut constituer un actif successoral taxable si c'était le défunt qui avait payé les droits mais elle permettra toujours le remboursement de l'intégralité des droits. Si elles choisissent l'imputation, celle-ci pourra s'appliquer quel qu'ait été le débiteur des droits initialement et quel que soit le débiteur des droits nouvellement dus. Le délai pour bénéficier de la mesure est plus long, le montant des droits imputés ne doit sans doute pas constituer un actif successoral taxable<sup>593</sup> mais l'imputation ne joue que dans la limite des droits dus lors de la nouvelle donation.

**379.-** En conclusion de ces brefs développements fiscaux, on relèvera deux contradictions : la première, la plus apparente, est celle qui applique au retour légal de l'article 738-2 uniquement, le régime fiscal du retour conventionnel en dépit de toute logique juridique, par simple faveur, pour compenser assez curieusement les effets civils de la suppression de la réserve des ascendants.

La seconde contradiction, plus profonde, fait resurgir la conservation des biens là où elle n'avait, semble-t-il, plus sa place. Cela était perceptible lors de l'adoption du mécanisme de l'imputation de l'article 791 alinéa premier du CGI. Ce texte a été justifié, entre autres arguments compassionnels, par le souhait d'éviter une double taxation dommageable à la pérennité de l'entreprise.<sup>594</sup> Le but était donc, compte tenu du mécanisme qui impose une nouvelle transmission en ligne directe, que la fiscalité ne mette pas en péril la conservation des biens dans la famille, notamment l'entreprise familiale. En étendant ce mécanisme au retour légal de l'article 738-2, par mesure de faveur, le législateur fiscal a donc réintroduit l'objectif de conservation des biens dans la famille au niveau du retour légal. Cette nouvelle prise en compte de la conservation des biens dans la famille est insidieuse et d'une faible portée juridique mais elle doit retenir l'attention. Elle démontre, au même titre que le retour

---

<sup>592</sup> Par exemple, seule la restitution sera envisageable si le donateur initial ayant bénéficié du retour n'entend pas consentir une nouvelle donation en ligne directe dans les cinq ans. Inversement, seule l'imputation sera possible si le délai de réclamation de l'article R. 196-1c du L.P.F est expiré.

<sup>593</sup> En l'absence de position prise par l'administration fiscale sur ce point, V. F. Fruleux, JCPN 2008, 1307, n°42.

<sup>594</sup> V. A. Lambert, débat Sénat, 17 décembre 2007

conventionnel lui-même, l'importance qu'a cette idée encore de nos jours. Idée qu'il ne faut pas sous-estimer au moment de s'interroger sur l'éventuelle consolidation législative des textes en vigueur.

## **Titre II. La consolidation législative souhaitée : modification ou abrogation du droit de retour ?**

**380.-** Jusqu'à présent, il a été constaté que les deux nouveaux cas de retour légal posent de nombreuses questions. En dépit des solutions qui ont été proposées, certaines restent sans réponse assurée comme celle de l'exercice du retour légal en présence d'une donation complexe, celle de la prise en compte des améliorations apportées au bien par le défunt ou celle de la détermination in abstracto du montant du retour de l'article 738-2 ou encore, dans le cadre du même texte, celle de l'exercice du retour légal face à un légataire universel et à conjoint survivant réservataire. Certaines autres questions ont cependant pu être résolues avec plus de certitude : ainsi en va-t-il de la résolution, pour les deux textes, de la question de l'opposition du retour légal et du droit viager au logement du conjoint survivant, de l'application de l'article 738-2 à tous les ascendants privilégiés, naturels ou adoptifs ou encore celle du caractère d'ordre public de l'article 738-2.

En outre, l'étude des articles 738-2 et 757-3 a permis de révéler la difficulté qu'il y a à leur trouver des fondements solides et cohérents. Cette difficulté est due aux innovations des deux textes par rapport au droit de retour légal d'hier : le retour limité à une quote-part de bien, le possible exercice en valeur de l'article 738-2 et, concernant ce dernier texte, l'imputation du montant du droit de retour sur les droits légaux des père et mère.

Ces difficultés, ces solutions incertaines, ces incohérences et ces effets nouveaux nous ont d'ailleurs encouragé à envisager l'éviction du retour légal.

Au bénéfice de ces développements, il est temps de se demander si le renforcement de l'institution du retour légal ne doit pas passer par une modification, voire une abrogation, des textes en vigueur. Pour ce qui concerne l'article 757-3, l'option la meilleure est sans doute son maintien moyennant quelques améliorations

(Chapitre 1). Pour ce qui concerne l'article 738-2, les améliorations possibles ne doivent pas exclure l'hypothèse de son abrogation (Chapitre 2).

## **Chapitre 1. Article 757-3 : maintien et améliorations du texte**

Le maintien du droit de retour de l'article 757-3 est sans doute préférable à son abrogation (Section 1). Toutefois, le texte mériterait quelques modifications, notamment afin de consolider son fondement (Section 2).

### ***Section 1. Le maintien préférable à l'abrogation***

La tentation de l'abrogation du texte pour des raisons de simplicité doit être écartée au profit du maintien de ce cas de retour légal qui, des deux nouveaux textes, semble le mieux fondé et pose le moins de problème.

**381.-** Il a été indiqué au début de ce travail que le texte était le résultat d'une transaction entre l'Assemblée nationale et le Sénat sur le point de savoir jusqu'où devait aller la promotion du conjoint survivant. Il a été constaté, qu'en l'état, le texte n'a pas pour fonction d'assurer la conservation des biens eux-mêmes dans la famille mais seulement une partie de la richesse familiale.

Au fond, le reproche que l'on peut faire aux parlementaires n'est pas d'avoir orienté le débat sur la conservation des biens dans la famille. C'était en effet le seul moyen qu'ils avaient de justifier la compensation qu'ils souhaitaient pour la famille par le sang. On l'a dit, les collatéraux n'ont plus vraiment de raison de concurrencer le conjoint dans le cadre de la dévolution légale si ce n'est pour ce qui concerne les biens de la famille dont ils sont dans l'hypothèse les derniers représentants. Le reproche que l'on peut en revanche leur adresser est de ne pas avoir été au bout de leur raisonnement, de ne pas avoir reconnu que le système mis en place, loin d'assurer la conservation des biens dans la famille, n'était en fait qu'un moyen de contrer l'écrasante promotion du conjoint. Le reproche est de ne pas avoir vu alors qu'il existait peut-être des solutions plus simples et plus cohérentes pour parvenir à

ce résultat là. Si l'on voulait mettre en œuvre ces solutions aujourd'hui, il faudrait abroger le retour de l'article 757-3.

**382.-** La première de ces solutions, la plus simple parce qu'elle ne souffre pas la contradiction, serait de s'en tenir au principe de l'article 757-2. Si le politique l'avait retenue en 2001, il aurait eu le mérite d'aller jusqu'au bout de ses convictions. Le but de la loi étant de promouvoir le conjoint survivant dans la dévolution légale, l'exclusion sans contrepartie des collatéraux privilégiés aurait été le symbole de cette promotion sans faille. C'était du reste l'intention première de l'Assemblée nationale. Cependant, les arguments du Sénat n'étaient pas dénués de tout fondement et il faut bien admettre que cette position serait sans doute excessive.

**383.-** Une seconde solution est alors envisageable et se rapproche de la proposition des sénateurs au début de la discussion parlementaire. Il s'agit d'octroyer en cas de concours entre les frères et sœurs et le conjoint une quote-part de la succession à chacun d'eux. Reste à en déterminer le montant. Les sénateurs avaient vainement proposé dans ce cas de partager la succession par moitié. Ce système avait l'avantage de l'équivalence avec la dévolution en l'absence de conjoint et en présence des père et mère. Il avait également l'avantage de restituer aux frères et sœurs la part que les père et mère auraient reçue s'ils avaient survécu. Mais c'était peut être trop tenir compte de la famille par le sang et pas assez de la présence du conjoint et de la volonté affichée de le promouvoir. Dans ce cas, peut-être aurait-il suffi de diminuer la part attribuée aux collatéraux privilégiés ? Un tiers ou seulement un quart en pleine propriété aurait sans doute suffi.

Cette dernière solution pourrait être la meilleure à deux égards.

D'une part, attribuer une quote-part de la succession aux collatéraux privilégiés en présence du conjoint, quote-part plus faible que celle du conjoint, se rapproche assez de la solution retenue par l'article 757-3 dans la mesure où, dans bien des cas, le droit de retour aboutira à la licitation du bien qui en était l'objet de sorte que les frères et sœurs, au total, ne recueilleront qu'une quote-part de la succession. Il faut avouer que pour un résultat similaire l'une des solutions est plus simple que l'autre.

D'autre part, cette solution est fondée sur la justification réelle du droit de retour de l'article 757-3 à savoir fixer une limite à la promotion successorale du

conjoint survivant, constituer une contrepartie à cette promotion. Ainsi se trouverait rempli l'objectif cher au Sénat de ne pas écarter totalement la famille par le sang. Il faut ajouter que la compensation n'en aurait été que plus juste. En effet, le droit de retour légal ne constitue une compensation pour les collatéraux que si des biens susceptibles de retour se trouvent dans la succession.

Enfin, retenir cette solution éviterait de se poser quelques questions embarrassantes dans le régime du retour légal : la question du jeu du retour en présence de donations complexes, la question de la prise en compte ou non des plus-values advenues aux biens du fait du défunt, la question de la subrogation ou encore celle de l'inégalité de traitement entre les frères et sœurs germains utérins et consanguins.

On est amené à constater que le législateur n'est pas allé au bout de sa démarche. Les thèses en présence étaient toutes défendables. Une fois le choix politique fait, le compromis était sans doute nécessaire mais la voie qu'a empruntée ce compromis n'était peut-être pas la meilleure et en tous les cas pas la plus simple.

**384.-** Malgré tout, certaines raisons plaident en faveur du maintien du texte, en tous les cas du maintien d'un droit de retour légal au profit des frères et sœurs en concours avec le conjoint survivant.

La raison essentielle du maintien du droit de retour légal de l'article 757-3 est qu'il est fondé, même de façon sous-jacente on l'a vu, sur l'idée de conservation des biens dans la famille. Par ailleurs, l'instauration d'un droit de retour était sans doute la seule manière de trouver un compromis entre les deux assemblées. Et les solutions que l'on a proposées à l'instant étaient évidemment plus simples mais ne tenaient pas assez compte de la composition des patrimoines actuels et de ce besoin encore très présent de conservation des biens dans les familles. D'ailleurs, la modification qu'a subie le texte en 2006, incluant les biens reçus des ascendants ordinaires dans son champ d'application est bien le signe, d'une part que le législateur n'entend pas supprimer ce texte utile, et d'autre part, du renforcement de son fondement de la conservation dans la famille de la richesse, si ce n'est du bien.

S'il faut donc conserver ce droit de retour légal, il pourrait être utile de modifier le texte, notamment afin de rendre plus cohérent ses effets par rapport à son fondement.

## **Section 2. L'amélioration utile du texte**

L'article 757-3 pose différentes questions qui ont été évoquées au cours de ce travail.

**385.-** Certaines questions n'appellent pas de modifications textuelles. Il en est ainsi de la restauration de la règle « *Paterna paternis, materna maternis* », appliquée aux collatéraux privilégiés qui, si l'on retient le mécanisme du retour légal, se justifie pleinement en dépit des inégalités et tensions qu'elle est susceptible de créer. De même, le caractère supplétif du texte ne fait aucun doute et ne nécessite aucune précision textuelle. En outre, nous sommes arrivés à la conclusion qu'il n'était pas justifié de tenir compte des améliorations advenues aux biens du fait du défunt. Mais encore, nous avons jugé plus sage d'exclure ici le jeu de la subrogation réelle.

Par ailleurs, le concours entre le droit de retour de l'article 368-1 et celui de l'article 757-3 a déjà été résolu en 2006 en supprimant l'identité de condition qui pouvait engendrer le concours. La question du concours entre le droit viager au logement du conjoint survivant et le droit de retour a été tranchée par une réponse ministérielle en faveur du droit viager, transformant par la même le droit de retour en propriété en un droit de nue-propriété. Enfin, nous avons dit qu'il était possible de régler le problème de l'opposition de la réserve du conjoint et du retour en admettant l'existence d'une véritable succession anormale en la matière, succession anormale hermétiquement séparée de la succession ordinaire.

Au fond, la seule réelle difficulté de l'article 757-3 est qu'il implique nécessairement la naissance d'une indivision entre les collatéraux privilégiés et le conjoint survivant sur le bien d'origine familiale. C'est finalement sa seule particularité par rapport aux anciens cas de retour. C'est cette particularité qui a conduit à reléguer au rang de fondement sous-jacent l'idée de conservation des biens pour lui préférer celle de conservation de la richesse familiale. C'est cette même particularité qui était, avec la solution de la réponse ministérielle du 14 novembre 2006 sur la primauté du droit viager au logement du conjoint survivant, la seule raison valable de douter de l'existence d'une succession anormale en l'espèce.<sup>595</sup>

---

<sup>595</sup> V. supra, p. 243.

**386.-** Donc, si une modification doit être apportée à ce texte, c'est sur ce dernier point qu'elle doit porter. Voyons comment.

Assurer au conjoint de recevoir toute la succession en l'absence de descendant et d'ascendant privilégié était inacceptable pour le Sénat. Partager la succession entre le conjoint et les collatéraux en conférant à chacun une vocation universelle ab intestat était une vaine solution. Instaurer un droit de retour sur la totalité des biens d'origine familiale était une solution sans doute plus simple mais qui risquait, dans certains cas, de priver le conjoint de tout droit ce qui était évidemment contraire à l'esprit de la loi de 2001. Le compromis qu'incarne l'article 757-3 était donc nécessaire.

Toutefois, Monsieur Leveneur a écrit : « *Ainsi, dans la succession anormale, la poire a été coupée en deux. Mais, à nos yeux, elle a été coupée dans le mauvais sens !* »<sup>596</sup> La solution qu'il propose est d'utiliser le démembrement de propriété. En reconnaissant aux collatéraux un droit de retour ne portant plus sur la moitié des biens d'origine familiale mais sur la nue-propriété de ces biens, le conjoint survivant recueillant alors l'usufruit de ces mêmes biens au titre de la succession anormale. Nous adhérons pleinement à cette solution qui présente de nombreux avantages.

Le premier avantage, est que la loi assurerait ainsi la promotion du conjoint survivant tout en assurant, au décès du conjoint, la conservation des biens eux-mêmes dans la famille. Aucun risque que les biens ou la richesse familiale ne passe à une autre famille, celle du conjoint. On ne pourrait plus faire le reproche à l'idée de conservation des biens dans la famille d'être un leurre. Le fondement du texte en sortirait consolidé. Par ailleurs, comme il a été dit, la promotion du conjoint n'en serait pas moins certaine au regard des droits qui étaient les siens avant la réforme de 2001. Si la succession n'est composée que de biens d'origine familiale, là où il ne pouvait obtenir ab intestat qu'une moitié en usufruit, il obtiendra la totalité en usufruit. Au regard de l'actuel article 757-3, il obtiendrait l'usufruit du tout plutôt que la pleine propriété de la moitié. Lorsque l'on sait l'importance des droits à maintenance du conjoint survivant, cet usufruit du tout est certainement une meilleure solution qu'une propriété indivise de moitié qui risque d'aboutir à une licitation. Pour prendre un exemple caricatural : est-il préférable que le conjoint termine sa vie dans les murs où il a toujours vécu, ou bien est-il préférable qu'il dispose de la moitié du

---

<sup>596</sup> L. Leveneur, article précité, Mélanges en l'honneur du professeur Simler, p. 185 et s., spécialement n°12.

prix de vente de ces murs pour terminer sa vie ailleurs ? Si l'on en croit l'article 764 du Code civil, la première branche de l'option est sans doute la plus adaptée. Même chose pour des biens qui ne constitueraient pas la résidence principale du défunt et de son conjoint. L'usufruit assurera au conjoint sa maintenance, son niveau de vie.

Le second avantage est que cette solution du démembrement s'accorderait parfaitement avec la solution retenue en matière de concours entre le retour et le droit viager au logement. En revanche, il faut reconnaître que cette solution n'aurait pas permis de résoudre le concours entre l'article 757-3 et 368-1, tel qu'il existait avant la réforme de 2006.<sup>597</sup>

Le troisième avantage, peut-être le plus important, serait d'éviter l'indivision engendrée par le texte actuel. La perspective de la licitation du bien au profit d'un tiers serait alors évitée.

Le quatrième avantage découle des deux précédents. Il consisterait à reconnaître dans l'article 757-3 modifié, une véritable succession anormale sans contestation possible puisque les deux arguments – indivision et solution de la réponse ministérielle du 14 novembre 2006 – qui pouvaient s'opposer à cette qualification n'auraient plus cours. Il en résulterait qu'il serait plus aisé de nier le problème du concours entre la réserve du conjoint survivant et le retour légal.

Pour toutes ces raisons, il semble opportun de modifier l'article 757-3 pour faire apparaître plus clairement son fondement, celui du retour légal : la conservation des biens dans la famille. L'article 757-3 modifié pourrait être rédigé de la façon suivante :

*« Par dérogation à l'article 757-2, en cas de prédécès des père et mère, les biens que le défunt avait reçus de ses ascendants par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession sont, en l'absence de descendants, dévolus pour la nue-propriété aux frères et sœurs du défunt ou à leurs descendants, eux-mêmes descendants du ou des parents prédécédés, à l'origine de la transmission, et pour l'usufruit au conjoint survivant ».*<sup>598</sup>

**387.-** Toute médaille ayant son revers, il est certain que le choix de substituer un démembrement à l'indivision pourra être critiqué puisqu'il maintient des relations,

<sup>597</sup> Le concours est apparu en raison des effets différents produits par les deux textes. Or, la différence d'effet demeure entre un droit de retour en pleine propriété et un droit de retour en nue-propriété. Cf. p. 133.

<sup>598</sup> On retrouve cette proposition sous la plume de Monsieur Leveneur, *ibidem*, n° 14.

parfois antagonistes, entre le conjoint et les collatéraux.<sup>599</sup> Ce sont les mêmes types de relations qui peuvent exister entre un conjoint survivant et des enfants non communs et qui ont poussé le législateur à exclure en ce cas l'option du conjoint survivant entre l'usufruit universel et le quart en propriété à l'article 757.

On peut alors objecter, qu'entre un texte à l'application problématique et aux résultats contraires au fondement sous-jacent qui le porte, on préfère un texte solidement basé sur un fondement en accord avec l'institution qu'il instaure et produisant des effets conformes à ce fondement, sans remettre en cause pour autant la promotion des droits du conjoint survivant. Chacun y trouvera son compte.

Ajoutons que le démembrement de propriété n'est pas dénué de toute organisation juridique. L'usufruitier devra faire dresser, en présence du nu-propriétaire, un état des immeubles et un inventaire des meubles avant d'entrer en jouissance aux termes de l'article 600 du Code civil. Il devra donner caution de jouir des biens soumis à l'usufruit en bon père de famille dans les termes des articles 601 à 604 du Code civil. Enfin, l'usufruitier peut être déchu de son droit pour abus de jouissance en vertu de l'article 618 du Code civil.

Après avoir vu qu'il était nécessaire de maintenir le droit de retour de l'article 757-3 et après avoir proposé de renforcer le texte en l'améliorant, il convient de se poser les mêmes questions pour l'article 738-2.

## **Chapitre 2. Article 738-2 : amélioration ou abrogation du texte**

En ce qui concerne ce texte, l'amélioration législative est sans doute possible (Section 1) pour trancher, par exemple, les questions d'interprétation du montant du retour. Une fois ces améliorations envisagées, la question de l'abrogation de l'article 738-2 ne manquera pas de se poser (Section 2).

---

<sup>599</sup> Sur la critique du démembrement dans les droits du conjoint antérieurs à 2001, V. supra, p. 26.

## **Section 1. L'amélioration possible du texte**

Afin d'éviter les questions d'interprétation que pose l'article 738-2 et pour mettre fin aux incertitudes qui gênent ses modalités d'exécution, des améliorations du texte sont envisageables.

**388.-** En l'état, la première modification la plus simple serait d'affirmer le caractère d'ordre public du texte sans lequel il ne se conçoit pas. La volonté législative serait alors certaine et ne donnerait plus lieu à discussion. Il suffirait d'ajouter un alinéa au texte qui disposerait : « le présent article est d'ordre public ».

D'ailleurs, peut-être serait-il plus précis de cantonner le caractère impératif du texte à l'exercice en valeur. Nous avons vu, en effet que c'est lors de cet exercice en valeur que l'utilité de l'ordre public se révèle, tandis qu'imposer une sorte d'attribution en nature lorsque le bien se retrouve dans la succession n'a pas grand sens. En outre, il est admis que l'on puisse déroger au retour en nature puisqu'il existe, par sécurité, un retour en valeur. Ainsi, faudrait-il ajouter dans ce dernier alinéa que l'on ne peut déroger par convention au droit de retour légal lorsqu'il s'exerce en valeur.

Mais, quitte à énoncer clairement le caractère d'ordre public du texte, ne faudrait-il pas aller encore plus loin en limitant son caractère impératif à ce qui est nécessaire ? Autrement dit, est-il normal d'attribuer aux père et mère un droit de retour légal en valeur d'ordre public qui peut, non seulement les remplir de leurs droits ab intestat, mais aussi leur attribuer davantage, plus que ce qu'ils auraient obtenu grâce au jeu de leur ancienne réserve ? Cela ne va pas de soi. Il pourrait donc être proposé de limiter le caractère impératif du texte à l'exercice du retour en valeur, lorsque les père et mère ont été exhéredés. Là, l'ordre public a tout son sens et ne peut pas être contesté. Une telle précision pourrait se comprendre étant donné que c'est dans ce cas précis que l'ordre public sert le plus. Il en résulterait que la vente, la donation ou le legs du bien initialement reçu empêcheraient l'exercice du retour en nature mais aussi l'exercice du retour en valeur si telle est la volonté du défunt si les père et mère ne sont pas, dans ces cas, privés de leurs droits ab intestat. Autrement-dit, le retour en valeur verrait son champ d'application restreint.

Toutefois, cette dernière proposition ne doit pas être retenue. D'abord parce que l'on ne peut pas reprocher à ce droit sui generis inspiré du retour légal d'avantager parfois ses bénéficiaires : le retour légal traditionnel le faisait toujours. Ensuite parce que, trop compliquée, elle reviendrait à considérer que le retour en valeur n'est d'ordre public qu'en cas d'exhérédation des père et mère mais qu'il est supplétif de volonté tant que l'on ne les exhérède pas. Si les ascendants conservent des droits ab intestat, cela veut dire que le défunt aura pu les priver de ce droit de retour, un peu comme l'on prive le conjoint survivant de son droit viager. Mais cela voudrait dire aussi que l'on pourrait réduire à peau de chagrin les droits des père et mère. Cette solution n'est donc pas défendable et il faut s'en tenir au caractère d'ordre public du retour en valeur qui pourrait figurer expressément dans l'article.

En outre, il semble utile de préciser que le deuxième alinéa prévoyant l'imputation du droit de retour sur les droits ab intestat doit, lui aussi, échapper à la liberté des conventions. Il n'y a donc pas d'opposition à reconnaître un caractère d'ordre public à l'ensemble de l'article, étant entendu qu'après l'ouverture de la succession, il est indubitablement possible de renoncer au retour en nature, perçu comme une modalité d'allotissement.

**389.-** Dans le prolongement de cette première modification, il pourrait être opportun de préciser, qu'en cas d'exercice du retour en valeur alors que les père et mère ont été exhérédés, le retour s'exécute comme un droit de créance contre la succession dont les modalités d'exercice seraient à l'image de ce qui est prévu aux deux derniers alinéas des articles 758 et 767 du Code civil, le caractère alimentaire en moins. Il serait alors bon de prévoir que : « cette créance de retour en valeur 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 ».

Cette proposition de modification du texte qui consiste à considérer clairement le retour légal en valeur comme un droit de créance contre la succession permettrait de résoudre certaines des difficultés qui se posent actuellement. Notamment la question du concours entre la réserve du conjoint survivant et le retour légal de

l'article 738-2, ainsi que l'exercice du retour en valeur en présence d'une collection de legs particuliers absorbant l'intégralité de l'actif successoral.<sup>600</sup>

**390.-** La dernière amélioration essentielle qu'il conviendrait d'apporter au texte actuel concerne évidemment le montant du retour légal. Il s'agirait de mettre fin aux problèmes d'interprétation que soulève le renvoi à l'article 738. Il s'agirait de choisir entre un retour portant en toute hypothèse sur le quart du bien ou portant sur le bien dans la limite du quart de la succession. En dépit de l'apparente simplicité de la thèse dite « du quart du bien », nous avons affiché clairement notre préférence pour la thèse opposée, celle dite « du quart de la succession ». En effet, celle-ci paraît plus conforme à l'objectif de la loi qui était d'offrir une contrepartie à l'abrogation de la réserve des ascendants. De plus, cette méthode aboutit à des résultats plus avantageux toutes les fois que la valeur du quart de la succession est supérieure à celle du quart du bien. En outre, elle permet le retour de l'entier bien en évitant la création d'une indivision à chaque fois que la valeur du bien est inférieure au quart de la succession.

Il conviendrait alors de prévoir qu'ils peuvent exercer un droit de retour, « à concurrence du quart de la succession » sur les biens que le défunt avait reçus d'eux par donation. Deux remarques à ce propos.

Première remarque : il est sans doute préférable d'utiliser la formule « à concurrence du quart de la succession » plutôt qu'une autre comme « à concurrence de leurs droits ab intestat ». En effet, dans l'hypothèse où le retour s'exerce en valeur et lorsque les parents auront été exhéredés, la référence à leurs droits ab intestat serait malvenue.

Deuxième remarque : L'expression « dans tous les cas » qui a servi à justifier le caractère d'ordre public du texte n'aurait plus d'utilité si l'on admettait la première proposition qui a été faite, consistant à exprimer dans le texte son caractère d'ordre public.

**391.-** Au total, il pourrait être proposé la rédaction suivante pour une amélioration de l'article 738-2 :

---

<sup>600</sup> V. supra, p. 149.

*« Lorsque les père et mère ou l'un d'eux survivent au défunt et que celui-ci n'a pas de postérité, ils peuvent exercer un droit de retour sur les biens que le défunt avait reçus d'eux par donation, à concurrence du quart de la succession.*

*La valeur du droit de retour s'impute en priorité sur 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.*

*Lorsqu'il s'exécute en valeur et en cas d'exhérédation des père et mère, le droit de retour s'exerce comme une créance contre la succession, 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.*

*Le présent article est d'ordre public ».*

On notera au passage que chaque alinéa présente une utilité, même le second alinéa qui évite le cumul de la vocation ab intestat et du retour légal, puisqu'il a été démontré que même lorsque le bien se retrouve en nature dans la succession, le montant du retour peut excéder le montant des droits ab intestat.<sup>601</sup>

**392.-** Malgré tout, ces améliorations n'enlèveront pas à ce texte son caractère sui generis. Bien que créant un droit successoral, il ne sera toujours pas à l'origine d'un nouveau cas de succession anormale. La référence au quart de la succession, le principe de l'imputation sur les droits ab intestat et la limite au jeu du retour en valeur relient trop ce droit à la succession ordinaire. Par ailleurs, l'exercice en valeur possible, le risque d'indivision toujours existant et le caractère d'ordre public de ce droit incitent à ne pas y reconnaître un droit de retour légal au sens traditionnel du terme.<sup>602</sup>

Pour être impartial, deux objections peuvent être formulées contre les améliorations qui ont été proposées.

---

<sup>601</sup> V. supra, p. 196 et s.

<sup>602</sup> Il pourrait d'ailleurs être envisagé de supprimer le mot « retour » du texte. Mais cela n'a rien d'essentiel et cela relancerait peut-être des débats sans fin sur la qualification de ce droit innomé.

La première est que, si elles répondent à des questions posées par le texte actuel, elles ne simplifient pas la mise en œuvre du droit et, partant, les règlements successoraux. Par certains endroits, elles ajoutent des conditions, par d'autres endroits elles ajoutent des précisions de mise en œuvre avec le risque d'être incomplet, bref, elles allongent la disposition. Or, souvenons-nous ce que disait Saint-Just dans ses *Fragments sur les institutions républicaines* : « *les longues lois sont des calamités publiques* ». <sup>603</sup>

La seconde objection est que ces modifications ne résolvent pas la question des fondements du texte. Il reste toujours que cette contrepartie de l'abrogation de la réserve des ascendants n'est pas fondée sur ce qui justifiait le mieux cette ancienne institution : la solidarité familiale. Voilà qui appelle d'autres améliorations qui mettront en question l'abrogation de l'article 738-2.

## **Section 2. L'abrogation de l'article 738-2 en question**

**393.-** Lorsque les fondements actuels du texte ont été recherchés, il a été envisagé l'idée que le retour de l'article 738-2 serait basé sur une nouvelle forme de solidarité familiale. Il a été retenu que cette idée de solidarité réciproque constituait le dernier fondement solide de la réserve héréditaire que l'on venait d'abroger et à laquelle le retour se substituait. Il a également été relevé qu'à chaque fois que l'abrogation de la réserve des ascendants avait été envisagée, il avait été proposé de la remplacer par une créance alimentaire. Ensuite, nous avons été amenés à nier l'existence, à la base de ce texte, d'une quelconque idée de solidarité pour deux raisons essentielles : d'abord, parce que cette prétendue solidarité ne fonctionnerait qu'à l'égard des parents ayant disposé de biens au profit de leurs enfants décédés sans postérité ; ensuite, parce que du fait de l'abrogation de la réserve, les parents démunis de l'enfant prédécédé sans postérité n'auront aucun recours alimentaire s'ils n'ont d'autres enfants.

---

<sup>603</sup>Saint-Just, *Fragments sur les institutions républicaines* : troisième fragment, idées générales. Il semble qu'en écrivant la formule « longues lois », Saint-Just ait visé l'abondance de lois. Cependant les deux sont vraies : l'abondance et le détail excessif des lois actuelles sont sans aucun doute des calamités publiques.

**394.-** C'est pour cette raison qu'il a pu être proposé de créer une nouvelle disposition permettant d'assurer un certain devoir de secours entre les générations. Monsieur Arteil a proposé l'instauration d'un article 738-3 dont l'alinéa premier serait ainsi rédigé :

*« Lorsque le défunt n'a ni postérité, ni frère ni sœur, ni descendant de ces derniers, les père et mère ou les autres ascendants survivants qui sont dans le besoin, bénéficient d'une créance d'aliments contre la succession du prédécédé. »<sup>604</sup>*

On notera que sa proposition va plus loin en y intégrant les ascendants ordinaires qui bénéficient déjà de l'article 758. Toutefois, le droit de créance n'est ouvert par cet article qu'à la condition que le conjoint survivant recueille tout ou les trois quarts de la succession ce qui peut être à l'origine de difficultés. Cette proposition y remédie. C'est une bonne chose.

Plus généralement, on peut avancer que la situation actuelle contribue, au niveau assez faible qui est le sien, à faire supporter par la solidarité nationale un besoin alimentaire qui pourrait être pris en charge par la famille au moyen de ce système de créance contre la succession. Dans le climat actuel qui est aux restrictions budgétaires, cette remarque a tout son sens et devrait encourager le législateur à créer cette nouvelle obligation alimentaire qui fait défaut. On est loin aujourd'hui de ce que prédisaient certains au milieu des années 80, à savoir : la diminution, voire à très long terme la disparition, de l'obligation alimentaire parce que les institutions de protection sociale les rendront inutiles.<sup>605</sup> Et que l'on ne fasse pas à cette proposition le reproche d'appauvrir les familles en difficulté puisque la créance est prélevée sur l'hérédité et puisqu'une créance alimentaire est encadrée par un double principe de proportionnalité : l'obligation alimentaire est proportionnée aux besoins du créancier et aux capacités du débiteur.

Par ailleurs, une telle amélioration serait l'occasion de rappeler l'importance du rôle de la famille vis-à-vis du plus grand défi des années à venir : le vieillissement de la population et la prise en charge de nos aînés<sup>606</sup>. Mais ce serait également l'occasion d'insister sur la nécessité de réformer en profondeur le droit de l'aide

---

<sup>604</sup> Sur cette proposition, V. D. Arteil, art. précité, n° 14. La proposition se compose en réalité de quatre alinéas qu'il est inutile de reprendre ici puisque les trois suivants ne font que reprendre les modalités d'exécution d'une créance alimentaire que nous connaissons (délai d'un an pour réclamer la créance, masse d'exercice, obligés à la dette).

<sup>605</sup> O. Roy et A. Benabant, L'obligation alimentaire, étude de droit interne comparé, t III : institut de recherches juridiques comparatives, CNRS Paris, 1985, p. 419.

<sup>606</sup> Sur ce défi et notamment les problèmes de financement qu'il pose, V. Ph. Malaurie, Dépendance des personnes âgées et solidarité dans le droit contemporain, Dr. Famille n° 7, Juillet 2011, dossier 16.

sociale et plus spécialement l'articulation entre l'aide sociale et l'obligation alimentaire.<sup>607</sup> La création d'une nouvelle obligation alimentaire rappellerait que la famille, même après la mort, doit jouer le premier rôle en matière de solidarité envers les plus démunis de ses membres.

Allant plus loin, le notariat a proposé la création d'une obligation alimentaire viagère à la charge des héritiers acceptants, devant s'exercer le cas échéant par priorité à celle dont bénéficient les ascendants ordinaires. Ce droit étant la contrepartie de la suppression du droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil.<sup>608</sup>

**395.-** Au-delà de la création d'une obligation alimentaire dont personne ne contesterait ni le caractère d'ordre public<sup>609</sup> ni le bien-fondé, il faut donc envisager l'abrogation de l'article 738-2 du Code civil.

En premier lieu, il convient de remarquer que cette question semble inopportune aux yeux du législateur ainsi qu'il résulte d'un rapport d'information sur l'application de la loi de 2001.<sup>610</sup> Après avoir rappelé, ce qui peut être contesté en l'espèce, que « *le droit de retour légal privilégie la préservation du patrimoine familial au profit du lignage* », les rapporteurs reconnaissent que « *l'obligation alimentaire peut être plus adaptée à leur situation [celle des père et mère] que le retour d'un bien précédemment donné* ». Mais ils précisent ensuite pour évincer toute initiative de réforme « *qu'en revanche, la créance d'aliments est intransmissible et lèse, in fine, les intérêts des frères et sœurs qui ne la recevront pas de leurs parents à leur décès, contrairement au bien sur lequel a été exercé le droit de retour légal* ».

En second lieu, il est possible d'opposer à ce qui précède qu'il est préférable de léser les intérêts des frères et sœurs qui seront privés de la possibilité de recueillir une partie de la richesse familiale plutôt que de léser des ascendants dans le besoin. En outre, les frère et sœur n'auront rien de plus si leur parent disposent du bien ayant fait retour.

---

<sup>607</sup> Sur les incohérences du principe de subsidiarité entre l'obligation alimentaire et l'aide sociale, les problèmes de financements et la nécessité d'une réforme en la matière, V. « l'obligation alimentaire : des formes de solidarité à réinventer », Rapport du Conseil Economique et Social, présenté le 14 mai 2008 par C. Basset.

<sup>608</sup> V. La première proposition de la quatrième commission, adoptée par le 106<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, 2010.

<sup>609</sup> Le caractère d'ordre public de l'obligation alimentaire fait qu'elle est indisponible, incessible, insaisissable et que l'on ne peut y renoncer. Sur ce dernier point, V. Cass. req. 26 juillet 1928 : DP, 1929. I. 9, 2<sup>ème</sup> espèce, note Savatier. Plus généralement, sur le caractère d'ordre public de l'obligation alimentaire et ses justifications, V. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, La famille, n° 1756 et notes 65 à 69.

<sup>610</sup> V. p. 22 et 23 de ce rapport n° 476 en date du 27 avril 2011 fait au nom de la commission des lois du Sénat.

En troisième lieu, il est flagrant que la créance alimentaire est bien mieux fondée à remplacer la réserve que le droit de retour légal. Il faut chasser cette idée véhiculée par le rapport précité selon laquelle le retour légal serait la solution toute trouvée à la suppression d'un droit successoral.

En dernier lieu, après avoir assis la légitimité de l'instauration d'une nouvelle obligation alimentaire, il convient de se demander si cela ne supprime pas toute utilité à l'article 738-2. D'abord, il est certain que l'instauration d'une créance alimentaire profitant aux père et mère dans le besoin enlève toute justification au caractère d'ordre public du texte. Le texte n'était finalement d'ordre public que parce qu'il remplaçait la réserve. Dès l'instant où l'on a trouvé un meilleur moyen de compenser la perte de la réserve des ascendants dont personne ne doute du caractère impératif, l'ordre public paraît inutile à l'article 738-2. Et il a été constaté l'absence d'intérêt du texte si on ne lui reconnaît pas un caractère d'ordre public.<sup>611</sup>

**396.-** Il ne resterait donc plus que la possibilité de restaurer le droit de retour légal de l'ascendant donateur eu égard à l'importance que nous avons constatée de l'idée de conservation des biens dans la famille. Il faudrait débarrasser l'article 738-2 de sa possibilité d'exercice en valeur, de son alinéa second et de son assiette limitée. Oui, mais au regard de l'importance des stipulations de clauses de retour conventionnel qui avait déjà emportée l'article 747 ancien en 1972, il est peu probable que le législateur suive cette voie.

En conclusion, il faut admettre que la suppression de l'article 738-2 s'imposerait si l'on admettait l'instauration d'une nouvelle obligation alimentaire au profit des ascendants, privilégiés comme ordinaires. Une telle réforme ferait mentir Rousseau lorsqu'il disait que les lois sont toujours utiles à ceux qui possèdent et nuisibles à ceux qui n'ont rien.<sup>612</sup>

---

<sup>611</sup> V. supra, p. 270 à 272.

<sup>612</sup> V. introduction.

## Conclusion

---

397.- Au-delà des problèmes soulevés quant à l'incohérence des fondements des nouveaux cas de retour légal, au-delà des difficultés que les articles 757-3 et 738-2 peuvent poser lors de leur mise en œuvre dans le règlement successoral, après avoir analysé l'évolution historique de l'institution du retour légal ainsi que son régime et après avoir posé la question de la dérogation au retour légal, il est possible de dresser un constat : les deux textes en question prennent à contre-pied l'idée du déclin du retour légal et celle du repli de l'ordre public successoral.

Sur ces deux aspects novateurs, il n'est pas certain que la loi ait évolué dans le meilleur sens possible.

D'une part, il est indéniable que le droit de retour légal a retrouvé, ces dernières années, une vigueur que l'on espérait plus. Mais il a été constaté que, dans les deux cas nouveaux de retour légal, l'instauration du droit a été perçue par le législateur comme le meilleur moyen d'atténuer les effets de ses réformes successorales. Le problème est que le retour légal n'a jamais rempli cette fonction. Son seul but était traditionnellement d'assurer la conservation des biens dans la famille, ce qu'il ne fait que très imparfaitement de nos jours parce que les textes actuels sont le fruit de compromis malheureux mais opportuns pour ce qui concerne l'article 757-3 ou, paradoxalement, d'absence de compromis et même de réflexion pour ce qui concerne l'article 738-2. Il en résulte des textes mal fondés et d'une application pratique délicate. Cependant, tout espoir n'est pas perdu. Le retour légal est une solution, peut-être la seule, au concours entre la vocation ab intestat du conjoint survivant et celle des collatéraux privilégiés. Il faudrait seulement modifier le texte pour asseoir plus certainement son fondement. Mais est-il une bonne solution pour compenser l'abrogation de la réserve des ascendants ? Rien n'est moins sûr.

D'autre part, il est certain que l'adoption de l'article 738-2, voulu d'ordre public, dénote dans un climat général favorable à la contractualisation du droit patrimonial. Ce caractère, exclu pour ce qui concerne 757-3, a été débattu au sujet de 738-2. Il ne fait pas de doute que le texte actuel présente un caractère d'ordre public. On peut le comprendre d'ailleurs lorsque l'on sait que l'objectif du législateur était de

compenser la perte des droits impératifs à réserve des parents. Mais, quitte à créer un droit d'ordre public, n'aurait-il pas mieux valu en créer un qui fut incontestable, solidement fondé et aux modalités d'exercice connues, comme un droit de créance alimentaire ? La question a été posée. Nous y avons répondu par l'affirmative. Ce droit alimentaire, signe de la solidarité familiale, fait actuellement défaut. On pourrait l'ajouter au dispositif. Toutefois, il semble que cet ajout rendrait sans intérêt l'article 738-2. Voilà pourquoi son abrogation a été proposée.

Diderot écrivit : « *Nous parlerons contre les lois insensées jusqu'à ce qu'on les réforme, et en attendant nous nous y soumettrons aveuglément* ». <sup>613</sup> Qu'il nous soit permis d'espérer que ce travail ait servi, avec d'autres, d'argumentaire contre les dispositions ineptes de la loi pour appeler une réforme et, qu'au modeste niveau qui est le sien, ce travail ait contribué à guider l'interprète qui se soumet à la loi dans l'espoir de la voir un jour modifiée.

---

<sup>613</sup> Diderot, Supplément au voyage de Bougainville.

# Bibliographie

---

## OUVRAGES GENERAUX

- \* AUBRY et RAU
  - Droit civil français, 6<sup>ème</sup> éd. par P. Esmein, t. IX (1953), T. X (1954), T. XI, (1956).
- \* BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL
  - Traité des successions et des donations, t. I à III, (1903).
- \* CATALA
  - La réforme des liquidations successorales, 2<sup>ème</sup> éd. (1975) Defrénois.
- \* CARBONNIER
  - Flexible droit – Textes pour une sociologie du droit sans rigueur, 2<sup>ème</sup> éd. (1976).
  - Droit civil, t. III, les biens, 19<sup>ème</sup> éd. refondue (2000).
- \* CARBONNIER, CATALA, SAINT-AFFRIQUE (de), MORIN
  - Des libéralités. Une offre de loi. (2003).
- \* CHABOT
  - Commentaire sur la loi des successions, t. I, 5<sup>ème</sup> éd. (1818).
- \* COLIN et CAPITANT
  - Cours élémentaire de droit civil français, t. III, 9<sup>ème</sup> éd. par JULLIOT de la MORANDIERE (1945).
- \* CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE
  - 72<sup>ème</sup>, Deauville, 1975.
  - 100<sup>ème</sup>, Paris, 2004.
  - 106<sup>ème</sup>, Bordeaux, 2010.
- \* CORNU
  - Vocabulaire juridique, 6<sup>ème</sup> éd. (2004).
- \* DELFOSSE et PENIGUEL
  - Le réforme des successions et des libéralités, (2006).
- \* DEMOLOMBE
  - Cours de Code Napoléon, t. XIII, 4<sup>ème</sup> éd. (1872).

\* DOSSIERS PRATIQUES FRANCIS LEFEBVRE

- Les successions et les libéralités après la réforme : loi du 23 juin 2006, éd. Francis Lefebvre (2006).

\* FLOUR, AUBERT, SAVAUX

- Droit civil, les obligations, Vol. 1, l'acte juridique, 11<sup>ème</sup> éd. (2004)

\* FLOUR et CHAMPENOIS

- Les régimes matrimoniaux, 2<sup>ème</sup> éd. (2001).

\* FLOUR et SOULEAU

- Droit civil : les successions, 3<sup>ème</sup> éd. (1991).

\* FORGEARD, CRONE, GELOT

- Le nouveau droit des successions et des libéralités : loi du 23 juin 2006, commentaires et formules (2007).

\* GRIMALDI

- Droit Civil, Libéralités et partages d'ascendants, (2000).

- Droit civil, Successions, 6<sup>ème</sup> éd. (2001).

- (D. dir.) Droit patrimonial de la famille, Dalloz Action (2008/2009).

\* JUBAULT

- Droit civil : les successions, les libéralités, 2<sup>ème</sup> éd. (2010).

\* LEVY et CASTALDO

- Histoire du droit civil, Précis Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd. (2003).

\* MALAURIE

- Les successions, les libéralités, 2<sup>ème</sup> éd. (2006).

\* MALAURIE et FULCHIRON

- La famille, 2<sup>ème</sup> éd. (2006)

\* MAGUERO

- Traité alphabétique de l'enregistrement, (1937).

\* MAZEAUD (H., L. et J.), LEVENEUR (L.) et MAZEAUD-LEVENEUR (S.)

- Leçons de droit civil, t. IV, Vol. 2 : successions, libéralités, 5<sup>ème</sup> éd. (1999).

\* OURLIAC et MALAFOSSE (de)

- Histoire du droit privé, t. III, le droit familial, (1968).

\* PLANIOL et RIPERT

- Traité pratique de droit civil français, t. IV (Successions) par MAURY et VIALLETON (1956).

\* RIPERT et BOULANGER

- Traité élémentaire de droit civil, t. IV, 2<sup>ème</sup> éd. (1959)

\* SERIAUX

- Les successions, les libéralités, 2<sup>ème</sup> éd. complétée (1993).

\* TERRE et LEQUETTE

- Droit civil, les successions, les libéralités, Précis Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd. (1997).

\* VOIRIN et GOUBEAUX

- Droit civil, t.2, Régimes matrimoniaux, successions, libéralités, 25<sup>ème</sup> éd. (2008).

### **OUVRAGES SPECIAUX**

\* ASSOCIATION HENRI CAPITANT (Travaux de l')

- L'ordre public, Journées Libanaises, t. XLIX / 1998.

\* BEAUBRUN

- L'ordre public successoral, Thèse, Paris (1979).

\* KONDILY

- La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparés, Thèse, Paris (1992).

\* MALAURIE

- Les contrats contraires à l'ordre public. Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S., Thèse, Paris (1951).

\* RANOUIL

- La subrogation réelle en droit français, Thèse, Paris (1981).

\* ROY et BENABANT

- L'obligation alimentaire, étude de droit interne comparé, t. III : institut de recherches juridiques comparatives, CNRS Paris, (1985).

\* SOLEIL

- De l'exercice du droit de retour légal quand les biens donnés ne se retrouvent plus en nature dans la succession, Thèse, Paris (1931).

## ARTICLES DE REVUES – CHRONIQUES

### \* ARTEIL

- L'ascendant dans le nouveau droit des successions et des libéralités. Defrénois 2007, art. 38564.

### \* BAFFOY

- Modes de détention de l'immobilier d'entreprise, RFN, mai 2009, p. 11.

- Le fonctionnement de la société civile de famille. Revue Trimestrielle LexisNexis Juris-Classeur, juillet-août-septembre 2008, p. 19.

### \* BAILLON-WIRTZ

- Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? Dr. Famille, novembre 2006, p.9.

### \* BEIGNER

- La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier. Dr. Famille, avril 2002, Chron. 8, p. 5.

### \* BLANCHARD

- Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère. Defrénois 2009, art. 39020.

### \* BRENNER

- J.-Cl. Civil Code, art. 912 à 930-5, Fasc. 10 : Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Spéc. n° 46 à 52, Mars 2009.

### \* CENAC et PEYROUX

- La mort de la réserve héréditaire ? JCP N n° 9, 4 mars 2011, 1092.

### \* CATALA

- Prospective et perspectives en droit successoral. JCP N, n° 26, 29 juin 2007, 1206.

- J.-Cl. Civil Code, art. 756 à 767, Fasc. 10 : Successions – Droit du conjoint successible, spéc. n° 81 à 111, Janvier 2007.

- La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple. Dr. Famille n° 11, Novembre 2006, étude 43.

- L'article 866 du Code civil et l'attribution de la réserve. RTD civ. 1960, p. 391.

- Le sort des parts sociales au décès de l'associé. Mélanges H.Cabrillac, p. 59.

\* C.R.I.D.O.N.

- C.R.I.D.O.N Paris Dossier n° 729398, C. Le Marteret.

- C.R.I.D.O.N Paris, Dossier n° 732351.

- C.R.I.D.O.N Paris, Dossier n° 716093.

- C.R.I.D.O.N Bordeaux-Toulouse, M. Arrault et D. Epailly, Nota Bene Janvier 2007, n°120

\* DAVID - BALESTRIERO

- La succession de l'adopté (adoption simple) après la loi du 23 juin 2006. Defrénois 2007, art. 38630.

\* DUMORTIER

- Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future. RTD civ. octobre/décembre 1987, p. 653.

\* FERRE – ANDRE

- Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001. (Analyse raisonnée de quelques difficultés). Defrénois 2002, art. 37572.

\* FRULEUX

- Vers un renouveau de la libéralité résiduelle ? », JCP N 2008, n° 1, 4 janvier 2008, 1004.

- Fiscalité de la réforme des successions et libéralités : éclaircissements, incertitudes et actualisation. JCP N 2008 n° 14 du 4 avril 2008, 1171.

- Donations faisant l'objet d'un droit de retour légal ou conventionnel : restitution ou imputation des droits ? JCP N n° 41, 10 octobre 2008, 1307.

\* GOUBEAUX

- Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant. (A propos de l'article 757-3 du Code civil). Pourquoi faire simple ?... Defrénois 2002, art. 37519.

\* GRIMALDI

- L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle. JCP N 1999, p. 1083.

- Droit du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle, Act. jur. fam. 2002. 48.

- Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. D. 2006, n° 37, p. 2551.

\* HAUSER et DELMAS SAINT-HILAIRE

- Vive les libéralités entre époux ! Defrénois 2003, art. 3764.

\* HUBLLOT

- Confusion entre primes manifestement exagérées et requalification en donation. A propos de Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 12 mars 2009. JCP N n° 43, 23 octobre 2009, 1297.

\* LEMAIRE et LEFEBVRE

- Tontine et société : l'alliance contre nature ? JCP N n°5, 4 février 2011, 1055.

\* LEPROVAUX

- L'évolution des droits de retour légaux dans la législation contemporaine du droit des successions. L.P.A. 2 juillet 2007, n° 131.

\* LEQUETTE

- La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 : continuité ou rupture ? Mélanges Simler, (2006), p. 167.

\* LEROYER

- Réforme des successions et des libéralités. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (JO 24 juin 2006, p. 9513). RTD civ. juillet/ Septembre 2006. Chron. p. 612.

\* LESBATS

- Le droit viager au logement et l'option du conjoint survivant. JCP N, n° 5, février 2005, 1078.

\* LEVENEUR

- Pour le droit de retour de l'article 757-3 du Code civil, avec quelques améliorations. Mélanges Simler. (2006), p. 185.

\* LEVILLAIN

- Le droit viager au logement du conjoint survivant. JCP N, n° 3, 17 janvier 2003, 1043.

- Les nouveaux droits successoraux des ascendants. Droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil. JCP N n° 12, 23 mars 2007, 1135.

- J.-Cl. Fasc. 240 : Succession, droit de retour légal des père et mère – article 738-2 du Code civil, mars 2007.

J.-Cl. Fasc. 230 : Succession, droit de retour légal des frères et sœurs – article 757-3 du Code civil, mars 2007.

- Nouvelles règles de dévolution de la succession de l'adopté, une réforme incomplète. JCP N n° 30, 27 juillet 2007, 1223.

\* LUCAS

- Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif. RTD civ. 1976, p. 455.

\* MALAURIE

- Dépendance des personnes âgées et solidarité dans le droit contemporain, Dr. Famille n° 7, Juillet 2011, dossier 16.

\* MERLE (W)

- L'exercice du droit de retour conventionnel dans le cadre d'une donation-partage. JCP N n° 42, 20 octobre 2000, 1526.

\* NIBOYET

- La force de la règle de droit en droit français. Mélanges Sugiyama, (1940), p. 241.

\* PETERKA

- Les retouches à la dévolution successorale. A propos de la loi du 23 juin 2006. Dr. Famille, Décembre 2006, p. 5.

\* RAFFRAY

- Tontine et contrat de société. JCP N n° 10, 8 mars 1996, p. 375.

\* RIEUBERNET

- La fin de la réserve des ascendants ! L.P.A. 13 octobre 2006, n° 205.

\* SAINT-AFFRIQUE (de)

- J.-Cl. Civil Code, art. 734 à 755, Fasc. 10 : Successions – Droits des parents en l'absence du conjoint successible, spéc. n°110 à 124 Octobre 2006.

\* VAUVILLE

- Les droits au logement du conjoint survivant. Defrénois 2002, art 37608, p.1290.

## PRINCIPALES NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

\* Cass. civ. 28 décembre 1829 : S. 1930. 1. 416. (Perception des droits de mutation par décès en cas de retour légal).

\* Cass. civ. 16 mars 1830 : S. Ch. 469 ; 8 mars 1858 : D. 1858, 1, 97 et C.A Douai, 6 mai 1879 : S. 80. 2. 1, note Labbé (Effet de la succession anormale relativement à la réserve).

\* Cass. Req. 8 juin 1836 : S. 1836, 1, 403 (Nullité du retour conventionnel stipulé au bénéfice d'un tiers mais validité pour la stipulation au bénéfice du donateur). Comp. Cass. civ. 21 juin 1841 : S. 1841, 1, 603 ; Cass. civ. 18 avril 1842 : S. 1842, 1, 525 et Cass. Req. 8 avril 1842 : S. 1842, 1, 526 (Nullité de la donation lorsque le retour conventionnel est stipulé au bénéfice des héritiers du donateur ou d'un tiers).

\* Cass. civ. 26 avril 1854 : DP 1854, 1, p. 264 (La tontine est un acte aléatoire à titre onéreux excluant les mécanismes du rapport et de la réduction). Pour des illustrations jurisprudentielles de l'exigence d'aléa, V. T.G.I de Villefranche-sur-Saône 10 novembre 1989 : D. 1991. 7, note D. Martin ; ou T.G.I d'Aix-en-Provence, 12 juin 1986 et C.A d'Aix-en-Provence, 13 décembre 1988 : Defrénois 1990, art. 34666, note G. Morin.

\* Cass. civ. 9 août 1854 : D. 1854, 1, 265 (L'existence d'un enfant naturel n'empêchait pas le jeu de l'article 747 ancien).

\* Req. 14 février 1855 : DP 1855, 1, 225 et req. 20 oct. 1903 : D. 1903, 1, 576 (L'existence d'un enfant adopté simple n'empêchait pas non plus le retour de l'article 747 ancien).

\* C.A Bourges, 20 janvier 1879 : S. 80. 2. 174 (Effet de la succession anormale relativement à la réserve, caractère non automatique de la séparation des successions).

\* **Trib. civ. Lyon, 22 janvier 1895** : PF, 1896. 2. 225 (exercice du retour en cas de donation de somme d'argent sur les deniers successoraux).

\* **C.A Lyon, 24 août 1871** : S.1872. 2. 121 (exercice du retour sur le bien acquis en remploi du prix d'aliénation du bien initialement donné).

\* Cass. req., 18 mars 1884 : D. 1884, 345 ; Cass. civ. 6 mars 1912 : S. 1914, 1, 399 ; Cass. req., 5 juin 1918 et Cass. civ., 10 juin 1918 : D. 1919, 1, 90 et S. 1922, 1, 25, note Naquet (analyse de la nature juridique des substitutions comme des

libéralités conditionnelles). Contra : Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 6 mai 1997 : Bull. Civ. I, 1997, n° 149 ; D. 1997, p.483 et RTD civ ; 1998, p ; 171, obs. Patarin.

\* C.A Paris, 21 juin 1899, Cass. civ. 24 juillet 1901 et C.A Amiens, 6 mars 1902 : RTD civ. 1902, p. 739, Etude de jurisprudence par E. Gaudemet « Des rapports juridiques entre le retour successoral et le retour conventionnel » (retour légal et pactes sur succession future).

\* Cass. civ. 24 juillet 1901: D. 1901.I. 537; S. 1901. I. 433, note Lyon-Caen ; **Cass. ch. réun.2 juillet 1903, Ménard C. Roux** : DP 1903. 1. 353, rapport Roulier et concl. Beaudouin ; S. 1904. 1. 65, note Lyon-Caen ; PF 1903. 1. 497, note Gény ; G.A.J.C 11<sup>ème</sup> éd., n°132-135 (retour légal et pactes sur succession future).

\* **Cass. civ. 22 juillet 1903**, Veuve Chatemille C. Gassaud : D. 1904, 1, 33 Concl. Beaudouin et note Planiol ; S. 1905. 1. 177, note Wahl (exclusion des biens objet du retour légal de la masse de calcul de l'usufruit du conjoint survivant).

\* **Cass. civ. 24 janvier 1928** : D. 1928. 1.137, note Vialleton et Defrénois 1928, art. 21686. V. aussi Cass. civ. 3 février 1959 : D. 1960, p. 592 ; JCP 1960, II, 11823 et **Cass. Ch. mixte, 27 novembre 1970** : D. 1971, p. 81, concl. R. Lindon ; Defrénois 1971, art. 29786, concl. R. Lindon et note G. Morin; JCP 1971, II, 16823, note H. Blin. (Clause de tontine et prohibition des pactes sur succession future).

\* Cass. req. 26 juillet 1928 : DP, 1929. I. 9, 2<sup>ème</sup> espèce, note Savatier (Caractère d'ordre public de l'obligation alimentaire).

\* **Cass. civ. 11 janvier 1933, Arrêt Crémieux** : DP 1933. 1. 10, note Capitant ; S. 1933. 1. 161, note F. Gény ; G.A.J.C. 11<sup>ème</sup> éd. n° 133. (Prohibition des pactes sur succession future et clause commerciale).

\* C.A Montpellier (1<sup>ère</sup> Ch.) 20 octobre 1948 : Gaz. Pal. 1948. 2. 255. et **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 juin 1961** : Gaz. Pal. 1961, 2, 362. (Le retour légal est empêché par un legs).

\* **Cass. civ. 8 décembre 1948, Gougay C. veuve Gougay** : Defrénois 1949, art. 26717 ; D.1949, 145, note Lalou ; JCP 1949, II, 4652, note J.F.-L.C. (Donation-partage avec soulte).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 mars 1963 : JCP N 1963, II, 13148 et Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 février 1996 : Bull. Civ. I, n° 62, RTD Civ. 1997, p. 721, obs Patarin. (Efficacité et limites du mécanisme résolutoire du retour conventionnel).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 mars 1973 : Defrénois 1973, art. 30440 ; D. 1973, 593, note A. Breton ; **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 mai 1980** : Bull. civ. I, n°165 ; Defrénois 1981, art.

32648, p. 669. note Y. Flour et M. Grimaldi et Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 4 octobre 1988, époux Pommier : JCP G, 1989, II, 21265-21266, note Salvage (Effet de la révocation d'une donation-partage pour inexécution des charges).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 février 1975, Bull. civ. I, n° 67 (renonciation au retour conventionnel après l'ouverture de la succession).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1<sup>er</sup> mars 1977 : Bull. civ. I, n° 113, p. 88, D. 1977. 541, note Donnier ; Journ. Not. 1977, art. 53.974, obs. Raison. (La qualité de réservataire).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 novembre 1977 : Bull. civ. I, n° 431, p. 342 ; D. 1978 Inf. Rap. 241, note D. Martin. (La renonciation à l'action révocatoire pour cause d'ingratitude est contraire à l'ordre public).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 mars 1983, Bull. civ. I, n°117; RTD civ.1983, 175, Obs. Patarin et Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 juin 1992, Bull. civ. I, n°187; RTD civ.1993, 394, Obs. Patarin; JCP 93, II, 22011, note Salvage; D. 1993, somm. Comm. 227, obs Grimaldi et aussi Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 10 juillet 1996 bull. civ. I, n°315; RTD civ. 1997, 490, Obs. Patarin; JCP 98, I, 4021, n°6, obs. Le Guidec ; Defrénois 98 art. 36781, note Saint-Affrique (Conditions jurisprudentielles d'application de l'article 918 C.Civ.).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 2 juin 1993 : JCP G, 1994, II, 22206, note Couturier ; D. 1993, jurispr. 613, note Martin ; Defrénois 1993, art. 35638, p. 1274, note Buffeteau ; RTD civ. 1994, p.147, obs. Patarin ; RTD civ. 1995, p.395 obs. Zénati. (Cas du legs de residuo portant sur un portefeuille de valeurs mobilières, portée des actes de cession avec emploi du prix à l'acquisition de nouvelles valeurs par le grevé).

\* **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 juin 1995** : D. 1995, 614 ; RTD civ. 1995, p.951, obs Patarin. (Effet du retour conventionnel sur une donation avec charge).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ 18 novembre 1997 : JCP N 1998, n° 42, 1502. V. aussi Cass. civ. 3 février 1959 et Cass. Ch. mixte, 27 novembre 1970, précités (Tontine et insaisissabilité).

\* **Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 novembre 1998, Arrêt Baylet**, Bull. civ. I, n° 315, p.217 ; GAJC, 11<sup>ème</sup> éd. n° 71 ; D. 1999, 167, note Aynès et 633, note Fiorina ; JCP G, 1999, II, 10027, note Piedelièvre et I, 120, n°29, obs. Périnet-Marquet ; JCP N 1999. 351, note Hovasse ; RTD civ. 1999, 422, obs. Zenati et 674, obs. Patarin (pouvoirs de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 avril 1999 : Juris-Data n° 001714 ; Dr. Famille Juin 1999, Comm n° 70, p. 21 (révocation pour inexécution des charges d'une donation cumulative).

\* CE, sect. cont., 19 nov. 2004, n° 254797 : JurisData n° 2004-067609 ; Defrénois 2006, art. 38306, note Fr. Sauvage. (Assurance-vie, créance en récupération d'aides sociales, requalification).

\* **Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004** (3 arrêts) ayant fait l'objet de beaucoup d'études et de notes, V. notamment Ph. Grosjean, Les nouvelles frontières de l'assurance-vie (À propos de Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004) : JCP N 2005, n° 1-2, 1003 ; RTD civ. 2004, p. 434, obs. M. Grimaldi ; F. Leduc et Ph. Pierre, « Assurance-placement » : une qualification déplacée. À propos des arrêts de chambre mixte du 23 novembre 2004 : Resp. civ. et assur. 2005, étude 3 et Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007 : JurisData n° 2007-042070 ; Ph. Pierre et R. Gentilhomme, Assurance-vie : la donation entre vifs à l'épreuve de la mort du souscripteur : JCP N 2008, n° 24, 1222 ; JCP E 2008, 1265, note S. Hovasse ; Dr. fisc. 2008, n° 11, comm. 217, note Fl. Deboissy ; RFN 2008, comm. 44, obs. D. Faucher ; JCP N 2008, n° 15, 1174 note R. Riche ; JCP G 2008, II, 10029 note L. Mayaux ; D. 2008, p. 1314, note Fr. Douet ; RTD civ. 2008, p. 137 obs. M. Grimaldi. Contra. V. Cass, 1<sup>ère</sup> civ. 18 juillet 2000 Arrêt Leroux (Assurance-vie, contrat aléatoire, exclusion des règles successorales).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 octobre 2005 : Dr. Famille n° 11, novembre 2005, comm. 252, Beignier (exemple récent de pacte sur succession future).

\* Cass. crim. 15 novembre 2005, n° 04-86.051, Simone B., ép. H. (pourvoi c/ C.A Paris, 12<sup>ème</sup> Ch. 13 sept. 2004), Juris-Data n° 2005-031532 : JCP G, n° 15, 12 avr. 2006, II, 1005 ; Revue de Droit Pénal n° 3, mars 2006, comm. 29 ; Cass. Crim. 21 octobre 2008, n° 08-81.126 : Revue de Droit Pénal n° 1, janvier 2009, comm. 12. et C.A Versailles, 9 mars 2005, n° 04/ 00214 : Dr. Famille n° 7, Juillet 2005, comm.171 (Sanction de l'abus de faiblesse commis au moyen de dispositions testamentaires ou d'une clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 juill. 2006: Bull. civ. I, n° 346 : RTD civ. 2007, p. 614 à 616, obs. Chron. Grimaldi (impossibilité pour le donataire copartagé subissant la révocation de la donation-partage pour inexécution des charges d'obtenir des autres donataires copartagés la restitution de la soulte qu'il a du leur verser).

\* Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 mai 2012 : numéro de pourvoi 11-14104 ( confirmation de la règle selon laquelle l'héritier renonçant ne fait pas obstacle au retour légal ou conventionnel).

## **RAPPORTS, COMPTES-RENDUS ET ETUDES DIVERSES**

\* Rapport n° 2910 du 1<sup>er</sup> février 2001 de Monsieur A. Vidalès fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale.

\* Rapports n° 2850 et 3122 des 8 février et 6 juin 2006 de Monsieur S. Huyghe faits au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale.

\* Rapport n° 343 du 10 mai 2006 de Monsieur H. de Richemont fait au nom de la commission des lois du Sénat.

\* Rapport du Conseil Economique et Social, présenté le 14 mai 2008 par C. Basset : « l'obligation alimentaire : des formes de solidarité à réinventer ».

\* Rapport d'information n° 476 du 27 avril 2011, fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le bilan d'application de la loi du 3 décembre 2001 sur les droits du conjoint survivant.

\* Compte-rendu n° 22 de la réunion de la Commission des lois de l'Assemblée nationale en date du 17 janvier 2006.

\* Compte-rendu intégral des débats de l'Assemblée nationale sur le projet de loi portant réforme des successions et libéralités. Troisième séance du mardi 21 février 2006, 1<sup>ère</sup> lecture.

\* INSEE

- « Les aides financières entre ménages ». Etude réalisée par C. de Barry, D. Eneau et J-M Hourriez, INSEE Première, Avril 1996, n° 441.

- « La fécondité en France au cours du XX<sup>ème</sup> siècle ». Etude réalisée par F. Daguet, INSEE PREMIERE, n° 873 - décembre 2002.

- « Transmissions intergénérationnelles dans l'enquête patrimoine 2004 : donations, héritages et aides ». Etude réalisée par M. Cordier, C. Houdré, H. Ruiz, INSEE Résultats, n° 52, Société – juillet 2006.

- « Etat matrimonial légal des personnes de 15 ans ou plus en 2011 », INSEE, recensements.

- « Un million de pacsés début 2010 ». Etude réalisée par E. Davie, INSEE PREMIERE, n° 1336 – février 2011.

- « L'assurance-vie en 2010 ». Etude réalisée par C. Benne et A. Peuillet, INSEE PREMIERE n° 1361 – Juillet 2011.

- Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. D. 2006, n° 37, p. 2551.

# Index

<b>A</b>	
Adopté simple (droit de retour dans la succession de l')	
application subsidiaire de l'article 738-2.....	125
concours avec l'article 738-2.....	135
concours avec l'article 757-3.....	139
persistance du droit.....	60
Apport en société.....	284, 321
Ascendant donateur (droit de retour de l').....	58, 84, 86, 124, 129, 138, 159, 163, 164, 169, 170, 172, 219, 234, 240, 244, 255, 267
abrogation.....	58
conditions tenant aux biens.....	49
conditions tenant aux personnes.....	46, 123, 124
donation-partage avec soulte.....	218
nature du droit.....	234
ordre public.....	263
Prise en compte des changements de valeur	
imputables à l'activité du défunt.....	227
renonciation.....	305
succession anormale.....	240
Assurance-vie.....	296
<b>C</b>	
Clause d'entrée en communauté.....	318
Communauté universelle.....	294
Conjoint survivant	
réforme.....	22
<b>D</b>	
Deniers.....	175
Donation avec charge.....	216
Donation partage avec soulte.....	218
Donation-partage conjonctive ou cumulative.....	213
Donations indirectes et déguisées.....	21
Droit de retour légal (généralités)	
conditions relatives aux biens.....	158
conditions relatives aux personnes.....	123
définition.....	16
effets.....	189, 236
effets.....	240
histoire.....	40
Droit viager au logement du conjoint survivant	
confrontation à l'article 738-2.....	187
confrontation à l'article 757-3.....	184
<b>F</b>	
Fiscalité du retour légal et conventionnel.....	337
Fondements.....	73
compensation.....	93
conservation des biens.....	84
conservation des richesses.....	117
équité.....	80
interprétation de la volonté du donateur.....	74
solidarité.....	113
Frère et sœur en concours avec le conjoint survivant	
(droit de retour des) 22, 72, 90, 91, 95, 120, 133, 138,	
139, 144, 161, 176, 177, 184, 185, 212, 219, 239,	
245, 248, 287, 345, 347, 352, 368	
améliorations du texte.....	348
concours avec l'article 368-1.....	135
genèse.....	65, 94
opposition avec le droit viager.....	184
opposition entre la réserve du conjoint et le retour de	
l'article 757-3.....	144
ordre public.....	268
paterna paternis materna maternis.....	133
Subrogation réelle.....	168
succession anormale.....	243
Frère et sœur légitimes de l'enfant naturel (droit de	
retour des).....	55, 58
<b>I</b>	
Indivision (et risque de licitation).....	191
<b>L</b>	
Legs particulier.....	153, 323, 354
Libéralités conditionnelles.....	328

Libéralités graduelles et résiduelles..... 31, 35, 263, 282,  
324, 325, 329

## M

Montant du retour légal de l'article 738-2..... 194  
thèse du quart de la succession ..... 197, 201, 203, 207  
thèse du quart du bien ..... 195, 205

## N

Nature successorale du retour légal ..... 234

## O

Ordre public ..... 258  
définitions..... 259  
droit de retour de l'article 738-2 ..... 269  
droit de retour de l'article 757-3 ..... 268  
droit de retour en général ..... 263  
particularités successorales ..... 261

## P

*Paterna paternis, materna maternis* ..... 91, 133, 348  
Père et mère (droit de retour des) .... 59, 89, 92, 109, 113,  
120, 127, 140, 149, 151, 152, 153, 157, 158, 187,  
194, 200, 219  
concours avec l'article 368-1..... 139  
genèse..... 28, 71  
opposition avec le droit viager au logement du  
conjoint survivant ..... 187  
opposition entre la réserve du conjoint et le retour de  
l'article 738-2 ..... 148  
ordre public..... 269  
Subrogation réelle ..... 172

succession anormale ..... 248  
Présomption de l'article 918 du Code civil ..... 319  
Prohibition des pactes sur succession future ... 36, 75, 77,  
238, 239, 255, 261, 262, 263, 270, 272, 287, 289,  
290, 291, 292, 305, 312, 313, 314, 315, 329, 335,  
365, 366, 368, 371

## R

Renonciation au droit de retour légal..... 304  
Réserve des ascendants  
arguments contre ..... 69, 102  
arguments pour..... 109  
histoire et fondements..... 98  
Retour conventionnel (droit de) ..... 331  
Retour en nature (exercice du) ..... 49, 159

## S

Subrogation réelle ..... 164  
Succession anormale  
article 738-2..... 248  
article 757-3..... 244

## T

Tontine.. 27, 284, 289, 290, 291, 292, 303, 310, 319, 321

## V

Valeurs mobilières ..... 177  
Valorisation du droit de retour et des biens objet du  
retour..... 221

**Résumé :**

Le droit de retour légal est celui en vertu duquel une personne succède à des biens qui avaient été remis gratuitement au défunt décédé sans postérité. Il s'agit d'une institution ancienne dont le fondement premier est traditionnellement la conservation des biens dans la famille. Apparu en droit romain, appliqué dans l'ancien droit français selon la distinction du droit écrit et du droit coutumier, le retour légal fut inséré in extremis dans le Code Napoléon, à côté du retour de nature conventionnelle qu'il est loisible aux parties de stipuler.

Des trois cas de retour prévus en 1804 deux furent supprimés par la loi du 3 janvier 1972. Il fallut attendre la loi du 3 décembre 2001 pour qu'à l'article 757-3 un nouveau droit de retour légal soit instauré au bénéfice des frères et sœurs qui, du fait de la réforme, se trouvaient primés par le conjoint dans la dévolution ab intestat. Puis la loi du 23 juin 2006 instaura à son tour à l'article 738-2 un droit de retour légal au profit des père et mère qui venaient de perdre leur qualité d'héritier réservataire.

Dans ces deux cas, on observe que l'instauration du droit de retour légal constitue une contrepartie, pour les uns de leur exclusion de la dévolution par le conjoint, pour les autres de la perte du bénéfice de la réserve : fonction originale pour un droit de retour légal.

Si les fondements des textes nouveaux ne sont pas évidents à mettre en lumière, leurs régimes novateurs soulèvent également de nombreuses difficultés d'applications et d'interprétations. Naguère, le retour légal organisait la dévolution successorale d'un bien en fonction de son origine dont il résultait une dualité de succession. Aujourd'hui, le retour légal n'organise plus que la dévolution successorale d'une portion de bien en tenant compte de son origine et l'on doute que le retour légal constitue dans tous les cas une succession anormale impliquant une dualité de succession.

Ces incertitudes, ces résultats en demi-teinte issus de compromis législatifs, ces incohérences, engagent à se demander s'il est possible de déroger au retour légal et comment. Au-delà de la dérogation conventionnelle, la modification et même l'abrogation des textes doivent être envisagées.

**Descripteurs : droit de retour légal, article 757-3 C.civ., article 738-2 C.civ.****Abstract:**

The statutory reversion right is the right under which a person inherits assets which were returned free of charge to the deceased who died leaving no descendants. It is an old institution which primary basis is, traditionally, the preservation of assets in the family. Established in Roman law, applied in old French law, statutory reversion was inserted in extremis in the Napoleonic code (the French civil code) next to the conventional reversion right which can be stipulated by the two parties within the framework of a transfer contract inter vivos.

Out of the three cases provided in 1804, two were removed by the law of January 3, 1972. But it was not until December 3, 2001 that was established, in article 757-3 of the Civil Code, a new statutory reversion right in favour of the brothers and sisters, who, as a consequence of the reform, were superseded by the spouse in the transfer under intestate succession. Then the law of June 23, 2006 established, in turn, in article 738-2 of the Civil Code, a statutory reversion right in favour of the father and mother who had just lost their qualification of rightful heirs.

In both cases, we can notice that the establishment of the statutory reversion right constitutes a counterpart, on one hand according to the exclusion for transfer by the spouse, on the other hand, the loss of the benefit of reservation: a particular role for the statutory reversion right.

If the bases of the new texts are not easily highlighted, their innovative schemes also raise numerous difficulties of application and interpretation. Formerly, statutory reversion established transmission of property by inheritance according to its origin from which a duality in terms of inheritance resulted. Nowadays, statutory reversion only establishes transmission of property by inheritance of a portion of goods, taking into account its origin, and this raises some doubt as to whether it shall constitute, in all cases, an anomalous succession implying duality in terms of inheritance.

This results in uncertainties which lead to wonder if it is possible to derogate from the statutory reversion and how this could be done. Beyond variation by agreement, the modification and even the repeal of texts must be considered.

**Keywords: statutory reversion right, article 757-3 of the Civil Code, article 738-2 of the Civil Code.**