

**Université Panthéon-Assas**

**Ecole doctorale de DROIT PRIVE**

Thèse de doctorat en Droit privé  
soutenue le 21 novembre 2018

**RECHERCHE SUR LES INSTRUMENTS  
DE CONTOURNEMENT DE LA RESERVE  
HEREDITAIRE DES DESCENDANTS**

*Une histoire de famille*



**Université Panthéon-Assas**

Thèse de Doctorat / novembre 2018

**Mme Anna-Gaëlle KSON-BOUVET**

Directeur de thèse :

**Monsieur Laurent LEVENEUR**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

**Madame Sara GODECHOT-PATRIS**

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne (Paris XII)

**Monsieur Hervé LECUYER**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Monsieur Laurent LEVENEUR**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Monsieur Bernard VAREILLE**

Professeur à l'Université de Limoges, Président Honoraire de l'Université



*« Le droit est né d'une conjonction  
entre le culte des morts et  
l'échange entre les vivants <sup>1</sup>. »*

---

<sup>1</sup> TERRE F., *Héritage aux biens – succession des personnes*, Dr. fam. 7 juillet 2011, dossier 14.



## ***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 Monsieur le Professeur Laurent LEVENEUR pour sa patience, ses conseils, son accessibilité malgré la distance, et pour son regard toujours bienveillant et constructif. Un directeur à l'écoute de ses doctorants comme chaque thésard aimerait en avoir, un directeur que je ne remercierai jamais assez.

Aux Professeurs Sara GODECHOT-PATRIS, Hervé LECUYER, et Bernard VAREILLE pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de faire partie de mon jury. Je les remercie d'avoir pris le temps de lire et de commenter ce travail.

A mon mari, Adrien, pour son soutien afin de finir ce long travail de 4 ans, alors qu'il prenait des cours du soir pour son diplôme d'ingénieur, pour sa patience malgré les longues soirées passées à rédiger, et pour son amour, même dans le stress de l'écriture.

A mon ami, Monsieur Abdoul YATERA, doctorant de l'Université de Paris II, pour ses nombreux conseils, son soutien sans faille et sa grande disponibilité, sans qui je ne serais pas arrivée au bout de ce long travail. Je le remercie infiniment de ne jamais m'avoir laissée tomber.

A ma mère, pour ses nombreux encouragements bienveillants, et à mon père pour nos longues discussions juridiques, pour son soutien quotidien, et ses relectures orthographiques qui m'ont permis d'améliorer ma pensée et mon écriture.

A ma meilleure amie Sandra, pour son écoute et sa présence quotidienne jusqu'à la soutenance.

Et enfin, à mon bébé, qui m'accompagne à la soutenance avant sa naissance.

## ***Principales abréviations***

act.	Actualité
AJDI	Actualité juridique droit immobilier
AJ fam.	Actualité juridique famille
al.	Alinéa
anc.	Ancien
Art.	Article
BOI	Bofip
BPAT	Bulletin du patrimoine (Francis Lefebvre)
Bq. et Dr.	Revue Banque et droit
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Joly	Bulletin Joly sociétés
CA	Cour d'Appel
Cass. civ.	Arrêt rendu par une chambre civile de la Cour de cassation
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
Cie	Compagnie
Cass. mixte	Arrêt rendu en chambre mixte de la Cour de cassation
C pénal	Code pénal
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Cass. Req.	Arrêt rendu par la chambre des requêtes de la Cour de cassation
ccl	Conclusions
CGI	Code Général des Impôts
Ch.	Chambre
Ch. réun.	Chambres réunies de la cour de cassation
chron.	Chronique

Comm.	Commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
C. prop. intel.	Code de la propriété intellectuelle
D.	Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
DP	Dalloz Périodique
D. act.	Dalloz actualité
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DIP	Droit international privé
Doc.	Document parlementaire
doctr.	Doctrine
Dr. fam.	Revue de droit de la famille
Dr. fisc.	Revue de droit fiscal
Dr. pam.	Revue droit et patrimoine
Dr. soc.	Revue droit des sociétés
éd.	Edition
EDFP	L'essentiel Droit de la famille et des personnes
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Inf.	Information BPAT du Francis Lefebvre
Inf. rap.	Information rapide
JCP E	JURISCLASSEUR Périodique (Semaine juridique), édition entreprise
JCP G	JURISCLASSEUR Périodique (Semaine juridique), édition générale
JCP N	JURISCLASSEUR Périodique (Semaine juridique) édition notariale et immobilière
JDI	Journal du droit international « Clunet »
JO	Journal officiel
Jour. not.	Journal des notaires et des avocats
LAMY	Revue LAMY droit civil
Lib.	Librairie
LPF	Livre des procédures fiscales



n°	Numéro
NPC	Nouveau code de procédure civile
obs.	Observation
p.	Page
PA	Petites affiches
Pr.	Professeur
QE	Question écrite à l'assemblée nationale
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R.	Rapport de la Cour de cassation
RAAR	Renonciation anticipée à l'action en réduction
rapp.	Rapport
RDC	Revue droit des contrats
Rep. Dr. Soc.	Répertoire droit des sociétés
Resp. civ. Et assur.	Revue responsabilité civile et assurances
Rev. cont.	Revue des contrats
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. Dr. Aff.	Revue droit des affaires
Rev. fisc. Pam.	Revue fiscale du patrimoine
Rev. soc.	Revue des sociétés
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey
SARL	Société à responsabilité limitée
suiv.	Suivant
SCI	Société civile immobilière
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Sommaire
spéc.	Edition spéciale
sous-sect.	Sous-section
§	Paragraphe





## Sommaire

Thèse de Doctorat / novembre 2018.....	1
<i>Avertissement</i> .....	<b>4</b>
<i>Remerciements</i> .....	<b>5</b>
<i>Principales abréviations</i> .....	<b>6</b>
<i>Sommaire</i> .....	<b>11</b>
Introduction .....	20
PARTIE I LES INSTRUMENTS VISANT L'HERITIER LUI-MEME .....	49
TITRE 1 : METTRE L'HERITIER EN CONCURRENCE .....	53
CHAPITRE 1 : LA CONCURRENCE PARTICULIERE DU CONJOINT .....	54
SECTION 1. - LE CHOIX DU STATUT MATRIMONIAL .....	54
§1. LE CHOIX DU MARIAGE .....	55
A. LE CHOIX INITIAL .....	56
1. Le choix d'un régime à plusieurs masses .....	57
2. Les particularités de la communauté universelle .....	64
B. LA MODIFICATION DU REGIME .....	69
1. L'intérêt de la nouvelle procédure.....	69
2. L'intérêt de la famille.....	71
§2. - L'ABANDON DU STATUT MARITAL.....	74
A. LE DIVORCE.....	75
1. Le partage avantageux.....	75
2. La nouvelle procédure .....	81
B. LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITE .....	82
1. Un intérêt limité de prime abord .....	84
2. Les spécificités utiles du PACS .....	86
SECTION 2. - PAR L'AMELIORATION DES DROITS DU CONJOINT .....	90
§1. - LES AVANTAGES MATRIMONIAUX .....	91
A. AVANTAGE ET RETRANCHEMENT .....	91
1. Créer un avantage matrimonial .....	92
2. L'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs.....	95
B. LES CLAUSES PARTICULIERES .....	98
1. Les clauses de prélèvement.....	98
2. Les clauses de partage .....	100
§2. - LA DONATION ENTRE EPOUX .....	103



A.	LE CHOIX DE LA BRANCHE DE L’OPTION .....	104
1.	Le choix pour l’usufruit .....	105
2.	La pleine propriété de la quotité disponible ordinaire .....	107
3.	Le choix pour la quotité la plus étendue .....	109
B.	L’APPLICATION DE LA BRANCHE DE L’OPTION .....	110
1.	L’intérêt de la quotité disponible spéciale entre époux .....	110
2.	Le risque de réduction et de conversion .....	112
	Conclusion de chapitre .....	114
	CHAPITRE 2 : LA CONCURRENCE DE TOUTE SORTE DE PERSONNES .....	117
	SECTION 1. - AVEC L’ACCORD DE L’HERITIER .....	117
	§1. - LES PARTAGES .....	118
A.	LES DONATIONS-PARTAGES .....	118
1.	La transmission commune .....	119
2.	Une problématique de valeurs.....	127
B.	LES DONATIONS-PARTAGES TRANSGENERATIONNELLES.....	131
1.	La transmission aux petits-enfants .....	132
2.	L’accord des enfants sur leur réserve .....	135
	§2. - LES RENONCIATIONS ANTICIPEES .....	137
A.	LA RENONCIATION ANTICIPEE A L’ACTION EN REDUCTION .....	138
1.	La renonciation à la part de réserve ?.....	138
2.	La renonciation conditionnée.....	142
B.	LA RENONCIATION ANTICIPEE A L’ACTION EN RETRANCHEMENT .....	145
1.	Renonciation différente de la RAAR ? .....	145
2.	Une renonciation temporaire .....	147
	SECTION 2. - SANS L’ACCORD DE L’HERITIER .....	149
	§1. - LE LEGS .....	149
A.	LE TESTAMENT CLASSIQUE .....	150
1.	La création d’héritier .....	150
2.	La perte des biens de famille .....	154
B.	LE TESTAMENT-PARTAGE .....	162
1.	Le testament-partage classique .....	162
2.	Le testament-partage transgénérationnel .....	165
	§2. – L’ADOPTION ET LE STATUT DE L’HERITIER .....	167
A.	LA COURSE A L’HERITAGE FAMILIAL .....	168
1.	Créer des réservataires .....	168
2.	Les dérives de l’adoption .....	171
3.	Dissimuler l’existence d’héritiers réservataires : le recel.....	174
B.	L’ADOPTION DE L’ENFANT DU CONJOINT.....	180

1. Faire de l'enfant du conjoint son propre enfant .....	180
2. Le risque de la révocation combiné à l'absence d'action en retranchement .....	182
Conclusion de chapitre .....	187
CONCLUSION DE TITRE .....	189
TITRE 2 : PRIVER L'HERITIER DE POUVOIR.....	193
CHAPITRE 1 : LA PRIVATION JUSTIFIEE PAR L'INAPTITUDE A GERER.....	194
SECTION 1. - L'INAPTITUDE A GERER UN PATRIMOINE SPECIFIQUE : LE MANDAT A EFFET POSTHUME .....	194
§1. UNE PRIVATION SOLIDE ORGANISEE PAR LE <i>DE CUJUS</i> .....	195
A. DEMONTRER L'UTILITE POUR LA SUCCESSION.....	195
1. Un mandat étonnant .....	196
2. L'inaptitude .....	198
B. LA PRIVATION DE GESTION.....	203
1. Toute gestion .....	203
2. Les particularités du mandat .....	205
§2. UN MANDAT FINALEMENT LIMITE.....	207
A. LA FIN DU MANDAT.....	207
1. Une question de durée .....	208
2. Les autres fins du mandat .....	209
B. LA CONSERVATION DU POUVOIR DE DISPOSITION.....	211
1. La vente des biens.....	211
2. Comment empêcher la vente .....	213
SECTION 2. - L'INCAPACITE DE SE GERER .....	215
§1. LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE .....	216
A. LE CHOIX DE LA PROTECTION .....	216
1. La personne à protéger .....	217
2. La désignation du mandataire .....	220
B. L'UTILISATION DE LA PROTECTION.....	222
1. Le mandat contrôlé.....	223
2. Le mandat limité ? .....	225
§2. CONFIER LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION LEGALE .....	227
A. LA GESTION DE L'ENFANT .....	227
1. L'administration légale.....	228
2. Le droit de jouissance légale.....	232
B. LE TRANSFERT DE GESTION DE L'ENFANT .....	234
1. L'utilisation de l'article 384 du Code civil .....	234
2. L'administration de la part de réserve .....	238
Conclusion de chapitre .....	243



CHAPITRE 2 : LA PRIVATION JUSTIFIEE PAR UN INTERET SUPERIEUR .....	246
SECTION 1. - LES LIBERALITES SUBSTITUTIVES .....	246
§1. UNE DOUBLE TRANSMISSION .....	246
A. UNE CREATION ANCIENNE .....	247
1. Les substitutions fidéicommissaires .....	247
2. Legs de residuo .....	250
B. LES NOUVELLES SUBSTITUTIONS .....	253
1. Points communs .....	254
2. Points de différence .....	259
§2. LA CHARGE DE LA SUBSTITUTION .....	262
A. L'IMPACT SUR LA RESERVE .....	262
1. L'impact limité concernant la libéralité graduelle .....	262
2. L'impact important concernant la libéralité résiduelle .....	265
B. LE CANTONNEMENT DE LA CHARGE .....	267
1. La demande en cantonnement .....	267
2. La renonciation au cantonnement .....	269
SECTION 2. - LE TRANSFERT DE PROPRIETE .....	271
§1. LE TRANSFERT A UNE SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE .....	272
A. L'INTERET DE L'APPORT A SOCIETE .....	272
1. L'utilisation des sociétés civiles immobilières .....	272
2. La difficile reprise de l'apport .....	276
B. LES AMENAGEMENTS STATUTAIRES .....	278
1. La clause d'agrément .....	278
2. La répartition des pouvoirs et des bénéfices .....	280
§2. LE TRANSFERT PAR FIDUCIE .....	284
A. L'INNOVATION DE LA FIDUCIE .....	285
1. Le patrimoine fiduciaire .....	285
2. La perte de pouvoir .....	287
B. LES LIMITES EN MATIERE DE LIBERALITE .....	289
1. L'interdiction .....	289
2. Un fonctionnement limité .....	291
Conclusion de chapitre .....	293
CONCLUSION DE TITRE .....	295
CONCLUSION DE PARTIE .....	297
PARTIE II LES INSTRUMENTS VISANT LA SUCCESSION .....	301
TITRE 1 : LES SOLUTIONS OFFERTES PAR LE DROIT INTERNE .....	304
CHAPITRE 1 : SE DEPOSSEDER VOLONTAIREMENT .....	305
SECTION 1. - LES DONATIONS OCCULTES .....	305

§1. LE DON MANUEL .....	305
A. LA DEPOSSESSION IMMEDIATE .....	306
1. La tradition .....	306
2. Les modes de transfert.....	308
B. LA DEMONSTRATION DE L'APPAUVRISSEMENT .....	310
1. La facilité du contournement .....	310
2. La difficulté de la preuve.....	312
§2. LES DONATIONS INDIRECTES ET DEGUISEES .....	314
A. LES CARACTERISTIQUES .....	314
1. La dissimulation et l'omission .....	314
2. Les formes de donations indirectes et déguisées .....	319
B. AVANTAGE INDIRECT ET MISE A DISPOSITION D'UN BIEN .....	325
1. Une question de jurisprudence .....	325
2. Le cas particulier du logement .....	328
SECTION 2. - LES OBLIGATIONS MORALES .....	332
§1. L'OBLIGATION PARENTALE .....	332
A. LES PRESENTS D'USAGE .....	332
1. Le régime des présents d'usage.....	333
2. Une question de valeur .....	335
B. LES FRAIS D'ENTRETIEN.....	337
1. L'obligation d'entretenir .....	337
2. Les différences entre les enfants .....	340
§2. L'OBLIGATION SOCIALE DE PHILANTHROPIE .....	346
A. L'APPORT A ASSOCIATION .....	346
1. La contrepartie de l'apport .....	347
2. La dépossession .....	349
B. LE PROJET DE LEGS ASSOCIATIF.....	351
1. La proposition emplie de bienveillance .....	351
2. Le nécessaire rejet de la proposition .....	353
Conclusion de chapitre .....	356
CHAPITRE 2 : SE SOUMETTRE A L'ALEA .....	359
SECTION 1. - UN PARI SUR LA DATE DE DECES .....	359
§1. L'ASSURANCE-VIE.....	360
A. UNE STIPULATION POUR AUTRUI.....	360
1. L'utilisation du contrat.....	361
2. Le fonctionnement des primes et du capital .....	363
B. LES LIMITES DU SYSTEME.....	366
1. Les primes manifestement exagérées.....	367



2. La requalification et l'aléa.....	370
§2. LA VENTE EN VIAGER.....	376
A. LA PREVISION DE LA MORT .....	377
1. Les formes de paris sur la mort.....	377
2. Le prix et la rente.....	379
B. RISQUES ET EFFICACITE .....	380
1. L'aléa du décès.....	381
2. Le contournement .....	382
SECTION 2. - UN PARI SUR L'ORDRE DES DECES .....	384
§1. LA TRANSMISSION DE LA PLEINE PROPRIETE.....	384
A. LA TONTINE.....	384
1. Un outil de transmission.....	385
2. Un fonctionnement limité.....	386
B. LE DROIT DE RETOUR CONVENTIONNEL .....	389
1. La prévision de l'aléa.....	389
2. La mise en œuvre du droit de retour.....	392
§2. CHOISIR LE DEMEMBREMENT .....	394
A. LES USUFRUITS .....	394
1. La donation temporaire d'usufruit.....	395
B. LES DEMEMBREMENTS TRANSLATIFS.....	400
1. Le démembrement simple.....	400
2. Le démembrement croisé.....	402
Conclusion de chapitre .....	404
CONCLUSION DE TITRE .....	406
TITRE 2 : LES SOLUTIONS OFFERTES PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE .....	409
CHAPITRE 1 : LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE .....	411
SECTION 1. - CHOISIR SA RESIDENCE .....	411
§1. LA LOI SUCCESSORALE .....	411
A. L'ANCIENNE DISTINCTION MEUBLE-IMMEUBLE.....	412
1. La distinction selon la nature des biens .....	412
2. Une distinction difficilement applicable.....	414
B. LA NOUVELLE UNITE DE LA LOI .....	416
1. La nouveauté du Règlement 2012 .....	417
2. Le choix .....	418
§2. LE CAS DES REGIMES MATRIMONIAUX .....	420
A. LE CHOIX DU REGIME .....	420
1. Les mariages célébrés avant 1992 .....	421
2. Les mariages célébrés après 1992 .....	424

B.	LA MODIFICATION DU REGIME .....	425
1.	La mutation volontaire .....	426
2.	La mutabilité incontrôlée.....	427
	SECTION 2. - CHOISIR LA LOI DE SA NATIONALITE .....	429
§1.	UTILISER LA <i>PROFESSIO JURIS</i> .....	429
A.	UTILISER LA LOI DE NATIONALITE .....	430
1.	L'option pour une nationalité.....	430
2.	Les conditions.....	431
B.	LES RISQUES.....	433
1.	Intérêts et limites .....	433
2.	La fraude .....	435
§2.	LA FIN DU DROIT DE PRELEVEMENT .....	436
A.	UN PRINCIPE ANCIEN .....	436
1.	Un privilège de nationalité .....	437
2.	Une part importante de patrimoine .....	438
B.	LA FIN DE L'AVANTAGE FRANÇAIS .....	440
1.	La décision du Conseil Constitutionnel .....	440
2.	Une application pour les successions en cours .....	441
	Conclusion de chapitre .....	443
	CHAPITRE 2 : L'UTILISATION DES OUTILS ETRANGERS .....	445
	SECTION 1. - L'OPTION POUR LE DROIT ANGLO-SAXON .....	445
§1.	L'AVANTAGE DU DROIT ANGLO-SAXON.....	446
A.	L'ABSENCE DE RESERVE ?.....	446
1.	Le droit d'hériter.....	447
2.	La transmission de l'héritage .....	448
B.	L'UNDUE INFLUENCE .....	450
1.	Une protection morale .....	450
2.	Une protection judiciaire .....	452
§2.	LES OUTILS DU DROIT ANGLO-SAXON .....	455
A.	L'ESTATE PLANNING.....	455
1.	Le joint tenancy .....	456
2.	D'autres outils d'anticipation successorale .....	458
B.	LE TRUST .....	461
1.	Le mécanisme du trust.....	461
2.	L'application du trust en France .....	463
	SECTION 2. - LA MENACE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL .....	464
§1.	- UNE QUESTION DE PROTECTION .....	464
A.	L'UTILITE DE LA NOTION .....	465



1. Le fonctionnement de l'ordre public .....	465
2. Les différents ordres publics.....	467
B. DEBAT DOCTRINAL SUR LA RESERVE .....	469
1. Protéger ce qui a du sens .....	469
2. La réserve protégée ? .....	471
§2. - LA FIN DU DOUTE .....	473
A. DES JURISPRUDENCES EXPLOSIVES .....	473
1. L'absence de reconnaissance de la réserve .....	474
2. La porte ouverte à l'exhérédation .....	476
B. LES AMBIGUITES .....	479
1. Le besoin et la précarité économique .....	479
2. La notion de résidence habituelle : l'affaire HALLIDAY .....	482
Conclusion de chapitre .....	485
CONCLUSION DE TITRE .....	488
CONCLUSION DE PARTIE.....	491
CONCLUSION GENERALE .....	494
Bibliographie .....	509
<b>Index.....</b>	<b>566</b>
<b>Résumé .....</b>	<b>570</b>



## ***Introduction***

---

*« Je ne vous laisserai que la haine,  
et des larmes pour pleurer <sup>2</sup>. »*

**1. Consultation.** L'horloge posée sur la cheminée de marbre sonne quinze heures, il est l'heure de les recevoir. Voici nos clients, Monsieur et Madame HOLSTEINER<sup>3</sup>. Des clients que nous connaissons bien pour avoir acté ventes et prêts. Ils sont comme beaucoup, arrivés après le déjeuner pour un rendez-vous conseil. La question du jour est identique à celle de Monsieur CONNEMARA hier et à celle de Madame KWPN la semaine passée. De longues explications, des souvenirs de famille, de bons mais surtout de mauvais, et des questions qui reviennent sans cesse. Parfois beaucoup de désarroi et de craintes, mais aussi parfois l'envie de récompenser, ou de punir. Certains clients sont simplement envahis par la peur, d'autres au contraire transpirent la malveillance. Ils viennent tous chercher la même réponse. Chacun pense à sa succession, à sa postérité. Il est grand temps d'envisager l'après, et parfois même, de régler ses comptes.

Et voici que reviennent les mêmes questions. Dans un premier temps le POURQUOI. Pourquoi je n'ai pas le choix ? Pourquoi mon fils/ma fille a droit à la moitié de ma succession alors qu'il/elle ne me parle plus depuis trente ans ? Pourquoi dois-je laisser une si grande part de ma succession aux enfants de mon fils décédé, alors que ma belle-fille les a élevés dans la haine ? Le notaire est le gardien de la paix des familles. Il doit répondre en rappelant la loi. La réserve héréditaire existe et elle est implacable. C'est à tout le moins, ce que l'on raconte à nos clients. Vient alors la question du COMMENT. Comment-peut-on empêcher que mon patrimoine, construit pendant toute une vie, ne finisse entre les mains d'un enfant

---

<sup>2</sup> Testament du dernier des Capétiens, Henri d'Orléans, Comte de PARIS, décédé le 19 juin 1999.

<sup>3</sup> Les noms sont imaginaires.

ingrat et vénal ? Comment mieux protéger mon conjoint de mes enfants aigris par le divorce d'avec leur mère ?

Il semble que même si la réserve est très ancienne, peu savent ce qu'elle renferme. Certains découvrent son existence, mais la plupart des clients savent qu'une entité forte protège les enfants contre les abus de pouvoir de leurs parents. Certains pensent que la réserve est une question de mérite. D'autres, qu'il s'agit d'une nouvelle contrainte étatique qui n'existe que pour nous priver, une nouvelle fois, de notre liberté. D'autres encore y voient un moyen pour l'Etat de ne pas se retrouver en charge de tous les déshérités de la société. Mais qu'est-ce donc que cette réserve ? D'où vient-elle ? Pourquoi a-t-elle été créée ? Des questions auxquelles on ne peut répondre en deux phrases. Comprendre le passé c'est agir sur l'avenir. Remontons aux origines de cette institution pour comprendre ce qu'elle renferme aujourd'hui.

**2. Création romaine.** Nous voici propulsés dans la ROME antique. Comme pour beaucoup de grands principes du droit français, la première réserve héréditaire est née du droit romain. Il règne pourtant dans la Cité un parfum de liberté. Les règles successorales sont claires. La transmission patrimoniale repose sur la dévolution volontaire. La succession légale n'est utilisée qu'en cas de décès sans testament. Mourir *intestat* c'est jeter le déshonneur sur sa famille. Le *paterfamilias* n'a pas rempli son rôle de chef de famille en ne dirigeant pas sa succession. Il faut donc exprimer ses dernières volontés. Malgré cette apparente liberté, le patrimoine repose sur une copropriété familiale. Les biens du *de cuius* doivent revenir à ses proches parents afin que la famille perdure car « *en définitive, c'était bien plus la « famille », quasi personne morale, qui en était pleinement propriétaire que le possesseur présent, quasi usufruitier* »<sup>4</sup>. On scinde l'origine des biens. Le *de cuius* possède un patrimoine composé pour partie de biens familiaux reçus de son père, et que son père tenait lui-même de son père avant lui ; et pour une autre partie, généralement assez faible, acquise par son travail. Le *de cuius* n'est pas totalement libre de disposer des biens de famille. Le droit de tester est orienté.

---

<sup>4</sup> BEIGNIER B. et TORRICELLI S., *Libéralités et successions*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 24.



En cas d'absence de testament, la dévolution légale est assez simple. Les enfants héritent de leur père, sans distinction de genre. Les descendants des enfants prédécédés interviennent également ainsi que le conjoint selon la forme de son mariage<sup>5</sup>. Les enfants sortis de la famille sont évincés de la succession. Tous sont membres du foyer, de la *domus*<sup>6</sup>. L'égalité règne dans la succession. Aucun droit de primogéniture ou de masculinité n'existe. Si le défunt n'a pas de famille constituant les *sui heredes*<sup>7</sup>, les *agnats*<sup>8</sup> sont appelés à hériter.

**3. Dévolution testamentaire.** La dévolution légale n'est que supplétive et le testament reste la règle. Paradoxalement, on considère que le *de cuius*, bien qu'obligé de tester, doit respecter au moins en partie la dévolution légale. La liberté testamentaire offerte au *de cuius* doit servir la morale et les bonnes mœurs. La famille prime déjà sur l'individu. Le *de cuius* lui doit sa protection. Ce devoir s'est par la suite transformé en une obligation de transmission intrafamiliale. Si le *de cuius* se défie de sa propre famille et lègue sa fortune à un étranger, les *centumvirs* interviennent et jugent du conflit d'héritage. La loi romaine offre un recours aux descendants exhérédés à travers la *querela inofficiosi testamenti*. Cette action n'est pas limitée aux seuls enfants. Elle peut dans certaines circonstances être utilisée par les ascendants, par les membres de la famille de l'épouse ou par les frères et sœurs du défunt<sup>9</sup>. Le testament est alors considéré comme inofficieux. Les héritiers lésés peuvent alors réclamer un minimum sur la succession du *de cuius*, la *debita portio*, qu'on peut considérer comme une part réservée<sup>10</sup>. Néanmoins, contrairement à la réserve héréditaire actuelle, cette portion n'est pas transmise de droit. A l'époque, l'héritier doit la réclamer. Si le testateur a complètement exhérédé ses enfants sans motif, les héritiers lésés pourront obtenir l'annulation pure et simple dudit testament. La *debita portio* s'est vite transformée en quotité attribuée par les *centumvirs*. Elle est alors du quart des biens auxquels l'héritier peut

---

<sup>5</sup> Il existait à Rome, deux types de mariage. Le mariage *cum manu* et le mariage *sine manu*. Le mariage *cum manu* faisait entrer l'épouse dans la famille du mari comme une fille. Elle était alors placée sous la puissance paternelle de son mari. Le mariage *sine manu* laisse subsister le lien avec la famille d'origine.

<sup>6</sup> LEVY J-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2010, p. 1140.

<sup>7</sup> Ses héritiers légaux.

<sup>8</sup> Il s'agit des parents du défunt issus des lignées mâles uniquement.

<sup>9</sup> LEVY J-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Précis, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 1339.

<sup>10</sup> LE CHUITON, *L'exhérédation*, Thèse, Université de LILLE 2, 2012, p. 8.

prétendre au titre de ses droits *ab intestat*. Ainsi naît la quarte légitime<sup>11</sup>. La première ébauche de réserve héréditaire apparaît dans le but de protéger la *Famille*.

**4. La légitime.** Elle naît sous le règne de Justinien à partir de la jurisprudence des tribunaux sur la *querela inofficiosi testamenti*. L'Empereur doit édicter de nouvelles règles successorales ; question de respect du *paterfamilias* envers sa famille mais aussi et surtout, prolongation de son devoir de secours<sup>12</sup>, de *l'officium pietatis*.<sup>13</sup> Le législateur de l'époque s'inspirait d'une affection présumée au sein de la cellule familiale : « *le fondement de l'action est l'affection présumée du père pour ses enfants, qui doit l'inciter à leur laisser au moins une partie de son patrimoine lorsqu'il fait son testament* »<sup>14</sup>. La légitime permet ainsi de canaliser les débordements liés aux exhérédations de masse. Elle correspond à une part minimum de la succession dévolue à l'héritier. L'exhérédation est tout de même admise dans certaines circonstances. La nouvelle 115 de Justinien liste les cas d'exhérédation<sup>15</sup>. Parmi eux, la tentative d'homicide du père, l'inceste, le refus de prêter secours à son père dans les cas de justice ou d'infortune, et tous autres cas dans lesquels l'honneur de la famille est remis en cause par l'attitude des enfants. On retrouve ici l'ancêtre de la sanction d'ingratitude.

La légitime est un droit individuel et non collectif, réparant une certaine injustice. L'héritier peut attaquer les dispositions testamentaires du défunt afin d'obtenir une part complète<sup>16</sup>. Il revient à chaque héritier de la réclamer. Elle est calculée sur le patrimoine du défunt. On y ajoute les legs et on en soustrait les dettes<sup>17</sup>. Elle ne distingue pas la nature des biens successoraux, qu'ils soient acquêts ou propres. Les biens donnés ne sont pas réunis fictivement ou proprement au patrimoine comme dans notre droit actuel. On considère que s'agissant de biens qui ont définitivement quitté le patrimoine du *de cuius*, ils ne doivent pas être intégrés à l'actif pour le calcul de la légitime. Une règle pleine de bon sens, mais qui

---

<sup>11</sup> Aussi appelée la légitime.

<sup>12</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4, 2<sup>ème</sup> volume, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 187.

<sup>13</sup> Devoir de piété qui lie ascendant et descendant.

<sup>14</sup> PEGUERA-POCH M., *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutume (XVI<sup>ème</sup> – XVIII<sup>ème</sup> siècles)*, Thèse, Université d'AIX-MARSEILLE, 2009, p. 35.

<sup>15</sup> KUHN H., *L'exhérédation en droit français*, Thèse, Université de NANCY, 1943, p. 11.

<sup>16</sup> BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2009, p. 339.

<sup>17</sup> LEVY J-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Précis, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 1339.



laisse la porte ouverte à l'exhérédation de famille. La réduction des donations n'intervient qu'au fil du temps. A la différence de la réserve actuelle, la légitime protège la famille proche du défunt et pas seulement les descendants.

**5. Une France, deux droits.** Au Vème siècle après J-C. les germains envahissent la Gaule alors sous le joug romain<sup>18</sup>. Elle est alors coupée en deux grandes régions aux législations très différentes. Au Nord, les pays<sup>19</sup> de coutumes, s'inspirant du droit germanique. Au Sud<sup>20</sup>, les pays de droit écrit qui ont conservé l'influence du droit romain. Le *distinguo* marque néanmoins des nuances. Les règles ne sont pas identiques du Nord au Sud d'un même pays. Chaque province est encore soumise à ses coutumes locales propres<sup>21</sup>. Malgré les spécificités attribuées aux villages et aux familles dirigeantes, deux législations principales dominent la Gaule. Et deux formes réservataires émergent de cette scission.

**6. Pays de coutumes.** En droit coutumier, la famille est au centre de la société. La *Famille* est forte. C'est la famille par le sang. Le lignage est plus important que l'individu. La dévolution est d'origine divine et non humaine comme le veut l'adage *Deus solus heredes fecit*<sup>22</sup>. Il n'y a pas de réelle ouverture de succession avec désignation d'héritiers autres que les membres de la famille. En cas de décès, les biens sont alors réattribués presque d'office à la famille, en particulier les biens reçus par donation et succession. Ce fonctionnement en famille large est issu de la notion ancienne de tribu. La réserve coutumière est une protection globale au bénéfice de tous les membres de la famille par le sang.<sup>23</sup> Le testament n'y a que peu de place<sup>24</sup> : « *Institution d'héritier n'a point de lieu*<sup>25</sup> ». Les membres de la famille viennent à la succession en temps qu'héritiers et non créanciers. L'héritage est une notion forte, on prend la succession du *de cuius* en tant que continuateur de sa personne et de sa

---

<sup>18</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 30.

<sup>19</sup> *Pays* est employé pour le sens médiéval d'un découpage de régions.

<sup>20</sup> Essentiellement les régions du Midi.

<sup>21</sup> LEVY J-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Précis, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 1202.

<sup>22</sup> *Dieu seul fait les héritiers*.

<sup>23</sup> MALAURIE P. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Defrénois, 2016, p. 16.

<sup>24</sup> BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, 2<sup>nd</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2009, p. 339.

<sup>25</sup> OULD AKLOUCHE Y., *La qualité d'héritier*, Thèse, Université de TOULOUSE 1, 2011, p. 50.

mémoire. La dimension finalement est plus spirituelle que matérielle. Dans la majorité des pays de coutume, la réserve porte uniquement sur les biens propres du défunt. Les immeubles transmis par la famille, sont considérés comme des propres. Ils doivent par conséquent être recueillis par les membres les plus proches du *de cuius*. C'est la *réserve des quatre quintes*. Elle transmet les 4/5<sup>ème</sup> des biens propres du *de cuius* à sa famille par le sang. Il existe déjà à l'époque un type de fente successorale : la règle *paterna paternis, materna, maternis*<sup>26</sup>. Les héritiers recueillent une vraie part de la succession, *pars hereditatis*<sup>27</sup>. En l'absence de biens propres, certaines coutumes préconisent de faire de même pour les meubles et acquêts à hauteur des 2/3 de ces biens<sup>28</sup>. Les quotités de réserve sont élevées pour conserver les biens dans la famille.

**7. Le Douaire.** L'épouse survivante n'est pas pour autant délaissée. Elle bénéficie d'un droit de réserve nommé *douaire*. Le *douaire* correspond à la moitié de l'usufruit des biens dont l'époux était propriétaire au moment du mariage ou des biens reçus par donation ou succession<sup>29</sup>. L'attribution de ce droit et son calcul ne dépendent aucunement du patrimoine personnel dont dispose l'épouse ou de sa dot. La mère douairière obtient donc une quote part dans la succession du mari décédé. Ses enfants issus de son union avec le *de cuius* peuvent également obtenir des droits sur les biens qu'elle reçoit au décès de leur père. Toutefois, si le père a eu plusieurs enfants de femmes différentes, ceux-ci devront se partager les droits avec priorité dans l'ordre des lits<sup>30</sup>. Mais il n'est pas possible d'être à la fois héritière et douairière ; et les inégalités entre les enfants ne doivent pas se creuser. Le douaire est une protection à destination des seules veuves. La coutume ne protège pas les veufs au décès de leur femme. L'ancêtre de la vocation légale du conjoint était né.

---

<sup>26</sup> Les biens issus de la famille paternelle retournent dans la famille du père, et les biens issus de la lignée maternelle dans la famille de la mère.

<sup>27</sup> JUBAULT C., *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 352.

<sup>28</sup> BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2009, p. 339.

<sup>29</sup> DIFFRE C-L., *DROIT CIVIL – De la portion des biens disponibles et de la réserve*, Thèse, Université de TOULOUSE, 1847, p. 20.

<sup>30</sup> BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2009, p. 344.



**8. Pays de droit écrit.** Dans les pays du Sud, la légitime est appliquée. Le testament reste la règle et la famille hérite *pars bonorum*. La légitime octroie aux héritiers un droit de créance contre la succession plus qu'un droit à héritage. Le conjoint survivant n'est pas en reste. Une sorte de part réservée est également prévue pour lui sur les biens du prédécédé appelée génériquement *d'augment* pour l'épouse ou *contre-augment* pour l'époux. Il en existe deux types. L'un d'eux est la *donatio propter nuptias* correspondant à une part attribuée à l'épouse survivante sur les biens issus de la succession de son mari. Cette quote part est proportionnelle à sa dot de mariage. Plus la dot est importante et constituée de biens immobiliers, plus la part concédée l'est également. Elle est du tiers voire de moitié en fonction des biens donnés<sup>31</sup>. Ainsi, un père qui marie sa fille et qui verse une généreuse dot, a, à la fois, pu choisir un mari fortuné garantissant à sa fille une vie matérielle avantageuse, mais il la protège aussi en cas de veuvage. Si la veuve a eu des enfants du défunt, ses droits se réduisent à un simple usufruit. La législation encourage d'ailleurs les veuves à conserver le célibat. En cas de non remariage leurs droits augmentent à hauteur d'une part en pleine propriété équivalente à celle d'un enfant issu du mariage. Le *contre-augment* est réservé au mari veuf et concerne une quote part de la dot de sa défunte épouse. Ses droits sont seulement en usufruit si des enfants sont issus du couple. Les droits *d'augment* et de *contre-augment* sont, en fonction des provinces, prévus par la loi ou conventionnels.

**9. Pars bonorum/ hereditatis.** Le distinguo *pars bonorum/ pars hereditatis* est né des contradictions existant entre les législations des pays de droit écrit et des pays de coutumes. Dans les pays de droit écrit, « La légitime était attribuée aux légitimaires en vertu des liens de sang, abstraction faite de la qualité d'héritier »<sup>32</sup>. C'est un droit de créance contre la succession et non une part d'héritage. La légitime est *pars bonorum*<sup>33</sup>. Le descendant n'a pas la place d'un héritier ou d'un successeur de la mémoire ou de la personne du *de cuius*. Il n'est considéré que comme un créancier de la succession ; un créancier de biens et d'argent. Il vient prendre son minima. La légitime agit comme une dette que le *de cuius* a contractée

---

<sup>31</sup> Mobiliers ou immobiliers.

<sup>32</sup> DIFFRE C-L., *DROIT CIVIL – De la portion des biens disponibles et de la réserve*, Thèse, Université de TOULOUSE, 1847, p. 18.

<sup>33</sup> BEIGNIER B. et TORRICELLI S., *Libéralités et successions*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 24.

de son vivant auprès des membres de sa famille. C'est une indemnisation du lien du sang, du lien familial.

A l'inverse, le droit coutumier repose sur la transmission familiale quasi systématique, ne laissant que peu de place à la volonté testamentaire. Pour recueillir une part de la succession, il faut être héritier *ab intestat* et accepter l'héritage. Cette transmission est appelée *pars hereditatis*. L'héritier est considéré comme le digne continuateur de la personne et donc du patrimoine. Il s'agit de la part héréditaire dévolue aux proches afin de faire perdurer la *famille* au sens large. Elle est attachée au titre d'héritier, de successeur. Le descendant ne vient pas réclamer une indemnisation pour avoir été écarté de la succession. Il est la succession, il est la suite du défunt, et la relève de la famille. Cette dichotomie de la nature du droit à réserve n'est finalement toujours pas éteinte.

**10. L'aîné mâle.** La transmission du patrimoine terrien devient fondamentale car « *Au fond, l'homme médiéval ne possède pas tant la terre, qu'il est possédé par elle* <sup>34</sup> ». Le droit d'aînesse et la primogéniture ont été développés par le droit coutumier. Ils s'étendent progressivement dans toute la France à l'époque féodale. La primogéniture de l'enfant mâle sur le reste de la fratrie est une nécessité sociologique pour l'époque. Elle permet d'éviter le morcellement des territoires, des patrimoines et des seigneuries. De plus, l'absence de contrôle des naissances et le risque de la mortalité infantile encouragent la création de familles nombreuses. Si chaque enfant recevait une part égale du patrimoine de ses parents, le morcellement détruirait en quelques dizaines d'années le pouvoir des grandes familles féodales et royales. La propriété terrienne est le centre de la succession et « *La terre est d'une importance fondamentale puisque la famille porte son nom. C'est elle qui apporte l'essentiel des ressources. Cette terre doit rester unie et en aucun cas être partagée* »<sup>35</sup>. En l'absence de garçon vivant dans la fratrie, un partage égalitaire est réalisé entre les enfants.

---

<sup>34</sup> MEUNIER-MOLLARET M., *Le conjoint survivant face aux enfants du de cujus*, Thèse, Université PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2014, p. 472.

<sup>35</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 35.



L'absolutisme du droit d'aînesse est fonction des régions<sup>36</sup>. Tantôt il rend la succession indivisible, tantôt il permet aux puînés<sup>37</sup> d'hériter en partie.

**11. Droit intermédiaire.** Au fur et à mesure que les siècles passent, coutumes et droit écrit s'entremêlent. La légitime et la *réserve des quatre quints* évoluent au rythme des ordonnances. L'harmonisation progressive des deux grandes régions françaises n'est pourtant pas totale. C'est lors de la Révolution française, que les deux formes de réserves sont refondues pour n'en créer qu'une qui sera étendue à tout le pays. Le législateur post révolutionnaire entérine la notion de *pars hereditatis*. En pleine révolution idéologique de fin des privilèges, il durcit les conditions de cette toute nouvelle réserve et met l'accent sur une extrême égalité. La distinction entre biens de famille et biens acquis par le travail disparaît au profit d'une uniformisation de la succession<sup>38</sup>. La réserve héréditaire fait peau neuve.

La loi du 17 vinôse an II<sup>39</sup> met fin au droit d'aînesse en établissant une stricte égalité entre les enfants d'un même couple. La réserve est alors équivalente aux 9/10<sup>ème</sup> de la succession en cas de descendance. Le *de cuius* ne dispose donc plus que d'1/10<sup>ème</sup> de sa succession. Cette portion disponible ne peut être attribuée qu'à un tiers. On tente de préserver l'égalité entre les descendants, même artificiellement. Les conjoints perdent la large protection instaurée dans les pays de coutume. En présence d'enfants, ils n'ont droit qu'à une moitié en usufruit. Cette quote part ne dépend plus du patrimoine ou de la dot de l'épouse. Il ne s'agit même plus d'une protection légale. Les époux doivent le prévoir eux-mêmes conventionnellement<sup>40</sup>. Le conjoint, qu'il soit mari ou femme, perd donc son droit à une véritable réserve légale en cas de veuvage. La défiance envers le conjoint s'intensifie.

---

<sup>36</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 40.

<sup>37</sup> Puîné : enfant né après les autres, après l'aîné.

<sup>38</sup> MALAURIE P. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Defrénois, 2016, p. 17.

<sup>39</sup> 6 janvier 1794 : Date du décret de la loi par la Convention nationale et date de promulgation.

<sup>40</sup> DIFFRE C-L., *DROIT CIVIL – De la portion des biens disponibles et de la réserve*, Thèse, Université de TOULOUSE, 1847, p. 22.

La loi du 4 germinal an VIII<sup>41</sup> vient corriger les excès d'égalitarisme de la loi du 17 vinôse an II. Dans la proposition de loi qui sera finalement retravaillée avant d'être promulguée, le législateur construit une ébauche de quotité disponible semblable à celle que nous connaissons aujourd'hui. La portion disponible est fonction du nombre d'enfants. Elle est du quart des biens quand le défunt a moins de quatre enfants et diminue progressivement à mesure que le nombre d'enfants augmente. Toutefois, la législation se cherche encore et les grands juristes de l'époque réfléchissent à la création d'un recueil de lois applicables à tout le pays.

**12. L'avènement du droit moderne.** C'est en 1804 que naît le premier Code civil. Premier recueil de la législation de droit civil touchant la personne, de sa naissance jusqu'à son décès. On y intègre notamment les règles de règlement des successions. Le législateur y opère un savant mélange des *quatre quints* et de la légitime. Il crée un droit de réserve au profit des héritiers légaux tout en laissant une place à la volonté du *de cuius*. Les nouvelles règles successorales se rapprochent plus de la transmission de la lignée et de la continuation de la personne ; remplacer l'individu de génération en génération<sup>42</sup>. Le législateur prévoit à la fois une réserve héréditaire et une quotité disponible. Napoléon 1<sup>er</sup> estime que le Code civil, établissant une stricte égalité entre les descendants, permet de diviser les grandes propriétés terriennes et le pouvoir des familles puissantes. Il écrit notamment dans l'une de ses lettres :

*« Etablissez le Code civil à Naples. Tout ce qui ne vous est pas attaché va se détruire alors en peu d'années et ce que vous voulez conserver se consolidera à l'aide des majorats. Voilà le grand avantage du Code civil. Il faut établir le Code civil chez vous. Il consolidera votre puissance puisque par lui tout ce qui n'est pas fidéicommiss tombe... »<sup>43</sup>.*

Napoléon ne souhaite pas complètement réserver le patrimoine pour faciliter les relations économiques et financières entre les individus mais il veut détruire le pouvoir des grandes familles. Les notions de transmission et d'établissement sont fortes. Il existe pourtant d'autres moyens de permettre aux enfants d'obtenir un bagage patrimonial à l'aube de leur

---

<sup>41</sup> Loi du 25 mars 1800.

<sup>42</sup> LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ. 2016, p. 729.

<sup>43</sup> NAPOLEON 1<sup>er</sup>, lettre à son frère Joseph.



vie. Il est plus simple d'obliger un parent à doter son enfant. C'est aussi le moyen de lui transmettre à coup sûr une part du patrimoine familial. Mais cette proposition n'est pas retenue. Et au fil du temps, les patrimoines se disloquent et « *La famille a cessé d'être le réservoir de dots, de capitaux, d'héritage qu'elle était au XIXème siècle*<sup>44</sup> ».

Le législateur de 1904 aurait cherché à diminuer les pouvoirs des grands propriétaires terriens : « *On a reproché au Code civil d'avoir été rédigé sans l'impartialité nécessaire à une bonne loi civile, le partage forcé et le droit de réserve ne sont, dit-on que des instruments dirigés contre l'influence aristocratique des grandes familles* »<sup>45</sup>. L'égalité n'est pas du gout de tous, et elle officia comme Napoléon 1<sup>er</sup> l'avait prédit :

*« En vertu de la loi sur les successions, la mort de chaque propriétaire amène une révolution dans la propriété ; non seulement les biens changent de maîtres, mais ils changent pour ainsi dire, de nature ; ils se fractionnent sans cesse en portions plus petites »*<sup>46</sup>.

C'est en cherchant à faire respecter l'égalité, que l'on morcelle peu à peu le patrimoine des aînés. Il n'appartient même plus au *de cuius* de choisir ses héritiers. « *C'est la voix de la nature qui a dit : celui-là sera ton héritier auquel tu auras donné l'être* » nous dit TRONCHET. JOUBERT ajoute que « *nous convenons qu'aucun homme n'a, par un droit naturel inné, le pouvoir de commander après sa mort et de se survivre pour ainsi dire à lui-même par un testament* ». La volonté du *de cuius* est réduite au silence.

**13. Le propriétaire.** La propriété, n'est-elle pas un droit sacré ? Deux conceptions s'affrontent en matière de dévolution successorale et de propriété. La conception individualiste affirme que la dévolution est un accessoire du droit de propriété. Il est conçu comme un droit absolu et perpétuel au regard des dispositions du Code civil<sup>47</sup>. Dans cette conception, le *de cuius* doit être titulaire des pleins pouvoirs sur sa succession. Il doit être à même de disposer librement et totalement de son patrimoine, de son vivant et après sa mort :

---

<sup>44</sup> PERNEY D., *La nature juridique de la réserve héréditaire*, Thèse, Université de NICE, 1976, p. 43.

<sup>45</sup> DE RIVERIEULX R., *Réserve héréditaire en droit français, ses origines, son caractère, sa justification*, Thèse, Université de RENNES, 1903, p. 166.

<sup>46</sup> BEIGNIER B. et TORRICELLI S., *Libéralités et successions*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 6.

<sup>47</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4 2<sup>ème</sup> volume, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 5.

« C'est là un principe d'ordre moral que la voix de la nature proclame hautement. Ce principe fut cependant méconnu, lorsque les qualités de père et de propriétaire étant réunies sur la même tête, il fallut le concilier avec le principe de la disponibilité<sup>48</sup> ».

Les droits de propriétaire doivent-ils outrepasser les obligations paternelles et « *Le citoyen*<sup>49</sup> fut considéré comme propriétaire avant d'être père, et, comme propriétaire, il peut disposer de toute sa fortune à son gré et sans autre loi que celle de son caprice : ses obligations en tant que père ne sauraient mettre obstacle<sup>50</sup> ». A l'inverse, dans les pays de coutumes, « *Le principe de la disponibilité eut le dessus, les obligations du père débordèrent les droits du propriétaire. Des deux côtés, les principes appliqués d'une manière trop absolue ont fait méconnaître et dépasser les bornes du juste et du vrai* »<sup>51</sup>.

A l'inverse, la théorie communautariste de la transmission successorale suggère que le patrimoine est attribué pour un temps au *de cuius*. Il doit le rendre à son décès à la communauté, à l'Etat. Pour lutter contre les inégalités de naissance, on le prive de transmission. Néanmoins, cette théorie est contreproductive de richesse. Elle ne permet pas une bonne gestion des biens la vie durant ; et rien n'est laissé aux enfants. Le *de cuius* n'a donc pas l'envie ou l'intérêt de faire fructifier ou de maintenir des biens en bon état de conservation. Il ne pourra pas les transmettre à sa descendance. Dès lors, il se trouve comme locataire viager de ses propres biens, dont l'Etat ou la collectivité est propriétaire. Certains auteurs partagent cet avis<sup>52</sup>. Pour ROBESPIERRE, les biens doivent retourner au domaine public après le décès de leur propriétaire. Pour MONTESQUIEU et ROUSSEAU, la propriété n'est pas naturelle mais bien une convention sociale arbitraire. D'autres auteurs partagent l'idée d'une convention sociale tout en admettant la transmission du patrimoine

---

<sup>48</sup> DIFFRE C-L., *DROIT CIVIL – De la portion des biens disponibles et de la réserve*, Thèse, Université de TOULOUSE, 1847, p. 16.

<sup>49</sup> En droit romain.

<sup>50</sup> DIFFRE C-L., *DROIT CIVIL – De la portion des biens disponibles et de la réserve*, Thèse, Université de TOULOUSE, 1847, p. 16.

<sup>51</sup> DIFFRE C-L., *DROIT CIVIL – De la portion des biens disponibles et de la réserve*, Thèse, Université de TOULOUSE, 1847, p. 16.

<sup>52</sup> DE RIVERIEULX R., *Réserve héréditaire en droit français, ses origines, son caractère, sa justification*, Thèse, Université de RENNES, 1903, p. 161.



aux héritiers. Les avis sont partagés. Mais le débat a fini par se tarir de lui-même avec la prise de pouvoir de l'économie au fil des décennies.

**14. Rénovation en 2001.** Alexis de TOCQUEVILLE, dans son œuvre *De la démocratie en Amérique*<sup>53</sup>, dépeint une évolution sociale au travers de l'évolution des lois successorales. Le Code civil a vécu pendant deux siècles au rythme de réformes successorales mineures. La réserve héréditaire est longtemps restée dans le moule construit par Napoléon 1<sup>er</sup>. Un bond dans le temps nous propulse au 3 décembre 2001. Une nouvelle loi vient chambouler un ordre établi devenu désuet. Le législateur décide de rénover grandement le droit de la famille. Ses deux chevaux de bataille concernent le conjoint survivant et le statut successoral des enfants.

**Le conjoint.** En droit romain comme dans l'Ancien droit, le statut de conjoint survivant est délicat. La méfiance est de mise. On soupçonne la famille du conjoint de vouloir capter l'héritage au détriment de la famille par le sang. Le conjoint ne fait pas réellement partie de la famille de son époux ou épouse. Il n'est vu que comme une pièce rapportée permettant de créer une descendance ou une alliance avantageuse. La richesse d'un individu provient essentiellement des successions reçues au sein de la famille lignée. Le fruit du travail est souvent bien moindre. Le patrimoine est constitué de biens de famille, qui doivent être transmis et rester dans la famille. Dans cette logique, les règles patrimoniales sont quasi exclusivement orientées en faveur de la protection de la famille par le sang au détriment du conjoint qui inspire majoritairement de la défiance. On ne reconnaît au conjoint que des droits successoraux en usufruit sur des quotes-parts faibles<sup>54</sup>. Il dispose d'un droit contre la succession et non d'un droit d'héritier. Il est traité comme un créancier. Il faut à tout prix éviter que de la pleine propriété ne soit transmise au décès de la veuve, à ses propres parents par le sang.

A l'aube du troisième millénaire, ces conceptions ont changé. La famille a rétréci. Il y a moins d'enfants. Les liens qui unissaient les grandes lignées se sont distendus. La famille

---

<sup>53</sup> DE TOCQUEVILLE A., (1805-1859), *Œuvres*, T, II, La Pléiade.

<sup>54</sup> Le conjoint ne peut prétendre qu'au quart en usufruit des biens et droits dépendant de la succession.

se recentre sur le couple parental. Les collatéraux ordinaires s'éloignent et l'affection devient plus forte que le sang et, « *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* »<sup>55</sup>. La famille est dite *nucléaire*. Elle rassemble seulement les parents et les enfants<sup>56</sup>. On ne vient plus d'une famille, on la crée. Le conjoint n'était rien, désormais il est tout. On raisonne par affection et plus par nécessité. Les époux se choisissent et ils veulent se protéger. Le législateur de 2001, conscient de cette évolution de la famille, décide d'octroyer des droits successoraux conséquents à ce conjoint trop longtemps exclu. La création de l'article 757 du Code civil lui apporte une vocation successorale systématique. Le conjoint a désormais le choix entre l'usufruit de la totalité des biens et droits dépendant de la succession, et le quart en pleine propriété de ces mêmes biens. Ce nouvel usufruit est d'une étendue incroyable car il concerne toute la succession. Le législateur a voulu permettre au conjoint survivant de conserver le même train de vie. Le législateur va même plus loin et crée une réserve spéciale en l'absence d'héritier réservataire<sup>57</sup>. Toutefois, cette réserve ne fera pas l'objet des développements ci-après car elle ne concerne que le conjoint survivant.

**Enfant adultérin.** Le législateur de 2001 ne s'arrête pas au statut du seul conjoint. Il décide également de gommer les inégalités de traitement entre les enfants. Dans l'Ancien droit, la naissance d'un enfant détermine sa condition sociale. Le mariage est le fondement de toute reconnaissance et d'appartenance à une famille. Les enfants nés hors mariage, sont des *bâtards*. Ils n'ont pas de famille et leurs droits successoraux sont inexistant<sup>58</sup>. On ne leur octroie que des aliments. Ce rejet des naissances hors mariage est présent jusqu'à travers

---

<sup>55</sup> PARIS G., *Les droits de retour légaux des articles 738-2 et 757-3 du Code civil*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 29.

<sup>56</sup> BENABENT A., *Droit civil, droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2014, p. 7.

<sup>57</sup> Art. 757-1 et 757-2 C. civ.

<sup>58</sup> Adage de l'Ancien droit : « *Bâtards ne succèdent point* ».



le projet du Code civil de 1804<sup>59</sup>. Finalement le législateur décide d'aplanir les inégalités existant entre enfant naturel<sup>60</sup> et enfant légitime<sup>61</sup>.

L'enfant adultérin reste malgré tout traité différemment. Il porte sur ses épaules le poids de la trahison de son auteur. Face au conjoint, généralement l'épouse, ses droits sont réduits. On lui signifie que sa naissance est mal venue<sup>62</sup>. Son existence contrarie la sacralité du mariage et la fidélité qui doit y régner. Certains enfants adultérins se soulèvent afin d'obtenir des droits identiques à ceux de leurs frères et sœurs. Devant le refus catégorique de la Cour de cassation de briser la protection du conjoint bafoué, ces affaires sont portées devant la Cour Européenne des droits de l'Homme. La plus célèbre reste l'arrêt MAZUREK<sup>63</sup>. La France est condamnée et se retrouve contrainte de modifier sa législation en 2001. Désormais, quelle que soit la naissance d'un enfant, ses droits sont identiques. La loi ne traite plus différemment un enfant né d'un adultère d'un enfant né du mariage<sup>64</sup>. Dans la bataille de la moralité, l'enfant a gagné. La distinction enfant naturel contre enfant légitime disparaît également du Code civil en 2009<sup>65</sup>. Finis aussi les qualificatifs de frères et sœurs germains, consanguins ou utérins<sup>66</sup>. Moins de différences pour plus d'égalité. Il reste néanmoins un enfant qui subit encore les conséquences de sa naissance : l'enfant incestueux. Ce dernier reste privé de droit à l'égard de son père si sa naissance est le fruit d'un inceste

---

<sup>59</sup> PORTALIS J-E-M., TRONCHET F-D., BIGOT de PREAMENEU F. et de MALEVILLE J., *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, 21 janvier 1801 : « *La faveur du mariage, le maintien des bonnes mœurs, l'intérêt de la société, veulent que les enfants naturels ne soient pas traités à l'égal des enfants légitimes. Il est d'ailleurs contre l'ordre des choses que le droit de succéder, qui est considéré, par toutes les nations policées, non comme un droit de cité, mais comme un droit de famille, puisse compéter à des êtres qui sont sans doute membres de la cité, mais que la loi, qui établit les mariages, ne peut reconnaître comme membres d'aucune famille. Il faut seulement leur garantir, dans une mesure équitable, les secours que l'humanité sollicite pour eux. Vainement réclame-t-on en leur faveur les droits de la nature ; la successibilité n'est point un droit naturel : ce n'est qu'un droit social qui est entièrement réglé par la loi politique ou civile, et qui ne doit point contrarier les autres institutions sociales* ».

<sup>60</sup> Enfant né hors mariage.

<sup>61</sup> Enfant né du mariage.

<sup>62</sup> FENET P-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 1, éd Au dépôt, 1827, p. 196 et 200 : « *La naissance d'un enfant, fruit de l'inceste ou de l'adultère, est une telle monstruosité dans l'ordre social, une vraie calamité pour les mœurs... il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir* ».

<sup>63</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, arrêt MAZUREK ; D. 2000, p. 332 note THIERRY J. ; Defrénois 2000, p. 654 note MASSIP J. ; JCP G 2000, II, 10286, note GOUTENOIRE-CORNU A. et SUDRE F. ; RTD Civ. 2000, p. 429, obs. MARGUENAUD J-P.

<sup>64</sup> Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001.

<sup>65</sup> Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005.

<sup>66</sup> Frère/sœur consanguin : père commun ; utérin : mère commune ; germain : même père et même mère.

absolu<sup>67</sup>. La filiation ne peut être établie à l'égard de son géniteur, le privant ainsi de tous droits dans sa succession<sup>68</sup>. Cette disposition est finalement protectrice tant de la *famille* que de l'enfant lui-même car elle évite toute stigmatisation.

**15. Transformation en 2006.** Comme le rappelle CATALA, « *La Réserve héréditaire française a rompu, le 1<sup>er</sup> janvier 2007, avec 1000 ans de réserve coutumière et 2 siècles de Code civil* »<sup>69</sup>. La loi du 23 juin 2006 est le point d'orgue d'une grande évolution sociologique et familiale. Elle instaure de grands changements. Le premier est la création d'une définition légale de la notion de réserve. Elle n'est plus le simple négatif de la quotité disponible. Aux termes de l'article 912 du Code civil :

« *La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent* »<sup>70</sup>.

Cette réserve est dévolue aux seuls descendants. Avec l'avènement de la famille nucléaire, la mort de la réserve des ascendants est précipitée. La famille est recentrée sur le couple et ses enfants et « *La protection du conjoint survivant a conduit à un délaissement des ascendants* »<sup>71</sup>. Les parents, ascendants privilégiés du *de cuius*, sont relégués au second plan<sup>72</sup>. Afin de compenser la fin de ce droit millénaire, le législateur de 2006 a prévu un droit de retour légal leur permettant de reprendre une partie des biens au décès de leur enfant<sup>73</sup>. Il permet d'offrir systématiquement aux parents à raison d'un quart chacun, une part de certains biens de la succession de leur enfant décédé sans postérité<sup>74</sup>.

**16. Réserve collective/individuelle.** A travers cette réforme, le législateur a individualisé la réserve. A l'origine, aux termes d'un très ancien arrêt de la Cour de cassation,

---

<sup>67</sup> Art. 310-2 C. civ.

<sup>68</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 295.

<sup>69</sup> CARBONNIER J., CATALA J., de SAINT AFFRIQUE J., MORIN G., *Des libéralités - une offre de loi*, Paris, Defrénois, 2003, p. 173.

<sup>70</sup> Art. 912 al. 1 C. civ.

<sup>71</sup> CENAC P. et PEYROUX C., *La mort de la réserve héréditaire*, JCP N 2011, n° 9, 1092.

<sup>72</sup> En matière successorale, il existe plusieurs ordres de successibles : les ascendants ordinaires, les descendants, les collatéraux ordinaires et les collatéraux privilégiés avec les ascendants privilégiés. Ce qui sépare les uns des autres s'énoncent en degré. Le premier degré exclut le second et ainsi de suite.

<sup>73</sup> Art. 738-2 C. civ.

<sup>74</sup> Art. 738-2 C. civ.



la réserve était avant tout collective<sup>75</sup>. La renonciation d'un héritier n'éteignait pas sa part de réserve individuelle qui était simplement redistribuée entre les réservataires acceptants<sup>76</sup>. La réserve globale était une part bloquée, quel que soit le nombre de réservataires venant effectivement à la succession. La réforme du 23 juin 2006 a ainsi mis fin à cette très ancienne jurisprudence. Désormais, avec l'avènement notamment de la renonciation anticipée à l'action en réduction, la protection est devenue essentiellement individuelle. La succession est désormais dévolue par souche. Chaque enfant représente une souche de laquelle sont issus d'autres enfants<sup>77</sup>. L'héritier renonçant et le prédécédé sont comptabilisés de la même manière pour le calcul de la réserve. Désormais, en cas d'enfant renonçant ou indigne, sa part reviendra à ses propres descendants. Mais en cas d'absence de descendants ou de renonciation de leur part, la part de l'enfant augmentera la quotité disponible<sup>78</sup>. Toutefois, en présence d'un enfant unique prédécédé, la réserve sera de moitié, à partager entre les descendants de cet enfant<sup>79</sup> quel que soit le nombre de petits-enfants.

**17. Réunion fictive.** Pendant plus de 30 ans consécutivement à la loi du 3 janvier 1971<sup>80</sup>, aucune modification d'envergure de la réserve n'avait été faite. Le législateur de 2006 a décidé de s'en charger dans le tout nouvel article 922<sup>81</sup>. Ce calcul dépend toujours du nombre d'héritiers réservataires, mais désormais il ne compte que les seuls enfants<sup>82</sup>. Aux termes de cet article, le notaire en charge de la liquidation doit procéder à la réunion fictive

---

<sup>75</sup> Cass. civ. 18 février 1818, arrêt *DE LAROQUE DE MONS* ; D. 1892, II 89, note PLANIOL.

<sup>76</sup> Ch. Réun. 27 novembre 1863, arrêt *LAVIALLE* ; GAJC 12<sup>ème</sup> éd. n° 138 ; DP 1864, I, 5, rapp. FAUSTINE-HELIE ccl. DUPIN, note BRESILLON : « *Attendu que de l'article 913 du Code Napoléon, qui détermine la portion des biens que les père et mère peuvent donner, soit à leurs enfants hors part, soit à des étrangers, il résulte que la réserve n'est autre chose que la succession elle-même, diminuée de cette portion, s'il en a été disposé ; que les enfants n'ont, dès lors, droit à cette réserve et ne la recueillent qu'à titre d'héritiers, et qu'aucune disposition du code ne sépare la qualité réservataire et celle d'héritier* ».

<sup>77</sup> Ces petits-enfants n'héritent pas à moins que leur auteur ne soit lui-même prédécédé. La part héréditaire est alors partagée entre les enfants de cet enfant prédécédé. C'est ce que l'on nomme la représentation.

<sup>78</sup> MALAURIE P. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Defrénois, 2016, p. 112.

<sup>79</sup> CRIDON PARIS, n° 855930, 2 août 2016.

<sup>80</sup> Loi n° 71-523 du 3 janvier 1971.

<sup>81</sup> Art. 922 C. civ. : « *La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existant au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement, après en avoir déduit les dettes, ceux dont il a été disposé par donation entre vifs d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession. Si les biens ont été aliénés, il est tenu compte de leur valeur à l'époque de l'aliénation et, s'il y a eu subrogation, de la valeur des nouveaux biens au jour de l'ouverture de la succession. On calcule sur tous ces biens, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, quelle est la quotité dont le défunt a pu disposer.* »

<sup>82</sup> Chaque enfant a droit à une part entière jusqu'au troisième enfant. En présence d'un seul enfant, la quotité disponible est de moitié, pour deux enfants elle est du tiers, et pour trois enfants et plus elle sera du quart.

des libéralités. L'article 893 alinéa 1 définit la libéralité comme « *l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* ». L'alinéa 2 ajoute qu' « *Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament* ». La libéralité se caractérise par un appauvrissement du disposant avec enrichissement du bénéficiaire (critère objectif) et une volonté de s'appauvrir de la part du disposant (élément subjectif). Sans l'intention libérale l'appauvrissement seul ne correspondra qu'à une simple perte, temporaire ou permanente, le plus souvent involontaire. Les donations sont caractérisées par le dépouillement, l'appauvrissement réel et définitif du donateur, et non simplement par un acte de générosité ou de bienfaisance. La générosité se retrouve dans un acte de prêt à usage, un crédit familial ou un délai de paiement. A l'inverse, la donation matérialise un abandon le plus souvent actuel, volontaire et translatif au profit d'une tierce personne. Rappelons d'ailleurs l'adage bien connu « *donner et retenir ne vaut* ». On parle alors d'irrévocabilité spéciale des donations. Cette caractéristique interdit au donateur de reprendre la chose donnée même avec le consentement du donataire. A l'inverse, les legs n'ont d'effet qu'après le décès du disposant. Ils peuvent être librement révoqués jusqu'au jour de l'ouverture de la succession. Les libéralités peuvent avoir un effet pacificateur<sup>83</sup> sur les relations familiales. Elles permettent ainsi d'apaiser les tensions sur la répartition du patrimoine des parents, en accord avec les présomptifs héritiers. Mais parfois les libéralités, utilisées à mauvais escient, créent un déséquilibre fatal aux relations familiales. Il revient aux parents de rendre la justice au sein de la famille.

**18. Puissance paternelle.** La réserve est aussi la réponse du législateur à la toute-puissance paternelle qui régnait à Rome et dans l'Ancien droit. Elle maintient les droits d'un enfant dont le mode de vie déplaît à son auteur<sup>84</sup>. La puissance paternelle se meurt avec la restriction du droit de disposer et « *L'autorité paternelle va s'affaiblissant tous les jours ; comment pourrait-elle subsister quand le fils du vivant de son père a déjà un droit éventuel sur son patrimoine et que ce droit lui crée une indépendance fâcheuse ; quand le père n'a plus en main de quoi récompenser le fils qui l'aide dans sa vieillesse, et est forcé par la loi*

---

<sup>83</sup> LEVILLAIN N., *Les donations graduelles et résiduelles*, AJ fam., 2014, p. 611.

<sup>84</sup> GRIMLADI M., *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, Defrénois, 15-30 août 2012, n° 15-16, p. 755.



*de laisser à son fils, même ingrat ou coupable, une portion de ses biens*<sup>85</sup>». L'idée commune de beaucoup d'anciens auteurs comme LE PLAY, était qu'en instaurant l'égalité du Code civil, on mettrait fin au pouvoir de justice du *paterfamilias*. Ce serait la porte ouverte à la désertion rurale, au morcellement des territoires, et à la dispersion des *familles*. On peut admettre que tout cela s'est produit, avec ou sans le concours du Code civil. La France d'hier n'a plus grand-chose en commun avec celle d'aujourd'hui. Néanmoins, il est plus que probable que le Code civil n'ait fait que suivre une révolution sociale déjà en marche sans pour autant la créer.

Certains voient la réserve comme une solution pour échapper au dictat paternel, car : « [La réserve] met ses bénéficiaires à l'abri des pressions illégitimes ou même des volontés tyranniques du père de famille. Car, si celui-ci avait totale liberté de disposer à titre gratuit de ses biens, il pourrait, en agitant la menace d'une exhérédation, attenter aux libertés individuelles de ses enfants, contraindre éventuellement les plus vulnérables à adopter un comportement ou des partis conformes à ses choix ou à ses convictions : en un mot, les soumettre à ses diktats<sup>86</sup> ».

De même, avec l'espérance de vie qui s'allonge, il arrive que le *de cuius* présente une santé précaire et un esprit défaillant ou amoindri. Les personnes âgées sont de plus en plus âgées et de plus en plus vulnérables. Un père peut être influencé par une nouvelle épouse voulant effacer les souvenirs du passé, ou se laisser abuser par la prévenance vénale du fils prodigue issu d'un premier lit.

**19. Le titre d'héritier.** Le descendant du *de cuius* est désormais le seul héritier réservataire. Par ordre de degré, les enfants sont les premiers appelés à la succession. Le lien filial peut être établi par le sang<sup>87</sup> ou par l'adoption. Néanmoins, il faut distinguer le titre d'héritier de l'émolument qui y est attaché<sup>88</sup>. Le descendant peut perdre l'émolument successoral auquel il avait en théorie droit pour des raisons différentes de la recherche du

---

<sup>85</sup> DE RIVERIEULX R., *Réserve héréditaire en droit français, ses origines, son caractère, sa justification*, Thèse, Université de RENNES, 1903, p. 167.

<sup>86</sup> BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, fascicule 10 : *Libéralités – réserve héréditaire, quotité disponible, nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve*.

<sup>87</sup> Conception naturelle d'un enfant.

<sup>88</sup> LE CHUITON, *L'exhérédation*, Thèse, Université de LILLE 2, 2012, p. 20.

contournement de la réserve. La perte personnelle d'une partie ou de la totalité de l'émolument peut être notamment la conséquence d'une punition successorale.

**20. Ingratitude et indignité.** L'indignité comme l'ingratitude sont des sanctions civiles patrimoniales et successorales d'un mauvais comportement. L'indignité concerne les cas de violences d'un héritier dirigées contre son auteur<sup>89</sup> (insulte, tentative de meurtre, coups et blessures...). L'héritier reconnu indigne par un jugement du tribunal est privé de toute part dans la succession du *de cuius* victime. Pour autant, il n'est pas exclu des successions des autres membres de la famille tels que le conjoint de l'auteur, ou son ascendant. Les descendants de l'indigne ne sont pas non plus frappés d'exclusion de la succession de l'auteur<sup>90</sup>. La peine d'ingratitude agit de façon similaire sur les libéralités. Il s'agit d'une peine privée privant un donataire ou un légataire de tout droit sur les biens contenus dans la libéralité qu'il a reçue. La donation ou le legs sont alors révoqués de plein droit. Les conditions de l'ingratitude sont énoncées à l'article 955 du Code civil<sup>91</sup>. La loi prévoit donc des cas de privation de l'émolument successoral ou de la libéralité en cas de mauvais comportement.

**21. Obligation alimentaire.** La réserve est encore aujourd'hui le pendant de la solidarité familiale. Traiter de la réserve héréditaire c'est traiter à la fois de droit patrimonial et de droit parental. Le droit patrimonial apporte une composante économique à la relation parentale. Dans cette perspective, « *La réserve apparaît ainsi comme l'expression d'un devoir familial. La procréation des enfants impose non seulement à leur auteur de les nourrir et de les élever, mais encore de leur donner les moyens de poursuivre leur existence, en*

---

<sup>89</sup> Art. 726 C. civ. : « *Sont indignes de succéder et, comme tels, exclus de la succession :*

*1° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ;*

*2° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner. »*

<sup>90</sup> Art. 729-1 C. civ.

<sup>91</sup> Art. 955 C. civ. : « *La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants : 1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;*

*2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;*

*3° S'il lui refuse des aliments ».*



assurant leur avenir [...] »<sup>92</sup>. Le devoir légal d'entretien des parents vis-à-vis de leurs enfants est à la fois alimentaire et éducatif. Certains auteurs<sup>93</sup> considèrent que la réserve est née de l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants car « *Qui fait l'enfant doit le nourrir*<sup>94</sup> ». Les parents doivent nourrir vêtir et entretenir leur enfant<sup>95</sup>. Ils doivent également l'éduquer et financer ses diverses dépenses d'instruction. Le devoir d'entraide et notamment l'obligation alimentaire sont nés d'une affection supposée au sein de la famille. Cette affection rend obligatoire le devoir familial. Désormais, les liens se sont resserrés et l'obligation alimentaire qui était autrefois un devoir pour celui qui avait consommé la chair, est aujourd'hui la simple conséquence des liens affectifs forts entre parents et enfants<sup>96</sup>. Mais la réserve est-elle pour autant une dette alimentaire alors que « *La dette alimentaire est un rapport d'obligation qui s'éteint à la mort de ceux qui la doivent. La réserve a été instituée pour la perpétuer après la mort des débiteurs d'aliments*<sup>97</sup> ». Cette obligation désormais inscrite à l'article 203 du Code civil, s'étend à tous les enfants des époux et pas seulement à ceux issus du couple. La réserve devient alors une obligation familiale qui dépasse le couple car, « *Au fond les modifications apportées par le législateur témoignent sans doute plus d'une altération de la nature de la réserve : et si la fonction alimentaire prend désormais le pas sur la fonction de conservation des biens dans la famille, la réserve héréditaire demeure quoiqu'il en soit l'expression d'un devoir de famille* »<sup>98</sup>. Pour autant, certains auteurs soulignent que ce lien entre réserve et obligation alimentaire n'est pas à toute épreuve<sup>99</sup>. Les aliments sont censés répondre à un besoin et la réserve ne réclame pas de justifier d'un état de besoin. La réserve en droit français est indépendante de l'état de fortune de l'héritier qui en est titulaire. Pour autant, le débat n'est pas complètement clos.

---

<sup>92</sup> TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil, les obligations*, Précis, 11<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 498.

<sup>93</sup> JUILHARD J., *Le droit de tester, la réserve héréditaire des enfants dans le Code civil, étude historique et de philosophie juridique*, Thèse, Université de DIJON, 1904, p. 169.

<sup>94</sup> LOYSEL A., *Institutes coutumières*, 1607.

<sup>95</sup> Art. 203 C. civ.

<sup>96</sup> PERNEY D., *La nature juridique de la réserve héréditaire*, Thèse, Université de NICE, 1976, p. 42.

<sup>97</sup> BOISSENADE G., *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, Paris, Lib. Guillaumin et Cie, 1873, p. 533.

<sup>98</sup> GODECHOT-PATRIS S., *Les successions internationales*, Rapport national pour les journées internationales de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française ; Journées roumaines sur le thème des successions, juin 2010.

<sup>99</sup> BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, *fascicule 10 : Libéralités – réserve héréditaire, quotité disponible, nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve*.

**22. Les secondes familles.** La protection des enfants de premier lit est très ancienne : « *Les réserves établies par les constitutions des empereurs romains au profit des enfants issus d'une première union, au cas de second mariage de leurs auteurs étaient en pleine vigueur dans les pays du midi de la France. Elles furent même étendues à tout le royaume par l'édit des secondes nocces, rendu sous le règne de François II, en 1560, par les soins du Chancelier de l'Hospital* »<sup>100</sup>.

Cette loi a inspiré les premières protections modernes des enfants des précédentes unions, et notamment issus d'un précédent mariage. Mais le démantèlement et la transformation de la famille classique au profit de nouvelles structures familiales sont finalement les conséquences de l'individualisme grandissant de chacun. En effet,

« *En trois décennies et pour une série de causes dont la concomitance produit en quelque sorte une marée de conjoncture, le glissement s'est opéré du sentiment du « nous » de la communauté familiale, quelle que soit son étendue, au sentiment du « je » de l'individu libre et solitaire. D'où la fluidité, la détachabilité et l'interchangeabilité des nouvelles familles (The new family), qui sans cesse, se font et se défont pour se refaire encore*<sup>101</sup> ».

La crise est à la fois une crise du mariage et une crise du couple quelle qu'en soit la forme. La conception du foyer a changé, la forte diminution du nombre de mariages, l'augmentation considérable du nombre de naissances hors mariage, les divorces et les séparations ont complètement transformé la société.

Depuis plusieurs dizaines d'années, on voit l'émergence de familles recomposées et monoparentales. Les modèles familiaux évoluent et le nombre de familles recomposées augmente<sup>102</sup> ; « *Les secondes nocces ne font donc pas nécessairement suite à un veuvage, surtout de nos jours où les divorces sont fréquents, même chez les seniors qui, au soir de leur vie, songent encore à la refaire*<sup>103</sup> ». En 2011, on comptabilise 1,470 millions d'enfants mineurs vivant en famille recomposée. Près d'un million d'entre eux vivent avec un beau-

---

<sup>100</sup> DIFFRE C-L., DROIT CIVIL – *De la portion des biens disponibles et de la réserve*, Thèse, Université de TOULOUSE, 1847, p. 21.

<sup>101</sup> MEULDERS-KLEIN M-T., *La personne, la famille et le droit – 1968 – 1998 : trois décennies de mutations en occident*, Paris, LJDJ, 1999, p. 440.

<sup>102</sup> Etude Insee Première 10-2013 n° 1470.

<sup>103</sup> MARSTAL L., *L'enfant et les secondes familles*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2013, p. 132.



parent et plus de 500.000 vivent avec un demi-frère ou une demi-sœur. Ces chiffres ne prennent pas en compte les majeurs issus de familles recomposées. « *Mono, homo, recomposée, hermaphrodite, hydrocéphale... la famille n'est pas morte, elle est en pleine transmutation nucléaire* »<sup>104</sup> ?, et à force de divisions, la famille se résume souvent à un individu autour duquel on trouve des enfants de lits différents, qu'ils soient accidentels ou volontaires, avec en plus le dernier conjoint ou partenaire de vie. Il s'agit de la crise de la famille dans sa forme collective qui progressivement produit l'émergence du sentiment que l'individu prime sur le groupe. Nous sommes face au « *relâchement du lien familial au bénéfice de la liberté individuelle* »<sup>105</sup>.

L'enfant non issu du couple n'a pas vocation à hériter de son beau-parent. Il existe en plus du problème affectif, un problème de patrimoine car, « *Si les rapports d'argent en famille sont en général fortement colorés d'affectif, cette règle est encore plus sensible dans les familles recomposées où un certain nombre de notions qui « vont de soi » dans les familles classiques perdent leur caractère d'évidence* »<sup>106</sup>. Tout ce qui sera transmis au beau parent en propriété du vivant ou au décès du parent, sera perdu pour l'enfant. On observe donc une disparité de traitement entre les enfants quand bien même le lien affectif serait identique. On protège tellement ces autres enfants qu'on les prive d'un lien patrimonial qui serait le reflet de leur lien affectif. Le législateur, a préféré créer une protection et une tolérance de ces enfants qu'une invitation à les aimer. De plus, l'absence de statut légal du beau-parent rend difficile l'engagement patrimonial de ce dernier vis-à-vis de ces enfants. La gestion de la réserve actuelle s'en ressent. La complexification de ces relations par l'augmentation du nombre d'acteurs familiaux produit des conflits. De nombreuses personnes se trouvant dans de telles situations viennent en permanence consulter leur notaire.

**23. Les engagements.** La réserve est fondée sur un engagement, qu'il soit volontaire ou non. Pour la comprendre, il faut prendre en compte la faculté d'alliance et de rupture. Le *de cuius* peut de son vivant établir différents liens d'alliance. En concubinage, il fait le choix de s'allier sans se contraindre. A son décès, sans testament, son concubin ne disposera

---

<sup>104</sup> Paroles de Marc VILROUGE, écrivain français.

<sup>105</sup> BENABENT A., *Droit civil, droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2014, p. 8.

<sup>106</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 1104.

d'aucun droit sur sa succession. S'il veut aller un peu plus loin, il pourra se pacser. Son partenaire n'aura pas plus de droit dans sa succession. Toutefois, le *de cuius* pourra décider de l'avantager par testament avec les encouragements de la loi fiscale. Vient alors un très grand engagement, le mariage ; le plus important. Avec le mariage, la loi octroie d'office des droits à son conjoint sur la succession en cas de survie. Le *de cuius* n'a pas besoin d'agir en sa faveur, la loi prévoit sa protection. Il peut néanmoins le priver de ses droits tout en se débarrassant de lui. Il lui suffit de divorcer. Cette alliance, aussi solide soit elle en apparence, peut finalement être facilement dissoute. Pour priver les père et mère, les frères et sœurs ou encore les oncles, tantes, grands-parents et autres cousins, il suffit désormais de préparer un testament. Les priver de tout droit dans la succession est d'une facilité déconcertante.

Et pour les enfants, qu'en est-il ? Dès que l'enfant est né du mariage de ses parents ou reconnu par eux, la filiation est établie. Il est attaché à eux, comme eux à lui. Le *de cuius* ne pourra priver son enfant de ses droits. On pourrait arguer qu'il s'agit du lien du sang. Mais dans ce cas pourquoi autoriser l'individu à priver sa famille par le sang de tout droit sur sa succession ? On peut répondre qu'il est démesuré d'admettre une réserve pour tous les héritiers par le sang jusqu'au sixième degré. Mais l'évidence est tout de même là, quelle qu'en soit la justification. Il n'est pas possible de rompre le lien juridique et patrimonial entre un parent et son enfant comme on pourrait le faire avec un conjoint. Il faut admettre qu'il s'agirait alors, à la place du mariage, de l'engagement ultime. Celui dont on ne peut se défaire, quand bien même, il n'y aurait pas ou plus d'amour filial ou d'échange entre parent et enfant. Il est toujours possible de revenir sur un mariage, de divorcer, de le faire parfois annuler, dans le cas d'époux n'ayant jamais rien partagé ; comme si l'autre n'avait jamais existé. Mais un enfant c'est différent. Aucun exutoire n'existe pour un individu devenu parent. On ne peut divorcer de son enfant. Dès lors que la loi reconnaît la maternité ou la paternité, il est trop tard. Il n'est plus possible de faire machine arrière. Le lien filial est perpétuel, et avec lui résonne l'espérance de l'héritage, même si, « *En effet le futur défunt n'est pas titulaire d'un droit de révocation du lien familial. Si malgré tout, certaines situations aboutissent à l'anéantissement de ce lien, cette suppression n'est jamais le fait de la volonté discrétionnaire du de cuius*<sup>107</sup> ».

---

<sup>107</sup> OULD AKLOUCHE Y., *La qualité d'héritier*, Thèse, Université de TOULOUSE 1, 2001, p. 91.



**24. Réserve théorique.** Lorsqu'ils pensent à l'héritage, beaucoup d'enfants s'imaginent qu'il est un dû. Que de par leur naissance, chacun est titulaire d'une partie du patrimoine de son auteur comme s'il en était déjà un peu propriétaire. On les entend d'ailleurs souvent parler de ce qui leur revient de droit, alors que leur père et leur mère sont toujours en vie. Cette impression collective de posséder avant la mort du titulaire est pourtant un tort. La réserve héréditaire est une notion latente du vivant du *de cuius*. Elle ne trouve son application qu'à son décès. Etablir la liste des réservataires qui héritent ainsi que leur quote-part n'est possible qu'une fois le décès survenu. On ne peut considérer que la qualité de réservataire est née avec l'enfant lui-même. En effet, tout enfant du *de cuius* est considéré actuellement par la loi comme un *présomptif* héritier réservataire. Or cette qualité n'est que latente, il ne s'agit que d'une présomption simple, et ce pour plusieurs raisons. D'abord car la loi évolue dans le temps, et que les ascendants réservataires d'hier ne sont plus traités comme réservataires aujourd'hui. Les changements de législation ne peuvent être déterminés à l'avance et une qualité latente de réservataire peut disparaître si la législation vient à changer. Ensuite, si l'héritier dit réservataire est prédécédé au défunt, sa qualité latente de réservataire se transmet à sa propre descendance. Par ailleurs sa filiation doit être correctement établie et non contestée. S'il perd la qualité de descendant de l'auteur, il perd la qualité de réservataire latent de sa succession. A l'inverse, un enfant adopté devient réservataire latent au jour de son adoption. Il ne peut pour autant faire valoir sa qualité de réservataire que si l'adoption n'est pas révoquée avant le décès de l'adoptant.

Dès lors, le réservataire latent ne peut contrevenir aux actions du *de cuius* sa vie durant. Il ne peut s'opposer à une donation, à une vente ou une acquisition au motif qu'il est titulaire d'une *réserve théorique*. Il ne peut user de sa qualité de réservataire latent pour réclamer un droit sur le patrimoine de son auteur. Cette latence signifie également que les actions du défunt ne peuvent être jugées avant son décès, avant que le *présomptif* réservataire ne devienne réservataire de plein droit. Le *de cuius* n'est donc pas empêché dans la gestion de son patrimoine. L'accord des *présomptifs* réservataires n'est pas nécessaire pour accomplir les actes de la vie courante, vendre, donner ou acquérir un bien. En conséquence, le contrôle de l'atteinte à la réserve ne peut se faire qu'à postériori par la réunion fictive. Il est alors impossible d'évoquer la nullité comme sanction des actes passés à l'encontre de la

réserve. La nullité est une sanction qui a trait aux conditions de validité. L'accord des présomptifs réservataires n'étant pas une condition de validité, la nullité ne peut s'appliquer. La sanction ne peut consister en un anéantissement rétroactif. La seule sanction possible est alors la réduction.

**25. La politique de la terre brûlée.** Le pendant de l'absence de réserve théorique est le droit du *de cuius* à la *politique de la terre brûlée*. La notion de politique de la terre brûlée correspond au droit du *de cuius*, même parent de dilapider entièrement son patrimoine. Cette dilapidation peut se faire par tout moyen à l'exception de l'octroi de libéralités. Il est totalement libre de dépenser ses avoirs à son propre profit, quel qu'en soit le but ou la raison. Le mythe du père/mère qui liquide son patrimoine et dépense tout jusqu'à son dernier sous à LAS VEGAS est réel. Quel meilleur moyen de ne rien laisser à sa descendance que celui-ci ? Dès lors que les dépenses ont été réalisées dans l'intérêt exclusif ou concernant les besoins du seul *de cuius*, ses enfants ne pourront rien réclamer<sup>108</sup>. Il n'existe pas d'action paulienne pour combattre l'appauvrissement volontaire du *de cuius* car il n'existe pas de droit à une *réserve théorique*.

**26. Anticiper.** L'institut CSA a publié récemment une étude<sup>109</sup> sur l'attitude du public face aux problématiques de transmission patrimoniale. Dans cette étude, la population sondée s'oriente vers une utilisation personnelle de son patrimoine et une inquiétude quant à l'avenir économique lors du passage à la retraite. En moyenne, une personne interrogée sur deux s'est déjà renseignée sur les possibilités de transmission de patrimoine. Grâce aux techniques actuelles d'ingénieries patrimoniales, et de gestion fiscale, les couples subissent de moins en moins la transmission de leur patrimoine. Ils s'organisent afin de laisser à leurs proches le plus de biens possible (qu'ils soient descendants, simples membres de la famille, amis ou tiers). Ils prévoient, s'interrogent sur le devenir du patrimoine qu'ils ont créé, et recherchent des solutions fiscales avantageuses. Si de son vivant, le *de cuius* n'a pas organisé sa succession, il ne pourra ordonner après sa mort. C'est une des raisons pour lesquelles, tant de clients franchissent la porte des études notariales chaque jour.

---

<sup>108</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 143.

<sup>109</sup> PORTMANN A., D. actualités, 29 mars 2017.



**27. Vouloir contourner.** En réalité, il n'est pas nécessaire de se retrouver face aux *secondes familles*<sup>110</sup>, pour imaginer déshériter un enfant. La mécontente peut naître de situations complexes que l'évolution des relations familiales favorise ... En pratique, les notaires rencontrent finalement en succession encore peu de familles recomposées compte tenu de la génération et de l'âge des *de cuius* actuels. Les quelques recompositions familiales sont souvent anciennes. Les enfants ont eu le temps d'apprendre à aimer ou à supporter leur beau-parent. Les beaux-parents ont eu le temps d'apprivoiser et de voir grandir ces enfants qu'ils n'ont pas engendrés. La rupture de la première famille est une plaie le plus souvent cicatrisée. Les animosités se sont souvent éteintes au fil des années, pour être parfois remplacées par de l'indifférence mutuelle. Les conflits successoraux sont le plus souvent issus des relations dans les familles dites *classiques*. Ils naissent entre frères et sœurs, entre parents et enfants. Ils sont la conséquence de jalousies, de différences de traitement et le plus souvent de malentendus. C'est une concurrence à l'amour et à la reconnaissance qui se solde souvent par deux perdants. Le fratricide d'Abel par Caïn dans la Genèse est la parfaite illustration de cette jalousie dévorante. Qu'il y ait une justification ou pas, que la morale soit en cause ou pas, le point de non-retour est souvent atteint.

Les parents souhaitent alors souvent anticiper le conflit patrimonial, et parfois empêcher un ou plusieurs de leurs enfants d'hériter. Certains ne cherchent pas la paix, ils exploitent simplement leur idée de la justice. L'objectif est de priver d'une partie, et parfois même, priver du tout. L'exhérédation est la volonté clairement exprimée de priver un héritier présomptif de sa part successorale. C'est une notion à proprement parler absente du Code civil<sup>111</sup>. L'exhérédation est encore taboue pour le législateur même si en pratique c'est une demande récurrente et une préoccupation grandissante des clients. Pour autant, si l'atteinte à la réserve à proprement parler est punie par la loi civile, son contournement laisse néanmoins songeur. Contourner c'est agir sur un calcul qui ne sera fait qu'au jour du décès. Contourner la réserve c'est contourner à la fois le calcul final et le pouvoir d'octroyer à l'héritier réservataire.

---

<sup>110</sup> MARSTAL L., *L'enfant et les secondes familles*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2013, p. 20.

<sup>111</sup> LE CHUITON, *L'exhérédation*, Thèse, Université de LILLE 2, 2012, p. 14.

**28. Problématique.** Alors que répondre à tous ces clients ? Quelles solutions existent ? Mettons la morale de côté. La question n'est pas de savoir s'ils ont raison ou tort, ou s'il est bon de leur répondre autre chose que l'énoncé de l'article 912 du Code civil. La question n'est pas de juger leurs intentions ou de savoir s'il est juste de chercher à contourner la réserve. Elle n'est pas non plus de les aider à frauder aux droits de leurs enfants ou de leur vendre le parfait manuel du parent justicier ou malveillant. Il n'est plus question pour le moment de morale mais d'opportunité. En tant que juriste nous devons répondre à cette question. Nous devons aller plus loin que la solution moralement acceptable. Laissons notre réflexion approfondir le sujet. Si nous pouvions leur répondre, qu'aurions-nous à leur dire ?

Quelles sont les techniques ou des manœuvres patrimoniales permettant de contourner la sacrosainte réserve héréditaire ? Dans quelle mesure sont-elles efficaces ? Lesquelles génèrent les meilleurs résultats ? Allons encore plus loin au travers de la reconnaissance de l'évolution de la *famille*. L'étude de l'ensemble de ces techniques, laisse-t-elle encore présager un avenir pour la réserve héréditaire ? La multiplication récente des entorses au principe de protection n'ébranle-t-elle pas ce pilier du droit successoral français ? Pour y répondre, envisageons la multitude d'histoires de famille que rencontrent les notaires, générant ainsi une quantité d'instruments de contournement différents. Contourner la réserve est un exercice qui demande de la patience, de l'organisation et de l'ingéniosité. Les instruments d'éviction totale ou partielle de la réserve, visent d'une part l'héritier (**Partie 1**), ou agissent d'autre part sur les règles fondamentales des successions (**Partie 2**).



---

***PARTIE I***

***LES INSTRUMENTS VISANT  
L'HERITIER LUI-MEME***

---



*« Les enfants n'ont pas d'autre droit à la succession de leur père que celui qu'ils tiennent des lois ; c'est au même titre que la noblesse se perpétue dans les familles : la distinction des ordres du royaume est une des lois fondamentales de l'Etat.<sup>112</sup> »*

29. L'enfant n'est finalement qu'un réservataire latent. Le voilà soumis à la survenance d'un évènement certain dont il ne connaît pas la date. Fort de cette présomption, le *de cuius* a toute liberté pour aménager sa succession. Il peut ainsi ébranler la position de l'un de ses héritiers, ou les viser tous. Le statut privilégié du réservataire peut être affaibli par la volonté du *de cuius*. Il lui suffit de préparer son patrimoine à la transmission. Celui qui veut contourner la réserve doit s'organiser en amont de son propre décès. Anticiper implique parfois d'obtenir l'accord préalable de l'héritier à léser. L'enfant unique cède sa place ou la partage. Le *de cuius* doit parfois accueillir de nouveaux membres dans la famille afin de mener à bien son projet. L'agrandissement du foyer est un acte d'amour. Mais il peut devenir une stratégie. C'est en modifiant la structure de la famille et les droits de ses membres que le *de cuius* affaiblit la réserve. La famille est à la fois la source des droits de l'héritier mais également la justification de leur diminution ; « *On appelle famille un groupe d'individus unis par le sang et brouillés par des questions d'argent* »<sup>113</sup>.

Le *de cuius* peut ainsi instaurer une concurrence (**Titre 1**). Et si l'intérêt de la famille impliquait d'évincer le pouvoir de ses membres sur les biens de la succession ? Même temporairement. La privation est justifiée par la sauvegarde du patrimoine au détriment de l'étendue de la saisine<sup>114</sup>. L'héritier est mis sur la touche. Attaquer la position du réservataire, c'est aussi le priver de pouvoir (**Titre 2**).

---

<sup>112</sup> De CLAPIERS L., marquis de Vauvenargues, *Réflexions et maximes*, 1746.

<sup>113</sup> REY E., *Maximes morales et immorales*, 1914.

<sup>114</sup> Art. 724 C. civ. : « *Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt.*



---

*Les légataires et donataires universels sont saisis dans les conditions prévues au titre II du présent livre.  
A leur défaut, la succession est acquise à l'Etat, qui doit se faire envoyer en possession ».*

## TITRE 1 : METTRE L'HERITIER EN CONCURRENCE

---

*« Mais quand ton fils que voici est arrivé,  
lui qui a mangé ton avoir avec des filles,  
tu as tué le veau gras pour lui!<sup>115</sup> »*

30. La parabole du fils prodigue met l'accent sur la jalousie fraternelle et la différence de traitement. Le fils obéissant juge son père, et « *Faire preuve de jalousie, c'est mettre au jour la crainte qu'on a d'être effacé* »<sup>116</sup>. Le père avantage son autre fils alors même qu'il a dilapidé tout ce qu'il a reçu. La famille est le berceau des émotions, la rivalité crée la jalousie. L'héritier réservataire, bien qu'au centre de la succession, supporte la concurrence mais ne l'accepte pas. Le ressenti émotionnel se transforme alors en tragédie familiale. *Le de cujus* doit faire un choix. S'il veut contourner la réserve de l'héritier il doit avantager un proche. Soit la préférence est en faveur du conjoint (**Chapitre 1**), soit se tourne vers un tiers (**Chapitre 2**), qu'il soit membre de la famille ou pas.

---

<sup>115</sup> Evangile selon St LUC, chapitre 15, verset 30, parabole du fils prodigue.

<sup>116</sup> LESZCZYNSKI S., *Œuvres du philosophe bienfaisant*, 1764.



## **CHAPITRE 1 : LA CONCURRENCE PARTICULIERE DU CONJOINT**

**31.** « Rien n'est plus admirable qu'un mari et une femme qui portent le même regard sur le monde, déconcertant ainsi leurs ennemis et enchantant leurs amis<sup>117</sup> » car le couple est au cœur de la famille moderne. Qu'il s'agisse d'un conjoint, d'un partenaire pacsé ou d'un concubin, la place du partenaire de vie est primordiale. Le *de cuius* peut l'avantager au détriment de ses héritiers réservataires. Il choisit d'en faire sa priorité. Compte tenu des dernières évolutions législatives en matière d'union, il existe plusieurs options. D'un côté le *de cuius* avantage le partenaire de vie à travers le choix d'un statut matrimonial (**Section 1**). De l'autre, il le privilégie en augmentant ses droits matrimoniaux (**Section 2**).

### **SECTION 1. - LE CHOIX DU STATUT MATRIMONIAL**

**32.** Le *de cuius* est libre de sa vie sentimentale. Il choisit de contracter une union, puis d'y mettre fin. Il n'a pas à tenir compte de l'avis de son héritier présomptif. L'enfant subit les élans d'affection de son auteur. S'unir c'est ajouter un membre à la famille. Plus la famille est étendue, plus l'héritier doit partager sa place. Plus l'union prendra une forme officielle, plus les droits du réservataire seront en danger. Mais en matière de contournement la solution n'est pas si évidente. Il existe diverses formes d'unions qui ont chacune leurs conséquences. Concurrencer la réserve de l'héritier implique de choisir un camp ; choisir le camp du mariage (§1), ou celui de l'abandon du statut matrimonial (§2).

---

<sup>117</sup> HOMERE, *L'Odyssée*, fin VIIIème siècle avant J.-C.

## §1. LE CHOIX DU MARIAGE

**33. Evolution.** L'appât du gain au lieu de la quête du bonheur a conduit certaines personnes à rechercher une fortune de vie plutôt qu'un amour. On rencontre alors d'étranges alliances :

*« Nous avons vu des hommes réputés honnêtes, des sociétés considérables, applaudir au bonheur de Mlle... jeune personne, belle, spirituelle, vertueuse, qui obtenait l'avantage de devenir l'épouse de M. ..., vieillard malsain, repoussant, malhonnête, imbécile, mais riche. Si quelque chose caractérise un siècle infâme, c'est un pareil sujet de triomphe, c'est le ridicule d'une telle joie, c'est le renversement de toutes les idées morales et naturelles »<sup>118</sup>.*

Les mariages d'argent sont légion au XVIIIème siècle. Ils succèdent à une longue lignée de mariages arrangés à des fins politiques. Le législateur en prend son parti et se méfie du conjoint. Méfiance rime avec défiance, et le conjoint passe après la descendance. La loi du 9 mars 1891 est une première main tendue en octroyant au survivant une part en usufruit sur la succession du *de cuius*. Mais elle reste fonction de la présence et de la qualité des autres héritiers en concours. Par la suite, l'évolution de la société et les réformes législatives qui en découlent ont assis la position du conjoint survivant. *« Aujourd'hui, l'ordre public successoral glisse inexorablement vers une sorte de droit social successoral qui profite de plus en plus au conjoint survivant<sup>119</sup> »* et choisir le mariage c'est désormais offrir une protection à celui qui partage sa vie ; c'est lui donner des droits. La toute-puissance du sang s'effondre. L'alliance devient la clé de voûte de la famille et,

*« Les descendants, sans avoir un droit « à » héritage, mais un droit « sur » l'héritage, ont vocation à se partager ce qui « reste » du patrimoine de leur auteur. Tandis que le droit contemporain a évolué pour faire des droits du conjoint un véritable droit « à » un maintien de son train et style de vie »<sup>120</sup>.*

Le mariage actuel est un choix d'amour et plus de raison. Le législateur du XXIème siècle en a largement pris conscience.

---

<sup>118</sup> CHAMFORT (Sébastien-Roch NICOLAS), *Maximes, pensées, caractères et anecdotes*, 1796.

<sup>119</sup> BERRE S., et FERRE-ANDRE S., *Successions et libéralités*, 4<sup>ème</sup> éd., Hyper Cours, Paris, Dalloz, 2018, p. 2.

<sup>120</sup> BEIGNIER B. et TORRICELLI S., *Libéralités et successions*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 285.



Le mariage prend fin par le décès de l'un des époux. S'ouvre alors la liquidation du régime et la succession du prédécédé. La combinaison des règles matrimoniales et successorales spécifiques à chaque couple détermine les droits de l'époux successible<sup>121</sup>. Chaque liquidation est différente et dépend de multiples facteurs. Grâce à la transformation de la famille française le conjoint tire de vrais avantages du mariage. Ces avantages peuvent être mis au service du contournement de la réserve. Le libre choix du régime même en présence d'enfants d'autres lits, est une aubaine. Contourner est souvent synonyme de détourner l'institution de sa vocation première. Toutefois, il faut bien avouer qu'à travers les dernières réformes, notamment sur les droits du survivant, le législateur a lui-même porté atteinte aux droits des réservataires. Et pourtant, actuellement, on célèbre de moins en moins de mariages. Ces atteintes ne sont donc pas systématiques. Il est pourtant utile de conseiller un mariage dans un but de contournement de la réserve. Avec la noce, le conjoint prive les réservataires d'une part de leurs droits mais également de leur pouvoir. Faisons donc le point sur les utilités du mariage dans un tel dessein. Pour ce faire, distinguons le choix du régime initial<sup>122</sup> (A) du changement de régime matrimonial<sup>123</sup> (B).

## **A. LE CHOIX INITIAL**

**34.** L'article 1497 du Code civil autorise le choix d'un régime matrimonial différent du régime légal. La liberté des conventions matrimoniales est une opportunité à saisir par les futurs époux. Il est possible d'agrandir la communauté et d'y inclure davantage de biens que ceux présents dans la forme légale. A l'inverse, il est possible de supprimer cette communauté au profit de patrimoines indépendants. Le choix d'une convention matrimoniale est primordial. La décision détermine l'état du patrimoine, les obligations participatives quotidiennes de chacun, les modalités d'utilisation du/des patrimoine(s), leur(s) répartition(s) au jour du décès du prémourant... Chaque couple est unique, et il convient de déterminer le régime adéquat pour chacun. Mais choisir pour vivre à deux n'est

---

<sup>121</sup> Art. 732 C. civ. : « *Est conjoint successible le conjoint survivant non divorcé.* »

<sup>122</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 février 2006, n° 03-19.206, Bull. civ. I, n° 127.

<sup>123</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n° 02-10.528 ; JCP G 2004, I, n° 176 note WIEDERKEHR G. (pour la période de l'homologation systématique du changement de régime).

pas choisir pour contourner la réserve. L'option même du mariage permet d'attribuer d'office des droits au survivant, droits que les descendants auraient pu recueillir en l'absence de conjoint. Mais chaque régime apporte une pierre à l'édifice du contournement. Le législateur-architecte a bâti une cathédrale du contournement sans s'en émouvoir. Autant que le *de cuius* s'en serve pour protéger son partenaire de vie. Il est nécessaire de distinguer les régimes laissant subsister les patrimoines propres de chaque époux (1°) du régime de fusion quasi totale (2°).

## **1. Le choix d'un régime à plusieurs masses**

**35. Le régime de communauté légale.** Voici le régime le plus populaire parmi les Français ; la classique communauté réduite aux acquêts. Depuis la loi du 13 juillet 1965<sup>124</sup> retouchée par la loi du 23 décembre 1985<sup>125</sup>, le législateur en a fait son régime légal. Il s'applique aux couples mariés sans contrat. Il est simple au quotidien. Dès la célébration du mariage, une nouvelle entité vient rejoindre les époux : la communauté. Cette communauté se compose d'acquêts<sup>126</sup>. Les époux sont chacun titulaire d'un patrimoine propre composé notamment des biens acquis avant le mariage et des biens reçus par donation ou succession avant ou pendant, mais pas seulement<sup>127</sup>. La communauté est une nouvelle masse qui vient s'ajouter au patrimoine propre des époux. Elle se composera notamment de tous les biens acquis au cours du mariage, par un époux seul ou par les deux<sup>128</sup>. Ces biens sont de nature tant mobilière qu'immobilière. Les fruits et revenus de biens propres sont également communs<sup>129</sup>. Les gains et salaires font également pot commun. A ce titre, à la dissolution de la communauté, chacun sera titulaire d'une moitié. Se marier sous ce régime permet de diminuer l'actif successoral au bénéfice du seul conjoint.

---

<sup>124</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965.

<sup>125</sup> Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985.

<sup>126</sup> Biens meubles et immeubles acquis par au moins l'un des deux époux pendant le mariage, à l'exception de ceux acquis par succession, donation ou legs.

<sup>127</sup> Art. 1404 C. civ.

<sup>128</sup> Art. 1401 C. civ.

<sup>129</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, Bull. civ., I, n° 96 ; JCP G 1993, II, n° 22003, note PILLEBOUT J-F.



Dès lors, créer un déséquilibre mathématique est aisé. Il suffit qu'il existe une disparité de revenus entre les deux époux. Le conjoint le moins fortuné pourra bénéficier des gains et salaires de son époux à hauteur de moitié. Il pourra même cesser de travailler et n'avoir aucun revenu. A défaut de précision dans le contrat nuptial, les époux contribuent aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives<sup>130</sup>. Ainsi, la moitié du fruit du travail de l'époux actif sera attribuée à l'époux oisif en cas de dissolution du mariage. Peu importe que le mariage se solde par un décès ou un divorce. De même, les acquisitions constituent des biens communs, à l'exception des biens financés par des deniers propres ou subrogés aux propres dont la propriété individuelle doit être prouvée<sup>131</sup>. L'époux fortuné pourra aisément financer en totalité avec ses gains et salaires des biens qui auront alors la qualité de communs. Au décès du prémourant, le survivant bénéficie de la moitié des acquêts de communauté. Ainsi, en cas de décès, le conjoint sera titulaire de la moitié de ses revenus ainsi que de la moitié des biens acquis en communauté, sans n'avoir jamais rien financé. Si l'époux fortuné est parent d'enfants d'autres lits, ceux-ci seront désavantagés par un mariage sous le régime de la communauté légale.

Ici réside l'intérêt pour le contournement de la réserve héréditaire. Un contournement prévu par le législateur lui-même, certes, mais qui diminue mathématiquement les parts attribuées. Imaginons un couple présentant une importante différence d'âge et de revenus. Image archaïque d'un vieil homme riche, veuf et père, épousant la jeune ingénue de peu de revenus. Ils se marient, et Madame ne travaille pas. Si Monsieur prédécède, Madame obtiendra la moitié des acquêts. Cela inclut tous les biens acquis par les nouveaux époux<sup>132</sup>, quand bien même, Monsieur les aurait financés en totalité. On rétorque que l'ordre des décès n'est jamais certain. Mais si le mari décède malgré tout en premier, l'épouse devient propriétaire de la moitié de tous les acquêts qu'ils soient meubles ou immeubles. Aucune créance entre époux ne peut être réclamée par les héritiers de Monsieur au titre d'une absence de participation de Madame. Sauf convention contraire, la contribution de chacun des époux est réalisée à hauteur de leurs facultés respectives, au jour le jour. Dès lors, la communauté

---

<sup>130</sup> Art. 214 C. civ.

<sup>131</sup> Art. 1402 C. civ.

<sup>132</sup> A l'exception des biens acquis en remploi de biens propres.

légale permet de faire sortir une partie des biens ou fonds acquis par le *de cuius*<sup>133</sup> pour les faire suivre dans le patrimoine du survivant. S'agissant d'une création de la loi, le contournement n'ouvrira pas de discussion. S'il s'agit d'une communauté conventionnelle, il ne pourra être reproché au notaire ayant préparé le contrat de mariage de ne pas avoir averti les futurs époux que tout ce qui entre en communauté est partagé par moitié<sup>134</sup>.

**36. Le choix de la séparation de biens.** C'est le régime le plus simple. Dans cette hypothèse, les époux n'ont pas de patrimoine commun, au plus, ils ont un patrimoine indivis. Tous les biens acquis par un époux seul lui restent personnels. L'intérêt d'un tel régime pour le contournement de la réserve reste relatif. Il est possible d'ajouter une société d'acquêts à la séparation de biens. Elle permet d'insérer une communauté limitée à la séparation des patrimoines. Mais la société d'acquêts n'est pas d'une grande aide pour créer un contournement. Dans une séparation de biens pure et simple, chaque époux est propriétaire de tous les biens acquis à son seul nom<sup>135</sup>. A la dissolution du mariage, chacun restera propriétaire de ses biens. Au mieux, il faudra répartir les biens indivis à hauteur des quotes parts mentionnées dans les actes d'acquisition. Alors en quoi ce régime est-il utile pour le contournement de la réserve ? L'intérêt réside dans la répartition des acquisitions. En séparation de biens, les époux peuvent manipuler les financements. Ainsi, l'un des époux, peut financer en intégralité un bien acquis au nom de l'autre. L'époux fortuné transfère par ce biais du patrimoine au nom de son conjoint. Autre moyen similaire, indiquer des quotes parts indivises ne reflétant pas les financements. Par exemple, le bien est acquis par la communauté, réparti par moitié entre chacun des époux, alors que l'un finance 95% et l'autre seulement 5%. Les époux réalisent ainsi un transfert de fonds indirect. C'est un avantage certain octroyé au conjoint et un moyen incroyable de faire disparaître des fonds et d'acheter pour autrui.

**37. Contribution.** De manière identique à la communauté légale, le contrat de séparation de biens prévoit les contributions aux charges du mariage. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a jugé que l'un des époux ne pouvait réclamer d'indemnité au titre d'un

---

<sup>133</sup> Autre que par donation ou succession.

<sup>134</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 avril 2014, n° 13-16.380 ; JCP N 2014, n° 27, 1238, note BOREL J-P.

<sup>135</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Patrimoine* 2017-2018, p. 45.



dépassement de la contribution aux charges du mariage<sup>136</sup>. En l'espèce, l'époux avait financé en totalité un bien acquis en indivision avec l'épouse. Leur contrat de mariage prévoyait notamment « *qu'ils contribueraient aux charges du mariage dans la proportion de leurs facultés respectives et que chacun d'eux serait réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive en sorte qu'aucun compte ne serait fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auraient pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature* <sup>137</sup> ». Les juges du fond ont constaté que la présomption instaurée par le contrat de mariage ne laissait aucune place à la preuve d'une inégalité de contribution réelle<sup>138</sup>. Dès lors, le défaut de financement réel de l'un des époux ne peut être remis en cause sur le fondement de la contribution aux charges du mariage. Il est simplement nécessaire de prévoir une clause similaire dans le contrat en prévoyant une présomption de contribution quotidienne de chaque époux. Néanmoins, cette option reste risquée pour d'autres motifs.

**38. Requalification.** En effet, les époux encourent la requalification de la vente en donation déguisée ou indirecte<sup>139</sup>. Dès lors, s'agissant d'une donation, il en sera tenu compte lors de la liquidation du régime. Les réservataires pourront contrer les conséquences du défaut de financement du conjoint. Le propos est toutefois à nuancer. La preuve de l'intention libérale devra être rapportée par les héritiers en demande de requalification<sup>140</sup>. Prouver la donation reste compliqué mais pas impossible. En matière d'acquisition immobilière, la traçabilité des opérations bancaires opère une transparence et leur rendra la tâche plus aisée. L'augmentation du nombre d'acquisitions par virement et paiement par carte bancaire permet aux héritiers de constituer des dossiers de preuves recevables. La prudence doit être gardée car l'intérêt de ces jeux de financement est limité.

**39. Démembrement.** Les époux peuvent aussi envisager les acquisitions en démembrement de propriété. L'un acquiert l'usufruit d'un bien pendant que l'autre achète la nue-propriété. Reprenons l'exemple de notre vieux mari grabataire et de sa jeune épouse.

---

<sup>136</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n° 12-21.892, JurisData n° 2013-020492 ; AJ fam. 2013, p. 647, obs. HILT P. ; D. 2013, p. 2682, note MOLIERE A.

<sup>137</sup> Contrat de mariage des époux de l'espèce.

<sup>138</sup> SIMLER P., WIEDERKEHR G., STORCK M., TISSERAND-MARTIN A., *Régimes matrimoniaux*, JCP N 2014, n° 1-2, 1003.

<sup>139</sup> Voir supra.

<sup>140</sup> Voir supra.

Il est fort probable que Monsieur décède en premier. Lors de l'acquisition, Monsieur achète l'usufruit et Madame la nue-propiété. Si les prévisions sont respectées, l'usufruit s'éteint laissant l'épouse pleine propriétaire du bien. Le bien disparaît donc du patrimoine de l'époux à l'ouverture de sa succession. Si les financements respectent les quotes-parts acquises, les réservataires ne pourront remettre en cause le démembrement. A l'exception du cas d'absence d'aléa<sup>141</sup>. Il faut toujours éviter les situations trop risquées qui pourraient dégénérer en requalification de donation. Les époux qui choisissent ce régime doivent rester prudents sur la mise en place d'un contournement de la réserve.

**40. Société d'acquêts.** La société d'acquêts comme instrument de contournement de la réserve a été soumise à l'appréciation des juges récemment. Un époux marié initialement sous le régime de la participation aux acquêts, opte lors d'un changement de régime pour la séparation de biens avec société d'acquêts. Puis il réalise apport à la société d'acquêts d'un bien initialement propre. Cet apport a été considéré par les juges du fond comme un avantage matrimonial<sup>142</sup> ; ce que la Cour de cassation confirma dans son arrêt de rejet<sup>143</sup>. Dans cette perspective, le montage de contournement via apport à une société d'acquêts ne peut réaliser de contournement à la réserve totalement valable.

**41. La participation aux acquêts.** Voici le régime français le plus complexe de la création législative. Un régime si difficile à liquider en pratique qu'il est fortement déconseillé par les notaires et les avocats. Pendant la durée du mariage, le régime fonctionne comme une séparation de biens. A sa dissolution, l'époux qui s'est le moins enrichi pendant le mariage reçoit la moitié du surplus des acquêts nets de l'autre<sup>144</sup>. Ce régime implique de connaître précisément l'état des patrimoines originaires et des patrimoines finaux des époux.<sup>145</sup> Le conjoint bénéficie de l'enrichissement réalisé par l'autre. Dans cette perspective, l'époux le plus fortuné sera tenu de laisser à son conjoint une partie des biens acquis pendant le mariage. La dation en paiement est une solution de règlement. Mais les modalités de liquidation créent des approximations lorsque les époux n'ont pas indiqué la

---

<sup>141</sup> Voir supra.

<sup>142</sup> Voir supra.

<sup>143</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 novembre 2017, n° 16-29.056 ; JurisData n° 2017-02.4283 ;

<sup>144</sup> Art. 1569 C. civ.

<sup>145</sup> Art. 1570 C. civ.



consistance de leur patrimoine originaire. En pratique, la participation aux acquêts cumule les intérêts même discutables de la séparation de biens pendant la durée du mariage, et solde le surplus d'enrichissement de l'époux le mieux loti à la manière d'une communauté légale. Au final, le paiement de la moitié du surplus d'enrichissement est quasi équivalent à l'avantage financier procuré par une communauté légale. Les héritiers réservataires auront plus de facilité à remettre en cause la créance de participation issue de la liquidation du régime si l'origine des biens ou des fonds ainsi que leurs valeurs prêtent à discussion. La communauté légale semble de ce point de vue plus sûre pour organiser un contournement.

Quel que soit le choix du régime, attention au revers de la médaille en cas de dissolution par divorce. Si tout est programmé pour avantager le conjoint mais que les époux se déchirent, toute l'organisation constituera une perte sèche pour l'époux bienfaisant.

**42. Droits successoraux.** En plus du régime légal ou conventionnel octroyant des droits au survivant, le statut d'époux permet d'obtenir des droits successoraux. Le conjoint survivant non divorcé bénéficiera automatiquement de droits sur le patrimoine du *de cuius*. Ses droits sont les suivants : « *Si l'époux prédécédé laisse des enfants ou descendants, le conjoint survivant recueille, à son choix, l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont issus des deux époux et la propriété du quart en présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux*<sup>146</sup> ». Ce choix entre l'usufruit des biens successoraux et le quart en pleine propriété permet au conjoint de choisir entre priver les réservataires d'une partie de leur pouvoir ou les priver d'une partie du patrimoine de leur auteur.

Le choix pour la pleine propriété permet au survivant de prélever le quart des biens existants au jour du décès du *de cuius*. Additionné aux droits issus du régime matrimonial, le survivant peut mathématiquement prélever une partie du patrimoine de son époux par le seul effet du mariage. Le contournement prend la forme d'une diminution arithmétique de la part revenant aux héritiers, quand bien même la loi l'y autoriserait. On peut rétorquer que cette part correspond finalement à la quotité disponible ordinaire en présence de trois enfants

---

<sup>146</sup> Art. 757 C. civ.

ou plus. Mais cette quotité est répartie entre les héritiers réservataires si aucune libéralité n'a été réalisée du vivant du *de cuius*. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'un contournement de la réserve puisqu'avec cette forme de droits du conjoint, la réserve est intacte. Les héritiers sont simplement privés de tout ou partie de la part héréditaire excédant la part réservataire.

De même, l'usufruit est une conséquence légale de la nouvelle position du conjoint au sein de la famille. Le choisir c'est amputer la succession du droit de jouissance. Cet usufruit s'applique sur les biens existants au décès du prémourant y compris la part de réserve. Ce droit est pourtant réservé aux héritiers réservataires. La réserve doit en effet être transmise libre de charge aux termes de l'article 912 du Code civil. L'usufruit démembré au profit du conjoint ne respecte pas ce principe. Néanmoins le législateur l'a prévu. Et dans la situation d'une grande différence d'âge entre le *de cuius* et son conjoint survivant, les réservataires tardent à bénéficier de la jouissance de leur réserve. Ils doivent composer avec un conjoint, père ou mère, avec lequel ils ne s'entendent pas forcément. Ils ne peuvent disposer librement des biens, les aliéner ou les grever sans l'accord du survivant. Le conjoint pourra ainsi percevoir les revenus des biens sur lesquels porte son usufruit. Il pourra exercer un quasi usufruit sur les sommes d'argent lui permettant d'en user et d'en abuser, ne laissant à sa propre succession qu'une créance de participation. Cette créance, si théorique soit elle, ne pourra être récupérée si le conjoint a dilapidé tous ses biens avant son propre décès. Il pourra également jouir lui-même des biens en choisissant d'établir sa résidence principale dans l'un des biens immobiliers, souvent le logement historique de la famille. Mais l'option pour l'usufruit légal n'est pas ouverte pour les familles recomposées. Elle est fermée en cas de présence d'enfants non issus du conjoint. Cette volonté de blocage du législateur évite un démembrement de propriété entre beau-parent et enfants. L'option peut néanmoins être rouverte par l'intermédiaire d'une donation entre époux<sup>147</sup>.

**43. Conversion.** Si les héritiers réservataires sont démunis face à l'application du quart en pleine propriété, ils ne le sont pas face à l'usufruit. Ils ne peuvent dépouiller le conjoint des conséquences pécuniaires de son usufruit mais ils peuvent le priver de son

---

<sup>147</sup> Voir supra.



usage. Ils sont libres de demander la conversion de l'usufruit en rente viagère<sup>148</sup>. En cas de désaccord du conjoint, les réservataires peuvent saisir le juge. Le *de cuius* ne pourra les priver de cette faculté, s'agissant d'une disposition d'ordre public. Par contre la conversion de l'usufruit en capital ne pourra être imposée au conjoint survivant<sup>149</sup>. Il faut prendre garde à la pratique de cet usufruit qui n'est pas sans réserve.

**44.** Toutes ces attributions au survivant sont d'un intérêt premier pour le contournement de la réserve d'enfants non communs. Si l'ordre des décès respecte les prévisions des époux, les enfants non issus du conjoint perdront une partie de leur part de réserve. Pour autant, les enfants communs peuvent également être lésés. On peut rétorquer pour des enfants communs, que le patrimoine non acquis au premier décès et transmis au survivant leur sera attribué au second décès. C'est sans compter sur le pouvoir de dispersion du survivant. Il peut par exemple se remarier à son tour. Dès lors, les enfants communs ne sont pas garantis de retrouver au second décès ce qu'ils auraient dû recevoir au premier.

## **2. Les particularités de la communauté universelle**

**45. La communauté universelle simple.** La recherche du mariage peut se faire pour différentes raisons, car si, en effet, « *Toutes les formes de couples ont en commun une « communauté d'oreiller* », alors que ce qui rapproche toutes les formes de vie à deux, c'est dans la mesure d'une intensité variable le renoncement à son individualité. La cause de cet abandon se retrouve soit dans une fusion des personnes (le couple) soit par la volonté de consacrer un rapprochement ou de briser une solitude »<sup>150</sup>. Parmi les possibilités offertes au couple, le dernier régime créé par le législateur est la communauté universelle. Et pour organiser un contournement de la réserve, il peut s'avérer fort intéressant. C'est le régime pot commun par excellence. Tous les biens présents et à venir sont alors intégrés à la

---

<sup>148</sup> Art. 759 C. civ.

<sup>149</sup> Art. 761 C. civ.

<sup>150</sup> SAGAUT J.F., *Ecrits de droit civil*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 36

communauté à quelques exceptions près.<sup>151</sup> Elle se compose de tous les « *biens meubles et immeubles, présents et à venir* »<sup>152</sup>. C'est un régime que l'on conseille rarement pour un premier régime, mais plutôt comme un changement à un couple âgé, qui a éprouvé la vie commune pendant de longues années<sup>153</sup>. L'insertion des biens acquis par les époux même antérieurement au mariage permet d'augmenter mathématiquement le volume de biens transmis au survivant. Dès lors, la communauté universelle augmente les possibilités de contournement de la réserve. Ce régime est souvent largement aménagé. On le trouve assez peu souvent dans sa forme simple. Le contrat de mariage qui le prévoit inclut généralement des clauses supplémentaires en faveur du conjoint, et indirectement en faveur du contournement.

**46. La clause d'attribution intégrale de communauté.** L'attribution intégrale de la communauté ne concerne pas que la communauté universelle<sup>154</sup>. Elle peut être incluse dans une communauté conventionnelle. L'attribution intégrale peut être prévue en usufruit mais elle concerne le plus souvent la pleine propriété. Lorsqu'elle est organisée en usufruit, la transmission s'opère pour moitié de la communauté en pleine propriété et pour la seconde moitié en usufruit. Dans cette configuration, l'option pour la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale en usufruit n'est pas transcendante. En effet, dans une communauté légale, le conjoint sera attributaire de la moitié de la communauté. Cette communauté concerne le plus souvent, la grande majorité du patrimoine du défunt, et le conjoint aura l'usufruit sur le reste. Dès lors, en pratique, même s'il existe un démembrement de propriété, le conjoint continuera de jouir des biens sa vie durant comme si son conjoint était encore en vie. Les héritiers réservataires ne seront donc en pleine possession du patrimoine des parents qu'au décès du second d'entre eux. Mais l'option pour la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale en pleine propriété est une arme redoutable. Elle fait perdre aux réservataires la propriété des biens inclus dans la communauté universelle. La transmission est quasi-totale. Pour autant, l'efficacité du contournement dépend de la qualité des réservataires.

---

<sup>151</sup> Ex : biens volontairement exclus de la communauté reçus notamment par donation, article 1404 C. civ.

<sup>152</sup> Art. 1527 C. civ.

<sup>153</sup> ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2014-2015, p. 96.

<sup>154</sup> ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2014-2015, p. 258.



**47. Les enfants communs.** La Cour de cassation a jugé que la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale constituait un avantage matrimonial<sup>155</sup> et non une donation<sup>156</sup>. Dans les faits, un couple initialement marié sous le régime de communauté légale change de régime au profit de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale. L'épouse malade décède peu après le changement de régime. La modification a permis à l'époux de récupérer la pleine propriété de 52 immeubles. Au décès de sa femme, ce dernier a vendu la majorité d'entre eux pour ensuite distribuer les sommes à des bonnes œuvres et de la famille éloignée afin de vider son propre patrimoine. L'enfant commun porte l'affaire devant le juge pour préserver sa réserve héréditaire. Mais la Cour rejette le pourvoi, considérant que la réserve de l'enfant n'a pu être atteinte car,

*« Lorsque deux époux modifient leurs conventions matrimoniales pour adopter la communauté universelle assortie d'une clause d'attribution des biens au conjoint survivant, ce nouveau contrat a nécessairement pour effet de priver l'enfant légitime issu du mariage de tout droit dans la succession du prémourant de ses parents puisque cette convention de changement de régime matrimonial n'est pas considérée comme une donation susceptible de rapport ou de réduction, et que seul l'enfant du premier lit de l'un ou l'autre des époux bénéficie de l'action en retranchement <sup>157</sup> ».*

Aucune donation n'a été réalisée. La Cour n'a donc pas recherché la fraude dans l'attitude des parents, considérant que le montage ne pouvait créer d'atteinte à la réserve ; *« Dès l'instant que les avantages matrimoniaux sont tenus, hors le cas de l'article 1527 alinéa 2, pour étrangers au champ libéral, ils ne peuvent porter atteinte à la réserve, seraient-ils inspirés par la pire intention malicieuse »<sup>158</sup>.*

Il n'y a en réalité pas d'atteinte à la réserve des enfants communs dès lors que l'option pour la communauté universelle est expressément prévue par la loi aux articles 1524 et 1526

---

<sup>155</sup> Les avantages matrimoniaux sont constitués par le profit qu'un époux retire des aménagements et clauses de son régime matrimonial en comparaison de ce qu'il obtiendrait d'une communauté légale classique.

<sup>156</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1996, Bull. civ. I, n° 210 ; D. 1998, p. 233, note THIERRY J. ; RTD Civ. 1997, p. 207, VAREILLE B. ; Defrénois 1996, 1080 obs. CHAMPENOIS G.

<sup>157</sup> THIERRY J., *L'adoption du régime de la communauté universelle, avec clause d'attribution intégrale de cette communauté au conjoint survivant, ne porte pas atteinte à la réserve héréditaire des enfants communs des époux*, D. 1996 p. 537.

<sup>158</sup> VAREILLE B., *Régimes conventionnels : la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant ne porte pas atteinte à la réserve*, RTD Civ. 1997, p. 207.

du Code civil. Les droits des enfants communs sont simplement reportés au second décès ; « *Il n'y a pas atteinte à la réserve héréditaire des enfants, mais un simple différé de l'exercice de leurs droits successoraux* »<sup>159</sup>. Néanmoins, les enfants communs n'ont jamais la certitude que leur part théorique au jour du décès du premier parent soit égale à celle qu'ils recevront au décès du deuxième. En effet, le conjoint survivant peut dilapider tout son patrimoine, incluant ce qu'il a perçu au décès de son époux. C'est tout le problème de l'arrêt du 14 mai 1996<sup>160</sup>. L'option pour la communauté universelle avec attribution intégrale génère une privation tant pour les enfants non communs que pour les enfants communs.

**48. Droit fiscal.** Au-delà de l'aspect dilapidation de patrimoine, l'utilité fiscale de la communauté universelle est nuancée. Dans une famille *classique*, elle permet au survivant de rester seul propriétaire de l'ensemble du patrimoine, évinçant ainsi le pouvoir de décision des enfants. Le but n'est parfois pas de priver les héritiers de leur réserve de façon définitive, mais simplement temporaire. Or au-delà de la démarche civile, il ne faut pas occulter le pendant fiscal de la transmission. Lorsque le patrimoine est important, le transfert intégral via la communauté universelle fait supporter des droits de mutation à titre gratuit aux descendants. Actuellement, chaque enfant est titulaire d'un abattement fiscal successoral de 100.000,00 € par parent<sup>161</sup>. Cet abattement s'applique à la part fiscale individuelle d'actif net reçu par chaque enfant pour sa souche ou pour lui-même sur la succession de l'un de ses père ou mère. Si le patrimoine est en totalité transmis au conjoint survivant au premier décès, l'abattement octroyé au décès du prémourant sera perdu. Les descendants se retrouvent à payer des droits de succession au second décès sans pouvoir utiliser l'abattement prévu au premier. Le choix pour la communauté universelle peut être justifié par un contournement temporaire de la réserve. Le survivant souhaite simplement accaparer le patrimoine et les pouvoirs qui en découlent pour le restant de ses jours. Le but est simplement d'éviter d'avoir à composer avec ses propres enfants. Il n'est pas systématiquement de les priver définitivement de l'émolument. Le contournement prévu pour priver temporairement de

---

<sup>159</sup> THIERRY J., *L'adoption du régime de la communauté universelle, avec clause d'attribution intégrale de cette communauté au conjoint survivant, ne porte pas atteinte à la réserve héréditaire des enfants communs des époux*, D. 1996 p. 537.

<sup>160</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1996, Bull. civ. I, n° 210 ; D. 1998, p. 233, note THIERRY J. ; RTD Civ. 1997, p. 207, VAREILLE B. ; Defrénois 1996, 1080 obs. CHAMPENOIS G.

<sup>161</sup> Art. 779 CGI.



réserve et surtout de pouvoir, devra tenir compte de toutes les conséquences fiscales d'un tel montage.

**49. Les enfants d'autres unions.** Le fait d'adopter ce régime alors qu'il existe une inégalité de fortune entre les époux constitue un avantage matrimonial<sup>162</sup> au profit de l'époux le moins fortuné<sup>163</sup>. Cet avantage lèse un enfant qui n'est pas issu des deux membres du couple, notamment si l'enfant n'est pas celui de l'époux qui survit. Reprenons l'exemple de notre vieil homme riche convolant en secondes noces. La logique veut qu'il décède le premier. Si tel est le cas, en régime de communauté universelle avec clause d'attribution, l'ensemble des biens inclus dans la communauté, correspondant à la quasi-totalité de son patrimoine, sera automatiquement transmis à sa jeune veuve. La veuve n'étant pas la mère des enfants, ils ne peuvent prétendre à une part de sa propre succession. Ce régime permet en théorie de dépouiller les enfants de leur réserve sur la succession de leur père. Mais en réalité ils ne sont pas démunis. Ils sont protégés par l'action en retranchement des avantages matrimoniaux<sup>164</sup>. Cette action leur permet de contester les conséquences liquidatives d'un régime qui aboutit à contourner leur réserve héréditaire, voir même qui les exhérède ; mais elle n'est pas automatique. Les enfants doivent en faire la demande. Leur requête n'est recevable que sous conditions<sup>165</sup>. Si les héritiers réservataires n'enclenchent pas la démarche, ils accepteront par dépit le contournement voire l'atteinte à leur réserve. Ils perdront tout ou partie d'un patrimoine familial qu'ils ne reverront jamais. Le risque concerne le plus souvent la transmission de l'intégralité de la succession. Un éventuel remariage du survivant avec à son tour le choix de la communauté universelle avec attribution intégrale finira de léser totalement les enfants non communs. Ainsi le conjoint survivant pourrait, déshériter les éventuels enfants de son premier époux prédécédé, mais également les siens. Bien entendu des garde-fous existent pour protéger les enfants non issus du couple<sup>166</sup>. Mais leur efficacité est parfois relative.

---

<sup>162</sup> Voir supra

<sup>163</sup> ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille 2014-2015*, p. 96.

<sup>164</sup> Voir supra.

<sup>165</sup> Voir supra.

<sup>166</sup> Voir supra.

**50.** Il arrive que des époux constatent que leur régime matrimonial n'est plus en adéquation avec leurs projets ou leurs intérêts. La mutabilité du régime étant autorisée par la législation française, pourquoi ne pas se laisser tenter ? **(B)**

## **B. LA MODIFICATION DU REGIME**

**51.** Le régime matrimonial peut être modifié sur demande motivée du couple. Les conditions du changement ont largement évolué grâce aux lois du 23 juin 2006 et du 5 mars 2007<sup>167</sup>. La nouvelle procédure moins rigide permet aux époux de changer de régime aisément **(1°)**. Mais il est impératif de démontrer le respect de l'intérêt de la famille **(2°)**.

### **1. L'intérêt de la nouvelle procédure**

**52.** Le Code civil<sup>168</sup> autorise les époux à modifier le régime matrimonial qu'ils avaient initialement choisi ou qui s'était appliqué d'office en l'absence de choix. Ce changement s'effectue après deux ans de pratique du régime appliqué<sup>169</sup>. Aucun contrôle n'est réalisé lors du choix initial. Seul le notaire prodigue des conseils à ses clients si un contrat de mariage est évoqué. Néanmoins, la majorité des couples s'en tiennent au régime légal sans même chercher à savoir s'il leur convient. Il n'en va pas de même pour la mutabilité du régime. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, la procédure de changement de régime matrimonial a nettement évolué. Jusqu'à cette date, l'homologation du juge aux affaires familiales était systématique, et les procédures de changement de régimes étaient longues.

---

<sup>167</sup> Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

<sup>168</sup> Art. 1397 al. 1 C. civ. : « *Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié. A peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire.* »

<sup>169</sup> Art. 1397 al. 1 C. civ.



**53. Circuit court.** La fin de l'homologation judiciaire permet une mutabilité rapide et facile du régime matrimonial. L'accord exprès des héritiers n'est pas requis. Une simple notification leur est adressée. Tout est réalisé par l'intermédiaire du notaire qui établit notamment la convention liquidative de l'ancien régime si elle est nécessaire. Les enfants majeurs sont informés du changement par des notifications<sup>170</sup> adressées par le notaire. Ils ont trois mois à compter de la réception pour manifester leur opposition au changement. En cas de prédécès de l'un des enfants, la notification sera adressée à l'administrateur légal des petits enfants mineurs<sup>171</sup>. Une publicité dans un Journal d'Annonces Légales est également réalisée pour informer les éventuels créanciers des époux. Si aucune opposition n'est formée, le changement prend effet à la date de la convention modificative. Le notaire constate alors l'absence d'opposition. Même si les enfants reçoivent la notification, il est aisé pour des parents déterminés d'user d'influence pour les inciter à abandonner l'opposition. En particulier si les enfants sont de jeunes adultes. Il est plus facile pour des époux d'imposer à leurs enfants un changement sans contrôle judiciaire si les relations familiales sont encore bonnes.

**54. Cas d'homologation.** On les rencontre uniquement pour les couples avec enfants mineurs ou dont le changement de régime a généré une opposition. Les enfants majeurs<sup>172</sup>, peuvent s'opposer au changement de régime de leurs parents comme les créanciers du couple<sup>173</sup>. La notification d'opposition doit être adressée directement au notaire. Dès lors, les époux adressent une requête au juge aux affaires familiales pour homologation en cas de contestation<sup>174</sup> ou en présence d'enfants mineurs issus d'au moins un des deux époux<sup>175</sup>. Le juge mène une enquête approfondie sur la situation personnelle et patrimoniale de la famille. Il recherche notamment l'âge des époux, des enfants, leurs patrimoines, leurs états de santé, leurs revenus, les recompositions familiales... Tout est étudié pour vérifier que le changement de régime respecte l'intérêt de la *famille*. Si c'est le cas, le juge homologue la

---

<sup>170</sup> Les notifications doivent être réalisées par huissier ou par envoi d'un recommandé avec demande d'avis de réception conformément à l'article 13000 du NPC.

<sup>171</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 116.

<sup>172</sup> Art. 1397 al. 2 C. civ.

<sup>173</sup> Art. 1397 al. 3 C. civ.

<sup>174</sup> Art. 1397 al. 4 C. civ.

<sup>175</sup> Art. 1397 al. 5 C. civ. : « Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs, l'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux. »

convention. Si la décision judiciaire ne convient pas aux enfants, ils peuvent toujours exercer un recours. Ils disposent de l'appel<sup>176</sup> contre le jugement d'homologation lui-même une fois que celui-ci leur est notifié. Ils disposent aussi du recours en révision<sup>177</sup>, et de l'action en reprise des apports<sup>178</sup>. Toutefois cette faculté a généralement été brimée conventionnellement dans la convention.

## 2. L'intérêt de la famille

**55. Principe.** La notion phare du changement de régime concerne l'intérêt de la *famille*. Cet intérêt peut être compris dans un sens global. Il l'emporte sur l'intérêt personnel d'un individu membre. Il s'agit là d'un intérêt d'ensemble ; l'intérêt du groupe prime sur celui de l'individu. C'est notamment le cas de l'option pour la communauté universelle en présence d'un enfant non commun. La notion d'intérêt de la famille n'est pas définie par le législateur et s'apprécie au cas par cas par la jurisprudence. C'est une notion vague. L'intérêt de la famille peut être l'intérêt d'un époux, des deux, des enfants, ou être une question de créance ou de situation professionnelle<sup>179</sup>... Il n'est pas nécessaire que le régime actuellement subi par les époux soit néfaste à l'intérêt de la famille. Il suffit seulement que cet intérêt commande un changement pour un régime plus adapté à leur situation. Cet intérêt doit pouvoir être objectivement constaté par un juge si besoin est. Il doit être objectif. Les juges du fond s'en tiennent souvent à une vision réductrice de protection du conjoint<sup>180</sup>. Et l'existence d'enfants non communs ou en conflit avec leurs aînés ne suffit pas à contrebalancer l'intérêt de la famille.

---

<sup>176</sup> Art. 546 NPC

<sup>177</sup> Il s'agit d'un recours ouvert à l'origine aux époux en cas de fraude (ex : enfant naturel volontairement dissimulé).

<sup>178</sup> Art. 1525 C. civ.

<sup>179</sup> TANI A., *État des lieux jurisprudentiel du changement de régime matrimonial, ou la grande rareté des refus d'homologation...*, JCP N 2017, n° 42, 1292.

<sup>180</sup> TANI A., *État des lieux jurisprudentiel du changement de régime matrimonial, ou la grande rareté des refus d'homologation...*, JCP N 2017, n° 42, 1292.



**56. La fraude.** La fraude ne peut être invoquée par les enfants contre le changement de régime matrimonial de leurs parents au motif qu'ils peuvent subir à terme une privation de leurs droits. La privation n'est pas certaine, elle n'est que potentielle<sup>181</sup>. S'agissant d'enfants communs, l'héritage est considéré comme étant simplement retardé. Pour les enfants non communs, l'action en retranchement<sup>182</sup> leur est toute ouverte. L'enfant concerné dispose de son action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs de l'article 1527 du Code civil. Par conséquent, son intérêt est considéré comme protégé<sup>183</sup>. Dans un arrêt du 17 février 2010<sup>184</sup> la Cour de cassation a considéré que des époux mariés sous l'ancienne communauté légale choisissant de modifier leur régime pour adopter la séparation de biens ne réalisaient pas d'atteinte aux droits de l'enfant naturel de l'un d'eux. L'enfant non commun a demandé la nullité du changement de régime pour fraude à ses droits. La Cour d'appel a constaté que le changement pour la séparation de biens permettait au contraire de protéger les droits d'un enfant non commun. La Cour de cassation a approuvé l'analyse de la Cour d'appel et rejette le pourvoi. Pour autant le partage de l'ancienne communauté n'a pas eu lieu. En effet, lors des changements de régime, les partages ne sont pas automatiques même s'ils sont nécessaires.

**57. Contournement.** Il est possible aux époux de léser leurs enfants par le biais d'un changement de régime matrimonial. Afin de ne pas risquer la qualification d'avantage matrimonial, il ne faut pas s'écarter du régime de la communauté légale. Une technique assez simple consiste pour un couple présentant un écart d'âge ou d'état de santé, à adopter une communauté légale classique, sans contrat de mariage, et d'acquérir des biens immobiliers de valeur. Par la suite, un changement de régime est opéré pour une séparation de biens avec répartition par démembrement de propriété. Celui qui est plus âgé ou en moins bonne santé se fait attribuer l'usufruit tandis que son conjoint récupère la nue-propriété.

---

<sup>181</sup> LE CHUITON, *L'exhérédation*, Thèse, Université de LILLE 2, p. 81.

<sup>182</sup> Voir supra.

<sup>183</sup> Confirmation récente : CA METZ, 8 septembre 2015, n° 15/00381, JurisData n° 2015-021203 ; JCP N. 2017, n° 42, 1292 note TANI A.

<sup>184</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2010, n° 08-14.441 ; JCP N 2010, n° 23, 1220, note VASSAUX-BAREGE J. ; RDC 2010/3 p. 941 note GOLDIE-GENICON C. ; RJPJ juillet-août 2010, p. 16 note VAUVILLE F.

**58. Démembrement.** Dans un arrêt de 2013, la Cour de cassation a eu à juger d'un cas similaire dans lequel un enfant non commun invoquait l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs dans un changement de régime avec répartition du logement de la famille en démembrement de propriété.<sup>185</sup> Même si les juges du fond ont fait droit à la demande de l'enfant, la Cour Suprême casse l'arrêt en rappelant la définition des avantages matrimoniaux développée auparavant dans un arrêt du 31 janvier 2006<sup>186</sup>. La définition est stricte<sup>187</sup>. Ainsi, il était impossible pour les juges de la haute Cour de donner droit à la demande de l'enfant prétendument lésé sur ce motif.

La difficulté tenait tout de même au partage réalisé par le démembrement, partage qui n'en était pas un. Ce partage n'attribuait aucun droit divis en pleine propriété mais seulement un droit de propriété sans usage pour l'épouse et un droit d'usage viager pour le mari. Le partage des acquêts par moitié instauré par l'article 1475 alinéa 1 du Code civil c'est à dire un partage mathématique et économique par moitié, n'oblige pas les époux à partager en pleine propriété. La Cour n'a pas eu à juger du type de partage qui avait eu lieu entre les époux. Il n'avait en lui-même aucun rapport avec l'action en retranchement demandée par l'enfant du prémourant. Mais il peut être intéressant de se demander si les époux ont réellement toute latitude pour démembrer leurs droits dans le cadre d'un partage pour changement de régime.

Un enfant même non commun n'a aucune action en retranchement à faire valoir contre l'époux(se) de son auteur car un tel système ne crée pas d'avantage matrimonial. Le régime d'origine est une communauté légale. En l'espèce, le notaire avait considéré que son acte était un acte de partage. Mais des époux qui souhaitent changer de régime, tout en avantageant l'un d'entre eux ont tout intérêt à démembrer leur patrimoine. Et aucune jurisprudence ne s'est positionnée sur la question. Si l'épouse est avantagée, c'est elle qui recevra la nue-propriété. Dès lors qu'il existe une différence d'âge, le complément

---

<sup>185</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n°12-23.111 ; AJ. fam. novembre 2013, comm. 648 obs. FERRE-ANDRE S. ; D. act. 4 octobre 2013, obs. MARROCHELLA J.

<sup>186</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 2006, Bull. civ. I, n° 48 ; Defrénois 2006, art. 38469, obs. CHAMPENOIS G. ; Dr. fam. 2006 n° 60 obs. BEIGNER B.

<sup>187</sup> Définition rappelée par l'arrêt : « *les avantages matrimoniaux qui résultent directement du fonctionnement du régime matrimonial sont constitués par les seuls profits que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses de la communauté conventionnelle ou qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes* ».



d'attribution pourra être obtenu en ajoutant des biens mobiliers dont la valeur est fluctuante ou en prenant des biens périssables comme par exemple, un véhicule automobile. L'état de santé n'aura aucun impact sur le changement de régime car contrairement à la tontine ou à l'assurance-vie, il n'existe aucun aléa à respecter sur les modifications de régimes matrimoniaux. Mais s'agit-il d'un vrai partage ? Un partage permet l'autonomie de droit du copartageant. Il n'y a pas d'autonomie dès lors qu'il y a démembrement. Les droits acquis en pleine propriété via la communauté ne peuvent être remplacés par l'attribution de droits de nature différente tout en remplissant toutes les conditions d'un partage. Mais contrevenir à cette possibilité reviendrait à dire que pour qu'un partage en valeur soit valable, il doit attribuer des droits de même nature. Un partage réalisé par démembrement ne correspond pas à la définition même d'un partage en droit. Toutefois, la jurisprudence n'est pas encore venue interdire aux époux d'utiliser ce stratagème lors d'un changement de régime. La prudence doit par conséquent être gardée.

## **§2. - L'ABANDON DU STATUT MARITAL**

**59. D'autres options.** Contracter un mariage n'est pas le seul moyen de contourner la réserve héréditaire. Le statut matrimonial est certes avantageux mais l'union de deux personnes revêt aussi d'autres formes. Se désunir aux yeux de tous peut permettre de se prémunir l'un l'autre. Le divorce apparaît souvent comme une solution aberrante. Mais lorsque le mariage est déjà contracté, organiser sa fin officielle a des avantages. Le divorce peut avoir un but patrimonial plus que sentimental. Par certains aspects, il permet de contourner la réserve héréditaire **(A)**. Le couple non encore uni officiellement pourra également opter pour le pacte civil de solidarité. Même si de prime abord, cette forme récente d'union n'est pas d'une grande utilité pour avantager le couple, il recèle des aspects étonnement efficaces **(B)**.

## A. LE DIVORCE

**60. L'idée de la rupture.** Le divorce met fin au régime matrimonial des époux. Il peut prendre la forme d'un consentement mutuel ou emprunter l'un des trois autres types de divorces habituels<sup>188</sup>. Il est par essence la conséquence de la rupture du couple. Toutefois, les époux peuvent sciemment demander la fin de leur régime matrimonial sans pour autant sonner la fin de leur relation. Il s'agirait alors d'une stratégie utilisée pour modifier la répartition patrimoniale. Ils vont ainsi léser créanciers et héritiers. Se mettre d'accord pour établir un contournement de la réserve par le divorce implique un accord des époux, et

*« Le divorce par consentement mutuel est donc le seul mode de rupture à s'y prêter. Contrairement aux discours convenus souvent assésés à son sujet, il ne fait aucun doute que le divorce d'accord, qu'il s'agisse de l'ancien divorce sur requête conjointe ou, aujourd'hui, du divorce par consentement mutuel, peut être non seulement le théâtre d'éventuelles cachotteries entre époux mais aussi un moyen commode pour le couple, finalement moins désuni qu'il n'y paraît, de se soustraire à ses obligations vis-à-vis de certains tiers, ce qui conduit naturellement à s'interroger sur les sanctions prévues à l'encontre de telles malveillances. <sup>189</sup>».*

Utilisé ingénieusement, le divorce par consentement mutuel peut permettre un partage avantageux des patrimoines (1°). Néanmoins, la réforme récente de son formalisme laisse planer le doute sur ses réelles possibles utilisations (2°).

### 1. Le partage avantageux

**61. Fonctionnement d'avant 2017.** Le divorce par consentement mutuel représente l'accord parfait. Les parties s'entendent à la fois sur le divorce et sur les conséquences patrimoniales et pécuniaires de leur séparation. Les futurs-ex-époux doivent saisir un ou

---

<sup>188</sup> Divorce pour faute, divorce pour altération définitive du lien conjugal, divorce pour acceptation du principe de la rupture.

<sup>189</sup> DAVID S., *Divorce par consentement mutuel : propice à la fraude ?* AJ fam. 2012, p. 47.



plusieurs avocats et choisissent un notaire pour établir l'acte de liquidation sous condition suspensive<sup>190</sup>. Une fois régularisé par les intéressés, cet acte est adressé au juge aux affaires familiales accompagné d'une requête en divorce des époux. Le juge homologue ensuite la convention et prononce le divorce. Dans de très rares cas<sup>191</sup>, la convention est refusée et retournée aux parties et au notaire pour modification. Le juge est le seul rempart contre les partages abusifs. Il peut refuser d'homologuer si l'une des parties est manifestement lésée<sup>192</sup>. Toutefois, il est d'usage dans les offices notariaux d'établir des conventions constatant des partages inégaux. Ils sont réalisés à la demande des deux parties. C'est ce que l'on appelle des partages à titre forfaitaire et transactionnel. L'inégalité doit néanmoins restée modérée et parfois justifiée. Pour autant, ces conventions sont quasi systématiquement homologuées par le juge. L'inégalité relative des partages n'est donc pas un souci pour des époux qui s'entendent. Il faut ajouter que le juge exerce un contrôle du contenu de la convention. Il vérifie qu'elle respecte l'intérêt des époux et des enfants<sup>193</sup>. Envisageons un instant que l'accord concerne une fin au mariage mais pas du couple. Les époux pourraient utiliser la convention notariée pour modifier leurs droits sur leur patrimoine. Ils peuvent ainsi prévoir le partage du patrimoine commun, l'attribution d'une pension alimentaire, d'une prestation compensatoire, l'attribution du logement de la famille, le sort des donations et avantages matrimoniaux... Cette nouvelle répartition permettrait à terme de contourner la réserve héréditaire.

**62. Des possibilités.** L'intérêt du divorce réside dans le partage. Lors de la préparation de la convention notariée, les époux peuvent sciemment déséquilibrer les attributions. Cette technique est très utile en présence d'au moins un enfant non commun. Les époux vont ainsi avantager les enfants du couple au détriment de l'enfant non commun,

---

<sup>190</sup> L'état liquidatif est notarié en cas de présence d'immeubles, si la complexité le nécessite, ou encore à la demande des époux. Un état liquidatif sous seing privé est envisageable dès lors qu'aucun immeuble n'est à partager. Il arrive également que l'état liquidatif notarié ne contienne qu'un seul bien immobilier. Les comptes bancaires et les meubles sont souvent déjà sommairement partagés entre les époux avec mention dans l'acte.

<sup>191</sup> En pratique, les refus d'homologation par les juges sont vraiment anecdotiques et concernent des conventions qui portent largement atteinte aux droits de l'un des époux.

<sup>192</sup> Art. 232 C. civ. : « *Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.*

*Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. »*

<sup>193</sup> Œuvre collective sous la direction de MURAT P., *Dalloz Action - Droit de la famille*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 270.

ou l'inverse. La première option est de constituer des attributions déséquilibrées en valeur (ex : attribution du bien A à Monsieur d'une valeur de 100, et du bien B à Madame d'une valeur de 50). Le bien le plus onéreux pourrait alors être attribué à l'époux parent de l'enfant non commun. A l'inverse, on pourrait l'attribuer au beau-parent afin de priver cet enfant commun d'une partie des droits sur le bien. L'évaluation des biens est affaire de convention. Les époux pourront opter pour des valeurs hautes ou basses des biens à partager afin d'agir sur les attributions. Le but n'est pas de créer de rupture d'égalité trop visible. A l'inverse, les époux peuvent prévoir que l'attribution des biens est volontairement inégale. Le partage sera alors fait à titre forfaitaire et transactionnel.

La deuxième option consiste à organiser un démembrement de propriété. Ce démembrement est intéressant entre époux présentant un écart d'âge ou d'état de santé. On se rappellera les options présentées en ce sens pour le changement de régime matrimonial<sup>194</sup>. Nous sommes toujours dans la perspective de l'existence d'un enfant non commun. Si le but est d'avantager l'enfant non commun contre les enfants communs, son parent recevra la nue-propriété des biens communs. L'autre époux n'en conservera que l'usufruit ; et vis-et-versa. Il n'est pas nécessaire d'être en présence d'enfants communs. Le conjoint et l'enfant non commun se suffisent à eux-mêmes. Mais on ne le répétera jamais assez, l'ordre des décès n'est jamais certain. Il arrive qu'un père, 20 ans son aîné, et parent d'enfants non désirés survive à sa jeune épouse. Dans cette perspective, le montage opéré se retournerait contre son instigateur. De plus, le partage doit mettre fin à une indivision en attribuant aux indivisaires des droits divis. Il ne peut normalement y avoir partage en dissociant usufruit et nue-propriété<sup>195</sup>. Cette option est donc controversée.

Troisième possibilité : la clause de reprise des apports. Cette option doit avoir été prévue en amont du mariage. Seuls les époux qui ont inséré dans la convention matrimoniale une clause de reprise des apports pourront l'utiliser. Ainsi, des époux pourraient décider de divorcer pour réintégrer leurs biens dans leur patrimoine. Le beau-fils ou la belle-fille est de moins en moins coopératif. Il est temps de reprendre un bien initialement propre pour éviter

---

<sup>194</sup> Voir infra.

<sup>195</sup> Voir infra.



qu'il ne tombe dans la succession de son conjoint. La clause de reprise des apports n'est pas une clause courante. Elle n'aura d'effet que de ramener le bien à sa situation d'origine.

Quatrième option : instaurer des créances entre époux. D'une manière générale, le partage peut paraître faussement égalitaire dès lors qu'il constate des créances entre époux. Ces créances peuvent naître d'une gestion courante du mariage. Elles peuvent également résulter d'une prestation compensatoire. Celle-ci est librement définie entre les futurs ex-époux. Elle est généralement basée sur la baisse de niveau de vie de l'époux le moins fortuné. Elle peut également représenter une compensation morale du divorce. Les époux peuvent donc utiliser cette option à des fins de pur contournement de la réserve héréditaire. La prestation pourra être conséquente afin de faire échapper un maximum de patrimoine aux héritiers de celui qui la paye. Elle peut être acquittée en liquide<sup>196</sup> ou en dation d'immeuble ou de biens meubles<sup>197</sup>.

**63. Appui jurisprudentiel.** La Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 23 novembre 2011<sup>198</sup> qu'une convention de divorce homologuée par un juge a la même force exécutoire qu'un jugement rendu. Cet arrêt a été rendu sous l'empire du droit antérieur à la loi du 26 mai 2004<sup>199</sup>. Mais tous s'accordent à dire qu'il est applicable au divorce par consentement mutuel<sup>200</sup>. En l'espèce, le couple s'est marié sous le régime de la communauté légale. L'époux père de deux enfants d'un précédent lit, reçoit deux donations de la part de ses parents juste avant d'engager une procédure de divorce. Ces dons concernent des biens immobiliers. Le premier bien est attribué à l'ex-épouse en guise de prestation compensatoire, l'autre est attribué pour moitié à l'ex-épouse aux termes d'une convention d'indivision. Deux ans plus tard, le couple se remarie sous le régime de la séparation de biens et l'époux institue légataire universelle sa nouvelle et ex-épouse. Au décès du mari, ses deux enfants qui avaient fait établir leur lien de filiation par voie judiciaire, ont attaqué la convention de divorce sur le fondement « *fraus omnia corrumpit* »<sup>201</sup>. Dans l'arrêt d'appel du 7 septembre 2010, les

---

<sup>196</sup> Par exemple par virement et remise de chèque.

<sup>197</sup> Art. 274 C. civ.

<sup>198</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 novembre 2011, n° 10-26.802 ; AJ fam. 2012, p. 47, obs. DAVID S.

<sup>199</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004.

<sup>200</sup> LESBATS C., *Le refus de l'action en inopposabilité fondée sur la maxime fraus omnia corrumpit*, JCP N 2013, n° 21, 1143.

<sup>201</sup> La fraude corrompt tout.

juges de la Cour d'Appel de GRENOBLE ont admis que « *toute la famille avait œuvré pour réduire au maximum la vocation héréditaire des deux filles* ». Le divorce était bel et bien simulé. Les juges indiquent que « *Les faits étaient accablants pour les époux, et il était manifeste que les enfants étaient victimes d'une spoliation organisée.* »<sup>202</sup>. La Cour Suprême casse l'arrêt qui avait permis aux enfants de remettre en cause la convention. Elle justifie sa décision en indiquant que la convention est définitive et a force de chose jugée. La remettre en cause reviendrait à remettre en cause le jugement du tribunal lui-même.

Cette solution prend la suite d'un célèbre arrêt de la Cour de Cassation du 6 mai 1987<sup>203</sup>. Dans cette décision, les juges ont rejeté une demande de pourvoi formé contre un jugement de divorce sur requête conjointe<sup>204</sup>. Cet arrêt est justifié par l'indivisibilité existant entre le jugement de divorce et la convention homologuée :

« *Le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause, hors des cas limitativement prévus par la loi* »<sup>205</sup>.

Le motif diffère mais la solution est identique. On ne peut remettre en cause la convention des époux à moins que le juge ne décide de le faire lui-même.

**64. Absence de fraude.** La Cour rejette l'action en inopposabilité formulée par les enfants non communs fondée sur la fraude<sup>206</sup>. Dès lors, une action fondée sur la fraude ne peut être accueillie par la jurisprudence même si les défendeurs prouvent qu'il y a eu atteinte à leur réserve par contournement. « *La Cour de cassation ne semble plus du tout vouloir sanctionner les comportements immoraux ou illicites au sein de la famille* »<sup>207</sup> ; par conséquent, seules certaines exceptions permettent de remettre en cause un jugement. La

---

<sup>202</sup> BATTEUR A., *Comment porter atteinte à la réserve sans risque en simulant du divorce*, EDFP, 15 janvier 2012 n° 1, p. 1.

<sup>203</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 mai 1987, n° 86-10.107, JurisData n° 1987-000934 : « *Le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause, hors des cas limitativement prévus par la loi* », JCP N 1988, II, p. 72, obs. SIMLER P.

<sup>204</sup> Ancien divorce par consentement mutuel.

<sup>205</sup> LESBATS C., *Le refus de l'action en inopposabilité fondée sur la maxime fraus omnia corrumpit*, JCP N 2013, n° 21, 1143.

<sup>206</sup> AKLOUCHE Y., *L'enfant héritier et la convention de divorce homologuée*, Defrénois 2012, n° 7, p. 358.

<sup>207</sup> BATTEUR A., *Comment porter atteinte à la réserve sans risque en simulant du divorce*, EDFP, 15 janvier 2012 n° 1, p. 1



fraude n'en faisant pas partie dans ce cas précis. La seule protection permise aux enfants est le refus d'homologation de la convention par le juge<sup>208</sup>. En effet, la Cour considère que le contrôle de l'intérêt de la famille a été effectué en amont lors de l'homologation par un juge. La décision a force de chose jugée. Remettre en cause la convention pour fraude serait remettre en cause une décision du tribunal en arguant que le juge n'a pas pris en compte toutes les données. Reconnaître la fraude c'est admettre que le juge s'est trompé.

**65. Actions annexes.** Pourrait-on attaquer la convention de divorce sur d'autres fondements ? Par exemple, le recours en tierce opposition des articles 593 et suivants du Code de procédure civile, permettant de rétracter une décision de justice, n'est pas autorisé en matière de divorce par consentement mutuel<sup>209</sup>. La Cour de cassation a en effet considéré que l'homologation de la convention de partage et le jugement prononçant le divorce ne forment qu'une seule entité<sup>210</sup>. Certains auteurs s'interrogent pourtant sur la possibilité de l'étendre aux réservataires dès lors que le mariage n'a pour but que de contourner la réserve<sup>211</sup>. Outre la question de la sécurité juridique des décisions judiciaires, c'est une question de remise en cause de la convention. La Cour de cassation a également rejeté une demande de créanciers fondée sur l'action oblique dans une affaire similaire de divorce amiable<sup>212</sup>. On peut en conclure que d'une manière générale, la Cour Suprême a tendance à privilégier les conventions entre les époux au détriment des tiers et des présomptifs héritiers.

---

<sup>208</sup> AKLOUCHE Y., *L'enfant héritier et la convention de divorce homologuée*, Defrénois, 15 avril 2012, n° 7, p. 358.

<sup>209</sup> FRAUDIN J-L., JURISCLASSEUR Procédures Formulaire, V° Recours en révision, *fascicule 10 : Recours en révision*.

<sup>210</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 2008, n° 07-14.439 : JurisData n° 2008-045677 ; Bull. civ. I, n° 247 ; Dr. fam. 2008, comm. 170, note LARRIBAU-TERNEYRE V. ; AJF 2008, p. 476, note DAVID S. ; RTD Civ. 2009, p. 100, obs. HAUSER J.

<sup>211</sup> DAVID S., *Divorce par consentement mutuel : propice à la fraude ?*, AJ fam. 2012, p. 47.

<sup>212</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 25 novembre 1999, n° 97-16.488, Bull. civ. II, n° 177 ; RTD Civ. 2000, p. 89, obs. HAUSER J. ; Dr. fam. 2000, n° 22, note LECUYER H. ; Defrénois 2000, 37229, n° 57, obs. MASSIP J.

## 2. La nouvelle procédure

**66. Réforme.** La réforme du 18 novembre 2016<sup>213</sup>, est venue transformer le divorce par consentement mutuel. Désormais, aux termes de l'article 229-1 du Code civil<sup>214</sup>, le divorce est purement consensuel. Le divorce est valide par une rencontre des volontés et la signature de conventions réglant les effets du divorce. Il est la suite logique de la contractualisation des relations humaines. Le divorce suit l'évolution des mœurs. La déjudiciarisation de ces séparations doit permettre l'allègement des tribunaux. Le législateur cherche aussi à raccourcir les délais de traitement des divorces. Ces conventions sont tant patrimoniales que familiales. Le notaire conserve son rôle de liquidateur en cas d'existence d'un patrimoine immobilier. Les avocats sont, quant à eux, responsables de la convention finale déposée par la suite au rang des minutes du notaire choisi par les époux.

**67. Le divorce sans juge.** Aujourd'hui, on peut s'interroger sur l'application de la jurisprudence précitée<sup>215</sup> sur un divorce contractuel et non plus judiciaire. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017<sup>216</sup>, les couples choisissant le divorce par consentement mutuel ne font plus homologuer leur convention par un juge. La convention est rédigée par un avocat puis déposée au rang des minutes d'un notaire. Les avocats constatent la liquidation du patrimoine, la garde des enfants, la prestation compensatoire, la pension alimentaire, et tous les effets du divorce en général. C'est désormais le dépôt qui donne force exécutoire à la convention. Dès lors, seuls les divorces autres que par consentement mutuel continuent de « bénéficier » d'une procédure judiciaire. Les avocats ne sont pas juges. Ils ne font que

---

<sup>213</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

<sup>214</sup> Art. 229-1 C. civ. : « Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.

Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire. »

<sup>215</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 novembre 2011, n° 10-26.802 ; AJ fam. 2012, p. 47, obs. DAVID S.

<sup>216</sup> Art. 229-2 C. civ.



préparer une convention retraçant les accords des époux. Ils n'ont pas de pouvoir de justice ou d'appréciation sur la nature du partage.

On imagine que des époux qui veulent tenter un contournement de la réserve en pensant au divorce sont désormais en difficulté. La jurisprudence de la Cour de cassation ne sera probablement plus applicable. En effet, si des époux prévoient d'utiliser le divorce comme instrument de contournement, ils seront forcément d'accord sur les effets du divorce et la procédure. Ils opteront donc automatiquement pour le divorce par consentement mutuel. Dès lors l'homologation du juge n'existe plus et la convention sera sûrement remise en cause par les enfants du couple si la fraude est prouvée. La loi<sup>217</sup> étant d'application récente, aucune jurisprudence n'est venue étayer cette thèse. Si l'application de la jurisprudence de 2011, était infirmée s'agissant du divorce par consentement mutuel, les époux perdraient alors un moyen de contourner la réserve en cas de fraude avérée.

**68. Un artifice ?** En y réfléchissant, il existerait un moyen de continuer à utiliser le divorce comme instrument de contournement. Les époux pourraient organiser le divorce avec une convention au profit du conjoint à avantager mais ne se remarieraient que des années plus tard. Les époux pourraient également choisir de prétexter un divorce conflictuel pour obtenir un jugement du tribunal. Dans un cas comme dans l'autre, l'organisation d'un tel système devient trop complexe et trop aléatoire à mettre en œuvre. Néanmoins, on voit mal comment la jurisprudence de 2011 pourrait perdurer en l'absence d'homologation judiciaire.

## **B. LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITE**

**69. La création.** La solitude peut être comblée par une forme d'union moins rigide<sup>218</sup>. A côté de la notion nouvelle de concubinage, le pacte civil de solidarité<sup>219</sup> voit le

---

<sup>217</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

<sup>218</sup> DELMAS SAINT-HILAIRE P., *Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux*, Defrénois, 30 juin 2010, n° 12, p. 1319.

<sup>219</sup> Il est communément abrégé en PACS.

jour le 15 décembre 1999<sup>220</sup>. Il naît d'une volonté à la fois législative et sociale. La réflexion est ancienne. Devant l'augmentation du nombre de concubinages dans les années 80, certains auteurs proposent la création d'un Pacte d'Intérêt Commun<sup>221</sup>. L'idée n'est pourtant pas retenue. Par la suite, la libéralisation des relations permet l'officialisation des couples de même sexe. Le PACS est l'aboutissement d'une réflexion pour ces couples sur les propositions du Contrat d'Union Sociale et du Contrat d'Union Civile<sup>222</sup>. C'est en tout cas ainsi qu'il est présenté. Il répond à des pressions sociales contradictoires pour l'union civile des couples homosexuels, et contre leur mariage. L'alternative est mesurée par une société non encore prête à franchir le pas du mariage pour tous<sup>223</sup>. A côté du concubinage, c'est une union pleine de promesses, que le législateur a fait évoluer devant l'engouement qu'elle a suscité. Finalement, les couples de toute orientation le choisissent pour sa simplicité. Il devient le nouvel engagement à la mode. Celui qui ressemble au mariage mais que l'on peut balayer d'un simple recommandé. Voici revenue la répudiation romaine, aux temps modernes.

Le PACS est devenu le symbole du couple du troisième millénaire. On le présente souvent comme un équivalent du mariage, la rigidité du divorce en moins. Mais qu'en est-il vraiment ? Le PACS n'est pourtant pas un mariage. En matière de succession, les droits du survivant ne sont pas identiques. On condense souvent les explications en disant que la protection d'un PACS avec testaments croisés est équivalente à celle d'un mariage. Mais des différences flagrantes existent et vont justifier un choix en matière de contournement de la réserve héréditaire. Par certains côtés, le PACS ne rivalise pas avec le mariage. La concurrence du partenaire est limitée, voire vaine (1°). Néanmoins, les options de régimes permises par le PACS permettent une fuite de patrimoine au profit du partenaire sans regard pour la réserve (2°).

---

<sup>220</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999.

<sup>221</sup> Le Professeur Jean HAUSER en 1988.

<sup>222</sup> DELMAS SAINT-HILAIRE P., *Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux*, Defrénois, 30 juin 2010, n° 12, p. 1319.

<sup>223</sup> Mariage pour tous est autorisé des années plus tard en France par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.



## **1. Un intérêt limité de prime abord**

**70. Un engouement à considérer.** Le PACS n'offre pas au partenaire autant de droits qu'au conjoint. Il est utilisé par les jeunes couples pour lesquels le mariage est trop coûteux et trop contraignant. Mais depuis quelques années, il touche un nouveau public : les familles recomposées et les divorcés. Sa grande simplicité de création n'a d'égal que sa faible protection successorale. Le PACS n'est pas l'outil idéal pour protéger le survivant. Mettre en concurrence le réservataire avec le couple signifie que les bénéficiaires doivent être réels. Revenons un peu sur ces différences de traitement auxquelles peu réfléchissent.

**71. Droits successoraux.** Un conjoint reçoit automatiquement par l'effet du mariage, l'usufruit de la totalité de la succession ou la quotité disponible des biens laissés par le *de cuius*. C'est ce que certains appellent la *garantie veuvage*<sup>224</sup>. A l'inverse, le survivant pacsé n'a pas de vocation légale sur le patrimoine de son partenaire. Il est traité comme un simple concubin. En droit des successions, c'est un étranger<sup>225</sup>. Le PACS ne crée aucun lien de parenté, ni d'alliance suffisamment fort pour ouvrir automatiquement des droits successoraux. Lui octroyer des droits c'est l'inclure dans un testament. Seul un legs pourra hisser le partenaire au statut d'héritier. Le PACS seul ne suffit pas. Néanmoins l'intérêt du PACS par rapport au concubinage réside dans l'avantage fiscal qu'il procure. Si le *de cuius* lègue tout ou partie de ses biens à son partenaire, le survivant bénéficiera de l'exonération des droits de mutation du conjoint marié.

Toutefois, les vocations successorales ne seront pas identiques. Un partenaire sera traité comme un légataire. Il ne dispose que de ce qu'on lui attribue. L'usufruit global du conjoint lui permet de grever la réserve de façon quasi automatique. Mais aucun équivalent n'existe pour le partenaire. En tant que simple légataire, il ne pourra priver les réservataires

---

<sup>224</sup> DELMAS SAINT-HILAIRE P., *Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux*, Defrénois, 30 juin 2010, n° 12, p. 1319.

<sup>225</sup> DELMAS SAINT-HILAIRE P., *Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux*, Defrénois, 30 juin 2010, n° 12, p. 1319.

de la jouissance de leur part<sup>226</sup>. Tout droit attribué au partenaire sera potentiellement réductible en cas d'atteinte à la réserve. Il n'aura pas plus de droits qu'un légataire classique, l'avantage fiscal en plus. La réserve s'en trouve donc protégée.

**72. Adoption.** Le PACS ne permet pas non plus aux couples d'adopter ensemble. L'adoption, comme nous le verrons ultérieurement permet par certains aspects de contourner également la réserve. Le mariage combiné à l'adoption offre une solution très efficace pour concurrencer l'héritier réservataire. Or les partenaires pacsés ne peuvent bénéficier de l'adoption conjointe<sup>227</sup>. Seule l'adoption individuelle de l'un des partenaires est autorisée<sup>228</sup>. Cette exclusion ne supporte pas d'exception. Dès lors, les contournements de la réserve combinant l'adoption avec d'autres techniques ne seront pas efficaces pour des partenaires pacsés.

**73. Droit d'habiter.** Le droit temporaire au logement permet au conjoint survivant d'occuper gratuitement pendant un an le logement de la famille. Il est d'une durée d'un an comme prévu à l'article 763 du Code civil<sup>229</sup>. Si celui-ci porte sur une location, la succession remboursera les loyers. Le législateur va plus loin en octroyant également au conjoint survivant un droit viager au logement<sup>230</sup>. L'art. 515-6 du Code civil permet au partenaire pacsé de bénéficier des deux premiers alinéas de l'article 763 du Code civil. Toutefois, en matière d'habitation, le législateur n'a pas souhaité avantager plus le partenaire. Il ne pourra bénéficier du droit viager au logement du conjoint survivant. Il a pourtant été proposé de créer un droit viager optionnel au profit du partenaire survivant, idée soutenue par Monsieur le Professeur Bernard VAREILLE<sup>231</sup>. Cette proposition permettait notamment de rendre efficace un legs d'usufruit sur la résidence principale. Dès lors, des héritiers réservataires, qu'ils soient enfants communs ou non issus du couple pourront mettre le partenaire à la porte une fois l'année du droit temporaire terminée. Même si le droit viager au logement ne peut

---

<sup>226</sup> DELMAS SAINT-HILAIRE P., *Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux*, Defrénois, 30 juin 2010, n° 12, p. 1319.

<sup>227</sup> Art. 345 al. 1 C. civ.

<sup>228</sup> CASTAGNE S., *Mariage, PACS, concubinage – analyse comparative*, JCP N 2008, n° 46, 1325.

<sup>229</sup> Art. 763 C. civ.

<sup>230</sup> Art. 764 C. civ.

<sup>231</sup> LUZU F. et LE GALL N., *Transmettre dans les familles recomposées ou l'art du compromis*, JCP N 2012, n° 26, 1280.



être utilisé en matière de contournement de la réserve, cette nouvelle différence de traitement entre conjoint et partenaire ne permet pas de protéger le conjoint face aux héritiers. Alors imaginer contourner la réserve alors que la protection contre les descendants est faible est utopique.

**74. Réversion.** Le conjoint survivant bénéficie de plein droit de la pension de réversion de son époux prédécédé. Cette réversion ne constitue pas un avoir réductible par les héritiers réservataires. Les sommes ainsi encaissées par le conjoint ne feront pas l'objet d'une créance de restitution dans sa succession. Dès lors, en présence d'un conjoint jeune en famille recomposée, les sommes cumulées peuvent être importantes. S'agissant d'une disposition légale, les descendants ne peuvent empêcher les versements. Seul le *de cujus* pourra, sous certaines conditions priver le survivant de son droit à la pension de réversion. Cette disposition très pratique pour laisser des sommes fuir de la succession n'est pas permise au partenaire pacsé<sup>232</sup>. Même si la pension de réversion concerne souvent des sommes faibles, leur accumulation dans le temps, notamment pour un jeune conjoint est utile pour vider légalement la succession. Voici encore un autre avantage réservé aux couples mariés. De prime abord, il paraît donc compliqué d'entrevoir le PACS comme un instrument de contournement de la réserve héréditaire efficace.

## **2. Les spécificités utiles du PACS**

**75. Création d'une incertitude.** Le pacte civil de solidarité peut malgré tout être utilisé à des fins de contournement. Lors de sa création en 1999, le PACS est simple, aucune option n'est possible, l'alliance des partenaires forme une indivision. Tout bien dont la propriété exclusive ne peut être démontrée est réputé indivis pour moitié<sup>233</sup>. Le législateur rend la présomption d'indivision irréfutable sur les meubles meublants acquis à titre

---

<sup>232</sup> LUZU F. et LE GALL N., *Transmettre dans les familles recomposées ou l'art du compromis*, JCP N 2012, n° 26, 1280.

<sup>233</sup> Art 515-5 anc. C. civ.

onéreux<sup>234</sup>. Cette première version du texte génère nombre de difficultés pratiques pour ces nouveaux couples. Y-a-t-il ou pas une dette d'un partenaire contre l'autre pour inégalité de financement ? Une réponse ministérielle<sup>235</sup> est venue dissiper les doutes. En cas de financement inégal, une créance entre partenaire peut être réclamée. La réforme de 2006, mit fin à l'indivision systématique et à l'application pratique de cette réponse. Désormais le régime légal du PACS est la séparation de biens. Il renvoie d'ailleurs aux articles 1536 et suivant du Code civil en matière de mariage. Conventionnellement les partenaires peuvent toujours opter pour l'indivision. Néanmoins il ne s'agit pas d'une indivision classique. Son fonctionnement novateur laisse une porte ouverte au contournement de la réserve héréditaire.

**76. Nouveauté législative.** L'article 515-5-1 du Code civil<sup>236</sup> issu de la loi du 23 juin 2006 répute indivis pour moitié tout bien acquis par les partenaires en régime d'indivision conventionnelle. L'indivision concerne tous les biens acquis par le couple, ensemble ou séparément, postérieurement à l'enregistrement du PACS<sup>237</sup>. Il permet ainsi à un partenaire pacsé de devenir propriétaire de biens financés en totalité ou en grande partie par l'autre. La répartition des parts entre les membres du couple ne correspondra pas forcément à leur quote part réelle d'apport<sup>238</sup>. La règle du 50/50 ne peut être remise en cause et aucune créance entre partenaires ne peut être réclamée à ce titre. Avec cet article, les pacsés peuvent organiser une indivision bénéficiaire. L'intérêt se porte sur les acquisitions mobilières ou immobilières de biens de grande valeur marchande. Un partenaire aisé et parent d'enfants non communs peut financer en totalité des biens indivis afin d'en faire sortir la moitié de son patrimoine à son décès. Néanmoins cette solution n'est pas sans risque. Si l'objectif est de contourner la réserve en vidant la future succession, c'est sans compter sur le risque que l'autre partenaire

---

<sup>234</sup> Art. 515-5 al. 1 anc. C. civ. : « Les partenaires d'un pacte civil de solidarité indiquent, dans la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515-3, s'ils entendent soumettre au régime de l'indivision les meubles meublants dont ils feraient l'acquisition à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte. A défaut, ces meubles sont présumés indivis par moitié. Il en est de même lorsque la date d'acquisition de ces biens ne peut être établie. »

<sup>235</sup> QE n° 23816 de BEAUDEAU M-C., paru au JO Sénat du 23 mars 2000 avec réponse parue le 23 novembre 2000.

<sup>236</sup> Art. 515-5-1 C. civ. : « Les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale. »

<sup>237</sup> MALAURIE P. et FULCHIRON H., *Droit de la famille*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, LJDJ, 2016, p. 242

<sup>238</sup> BICHERON F., *Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ?* JCP N 2013, n° 9-10, 1041.



décède finalement en premier. L'ordre des décès n'est jamais certain. Rappelons aussi que le risque de séparation n'est jamais exclu. Celui qui a le plus financé l'acquisition des biens ne pourra réclamer l'excédent en cas de rupture volontaire du PACS. C'est l'objet d'un arrêt récent de la Cour de cassation dans lequel l'un des partenaires refusait le partage par moitié prétextant une différence de financement<sup>239</sup>.

**77. Avantage pacsimonial.** Choisir l'indivision permet notamment de faire échapper une part des biens successoraux aux héritiers réservataires. Il s'agirait d'un avantage « *pacsimonial* »<sup>240</sup>. L'article 1527 ne concerne que le retranchement des avantages matrimoniaux. Le PACS n'étant pas une convention matrimoniale, l'article 1527 sur le retranchement des avantages matrimoniaux n'est pas non plus applicable. Les enfants, qu'ils soient communs ou non n'auront aucun recours contre le partenaire n'ayant pas participé à hauteur de moitié. Le concubin réfractaire au mariage mais ayant à la fois des enfants à déshériter et des biens à acheter sera donc enclin à se pacser sous le régime de l'indivision conventionnelle pour faire échapper une partie du bien à sa succession. Cette forme d'union est utile car, « *Le Pacs possède ici un avantage incontestable sur le concubinage, en ce qu'il permet donc la constitution d'un patrimoine commun indivis au profit du partenaire le moins fortuné, et ce, sans risque qu'au décès de celui ayant plus largement financé l'acquisition des biens indivis, ses héritiers ne viennent faire valoir l'existence d'une créance ou d'une donation* »<sup>241</sup>. Le partenaire pourrait cumuler indivision et testament pour disposer à la fois de la quotité disponible et de la moitié des biens indivis.

**78. Conditions.** Toutefois, l'indivision ne peut porter que sur certains biens listés à l'article 515-5-2 du Code civil<sup>242</sup>. Il faut être vigilant à l'origine des fonds utilisés lors de

<sup>239</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 2015, n° 14-11.278 ; JurisData n° 2015-004901 ; JCP N 2015, n° 12, 390.

<sup>240</sup> VAN STEENLANDT P., *La soumission conventionnelle des partenaires pacsés au régime de l'indivision*, JCP N 2009, n° 35, 1251.

<sup>241</sup> BICHERON F., *Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ?* JCP N, 2013, n° 9-10, 1041.

<sup>242</sup> Art. 515-5-2 C. civ. : « *Toutefois, demeurent la propriété exclusive de chaque partenaire :*

1° *Les deniers perçus par chacun des partenaires, à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte et non employés à l'acquisition d'un bien ;*

2° *Les biens créés et leurs accessoires ;*

3° *Les biens à caractère personnel ;*

4° *Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers appartenant à un partenaire antérieurement à l'enregistrement de la convention initiale ou modificative aux termes de laquelle ce régime a été choisi ;*

l'achat indivis. A l'instar des dispositions de l'article 515-5-1 du Code civil, si tout ou partie des fonds provient de donations ou de successions, une créance entre partenaire pourra être réclamée<sup>243</sup>. Il en sera de même des biens acquis au moyen de fonds reçus antérieurement à la signature de la convention. Le système de contournement n'est pas donc total. Il est néanmoins paradoxal que les sommes perçues par les partenaires (gains ou salaires) soient réputées propres, et ce, sans distinction sur la date d'entrée dans le patrimoine du partenaire. Il y a donc une nette différence avec le régime de communauté légale. Néanmoins, les biens acquis par des partenaires avec ces mêmes gains et salaires seront réputés indivis par moitié dès lors que ces sommes sont entrées dans le patrimoine après la conclusion du PACS. Il y a donc une différence faite sur la nature des sommes reçues, applicable uniquement lors des acquisitions. Cette disposition permet d'éviter les litiges entre partenaires mais n'est pas d'une logique évidente.

Pour quelques auteurs, les dispositions de l'article 515-5-2 du Code civil ne sont pas d'ordre public<sup>244</sup>. Les partenaires pourraient prévoir une convention contraire. Cela signifierait que les conjoints seraient moins bien traités que les partenaires. Les pacsés seraient alors en mesure de contrer complètement la réserve des descendants : « *Le premier disposerait d'un « avantage pacsimonial » équivalent à un avantage matrimonial, autrement dit pouvant excéder non seulement la quotité disponible ordinaire mais également la quotité disponible spéciale entre époux, sans pouvoir être inquiété par l'épée de Damoclès de l'action en retranchement*<sup>245</sup> ». En l'absence d'action en retranchement des avantages pacsimaux, reconnaître que cette disposition n'est pas d'ordre public ce serait ouvrir une faculté de contournement encore plus importante que celle issue de l'article 515-5-1 du Code civil. Pour autant, la majorité des auteurs s'accorde sur la forme d'ordre public des

---

<sup>5°</sup> Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers reçus par donation ou succession ;

<sup>6°</sup> Les portions de biens acquises à titre de licitation de tout ou partie d'un bien dont l'un des partenaires était propriétaire au sein d'une indivision successorale ou par suite d'une donation.

*L'emploi de deniers tels que définis aux 4° et 5° fait l'objet d'une mention dans l'acte d'acquisition. A défaut, le bien est réputé indivis par moitié et ne donne lieu qu'à une créance entre partenaires. »*

<sup>243</sup> VAN STEENLANDT P., *La soumission conventionnelle des partenaires pacsés au régime de l'indivision*, JCP N 2009, n° 35, 1251.

<sup>244</sup> CASTAGNE S., *Mariage, PACS, concubinage – analyse comparative*, JCP N 2008, n° 46, 1325.

<sup>245</sup> VAN STEENLANDT P., *La soumission conventionnelle des partenaires pacsés au régime de l'indivision*, JCP N 2009, n° 35, 1251.



exceptions au principe d'indivision<sup>246</sup>. Il semble que ce soit la solution la plus logique même si elle n'est pas en faveur du contournement de la réserve. Néanmoins, la question n'a pas été tranchée par la jurisprudence.

**79. Proposition.** Certains professionnels préconisent d'aller encore plus loin en proposant de modifier la loi<sup>247</sup>. Ils proposent entre autres une forme d'apport en indivision pour permettre à l'un des partenaires de rendre indivis un bien acquis avant la signature de la convention. Cet apport permettrait d'éviter la qualification de donation tout en soumettant le bien à l'indivision. Néanmoins cette solution serait soumise à réduction pour l'excédent. La réserve serait donc malgré la réduction, encore un peu plus égratignée. Cela créerait une quotité disponible spéciale entre partenaires. L'option pour le PACS comme instrument de contournement n'est plus une illusion. En effet, pour certains auteurs, « [...] *la soumission conventionnelle des partenaires pacsés au régime de l'indivision, parce qu'elle offre une arme pour contourner la réserve légale des descendants, constitue, avec l'admission de la RAAR, un signe supplémentaire annonciateur d'une fin proche de la réserve héréditaire en droit français*<sup>248</sup> »

## **SECTION 2. - PAR L'AMELIORATION DES DROITS DU CONJOINT**

**80. Tentative d'amélioration.** Le tour d'horizon des régimes classiques est clos. Il n'est toutefois pas complètement satisfaisant. Le conjoint ne dispose pas d'une grande latitude pour se protéger de la progéniture de son époux, qu'elle lui soit commune ou pas. De ce point de vue, le contournement de la réserve semble tout de même limité. Peut-on trouver d'autres solutions qui allient protection du survivant et diminution des droits des réservataires ? Il faut creuser le droit des régimes matrimoniaux pour y chercher des outils

---

<sup>246</sup> VAN STEENLANDT P., *La soumission conventionnelle des partenaires pacsés au régime de l'indivision*, JCP N 2009, n° 35, 1251.

<sup>247</sup> HARDY G., *L'apport d'un bien en Pacs*, JCP N 2013, n° 13, 405.

<sup>248</sup> VAN STEENLANDT P., *La soumission conventionnelle des partenaires pacsés au régime de l'indivision*, JCP N 2009, n° 35, 1251.

d'amélioration. Deux solutions s'offrent au *de cuius*. La première se trouve au travers du régime matrimonial lui-même et de ses aménagements ; ce sont les avantages matrimoniaux. Mais aménager le régime par des clauses particulières c'est possiblement subir l'action en retranchement (§1). Pour la seconde, les époux choisissent ce que l'on appelait jadis *la donation au dernier vivant*, appelée aujourd'hui donation entre époux. Elle reste une solution réversible et simple à mettre en place (§2).

## **§1. - LES AVANTAGES MATRIMONIAUX**

**81.** Choisir les avantages matrimoniaux équivaut à abandonner le régime légal pour un aménagement conventionnel. La modification est prévue conjointement par les époux lors de la célébration du mariage par la signature d'un contrat, ou lors d'un changement de régime. C'est l'adjonction de clauses particulières ou le choix du régime de communauté universelle qui attribue la qualification d'avantage. Le régime génère des atouts pour le conjoint qui n'auraient pu être obtenus d'une communauté légale. Mais les avantages matrimoniaux ne sont pas sans conséquence. Les enfants ne sont pas sans défense. Le législateur a créé l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs afin d'éviter tout débordement mettant en péril la réserve héréditaire. Il y a lieu dans un premier temps d'envisager le fonctionnement de ces avantages et de l'action en retranchement qui l'accompagne (A). Puis aborder un panel de clauses classiques permettant d'obtenir un avantage (B).

### **A. AVANTAGE ET RETRANCHEMENT**

**82.** L'avantage matrimonial constitue une organisation du régime à la seule initiative des époux. Il symbolise la prise de conscience de la place du conjoint dans notre législation actuelle. Mais qu'entend-on exactement par avantage matrimonial ? (1°) Et comment le contournement de la réserve est-il limité par l'action en retranchement ? (2°).

## 1. Créer un avantage matrimonial

**83. Notion.** Il y a avantage matrimonial lorsqu'un époux retire un enrichissement patrimonial de l'aménagement de son régime, qu'il n'aurait pas obtenu dans le régime légal<sup>249</sup>. Seuls les bénéfices issus d'un contrat de mariage, lors de son adoption initiale ou de sa modification constituent des avantages matrimoniaux. Créer un avantage matrimonial c'est créer un déséquilibre ou en effacer un qui est ou serait né du régime légal. C'est cette action qui conduit à contourner la réserve héréditaire. Par l'aménagement du régime, les époux peuvent s'avantager mutuellement ou seulement l'un d'eux en répartissant leurs droits ou leurs patrimoines pour vider la succession du prémourant. La démonstration de l'enrichissement se fait au jour de la dissolution du régime<sup>250</sup>. L'avantage naît de diverses clauses affectant la répartition des masses patrimoniales communes ou propres des époux. Ces aménagements concernent le plus souvent le transfert de certains biens dans une masse ou dans l'autre. A travers ces transferts, le conjoint peut accaparer des biens revenant à la succession. La diminution de l'actif successoral par une modification de la répartition des masses dans le régime matrimonial peut occasionner une diminution des parts revenant aux héritiers réservataires.

Certains avantages prennent place pendant le mariage et d'autres seulement à sa dissolution. En cas de décès, on parle de *gain de survie*, attribué au survivant s'il a été prévu à son bénéfice<sup>251</sup>. Les avantages matrimoniaux sont l'apanage des régimes communautaires. Mais qu'en est-il du régime de la participation aux acquêts ? Traitons le finalement comme un régime mixte<sup>252</sup>. Les clauses insérées dans un contrat aménageant ce type de régime laissent planer le doute sur leur qualification. C'est notamment le cas des clauses de partage inégal ou de calcul spécifique de la créance de participation. Toutefois, la doctrine est

---

<sup>249</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille 2018-2019*, p. 252 : « Il y a donc avantage matrimonial lorsqu'il y a enrichissement d'un époux grâce au régime matrimonial conventionnellement adopté par rapport à la situation qui aurait été la sienne dans le régime légal. »

<sup>250</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Patrimoine 2017-2018*, p. 1368.

<sup>251</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Patrimoine 2017-2018*, p. 1369.

<sup>252</sup> Comme vu précédemment, il allie séparation de biens pendant le mariage à un partage de base communautaire à sa dissolution.

majoritairement favorable à la qualification d'avantage matrimonial de ces clauses d'aménagement conventionnel. Elle y trouve dans leurs conséquences plus de ressemblances avec les avantages matrimoniaux qu'avec le régime des libéralités<sup>253</sup>.

**84. Séparations.** Le divorce ou la séparation de corps peuvent influencer le sort de ces aménagements conventionnels. Les avantages matrimoniaux qui ont pris effet au cours du mariage sont maintenus tandis que les autres sont révoqués de plein droit<sup>254</sup>. C'est ce qui ressort de la loi du 26 mai 2004. Cette réforme met fin à la sanction du divorce pour faute et sa révocation automatique de tous les avantages matrimoniaux et donations faites au conjoint. Tout est donc question de date d'effet de l'avantage. Toutefois les futurs ex-époux peuvent décider de maintenir les avantages qu'ils se sont consentis, après le divorce dans un but de pur contournement<sup>255</sup>. Ils peuvent également prévoir dans la convention de création de l'avantage que celui-ci sera automatiquement révoqué de plein droit en cas de divorce, de séparation de corps ou d'ouverture d'une procédure de divorce. Plus largement la disposition peut prévoir qu'elle sera révoquée en cas de dissolution du régime par une cause autre que le décès. Cette option constitue une protection pour les couples s'ils venaient à se désaccorder au fil du temps. Les aménagements créés dans un but de contournement de la réserve ne doivent pas se retourner contre leurs auteurs.

**85. Distinction avec les libéralités.** Les avantages matrimoniaux ne sont pas traités comme des donations<sup>256</sup>. L'avantage matrimonial ne s'impute pas sur les droits légaux du conjoint et c'est là tout son intérêt par rapport au régime des libéralités. Il ne fait pas non

---

<sup>253</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Patrimoine* 2017-2018, p. 1369.

<sup>254</sup> Art. 265 C. civ.

<sup>255</sup> Voir infra sur l'utilité de la fuite de patrimoine à travers le choix du divorce.

<sup>256</sup> Art. 1527 C. civ. : « *Les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes, ne sont point regardés comme des donations.*

*Néanmoins, au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1, au titre " Des donations entre vifs et des testaments ", sera sans effet pour tout l'excédent ; mais les simples bénéficiaires résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un autre lit.*

*Toutefois, ces derniers peuvent, dans les formes prévues aux articles 929 à 930-1, renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant. Dans ce cas, ils bénéficient de plein droit du privilège sur les meubles prévus au 3° de l'article 2374 et peuvent demander, nonobstant toute stipulation contraire, qu'il soit dressé inventaire des meubles ainsi qu'état des immeubles »*



plus partie des éléments de calcul utilisés pour établir les parts de réserve et de quotité disponible. Les aménagements conventionnels du régime matrimonial ne sont donc pas soumis à la réduction pour atteinte à la réserve. Ils ne sont pas non plus rapportables. Ils ne sont pas plus tributaires de la notion d'ingratitude ou d'une quelconque intention libérale. Et ici réside tout l'intérêt pour le contournement de la réserve. Le conjoint survivant peut ainsi cumuler ses droits légaux augmentés des avantages matrimoniaux, et le bénéfice de libéralités à cause de mort. Ces aménagements ne supportent ni les conditions ni les sanctions des donations.

Leur constitution est plus libre et d'une efficacité presque dangereuse. En effet, la majorité des avantages matrimoniaux concerne une mise en application automatique de droits sans faculté d'option pour le conjoint<sup>257</sup>. Il est possible que la situation familiale ait changée depuis la mise en place du régime et de ces aménagements conventionnels. Toutefois le conjoint ne pourra pas exercer de faculté d'option ou de choix à la différence des libéralités. Sauf certaines exceptions le conjoint survivant reçoit l'intégralité de l'avantage matrimonial à lui consenti sans avoir le choix de le réduire ou de le refuser. Ici réside le danger des avantages matrimoniaux comparé aux donations entre époux. Aucune faculté de cantonnement n'est ouverte au survivant. Il ne lui est pas loisible de refuser les conséquences de l'aménagement conventionnel qu'il a provoqué.

**86. Une question de revenus.** Tout ce qui est attribué au conjoint survivant n'entre pas immédiatement dans le patrimoine des descendants s'ils sont issus du couple. Il n'y entre pas du tout en cas d'enfants non communs présents ou représentés. C'est un moyen efficace de priver temporairement les enfants communs de pouvoirs sur une part des biens qui auraient dû faire partie de leur réserve. Les enfants non communs, eux sont privés définitivement d'une part de leurs droits. La différence de revenus entre des époux mariés en communauté ne constitue pas un avantage matrimonial. Les acquêts sont issus des économies du couple<sup>258</sup>. Dès lors, l'attribution d'un acquêt ou de la nue-propriété de cet acquêt à l'un des époux à titre de partage lors de la liquidation ne constitue pas un avantage

---

<sup>257</sup> A l'exception des clauses de type préciput ou clause de prélèvement.

<sup>258</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 253.

matrimonial retranchable<sup>259</sup>. Néanmoins, une clause permettant d'attribuer l'intégralité des acquêts de communauté constituerait un avantage matrimonial<sup>260</sup>. La mesure fait toute la différence. Mais pour les réservataires, l'attribution d'un acquêt d'une grande valeur vénale peut constituer une diminution de leur part de réserve.

Les avantages matrimoniaux ne constituent pas une institution à toute épreuve. L'existence d'enfants non communs doit alerter les époux. Ces descendants peuvent anéantir leurs efforts de protection à travers l'action en retranchement.

## **2. L'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs**

**87. Principe.** Les avantages matrimoniaux ne constituent pas une solution de contournement de la réserve totalement efficace. L'article 1527 du Code civil autorise les avantages entre époux dans son alinéa 1 tout en les limitant en présence d'enfants nés d'autres unions dans l'alinéa 2. Ces derniers peuvent demander le retranchement de ces avantages s'ils sont jugés excessifs<sup>261</sup>. L'action en retranchement ainsi créée procède des mêmes principes que l'action en réduction des libéralités excessives. L'excès est limité par la quotité disponible spéciale de l'article 1094-1 du Code civil<sup>262</sup>. On ne protège ici que la réserve des enfants non communs. Les enfants communs ne peuvent utiliser cette voie pour contrer les aménagements conventionnels du régime de leurs parents<sup>263</sup>. Cette règle est valable qu'ils soient enfants par le sang ou adoptés<sup>264</sup>. L'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs est une option laissée au libre choix de l'héritier réservataire. Le retranchement n'est pas de droit et comme beaucoup d'outils de protection

---

<sup>259</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n° 12-26.091 ; Bull. civ. I, n° 186.

<sup>260</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, n° 05-14.910 ; Bull. civ. I, n° 136.

<sup>261</sup> Art. 1527 C. civ.

<sup>262</sup> Voir supra.

<sup>263</sup> THIERRY J., *L'adoption du régime de la communauté universelle, avec clause d'attribution intégrale de cette communauté au conjoint survivant, ne porte pas atteinte à la réserve héréditaire des enfants communs des époux*, D. 1996 p. 537.

<sup>264</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2009, n° 07-21.421, JurisData n° 2009-046981, Dr fam., n° 4, avril 2009, comm. 44, note BASCUGNANA J-D.



du droit de la famille et du droit des successions, c'est à l'enfant lésé d'en faire la demande. A défaut, les avantages s'exécuteront de plein droit. Le *de cuius* a donc toujours la possibilité de prévoir ces aménagements de régime même en présence d'enfants non issus de son époux. Le retranchement n'est pas certain. Le *de cuius* peut également faire régulariser une renonciation anticipée à l'action en retranchement signée par les réservataires concernés<sup>265</sup>. Mais si la mésentente existe au sein de la famille, de tels aménagements ne doivent pas être conseillés. La probabilité d'anéantissement des clauses du régime est trop élevée et l'issue du contentieux trop évidente.

**88. Evolution législative.** Avant la réforme du 3 décembre 2001, seuls les enfants issus d'un précédent mariage avaient le pouvoir d'invoquer l'action en retranchement. Enfants légitimes, enfants naturels et adultérins ne bénéficient pas du même traitement. La faveur du mariage était encore à l'époque très présente. Les enfants naturels et adultérins ne pouvaient protéger leur part de réserve héréditaire. L'arrêt MAZUREK<sup>266</sup> du 1<sup>er</sup> février 2000 a mis fin à la discrimination entre enfants adultérins et enfants légitimes par la condamnation de la France. Les descendants simplement naturels continuaient néanmoins de subir la discrimination dans l'étendue de leurs recours contre le conjoint de leur auteur. L'action en retranchement leur était toujours refusée. Elle ne leur sera finalement ouverte qu'à la faveur de l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 janvier 2002<sup>267</sup>. Cette nouvelle égalité pour les enfants non communs ferme une ouverture efficace au contournement de la réserve.

**89. Effets.** Le retranchement est similaire à la réduction. Les avantages excessifs octroyés au conjoint dans le patrimoine du *de cuius* sont réduits à l'expression de la quotité disponible spéciale entre époux. L'avantage qui dépasse cette quotité *sera sans effet pour*

---

<sup>265</sup> Voir supra.

<sup>266</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, arrêt MAZUREK ; D. 2000, p. 332 note THIERRY J. ; Defrénois 2000, p. 654 obs. MASSIP J. ; JCP G 2000, II, 10286 note GOUTENOIRE-CORNU A. et SUDRE F. ; RTD Civ. 2000. 429, obs. MARGUENAUD J.-P.

<sup>267</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; D. 2002, 1938, note DEVERS A. ; Defrénois 2002, 37548, n° 29, note MASSIP J. ; Defrénois 2002, 37611, n° 84, obs. CHAMPENOIS G. ; Dr. fam. 2002, comm. 45, obs. BEIGNIER B. ; JCP G 2002, I, 178, n° 8, obs. LE GUIDEC R. ; JCP G 2002, I, 167, n° 12, obs. TISSERAND-MARTIN A. ; RJPF 2002-5/24, note CASEY J. ; RTD Civ. 2002, p. 278, obs. HAUSER J. ; RTD Civ. 2002, p. 347, note VAREILLE B. ; RTD Civ. 2002, p. 865, note MARGUENAUD J.-P. et RAYNARD J.

*tout l'excédent*<sup>268</sup>. Avec cette action, les réservataires non communs pourront protéger leur réserve et annuler pour partie les effets privatifs des aménagements de leur auteur. La quotité disponible spéciale entre époux propose trois options<sup>269</sup> et le *de cujus* peut avoir consenti d'autres libéralités de son vivant ou à cause de mort. Toutefois, ni la jurisprudence ni les textes ne précisent l'ordre ou le secteur exact d'imputation des avantages en cas de retranchement<sup>270</sup>. La question est discutée en doctrine<sup>271</sup>. Il est donc nécessaire de prévoir dans les clauses du régime le secteur d'imputation ainsi que l'ordre éventuel de réduction afin d'éviter tout litige avec les enfants non communs. Avec cette action, le *de cujus* n'est pas en mesure de protéger son conjoint d'une descendance peu coopérative.

Le retranchement distingue les titulaires de l'action en retranchement des bénéficiaires de ses effets. Chaque titulaire dispose d'une action en retranchement individuelle, et chacun fait la demande pour lui-même. Les conséquences de sa mise en œuvre sont néanmoins généreuses pour ses cohéritiers. Les droits nouvellement retrouvés sont partagés entre tous les réservataires en ce qu'ils font indifféremment partie de la succession du prémourant. Le bénéfice de cette réunion reste commun quand bien même l'action est individuelle et non collective. Le délai de prescription de l'action en retranchement est identique à celui de l'action en réduction sur lequel elle est calquée<sup>272</sup>. Le mode de réduction est également similaire.

**90.** Même s'il existe des moyens d'empêcher un avantage matrimonial de produire tous ses effets, les aménagements conventionnels du régime restent une option utile dans certaines configurations. Les époux ont le choix entre différentes clauses parmi les plus courantes **(B)**.

---

<sup>268</sup> Art. 1527 al. 2 C. civ.

<sup>269</sup> Voir supra.

<sup>270</sup> L'option proposée par l'article 1094-1 C. civ. propose trois branches non cumulables.

<sup>271</sup> GRIMALDI M., *Droit civil – successions*, 6<sup>ème</sup> éd, Paris, Litec, 2001, n° 747.

<sup>272</sup> Art. 921 al. 2 C. civ.



## **B. LES CLAUSES PARTICULIERES**

**91.** Les époux peuvent prévoir différents types de clauses pour aménager la liquidation et le partage de leur régime. Des clauses de prélèvement moyennant indemnité, des clauses de préciput ou encore de stipulation de parts inégales<sup>273</sup> participent à l'éventail des possibilités. Il en existe une infinité. Les notaires appliquent les plus courantes. Ces clauses sont réunies en deux grandes familles. D'un côté les clauses de prélèvement (**1°**), de l'autre les clauses de partage (**2°**).

### **1. Les clauses de prélèvement**

**92. Le préciput.** La clause de préciput appelée également faculté de prélèvement attribue au conjoint survivant un droit de prélèvement sur les biens de communauté avant même tout partage<sup>274</sup>. Il se limite aux biens dont la liste est établie préalablement<sup>275</sup>. Le préciput crée un déséquilibre dans la répartition de l'actif de communauté. Les biens inclus dans le préciput sont prélevés par le conjoint avant même que la communauté ne soit divisée en deux lors de l'ouverture de la succession du prémourant. Le déséquilibre se crée en défaveur des réservataires et l'acquêt se fond dans le patrimoine du survivant. Le droit de prélèvement peut porter sur de la pleine propriété ou sur l'usufruit des biens<sup>276</sup>. Aucune contrepartie n'est requise. De plus, s'agissant d'un avantage issu du régime matrimonial et non de la succession, il vient se cumuler avec les droits successoraux du conjoint survivant<sup>277</sup>. Avec sa qualification d'aménagement matrimonial et non de donation<sup>278</sup>, la clause de préciput contourne les droits à la réserve des enfants. Cette clause fonctionne avec

---

<sup>273</sup> ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2014-2015, p. 98

<sup>274</sup> Art. 1515 C. civ.

<sup>275</sup> AULAGNIER J., *Pour une protection optimale du survivant : choisir de prélever tout ou partie des biens du prémourant*, JCP N 2013, n° 9-10, 1040.

<sup>276</sup> Art. 1524 C. civ.

<sup>277</sup> ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2014-2015, p. 255.

<sup>278</sup> Art. 1516 C. civ.

les règles du partage et ne porte que sur un actif net de passif. Pour autant le bien est prélevé sans indemnité. Ce prélèvement correspond à un partage partiel car le conjoint devient seul propriétaire du bien prélevé<sup>279</sup>. Il faut faire attention car le préciput n'est pas opposable aux tiers<sup>280</sup>.

**93. La clause de prélèvement moyennant indemnité.** Cette clause suit le même fonctionnement que le préciput. Le conjoint se fait attribuer des biens communs par priorité, mais cette fois, il règle l'indemnité correspondante à la communauté. La valeur de l'indemnité équivaut à la valeur du bien au moment de son prélèvement<sup>281</sup>. Le plus souvent le versement intervient à l'occasion du partage car le prélèvement est considéré comme un partage<sup>282</sup>. L'attribution est limitée au montant des droits du conjoint survivant. En cas de dépassement, ce dernier doit verser une indemnité pour appréhender les biens. Cette clause permettait notamment avant la réforme de 2006 de déroger à la règle du partage en nature en octroyant un avantage certain au conjoint survivant. Désormais, l'intérêt de cette clause est limité. Le contournement de la réserve pourrait trouver sa source dans la différence entre la valeur retenue pour le dédommagement et la valeur réelle du bien lors du prélèvement. De plus, le conjoint ne sera tenu de payer l'indemnité qu'au moment du partage de la succession elle-même. Le délai entre le prélèvement et le partage permettrait en théorie au conjoint d'organiser son insolvabilité. Si celui-ci dilapide son patrimoine, il s'exonèrera matériellement du paiement de cette indemnité. Néanmoins, l'hypothèse est peu probable en pratique car le notaire veille à la concomitance des opérations.

**94. La clause commerciale.** Elle autorise le survivant à prélever des biens personnels du *de cuius*<sup>283</sup> et non plus des biens communs. On la retrouve tant dans les régimes de communauté que dans les régimes de séparation de biens. Néanmoins, cette clause n'autorise pas le survivant à rompre l'équilibre du partage ou à prélever sans dédommager la succession. Elle n'est rien d'autre qu'un calque de la clause de prélèvement moyennant indemnité appliquée aux biens propres ou personnels. Elle ne formule qu'une attribution

---

<sup>279</sup> Cass. civ 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1981, n° 80-11.142, Bull. civ. I, n° 223.

<sup>280</sup> Art. 1519 C. civ.

<sup>281</sup> Art. 1511 C. civ.

<sup>282</sup> Art. 1514 C. civ.

<sup>283</sup> Art. 1390 C. civ.



préférentielle dont les époux sont libres de prévoir les modalités. Il est loisible de prévoir que le bien sera évalué au jour du décès ou de l'entrée en communauté et non au jour du partage. Les époux diminuent ainsi le montant de l'indemnité due à la succession. Néanmoins, de manière identique à la clause de prélèvement moyennant indemnité, la clause commerciale n'est pas d'une grande utilité pour des couples en recherche de contournement de la réserve héréditaire de leurs enfants.

## 2. Les clauses de partage

**95. La clause de partage inégal.** Déroger aux règles du partage est un principe admis par le législateur<sup>284</sup>. Aussi l'article 1521 du Code civil qui autorise le partage inégal dans les liquidations de communautés en est la suite logique. Ces clauses sont présentes dans les régimes de communauté conventionnelle, dans la communauté universelle, mais également dans la participation aux acquêts. La stipulation de parts inégales en est une démonstration. La clé de répartition des patrimoines est incluse dans la clause. Elle peut concerner des quotes-parts différentes selon l'époux. Mais la clause d'attribution intégrale de la communauté en est l'exemple le plus significatif<sup>285</sup>. Ces aménagements peuvent aussi concerner la créance de participation. Son évaluation est modérée par l'exclusion de certains biens du patrimoine d'origine. Il s'agit d'une répartition nette car le passif est déduit de l'actif avant d'effectuer la répartition<sup>286</sup>. Elle peut prévoir une attribution à un seul des époux s'il survit, attribution qui ne sera pas réciproque. La clause est alors dissymétrique. Les descendants sont lésés par une clause de partage inégal.

On arriverait ainsi à priver temporairement les enfants communs de la propriété de la part leur revenant sur le bien qui aurait dû faire partie de la succession du prémourant. En cas de dilapidation ultérieure organisée par le survivant, c'est une privation générale qui est

---

<sup>284</sup> Art. 1520 C. civ.

<sup>285</sup> Art. 1524 C. civ.

<sup>286</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 256.

mise en place à travers cette clause<sup>287</sup>. La clause de partage inégal prive l'enfant non commun des droits qu'il aurait dû obtenir sur le bien acquis en communauté par son parent. Mais également elle spolie l'enfant non commun de l'un des époux pour attribuer les biens à l'enfant non commun de l'autre. Il arrive en effet dans les constructions familiales actuelles qu'un beau-parent soit plus proche de son beau-fils ou de sa belle-fille que de son propre enfant avec lequel il n'a parfois plus aucun contact. La volonté est alors de privilégier le lien du cœur plutôt que le lien du sang.

**96. L'exclusion de reprise des apports.** La clause de partage inégal est souvent couplée à l'existence d'apports faits par les époux à la communauté. La communauté universelle est l'exemple même du régime dans lequel les époux font apports de biens propres au pot commun. Par l'augmentation de la dimension de la communauté en faveur d'un *tout commun*, les descendants perdent leurs droits sur des biens qui devaient faire partie de la succession du prémourant. Seuls les biens reçus par donation et intentionnellement frappés d'exclusion de communauté restent propres au donataire et n'intègrent pas la communauté universelle<sup>288</sup>. Pour les autres biens, les héritiers n'auront aucune créance à faire valoir sur la succession du survivant<sup>289</sup>. Avec la clause de partage inégal ou l'attribution intégrale de communauté, c'est tout un patrimoine qui risque de disparaître en cas de prédécès de leur auteur. Mais les réservataires peuvent contrer le partage inégal en utilisant le droit de reprise des apports et capitaux tombés en communauté du chef de leur auteur<sup>290</sup>.

Les biens et capitaux devenus communs reprennent leur qualité de biens propres pour intégrer la succession vidée de l'époux prémourant. Cette faculté conduit les héritiers à récupérer les anciens biens propres de l'époux prédécédé, contre sa volonté, quand bien même les apports de biens et capitaux ne dépasseraient pas la quotité disponible spéciale entre époux. De ce fait, « *En reprenant les apports et capitaux de l'époux prédécédé, les héritiers ne font que retirer de la communauté ce qui leur appartient du chef de leur auteur ;*

---

<sup>287</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1996, Bull. civ. I, n° 210 ; D. 1998, p. 233, note THIERRY J. ; RTD Civ. 1997, p. 207, VAREILLE B. ; Defrénois 1996, 1080 obs. CHAMPENOIS G.

<sup>288</sup> L'exclusion de communauté est une clause de style des donations et donations-partages notariées ;

<sup>289</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n° 12-23.111 ; AJ. fam. novembre 2013, comm. 648 obs. FERRE-ANDRE S. ; D. act. 4 octobre 2013, obs. MARROCHELLA J.

<sup>290</sup> Art. 1525 C. civ.



les biens font partie de la succession de celui-ci qui peut donc en disposer dans la limite de la quotité disponible »<sup>291</sup>. L'article 1525 alinéa 2 mentionne clairement « les héritiers », et non pas les « héritiers réservataires ». Cette action bénéficie aux héritiers légaux sans distinction de leur qualité. Elle est plus efficace et plus large que l'action en retranchement ouverte aux seuls héritiers réservataires du prémourant<sup>292</sup>.

Afin de maintenir le contournement de la réserve entrepris à travers la clause de partage inégal ou d'attribution intégrale, les époux doivent bloquer l'action ouverte à leurs héritiers. Le plus souvent, cette faculté est exclue dans le contrat de mariage qui institue le partage inégal. Les descendants de l'époux prédécédé perdent l'utilisation de l'article 1525 alinéa 2 car, « *Le jeu de l'exclusion de la reprise des apports faits à la communauté par le prémourant prive définitivement ses héritiers de la faculté d'agir à la préservation de leur vocation héréditaire initiale, même sur la succession du deuxième époux* »<sup>293</sup>. Aucune reprise ne pourra être réclamée. Aucune indemnité ou créance de restitution ne sera due à la succession du second époux. Rendre un contournement de la réserve efficace signifie prévoir une exclusion de reprise des apports. Il est primordial pour des époux qui ont pour objectif de se protéger mutuellement face aux descendants de l'inclure dans leurs conventions matrimoniales.

**97. La clause alsacienne.** Par convention matrimoniale, les époux peuvent prévoir une issue différente pour leur patrimoine commun selon que le mariage est dissout par décès ou par divorce. La clause de liquidation alternative modifie l'issue liquidative du régime matrimonial. Avantager son conjoint par ses propres deniers pour le protéger et contourner la réserve paraît une bonne idée. Mais se protéger d'une désunion c'est encore mieux. Dans cette perspective, il est loisible aux époux d'inclure une clause de reprise des apports<sup>294</sup>. Elle est communément connue sous le nom de clause alsacienne<sup>295</sup>. Cette faculté permet à

---

<sup>291</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janvier 1974, Arrêt AUROY, Bull. civ. I, n° 17 ; JCP G 1974, II, 17808, note THUILLIER H.

<sup>292</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n° 12-23.111 ; AJ. fam. novembre 2013, comm. 648 obs. FERRE-ANDRE S. ; D. act. 4 octobre 2013, obs. MARROCHELLA J.

<sup>293</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n° 12-23.111 ; AJ. fam. novembre 2013, comm. 648 obs. FERRE-ANDRE S. ; D. act. 4 octobre 2013, obs. MARROCHELLA J.

<sup>294</sup> Ou clause de sauvegarde.

<sup>295</sup> Art. 265 al. 3 C. civ.

l'époux ayant fait apport de biens propres, de les reprendre en cas de divorce. Utiliser la clause alsacienne à des fins de contournement, c'est permettre aux époux d'agir sur la répartition pour priver l'enfant non commun, de ses droits sur les apports ainsi récupérés<sup>296</sup>. Mais cette clause ne peut être utilisée pour récupérer des acquêts. Si la communauté est avant tout constituée de biens apportés, la clause alsacienne permettrait de priver l'enfant d'une part de la succession de son parent. L'héritier réservataire ne peut prétendre à aucune part sur les biens inclus dans la succession de son beau-parent, sauf à considérer que ces biens font désormais partie de la communauté grâce aux apports. Mais la clause alsacienne est avant tout une sécurité pour des époux dans une démarche patrimoniale du *tout pour mon conjoint*. En cas de dissolution de la communauté par divorce, cette faculté permet d'endiguer une partie des effets de leurs prévisions matrimoniales.

**98.** Pour permettre à l'époux d'être complètement protégé en cas d'oubli de ces clauses, il est toujours possible de consentir des libéralités au conjoint. Le *de cuius* est libre de disposer à cause de mort des biens intégrés ou réintégrés à son patrimoine. Les avantages matrimoniaux ne constituent pas l'outil le plus efficace pour protéger le survivant face à des enfants d'une précédente union. Dans cette perspective, il faut envisager l'utilisation des donations entre époux ? (§2).

## **§2. - LA DONATION ENTRE EPOUX**

**99.** Les droits du conjoint survivant sont fonction de l'existence de descendants communs ou non. En présence d'enfants issus uniquement du couple, le conjoint survivant est libre d'opter pour l'usufruit de la totalité de la succession ou le quart en pleine propriété des biens et droits existants. Seul le quart en pleine propriété lui est octroyé en présence de descendants non issus de lui<sup>297</sup>. Afin de rouvrir l'option pour l'usufruit et d'en essayer d'autres, les membres du couple peuvent se consentir des donations de biens à venir. On

---

<sup>296</sup> On peut imaginer une illustration peu courante de la clause. Par exemple la découverte d'un enfant naturel non désiré pendant la durée du mariage. On peut également imaginer que des époux, se repentant d'avoir apporté des biens à la communauté décident de les reprendre par le jeu de la clause alsacienne lors d'un divorce purement stratégique.

<sup>297</sup> Art. 757 C. civ.



parle alors d'institution contractuelle. Les institutions contractuelles constituent des donations de biens à venir par contrat de mariage ou par donation entre époux au cours du mariage. Aujourd'hui, rares sont les donations par contrat de mariage. Les époux recherchent de la flexibilité. La donation entre époux est la forme la plus courante de donation de biens à venir **(A)**. Elle ouvre une quotité de droits spécifique au conjoint, et déroge au droit commun. Choisir la donation entre époux c'est choisir une quotité s'imputant dans certains cas sur la réserve des descendants **(B)**.

## **A. LE CHOIX DE LA BRANCHE DE L'OPTION**

**100.** Les donations de biens à venir entre époux ont la particularité d'être librement révocables au choix de l'époux donateur<sup>298</sup>. Depuis la loi de réforme du 26 mai 2004, elles sont également révoquées de plein droit en cas de divorce<sup>299</sup>. Les époux restent libres d'en décider autrement. L'article 1094-1 alinéa 1 du Code civil liste les trois branches de l'option de la quotité disponible spéciale entre époux<sup>300</sup> :

- La totalité en usufruit **(1°)**
- La totalité en pleine propriété de la quotité disponible ordinaire **(2°)**
- Le quart en pleine propriété des biens et droits dépendant de la succession et les trois autres quarts en usufruit **(3°)**

Les époux laissent la plupart du temps subsister ces trois branches de l'option, au libre choix du survivant le moment venu. Mais il est possible de fermer certaines d'entre elles explicitement dans l'*instrumentum* de la donation entre époux. Si le conjoint est en présence d'enfant d'un autre lit, il pourra opter pour la plus forte des quotités afin d'exhérer même temporairement pour partie ses beaux-enfants.

---

<sup>298</sup> Art. 1096 al. 1 C. civ.

<sup>299</sup> Art. 265 al. 2 C. civ.

<sup>300</sup> Art. 1094-1 C. civ. : « Pour le cas où l'époux laisserait des enfants ou descendants, issus ou non du mariage, il pourra disposer en faveur de l'autre époux, soit de la propriété de ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, soit d'un quart de ses biens en propriété et des trois autres quarts en usufruit, soit encore de la totalité de ses biens en usufruit seulement. »

## 1. Le choix pour l'usufruit

**101. Le maintien du train de vie.** Les membres du couple ont tendance à concevoir leur patrimoine comme un fond utile au survivant pour assurer le maintien d'un train de vie convenable et,

*« Plus ils avancent ensemble en âge, plus cette idée s'affirme. Le temps de la générosité au profit des enfants s'estompe progressivement. Egoïsme légitime des époux justifié et entretenu par la peur de manquer »<sup>301</sup>.*

Le choix pour l'usufruit de la totalité de la succession laisse le conjoint conserver son mode de vie jusqu'à son décès. Mais en quoi cet usufruit est-il différent des droits légaux ? L'usufruit légal<sup>302</sup> s'applique sur les biens existants auxquels la doctrine soustrait les legs<sup>303</sup>. A l'inverse, l'usufruit de la quotité disponible spéciale entre époux utilise la base de calcul de l'article 922 du Code civil, incluant les legs. L'article 1094-1 du Code civil élargit donc les droits du survivant. Le conjoint est le seul héritier ayant la possibilité d'appréhender l'usufruit de la réserve globale des descendants au moyen d'une libéralité<sup>304</sup>.

**102. Une charge pour les descendants.** Cet usufruit n'est pas anodin pour les descendants. Il s'abat sur leur réserve ne leur laissant que de la nue-propriété et une obligation de gestion conjointe avec le survivant. La réserve doit pourtant être transmise libre de charge<sup>305</sup>. En théorie, la transmission est indolore pour les descendants communs. Ce n'est qu'une remise à plus tard. On repousse simplement la date à laquelle ils prendront pleine possession des biens leur revenant dans la succession du prédécédé. En présence d'enfants non communs, le choix pour la branche de l'usufruit est particulièrement pertinent. Il est contraignant pour les enfants s'il existe une mésentente avec eux et si le beau-parent est plus jeune ou du même âge qu'eux. Les enfants devront composer avec le conjoint pour

---

<sup>301</sup> AULAGNIER J., *Stratégies patrimoniales : optimisation des voies pour transmettre au survivant des époux*, JCP N 2011, n° 51-52, 1326.

<sup>302</sup> Calcul issu de l'article 757 C. civ.

<sup>303</sup> PETIT F., *L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 et celle du 23 juin 2006*, JCP N 2008, n° 49, 1344.

<sup>304</sup> JUBAULT C., *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 370.

<sup>305</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, n° 93-12.099 ; RTD Civ. 1995, p. 418, note PATARIN J. ; JCP G 1995, II, 22529, n° 46, note VIGNAL T.



gérer les biens. Ils risquent de ne jamais recouvrer la pleine propriété de leur vivant. Voici les raisons principales pour lesquelles le législateur a réduit les droits légaux du conjoint au quart en pleine propriété en présence d'enfant non issu de lui. L'option n'est rouverte qu'avec une donation entre époux.

**103. Le quasi-usufruit.** L'usufruitier dispose d'un quasi-usufruit sur les liquidités. Le quasi-usufruit s'applique sur des biens liquides et consommables<sup>306</sup>. Selon l'énoncé de l'article 578 du Code civil, le survivant doit en conserver la substance<sup>307</sup> puis restitue ces biens à son propre décès. La règle de la créance de restitution ne s'applique qu'aux seules liquidités dépendant de la succession. Le reste des biens supporte un usufruit classique. Cette créance ne comprend notamment pas les avoirs bancaires de type PEA qui en réalité ne sont pas des comptes liquides mais des comptes titres. Par conséquent, il n'existe pas de créance de restitution sur ces comptes. De plus en pratique, le conjoint peut engloutir les comptes par une mauvaise gestion. Le descendant n'est qu'un créancier chirographaire tributaire de la bonne gestion du survivant<sup>308</sup>.

**104. Un risque.** Voici l'exemple parfait démontrant la dangerosité de l'option pour l'usufruit conventionnel dans une famille recomposée. Le choix est rude entre perdre d'office la quotité disponible en pleine propriété des biens du patrimoine de son auteur ou autoriser son beau-parent à prendre l'usufruit en n'ayant pas la certitude d'être protégé par la créance de restitution. Allons même plus loin, il faudrait dans un premier temps étudier ce que représente la part de liquidités composant la succession mobilière de l'époux prédécédé. Plus la part des liquidités est faible, plus le risque est grand. De plus, rien n'empêche le conjoint usufruitier, de dilapider le patrimoine reçu en succession. Le droit de disposer n'est pas autorisé au conjoint sans l'accord des nus-propriétaires. Mais en pratique, si la succession n'est composée que de biens meubles, il est aisé pour le conjoint de dilapider les avoirs reçus sans que les ayants-droits du défunt ne puissent agir. Le paiement de la part leur revenant sur ces biens étant repoussée à un lendemain qui n'arrivera jamais.

---

<sup>306</sup> Biens qui se détruisent par l'usage.

<sup>307</sup> Art. 578 C. civ.

<sup>308</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 427.

L'usufruitier peut être tenu de fournir caution<sup>309</sup> aux héritiers. Le Code civil permet aux enfants de prévoir également le cas où le conjoint ne pourrait fournir caution malgré la demande des héritiers<sup>310</sup>. Néanmoins, en pratique, seules les conventions de quasi-usufruit sont utilisées pour garantir les héritiers contre une éventuelle mauvaise gestion du conjoint survivant usufruitier.

**105. Absence de retranchement.** Un régime séparatiste avec donation entre époux et choix pour l'usufruit ne constitue donc pas un avantage matrimonial. L'enfant non commun ne pourra donc pas se prévaloir de l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs de l'article 1527 du Code civil. La donation de l'usufruit par donation entre époux au conjoint n'entre donc pas dans cette catégorie<sup>311</sup>.

## **2. La pleine propriété de la quotité disponible ordinaire**

**106. Une soustraction définitive.** Le choix pour la quotité disponible en pleine propriété a l'avantage de permettre au survivant d'être seul à décider de l'avenir des biens et droits reçus par succession. Elle permet également de soustraire définitivement des biens des mains d'enfants non communs. Ces derniers n'étant pas héritiers du conjoint survivant, ils ne pourront hériter de lui. Permettre au conjoint de prendre le quart en pleine propriété au lieu d'un simple usufruit revient à priver les enfants non communs d'une part de la succession de leur parent décédé. Cette privation ne touche que la part héréditaire que l'enfant aurait eue en l'absence de libéralité<sup>312</sup>. Pour autant, s'agissant de la seule quotité disponible, la part de réserve reste intacte. Cette option est intéressante pour un conjoint face à une fratrie de moins de 3 enfants. Le législateur espère ainsi éviter une gestion démembrée

---

<sup>309</sup> Art. 601 C. civ.

<sup>310</sup> Art. 602 C. civ.

<sup>311</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 2006, Bull. civ. I, n° 48 ; Defrénois 2006, art. 38469, obs. CHAMPENOIS G. ; Dr. fam. 2006 n° 60, obs. BEIGNER B.

<sup>312</sup> Et ce, que ces libéralités soient réalisées au profit du conjoint survivant, d'un cohéritier ou d'un tiers.



devenue difficile par l'animosité intrafamiliale. Pour autant, en matière de contournement, cette option n'apporte rien de concret. Seule la quotité disponible sera impactée.

**107. Calculs.** Si le survivant est en concours avec une fratrie d'au moins trois enfants, le choix pour cette quotité dans une donation entre époux conservera son intérêt par rapport au quart légal. La masse de calcul des droits légaux du conjoint en pleine propriété est prévue à l'article 758-6 du Code civil. Elle intègre tous les biens existants à l'exception des legs et y ajoute les donations rapportables. La masse d'exercice ne sera par contre composée que des biens existants, déduction faite des legs et des parts de réserve des descendants. En présence d'une donation entre époux, la masse de calcul est élargie et comprend les legs et les libéralités non rapportables<sup>313</sup>. La donation entre époux s'imputera sur une masse d'exercice élargie, concurremment avec les legs. On pourrait améliorer les droits du conjoint en prévoyant une clause d'imputation dans la donation entre époux. Il faut se souvenir que l'ordre légal de réduction des legs n'est pas d'ordre public<sup>314</sup>. Le *de cuius* peut en décider autrement. Il peut préciser dans la libéralité faite au conjoint, qu'elle s'imputera prioritairement à tout legs sur la quotité disponible<sup>315</sup>. Il pourra toujours revenir sur sa décision par une déchéance de la clause dans un testament ultérieur ou une révocation de la donation entre époux. L'article 758-5 du Code civil pose les règles de calcul de la masse de calcul des droits en pleine propriété du conjoint survivant. Le conjoint n'étant pas héritier réservataire en présence d'enfant, il est possible qu'il soit exhérédié en tout ou partie de sa part de succession. Il passe en effet après les réservataires, les donataires, les légataires et même après les titulaires des droits de retour.

Certains auteurs préconisent de choisir la donation entre époux à transmission équivalente plutôt que les droits légaux<sup>316</sup>. Pourtant en pratique, l'inverse se produit. Le notaire déconseille l'option pour la donation entre époux face à une famille classique dont les enfants sont tous communs. On évite ainsi l'enregistrement de la donation entre époux et

---

<sup>313</sup> PETIT F., *L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 et celle du 23 juin 2006*, JCP N 2008, n° 49, 1344.

<sup>314</sup> Art. 927 C. civ.

<sup>315</sup> PETIT F., *L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 et celle du 23 juin 2006*, JCP N 2008, n° 49, 1344.

<sup>316</sup> PETIT F., *L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 et celle du 23 juin 2006*, JCP N 2008, n° 49, 1344.

le paiement du droit sur état de 125euros. Néanmoins, on doit tenir compte des compositions et recompositions des couples à l'époque dans laquelle nous vivons, ainsi que de la liberté sexuelle dont nous jouissons. Il serait utile de garder en tête qu'il est toujours possible qu'un enfant naturel dissimulé ou non désiré vienne anéantir les droits acquis par le survivant usufruitier.

### **3. Le choix pour la quotité la plus étendue**

**108. Combinaison.** Le conjoint survivant, si sa donation le lui permet, pourra opter pour la plus forte quotité admise au jour du décès du *de cuius*. Actuellement, la branche d'option la plus large de l'article 1094-1 du Code civil offre un droit d'un quart en pleine propriété et des trois autres quarts en usufruit. En la choisissant, le conjoint ajoute une part de nue-propriété à l'usufruit conventionnel, et une part des trois quarts en usufruit non offert par une vocation pour le quart en pleine propriété. Cette option permet à la fois au survivant de se maintenir dans son niveau de vie, de priver les descendants de l'usufruit de leur réserve tout en prélevant une portion du quart en pleine propriété. Cette dernière portion n'est privative que de la part héréditaire excédant la réserve. La réserve n'est atteinte que par l'application de l'usufruit. La vocation au quart, comme pour la seconde branche de l'option, ne contourne ni n'atteint la réserve. La quotité disponible ordinaire est à minima égale à la portion du quart de la succession. Nonobstant le fait que le contournement n'existe que par l'application de l'usufruit, le survivant pourra disposer d'une large autonomie financière.

**109. Calculs.** Il est nécessaire de se rappeler que des droits successoraux théoriques n'équivalent pas un calcul pratique. Trop souvent mis de côté par le notaire, opter pour l'usufruit est parfois moins bénéfique qu'opter pour le quart en pleine propriété. La masse d'exercice des droits du conjoint n'étant pas équivalente à la masse de calcul, la valorisation de l'usufruit des biens peut être inférieure à la quotité disponible, même équivalente au quart de la succession. Si la masse de calcul est majoritairement constituée de biens rapportables, les droits en pleine propriété du conjoint pourront s'appliquer sur la majorité des biens



existants. Si le survivant retient l'option un quart en pleine propriété et les trois autres quarts en usufruit, la valorisation de ses droits pourra entraîner l'attribution de la quasi-totalité des biens existants<sup>317</sup>. Toutefois, le conjoint ne pourra cumuler ses droits légaux avec des libéralités. Depuis la réforme de 2006, les libéralités faites au conjoint s'imputent sur ses droits légaux sans pouvoir dépasser la quotité disponible spéciale entre époux la plus étendue.

## **B. L'APPLICATION DE LA BRANCHE DE L'OPTION**

**110.** La donation entre époux augmente les droits du conjoint survivant au détriment des héritiers réservataires. Mais la privation n'est pas totale. La solution n'est pas idoine dans une perspective de contournement de la réserve. Elle ouvre cependant la quotité disponible spéciale entre époux. Que faire si le *de cuius* a octroyé des libéralités à la fois au conjoint survivant et à au moins une autre personne<sup>318</sup> ? Comment fonctionne cette quotité spécifique au conjoint ? Et comment la combiner avec la quotité disponible ordinaire ? (1°) Les libéralités faites au conjoint sont-elles réductibles (2°).

### **1. L'intérêt de la quotité disponible spéciale entre époux**

**111. Le fonctionnement.** Le caractère spécial de la quotité disponible entre époux est la conséquence de la spécificité de la place du conjoint dans la famille. Cette quotité de droits s'ouvre lors de la naissance de la libéralité faite au conjoint. A l'inverse, la quotité disponible ordinaire est laissée à la libre imputation de toutes les libéralités faites aux tiers, aux autres héritiers ou même au conjoint s'agissant de donations classiques. Les libéralités faites en pleine propriété au survivant s'imputent par priorité sur la quotité disponible

---

<sup>317</sup> PETIT F., *L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 et celle du 23 juin 2006*, JCP N 2008, n° 49, 1344.

<sup>318</sup> Un héritier légal ou à un tiers.

ordinaire et subsidiairement pour l'usufruit sur la réserve globale des descendants. Inversement, si la libéralité est en usufruit elle impacte prioritairement la réserve globale. La quotité disponible spéciale autorise le conjoint à imputer l'usufruit reçu sur l'ensemble de la succession y compris la part réservataire des descendants<sup>319</sup>. Les libéralités faites au profit de tiers s'imputent uniquement sur la quotité disponible ordinaire, comme pour les libéralités faites hors part à un héritier réservataire. Les libéralités s'imputeront sur la part de réserve de l'héritier puis subsidiairement sur la quotité disponible en cas de libéralités faites en avancement de part au profit d'un héritier réservataire.

**112. Le cumul.** Mais que faire des droits légaux du conjoint en présence d'une donation entre époux ouvrant la quotité disponible spéciale ? L'article 758-6 du Code civil issu de la loi du 23 juin 2006 est venu mettre fin à une ancienne controverse doctrinale en matière de quotité disponible spéciale entre époux<sup>320</sup>. Il interdit le cumul des droits légaux du conjoint avec les libéralités qu'il recueille. La quotité définie à l'article 1094-1 du Code civil est en réalité une proposition d'élargissement des droits du conjoint survivant<sup>321</sup>. Elle n'intervient qu'à l'occasion d'une libéralité. Une jurisprudence récente est venue le rappeler<sup>322</sup>. Le cumul de la quotité disponible spéciale et de la quotité disponible ordinaire en cas de gratification à la fois au conjoint et à des tiers ou aux héritiers n'est pas réaliste. Les droits des réservataires doivent être protégés mais un cumul partiel est toujours possible. L'ordre des libéralités doit être respecté. La libéralité faite à un tiers ou à un autre héritier s'imputera sur la quotité disponible ordinaire tandis les droits du conjoint survivant en usufruit s'imputeront sur la part de réserve des descendants du *de cuius*. L'atteinte à la réserve reste relative. En cas de dépassement des quotes-parts octroyées, les libéralités seront sujettes à réduction.

---

<sup>319</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1984, arrêt DREUIL, Bull. civ. I, n° 140 ; D. 1985, 133, note MORIN G. ; Defrénois 1985, 881, GRIMALDI M. ; Gaz. Pal. 1985, 2, 460, note DE LA MARNIERRE D. ; JCP N 1986, II, 2 note ARRAULT M. ; RTD Civ. 1985, p. 194 et 758, obs. PATARIN J.

<sup>320</sup> Art. 758-6 C. civ. : « Les libéralités reçues du défunt par le conjoint survivant s'imputent sur les droits de celui-ci dans la succession. Lorsque les libéralités ainsi reçues sont inférieures aux droits définis aux articles 757 et 757-1, le conjoint survivant peut en réclamer le complément, sans jamais recevoir une portion des biens supérieure à la quotité définie à l'article 1094-1 »

<sup>321</sup> Art. 1094-1 C. civ.

<sup>322</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 octobre 2017, n° 17-10.644 ; JCP N 2017, n° 49, 1333 note SAUVAGE F.



## 2. Le risque de réduction et de conversion

**113. Rapport.** Le rapport permet de rétablir une certaine égalité entre les présomptifs héritiers. La loi du 23 juin 2006 a modifié les règles sur le rapport des libéralités. Le rapport en valeur est effectué en moins prenant<sup>323</sup>. Seules les donations-partages<sup>324</sup> et les donations expressément stipulées hors part sont exemptes de tout rapport. Il permet de conserver l'égalité entre les héritiers tandis que la réunion fictive de l'article 922 protège la réserve contre des atteintes issues de libéralités. La Cour de cassation a rappelé encore récemment dans un arrêt de 2015<sup>325</sup> qu'il ne fallait pas confondre les deux procédés sous prétexte de vouloir évaluer des biens afin de protéger la réserve héréditaire.

**114. Réduction.** Les héritiers réservataires ont les moyens de se défendre face aux libéralités faites au conjoint. Ils bénéficient de l'action en réduction des libéralités excessives. La réduction peut être demandée lorsqu'une libéralité excède la quotité disponible et vient s'abattre sur la réserve d'héritiers non bénéficiaires de la libéralité. Il existe une hiérarchie dans l'ordre des réductions en fonction du type de libéralité. Les dispositions testamentaires sont par exemple toutes réduites au *marc le franc*, sans distinction de dates<sup>326</sup>. La réduction est proportionnelle et simultanée. A l'inverse, les donations bénéficient d'un traitement de faveur. Elles sont imputées avant les legs et sont réduites par ordre antéchronologique. La plus récente sera réduite en premier<sup>327</sup>. Si à l'issue des imputations des donations la quotité disponible est totalement absorbée, les legs seront réduits en intégralité. L'ordre d'imputation en matière de legs n'est pas impératif, le *de cujus* peut tout à fait en décider autrement<sup>328</sup>. Il n'en est pas de même pour les donations. C'est en tout cas ce qui ressort de la doctrine majoritaire<sup>329</sup> sur la question. Il n'existe en effet aucune disposition légale ou jurisprudentielle infirmant cette idée. La réduction n'est toutefois pas

---

<sup>323</sup> Art. 858 C. civ.

<sup>324</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1997, n° 95-13.316, Bull. civ. I, n° 252 ; D. 1997, somm. 370, obs. GRIMALDI

<sup>325</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janvier 2015, n° 13-24.921 ; LEXBASE Hebdo éd. Privée n° 602 du 19 février 2015, note CASEY J.

<sup>326</sup> Art. 926 C. civ.

<sup>327</sup> Art. 923 C. civ.

<sup>328</sup> Art. 927 C. civ.

<sup>329</sup> GRIMALDI M., *Droit civil – successions*, 6<sup>ème</sup> éd, Paris, Litec, 2001, n° 750.

automatique. Il revient individuellement à chaque réservataire de la demander. Elle leur est réservée. On retrouve les conditions similaires à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs. Sa mise en œuvre protège les descendants contre une atteinte directe à leur réserve.

**115. Droits d'exploitation.** Le droit de propriété intellectuelle est un droit particulier. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt de juillet 2015<sup>330</sup>. En l'espèce, le fils du *de cuius* issu d'un premier lit avait réclamé la réduction de l'usufruit portant sur le droit d'exploitation des œuvres d'écrivain de son auteur<sup>331</sup>. Cet usufruit trouve son origine dans une libéralité faite par le *de cuius* à son épouse survivante. La Cour de cassation a jugé que l'usufruit du droit d'exploitation issu de l'article L. 123-6 du Code de la propriété intellectuelle<sup>332</sup>, susceptible de réduction en présence de réservataires, ne l'était point en cas de donation entre époux de l'usufruit total. En privant son descendant de l'usufruit de ses droits d'exploitation, le *de cuius* organise un contournement et même une atteinte à la réserve validée par la jurisprudence.

**116. Abandon.** Si l'époux a opté pour l'usufruit aux termes de la libéralité, les descendants pourront évincer ce droit de jouissance en abandonnant la pleine propriété de la quotité disponible<sup>333</sup>. C'est un pouvoir laissé aux seuls héritiers réservataires. Mais le législateur ne distingue pas entre les enfants communs et non communs. Néanmoins, les enfants non communs sont désavantagés sur ce point. Ils doivent choisir entre accepter de perdre une partie des biens leur revenant dans la succession de leur auteur, ou abandonner la jouissance de leur réserve dans l'espoir de voir le conjoint décéder avant eux. Dans les deux cas, les descendants communs comme non communs sont privés d'une partie de leur part

---

<sup>330</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2015, n° 14-18.850 ; Dr fam, octobre 2015, n° 10, note BEIGNIER B. et NICOD M.

<sup>331</sup> BEIGNIER B. et NICOD M., *Usufruit du conjoint sur le droit d'exploitation d'une œuvre littéraire ou artistique*, Dr fam, octobre 2015, n° 10.

<sup>332</sup> L. 123-6 C. prop. intel. : « Pendant la période prévue à l'article L. 123-1, le conjoint survivant, contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps, bénéficie, quel que soit le régime matrimonial et indépendamment des droits qu'il tient des articles 756 à 757-3 et 764 à 766 du code civil sur les autres biens de la succession, de l'usufruit du droit d'exploitation dont l'auteur n'aura pas disposé. Toutefois, si l'auteur laisse des héritiers à réserve, cet usufruit est réduit au profit des héritiers, suivant les proportions et distinctions établies par l'article 913 du code civil.

*Ce droit s'éteint au cas où le conjoint contracte un nouveau mariage. »*

<sup>333</sup> Art. 917 C. civ.

héréditaire. Il s'agit soit d'une part de patrimoine, soit du droit de jouir et de percevoir les fruits.

**117. Conversion.** A l'inverse, si la libéralité a été réalisée en pleine propriété, les descendants pourront y substituer l'abandon de l'usufruit de la part qu'ils auraient dû recueillir en l'absence de conjoint survivant. Les héritiers réservataires disposent d'une faculté de conversion<sup>334</sup> lorsqu'ils ne sont pas issus de l'union avec le survivant. Un autre moyen de défense des descendants leur permettant de récupérer à terme la part réservataire qu'ils auraient reçue en l'absence de conjoint survivant. Au décès du conjoint, l'extinction de l'usufruit leur permettra d'appréhender le patrimoine successoral dans son entier. Le *de cuius* peut les en priver par une disposition testamentaire ou incluse dans la libéralité.

La Cour de cassation va même plus loin en limitant la portée du principe. La Cour Suprême indique que cette faculté ne peut être utilisée si le conjoint a reçu une libéralité avec l'option pour le quart en pleine propriété et les trois quarts en usufruit<sup>335</sup>. En effet, en permettant au conjoint d'obtenir, sans accord préalable des héritiers, l'ensemble de l'usufruit qu'ils auraient pu lui proposer comme monnaie d'échange, et en plus le quart en pleine propriété, les héritiers n'ont plus de droit à offrir au conjoint. Ce qui est intéressant dans cet arrêt c'est qu'il suffit à l'auteur de prévoir cette option dans la donation entre époux pour faire échec à l'article 1098 du Code civil. Finalement, il importe peu que le conjoint décide d'opter pour une des deux autres branches de l'option.

## **Conclusion de chapitre**

**118. Evolution.** Le conjoint, c'est la famille que l'on choisit d'avoir. Le législateur n'avait peut-être pas envisagé l'évolution sociale rapide de ces dernières années. Désormais, les familles recomposées sont légion. Les couples se forment et se défont, les enfants

---

<sup>334</sup> Art. 1098 C. civ.

<sup>335</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 décembre 1996, Bull. civ. I, p. 304 ; Defrénois, 1997, p. 817 obs. CHAMPENOIS G., RTD Civ. 1997, p. 981 obs. PATARIN J., JCP 1998, I, 133 n° 12, note LE GUIDE R. ; D. 1997, somm. 366, obs. VAREILLE B.

naissent de ces unions et il n'est plus rare de rencontrer des fratries de deux ou trois pères ou mères différents. Il ne s'agit plus tant de couples qui ont duré et qui se séparent dans l'âge, dont les membres tentent de retrouver une seconde vie avec un partenaire plus jeune. Désormais les enfants naissent au gré des unions qui se forment tout au long de la vie de leurs parents. La faveur du mariage s'éteint progressivement et avec elle la formule de la famille classique. Protéger le conjoint est devenu une des premières préoccupations familiales en France. Et l'avantager au détriment de la descendance est devenu primordial. Mais le tour d'horizon à la fois des statuts du couple, des régimes matrimoniaux, des avantages matrimoniaux et des donations entre époux fait ressortir un sentiment d'inachevé.

**119. Beau-parent.** Les outils proposés spécifiquement au conjoint et qui appellent une exploration du droit des régimes matrimoniaux et des libéralités sont modérément efficaces en matière de contournement de la réserve. Si le *de cuius* veut arriver à ses fins, il faudra penser à les combiner avec d'autres techniques. Le contournement de la réserve par ce biais reste fragile et incomplet. Le législateur a bien réglementé le statut du conjoint. Néanmoins, il n'a pas encore pris la mesure de la recomposition familiale issue des dernières décennies. Le statut du beau-parent n'a pas encore émergé. Les beaux-enfants sont encore traités comme des étrangers vis-à-vis du nouveau conjoint. Certes, qui dit recomposition familiale dit souvent souhait d'exhérédation de ces enfants, souvenirs d'un passé que le conjoint souhaite effacer ; laissant ainsi la part belle aux descendants du couple actuel. Mais la nouvelle famille et ses transformations voient aussi éclater une nouvelle vérité. Celle de beaux-parents parfois plus proches de leurs beaux-enfants que de leur propre progéniture. Actuellement il n'est possible d'octroyer de nouveaux droits à réserve que dans le cadre d'une adoption. Pourtant les faits devancent le droit. Et il est urgent de légiférer pour réglementer une situation qui n'honore pas les liens du cœur créés par l'évolution sociale. Mais si le statut du beau-parent prenait une consistance légale, un nouveau droit à réserve pourrait naître, affaiblissant un peu plus la réserve de la *famille* par le sang. La justice sociale est à double tranchant.

**120. La relative efficacité du statut du couple.** Le choix d'un statut pour le couple est fondamental dans une construction familiale. Le mariage peut servir les intérêts d'un *de*



*cujus* qui souhaite contourner la réserve de ses descendants. En effet, les droits successoraux qu'il attribue au survivant constitueront des privations pour les autres héritiers, qu'il s'agisse d'une privation de part ou de pouvoir. L'efficacité du contournement dépendra du choix du régime. L'option pour la communauté légale reste la variante la plus sûre en cas d'inégalité de patrimoines, contrairement à la séparation de biens, avec laquelle des manœuvres de contournement risqueraient la requalification. La participation aux acquêts reste moins intéressante que la communauté légale et la communauté universelle aménagée offre d'incroyables perspectives mais bordées de garde-fous. En effet, l'efficacité des avantages matrimoniaux est contrebalancée par l'action en retranchement. Néanmoins, n'étant pas automatique, le *de cuius* peut toujours espérer que ses descendants ne ruineront pas les avantages matrimoniaux qu'il a consentis s'ils n'en ont pas l'idée et s'ils sont de bonne composition. La donation entre époux reste, et depuis longtemps, une solution détournée mais efficace de transmission du patrimoine à son conjoint, solution qui n'appellera pas de contestation utile de la part des descendants. Le divorce suivi d'un nouveau mariage offre également ses avantages. Néanmoins, la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel déjudiciarisée risque de rendre inefficace l'utilisation de ce procédé. Pour finir, le PACS avec régime d'indivision est une solution d'une étendue limitée mais malgré tout efficace pour les éléments qu'elle concerne. Quoi qu'il en soit, ces instruments de contournement dépendent d'un aléa portant sur l'ordre des décès. Cet aléa rend le contournement incertain.

**121.** Concurrencer les héritiers réservataires ne signifie pas obligatoirement tout transmettre au conjoint. Il n'est pas le seul capable de faire perdre aux descendants une partie de leurs droits. La concurrence des tiers est parfois plus redoutable (**Chapitre 2**).

## **CHAPITRE 2 : LA CONCURRENCE DE TOUTE SORTE DE PERSONNES**

**122. Concurrence.** Malgré tout l'amour qu'il porte à son conjoint ou en l'absence de conjoint, le *de cuius* peut décider d'avantager une autre personne, un tiers ou même l'un de ses descendants plus que les autres. La préférence familiale existe et elle est à l'origine de nombreux partages judiciaires. Le *de cuius* qui souhaite contourner les droits à réserve de son descendant a devant lui une large panoplie d'outils de mise en concurrence. Certains n'ont d'impact que sur l'héritage alors que d'autres transforment le visage de la famille. Le *de cuius* est le fondateur de la famille qu'il dirige. Il est celui qui a ajouté un conjoint à sa vie solitaire, celui qui a créé ou adopté les enfants, celui qui a accepté la présence de ceux qu'il n'a pas mis au monde. Le fantôme du *paterfamilias* n'a pas encore de nos jours, totalement disparu. Sa parole est loi, de son vivant ou après sa mort<sup>336</sup>. Pour entériner sa volonté il doit décider. Sa décision sera sans appel s'il recueille l'accord de l'héritier (**Section 1**). Ce dernier pourra même accepter d'être lésé si telle est la volonté de son auteur. Mais le *de cuius* pourra également se passer de son consentement en lui imposant ses choix (**Section 2**).

### **SECTION 1. - AVEC L'ACCORD DE L'HERITIER**

**123.** Anticiper de son vivant ou laisser une parole pour les vivants ? Le *de cuius* doit-il attendre la mort et organiser ses dernières volontés par une série d'ordres inclus dans un testament ? Ou au contraire doit-on l'encourager à établir ses propres règles de son vivant ? Avec l'accord de ses présomptifs héritiers. L'un ne le privant pas de l'autre, il est préférable de commencer par installer les choses de son vivant. Il pourra ainsi notamment égaliser ou rendre inéquitable les droits de ses présomptifs héritiers. Et quoi de mieux qu'une forme de partage pour diriger (§1). Ces derniers sont parfois inégalitaires. Les libéralités ainsi sujettes

---

<sup>336</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 34.



à discussion sont parfois accompagnées d'une renonciation anticipée afin d'empêcher toute remise en cause ultérieure (§2).

## **§1. - LES PARTAGES**

**124. Le choix du partage.** Parfois les partages sont l'occasion de rétablir l'égalité entre les enfants. Mais égalité ne rime pas toujours avec équité. Et le *de cuius* veut parfois rétablir l'équité par des libéralités. Afin d'anticiper les désaccords entre les descendants tout en obligeant ces derniers à respecter les dernières volontés de leur auteur, le notaire encourage les couples à procéder à des partages. Cette forme de libéralité offre un immense pouvoir au *de cuius* car, « *La loi consacre la prééminence de son droit de propriété sur celui de ceux qui sont appelés à en devenir copropriétaires, et qui de copartageants se trouvent réduits à l'état de copartagés*<sup>337</sup> ». Mais la manœuvre n'est psychologiquement pas simple. Elle présuppose une volonté de se dépouiller au profit des autres. La libéralité reste un moyen sûr de contourner la réserve, quelle qu'en soit la forme. En droit français il existe deux types de libéralités-partages entre vifs. Les donations-partages classiques faisant intervenir les héritiers présomptifs (A.), et les donations-partages transgénérationnelles faisant intervenir les descendants subséquents (B.).

### **A. LES DONATIONS-PARTAGES**

**125.** Le notariat ne cesse de souligner les mérites de la donation-partage, rappelant son attrait civil et fiscal. Formidable outil de transmission et d'anticipation successorale. Elle est présentée comme un garde-fou, elle prévient les conflits, et maintient la paix des familles. Enfin, c'est ce qui ressort de l'idéologie puriste de la donation-partage. En réalité, elle n'est que la mise en application de la volonté du *de cuius* sur la répartition de son patrimoine. Son pouvoir réside dans le respect qu'elle impose aux héritiers donataires. Pour ce faire, le *de*

---

<sup>337</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. pam, mars 2007, n° 157.

*cujus* obtient leur accord sur la répartition des biens qu'il entend céder (1°). Mais il reste tenu de respecter une certaine forme d'égalité (2°).

## 1. La transmission commune

**126. Les donataires copartagés.** Digne héritière du partage d'ascendant<sup>338</sup>, la donation-partage repose sur la distribution et le partage de biens en lots entre les présomptifs héritiers du *de cuius*<sup>339</sup>. Elle intervient généralement entre tous les descendants d'un même auteur mais pas seulement. Les conditions de la donation-partage ont été profondément transformées par la réforme du 23 juin 2006. Depuis la modification de l'article 1075, la donation-partage n'est plus limitée aux seuls père et mère<sup>340</sup>. Le législateur parle indifféremment de présomptifs héritiers. Il ajoute d'ailleurs la possibilité d'inclure au partage un tiers lors de la transmission d'une entreprise ou de certains droits sociaux<sup>341</sup>. Toutefois, lorsque l'auteur donateur a des descendants, il est fondamental de les inclure dans le partage afin d'éviter toute remise en cause ultérieure de l'acte. Contourner la réserve héréditaire au moyen d'une donation-partage implique que l'acte soit efficace. Le *de cuius* doit s'assurer que cette donation remplisse les conditions obligatoires pour un maintien effectif.

**127. Allotir l'enfant non commun.** Le donateur en situation de famille recomposée peut réaliser une donation-partage conjonctive<sup>342</sup>. L'époux parent est désormais autorisé à donner à l'enfant non commun dans une donation-partage à la fois des biens propres et des biens communs<sup>343</sup>. Le conjoint n'est pas considéré comme codonateur des biens communs

---

<sup>338</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 129.

<sup>339</sup> Art. 1075 C. civ.

<sup>340</sup> Art. 1075 anc. C. civ. : « Les père et mère et autres ascendants peuvent faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens. »

<sup>341</sup> Art. 1075-2 al. 1 C. civ.

<sup>342</sup> Donation-partage conjonctive : faite en commun avec le conjoint vivant ; à ne pas confondre avec la donation-partage cumulative dans laquelle le survivant inclus à sa donation-partage des biens reçus dans la succession de son époux prédécédé, et qui viennent le plus souvent de la dissolution de leur communauté.

<sup>343</sup> Art. 1076-1 C. civ.



mais donne simplement son accord dans la donation-partage pour l'attribution de biens communs. Par cette attribution à un enfant qui ne doit pas hériter du conjoint non donateur, un déséquilibre se crée dans les attributions totales. L'enfant non commun récupère des biens communs revenant pour moitié au conjoint non donateur. On crée ainsi un contournement de la réserve. Les enfants du couple perdent alors une partie des biens communs, que leur auteur, si son époux n'avait pas eu d'enfant d'une autre union, leur aurait transmis. Le donateur qui n'a pas d'enfant d'une autre union se prive d'une partie des biens communs lui revenant en ce que ces biens communs sont attribués à un enfant qui n'est pas le sien. La réserve sera finalement contournée si le nombre d'enfants non communs allotis est supérieur au nombre d'enfants communs également allotis. Même si au jour de la donation-partage conjonctive, tous les enfants, communs ou non reçoivent en définitive un allotissement équivalent, il n'en reste pas moins qu'une partie des biens communs a été accaparée par un seul des époux pour le profit de sa propre descendance.

Mais qu'en est-il du régime des récompenses dans un tel schéma ? Il apparaît que le fonctionnement de la donation-partage conjonctive permet d'éteindre tout chef de récompense entre époux lorsque les donateurs ont inséré une clause d'extinction des récompenses<sup>344</sup>. Une réponse ministérielle<sup>345</sup> est venue éclairer la situation particulière des familles recomposées sans descendant commun. La donation-partage conjonctive en famille recomposée n'est permise qu'en présence d'au moins deux enfants communs. En effet, ce type de donation-partage conjonctive est en réalité constituée de deux actes. Le premier est une donation-partage ordinaire avec un seul donateur, le second est une donation-partage cumulative<sup>346</sup>.

**128. Principe de valorisation.** L'article 922 du Code civil dispose que seront rapportables pour leurs valeurs au jour du décès, toutes les donations simples réalisées en avancement de part successorale. Par exception, l'article 1078 du Code civil permet aux

---

<sup>344</sup> Œuvre collective sous la direction de GRIMALDI M., *Dalloz Action - Droit patrimonial de la famille*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, 411. 103.

<sup>345</sup> QE n° 12920 de CUQ H., paru au JO Assemblée nationale du 18 décembre 2007 avec réponse parue le 11 mars 2008.

<sup>346</sup> KLAA M., *Donation-partage conjonctive de biens communs et enfants de lit différents*, JCP N 2008, n° 6, 1068.

donations-partages de figer la valeur des biens à la date de l'acte. L'article 1077 du Code civil pose le principe de l'imputation des donations sur la part de réserve des héritiers présomptifs dès lors que les donataires sont les descendants immédiats du donateur<sup>347</sup>. S'agissant du contournement de la réserve, nous nous en tiendrons au schéma du donateur père de famille. L'intérêt de la libéralité réside dans la possibilité de figer la valeur de tous les biens au jour de l'acte<sup>348</sup>. Elle permet également d'éviter le rapport<sup>349</sup>. Pour ce faire, le donateur devra attribuer un lot à chacun de ses présomptifs héritiers copartagés, à l'exclusion de tout usufruit sur une somme d'argent<sup>350</sup>.

**129. Allotissement commun.** Par principe, le donateur allote l'ensemble de ses présomptifs héritiers. Mais l'absence volontaire ou non d'un des enfants ne rend pas caduque la libéralité. Elle en supprime seulement certains effets. L'enfant qui n'a pas été alloté par la donation-partage, soit parce qu'il a été exclu, soit parce qu'il a refusé d'y participer, se verra attribuer sa part de réserve avec les biens existants dans la succession au jour du décès de son auteur<sup>351</sup>. Si ces biens ne suffisent pas à le remplir de ses droits, il pourra alors demander à exercer l'action en réduction contre la donation-partage ou les donations ultérieures<sup>352</sup>. Par contre l'enfant simplement conçu au jour de l'acte pourra réclamer à la fois sa part de réserve mais également sa quote-part dans la quotité disponible. L'action en réduction ne pourra être introduite qu'après le décès du second donateur<sup>353</sup>. Le calcul de la réserve devra être réalisé en tenant compte des successions des deux donateurs ensemble et non séparément.<sup>354</sup> Or contourner la réserve en utilisant les donations-partages implique d'allotir tous les héritiers afin d'éviter tout recalcul de part et tout risque de réduction. L'action en comblement de part

---

<sup>347</sup> Sauf stipulation contraire de la part du donateur.

<sup>348</sup> Art. 1078 C. civ. : « *Nonobstant les règles applicables aux donations entre vifs, les biens donnés seront, sauf convention contraire, évalués au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve, à condition que tous les héritiers réservataires vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient reçu un lot dans le partage anticipé et l'aient expressément accepté, et qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent.* »

<sup>349</sup> PILLEBOUT F et MATHIEU M., *Donation - La réduction d'une donation-partage*, JCP N 1998, n° 30, 1161.

<sup>350</sup> Art. 1078 C. civ.

<sup>351</sup> Art. 1077-1 C. civ.

<sup>352</sup> Art. 1077-2 C. civ.

<sup>353</sup> Art. 1077-2 C. civ.

<sup>354</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Patrimoine* 2017-2018, p. 1049.



pour cause de lésion n'est pas recevable dans les libéralités-partages<sup>355</sup>. Mais l'action en réduction est permise<sup>356</sup>.

**130. Sanction.** Le partage et les attributions pourront être inégalitaires du moment que la réserve est respectée. En effet, il arrive parfois que la libéralité partage soit volontairement déséquilibrée. L'héritier qui n'aurait pas reçu sa part de réserve peut attaquer le partage sur le fondement de l'action en réduction. Il ne peut néanmoins tenter d'action en rescision pour lésion. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la Cour de cassation de novembre 2005<sup>357</sup>. Le législateur de 2006 a décidé de l'inclure parmi les dispositions légales de sa réforme<sup>358</sup>. L'action en réduction ne peut être utilisée qu'à compter du décès du disposant en raison du calcul de réserve. Elle est prescrite au bout d'un délai de cinq ans à compter dudit décès.

**131. Clause pénale.** Une fois les présomptifs héritiers allotis, le notaire poursuit la lecture de l'acte de donation-partage par l'énoncé des conditions générales et particulières. Les donations-partages contiennent quasi-systématiquement des clauses de style telles que la clause d'exclusion de communauté, le droit de retour ou l'interdiction d'aliéner et d'hypothéquer. Mais la plus intéressante dans le cadre d'un contournement de la réserve reste la clause pénale. Elle prévoit la révocation de la donation si l'un des copartageants attaque le partage. Le donateur peut ainsi garantir le comportement de ses donataires. La clause-sanction dissuade le donataire de remettre en cause le partage instauré par le donateur de son vivant. L'héritier-donataire qui contredit son auteur-donateur est privé de tout droit sur la quotité disponible et de tout droit dans la donation-partage. La clause pénale est également une clause de style des actes de ventes immobilières. Elle punit la partie qui ne remplirait pas son obligation de vendre ou d'acheter. En matière de libéralité, c'est un moyen de pression instauré par le donateur pour s'assurer du respect de sa volonté par chacun des donataires. Or, cette clause de style appréciée dans nos Etudes pose des difficultés.

---

<sup>355</sup> Art. 1075-3 C. civ.

<sup>356</sup> Art. 1077-1 C. civ.

<sup>357</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 2005, n° 02-17.708, Bull. civ. I, n° 437.

<sup>358</sup> Art. 1075-3 C. civ.

S'agissant d'un droit auquel on accepte de renoncer par anticipation, si le mauvais comportement est avéré, n'est-on pas face à un pacte sur succession future ?

La jurisprudence<sup>359</sup> a validé cette clause en justifiant qu'elle n'était que l'accessoire de l'acte principal de donation-partage, qui s'il avait été valablement formé, ne constituait pas un pacte sur succession future. La Cour a suivi l'adage « *l'accessoire suit le principal*. La Cour a ensuite précisé les limites de cette stipulation. Elle indique notamment dans un arrêt de 1989<sup>360</sup> que la clause ne pouvait être opposée au donataire qui a perdu la propriété du bien attribué, faute de titre valide de son auteur. Plus inquiétant encore pour les rédacteurs d'aujourd'hui, un arrêt récent de la Cour de cassation<sup>361</sup> remet en cause l'efficacité de la clause. Il a été jugé que la clause pénale ne peut être opposée à un donataire sauf à prouver que l'action en justice est abusive au regard des dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme<sup>362</sup>. Si la clause contrevient à des intérêts protégés par l'ordre public elle doit être réputée non écrite<sup>363</sup>. C'était encore le cas dans un autre arrêt très remarqué<sup>364</sup>, la Cour de cassation a eu à juger d'une affaire dans laquelle la défunte avait rédigé un testament contenant des clauses pénales. Elle indiquait notamment que le partage de ses biens devait être réalisé à l'amiable à peine de diminution de la part du demandeur au tribunal à la simple part réservataire. Dans une autre affaire similaire, un père avait testé en faveur de l'un de ses enfants, si et seulement si ses deux descendants ne se mettaient pas d'eux-mêmes d'accord sur un partage<sup>365</sup>. La Cour a validé la clause pénale estimant qu'elle ne contrevenait pas à la réserve mais disciplinait conventionnellement les héritiers. Dès lors, toute manœuvre ultérieure visant à contourner la réserve pourrait être

---

<sup>359</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 1979 n° 78-11.444.

<sup>360</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1989, n° 87-12.576.

<sup>361</sup> CA PARIS, arrêt COLOMBIER, pôle 3, ch. 1, 16 décembre 2015, n° 13/17078 ; JCP N 2016, n° 40, 1290 note NOURISSAT C.

<sup>362</sup> Art. 6 §1 CEDH : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.* »

<sup>363</sup> LE GUIDE R., *Successions et libéralités*, JCP N 2017, n° 11, 1134.

<sup>364</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 avril 2016, n° 15-13.312, JurisData n° 2016-006949 ; JCP N 2016, n° 18, 578 obs. NICOD M. ; Dr. fam. 2016, comm. 153, note NICOD M. ; RTD Civ. 2016 p. 424, obs. GRIMALDI M.

<sup>365</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 octobre 2016, n° 15-25.459, JurisData n° 2016-020277 ; JCP N 2017, n° 2, 1005 note NICOD M. ; Dr. fam. 2016, comm., 259, note NICOD M.



remise en cause malgré l'existence d'une clause pénale. Le donataire n'aurait pas de mal à démontrer que son action en justice est légitime.

**132. Obligation de partage.** Les donations-partages ne peuvent porter que sur des biens présents et non des biens à venir<sup>366</sup>. Le donateur procède en réalité à un partage partiel de ses biens. En pratique, cet acte n'englobe jamais l'ensemble du patrimoine du donateur. La donation porte généralement sur des sommes d'argent, des immeubles, ou encore des fonds (commerce, artisanat...). En effet, il ne peut se déposséder de tout à un instant t. Et il ne peut prévoir le moment exact de sa propre mort. Il conservera à minima des fonds, et sera redevable de dettes ménagères. Le partage lui est indispensable. Il doit être réalisé par le donateur de son vivant. Si les héritiers s'entendent, les attributions seront décidées d'un commun accord entre le donateur et les donataires. Le tirage au sort reste une solution pour les cas de mésentente familiale.

**133. Biens indivis.** La pratique notariale avait instauré depuis de nombreuses années les donations-partages de biens indivis. La démarche était bien plus fiscale que civile. Le *de cuius* ne cherche pas tant à se dépouiller de ses biens qu'à éluder l'imposition sur son patrimoine le jour où il décèdera. L'intention libérale n'est finalement qu'un prétexte à la recherche de l'optimisation. Le *de cuius* sait que ses biens reviendront tôt ou tard à ses héritiers. Et la donation-partage a le mérite de réaliser cette transmission en profitant, en amont du décès, des abattements fiscaux sur les droits de mutation à titre gratuit. Comme le rappelle à juste titre Monsieur Claude Brenner :

*« Dans la réalité des faits, la transmission est devenue l'objectif, tandis que le partage n'est plus que le moyen d'obtenir les avantages que la loi attache à l'opération. De sorte qu'en instrumentant des donations partages indivises en réponse aux attentes des clients, la pratique notariale a poussé à l'excès une évolution dessinée par le législateur »<sup>367</sup>.*

---

<sup>366</sup> Art. 1076 al. C. civ.

<sup>367</sup> BRENNER C., *Disposer en indivision par voie de donation-partage, d'un mal doit sortir un bien*, JCP N 2015, n° 30, 1140.

Mais en cas d'absence de partage, ou de partage postérieur au décès du donateur, la libéralité risque la requalification en donation simple. En effet, la Cour de cassation<sup>368</sup> l'a clairement affirmé dans ses arrêts des 6 mars 2013<sup>369</sup> et 20 novembre 2013<sup>370</sup>. Il ne peut y avoir donation-partage que si le donateur réalise un partage matériel et effectif des biens donnés. Les actes portant attribution de droits indivis ne peuvent recevoir la qualification de donation-partage<sup>371</sup>.

**134. Allotissement individuel.** Dans la ligne de cette jurisprudence, certains auteurs considèrent<sup>372</sup>, que la libéralité perdra sa qualification de partage si aucun allotissement individuel n'est constaté. Ils proposent également que le législateur crée un nouveau type d'acte translatif ayant les caractéristiques de la donation-partage (égalité, dispense de rapport, fixation définitive des valeurs), tout en permettant d'attribuer des lots non divisés. Ils proposent de modifier les articles 860 et 922 du Code civil afin d'y intégrer un nouveau pacte de famille dans lequel, sous réserve de respect des conditions d'une donation-partage (notamment sans partage), les donations seraient figées dans leurs valeurs, au jour où elles ont été consenties.

Certains auteurs ont vu dans ces arrêts un chemin vers la remise en cause des donations partages déjà réalisées<sup>373</sup>. Pour eux, il suffirait de prouver que les attributions ne sont rien d'autre que des quotes-parts indivises sans réel partage pour leur faire perdre la

---

<sup>368</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-21.892, JurisData n° 2013-003727, Bull. civ. 2013, I, n° 34 ; JCP N 2013, n° 23, 1162 note GARCON J-P. ; Dr. fam. 2013, comm. 91, obs. BEIGNIER B. ; Defrénois 2013, p. 345, obs. REYNIS B. ; LAMY, 2013/106 obs. NICOD M. ; AJ fam. 2013, p. 301, obs. VERNIERES C. ; RTD Civ. 2013, p. 424, obs. GRIMALDI ; Gaz. Pal. 15 juin 2013, p. 33 obs. LEROND S., Defrénois 2013, p. 463, SALVAGE P.

<sup>369</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-21.892, JurisData n° 2013-003727, Bull. civ. 2013, I, n° 34 ; JCP N 2013, n° 23, 1162 note GARCON J-P. ; Dr. fam. 2013, comm. 91, obs. BEIGNIER B. ; Defrénois 2013, p. 345, obs. REYNIS B. ; LAMY, 2013/106 obs. NICOD M. ; AJ fam. 2013, p. 301, obs. VERNIERES C. ; RTD Civ. 2013, p. 424, obs. GRIMALDI ; Gaz. Pal. 15 juin 2013, p. 33 obs. LEROND S.

<sup>370</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, JurisData n° 2013-026113, Bull. civ. 2013, I, n° 223 ; JCP N 2013, n° 51-52, 1296, obs. FRULEUX F. et SAUVAGE F. ; Defrénois 2013, p. 1259, note GRIMALDI M. ; JCP G 2014, 92, note sous SAUVAGE F. ; JCP G. 2014, n° 10, 288, obs. LE GUIDEC R. ; JCP N 2014, n° 1-2, 1002, note GARCON J-P. ; D. 2014, p. 1905, obs. NICOD M. ; Dr. fam. 2014, comm. 25, obs. NICOD M. ; AJ fam. 2014, p. 54, obs. VERNIERES C.

<sup>371</sup> CRIDON PARIS, n° 867269, 4 mai 2017.

<sup>372</sup> BRENNER C., *Disposer en indivision par voie de donation-partage, d'un mal doit sortir un bien*, JCP N 2015, n° 30, 1140.

<sup>373</sup> BRENNER C., *Disposer en indivision par voie de donation-partage, d'un mal doit sortir un bien*, JCP N 2015, n° 30, 1140.



qualification de donation-partage. Ce faisant, les donations-partages encourraient la qualification de donations simples, soumises à réévaluation voire à rapport. Les conséquences d'une telle requalification seraient catastrophiques pour les prévisions familiales. Il paraît évident qu'une donation-partage doit comporter au moins deux lots distincts représentant des attributions distinctes. Si chacun est attributaire de la même quote-part sur chaque bien, il n'y a pas là partage au sens du Code civil. En effet, au moment du décès, l'indivision qui est censée disparaître avec la donation-partage en réalité, continue de perdurer et perdurera jusqu'à ce que les donataires décident d'y mettre fin eux-mêmes. Le donateur ne réalise pas ainsi de partage de son vivant. La pratique notariale a maintenu la forme des partages indivis malgré le coup de semonce de la jurisprudence. Face aux clients qu'il faut conseiller tant sur le plan civil que fiscal, le choix est souvent rapide.

**135. La SCI.** Le fait de devoir organiser une séparation matérielle des lots peut conduire à l'application du régime des sociétés, et plus particulièrement des sociétés civiles immobilières. En effet, les ascendants donateurs créent une SCI et y apportent les biens immobiliers à transmettre afin d'en distribuer les parts aux enfants dans le cadre d'une donation-partage. La démarche est censée et le partage, par l'écran du droit des sociétés, permet l'attribution de droits divis. Mais cette technique, si elle respecte la jurisprudence, n'est pas pour autant avantageuse, pratiquement et fiscalement. En effet, il ne faut pas négliger le coût de constitution de la SCI, les éventuelles taxations de plus-values, la taxation de l'apport, les obligations de déclarations et de gestion de la SCI...). La donation-partage n'impose pas de formalisme suranné. L'acte authentique se suffit à lui-même. La SCI implique une organisation sociale, même allégée dans le cadre de sa forme familiale. Malgré les obligations de gestion, la SCI reste tout de même une solution envisageable pour la transmission des gros patrimoines. La souplesse de la SCI ne permettra néanmoins pas de réaliser de contournement de la réserve.

## 2. Une problématique de valeurs

**136. Incorporation.** Il peut être intéressant pour un disposant ayant déjà consenti d'autres donations, de réaliser une donation-partage avec incorporation des donations antérieures afin de figer la valeur des biens au jour de la donation-partage. Le législateur l'a expressément autorisé à l'article 1078-1 du Code civil. Le disposant donateur pourra même, toujours avec l'accord du donataire, transformer une donation hors part en donation en avancement de part successorale<sup>374</sup>. A défaut, la réunion fictive sera opérée pour chaque donation pour la valeur du ou des biens au jour du décès. L'égalité qui pouvait régner à l'époque des donations, mais qui suite à l'inflation et aux divers investissements de chacun, n'existera plus si chaque bien est réévalué au jour du décès. En cas d'inégalité entre les gratifiés, le plus avantageux aura l'obligation de compenser les différences<sup>375</sup>. Certains biens ont pu être vendus puis subrogés, les sommes d'argent ont pu être investies, les biens immobiliers ont pu perdre ou prendre de la valeur.

Or l'incorporation est à double tranchant. Elle est soumise au droit de partage fiscal de 2,5%<sup>376</sup>. Cette incorporation est donc civilement avantageuse tout en étant fiscalement très coûteuse. Quelle autre solution reste-t-il ? On pourrait alors penser à la clause de rapport forfaitaire<sup>377</sup> insérée dans un acte modificatif des donations déjà réalisées. Mais le surplus de valeur forfaitaire sera rapportable au décès du donateur. Cette solution n'est par conséquent pas confortable. Le donateur peut également faire régulariser aux donataires des renoncations anticipées à l'action en réduction croisées<sup>378</sup>. Elle<sup>379</sup> est insérée dans chaque acte modificatif à rédiger pour chacune des donations préexistantes. Il modifie également le type de donation, passant d'une donation souvent réalisée en avancement de part successorale à une donation réalisée hors part. Cette possibilité permet à la fois d'éviter le rapport tout en abandonnant toute demande de réduction. Le jeu du contournement de la

---

<sup>374</sup> Art. 1078-2 C. civ.

<sup>375</sup> Calcul de la réserve de l'article 922 du Code civil avec éventuelle réduction des libéralités excessives.

<sup>376</sup> Art. 746 CGI.

<sup>377</sup> 108<sup>ème</sup> Congrès des Notaires - MONTPELLIER, 2012, *La Transmission*.

<sup>378</sup> 108<sup>ème</sup> Congrès des Notaires - MONTPELLIER, 2012, *La Transmission*.

<sup>379</sup> Voir supra.



réserve pourrait alors aboutir. L'inconvénient majeur de ce montage est de prendre le risque de voir disparaître toute libre disposition de la quotité disponible. En effet, les donations étant prioritaires sur les éventuels legs, le donateur ne pourrait utilement devenir testateur. Le *de cuius* se priverait donc d'un autre moyen de contourner la réserve.

**137. Plus-values.** Les améliorations et détériorations fortuites sont prises en compte dans la réévaluation des biens reçus par donation simple soumise à rapport<sup>380</sup>. Par exception, la donation-partage fige la valeur des biens au jour de l'acte<sup>381</sup>. Qu'il existe ou non une plus-value sur le bien, elle ne sera pas discutable, rapportable ou modifiable par les autres héritiers. Ceci n'est valable que si tous les héritiers présomptifs ont été allotis. Les plus-values et moins-values fortuites restent appartenir au donataire<sup>382</sup>. Aucune indemnisation ou partage de la plus-value ne sera réalisé entre les donataires au jour du décès. De plus, l'obligation du partage en nature a été remplacée par le partage en valeur<sup>383</sup>. Dès lors, les donations-partages dans lesquelles le donateur attribue tous ses biens à un seul de ses enfants, et seulement des soultes aux autres sont viables. Là encore, on peut se poser la question de l'égalité réelle si le donateur savait que certains biens feraient l'objet à l'avenir d'une plus-value.

**138. Jeu de valeurs.** Si le donateur établit une donation-partage au profit de l'ensemble de ses héritiers présomptifs, qu'il les allotit tous, pour des valeurs égales ou au moins équivalentes à la part de réserve revenant à chacun sur sa succession, les valeurs seront figées au jour de l'acte, sans que les donataires ne puissent les remettre en cause<sup>384</sup>. Ce postulat admis, il convient de réaliser des attributions en apparence égalitaires, sous couvert de l'attribution commune aux autres héritiers. C'est parce qu'on partage avec tous les héritiers présomptifs et qu'en apparence ils reçoivent leur part de réserve que la vraie concurrence peut avoir lieu. Tel est le cas de l'attribution de terrains non constructibles avec modification prochaine du plan local d'urbanisme, au prix de terrains agricoles ou en nature

---

<sup>380</sup> Art. 860 C. civ.

<sup>381</sup> Art. 1078 C. civ.

<sup>382</sup> NICOD M., *Donation-Partage - Évaluation dérogatoire : la valeur réelle l'emporte sur la valeur énoncée*, JCP N 2016, n° 37, 1277.

<sup>383</sup> Partage en valeur depuis la loi du 23 juin 2006.

<sup>384</sup> Sauf à considérer que la clause pénale ne serve plus l'autorité du partage.

de jardin. Ces parcelles deviendront des terrains à bâtir avec une conséquente augmentation de valeur. Le donateur peut alors largement avantager un enfant s'il a connaissance de la plus-value future et probable des biens attribués. Toutefois, si les soultes sont payées au décès du disposant, celles-ci devront faire l'objet d'une réévaluation mais sans intérêt supplémentaire. De même, si le *de cuius* a connaissance qu'un bien risque de perdre de la valeur, il fausse l'égalité entre ses présomptifs héritiers sans que ceux-ci ne puissent invoquer la dévalorisation des biens présents dans leur lot ou la brusque plus-value des biens présents dans celui d'un autre donataire. Le contournement de la réserve serait efficace. Mais est-ce bien raisonnable ?

**139. La limite récente.** Une réponse ministérielle du 7 juin 2016<sup>385</sup> est venue indiquer qu'il n'était pas possible de faire figurer dans la donation-partage une valeur des biens différente de la valeur actuelle. L'idée était d'indiquer une valeur qui correspondait à celle du bien à une date antérieure à celle de la donation-partage. Il a également été ajouté qu'il n'était pas non plus permis d'inscrire des valeurs correspondant à des dates d'évaluation différentes pour les biens inclus dans la donation-partage. Il s'agit d'une interprétation stricte de l'article 1078 du Code civil. La Cour de cassation a d'ailleurs affirmé peu avant que pour le calcul de la réserve, on doit retenir la valeur des biens au jour de la donation-partage et on n'est pas tenu par les valeurs incluses dans l'acte<sup>386</sup> car, « *Si la fausseté des estimations est établie, par exemple à la suite d'une expertise immobilière, on devra substituer à la valeur énoncée dans l'acte notarié la valeur réelle des biens au jour de la donation-partage, tant pour établir la masse de calcul de la réserve que pour procéder aux imputations*<sup>387</sup> ».

**140. L'avis de la Chancellerie.** La Chancellerie indique qu'il est toujours possible d'évaluer les lots à une date postérieure à la donation-partage mais pas antérieure<sup>388</sup>. Quand bien même des travaux auraient été effectués par l'un des héritiers attributaires lesquels

---

<sup>385</sup> QE n° 53590 de AUTEVILLE R., paru au JO Assemblée nationale du 7 juin 2016 avec réponse parue le 23 juin 2016.

<sup>386</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 2016, n° 14-23.662 ; Gaz. Pal. 2016, n° 37 p. 40, obs. DEPRET A.

<sup>387</sup> NICOD M., *Donation-Partage - Évaluation dérogatoire : la valeur réelle l'emporte sur la valeur énoncée*, JCP N 2016, n° 37, 1277.

<sup>388</sup> QE n° 53590 de AUTEVILLE R., paru au JO Assemblée nationale du 7 juin 2016 avec réponse parue le 23 juin 2016.



viendraient changer la valeur reçue effectivement dans son patrimoine. En effet, l'héritier indiquait qu'il avait réalisé à ses frais des travaux changeant la valeur du bien. Dès lors que ses parents ne l'avaient pas dédommagé en conséquence, il se retrouvait désavantagé dans la donation-partage en recevant un bien pour lequel il avait engagé des frais et dont la valeur était identique à celle des biens reçus par ses codonataires. De plus, si les biens étaient à l'origine de valeur identique et que les travaux augmentaient la valeur du bien concerné, la donation-partage serait alors inégalitaire. La demande était légitime, mais accepter que les biens soient estimés à des dates différentes, certaines fois avant la donation, certaines fois après, c'est rompre complètement l'égalité. De plus, même si la Chancellerie indique qu'il est possible de prendre comme référence des valeurs postérieures à la date de la donation-partage, il paraît compliqué d'estimer la valeur future d'un bien qui sera soumis à une plus-value fortuite et indépendante de l'action du donateur ou du donataire. Le *de cuius* devait être informé d'une évolution probable des caractéristiques des biens donnés. Néanmoins, il est impossible de prédire avec certitude les fluctuations du marché notamment immobilier. Les différentes crises financières de ces dernières années l'ont bien rappelé. La Chancellerie ajoute également que le « *principe d'unicité de la date interdit de choisir des moments d'évaluation différents pour chacun des biens objets d'un même acte de donation-partage* »<sup>389</sup>.

**141. Valeur réelle.** Dès lors que la question de l'estimation des biens dans une donation-partage n'a réellement d'importance que pour le calcul de la réserve héréditaire, et que le calcul dépend de la valeur des biens au jour de la donation, on peut en conclure qu'en théorie, la question à l'origine de la réponse ministérielle du 7 juin 2016 n'a pas d'intérêt réel. Quelle que soit la valeur à indiquer dans l'acte c'est la valeur réelle du bien au jour de la donation-partage qui sera retenue. Dès lors, chercher à indiquer une valeur correspondant à une date antérieure n'a pas d'intérêt. En cas d'estimation erronée, volontairement ou non, le donataire lésé disposera d'un délai de 5 ans à compter du décès du donateur pour demander la réduction de la donation-partage à laquelle il a participé<sup>390</sup>. Toutefois en pratique, il n'y a

---

<sup>389</sup> QE n° 53590 de AUTEVILLE R., paru au JO Assemblée nationale du 7 juin 2016 avec réponse parue le 23 juin 2016.

<sup>390</sup> NICOD M., *Donation-Partage - Évaluation dérogatoire : la valeur réelle l'emporte sur la valeur énoncée*, JCP N 2016, n° 37, 1277.

pas de réévaluation des biens de la donation-partage par les notaires. Les valeurs sont considérées comme figées comme étant les valeurs déclarées dans l'acte. Cette jurisprudence est intéressante en cas de conflit sur la valeur réelle des biens au jour de l'acte. En pratique, il y a très peu de cas dans lesquels les valeurs ne seraient pas celles du jour de l'acte. Dès lors, la question posée reprend tout son sens. L'héritier sera alors désavantagé. Le bien qu'il reçoit dans la donation-partage est d'une valeur plus importante que celle de ses codonataires. L'héritier qui a participé aux travaux du bien qui lui est ensuite attribué, sans compensation est susceptible d'être concerné par une action en réduction. Financièrement, si les travaux ne lui ont pas été remboursés par ses parents, l'héritier est perdant. Cette jurisprudence récente<sup>391</sup>, accompagnée de celle concernant les clauses pénales<sup>392</sup>, mettent un coup d'arrêt très net sur l'utilisation des donations-partages à des fins de contournement de la réserve héréditaire.

**142.** Les ascendants peuvent aussi choisir d'avantager les jeunes générations en lieu et place de leurs propres enfants. La réforme du 23 juin 2006 leur a ainsi ouvert la porte des donations-partages transgénérationnelles (**B.**).

## **B. LES DONATIONS-PARTAGES TRANSGENERATIONNELLES**

**143.** Le législateur a laissé la porte ouverte aux partages transgénérationnels, par acte entre vifs ou à cause de mort<sup>393</sup>. Ils font partie des grandes innovations introduites par la loi du 23 juin 2006. La donation-partage transgénérationnelle est née d'un besoin, le besoin pour des grands parents d'allotir de manière égale leurs petits-enfants d'une vingtaine ou trentaine d'année se lançant dans la vie active. Leurs propres parents âgés d'une cinquantaine ou soixantaine d'années, la plupart du temps la stabilité familiale et financière déjà acquise, n'ont plus besoin du coup de pouce financier d'une donation car, « *En effet, alors qu'au*

---

<sup>391</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 2016, n° 14-23.662 ; Gaz. Pal. 2016, n° 37 p. 40 obs. DEPRET A.

<sup>392</sup> CA PARIS, arrêt COLOMBIER, pôle 3, ch. 1, 16 décembre 2015, n° 13/17078 ; JCP N 2016, n° 40, 1290 note NOURISSAT C.

<sup>393</sup> Art. 1075-1 C. civ.



*XVIIIème siècle, on héritait à 14 ans en moyenne, aujourd'hui, l'âge moyen auquel on reçoit la succession de son auteur se situe à 50 ans<sup>394</sup> ».*

## **1. La transmission aux petits-enfants**

**144. Une question de génération.** Avant la réforme de 2006, les ascendants ne pouvaient gratifier leurs petits enfants que par l'intermédiaire de donations simples, non rapportables et imputables sur la quotité disponible. Avantager ses petits-enfants rimait alors avec privation de testament utile. Le but ultime de la gestion des ascendants a toujours été la transmission du patrimoine aux générations suivantes. L'allongement de la durée de vie et la volonté de transmettre poussent les ascendants à réaliser préférentiellement des transmissions au profit de la génération qui va seulement s'installer dans la vie par rapport à celle des enfants, généralement en fin de carrière professionnelle ou en retraite. L'article 1078-4 du Code civil consacre cette possibilité. Cette libéralité permet à son auteur d'allotir ses petits-enfants avec l'accord de ses enfants par l'intermédiaire d'un pacte de famille. C'est la naissance de la succession contractuelle. Les enfants du donateur sont relégués au second plan et leur réserve n'est plus finalement que théorique. Ils acceptent le contournement de leur réserve au profit de leur propre descendance. Acte d'amour filial ou pure abnégation, les enfants laissent ainsi échapper une partie des biens qui devaient leur revenir au décès de leur auteur. Toutefois, si l'objectif des ascendants est de conserver les biens dans la famille plus que de donner de quoi s'installer, il serait intéressant de se tourner vers les libéralités graduelles ou résiduelles.

**145. Réserve de souche.** La donation-partage transgénérationnelle repose sur la notion de réserve de souche<sup>395</sup>, comme dans le cas d'un enfant prédécédé. Notion moderne

---

<sup>394</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 14.

<sup>395</sup> Art. 1078-6 C. civ.

consacrée par la doctrine<sup>396</sup>, qui transparait dans les donations graduelles et résiduelles comme dans ce type de donation-partage<sup>397</sup>. Elle repose sur l'idée que la réserve est concentrée au niveau de l'enfant intermédiaire qui n'est pas le donataire final de la libéralité<sup>398</sup>. Il ne perçoit pas la donation pour son propre compte. Il laisse ses propres enfants être allotis en ses lieu et place, leur auteur et donc la souche de laquelle sont issus les donataires. L'enfant intermédiaire renonce ainsi aux biens lui revenant en tant que présomptif héritier. Il renonce ainsi à recevoir les biens qui auraient dû faire partie de sa réserve et qui ont été transmis directement à la génération suivante. Le contournement se fait avec l'autorisation du réservataire lésé.

**146. Règle d'imputation.** Lorsque la donation-partage porte sur plusieurs générations, la réserve des présomptifs héritiers risque l'atteinte. Afin d'y remédier il faut d'abord s'intéresser à la génération des enfants, la génération des intermédiaires. Tout ce qui leur est attribué, ou qui est attribué à leurs enfants avec leur accord s'impute en priorité sur la part de réserve de chacun des intermédiaires<sup>399</sup>. Le surplus sera imputé sur la quotité disponible dans la limite de cette dernière. Dans un second temps, il faudra vérifier si tous les enfants de l'enfant intermédiaire ont été allotis, c'est à dire un allotissement par souche complet. Si la réponse est positive et qu'il n'y a aucune donation d'usufruit de somme d'argent dans la donation-partage faite par le grand-parent donateur, les biens reçus par les petits enfants seront considérés civilement comme ayant été attribués par donation-partage de leur auteur direct, l'enfant intermédiaire<sup>400</sup>. Il est également possible de réaliser une donation-partage semi-transgénérationnelle. Elle inclut l'allotissement des petits enfants de certaines souches avec l'allotissement direct des enfants intermédiaires dont les propres enfants n'interviennent pas<sup>401</sup>.

**147. Allotissement incomplet.** Il est possible de réaliser une donation-partage transgénérationnelle sans allotir tous les petits enfants. Si une souche n'a pas été allotie, le

---

<sup>396</sup> SAUVAGE F., *Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006*, JCP N 2008, n° 29, 1248.

<sup>397</sup> RANDOUX N., *La réserve de souche : une notion en devenir ?* LAMY 2013, act., p. 104.

<sup>398</sup> LUZU F. et LE GALL N., *Transmettre sur plusieurs générations*, LAMY 2012, p. 95.

<sup>399</sup> 1078-8 C. civ.

<sup>400</sup> 1078-8 C. civ.

<sup>401</sup> Art. 1078-6 C. civ.



descendant omis pourra intenter l'action en réduction contre la donation-partage<sup>402</sup>. L'allotissement réalisé aux petits enfants par l'intermédiaire des enfants ne doit pas obligatoirement concerner tous les petits enfants mais doit concerner toutes les souches<sup>403</sup>. On cherche à obtenir de cette transmission transgénérationnelle tous les bienfaits d'une donation-partage classique, avec notamment la fixation des valeurs et l'absence de rapport. Pour ce faire, il est impératif que toutes les souches soient alloties comme dans une donation-partage classique<sup>404</sup>. Cet allotissement est nécessaire pour attribuer un minimum égal à la réserve à chacune des souches. La part reçue sera alors répartie dans la souche entre les enfants de l'enfant intermédiaire. Cette répartition n'a pas besoin d'être égalitaire même si elle est recommandée.

**148. Rapport et réduction.** Au décès du *de cuius* donateur, les biens sont évalués au jour de la donation-partage si toutes les souches ont été alloties<sup>405</sup>. On retrouve les conditions quasi identiques des donations-partages classiques. Par contre, en cas d'omission d'une souche ou si chaque enfant intermédiaire n'a pas reçu sa réserve, la réduction est encourue<sup>406</sup>. Les biens donnés aux petits-enfants seront réévalués au moment du décès de l'auteur de la donation-partage transgénérationnelle. La donation-partage transgénérationnelle sera rapportable dans la succession de l'enfant intermédiaire<sup>407</sup> sauf à démontrer que chaque enfant y a participé et a été indirectement alloti de sa réserve<sup>408</sup>. Si l'un des petits enfants a été omis volontairement ou non dans la donation-partage, les règles de rapport, de réduction et de réévaluation seront applicables à la succession de l'enfant intermédiaire<sup>409</sup>. Cette réduction devra se faire uniquement par souche, l'enfant intermédiaire pour le compte de ses propres enfants<sup>410</sup>. La règle punit finalement l'enfant intermédiaire pour le compte de sa descendance. Il sera redevable lui-même sur son patrimoine propre de l'éventuelle indemnité

---

<sup>402</sup> Art. 1077-1 C. civ.

Et Art. 1077-2 C. civ.

<sup>403</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 195.

<sup>404</sup> Art. 1078-8 al. 3 C. civ.

<sup>405</sup> Art. 1078-9 al. 3 C. civ.

<sup>406</sup> Art. 1078-8 al. 4 C. civ.

<sup>407</sup> Art. 1078-9 al. 2 C. civ.

<sup>408</sup> Art. 1078-9 al. 3 C. civ.

<sup>409</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 196.

<sup>410</sup> Art. 1078-8 al. 4 C. civ.

de réduction. Et ce, alors même qu'il n'est pas le destinataire des biens concernés, qu'il n'appréhendera jamais<sup>411</sup>. Les règles étant finalement similaires à celles de la donation-partage classique, l'innovation de la transgénérationnelle en matière de contournement réside dans l'abdication réalisée par l'enfant intermédiaire.

## **2. L'accord des enfants sur leur réserve**

**149. Accord des enfants.** Comme nous l'avons vu, ce type de libéralité intègre la participation à la fois de tout ou partie des enfants et des petits-enfants. La donation-partage transgénérationnelle prive finalement l'enfant intermédiaire de sa part de réserve au profit de sa propre descendance. La réserve est octroyée mais sous la forme d'un allotissement subséquent. Comment réaliser une telle manœuvre ? Il suffit de faire intervenir l'enfant intermédiaire, présomptif héritier, à l'acte afin qu'il accepte l'allotissement de sa propre descendance<sup>412</sup>. Il consent ainsi à la donation et abdique sa propre réserve. Pour cela, il faut qu'elle renferme à minima la valeur totale de la réserve qu'il doit recevoir au décès de son propre auteur. Les petits-enfants, eux, en tant que donataires interviennent également à l'acte pour accepter les biens qu'on leur attribue. Par cette acceptation, le parent laisse son enfant recevoir sa part dans la donation en son lieu et place. C'est une nouvelle forme de pacte sur succession future autorisée par la réforme du 23 juin 2006<sup>413</sup>. Le contournement de la réserve ainsi réalisé est d'une efficacité redoutable.

**150. Incorporations.** Les incorporations de biens déjà donnés par l'auteur sont possibles, comme dans une donation-partage classique. A un détail près, l'incorporation peut concerner des biens reçus par l'enfant intermédiaire. Les biens incorporés passent alors des mains de l'enfant intermédiaire à celles de sa propre descendance. Dans cette hypothèse,

---

<sup>411</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 196.

<sup>412</sup> Art. 1078-5 al. 2 C. civ.

<sup>413</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 193.



l'enfant du donateur abandonne, en plus des biens constituant sa réserve, des biens reçus par lui directement du donateur à l'occasion d'autres donations. Les petits-enfants pourront donc se faire attribuer un bien donné à leur auteur. L'enfant, de génération intermédiaire se trouve privé du bien qu'il avait reçu antérieurement et dont il a parfois pu jouir pendant de nombreuses années. Cette forme de donation-partage est une renonciation *in favorem* dans toute sa splendeur. Toutefois cette incorporation doit se faire avec son accord. L'enfant de génération intermédiaire devra renoncer dans l'acte à toute action contre le donateur mais seulement en ce qui concerne ses propres enfants. Selon certains praticiens, « *la liberté offerte au disposant et à sa famille de décider ensemble des modalités de la transmission porte en effet atteinte au principe même de la réserve et est d'ailleurs susceptible de porter un coup à la paix des familles, raison d'être de la réserve héréditaire* »<sup>414</sup>.

**151. Pour aller plus loin.** Certains auteurs considèrent que la donation-partage transgénérationnelle cumulative est possible<sup>415</sup>. On intégrerait alors des biens successoraux aux biens donnés. Dans cette hypothèse, les biens issus de la succession devraient être attribués aux enfants et non aux petits enfants, tandis que les biens issus du grand-parent survivant pourraient être attribués aux petits enfants. Cette conception n'a pas encore été soumise à l'appréciation des juges du fond. D'autres techniques existent pour transmettre aux petits enfants. La donation-partage transgénérationnelle peut prendre la forme d'une donation avec attribution en nue-propriété au petit enfant avec réserve d'usufruit au profit du donateur ou de l'enfant intermédiaire. L'idée est d'idéalement attribuer les démembrements pour chaque parent/enfant, sans se retrouver avec des démembrements oncle/neveu. Pour ce faire, il faut attribuer un ou plusieurs biens par souche, c'est-à-dire par enfant intermédiaire en usufruit, et la nue-propriété aux descendants de cet enfant. Cette technique a l'avantage de réserver un pouvoir de contrôle par le parent intermédiaire sur la gestion de ses propres enfants. Elle permet aussi d'alléger la taxation fiscale notamment pour les petits enfants qui recevront la pleine propriété au décès de leur parent. Cette technique permet également à l'enfant intermédiaire de pouvoir jouir des revenus du ou des biens sa vie durant. Le petit enfant n'étant plein propriétaire qu'au décès de son propre parent, il aura

---

<sup>414</sup> CENAC P. et PEYROUX C., *La mort de la réserve héréditaire*, JCP N 2011, n° 9, 1092.

<sup>415</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 690.

le temps d'apprendre à gérer convenablement les biens reçus. C'est une condition sécurisante pour le donateur qui n'assistera pas à la dilapidation de son héritage par des petits enfants encore instables financièrement.

Néanmoins cette technique a aussi l'inconvénient de faire peser cette donation sur la quotité disponible de la succession de l'ascendant donateur. Celui-ci se prive alors de tout autre allotissement au profit d'une tierce personne. En effet, la donation-partage transgénérationnelle, en ce qu'elle porte sur une attribution de parts de réserve des enfants pour eux-mêmes ou leurs propres enfants, laisse libre la quotité disponible. L'intérêt des donations partages qu'elles soient classiques ou transgénérationnelles est d'agir sur la réserve des gratifiés. Le donateur conserve alors tout pouvoir de disposition testamentaire. En cela, la création de la loi de 2006 est particulièrement utile.

**152.** Il faut avoir conscience que la donation-partage transgénérationnelle est pour l'enfant souche, une privation de réserve à laquelle il a droit sur la succession de son auteur. Il s'agit pour lui d'une renonciation, une abdication de ses droits au profit de sa propre progéniture. Certains auteurs préconisent d'ailleurs de régulariser une renonciation anticipée concomitamment à la signature de la donation-partage transgénérationnelle<sup>416</sup> (§2.).

## **§2. - LES RENONCIATIONS ANTICIPEES**

**153.** L'innovation majeure issue de la réforme du 23 juin 2006 concerne l'hyperflexion de l'interdiction des pactes sur succession future. Après la donation-partage transgénérationnelle, le droit des successions se dote d'une nouveauté qui a fait couler beaucoup d'encre. Codifiée à l'article 929<sup>417</sup> du Code civil, la renonciation anticipée à

---

<sup>416</sup> SAGAUT J-F., *La donation-partage transgénérationnelle*, JCP N 2006, n° 17, 1321.

<sup>417</sup> Art. 929 C. civ. : « *Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter. La renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement. Elle peut également ne viser que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé. L'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à hériter ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier.* »



l'action en réduction apparait pour moderniser les relations familiales (A.). Formidable outil de contournement de la réserve, il est suivi de près par sa cousine, la renonciation à l'action en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs (B.).

## **A. LA RENONCIATION ANTICIPEE A L'ACTION EN REDUCTION**

**154.** Ce nouveau pacte de famille permet de régler en amont des situations complexes avant qu'elles ne deviennent conflictuelles. Outil d'anticipation qui permet au parent d'envisager la mort plus sereinement, la RAAR permet entre autres de contourner l'intangibilité de la réserve héréditaire (1°). Toutefois, le législateur a borné les cas parmi lesquels, cette renonciation est permise. La validité de l'acte de renonciation est largement conditionnée (2°).

### **1. La renonciation à la part de réserve ?**

**155. Une renonciation spéciale.** La renonciation anticipée à l'action en réduction est une nouvelle opportunité pour le *de cujus* de contourner la réserve héréditaire. Elle ne prive pas le descendant de sa qualité d'héritier réservataire. La RAAR n'équivaut pas non plus à une renonciation à la réserve de la part de l'héritier présomptif<sup>418</sup>. Elle n'entraîne pas non plus la renonciation à la succession du *de cujus*<sup>419</sup>. La renonciation à succession peut être considérée comme une donation indirecte dès lors que l'intention libérale est prouvée<sup>420</sup>. Ce n'est pas le cas de la RAAR. L'article 930-1 du Code civil précise que la renonciation à

---

<sup>418</sup> BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, *fascicule 50 : Successions – réserve héréditaire, quotité disponible, réduction des libéralités excessives, renonciation anticipée à l'action en réduction*.

<sup>419</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 201.

<sup>420</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961 ; D. 1962. p. 657, note BOULANGER F. ; JCP 1963, II, 12973, note VOIRIN P.

l'action en réduction, ne constitue pas une libéralité. Elle correspond à la renonciation par l'héritier présomptif non pas de sa part héréditaire mais bien de la réduction de la libéralité excessive. Il s'agit seulement de renoncer à un droit d'agir, un droit légal, permettant à un tiers d'augmenter ses propres droits<sup>421</sup>.

**156. La renonciation du *de cujus*.** Dans le cas où le *de cujus* a lui-même accepté une renonciation anticipée. Se sachant en fin de vie, il cherche à diminuer les droits qu'il percevra dans la succession de son propre auteur encore en vie. Il diminue ainsi les droits que ses propres héritiers percevront. On peut comparer son action à une organisation volontaire d'insolvabilité. La RAAR prendra effet vis-à-vis des descendants de l'enfant prédécédé, indigne ou renonçant qui a effectué une RAAR. La renonciation sera opposable à toute la souche<sup>422</sup>. Grâce à la représentation, ils bénéficieront de la part réservataire de leur auteur, de ses droits mais devront également supporter les engagements qu'il a pris de son vivant<sup>423</sup>. Pour que la RAAR fonctionne, il faudra bien évidemment que le présomptif réservataire devienne réservataire effectif ou que sa souche soit représentée par ses descendants. Il faudra également que la succession s'ouvre et que les libéralités ne soient pas rendues caduques par des évènements extérieurs<sup>424</sup>. Bien entendu, s'il s'avère au jour du décès que la ou les libéralités concernées par la renonciation ne portent pas atteinte à la réserve du renonçant, la RAAR sera sans effet<sup>425</sup>. Le contournement est conditionné à la viabilité des libéralités.

**157. La RAAR, une question de psychologie ?** On peut se demander dans quel dessein un réservataire présomptif accepterait-il de renoncer par anticipation à une atteinte qu'il sait exister sur sa réserve. Et ainsi se priver de ce qu'il sait devoir lui revenir au décès de son auteur ? La philanthropie et les bonnes âmes ne sont pas caractéristiques de l'époque moderne et individualiste actuelle. Une époque où la notion de famille n'a jamais été entendue dans un sens aussi restreint qu'aujourd'hui. Une époque dans laquelle la notion

---

<sup>421</sup> Sur la théorie générale de la renonciation à un droit : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, Bull. civ. I, n° 120 ; JCP G 1998, II, 10148, note PIEDELIEVRE S. ; Defrénois 1998, p. 749, obs. AUBERT S.

<sup>422</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 202.

<sup>423</sup> Art. 930-5 C. civ.

<sup>424</sup> Exemple : conditions de forme non respectées.

<sup>425</sup> Art. 930-2 C. civ.



« *d'en vouloir toujours plus* » fait légion. Il s'agit de plus d'un engagement quasi irréversible. Alors même qu'on ne connaît pas à l'avance la consistance du patrimoine du défunt à son décès. En vérité, la plupart du temps, le présomptif héritier renonce à la demande de son auteur. Mais dans cette hypothèse, « *Quelle est réellement la liberté de l'enfant quand il s'agit de protéger son autre parent ou son frère ? Selon son âge, son discernement est variable et l'horizon lointain du décès de son parent, associé au but apparent légitime qui est poursuivi, peut le conduire à renoncer à sa part de réserve héréditaire. Un enfant peut ainsi se voir privé de son héritage et en priver également ses enfants* »<sup>426</sup>. La fin de l'utilisation systématique de la notion de réserve globale est liée à « *L'objectif du législateur [...] de favoriser le consensus familial. Mieux, il admet que la concordance de vues de certains et non de tous puisse engendrer des effets, créant de la sorte une personnalisation de la réserve qui renforce la tendance actuelle de son caractère individuel* »<sup>427</sup>.

Certains auteurs<sup>428</sup> ont vu négativement l'apparition de ce pacte sur succession future autorisé. Un pacte coupable « *de donner le pouvoir à un tyran domestique de déshériter un réservataire influençable ou vulnérable* »<sup>429</sup>. Rares sont les cas dans lesquels cette renonciation n'est pas initiée par l'ascendant dont la succession future est concernée. Néanmoins, si le *de cuius* insiste auprès de son enfant unique ou de l'ensemble de ses descendants afin d'établir des actes de renonciations peu avant son décès annoncé, il peut contourner la réserve. S'il a en tête la liste des libéralités qu'il a établies, il y aura indirectement renonciation à la quasi-totalité de la réserve. Cela peut se transformer en pratique en renonciation à succession dès lors que la succession a été vidée au moyen de libéralités que l'héritier a renoncé à contester et à réduire. L'héritier réservataire n'aura plus de recours pour obtenir une part de la succession du *de cuius*.

**158. Et l'ordre public ?** La RAAR modifie énormément notre compréhension du droit successoral. Elle fait désormais partie des exemples de pactes sur succession future

---

<sup>426</sup> LEPROVAUX J., *Que reste-t-il de la réserve héréditaire ?* PA 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 53.

<sup>427</sup> VINCENDEAU I., *La réserve héréditaire au bon vouloir du défunt ?* JCP N 1<sup>er</sup> août 2014, hors-série, p. 50

<sup>428</sup> CATALA P., *La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple*, Dr. fam. 2006, étude 43.

<sup>429</sup> SAUVAGE F., *Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006*, JCP N 2008, n° 29, 1248.

autorisés. Mais il ne s'agit pas seulement de cela. La réserve est d'ordre public absolu<sup>430</sup>. Cela signifie qu'il n'est pas possible d'y déroger. Or, avec la RAAR, c'est l'héritier qui accepte de renoncer potentiellement à une part de sa réserve. Où est l'ordre public dans ce cas ? L'ordre public absolu implique pour un mineur que sa majorité arrivera le jour de son 18<sup>ème</sup> anniversaire. Par convention, un enfant ne peut imposer à son parent et inversement d'être majeur à 20 ans. Dès lors, effectuer une RAAR ne reviendrait-il pas à renoncer potentiellement à tout ou partie de ce droit absolu à la réserve ? Dès lors, est-ce admettre que la réserve héréditaire n'est plus d'ordre public absolu mais relatif dans certains cas très spécifiques ? Est-ce que si nous répondons par l'affirmative, cela reviendra à terme à passer complètement d'un ordre public absolu à un ordre public relatif en la matière ? C'est possible mais la question reste ouverte.

**159. Les règles liquidatives.** Il existe un débat en doctrine sur les conséquences liquidatives de la RAAR<sup>431</sup>. La libéralité objet de la renonciation est-elle soumise au rapport ? Le rapport rétablit l'égalité entre les héritiers. Il permet l'imputation prioritaire sur la part de réserve des descendants. Il apparaît certain qu'accepter le rapport serait contraire à l'efficacité de la RAAR<sup>432</sup>. Mais les règles liquidatives ne sont pas définies clairement par le législateur. Certains auteurs optent pour une renonciation à demander le versement de l'indemnité de réduction<sup>433</sup>. C'est la méthode dite de l'imputation. Ils s'appuient notamment sur l'article 930-2 du Code civil. La libéralité s'imputera sur la seule quotité disponible jusqu'à son épuisement, puis subsidiairement sur la réserve du renonçant. Lorsque la réserve du renonçant est épuisée, l'excès est réductible. Les autres<sup>434</sup> y voient une renonciation à la demande de réduction. Dans cette hypothèse, le secteur d'imputation ne sera pas modifié.

---

<sup>430</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 1977 ; Bull. civ. I, n° 100 ; RTD Civ 1978, p. 173 obs. SAVATIER R.

<sup>431</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 214.

<sup>432</sup> BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, *fascicule 50 : Successions – réserve héréditaire, quotité disponible, réduction des libéralités excessives, renonciation anticipée à l'action en réduction*.

<sup>433</sup> FORGEARD M.-C., CRÔNE R., GELOT B., *Le nouveau droit des successions et des libéralités, Loi du 23 juin 2006, Commentaire & Formules*, Paris, Defrénois, 2007, p. 155.

<sup>434</sup> BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, *fascicule 50 : Successions – réserve héréditaire, quotité disponible, réduction des libéralités excessives, renonciation anticipée à l'action en réduction*.



L'héritier ne fera que perdre le bénéfice de la réduction et de l'indemnité correspondante<sup>435</sup>. Il n'y a donc pas d'imputation subsidiaire sur sa propre réserve. La question n'a pas été tranchée en jurisprudence même si la méthode de la réduction paraît la plus plausible.

## 2. La renonciation conditionnée

**160. Conditions tenant aux parties.** La renonciation anticipée à l'action en réduction fait intervenir plusieurs acteurs. Il y a le renonçant, le bénéficiaire qui n'a pas besoin d'accepter, et le *de cuius*. La renonciation doit être faite par un présomptif héritier réservataire. Elle doit se faire au profit d'une ou plusieurs personnes prédéterminées<sup>436</sup>. Même si les bénéficiaires des renonciations ne sont pas nommés dans l'acte, ils doivent pouvoir être déterminables sans ambiguïté<sup>437</sup>. La RAAR doit préciser les libéralités concernées par la renonciation du présomptif héritier. Il ne peut s'agir d'une renonciation générale, laissant le *de cuius* libre d'user de son pouvoir de disposition. Il doit s'agir d'une renonciation franche et non conditionnée à une action du *de cuius*. Il est important de rappeler que le *de cuius* doit accepter la renonciation. Cette dernière est validée par la rencontre des volontés<sup>438</sup>. Le délai de prescription de l'action en réduction est dorénavant fixé à 5 ans à compter de l'ouverture de la succession aux termes de l'article 921 du Code civil. En cas de méconnaissance du décès, le délai passe à 2 ans à compter du jour ou l'héritier a eu connaissance de l'atteinte à ses droits sans pouvoir dépasser un délai maximum de 10 ans.

**161. Conditions tenant à l'acte.** La renonciation tacite était admise en jurisprudence<sup>439</sup>. Désormais, elle doit intervenir dans un acte authentique reçu par deux

---

<sup>435</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 226.

<sup>436</sup> Art. 929 C. civ.

<sup>437</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 204.

<sup>438</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 205.

<sup>439</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1975, n° 73-14.300, Bull. civ. I, n° 311.

notaires<sup>440</sup>. La consistance du patrimoine du *de cuius* n'a pas à être établie au jour de la renonciation anticipée. L'héritier présomptif doit néanmoins être informé des conséquences de son acte<sup>441</sup>. Mais il n'est pas nécessaire de connaître en détail l'étendue du patrimoine actuel du *de cuius*<sup>442</sup>. Le formalisme imposé par la présence de deux notaires dont l'un est désigné par la Chambre départementale ou interdépartementale pourrait rassurer<sup>443</sup>. La renonciation peut concerner une atteinte partielle ou totale de la réserve ou une libéralité déterminée<sup>444</sup>. De plus le formalisme de cet acte particulier ne s'arrête pas là<sup>445</sup>. Il est également nécessaire que chaque héritier renonçant signe *seul* en la présence des deux notaires<sup>446</sup>. La renonciation n'est pas commune, elle reste individuelle à chaque héritier. Les renonciations peuvent avoir lieu simultanément dans des actes séparés ou au cours d'une période donnée. Le critère du temps n'a pas d'importance dès lors que ces renonciations ont été faites du vivant du renonçant par anticipation<sup>447</sup>. La solennité pousse à la prise de conscience. Cet acte étant considéré comme si grave que des précautions exceptionnelles ont été prévues par le législateur. L'acte ne doit mentionner aucune contrepartie. La renonciation doit être purement volontaire, sans bénéfice d'aucune sorte pour l'héritier présomptif<sup>448</sup>. La RAAR n'est pas monnayable. La révocation de la RAAR n'est accordée qu'en de rares cas repris à 930-3 du Code civil.

**162. Une exhéredation ?** La RAAR est censée s'appliquer à tout type de libéralité, entre vifs ou à cause de mort. Il faut alors s'interroger sur une possible RAAR concernant une disposition contenue dans un testament rédigé par le *de cuius*. Serait-il possible de faire renoncer l'héritier présomptif au legs universel consenti par son auteur dans un testament, alors même que le testament n'a pas encore pris effet. Le testateur pourrait alors prévoir un

---

<sup>440</sup> Art. 930 al. 1 C. civ.

<sup>441</sup> Art. 930 al. 1 C. civ.

<sup>442</sup> CRIDON PARIS, n° 860962, 15 novembre 2016.

<sup>443</sup> JUBAULT C., *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 357.

<sup>444</sup> BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, *fascicule 50 : Successions – réserve héréditaire, quotité disponible, réduction des libéralités excessives, renonciation anticipée à l'action en réduction*.

<sup>445</sup> Art. 930 al. 1 C. civ.

<sup>446</sup> Rapport parlementaire Doc. ASSEMBLEE NATIONALE n° 3122 p. 51.

<sup>447</sup> BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, *fascicule 50 : Successions – réserve héréditaire, quotité disponible, réduction des libéralités excessives, renonciation anticipée à l'action en réduction*.

<sup>448</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 210.



legs universel au profit d'un tiers, de son conjoint ou de son second enfant et exhériterait ainsi totalement son enfant renonçant-anticipant. Même si la RAAR n'équivaut pas à une renonciation à réserve en théorie, en pratique, admettre cette possibilité reviendrait à autoriser un héritier à renoncer totalement à sa réserve héréditaire. Il suffirait alors que l'ascendant oblige ou arrive à convaincre son descendant de procéder à la RAAR. Cette renonciation « *laisse désormais admettre l'élaboration de véritables pactes de famille, elle ouvre aussi la voie à de redoutables jeux de pressions, non seulement de façon immédiate en donnant une prise patrimoniale à l'autorité du de cuius sur ses descendants, mais aussi entre ceux-ci, qu'ils soient ou non de même degré*<sup>449</sup> »

De plus, même s'il ne s'agit pas d'un testament mais bien d'une donation recouvrant la majorité du patrimoine contre laquelle l'héritier a renoncé à agir, celui-ci ne récupèrera que peu d'actif en pratique mais sera toujours tenu au passif successoral. Dès lors, même si la RAAR ne crée pas forcément d'exhérédation totale d'office, l'héritier serait sûrement enclin dans une telle hypothèse à renoncer à la succession afin d'éviter d'accepter une succession déficitaire<sup>450</sup>. La RAAR servirait alors de coup de pouce au *de cuius* pour obliger ses héritiers réservataires à renoncer à sa succession. Si on ajoute à cela un testament avec institution d'un légataire universel, les enfants se retrouveront en pratique dépouillés de leur propre fait. Ce contournement aussi ingénieux que machiavélique est probable en présence de descendants fragiles ou vulnérables. Le *de cuius* n'aura pas de mal à les convaincre. Les conditions de fond et de forme sont très protectrices de l'héritier lors de la conclusion d'un tel engagement et la théorie des vices du consentement n'est pas exclue. Mais il paraît difficile de protéger un héritier psychologiquement vulnérable de l'ascendance de son auteur. Il en sera de même pour la renonciation anticipée à l'action en retranchement (**B.**).

---

<sup>449</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. Pam, mars 2007, n° 157.

<sup>450</sup> BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, *fascicule 50 : Successions – réserve héréditaire, quotité disponible, réduction des libéralités excessives, renonciation anticipée à l'action en réduction*.

## **B. LA RENONCIATION ANTICIPEE A L'ACTION EN RETRANCHEMENT**

**163.** L'alinéa 3 de l'article 1527 du Code civil permet d'envisager une renonciation anticipée spécifique aux avantages matrimoniaux<sup>451</sup>. Il est vrai que cette renonciation ressemble à sa sœur la RAAR, à laquelle elle est régulièrement comparée. Néanmoins la réforme du 23 juin 2006 a mis au monde des fausses jumelles. Si la renonciation à l'action en retranchement permet également de contourner le droit à réserve (1°), son effet n'est que temporaire (2°).

### **1. Renonciation différente de la RAAR ?**

**164. Principe.** Comme nous l'avons vu, les époux peuvent se consentir des avantages matrimoniaux au cours de leur union<sup>452</sup>. Les enfants non communs peuvent demander la réduction des avantages matrimoniaux excessifs si l'époux parent décède en premier. Le troisième alinéa de l'article 1527 autorise les descendants à renoncer à leur revendication contre les avantages excessifs octroyés au conjoint survivant. Cette renonciation n'est pas constitutive d'une libéralité<sup>453</sup>. La bonne entente familiale est souvent nécessaire, tout du moins en apparence. La renonciation anticipée à l'action en retranchement « *tend à favoriser des pactes de famille permettant au conjoint survivant de rester en possession des biens du défunt jusqu'à son décès, les enfants signataires du pacte ne renonçant pas à leurs droits réservataires, mais acceptant d'y prétendre plus tardivement*<sup>454</sup> ». Même si cette renonciation

---

<sup>451</sup> Art. 1527 C. civ. al. 3 : « Toutefois, ces derniers peuvent, dans les formes prévues aux articles 929 à 930-1, renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant. Dans ce cas, ils bénéficient de plein droit du privilège sur les meubles prévus au 3° de l'article 2374 et peuvent demander, nonobstant toute stipulation contraire, qu'il soit dressé inventaire des meubles ainsi qu'état des immeubles. »

<sup>452</sup> Voir infra.

<sup>453</sup> MATHIEU M. et COLLARD F., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, fascicule 350 : Successions – action en retranchement - renonciation anticipée.

<sup>454</sup> JO Sénat 10 mai 2006., Rapp. n° 343 DE RICHEMONT H.



ne trouve qu'un faible écho en pratique, elle reste un moyen de contournement temporaire de la réserve héréditaire. Elle « *permet au conjoint survivant de jouir sa vie durant des bénéfices de l'avantage matrimonial sans pour autant écarter définitivement les enfants renonçant de leur droit à réserve*<sup>455</sup> ».

**165. Conditions.** La renonciation à l'action est individuelle et propre à chaque héritier réservataire concerné. Le législateur renvoie les descendants aux conditions de la renonciation anticipée à l'action en réduction. On notera le recours aux deux notaires, l'acte solennel et l'absence de contrepartie, caractéristiques de la validité de la RAAR<sup>456</sup>. Le législateur renvoie aux articles 929 à 930-1 du Code civil sur la renonciation anticipée à l'action en réduction pour l'application du formalisme de l'acte<sup>457</sup>. Néanmoins, cette renonciation est réservée aux enfants non communs, titulaires de l'action en retranchement. Elle diffère ici de sa fausse jumelle, la RAAR. Le caractère excessif de l'avantage matrimonial doit être avéré, tout comme l'excès de libéralité. La renonciation est généralement faite avant l'ouverture de la succession de l'auteur<sup>458</sup>. Le *de cujus* l'accepte, conformément aux conditions contenues dans le Code civil pour la RAAR. Toutefois, au décès de l'auteur parent, les descendants peuvent consentir une renonciation dès lors qu'ils ont pleine conscience de leurs actes<sup>459</sup>. La renonciation peut également être matérialisée par une absence d'action de la part des enfants non communs après le décès de leur auteur. Le temps s'écoulant, la renonciation devient tacite. Le réservataire qui n'agit pas dans le délai de prescription de 5 ans réalise en réalité une renonciation tacite.

---

<sup>455</sup> HOAREAU O. et VAN STEENLANDT P., *La renonciation anticipée à l'action en retranchement*, JCP N 2008, n° 50, 1357.

<sup>456</sup> Voir infra.

<sup>457</sup> Art. 1527 al. 3 C. civ.

<sup>458</sup> MATHIEU M. et COLLARD F., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, *fascicule 350 : Successions – action en retranchement - renonciation anticipée*.

<sup>459</sup> MATHIEU M. et COLLARD F., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, *fascicule 350 : Successions – action en retranchement - renonciation anticipée*.

## 2. Une renonciation temporaire

**166. L'attente du second décès.** Dans les textes, cette renonciation n'est pas comparable à la RAAR. En effet, la RAAR permet à un héritier réservataire de renoncer définitivement à demander la réduction de libéralités prédéfinies au profit d'un bénéficiaire. Or la renonciation prévue à l'article 1527 alinéa 3 du Code civil n'est en réalité, qu'une renonciation à agir de suite. Selon la lettre du texte, c'est une renonciation provisoire. Il s'agit pour l'héritier d'accepter d'attendre le second décès pour demander la réduction. La renonciation de l'article 1527 alinéa 3 n'est qu'un accord pour un différé d'exercice de ladite action. Au lieu d'agir contre les avantages matrimoniaux excessifs suite au décès de leur auteur, les réservataires acceptent d'attendre le décès du survivant pour réclamer le retranchement. Ils ne cessent pas d'être héritiers et n'abandonnent pas non plus définitivement toute action contre le conjoint survivant. L'action est simplement différée. L'attente du second décès est aussi un moyen pour les héritiers de connaître avec exactitude l'ampleur pratique des avantages matrimoniaux consentis par leur auteur.

**167. Une renonciation potentiellement définitive ?** Cette renonciation n'est pas anodine. Elle présuppose que l'héritier prend le risque de décéder avant le conjoint, perdant ainsi sa capacité à recouvrer sa réserve de son vivant. Néanmoins, rien ne semble s'opposer à une renonciation définitive<sup>460</sup>. Certains auteurs<sup>461</sup> proposent, de rendre volontairement définitive la renonciation à l'action en retranchement. Il suffirait dans cette hypothèse de respecter toutes les conditions des articles 929 à 930-5 du Code civil sur la RAAR. Ils supposent que la RAAR est permise par le législateur pour les avantages matrimoniaux. La renonciation à l'action en retranchement ne serait en fait qu'une opportunité de renoncer temporairement à ce droit sans pour autant se priver du pouvoir d'y renoncer définitivement<sup>462</sup>. La RAAR serait alors une option offerte aux héritiers afin de renoncer

---

<sup>460</sup> MATHIEU M. et COLLARD F., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, *fascicule 350 : Successions – action en retranchement - renonciation anticipée*.

<sup>461</sup> MATHIEU M. et COLLARD F., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, *fascicule 350 : Successions – action en retranchement - renonciation anticipée*.

<sup>462</sup> HOAREAU O. et VAN STEENLANDT P., *La renonciation anticipée à l'action en retranchement*, JCP N 2008, n° 50, 1357.



définitivement à l'action en retranchement<sup>463</sup>. La combinaison de la RAAR classique et de sa version matrimoniale amplifierait sans nul doute le phénomène de contournement de la réserve.

**168. Se garantir.** Le législateur accorde des privilèges à l'héritier pour garantir son droit au retranchement. Sans précaution, l'héritier réservataire risque la dilapidation du patrimoine par le survivant. Il ne pourra recouvrer son indemnité de retranchement sur des biens qui auront disparus au second décès. L'héritier dispose dans un premier temps d'un droit de faire établir l'inventaire des meubles de la succession. Le survivant devra également faire état des immeubles, si l'héritier en fait la demande<sup>464</sup>. Mais cette disposition n'est pas suffisante. Le législateur de 2006 a donc prévu une passerelle permettant à l'héritier d'utiliser le droit des sûretés déjà existant. Il indique à l'alinéa 3 de l'article 1527 du Code civil que l'héritier dispose notamment du privilège de copartageant de l'article 2374 3° du Code civil sur les meubles. Or ce renvoi au privilège de copartageant n'est pas clair. Le législateur a entendu grever les biens meubles alors qu'il renvoie au régime du privilège sur les immeubles. Il existe un débat sur la désignation du privilège, et notamment sur son caractère mobilier ou immobilier<sup>465</sup>. Aucune modification législative n'est intervenue depuis pour abonder dans un sens ou dans un autre. De plus, aucune disposition n'indique avec exactitude la valeur de la créance à inscrire lors de la prise du privilège<sup>466</sup>. Là encore, le législateur se contente de renvois à des dispositions déjà existantes sans prendre le temps de créer un régime spécifique à sa nouvelle création. En pratique, la rareté du mécanisme couplée à la rareté des prises des garanties de privilège de copartageant laissent peu de place à la mise en œuvre par l'héritier de sa garantie. C'est également certainement la raison pour laquelle, cette anomalie textuelle perdure depuis plus de 10 ans.

---

<sup>463</sup> HOAREAU O. et VAN STEENLANDT P., *La renonciation anticipée à l'action en retranchement*, JCP N 2008, n° 50, 1357.

<sup>464</sup> HOAREAU O. et VAN STEENLANDT P., *La renonciation anticipée à l'action en retranchement*, JCP N 2008, n° 50, 1357.

<sup>465</sup> HOAREAU O. et VAN STEENLANDT P., *La renonciation anticipée à l'action en retranchement*, JCP N 2008, n° 50, 1357.

<sup>466</sup> MATHIEU M. et COLLARD F., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, *fascicule 350 : Successions – action en retranchement - renonciation anticipée*.

**169.** Les héritiers sont parfois malmenés par la mise en concurrence avec les tiers. Leur accord est acquis grâce à la persuasion du *de cuius*. Que ce soit pour avantager un conjoint, un cohéritier ou même un enfant, l'héritier laisse le *de cuius* contourner les règles fondamentales applicables à sa réserve et se retrouve privé, parfois définitivement des droits qui auraient dû lui revenir. Mais le *de cuius* dispose d'autres atouts. Il peut créer la concurrence sans recueillir l'accord de son descendant (**Section 2.**)

## **SECTION 2. - SANS L'ACCORD DE L'HERITIER**

**170.** Le *de cuius* ne peut contrevenir aux règles qui vont régir sa succession. Mais il peut néanmoins modifier la dévolution par la création de nouveaux héritiers. En mettant en concurrence le réservataire, le *de cuius* contourne les droits initialement dévolus à ses descendants. Afin d'éclipser partiellement la réserve des héritiers, le *de cuius* crée une concurrence dévolutive. Cette concurrence peut prendre plusieurs formes : un testament, ou la création de légataires (§1.), ou d'un ajout direct de membres à sa famille, grâce à l'adoption (§2.).

### **§1. - LE LEGS**

**171.** Appréhender la mort n'est pas aisé. Mais finalement, « *Est-il bien raisonnable de s'inquiéter des affaires d'un jour qu'on ne verra pas ? Est-il sensé de régler une cérémonie de funérailles auxquelles on assistera pas, de s'occuper du sort des biens qu'on ne possédera plus ?* <sup>467</sup> ». Tester est un défi tant psychologique que patrimonial. Le *de cuius* laisse des proches, de la famille, des amis, un conjoint. Il teste pour se survivre à lui-même. Il teste pour vaincre la mort<sup>468</sup>. Il ordonne une conduite et laisse des souvenirs. Et coucher sa volonté sur une feuille de papier revient à laisser après lui, de sacro-saints

---

<sup>467</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 28.

<sup>468</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 22.



commandements. A travers le choix de la forme de testament, le *de cuius* décide de transmettre simplement son patrimoine (A.), ou de le partager entre ses héritiers et légataires (B.).

## A. LE TESTAMENT CLASSIQUE

**172. *Instrumentum*.** On ne saurait trop rappeler que le testament est le support de la volonté des morts. Il est l'*instrumentum* par lequel le défunt organise sa succession pour le temps où il ne sera plus. Un legs<sup>469</sup> n'est valable que s'il est issu d'un testament rédigé en respectant les formes prescrites au type choisi<sup>470</sup>. Il s'agit d'un acte solennel et unilatéral. Le testament sert à la fois à gérer le patrimoine du futur *de cuius*, en répartissant, privant ou octroyant les biens après son décès. Mais il sert aussi à déclarer un certain nombre de dispositions extrapatrimoniales qui auront l'impact d'un vœu. Le testament est librement révocable jusqu'au décès du disposant. Ses dispositions deviennent caduques lorsque le décès du légataire arrive prématurément, sans qu'une substitution ne soit prévue. C'est aussi le cas des ventes ou destructions des biens ou droits légués, par la rédaction d'un nouveau testament contrevenant au premier, ou par la destruction de *l'instrumentum*. Tout comme *l'animus donandi* doit être au cœur des donations, *l'animus testandi*, c'est-à-dire que la volonté de tester doit l'être également. Il est le support du contournement de la réserve.

### 1. La création d'héritier

**173. Commandements du défunt.** Le testament est souvent source de sentiments antagonistes car, « *s'il est une consolation et une faveur pour tout homme qui songe à sa mort prochaine, le testament est aussi un véritable joug pour les survivants. Une fois son*

---

<sup>469</sup> Libéralité à cause de mort contenue dans un testament.

<sup>470</sup> Testament olographe, authentique ou mystique.

*auteur décédé, le testament a force de loi : il s'impose unilatéralement aux héritiers, sans leur consentement, et ceux-ci doivent s'y plier bon gré mal gré*<sup>471</sup> ». Les dispositions testamentaires constituent des commandements laissés par le défunt. Elles reçoivent exécution autant que la loi le permet, car elles sont soumises à l'acceptation des légataires. Le défunt se pose en ordonnateur de son patrimoine. Le testament est en théorie le support de ses derniers mots, de ses dernières pensées. En pratique, les testaments sont rarement rédigés sur le lit de mort du *de cuius*. Mais ils transmettent la vision du défunt, sa vision de l'après. Le *de cuius* crée ainsi sa propre loi. Il peut y glisser une certaine forme d'éviction des réservataires. Il y dirige la famille tel un *paterfamilias*.

**174. *Paterfamilias*.** Dans la conception originelle du *paterfamilias*, son pouvoir et son ascendant sur les membres de sa famille, impliquent le respect quasi incontestable de ses dernières volontés. Il est le chef de famille, le chef d'Etat dont le gouvernement se compose des membres du foyer. Son autorité n'est pas contestée et ses dernières volontés doivent l'être également. Quelles que soient les dispositions contenues dans son testament, la famille doit les accepter. Aujourd'hui, la notion de *paterfamilias* n'est plus qu'un lointain souvenir. Les époux sont égaux. L'autorité quasi absolue à la fois patrimoniale et paternelle sur les enfants a disparu. Ces derniers n'hésitent plus à contredire leurs parents, à couper les ponts avec eux, ou à intenter des procès à leurs aînés. Les ascendants ne sont plus considérés comme des sources de savoir, mais bien comme des obstacles à leur propre individualisme. Les parents, de leur côté, ne souhaitent parfois plus partager leur patrimoine à l'ensemble de leurs descendants. Des préférences s'affirment et avec elles, la promesse d'une récompense successorale. Certains héritiers ont la faveur du *de cuius* et entendent de sa bouche ces paroles rassurantes :

*« Prends-en outre tous ces biens que je pourrais donner à un étranger, je préfère concentrer mes libéralités sur ta tête que de les disperser en dehors de ma famille ; tes frères ne peuvent pas se plaindre puisque je leur laisse la part que la loi me fait un devoir de leur conserver dans ma succession*<sup>472</sup> ».

---

<sup>471</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 22.

<sup>472</sup> DIFFRE C-L., *DROIT CIVIL – De la portion des biens disponibles et de la réserve*, Thèse, Université de TOULOUSE, 1847, p. 29.



**175. Instituer c'est exclure.** Du point de vue du *de cuius*, le testament est salvateur car il permet d'exprimer une forme d'ordonnance après décès ; mais, « *du point de vue des survivants du testateur, le visage du testament est ici nettement moins aimable et moins humain : tous les désirs et caprices du défunt sont gravés dans le marbre. Le testateur peut préparer à ses héritiers des mauvaises surprises, dont il aura ri à l'avance en rédigeant son testament. Les héritiers peuvent ainsi voir leur échapper la maison familiale, léguée par vengeance à une association de bienfaisance : le défunt passe pour une noble âme, dévouée au service des nécessiteux, alors qu'il pulvérise la mémoire familiale*<sup>473</sup> ». Léguer c'est exhériter, et instituer c'est exclure. Cette maxime, en partie erronée en théorie<sup>474</sup>, est valide en pratique. Désigner d'autres héritiers par testament ne prive pas les premiers de leur titre à condition qu'ils soient réservataires. Les héritiers non réservataires, sont quant à eux, évincés de la succession à la faveur d'un legs universel. Dès lors, les mots couchés sur un testament par le *de cuius* n'ont plus l'impact psychologique qu'ils avaient auparavant sur une descendance plus indisciplinée. Le respect dû au mort s'en est allé avec le pouvoir et la crainte qu'il inspirait. Mais le disposant qui décide d'avantager l'un de ses enfants ou son conjoint au détriment des autres est toujours en mesure de le faire, car « *Enfin la liberté de tester serait un remède si peu équitable, une sanction si injuste de l'autorité paternelle, qu'elle méconnaîtrait le droit naturel* »<sup>475</sup>. La création de légataires prive l'héritier légal d'une part de ses droits héréditaires. S'agissant d'héritiers réservataires, l'exhérédation reste limitée à la part excédant la réserve.

**176. L'exhérédation.** L'exhérédation testamentaire est la faculté laissée au disposant de priver un héritier de tout ou partie de la quote-part de biens lui revenant. L'exhérédation n'est pas à proprement parler interdite elle n'est simplement pas nommée dans le Code civil. L'exhérédation n'est pas translatrice de droits, elle n'est que négative<sup>476</sup>. Un très ancien arrêt de la Chambre des Requêtes du 20 juillet 1943 avait validé un testament par lequel le disposant avait déclaré exhériter toute sa famille. Aucun legs n'était clairement identifié, mais il s'agissait bien là d'une exhérédation. L'Etat a hérité à la place des membres de la

---

<sup>473</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 23.

<sup>474</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 169.

<sup>475</sup> DE RIVERIEULX R., *Réserve héréditaire en droit français, ses origines, son caractère, sa justification*, Thèse, Université de RENNES, 1903, p. 189.

<sup>476</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 142.

famille du testateur. Le testament a été considéré comme valable<sup>477</sup>. Dans certains cas, l'exhérédation peut être conditionnelle. Il arrive en effet que le testament mentionne que l'héritier sera dépossédé de tout ou partie de ses droits s'il n'exécute pas le testament. S'agissant d'un héritier réservataire, la privation totale n'est plus permise depuis l'époque de la Rome antique. Elle était alors autorisée dans certaines situations bien définies rappelant les valeurs de l'honneur et de la loyauté familiale<sup>478</sup>. Ces exceptions étaient limitées car, « *L'exhérédation est un acte punitif. Le testateur dépouille son héritier parce qu'il lui reproche certains comportements, qu'il estime fautifs : un manque de respect, des oppositions, des négligences... Le testateur se fait ainsi juge de son héritier. Cette exhérédation pour faute de l'héritier est traditionnelle et intemporelle : tant qu'il y aura des conflits dans les familles, il y aura de telles exhérédations*<sup>479</sup> ». Désormais, il ne s'agit plus d'une réduction de droits, mais d'une limitation à la seule réserve.

Pour exhériter, nul besoin de léguer. La simple mention du refus par le *de cuius* de laisser une part de son patrimoine à celui qui porte le désaveu suffit. Le fait de désigner un bénéficiaire pour l'attribution de la quotité disponible correspond à l'exhérédation partielle des héritiers réservataires. Les héritiers non réservataires peuvent à l'inverse être exhérités en totalité. Instituer un légataire dans le seul but de déshériter, en totalité ou en partie, est valable<sup>480</sup>. La volonté d'exhériter n'est pas exclusive de l'intention libérale<sup>481</sup>. L'exhérédation punitive en est la forme la plus courante. Elle peut émaner de la seule intention du disposant ou être la conséquence d'un parti pris dont le libre arbitre a été corrompu par les autres membres de la fratrie car, « *il est assez fréquent que des héritiers soient à l'origine de l'exhérédation d'un des leurs : soit qu'ils invoquent, après la mort du de cuius, un cas d'indignité contre lui ou contestent sa filiation ; soit qu'ils manigent, du*

---

<sup>477</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4, 2<sup>ème</sup> volume, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 324.

<sup>478</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4, 2<sup>ème</sup> volume, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 325.

<sup>479</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 159.

<sup>480</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, Bull. civ. I, n° 200 ; Defrénois 2010, art. 39053-1, note LIBCHABER R. ; RTD Civ. 2010, p. 162, obs. GRIMALDI. M.

<sup>481</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 153.



*vivant du de cuius, avec son accord ou en abusant de sa faiblesse, un petit complot familial visant à l'écartier de la succession*<sup>482</sup> ».

**177. Clause pénale.** Le fait pour un testateur d'inclure une clause pénale dans le legs fait à un tiers équivaut à constituer un legs sous condition résolutoire. Cette clause pénale ne s'applique que sur la quote-part de biens dont il peut librement disposer. Il ne peut attribuer ou confirmer l'attribution de la part réservataire à l'héritier correspondant avec comme sanction d'un mauvais comportement, une clause pénale<sup>483</sup>. L'héritier dispose de sa réserve libre de charge. Le *de cuius* ne peut en disposer lui-même. Il ne peut attribuer de sa main ce que la loi attribue elle-même. De même la clause pénale ne peut empêcher un héritier de contester la validité du testament. Elle ne permet pas non plus de contraindre le bénéficiaire sur son comportement par une clause illicite ou immorale.

## **2. La perte des biens de famille**

**178. Réserve en nature.** Jusqu'à la mise en application de la loi du 23 juin 2006, la réserve héréditaire est transmise en nature. Cette obligation d'attribution implique la réduction en nature de toute libéralité dépassant la quotité disponible. Les bénéficiaires de ces libéralités devaient rendre les biens reçus. La sécurité juridique des tiers détenteurs ou créanciers n'est donc pas optimale. Avec la réserve en nature, chaque héritier réservataire perçoit à égalité de droits une part comprenant les mêmes biens que son cohéritier<sup>484</sup>. Cette obligation découle de l'un des fondements de la réserve : la transmission des biens familiaux à la génération subséquente. Dans cette mesure, « *la réduction en nature permet ainsi de conserver l'identité matérielle de la succession*<sup>485</sup> ». Les descendants recueillent à coup sûr les biens laissés par le *de cuius*. Néanmoins avec la transformation des patrimoines durant

---

<sup>482</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 147.

<sup>483</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4, 2ème volume, 5ème éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 327.

<sup>484</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 443.

<sup>485</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 443.

ces dernières décennies, le maintien de la réserve en nature provoque le morcellement des patrimoines et les ventes systématiques. Les enfants sont face à un choix cornélien. Soit ils décident de se maintenir ensemble dans l'indivision, souvent inconfortable, soit ils se résignent à vendre la maison familiale pour partager le prix de vente correspondant. L'esprit de transmission des biens dans la famille n'est donc pas respecté, faute de pouvoir scinder suffisamment de biens de même nature. Même si la réserve en nature devenait très difficile d'application, elle respectait les principes originels de création de la réserve héréditaire.

**179. Réserve en valeur.** La loi du 23 juin 2006<sup>486</sup>, a ouvert la voie à la réserve en valeur<sup>487</sup>. La fin de la réserve en nature signifie bien plus que la modification d'un simple mode d'attribution. Elle rend au *de cuius* la majeure partie de son pouvoir de disposition. Les héritiers réservataires ne perçoivent plus systématiquement un patrimoine familial proprement dit mais parfois une indemnité. L'article 924-1 du Code civil laisse la possibilité d'opter pour un règlement en nature<sup>488</sup> sous conditions. Si le gratifié est insolvable, la réduction pourra exceptionnellement être demandée en nature<sup>489</sup>. Recevoir une réserve en valeur signifie perdre les biens de famille lorsqu'il existe un testament au profit d'un légataire universel. Toutefois même si accepter la réserve en valeur c'est permettre au *de cuius* de priver l'héritier des biens de famille, il ne les prive pas pour autant de l'indemnité liquide qu'ils reçoivent en contrepartie. Et parfois, l'argent liquide c'est finalement tout ce qui compte pour ces héritiers. MERMET disait : « *L'héritier va pleurant le mort – pour la vieillie coutume ensuivie, mais si le mort retournerait vivre, l'héritier pleurerait plus fort*<sup>490</sup> ». Là où les ascendants investissaient dans la pierre et les parcelles rurales, entretenant et capitalisant dans l'immobilier, les nouveaux héritiers sont des consommateurs. Les investissements sont différents, la préférence pour les capitaux mobiliers et placements d'assurance ne fait que s'accroître. Le foncier perd du terrain. Dans cette perspective, les descendants privilégient l'argent liquide ou biens liquidables aisément<sup>491</sup>. L'avènement de

---

<sup>486</sup> Art. 924 al. 1 C. civ.

<sup>487</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 446.

<sup>488</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 369.

<sup>489</sup> Art. 924-4 C. civ.

<sup>490</sup> MERMET C., *Annales poétiques ou Almanach des muses*, 1779.

<sup>491</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 448.

la réserve en valeur ouvre des possibilités nouvelles au contournement de la réserve héréditaire.

**180. Pars bonorum ?** La réserve a toujours été perçue depuis l'avènement du Code civil comme *pars hereditatis*. Elle attache la qualité d'héritier à l'octroi d'une part de la succession comme continuateur du défunt. Mais l'ancienne distinction *pars hereditatis / pars bonorum* n'est pas pour autant éteinte. La baisse de la part d'immobilier dans les successions et l'augmentation des avoirs financiers transforment beaucoup de successions *classiques* en successions liquides. L'apparition de la réserve en valeur ajoute une entorse au principe d'intangibilité de la réserve. Est-elle devenue une créance ?<sup>492</sup> Une *pars bonorum* ? En pratique l'héritier réservataire, tient-il désormais plus la place d'un créancier contre la succession que celle d'un héritier emportant une portion physique des biens ? La réserve en valeur le laissant pour seul attributaire d'une compensation financière. L'héritier devient-il seulement créancier d'une somme d'argent ? C'est peu probable. Même si la réserve tend à se rapprocher de la conception romaine de la *pars bonorum*, elle conserve une certaine forme de *pars hereditatis*<sup>493</sup>. Le faible nombre de successions testamentaires en présence de descendants suffit à s'en convaincre. Il existe plusieurs tempéraments à l'affirmation de la réserve-créance. Dans le cas contraire, le cantonnement par libération de la réserve, la faculté de conversion ou le droit de suite deviendraient désuets<sup>494</sup>. Si la réserve était devenue complètement *pars bonorum*, l'héritier ne serait plus tenu d'accepter la succession en réglant les dettes. En tant que simple créancier, il recueillerait sa part nette, au plus égale, au montant de sa créance-réserve.

**181. Passif.** Dans cette idée de transmission et de continuation de la personne du *de cuius*, la question de la prise en charge du patrimoine de manière honorable par les descendants se pose. On peut voir à travers certains actes d'administration ou de disposition une certaine symbolique du paiement du passif successoral<sup>495</sup>. Aujourd'hui cette idée de

---

<sup>492</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 369.

<sup>493</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 370.

<sup>494</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 373.

<sup>495</sup> LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ. 2016, p. 729.

respect et de continuation en toutes circonstances même lorsque la succession est déficitaire est en train de disparaître. On assiste à une augmentation du nombre de successions à visée uniquement patrimoniale<sup>496</sup>. Les successions déficitaires sont laissées aux bons soins du service des domaines de l'Etat. Les légataires universels et à titre universels seront tenus comme les héritiers, au passif successoral ; à l'inverse du légataire à titre particulier. Malgré le changement de nature de l'indemnité de réduction, le réservataire reste tenu au passif. Dès lors, on peut supposer que la succession reste *pars hereditatis*<sup>497</sup>.

**182. Les biens et souvenirs de famille.** Avec l'avènement de la réserve en valeur le *de cuius* peut priver ses héritiers réservataires des biens constituant son patrimoine grâce au legs universel. Il peut instituer un légataire comme son seul héritier *aux biens familiaux*. Ledit légataire n'est alors tenu, s'il accepte la libéralité, que d'un dédommagement des descendants pour la privation matérielle des biens constituant leur part de réserve. Dès lors, le légataire universel n'a pas besoin d'attendre une délivrance de legs de la part des héritiers réservataires pour prendre possession des biens de la succession. Il en est plein propriétaire et peut en disposer à titre onéreux ou à titre gratuit. Le légataire peut être choisi parmi les réservataires comme les tiers. Il appréhendera toute la succession aux biens à la place de ses cohéritiers et ne sera tenu qu'au versement d'une indemnité de réduction. Le réservataire évincé devient créancier d'une somme d'argent mais n'est plus héritier *aux biens* du défunt<sup>498</sup>. En cas de legs à titre universel ou à titre particulier, l'héritier peut encore espérer compléter sa part de biens existants et non d'une simple indemnité<sup>499</sup>. Le *de cuius* contourne ainsi la réserve en privant ses descendants des biens de famille.

**183. Indemnité de réduction.** Cette indemnité est semblable à un dédommagement dû au réservataire pour avoir été privé desdits biens de famille<sup>500</sup>. « *Droit en valeur, le droit à réserve est désincarné, déraciné. L'argent n'est pas le ciment d'une famille, l'argent n'est*

---

<sup>496</sup> LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ. 2016, p. 729.

<sup>497</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 371.

<sup>498</sup> BLACK-DAP M., *la virtualité de la réserve héréditaire en présence d'un légataire universel*, JCP N 2017, n° 24, 1207.

<sup>499</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 372.

<sup>500</sup> Art. 924 C. civ.



*pas le lieu des souvenirs. L'argent, en somme, n'a pas de valeur sentimentale*<sup>501</sup>», mais il est tout ce qui reste du *de cuius* pour ses descendants. Le paiement de la créance correspond à la valeur monétaire de la part de réserve et « *L'indemnité est en fait un prix : tout se passe comme si le gratifié achetait le bien reçu du défunt aux héritiers réservataires*<sup>502</sup> ». Le légataire absorbe gratuitement toute la libéralité à lui faite en tant qu'elle s'impute sur la quotité disponible. Il paye la part de réserve aux descendants comme le prix de vente forcée d'un bien de famille. Néanmoins, ne s'agissant nullement d'une expropriation, la valeur de l'indemnité est calculée en fonction de la valeur réelle des biens. Le dédommagement n'est fait que concurremment à la part de réserve amputée, si et seulement si, l'héritier réclame individuellement le paiement de l'indemnité. En théorie, le versement n'est pas automatique. L'héritier réservataire aura tout intérêt à chiffrer rapidement le montant de sa créance afin de se la faire payer.

Cette constatation a poussé la Cour de cassation à la réflexion dans un arrêt rendu au cours de l'année 2016<sup>503</sup>. Elle précise qu'il n'existe en réalité aucune indivision au décès du *de cuius* entre le légataire des biens de famille et les réservataires<sup>504</sup>. Les descendants ne sont donc pas en mesure de réclamer le partage des biens. En l'absence d'indivision, il n'est pas permis aux héritiers réservataires de bloquer la transmission d'une partie des biens ou d'empêcher leur vente afin de garantir le paiement de l'indemnité. Ils demeurent tributaires du versement volontaire du légataire. L'article 924-3 alinéa 3 du Code civil<sup>505</sup> oblige toutefois le légataire à payer cette indemnité lors de la vente de l'ensemble des actifs de la succession. Mais généralement en pratique, les notaires font intervenir les héritiers réservataires aux actes de vente concernés afin de garantir les acquéreurs contre le risque d'éviction. Lors du 111<sup>ème</sup> Congrès des notaires<sup>506</sup>, certains praticiens ont proposé d'obliger le légataire à établir un inventaire. D'autres ont proposé de créer un droit de rétention au

---

<sup>501</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 447.

<sup>502</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 444.

<sup>503</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2016, n° 14-16.967 ; JCP N 2017, n° 24, 1207 note BLACK-DAP M. ; Gaz. Pal. 8 novembre 2016, n° 39, p. 43, obs. LEBEL C.

<sup>504</sup> LEBEL C., *absence d'indivision entre légataire universel et héritier réservataire*, Gaz. Pal. 8 novembre 2016, n° 39, p. 43.

<sup>505</sup> Art. 924-3 alinéa 3 C. civ. : « *En cas de vente de la totalité du bien donné ou légué, les sommes restant dues deviennent immédiatement exigibles ; en cas de ventes partielles, le produit de ces ventes est versé aux cohéritiers et imputé sur les sommes encore dues.* »

<sup>506</sup> 111<sup>ème</sup> Congrès des Notaires – STRASBOURG, 2015, *La sécurité juridique – un défi authentique*.

bénéfice des réservataires<sup>507</sup>. Ce droit aurait garanti les réservataires contre le risque d'absence de paiement. Mais ces propositions n'ont pas été retenues. Dès lors, il est nécessaire de prévoir une garantie au profit des héritiers réservataires qui se retrouvent dès lors démunis dans tous les sens du terme face au légataire universel. Le contournement de la réserve porterait alors tant sur la privation de l'objet familial que sur son dédommagement. On peut penser que la pratique notariale permet de garantir une certaine sécurité du versement. Néanmoins, le notaire n'interviendra que lorsqu'il s'agit de vendre des actifs immobiliers ou certains biens incorporels. S'agissant d'un patrimoine successoral composé en majorité d'actifs financiers et d'éléments mobiliers, le contrôle du notaire sera limité, voire inexistant.

**184. Vers une réserve en capital ?** Certains auteurs se sont interrogés sur la nature de la réserve après la réforme du 23 juin 2006<sup>508</sup>. L'avènement de la réserve en valeur et les nouveautés concernant l'indemnité de réduction ont laissé planer un doute. La réserve est-elle maintenant transmise en capital ? Accepter une réserve en capital c'est admettre que le *de cuius* peut modifier la nature des droits des réservataires. Cela revient à valoriser les droits octroyés par la libéralité, qu'ils soient en pleine propriété, en usufruit ou en nue-propriété pour n'en transmettre que la valeur économique. Le *de cuius* ferait fi de la nature légale des droits à transmettre. Admettre la réserve en capital c'est laisser le *de cuius* léguer valablement des droits en nue-propriété, dont la valeur économique correspondrait à la seule quotité disponible, ne laissant aux réservataires qu'un usufruit viager. Ce fonctionnement fait perdre à la réserve sa nature profonde. L'indemnité devient un simple dédommagement, et le legs, un pur instrument d'exhérédation.

Le *de cuius* serait à même de décider de la forme de la réserve qu'il laisse à ses descendants. Par extension, s'il ne leur lègue qu'un usufruit valorisé, équivalent à la valeur de la réserve qu'ils étaient censés obtenir, il prive la génération subséquente de droits. Dans une réserve en capital, « *Sa valeur serait très largement théorique dans la mesure où il lui serait impossible d'en disposer, aucun acquéreur n'acceptant de payer cette valeur*

---

<sup>507</sup> BLACK-DAP M., *La virtualité de la réserve héréditaire en présence d'un légataire universel*, JCP N 2017, n° 24, 1207.

<sup>508</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 450.



*théorique pour un droit susceptible de s'éteindre à tout moment en cas de décès de l'usufruitier*<sup>509</sup> ». La nature viagère de l'usufruit éteint la transmission à la génération qui est issue immédiatement du défunt<sup>510</sup>. Le *de cuius* pourrait ainsi exhériter totalement ses petits-enfants en transmettant des droits viagers et auto extinctifs à ses descendants présomptifs héritiers. Mais le législateur a voulu simplifier les relations patrimoniales existantes tant entre les réservataires eux-mêmes, qu'avec les légataires, sans pour autant, créer de réserve en capital. Il n'a pas entendu autoriser le *de cuius* à modifier selon son bon vouloir, le type de droits transmis au réservataire. La lettre de l'article 912 définissant la réserve évoque des droits successoraux<sup>511</sup>. Le *de cuius* n'est donc pas autorisé à les transformer par un démembrement quelconque. « *Ne pouvant apporter aucune restriction aux droits d'administration, de jouissance et de disposition que les héritiers réservataires tiennent de la loi, le disposant doit se plier au principe selon lequel la réserve doit échoir à ceux-ci intégralement aux conditions fixées par celles-ci, sans pouvoir prétendre y substituer de sa propre autorité des droits différents, fussent-ils économiquement équivalents* » nous rappelle Maître Pierre CENAC, notaire et chargé d'enseignement à l'Université Paris-Dauphine<sup>512</sup>.

**185. Cantonnement.** Le légataire a la possibilité de cantonner son legs à une partie seulement des biens reçus dans le testament. Cette acceptation n'est possible que lorsque la succession a été acceptée par au moins un héritier. L'exercice de cette faculté n'équivaut en aucun cas à une libéralité réalisée au profit des autres héritiers<sup>513</sup>. Le légataire peut alors choisir de lui-même de limiter l'émolument reçu. D'abord réservé au conjoint, ce droit est maintenant ouvert aux légataires. Dans un arrêt rendu en 2013<sup>514</sup>, la Cour de cassation a indiqué que le droit de cantonner un legs excédant la quotité disponible était permis au légataire même après la clôture de la succession, s'il n'avait pas pris possession des biens légués. En l'espèce, une mère avait rédigé un testament contenant un legs universel au profit

---

<sup>509</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. pam mars 2007, n° 157.

<sup>510</sup> Sauf représentation pour prédécès, indignité ou renonciation.

<sup>511</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 450.

<sup>512</sup> CENAC P. et PEYROUX C., *La mort de la réserve héréditaire*, JCP N 2011, n° 9, 1092, à propos de Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991, n° 89-17.094, JurisData n° 1991-000871 ; Bull. civ. 1991, I, n° 100 ; JCP G 1992, II, 21840, note SALVAGE P. ; D. 1992, somm. 229, obs. VAREILLE B.

<sup>513</sup> Art. 1002-1 C. civ.

<sup>514</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 septembre 2013, n° 12-11.694 ; LEXBASE hebdo édition privé n° 547, 14 novembre 2013, note DEVILLE S.

de son fils avec clause d'entrée en communauté. S'agissant d'un fils unique, le legs universel n'était en aucun cas nécessaire pour attribuer des biens audit enfant. En revanche, la testatrice avait voulu que ses biens deviennent la propriété de la communauté née du mariage de son fils et de sa belle-fille. En présence d'un seul héritier réservataire, la quotité disponible est évaluée à la moitié des biens légués. Lors du divorce de ce dernier, la question de la demande de cantonnement est soulevée. Les juges du fond ont retenu que le fils héritier avait renoncé à se prévaloir de cette action faute d'avoir agi pendant que la succession demeurait ouverte. Désormais close, les juges ont considéré qu'il avait purement et simplement renoncé à se prévaloir de sa faculté de cantonnement. La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que l'absence de mise à disposition des biens au profit de la communauté par l'héritier était suffisante pour considérer qu'il n'avait pas souhaité renoncer à sa faculté de demander le cantonnement de la libéralité. L'action n'était donc pas prescrite<sup>515</sup>.

Ainsi, en réclamant le cantonnement, l'héritier pouvait récupérer la moitié des biens au titre de sa part de réserve, et la seconde moitié, soit le quart des biens, comme étant la liquidation de son régime de communauté. En agissant ainsi, il obtient en réalité plus que sa part de réserve qui n'est que de la moitié des biens. Il obtient ainsi les trois quarts du bien qui compose la succession de sa mère testatrice. Mais il existe deux conditions<sup>516</sup>. Le testament ne doit pas proscrire le cantonnement et la succession doit avoir été acceptée par au moins un héritier *ab intestat*. Les prévisions du *de cuius* pourront donc être anéanties, et avec elles, tout espoir de contournement des droits héréditaires.

**186.** Existe-il une solution de contournement du côté du partage ? Car le testament classique et la donation entre époux ne sont pas les seules formes de dispositions à cause de mort. Même s'il est moins pratiqué par les français, le testament-partage est une option à envisager **(B.)**.

---

<sup>515</sup> S'agissant d'un arrêt rendu sous l'empire du droit antérieur dans lequel l'action était prescrite au bout de trente ans.

<sup>516</sup> Art. 1002-1 C. civ.



## **B. LE TESTAMENT-PARTAGE**

**187.** Le testament dispose d'une force incroyable car il est :

*« Une consolation pour le testateur devant sa mort, ce qui justifie toutes les règles de faveur qui entourent sa confection et son exécution ; mais le testament est aussi une loi pour les survivants, ce qui explique son régime, sa puissance extraordinaire par rapport aux autres actes juridiques de droit privé <sup>517</sup> ».*

Le testament-partage constitue la forme ultime du partage des biens à cause de mort. Le *de cujus* a le pouvoir d'organiser la succession à l'avance en attribuant séparément des droits aux présomptifs héritiers. Il discipline ainsi sa famille et met de l'ordre dans ses affaires<sup>518</sup>. Deux formes de partages à cause de mort s'offrent à lui. Le classique testament-partage utilisé jadis comme partage d'ascendant<sup>519</sup> (1°), ou le tout nouveau testament-partage transgénérationnel servant à inclure les générations subséquentes (2°).

### **1. Le testament-partage classique**

**188. Partage d'ascendant.** Le testament est parfois un support de désaveu car même *« Si dans des cas très nombreux, l'affection des ascendants leur dicte un partage conforme aux exigences de la justice et de l'équité, il n'est malheureusement pas rare que des affections trop exclusives et des rancœurs accumulées trouvent, dans l'institution du partage d'ascendant, un exutoire légal<sup>520</sup> ».*

Son origine remonte au droit romain, mais c'est le législateur de 2006 qui a autorisé les testaments-partages sans lien de filiation. A l'origine le partage d'ascendant reposait sur l'autorité parentale<sup>521</sup>. Aujourd'hui il est à disposition de tout individu au bénéfice de ses

---

<sup>517</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 17.

<sup>518</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 176.

<sup>519</sup> GRIMALDI M., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Partage testamentaire, *fascicule 10 : Synthèse - Libéralités-partages*.

<sup>520</sup> DESPAX M., *Les partages d'ascendants : paix des familles ou guerre de succession*, D. 1959, p. 245.

<sup>521</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 177.

présomptifs héritiers, et pas seulement de ses descendants. Le *de cuius* sait qu'en distribuant lui-même ses biens, il diminue le risque de les voir vendus. Il empêche également qu'ils soient licités au profit de l'héritier le plus mal avisé pour les gérer<sup>522</sup>. L'article 1075 du Code civil autorise expressément la rédaction d'un testament-partage en ce sens. Le *de cuius* s'assure ainsi que sa volonté sera respectée. Cet outil lui permet d'attribuer à l'avance les biens dont il disposera à son décès, évitant ainsi les discussions entre les héritiers. Les querelles ne sont pas pour autant éteintes mais elles sont mises en sourdine faute de pouvoir contester les attributions. L'égalité stricte n'est pas nécessaire. Les descendants devront accepter le partage organisé par le *de cuius* ou refuser sa succession. Le testament-partage fonctionne sur le même modèle que la donation-partage classique. Mais la forme testamentaire de cette distribution organisée permet au *de cuius* de changer d'avis jusqu'au jour de sa mort, ce qu'il ne pourrait faire dans une donation-partage

**189. Difficulté de qualification.** Pour certains auteurs, « *L'ouverture de l'institution, la reconnaissance à chacun de la liberté, non plus seulement d'instituer ou d'exhérer, mais aussi de composer les lots de ses héritiers, est le signe de la puissance du droit de propriété*<sup>523</sup> ». La silhouette du testament-partage n'a pas été clairement définie par le législateur. Le peu de cas recensés ses dernières décennies ne permet pas d'en définir un contour exact. Qualifier la nature du testament-partage revient à s'interroger sur le pouvoir laissé au *de cuius* de répartir ses biens. Si on considère que le testament-partage n'est qu'un pur partage<sup>524</sup>, on prive le *de cuius* de répartir ses biens inégalement entre les héritiers. Si le testament-partage n'est que pure libéralité, on omet la faculté d'attribution définitive qui fait toute la différence avec le legs contenu dans un testament classique. Le disposant ne sera pas non plus en mesure de créer des lots distincts, pas plus qu'une division efficace. Le testament-partage est en réalité un acte mixte arborant à la fois les atouts du partage avec la liberté promise aux libéralités.

---

<sup>522</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 176.

<sup>523</sup> GRIMALDI M., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Partage testamentaire, *fascicule 10 : Synthèse - Libéralités-partages*.

<sup>524</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 180



**190. Legs d'attribution.** Le testament-partage est avant tout constitué de legs d'attribution, permettant d'allotir chacun des légataires désignés des biens prévus pour lui. Les biens sont individualisés empêchant ainsi les bénéficiaires d'en réclamer le partage<sup>525</sup>. Les biens seront évalués au jour du décès du disposant et non du partage. Afin que le partage ne soit pas remis en cause, le testateur doit allotir chaque héritier et prévoir le sort de chacun des biens de son patrimoine. Il ne doit laisser à partager que des créances et quelques dettes. Néanmoins, l'héritier réservataire, qui aux termes dudit testament n'aurait pas reçu une part au moins égale à sa réserve peut exercer l'action en réduction<sup>526</sup>. L'intérêt du dispositif serait perdu. Le testament-partage est soumis à une combinaison de règles issues de la donation-partage et du legs classique. En revanche, il ne permet pas l'attribution de biens communs<sup>527</sup>. Mais le testament-partage s'exonère des difficultés du rapport auquel conduirait un testament listant une simple somme de legs d'attribution<sup>528</sup>.

Le *de cuius*, qui a ri à l'avance des attributions qu'il aura faites, est assuré que sa volonté sera respectée. Si les descendants refusent les legs qui leur sont attribués, les biens ne tomberont pas dans l'indivision et ne feront pas l'objet d'une répartition légale. Le législateur les a privés de cette faculté<sup>529</sup> afin de donner au testament-partage un pouvoir coercitif. Les héritiers ne sont pas tenus d'accepter les biens figurant dans leur legs d'attribution, mais ils ne peuvent espérer en recevoir d'autres en refusant les premiers<sup>530</sup>. L'allotissement individuel par des droits privatifs confère le caractère de libéralité-partage. Le testament-partage, de ce point de vue, est plus avantageux qu'un legs en matière de contournement de la réserve. Il empêche la redistribution des lots par une entente entre les héritiers. Mais il est moins efficace qu'une donation-partage dans laquelle le *de cuius* peut lui-même fixer la valeur des biens partagés à une date antérieure à son décès<sup>531</sup>.

---

<sup>525</sup> Art. 1079 C. civ. : « Le testament-partage produit les effets d'un partage. Ses bénéficiaires ne peuvent renoncer à se prévaloir du testament pour réclamer un nouveau partage de la succession. »

<sup>526</sup> Art. 1080 C. civ.

<sup>527</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, n° 99-11.308 ; JCP G 2001, I, 366, obs. LE GUIDEC R. ; JCP N 2001, 1232, obs. MAURY J. ; Dr. fam. 2001, comm. 62, obs. BEIGNIER B. ; RTD Civ. 2001, 648, obs. VAREILLE B.

<sup>528</sup> GRIMALDI M., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Partage testamentaire, *fascicule 10 : Synthèse - Libéralités-partages*.

<sup>529</sup> Art. 1079 C. civ.

<sup>530</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 195.

<sup>531</sup> Voir infra.

**191. Une forme de privation.** Son principal atout est de répartir en amont ses biens sans en avertir ses descendants. Il peut ainsi empêcher certains enfants de vendre une partie des biens de famille ou les empêcher de prendre possession de biens à risque, tels que l'entreprise familiale. Ainsi, le disposant choisit à qui il lègue les souvenirs de famille et les éléments les plus importants de son patrimoine. Il choisit sans obtenir l'accord préalable des principaux intéressés. Sa seule obligation : respecter l'attribution de la part minimum de réserve. Dès lors, le contournement de la réserve n'a pas lieu arithmétiquement mais du point de vue de la nature des biens attribués. Au moyen du testament-partage, le *de cuius* prive un ou plusieurs de ses descendants de la propriété des biens qui devaient normalement leur échoir pour partie en les indemnisant lui-même et par avance d'autres biens d'égale valeur. L'héritier est coincé dans sa position d'héritier-partagé et ne peut remettre en cause le testament s'il a reçu à minima sa part de réserve<sup>532</sup>. Il ne peut plus choisir ce qu'il obtiendra à l'issue du partage, comme c'est le cas dans les successions *ab intestat*. Il est, d'une certaine manière, exhéredé des biens attribués à ses cohéritiers. Le contournement de la réserve est subtil. Et ce pouvoir est à l'entière discrétion du *de cuius*.

**192.** Le testament-partage ne semble pas permettre la représentation de l'héritier prédécédé dans l'attribution de son lot. Dès lors, il apparaît opportun, de se tourner vers le testament-partage transgénérationnel.

## **2. Le testament-partage transgénérationnel**

**193. Une possibilité ?** Parfois le simple testament n'est pas respecté et « *On ne rend pas toujours à la mémoire du défunt l'hommage qu'on devait à sa vivante autorité* »<sup>533</sup>. La donation-partage transgénérationnelle<sup>534</sup> a été créée par la loi du 23 juin 2006, mais qu'en est-il du testament-partage transgénérationnel ? L'ascendant peut-il agir de la même façon qu'avec une donation-partage ? La donation-partage transgénérationnelle repose sur

---

<sup>532</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 193.

<sup>533</sup> VAREILLE B., *Le testament partage transgénérationnel*, Defrénois 2013, n° 10, p. 531.

<sup>534</sup> Art. 1079 C. civ.



l'accord donné par les enfants pour l'allotissement de leur propre progéniture, comme nous l'avons vu précédemment. Cet accord est nécessaire pour utiliser la réserve de l'enfant intermédiaire. S'agissant d'un testament, rédigé de la seule main du testateur, sans l'intervention des présomptifs héritiers, il paraît difficile d'admettre ce principe. Un testament transgénérationnel seul, qui viendrait empiéter sur la réserve des enfants au profit de leurs propres enfants, doit être accompagné de garde-fous tels que la RAAR. En cas contraire, il s'agirait surtout d'un vœu pieux de la part du *de cuius*. Sans cette RAAR, on voit mal quelle solution permettrait un saut de génération et une transmission quasi-totale. Sans moyen d'asseoir sa volonté, le *de cuius* n'a pas de garantie sur l'efficacité de son testament. Pire, sa répartition pourrait se transformer en simples legs précatifs. Les petits-enfants, en ce qu'ils ne sont pas héritiers présomptifs tant que leur propre auteur est encore vivant, sont traités comme des légataires et non comme des réservataires venant aux droits de leur auteur<sup>535</sup>.

**194. Jurisprudence.** Un arrêt de la Cour de cassation<sup>536</sup> est venu mettre fin au débat. En l'espèce, une dame âgée décède après avoir rédigé un testament intitulé *testament-partage*. Cet acte contenait partage de ses biens entre sa fille unique et ses petits-enfants, issus de cette même fille. Au refus de l'héritière de reconnaître les legs particuliers octroyés à ses propres enfants, l'un d'eux saisit la justice afin de faire reconnaître la validité du partage inclus dans le testament. L'héritière soutient dans son moyen, qu'il ne peut y avoir testament-partage transgénérationnel s'agissant d'héritiers pour partie non présomptifs. La Cour de cassation, saisie de l'affaire confirme la décision de la Cour d'appel de débouter la demande de la fille de la défunte. Elle valide le testament-partage transgénérationnel sur les motifs suivants :

- l'article 1075 du Code civil valide le principe de la libre répartition des biens dans le cadre d'une donation-partage ou d'un testament-partage
- l'article 1075-1 du Code civil permet de réaliser un partage entre les descendants de l'auteur qu'ils soient ou non présomptifs héritiers et sans tenir compte du degré de parenté.
- le législateur n'a pas entendu créer de distinction entre les libéralités sur ce point.

---

<sup>535</sup> VAREILLE B., *Le testament partage transgénérationnel*, Defrénois 2013, n° 10, p. 531.

<sup>536</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 2012, n° 11-23.396 ; Defrénois 2013 p. 531, note VAREILLE B. ; D. act., 2012, 20 novembre 2012. obs. MARROCCHIELLA J.

**195. Utilisation à des fins de contournement.** La Cour de cassation a ainsi considéré qu'il ne fallait pas faire de distinction entre donation et testament. Le notaire pourra conseiller de signer le testament par acte authentique afin de donner plus de poids aux dispositions qu'il contient face aux contestations. Dans l'arrêt précité, la forme du testament a été prise en compte par les juges du fond. Dans le testament-partage classique, les enfants-légataires ne peuvent demander de nouveau partage par la renonciation au legs. Il semble que cette règle soit néanmoins difficilement applicable avec la génération subséquente<sup>537</sup>. Pour être efficace, un testament-partage transgénérationnel doit recevoir l'accord des héritiers réservataires appelés afin que leur réserve soit impactée<sup>538</sup>. L'accord est donné à posteriori, après la mort du disposant. Dès lors, le testament-partage transgénérationnel ne paraît pas être une solution adéquate au contournement de la réserve héréditaire. Le *de cuius* n'est pas assuré avant son décès que ses dispositions seront efficaces, sauf à ajouter une RAAR signée par les enfants concernés. L'intérêt majeur du testament-partage classique réside dans l'effet de surprise et la coercition de son partage. Ces effets seraient perdus en utilisant le testament-partage transgénérationnel. Cet outil de contournement ne doit pas être retenu en l'état actuel du droit.

**196.** Mettre en concurrence l'héritier réservataire peut vouloir également signifier qu'il faut lui ajouter un égal ; un cohéritier qui détiendrait le même titre que lui. Et dans cette perspective, quoi de plus efficace et radical que l'adoption ? (§2.).

## **§2. – L'ADOPTION ET LE STATUT DE L'HERITIER**

**197.** Adopter est une opération de grande envergure. Le *de cuius* va ajouter des membres à sa famille, et pas seulement dans le but de partager sa succession à son décès. Il transforme son quotidien et celui de ses proches. Cet agrandissement peut être le résultat d'un acte d'amour ou d'une stratégie familiale. Il est évident que la réserve héréditaire est

---

<sup>537</sup> GRIMALDI M., *Un testament-partage peut être transgénérationnel*, RTD Civ. 2013, p. 164.

<sup>538</sup> VAREILLE B., *Le testament partage transgénérationnel*, Defrénois, 2013, n° 10, p. 531.



impactée par un tel changement. Le choix du *de cuius* doit être mûrement réfléchi. Décider d'introduire un nouveau membre dans la famille peut conduire à une course à l'héritage (A.). Et le choix du nouvel arrivant n'est pas aisé. L'adoption de certains enfants, tels que l'enfant du conjoint est notamment soumise à des règles particulières (B.).

## **A. LA COURSE A L'HERITAGE FAMILIAL**

**198. Une stratégie financière.** Mais quelle que soit la raison de l'adoption, la famille par le sang peut bien comme mal accueillir la nouvelle. Car adopter c'est créer des réservataires présomptifs supplémentaires (1°). Dans cette perspective, les enfants par le sang peuvent voir d'un mauvais œil cet agrandissement familial inopiné. Et certains, peuvent décider de contrer les effets de cette baisse de réserve par la dissimulation des nouveaux héritiers (2°).

### **1. Créer des réservataires**

**199. Ajouter un lien filial.** La filiation adoptive permet de créer un lien juridique parental qui n'existe pas par le sang. Il s'agit d'un lien volontaire. Cette filiation n'est qu'un statut juridique créé par l'autorité publique. Il en existe deux types : l'adoption simple et l'adoption plénière. Dans l'adoption simple, les liens parentaux d'origine sont préservés et de nouveaux liens sont ajoutés en faveur du ou des parents adoptifs. L'adoption simple permet à l'adopté de conserver des liens avec sa famille d'origine et notamment des droits héréditaires<sup>539</sup>. L'adopté obtient les droits successoraux d'un enfant *naturel* vis-à-vis du seul adoptant<sup>540</sup>. S'il s'agit d'une adoption plénière, les nouveaux liens parentaux remplacent totalement les premiers. Les liens avec la famille d'origine sont rompus<sup>541</sup>. Le type

---

<sup>539</sup> Art. 364 C. civ.

<sup>540</sup> Art. 368 C. civ.

<sup>541</sup> Art. 356 C. civ.

d'adoption dépend donc du choix familial. Une adoption simple est préférable à une adoption plénière lorsqu'il s'agit simplement de créer un lien filial avec un tiers afin d'officialiser une relative affection. Cette solution est d'autant plus pertinente lorsque l'enfant en question est d'ores et déjà majeur. L'adoption plénière est plus courante dans les cas d'enfants abandonnés ou sans famille encore vivante. Les différents enjeux conditionneront le choix du type d'adoption ; et le choix du type d'adoption conditionnera l'efficacité du contournement de la réserve.

**200. Ajouter un lien patrimonial** Outre la volonté d'un parent de cœur de vouloir officialiser le lien filial qu'il entretient avec l'enfant même majeur, le second intérêt de l'adoption réside aussi dans la transmission patrimoniale. Tout à chacun souhaite transmettre son héritage à ses enfants ou à ceux qu'il considère comme tels. L'adoption permet à ce titre de créer un lien filial permettant de transmettre son patrimoine. L'enfant adopté, qu'il soit issu d'une adoption simple ou plénière obtient le titre de descendant. Il devient héritier réservataire. L'ajout d'un réservataire via l'adoption permet de diminuer la part de réserve individuelle des descendants déjà existants, voir même, de modifier la réserve globale. Si le *de cuius* n'a qu'un enfant, ce dernier doit recevoir la moitié de la succession de son auteur. S'il est concurrencé par un second titulaire de droits à réserve, il ne percevra plus qu'un tiers des biens et droits composant la succession. Si le *de cuius* adopte deux enfants, c'est le quart des biens qui constituera alors sa réserve. Grâce à ce mode de calcul, « *quand plusieurs héritiers sont appelés simultanément à une succession, chacun d'eux a un droit sur toute l'hérédité, et si ce droit est réduit à une quotité, c'est seulement par le concours de ses cohéritiers*<sup>542</sup> ». Plus le *de cuius* enfantera ou adoptera d'enfants, plus la réserve héréditaire individuelle de chacun sera mathématiquement faible. Et choisir cette option dans un but purement patrimonial constitue un contournement de la réserve.

**201. L'intérêt fiscal.** La transmission fiscale qui en découle est aussi un enjeu majeur de l'adoption. Il peut arriver qu'une belle-mère ou un beau-père qui a élevé les enfants de son conjoint depuis leur plus jeune âge souhaite leur octroyer une place dans sa succession à égalité avec les enfants issus du couple. Mais égaliser les droits civils signifie également

---

<sup>542</sup> ADAN P., *De l'exhérédation en droit français*, Thèse, Université de NANCY, 1902, p. 88.



égaliser les abattements fiscaux. Actuellement, l'abattement fiscal<sup>543</sup> entre parent et enfant est égal à 100.000,00 €. Chaque enfant bénéficie de cet abattement qu'il utilise sur les biens reçus dans la succession de chacun de ses parents. Mais la réponse fiscale n'est pas toujours à la hauteur de l'enjeu civil. Si en matière civile, l'enfant adopté en la forme simple est reconnu comme étant l'enfant de l'adoptant, sans ambiguïté aucune, il n'en va pas forcément de même en matière fiscale. L'adoptant en créant un nouvel héritier civil, cherche également à ce que l'analogie à l'enfant biologique soit fiscale. Toutefois cet abattement ne bénéficie pas à tous les adoptés ; il faut distinguer selon le type d'adoption.

**202. Distinction fiscale.** En matière d'adoption plénière, l'adopté bénéficie de plein droit de l'abattement de 100.000,00 € prévu à tout descendant par le sang<sup>544</sup>. L'enfant adopté en la forme plénière est donc à tous niveaux considéré comme un enfant biologique. Il n'en est pas de même pour l'enfant adopté simple. Le code général des impôts occulte complètement l'adoption simple en ne tenant compte que du lien de parenté naturel<sup>545</sup>. Il en ressort que le neveu adopté simple par son oncle sera fiscalement toujours traité comme un neveu et non comme un fils. L'enfant adopté simple ne peut donc pas, en principe, bénéficier de l'abattement de 100.000,00 €<sup>546</sup>. L'adoption n'aurait alors en matière fiscale, pas plus d'intérêt qu'un testament. Ainsi, la réglementation fiscale limite l'impact des adoptions abusives dans le seul but d'avantager fiscalement un tiers. Toutefois, le principe souffre de beaucoup d'exceptions listées à l'article 786 du Code Général des Impôts<sup>547</sup>.

**203. Exceptions.** Parmi les exceptions figure notamment le cas de l'adopté mineur au moment du décès de l'adoptant<sup>548</sup>. Cette dérogation au principe est aisément compréhensible. Il en va de l'intérêt pécuniaire d'une personne qui n'est pas apte à subvenir seule à ses besoins. Il en va également de même pour les enfants issus d'un premier mariage du conjoint de l'adoptant ou ceux, issus du conjoint, dont l'adoptant s'est financièrement chargé durant leur minorité<sup>549</sup>. Le législateur sur le plan fiscal traite dans ces hypothèses

---

<sup>543</sup> Pour les droits de mutation à titre gratuit (donation ou succession).

<sup>544</sup> BOI-ENR-DMTG-10-50-80-20150624 § 20.

<sup>545</sup> BOI-ENR-DMTG-10-50-80-20150624 § 30.

<sup>546</sup> Art. 786 al. 1 CGI.

<sup>547</sup> Art. 786 CGI al. 2

<sup>548</sup> Art. 786 3° CGI.

<sup>549</sup> Art. 786 1° CGI.

enfant biologique et enfant adopté à égalité de droits. Par ces dispositions, le législateur fiscal prend toute la mesure de la place toute particulière de l'enfant du conjoint.

## **2. Les dérives de l'adoption**

**204. Une adoption intéressée.** Les dérives de l'adoption sont nombreuses :

*« C'est parce qu'ils sont détenteurs d'une portion d'héritage, attachée à eux comme la pierre au cou de celui qu'on veut noyer, que les enfants orphelins dans plusieurs régions sont livrés, parfois par mise aux enchères, aux soins peu désintéressés d'un père nourricier qui accepte de les prendre à bail en se remboursant sur leurs biens des frais de subsistance, éventuellement d'apprentissage, qu'il aura engagés, en attendant d'utiliser leur force de travail <sup>550</sup> ».*

Au début du siècle dernier, il arrivait que les adoptions d'orphelins soient menées à des fins purement patrimoniales. L'adoptant ne cherchait pas à disperser ses biens ou à favoriser un tiers, mais bien à se favoriser lui-même. Les règles de gestion de l'administration légale étaient plus floues et les contrôles plus hasardeux. La captation d'héritage était une réalité et les riches orphelins en faisaient parfois les frais. L'adoption n'était plus le fruit d'un acte d'amour filial mais bien d'une tentation vénale. L'adoptant se rémunérait sur le patrimoine de son pupille. Aujourd'hui, les cas de captation d'héritage par adoption ou dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire sont rares. Dans tous les cas, ils ne constituent pas des moyens de contourner la réserve.

**205. La reconnaissance d'enfant.** La reconnaissance de l'enfant est le socle sur lequel repose la notion de descendance, et par la même, de réserve. Le père non marié doit prouver le lien de filiation par une reconnaissance de paternité auprès de l'officier d'état civil compétent. Il déclare le lien de filiation qui l'unit à l'enfant<sup>551</sup>. Il est bien évident que le cas de figure d'une reconnaissance mensongère, peut plus facilement porter sur une paternité

---

<sup>550</sup> MEULDERS-KLEIN M-T. et THERY I., *Les recompositions familiales aujourd'hui et I., Essais & Recherches*, Paris, Nathan, 1993, p. 27.

<sup>551</sup> Art. 316. C. civ.



qu'une maternité. Ainsi, le *de cuius* peut décider de reconnaître un enfant qui n'est pas le sien afin de faire de lui son héritier, en concurrence avec ceux déjà existants<sup>552</sup>. Il s'agirait d'une adoption déguisée. L'enfant ainsi reconnu fait perdre une partie des droits à réserve individuelle dans les mêmes conditions que l'adoption. Avec la transformation moderne de la famille, les multiples divorces et les changements de partenaires de vie, cette solution est très facile à mettre en œuvre. Néanmoins, la présomption de paternité pour les enfants issus d'une mère mariée reste de mise<sup>553</sup>.

A l'inverse, le *de cuius* peut avoir reconnu de son plein gré un enfant pour lequel il avait la conviction d'être le père. Par la suite, des éléments ou évènements peuvent mettre en doute la filiation biologique qu'il a affirmée par sa déclaration. Le *de cuius* dont la confiance a été abusée, peut contester la reconnaissance de l'enfant qu'il a faite afin de lui faire perdre la qualité d'héritier de sa succession<sup>554</sup>. Une contestation réussie permet de priver totalement ledit enfant de la part de réserve qu'il aurait obtenue si la filiation avait été maintenue. Elle est souvent demandée auprès du tribunal compétent par celui qui a reconnu l'enfant<sup>555</sup>. Néanmoins, cette contestation judiciaire est longue et fastidieuse, sans garantie de résultat. Le tribunal privilégie l'intérêt de l'enfant, avec pour conséquence, le maintien quasi systématique de la filiation même si la preuve de l'erreur ou du dol est rapportée. A la lumière de ces éléments, il paraît aisé mais dangereux pour le *de cuius* de reconnaître un enfant qui n'est pas de lui dans le but de priver ses descendants déjà existants d'une partie de leur réserve. Ce que le *de cuius* fera facilement par une déclaration à la mairie, il ne pourra le défaire sans difficulté.

**206. Adoption par un membre de la famille.** Le nouveau lien ainsi créé doit respecter l'essence même de l'adoption. L'adoptant ne doit pas avoir d'autres intentions que celles de créer un lien filial affectif officiel. C'est dans cette perspective que la Cour de cassation a rendu son arrêt le 16 octobre 2001<sup>556</sup>. La Cour rejette le pourvoi d'une grand-

---

<sup>552</sup> RUBELLIN-DEVICHI J., *L'adoption et les nouveaux détournements d'institution : adoption ou reconnaissance mensongère de l'enfant par le nouveau conjoint de la mère*, RTD Civ. 1990, p. 253.

<sup>553</sup> Art. 312 C. civ.

<sup>554</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 489.

<sup>555</sup> Art. 332 C. civ. et suiv.

<sup>556</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, n° 00-10.665 ; D. 2002, p. 1097, note BOULANGER F.

mère souhaitant adopter six de ses huit petits-enfants. Cette adoption avait été réalisée dans le seul but de les avantager eu égard aux deux autres petits enfants de la même fratrie, tous issus de sa fille prédécédée. Le mécanisme devait servir à privilégier certains petits-enfants en leur donnant le statut d'héritier réservataire, laissant les deux enfants restant sujets à la représentation. Or, la Cour de cassation reprend les éléments de la Cour d'appel et refuse de valider cette adoption, au motif que l'objectif filial n'était pas respecté. En effet, l'adoption doit être réservée aux cas de création de lien familial et filial entre l'adoptant et l'adopté. Le lien ne peut préexister d'une autre manière. L'adoption sert à entourer d'un lien juridique une relation affective d'un enfant vis-à-vis de son père ou de sa mère.

En l'espèce, ladite grand-mère n'avait pour but que d'avantager dans sa succession une partie de ses petits-enfants. Le lien filial existait déjà sous forme d'un lien intergénérationnel. La demanderesse souhaitait utiliser le droit civil et la réserve de souche afin d'effacer les conséquences de l'existence de cette génération intermédiaire pour les descendants concernés. Les adoptés seraient alors venus de leur propre chef prioritairement par rapport aux autres descendants qui auraient subi la représentation. La Cour rappelle que l'adoption ne peut avoir une cause successorale unique sans autre motif. La plaignante a par conséquent été déboutée de sa demande<sup>557</sup>. Le contournement de la réserve par détournement de l'adoption en famille est donc à proscrire.

**207. Avant le PACS.** Avant que la loi sur le mariage pour tous ne soit votée le 17 mai 2013, mais aussi avant que le PACS ne voit le jour le 15 novembre 1999, les couples homosexuels en quête de lien juridique et patrimonial se sont retrouvés pour certains à devoir envisager des stratégies successorales quelque peu saugrenues. Ces couples cherchaient à faire reconnaître leur union par tous les moyens, tout en instaurant une protection juridique et financière pour l'autre. Ils ont perçu l'adoption comme un moyen de garantir une sécurité juridique et patrimoniale à chacun d'eux. A travers cet outil, c'est la qualité d'héritier réservataire qui était visée. Il arrive parfois que les membres de ces couples soient l'un ou l'autre déjà parent d'un ou plusieurs enfants. Le processus d'adoption ainsi imaginé venait priver lesdits enfants d'une partie de leur réserve. Cette part individuelle se trouvait alors

---

<sup>557</sup> AJ fam. 2002, p. 26, *L'adoption peut permettre de réaliser un avantage successoral.*



restreinte, faute pour leur parent d'avoir à leur disposition une véritable protection de leur union. Toutefois, ces abus ont été condamnés par la jurisprudence<sup>558</sup>, en ce que le lien artificiellement créé ne démontrait pas les caractéristiques d'un lien filial<sup>559</sup>. Avec l'arrivée des protections modernes des couples homosexuels ou hétérosexuels réfractaires au mariage, on ne rencontre plus ce type de montage de contournement.

**208. En couple.** De la même manière, l'adoption de la concubine par son compagnon afin de créer un statut d'héritier réservataire a été refusé par la jurisprudence<sup>560</sup>. Le *de cujus* avait entendu octroyer à sa compagne des droits identiques à ceux de ses propres enfants. Mais cette forme d'engagement n'était pas de nature à répondre au principe même de l'adoption ou du lien de filiation qui doit en découler. L'adoption est une nouvelle fois détournée de sa vocation première. On aurait pu suggérer aux protagonistes de simplement se marier et d'utiliser le panel d'outils de protection offerts au conjoint depuis ces dernières années. Les dérives de l'adoption conduisent parfois la Cour de cassation à juger des situations assez surprenantes.

### **3. Dissimuler l'existence d'héritiers réservataires : le recel**

**209. Le recel d'héritier.** Certains descendants peuvent se sentir pris au piège par les choix d'adoption du *de cujus*. Ils pourraient alors être tentés de dissimuler l'existence de ces frères et sœurs non désirés. La tentation du recel est élevée. Le recel successoral agit sur la réserve en déséquilibrant le partage. Le recel porte sur la dissimulation du patrimoine successoral ou sur l'existence d'autres héritiers. L'héritier cache la naissance ou l'adoption des autres enfants du *de cujus*, ou l'existence des descendants d'un cohéritier prédécédé, voire de certains biens. Frauder les droits des autres héritiers et utiliser des manœuvres pour

---

<sup>558</sup> GARE T., *Détournement d'adoption : Si la sagesse venait des juges du fond ?*, D. 2000, p. 716.

<sup>559</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999, n° 96-18.908 ; RTD Civ. 1999, p. 610, obs. HAUSER J. ; Dr fam. 1999, Comm. p. 124, obs. MURAT P.

<sup>560</sup> HAUSER J., *Détournements d'adoption et adoptions intra-familiales : intentions pures et impures*, RTD Civ. 2005 p. 114.

y parvenir sont caractéristiques du recel. En soustrayant des biens ou des droits dans la succession, le calcul de la réserve est mathématiquement faussé. Pour prouver le recel, il faut prouver la fraude, prouver que l'héritier a délibérément voulu rompre l'égalité du partage<sup>561</sup>. L'héritier lésé doit démontrer la mauvaise foi ou le mensonge de l'auteur du recel car la dissimulation doit modifier les effets de la succession<sup>562</sup>.

En matière de donations, seules celles qui sont rapportables ou réductibles peuvent faire l'objet d'une qualification de recel<sup>563</sup>. Il est alors tentant de dissimuler les donations dispensées de rapport. Il faut garder à l'esprit que l'héritier receleur est réputé avoir accepté la succession<sup>564</sup>. Il se retrouve alors automatiquement acceptant et ne pourra réclamer aucun droit et aucune part sur les biens recelés. Au-delà de l'infraction, il faut tout de même rappeler que seuls les héritiers ayant une vocation universelle peuvent être condamnés pour recel<sup>565</sup>, à la différence d'un légataire à titre particulier ou d'un tiers<sup>566</sup>. Cela signifie-t-il qu'un légataire particulier ne pourrait être puni pour recel même s'il dissimule des biens ? La réponse est négative car la complicité de fraude est punissable au même titre que le recel<sup>567</sup>.

Quid du calcul de l'article 922 du Code civil avec des biens recelés ? Il a été confirmé que même si le receleur est privé des biens objet du recel, ceux-ci doivent être malgré tout compris dans le calcul de la réserve et de la quotité disponible de l'article 922 du Code civil<sup>568</sup>. Plusieurs arrêts ont été rendus sur la base de l'ancien article 792 du Code civil<sup>569</sup> allant même jusqu'à sanctionner de recel une donation ne portant pas atteinte à la réserve.

---

<sup>561</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 décembre 2006, Bull. civ. I, n° 553, AJ fam. 2007 p. 92, note BICHERON F.

<sup>562</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2012, n° 11-25.505.

<sup>563</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 2016, n° 15-14.863.

<sup>564</sup> Art. 778 C. civ.

<sup>565</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1983, Bull. civ. I, n° 10.

<sup>566</sup> FORGEARD M-C., CRÔNE R., GELOT B., *Le nouveau droit des successions et des libéralités : loi du 23 juin 2006*, Commentaire & Formules, Paris, Defrénois, 2007, p. 31.

<sup>567</sup> Req. 15 décembre 1902 ; DP 1903, 1, p. 609, note GUENEE.

<sup>568</sup> CRIDON PARIS, n° 663482, 1<sup>er</sup> février 2005.

<sup>569</sup> Pour une donation soumise à rapport : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 1894 ; DP 1894, 1, p. 345.

Pour une donation précipitaire mais réductible : Cass. civ. 30 mars 1898, S. 1898, 1, p. 489.

Pour une donation ne portant pas forcément atteinte à la réserve : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juillet 1983, Bull. civ. 1983, I, 300 ; Defrénois 1989, art. 34633, p. 1426 obs. CHAMPENOIS G. ; RTD Civ. 1992, p. 424, obs. PATARIN J.



Dans un arrêt récent<sup>570</sup>, la Cour Suprême a considéré que la dissimulation par l'épouse de fonds provenant d'un livret A, réalisait un recel communautaire et non un recel successoral. Le caractère déguisé ou indirect de la donation n'emporte pas automatiquement la qualification de recel successoral pour le donataire<sup>571</sup>. De même, le fait de ne pas révéler un don de la part du donataire ne caractérise pas à lui seul l'acte de recel successoral<sup>572</sup>. La nouvelle rédaction de l'article 778 du Code civil revient sur cette jurisprudence en exprimant le fait qu'il n'y a pas de qualification de recel à partir du moment où la réserve n'est pas atteinte<sup>573</sup>. En effet la fonction de l'interdiction du recel est avant tout la protection des droits des héritiers réservataires. Mais le recel fait finalement courir un trop grand risque à l'héritier receleur pour tenter un contournement de la réserve par ce biais.

**210. Le problème des livrets de famille.** Le recel d'héritier peut être aisé dans les cas de familles recomposées ou en présence d'enfants adoptifs non issus du couple. En effet, le législateur a conservé la pratique du livret par couple. A chaque mariage un livret est délivré pour y inscrire les noms et date de mariage des époux, ainsi que les enfants qui naîtront ultérieurement de cette union. En l'absence de mariage, un livret est délivré lors de la naissance d'un enfant mentionnant l'identité de chaque parent. Les autres enfants issus de cette même union apparaîtront à leur tour sur ce livret. Chaque livret est indépendant. Un homme ayant été marié trois fois possèdera trois livrets. S'il a eu en plus un enfant hors mariage avec une quatrième femme, il disposera alors de quatre livrets. Le découpage des

---

<sup>570</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 octobre 2017, n° 16-22.150 ; JCP N 2017, n° 41, 875.

<sup>571</sup> Cass. civ 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, n° 94-10.262, JurisData n° 1996-000441, Bull. civ. 1996, I, n° 102 ; RTD Civ. 1996, p 446 obs. PATARIN J.

« Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé qu'il ne suffit pas qu'une libéralité soit déguisée ou indirecte pour que le recel existe. »

<sup>572</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, n° 09-11.133, JurisData n° 2010-005873, Bull. civ. 2010, I, n° 111 :

« Attendu, d'autre part, qu'après avoir justement retenu que l'intention frauduleuse ne pouvait être déduite de la seule omission de déclarer des dons reçus des défunts, la cour d'appel, qui a relevé qu'en première instance, puis en instance d'appel, Mme Y... invoquait l'existence d'un recel successoral dont ses deux sœurs se seraient rendues coupables, sans apporter la moindre preuve de leur intention frauduleuse de porter atteinte à l'égalité du partage, a pu décider qu'elle avait commis un abus de droit »

<sup>573</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2010, n° 09-16.157, JurisData n° 2010-018911 ; AJ fam 2010, p. 549 obs.. VERNIERES C. ; Defrénois 2011, p. 733, obs. VAREILLE B. ; Dr. fam. 2010, comm. 190, note BEIGNIER B. ; RJPF janvier 2011, p. 30, note LEPREVOVAUX J. ; RTD Civ. 2011 p. 161, obs. GRIMALDI M. :

« Qu'en statuant ainsi, alors que les libéralités consenties par le de cujus à M. et Mme Y. n'étaient pas rapportables et qu'en l'absence d'héritier réservataire, elles n'étaient pas non plus susceptibles d'être réductibles, de sorte que leur dissimulation ne pouvait être qualifiée de recel successoral, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

enfants par livret de famille ne permet pas d'établir avec certitude la dévolution de la succession d'un individu dont on ne connaît pas la vie avec précision.

A une époque, où les divorces et les familles recomposées restaient anecdotiques et où les enfants naturels étaient peu nombreux et souvent non reconnus, le livret de famille ne posait guère de problèmes. Désormais, l'inverse se produit. Les enfants nés du mariage sont moitié moins nombreux, ils coexistent souvent avec d'autres enfants nés d'autres mariages ou d'unions libres. Les naissances issues de couples non durables et les adoptions aléatoires réalisées en dehors du mariage créent une insécurité juridique lors du règlement des successions. Tous les enfants du *de cuius* ne sont pas répertoriés sur le même livret de famille. Par conséquent il est aisé à un héritier peu coopératif de dissimuler l'existence d'un second ou troisième livret de famille afin d'empêcher les enfants issus de cette union de participer au règlement de la succession. Si le livret de cet enfant n'est pas transmis, par absence de connaissance de la famille ou par volonté de le cacher, le notaire n'a aucun moyen de vérifier son existence si aucun indice ne l'y fait y penser.

**211. Le rôle du notaire.** Le notaire qui demande l'extrait d'acte de naissance du défunt afin de vérifier une éventuelle mention de répertoire civil pourra aussi observer dans les mentions marginales un indice de mariage. Si tel est le cas, le notaire s'attachera à rechercher le livret de famille correspondant pour vérifier la présence d'enfants. Autant de livrets que de mariages et autant d'indices laissés au notaire afin de rechercher l'existence d'enfants issus de l'union. Un défunt divorcé en premières noces et remarié en secondes peut cacher une précédente famille. Or, les indices de descendance sont peu nombreux. En l'absence d'indice de PACS ou de mariage même dissous mentionné sur l'extrait d'acte de naissance du défunt, il ne reste au notaire qu'à interroger les membres connus de la famille. Sans ces indices, il est impossible pour le notaire d'envisager l'existence d'un autre héritier réservataire. Un testament en faveur d'un enfant naturel ou reconnaissant la paternité d'un enfant adultérin pourrait permettre au notaire de compléter la liste des héritiers. Mais en l'absence de ces éléments, il est bien incapable de certifier avec exactitude la dévolution. Il est tout à fait possible à l'ex-épouse d'omettre sciemment que son ex-mari a refait sa vie et a donné naissance à d'autres enfants en union libre, qu'ils soient accidentels ou désirés, et ce,



afin de favoriser ses propres enfants. Le notaire n'a pas connaissance d'éventuels jugements de versement de pension alimentaire, de conciliation ou de dérapages familiaux autres que ceux que voudraient bien lui laisser entendre les héritiers qu'il a face à lui.

Afin de mettre en garde les requérants de l'acte de notoriété désignant les héritiers, le notaire leur fait déclarer qu'à leur connaissance il n'existe aucun autre héritier. En cas d'omission volontaire, ils s'exposent aux sanctions de recel successoral. Le notaire annexera à son acte les copies des livrets de famille fournis. Ces copies incluent toutes les pages annotées concernant les enfants y compris la première page vierge, et ceci afin de constater qu'il n'a pas été mentionné dans les livrets d'énième enfant. Rien ne permet au notaire de s'assurer que les héritiers qu'ils désignent dans la notoriété sont bien les seuls à l'exception de tout autre enfant. Le plus souvent il s'agit d'un enfant naturel voire adultérin, qui n'aurait peut-être pas connaissance du décès de son géniteur. Plus complexe encore, le cas d'un enfant qui n'aurait plus de contact avec son père ou sa mère depuis de nombreuses années, qui précède en laissant lui-même des enfants n'ayant jamais connu leurs grands-parents. La dissimulation de la représentation ou de l'existence de cet enfant naturel serait plus que réalisable. Le travail de recherche du notaire est limité par le format des informations officielles transmises. On comprend aisément qu'il est tout à fait envisageable à un héritier de dissimuler l'existence de son demi-frère ou demi-sœur, ou à une belle-mère ou une première épouse d'évincer avec une grande malhonnêteté une descendance antérieure ou ultérieure gênante. Ces livrets sont source d'erreur, d'imprécision et de recel. Le notaire ne peut exiger à chaque décès de faire intervenir un généalogiste pour confirmer la dévolution.

**212. Propositions.** Ce problème d'envergure a fait l'objet de diverses réflexions lors du 68<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France<sup>574</sup>. Il avait été notamment proposé d'inscrire les enfants sur l'extrait d'acte de naissance de leurs parents. De cette manière, aucun enfant ne serait plus omis volontairement ou involontairement par la famille, par le conjoint ou par un légataire intéressé. Cette mention aurait permis de s'assurer que la dévolution du notaire était totalement fiable. Il faut déplorer que cette proposition n'ait pas été suivie. En effet, la responsabilité de l'officier ministériel est engagée sur la dévolution qu'il établit vis-à-vis des

---

<sup>574</sup> 68<sup>ème</sup> Congrès des Notaires - VITTEL, 1971, *Le règlement des successions, méthodes et perspectives*.

héritiers et des tiers. Dès lors, cette proposition ancienne devrait être rappelée aujourd'hui et actualisée afin de permettre une plus grande sécurité des transmissions successorales. De même, une seconde proposition a été émise bien plus tard, lors du 91<sup>ème</sup> Congrès des notaires<sup>575</sup>. Il a été proposé que les reconnaissances d'enfants soient inscrites au fichier central des dispositions de dernières volontés au même titre que les testaments et les donations entre époux. Cette transcription aurait permis de lister les enfants reconnus par le défunt non nés d'un mariage. Cette proposition faite à l'occasion du 91<sup>ème</sup> congrès des notaires est utile mais n'a toutefois pas été entendue. A l'époque, le contentieux était encore limité. On aurait pu ajouter également les enfants issus d'adoption s'agissant notamment d'adoptions réalisées par le *de cuius* en dehors du mariage, à une époque où son conjoint ne faisait pas encore ou plus partie de sa vie.

**213. L'exemple de la Belgique.** En Belgique, il existe un registre national correspondant à une base de données disponibles sur chaque individu. C'est un regroupement d'informations personnelles telles que l'état civil complet de la personne, la liste et les dates de ses emplois, de ses relations de couple, mariage et concubinage, les noms, dates et lieux de naissance de ses enfants, ses dispositions de dernières volontés et toutes informations utiles à son identification. Ces informations sont contenues dans une base de données accessible aux notaires lors de la préparation de leurs actes, et notamment lors d'ouverture de successions. Ils transitent par la puce électronique contenue dans la carte nationale d'identité belge de chaque ressortissant. Ces informations ne sont bien évidemment accessibles que par mot de passe professionnel, comme c'est actuellement le cas du serveur professionnel du cadastre en France. Cette réunion d'informations personnelles accessibles au notaire évite la quasi-totalité des cas de recel d'héritier réservataire. Il pourrait être intéressant de proposer lors d'un prochain Congrès des notaires la création d'un registre national français rassemblant ces informations. Néanmoins, la collecte et le répertoire global de ce type d'informations sur chaque individu détenteur d'une carte d'identité nationale serait plus difficile à faire accepter à la population française qu'à la population belge, dont la modernité sociale n'est plus à prouver.

---

<sup>575</sup> 91<sup>ème</sup> Congrès des notaires - TOURS, 1995, *Le droit de l'enfant*.



**214.** L'adoption de l'enfant du conjoint est une option plus particulière que l'adoption d'un enfant tiers à la famille. Ses conditions et ses conséquences sont spécifiques à l'état d'enfant non commun (**B.**).

## **B. L'ADOPTION DE L'ENFANT DU CONJOINT**

**215.** L'adoption de l'enfant du conjoint est le plus souvent conditionnée par un geste d'amour d'un époux envers l'autre, et envers sa descendance. La seconde famille est « *vue comme celle qui efface la première (ratée) et peut devenir la "vraie" famille des enfants du premier lit* »<sup>576</sup>. Le *de cuius* a la volonté de former une famille avec cet enfant qu'il n'a pas créé mais qu'il accepte comme le sien (**1°**). Mais dans tout ce débordement de bons sentiments et de grands élans d'affection se nichent certaines particularités qui pourraient bien faire regretter à l'enfant son adoption par son beau-parent (**2°**).

### **1. Faire de l'enfant du conjoint son propre enfant**

**216. Le type d'adoption.** Un individu marié en situation de famille recomposée peut diminuer en partie la réserve de ses propres enfants en adoptant ceux de son conjoint. Il partage ainsi son patrimoine avec des héritiers réservataires supplémentaires. La part de réserve individuelle de chacun des enfants sera alors amoindrie au profit de l'adopté<sup>577</sup>. Cet acte peut matérialiser un attachement profond du *de cuius* pour ces enfants qu'il a peut-être élevés. Il peut également s'agir d'un acte de défiance vis-à-vis de ses propres enfants avec lesquels, il n'a possiblement plus de contact. Ce type d'adoption est souvent utilisé à des fins de reconstruction familiale ou à des fins successorales. Le législateur a compris la spécificité

---

<sup>576</sup> MEULDERS-KLEIN M-T. et THERY I., *Quels repères pour les familles recomposées*, Droit des sociétés, LJDJ, 1995, p. 19.

<sup>577</sup> GASNIER F. *Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint*, PA 20 juin 2001, n° 121, p. 4.

de ces situations familiales et a prévu certaines dispositions particulières. Il impose par exemple la forme simple pour l'adoption de ces enfants issus d'une union annexe. La raison est évidente. Si le *de cuius* souhaite former une vraie famille avec l'enfant de son conjoint, cet enfant n'est pas pour autant privé de ses liens avec son autre parent ou la famille de cet autre parent. L'adoption plénière n'est permise que dans certains cas listés par l'article 345-1 du Code civil. On retrouve notamment la déchéance des droits du parent biologique ou le décès des membres de l'autre famille. Le législateur autorise largement l'adoption de l'enfant du conjoint dès lors que le couple est marié. Les conditions y sont beaucoup plus favorables. Le refus de l'adoption plénière a été repris dans un arrêt récent rendu par la Cour de cassation le 28 février 2018<sup>578</sup> à propos d'un couple non marié.

**217. Le rôle du juge.** Il arrive souvent que le conjoint non parent souhaite officialiser le lien filial de fait qu'il a construit avec l'enfant de son conjoint tout en lui attribuant une place dans sa succession au côté de ses enfants de sang. L'enfant a pu être élevé à temps plein par le beau-parent ou pas. Il arrive souvent que cette adoption soit réalisée très tard, certainement afin de s'assurer que l'enfant ne change pas d'attitude en grandissant ou en vieillissant. Cette précaution permet d'éviter les révocations pour motifs graves, révocations qui interviennent souvent après le décès du parent. Mais la volonté de contourner la réserve peut entraîner des adoptions purement stratégiques. Le juge peut refuser d'entériner une adoption simple au motif que les enfants de l'adoptant ne s'entendent pas avec l'adopté<sup>579</sup>. Le juge ne doit pas compromettre les relations familiales préexistantes. Le juge est vigilant à l'intérêt global de la famille.

**218. Un contrôle ?** Certains auteurs proposent d'encadrer plus strictement les adoptions d'enfants de conjoint en examinant avec précision le sentiment filial<sup>580</sup>. Ils préconisent de mettre en place une méthode afin de s'assurer de la réalité du besoin d'adoption ou de la réalité des liens unissant adoptant et adopté. Il est envisagé de réserver les adoptions par les conjoints n'ayant eux-mêmes pas d'enfant. On pourrait également se

---

<sup>578</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 février 2018, n° 17-11.069 ; D. act. 8 mars 2018, obs. COUSTET T.

<sup>579</sup> GASNIER F., *Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint*, PA 20 juin 2001, n° 121, p. 4.

<sup>580</sup> GASNIER F., *Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint*, PA 20 juin 2001, n° 121, p. 4.



pencher sur un statut de reconnaissance, si l'enfant a été entretenu par le beau-parent en vivant avec lui, ou si l'enfant s'est occupé du beau-parent pendant une période difficile (maladie, problèmes familiaux...). Toutefois ces éléments sont particulièrement subjectifs. On ne peut mesurer l'attachement d'un enfant à son beau-parent au fait qu'il n'avait pas de concurrence directe avec un autre enfant ou au fait qu'il vivait à plein temps avec lui. Le lien filial nécessaire à l'adoption ne dépend pas d'une relation de besoin. Ces auteurs cherchent louablement à faire diminuer le nombre de mauvaises adoptions, de celles qui finissent en révocation ou de celles qui sont en réalité totalement factices. Mais le critère majeur qu'ils mettent en avant repose sur la notion de besoin<sup>581</sup>, notion qui ne peut servir de base à une nouvelle réglementation plus restrictive.

## **2. Le risque de la révocation combiné à l'absence d'action en retranchement**

**219. Révocation pour motifs graves.** La révocation d'une adoption plénière n'est pas autorisée<sup>582</sup> mais l'adoption simple est révocable pour *motifs graves*<sup>583</sup>. Les motifs graves peuvent être de différentes natures<sup>584</sup>. La demande de révocation peut être soumise par l'une ou l'autre des parties<sup>585</sup>. S'agissant de l'adoptant, il doit être démontré que ce dernier n'a pas suffisamment respecté les intérêts de l'enfant adopté<sup>586</sup> ou n'a pas honoré ses obligations envers lui. S'agissant de l'adopté, les motifs graves sont souvent constitués par une peine pour indignité<sup>587</sup>. La révocation n'est prononcée qu'en cas de mécontente réelle<sup>588</sup>

---

<sup>581</sup> GASNIER F., *Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint*, PA 20 juin 2001, n° 121, p. 4.

<sup>582</sup> Art. 359 C. civ.

<sup>583</sup> Art. 370 C. civ.

<sup>584</sup> CA BORDEAUX, 7 mars 2002 ; Dr. fam. 2002, comm. 83, obs. MURAT P. ; RTD Civ. 2002, p. 797, obs. HAUSER J.

<sup>585</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1978, n° 76-13.415, Bull. civ. I, n° 114 : sur la mauvaise conduite d'un fils adoptif qui a commis voie de fait et injures sur son parent adoptif.

<sup>586</sup> BENABENT A., *Droit civil, droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2014, p. 425.

<sup>587</sup> Art. 726 C. civ. et suiv.

<sup>588</sup> CA PARIS, 16 mars 1989, JurisData n° 1989-022921.

ou lorsque le comportement de l'adopté devient injurieux envers l'adoptant<sup>589</sup>, voir menaçant<sup>590</sup>. C'est une mésentente profonde perturbant la vie de la famille<sup>591</sup>. Ainsi l'adopté perd tous ses droits vis-à-vis de l'adoptant, notamment ses droits successoraux d'héritier réservataire. Mais les effets de cette révocation ne sont pas rétroactifs. La perte de droits n'agit que pour l'avenir<sup>592</sup>. Ce n'est en aucun cas une annulation du lien filial qui avait cours jusqu'alors. Toutes les donations que le parent adoptif a consenties à l'enfant sont maintenues. L'adoptant doit prouver l'ingratitude pour l'en priver. Mais les raisons qui ont poussé l'adoptant à révoquer l'adoption devraient être suffisantes pour justifier et qualifier l'ingratitude<sup>593</sup>. Il revient aux juges du fond d'apprécier la situation propre à chaque famille et de déterminer si les motifs graves sont caractérisés<sup>594</sup>. Néanmoins, il est intéressant d'examiner la révocation demandée par l'adoptant en ce qu'elle permet dans certaines circonstances de contourner la réserve qui avait été promise.

**220. L'utilisation de l'action en retranchement.** Comme nous avons pu le voir précédemment, l'action en retranchement des avantages matrimoniaux est une forme d'action en réduction octroyée par un aménagement du régime matrimonial de son auteur. Cette action est réservée aux seuls enfants non communs<sup>595</sup>. Un enfant biologiquement non issu des deux époux mais adopté simplement par le conjoint du parent ne disposerait donc plus de cette action en retranchement ? La solution serait à la fois logique et dangereuse. En ce qu'il est héritier réservataire dans la succession de l'adoptant, l'adopté ne remplit plus les conditions pour utiliser l'action en retranchement. Il héritera de son parent biologique comme de son adoptant. Il paraissait donc logique de le traiter comme un enfant commun. Mais cette situation peut dans certaines hypothèses, se révéler fatale à la réserve de l'adopté.

---

<sup>589</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janvier 1966, Bull. civ. 1966, I, n° 30.

<sup>590</sup> CA POITIERS, 16 avril 2002, JurisData n° 2002-182246.

<sup>591</sup> CA RENNES, 13 mai 2002, n° 00/07022.

<sup>592</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 376.

<sup>593</sup> Art. 955 C. civ.

<sup>594</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1973 ; JCP 1974, II, 17689, note DE LA MARNIERRE E.-S.

<sup>595</sup> Voir infra.



**221. Une jurisprudence de l'assimilation.** Dans d'anciens arrêts, certains juges du fond<sup>596</sup> avaient pris le parti d'accorder aux enfants adoptés simples le recours à l'action en rééducation<sup>597</sup>. Ces décisions ont été critiquées par certains auteurs<sup>598</sup> au motif que l'enfant adopté par son beau-parent hérite de lui au même titre que l'enfant commun. Il est donc bénéficiaire autant que son cohéritier des avantages contenus dans le patrimoine du survivant. Il devient donc héritier réservataire des deux membres du couple, sa vocation successorale est identique à celle d'un enfant par le sang des deux époux. En 2006, la Cour de cassation a dû se prononcer sur le cas d'enfants adoptés simplement par l'épouse de leur père. Le couple avait ensuite modifié son régime matrimonial pour une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale. Au décès de leur père, les enfants adoptés ont réclamé le retranchement des avantages matrimoniaux à leur belle-mère devenue mère adoptive, à la suite de ce changement de régime. Le 7 juin 2006, la Cour de cassation a finalement suivi la position dominante de la doctrine et a refusé le bénéfice de l'action en retranchement<sup>599</sup>. Elle s'est prononcée en faveur de l'assimilation de l'enfant adopté à l'enfant commun. Admettre que l'adoption simple suffit à placer l'enfant dans les mêmes conditions qu'un enfant biologiquement issu des deux époux, signifie le priver de l'utilisation de l'action en retranchement. Trois ans plus tard, la Cour de cassation réitère sa décision dans l'arrêt du 11 février 2009<sup>600</sup>. Une partie des auteurs<sup>601</sup> avait applaudi les décisions de la Cour de cassation, considérant que l'adopté simple n'avait pas besoin de la protection de l'action en retranchement car il était d'office héritier dans la succession du parent adoptif. Mais ces auteurs n'avaient pas envisagé que des circonstances particulières pouvaient faire de ce principe un instrument du contournement de la réserve.

---

<sup>596</sup> BICHERON F., *L'adoption simple par le conjoint survivant fait échec à l'action en retranchement*, AJ fam. 2009, p. 179.

<sup>597</sup> CA PARIS, 10 juillet 1985 ; JCP G 1988, II, 21134, note SIMLER P. ; Defrénois 1986, 33800, 1165, note OLIVIER J-M.

et CA PARIS, 5 novembre 1992 ; RTD Civ. 1993, p. 869 obs. LUCET F. et VAREILLE B.

<sup>598</sup> RTD Civ. 1993, p. 869 obs. LUCET F. et VAREILLE B.

<sup>599</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, JurisData n° 2006-033849 ; Bull. civ. 2006, I, n° 295 ; JCP G 2007, I, 142, n° 25, obs. TISSERAND-MARTIN A. ; Dr. fam., comm. 44, MURAT P. ; Defrénois 2006, p. 1578, note VAREILLE B. et p. 1614 obs. CHAMPENOIS G. ; RTD Civ. 2006, p. 749 obs. HAUSER J.

<sup>600</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2009, n° 07-21.421, JurisData n° 2009-046981, Dr. fam., n° 4, avril 2009, comm. 44, note BASCUGNANA J-D.

<sup>601</sup> BASCUGNANA J-D., *L'adopté simple ne bénéficie pas de l'action en retranchement*, Dr. fam. avril 2009, n° 4, p. 44.

**222. La jurisprudence du contournement.** Un arrêt du 9 juillet 2014<sup>602</sup> vient donner un tout nouvel éclairage aux conséquences inattendues de l'adoption simple et aux dernières jurisprudences. En l'espèce un couple marié a réalisé un changement de régime matrimonial afin d'opter pour la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale des biens communs. L'époux avait un fils d'une précédente union, et le couple a eu une fille pendant leur mariage. La belle-mère décide d'adopter simplement son beau-fils afin de former une unité familiale. Jusque-là, les conditions sont identiques à celles issues des deux précédents arrêts de 2006 et 2009. Mais au décès du père, le fils se retourne contre sa mère adoptive. L'ampleur et le détail des griefs familiaux n'est pas connu. Le comportement du fils était devenu si intolérable pour la veuve, qu'elle obtient la révocation judiciaire de l'adoption simple pour motifs graves. Or la révocation est intervenue *après* le décès du père. Rappelons que les révocations d'adoption ne sont valables que pour l'avenir. Un an après la révocation, la veuve meurt à son tour laissant pour lui succéder sa seule fille, commune à son époux prédécédé, et demi-sœur du fils anciennement adopté. La fille recueille la totalité de la succession de sa mère, et par le jeu des avantages matrimoniaux, elle recueille également tous les biens qui auraient dû figurer dans la succession du père. L'adopté qui ne l'était plus a alors été privé de tous droits sur la succession de son père et de sa belle-mère au profit de sa sœur. Il est purement et simplement exhéredé. Il a alors décidé d'intenter une action contre sa sœur pour faire reconnaître la privation qu'il avait subie.

**223. L'état des droits et actions respectifs.** Au moment du règlement de la succession de son père, le fils ayant la qualité au jour du décès d'enfant adopté n'a pu agir en retranchement des avantages matrimoniaux excessifs contre sa mère adoptive. Les arrêts rendus par la jurisprudence précédemment en 2006 et 2009 l'en empêchaient. La veuve, grâce à son changement de régime matrimonial, était seule héritière de la succession de son mari. Or, à son propre décès, le fils adopté désavoué était redevenu simple beau-fils. Il ne disposait plus d'aucun droit héréditaire ou réservataire sur la succession de sa belle-mère. Il était considéré comme un étranger. La révocation de l'adoption simple n'ayant d'effet que pour l'avenir, il ne pouvait demander le retranchement des avantages matrimoniaux à

---

<sup>602</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2014, n° 13-19.013 ; JCP G 2015, n° 4, 101 note LE GUIDEC R. ; JCP N 2014, n° 51-52, 1385, note LE GUIDEC R. ; RJPF octobre 2014, p. 31, note SAUVAGE F. ; Dr. fam. 2014, comm. 144, obs. BEIGNIER B. et NICOD M.



posteriori. En effet, ses droits au moment du décès de son père étaient toujours ceux d'un enfant commun, privé de l'action de l'article 1527 du Code civil. La situation héréditaire du fils adoptif n'a pas changé concernant la succession de son père. Il conserve sa qualité d'enfant commun pour le règlement de sa seule succession. Son statut n'a changé que concernant la succession de sa belle-mère. Mais il n'a recueilli de biens dans aucune des deux successions. La Cour<sup>603</sup> a rejeté sa demande entendant que l'adoption faite par la belle-mère interdisait toute demande sur ce fondement, quand bien même l'adoption a été révoquée ultérieurement, du moment qu'elle ne l'a été qu'après le décès du parent biologique.

**224. Une opportunité de contournement ?** Cette jurisprudence a été fatale à la réserve du fils adoptif. La Cour, en jugeant qu'il ne pouvait invoquer l'action en retranchement le prive en réalité du droit de réclamer sa réserve. Même s'il n'est plus un présomptif héritier de sa belle-mère, la Cour lui refuse le moyen d'agir contre la seconde succession comme un créancier de droits à réserve. La solution de l'arrêt, aussi incroyable soit-elle, peut-elle servir le dessein du contournement de manière efficace ? Certes, le contournement de la réserve est absolu en l'espèce. Pour autant, il est conditionné à un enchaînement d'événements qui n'avaient pas été prévus par les protagonistes. La belle-mère n'avait pas cherché à priver son fils adoptif de tous droits sur la succession de son père en révoquant l'adoption. Elle n'avait très certainement même pas conscience que sa révocation le priverait de sa réserve sur la succession de son père. De son côté, le fils n'avait pas envisagé de perdre son émolument en acceptant de devenir le fils adoptif de l'épouse de son père. Par cet accord, il devait au contraire, recevoir des biens dans les deux successions et ainsi augmenter l'émolument final qu'il devait recevoir.

Toutefois, ce cas reste anecdotique. L'inscrire parmi les stratégies de contournement est hasardeux. Ce montage a été d'une efficacité redoutable pour l'enfant adopté mais il n'a pas été prévu. La révocation de l'adoption n'est pas chose facile. Et prévoir un plan d'adoption de l'enfant de son époux dans le seul but de la révoquer ultérieurement en

---

<sup>603</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2014, n°13-19.013 ; JCP G 2015, n°4, 101 note LE GUIDEC R. ; JCP N 2014, n° 51-52, 1385, note LE GUIDEC R. ; RJPJF octobre 2014, p. 31, note SAUVAGE F. ; Dr. fam. 2014, comm. 144, obs. BEIGNIER B. et NICOD M.

espérant que ledit époux décède le premier est diaboliquement improbable. Il existe beaucoup d'inconnues dans l'équation et la révocation ne s'obtient pas aisément. Toutefois, le contournement de la réserve ainsi démontré étant tellement efficace qu'il pourrait inspirer certains aventuriers de la stratégie familiale.

## **Conclusion de chapitre**

**225. La mise en concurrence réussie.** La concurrence des tiers est une notion finalement assez connue en droit patrimonial. Les donations-partages et les legs sont les outils de prédilection des notaires lors de la préparation des projets de transmissions patrimoniales. Le *de cuius* fait le choix d'avantager un tiers, avec ou sans le consentement de son présomptif héritier. La donation-partage conjonctive avec inclusion d'enfants non communs permet de diminuer à terme la part de réserve des enfants du conjoint par rapport à ce qu'ils auraient eu en l'absence de donation-partage. Mais cette option n'est envisageable que si le nombre d'enfants non communs est supérieur au nombre d'enfants communs allotis. Depuis la mise en place du partage en valeur, il paraît plus aisé de réaliser une donation-partage faussement égalitaire. Néanmoins, la jurisprudence récente de la Cour de cassation précitée sur la valorisation réelle des biens au jour de la donation-partage pourrait remettre en cause cette option. De plus, la remise en cause récente de l'efficacité des clauses pénales limite la marge de manœuvre du *de cuius*. Il ne peut plus garantir le comportement de ses héritiers copartagés. La donation-partage transgénérationnelle crée une abdication efficace des droits de l'enfant intermédiaire. Cette perte à la fois des biens et des pouvoirs génère un contournement que le réservataire agrée au nom de ses propres enfants. L'abdication peut se révéler quasi complète si le *de cuius* ne laisse presque aucun patrimoine à son décès, une fois la donation-partage réalisée. La renonciation anticipée à l'action en réduction permet une renonciation volontaire avec un contournement efficace et sans appel de la réserve. Par contre l'action en retranchement n'a pas d'autre utilité que de permettre une privation temporaire des pouvoirs des héritiers réservataires. Le legs universel est d'une efficacité redoutable en privant les descendants des biens de famille, les laissant pour attributaires d'une simple compensation. Le testament-partage permet une répartition avec dépossession



sans avertir les héritiers avant le décès mais ne permet pas un contournement arithmétique de la réserve. Sans RAAR, le testament-partage risque de rester limité. La sanction de recel est dissuasive mais à l'époque actuelle, avec les recompositions familiales, le recel est devenu une option facile à mettre en œuvre. Il permet de dissimuler la présence d'héritiers réservataires potentiellement gênants. L'adoption combinée aux avantages matrimoniaux ne peut pas être considérée en tant que telle comme un instrument de par sa mise en œuvre très complexe. Toutefois, cette combinaison reste la solution la plus radicale tant sur le plan du retrait des pouvoirs des descendants que sur le plan de la privation de patrimoine.

**226. Les bémols.** Certains des instruments paraissent singulièrement efficaces mais sont conditionnés à l'enchaînement d'événements dont la réalisation et l'ordre d'apparition reste aléatoire. Le contournement de la réserve va parfois se limiter à un contournement sur l'attribution de la nature des biens issus de la succession. Il se limite aussi finalement, dans certains cas, à une diminution de la part héréditaire sans pour autant tenter à la consistance de la part réservataire. La concurrence des tiers apporte des solutions efficaces mais ne correspondant pas toujours à l'envie d'absolu exprimée par les clients devant leur notaire. Certains aménagements les rendent plus efficaces mais ils ne constituent pas des solutions miracles ou paraissent trop complexes à prévoir. Le *de cuius* devra parfois se contenter d'un contournement limité. Il devra également faire un choix entre révéler ses intentions à travers par exemple les donations-partages ou la RAAR, ou les dissimuler, par exemple au travers d'un testament, afin de se satisfaire à l'avance de l'effet de surprise qu'il engendrera.

## **CONCLUSION DE TITRE**

**227. L'efficacité de la mise en concurrence.** L'efficacité du contournement de la réserve ne dépend pas de la qualité héréditaire ou matrimoniale du tiers choisi. Chaque instrument possède des qualités qui lui sont propres. Il dépend du niveau de risques et de la nature du risque choisi. Le *de cuius* qui opte pour une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale en présence d'un enfant qui n'est pas de son conjoint prend le risque de voir le montage qu'il a mis en place s'effondrer avec l'action en retranchement. La donation-partage faussement égalitaire, expose l'enfant avantagé au paiement des faiblesses du plan de transmission patrimoniale de son auteur. Organiser la concurrence des tiers pour affaiblir la réserve est finalement plus un risque pour le tiers que pour le *de cuius*. En agissant ainsi, l'auteur sera en mesure d'augmenter ou de créer des droits au profit de ce tiers privilégié au détriment de ses propres descendants. Or, cette faveur qu'il laisse à son décès expose celui qui la reçoit au versement de compensations si le montage échoue. Le *de cuius* lui-même ne sera plus responsable des actions qu'il aura menées. Il devra simplement, dans certaines éventualités, répondre de ses faveurs sur le patrimoine qu'il laissera à sa mort. Mais le décès lui confère une paix de l'esprit à laquelle le tiers concurrent ne peut prétendre. Face à une succession vidée, l'héritier réservataire choisira d'agir contre le patrimoine du concurrent encore en vie. En acceptant de devenir le concurrent, le tiers, le cohéritier ou le conjoint s'expose à la colère du réservataire partiellement exhéredé.

L'efficacité de la mise en concurrence utilisée pour avantager le conjoint, un tiers ou un autre membre de la famille, reste modérée et le plus souvent soumis à l'aléa de l'ordre des décès. Le contournement reste aléatoire et parfois dangereux. Le *de cuius* qui a organisé des avantages non modifiables au profit de son conjoint en cas de prédécès mais qui finit par divorcer, perdra une part conséquente de son patrimoine. La faute lui sera totalement imputable. Il sera tributaire de la longévité de son couple. Mais sans action de sa part, sans manœuvre de contournement, la réserve sera transmise pleine et entière à ses héritiers. Pour autant, le *de cuius* n'est pas assuré en quittant ce monde que le contournement qu'il aura soigneusement préparé aboutira. L'obtention préalable de l'accord de l'héritier réservataire



au projet patrimonial, qu'il s'agisse d'un accord de ne pas contester l'organisation du défunt ou de laisser un autre héritier prendre sa place, permet de s'assurer en grande partie de l'efficacité du contournement. Obtenir cet accord n'est pas toujours aisé et il reste parfois temporaire. C'est la raison pour laquelle le choix de la mise en concurrence est une option utile lorsque le *de cuius* envisage un contournement modéré de la réserve d'un ou plusieurs de ses descendants. Les moyens sont marginaux mais efficaces quand le *de cuius* a pris soin de fermer les moyens d'action du réservataire. Le contournement par la concurrence est multi formes. Il peut naître d'une privation arithmétique de la succession, d'une privation totale ou partielle de la propriété des biens familiaux, ou même de l'abdication des droits du réservataire au profit de sa propre descendance ou d'un tiers. Chacun des contournements a des conséquences différentes sur les droits reçus par les héritiers réservataires. Mais tous ont un point commun. Ils contreviennent à leur façon à l'obligation de la délivrance *directe* à l'héritier réservataire d'une part *fixe* des *biens* contenus dans le patrimoine du *de cuius*.

**230. Une action positive.** Chacun des instruments présentés dans ce premier titre implique pour le *de cuius* une action positive de sa part. Ce dernier s'oblige à gratifier un membre de son entourage pour diminuer les droits des réservataires. C'est en fait l'action positive de constitution et de distribution de biens ou de droits à un autre individu, qui fait perdre au descendant une part de sa réserve. Le *de cuius* décide d'agrandir sa famille par le mariage ou l'adoption, il décide de gratifier un légataire universel ou de choyer l'arrivée des petits-enfants. La mise en concurrence dépend d'un principe mathématique de base. Plus on ajoute de membres autour de la table lors de la distribution du gâteau, plus les parts reçues seront réduites. La privation doit être suffisamment importante pour atteindre la réserve héréditaire. Par des outils finalement simples et courants pour la plupart des études notariales, le *de cuius* est à même d'atteindre pour partie, l'édifice de la réserve héréditaire et les droits qui y sont attachés. A l'exception du cas spécifique de la révocation de l'adoption de l'enfant du conjoint dans un timing parfait, les options présentées tout au long de ce titre restent abordables et d'accès facile.

**231. Des formes de privation.** Il n'existe pas une seule forme de contournement de la réserve mais plusieurs. Le *de cuius* doit choisir sa stratégie familiale et patrimoniale en

fonction de l'objectif poursuivi. S'il cherche à priver son réservataire présomptif d'émolument il peut utiliser une donation-partage faussement égalitaire ou encore choisir le régime des avantages matrimoniaux. L'héritier perçoit moins de droits, moins de biens, ou d'une valeur réelle moindre. S'il souhaite empêcher l'héritier de prendre possession des biens et souvenirs de famille, il optera pour le legs ou le testament-partage. Cette privation renvoie un message fort à l'héritier. Le *de cuius* ne le juge pas digne de perpétuer l'œuvre de la famille ou il lui préfère un cohéritier plus conciliant. Si maintenant le *de cuius* souhaite distribuer ses biens à travers son enfant sans qu'il n'en profite lui-même, il optera pour la donation-partage transgénérationnelle. Ce contournement présente un effet psychologiquement assez pervers. Le *de cuius* prive son descendant des biens et droits qui devaient lui revenir pour les donner à sa propre descendance qu'il juge mieux mériter l'allotissement ou en avoir plus besoin. Par cet instrument, le *de cuius* prive deux fois son enfant. Il le prive une première fois des biens transmis aux petits enfants. Puis il le prive une seconde fois en utilisant la souche de son enfant, en s'assurant que l'enfant intermédiaire n'obtiendra rien pour lui-même. Le réservataire acquiesce à sa propre privation. Il en est de même pour la renonciation anticipée à l'action en réduction. Il est probable que ce genre de pratique résulte en grande partie du pouvoir persuasif du *de cuius*. L'héritier se comporte comme s'il donnait lui-même l'épée à son bourreau, signant sa propre autorisation d'exécution. S'il souhaite que le contournement soit temporaire ou en jouissance, il peut opter pour la donation entre époux et l'application de l'usufruit du conjoint. Si le *de cuius* souhaite seulement égaliser les droits entre ses enfants par le sang et ses enfants de cœur<sup>604</sup>, il choisira l'adoption. Tout est question de ce que le *de cuius* entend par contournement de la réserve. Pour chaque situation, l'auteur devra faire appel à des montages adaptés.

**232.** Mais existe-t-il une autre forme de privation de réserve ? Une forme qui porterait sur un autre aspect de la réserve ? Qui contraindrait l'héritier malgré la protection légale ? La réponse est affirmative. L'héritier peut subir une autre forme de contournement de ses droits à réserve. Il s'agit d'une forme de contournement plus pernicieuse, plus insidieuse. Le *de cuius* peut l'organiser de son vivant, sans pour autant avertir les héritiers concernés. On parle bien de la privation de pouvoir (**Titre2**).

---

<sup>604</sup> Notamment les enfants du conjoint.



## TITRE 2 : PRIVER L'HERITIER DE POUVOIR

---

*« Les seuls biens dont la privation coûte sont  
ceux auxquels on croit  
avoir droit.<sup>605</sup> »*

**233. Une question de pouvoir.** L'héritier réservataire, tout comme le légataire universel, est titulaire de la saisine héréditaire<sup>606</sup>. La saisine correspond au pouvoir que la loi octroie à un héritier d'entrer spontanément en possession de la succession dans sa globalité à la mort du *de cuius*. On retrouve ici l'adage : « *le mort saisit le vif* ». L'héritier réservataire est le continuateur du *de cuius*. La saisine, pilier du modèle successoral français, repose sur la continuation de la personne du défunt par ses héritiers.<sup>607</sup> Aucune vacance de la succession ne doit être constatée. Pas besoin d'envoi en possession pour appréhender les biens et droits dépendants de la succession. L'héritier peut en prendre possession, en jouir et en disposer à condition d'accepter la succession. Et en tant qu'héritier légal acceptant, il dispose de tous pouvoirs sur les biens à égalité avec ses cohéritiers. Or contourner la réserve peut conduire le *de cuius* à priver l'héritier de ses pouvoirs sur sa réserve. Il peut déroger à la saisine en privant les descendants non pas du titre d'héritier mais de leur pouvoir de gestion sur les biens<sup>608</sup>. Il peut les priver de leur pouvoir de gestion, de libre disposition ou de libre administration. Il lui faudra simplement justifier d'une inaptitude à gérer la succession ou certains biens compris dedans (**Chapitre 1**), ou encore, d'un intérêt supérieur (**Chapitre 2**).

---

<sup>605</sup> ROUSSEAU J.-J., *Emile ou de l'éducation*, 1762.

<sup>606</sup> Art. 724 C. civ.

<sup>607</sup> LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ. 2016, p. 729.

<sup>608</sup> GRIMALDI M., *Le mandat à effet posthume*, Defrénois, 15 janvier 2007, n° 1, p. 3.



## **CHAPITRE 1 : LA PRIVATION JUSTIFIEE PAR L'INAPTITUDE A GERER**

**234. Inaptitude.** La gestion des biens successoraux est habituellement dévolue aux héritiers du *de cuius*. Mais ce dernier n'est parfois pas enclin à les laisser appréhender ce qu'il a mis toute une vie à construire, et à amasser. Il peut percevoir ses héritiers présomptifs comme étant trop jeunes, trop peu expérimentés, trop candides, vénaux, prodigues ou dont l'entourage représente un danger<sup>609</sup>... Dans certains cas l'inaptitude est réelle. Un enfant mineur ou incapable<sup>610</sup> n'est pas à même de gérer, sans aide extérieure, le patrimoine qu'il reçoit inopinément dans une succession. Le *de cuius* doit agir pour empêcher la dilapidation de ses biens. Il peut organiser une privation de pouvoir efficace mais à durée déterminée à travers le mandat à effet posthume (**Section 1**). Si parmi ses présomptifs héritiers, certains sont frappés d'incapacité, il pourra envisager d'autres options mieux adaptées à la situation particulière de ses descendants (**Section2**).

### **SECTION 1. - L'INAPTITUDE A GERER UN PATRIMOINE SPECIFIQUE : LE MANDAT A EFFET POSTHUME**

**235. Création spécifique.** Parfois l'ascendant a besoin de nommer un tiers pour gérer sa future succession. Ce tiers peut être désigné à travers un mandat à effet posthume. Ce mandat est une création de la loi de réforme du 23 juin 2006. Son régime est fixé aux articles 812 à 812-7 du Code civil. On reprend ici l'idée de la fiducie<sup>611</sup> successorale présente en droit anglo-saxon<sup>612</sup> et déjà utilisée en France en matière bancaire. Cette création repose sur

---

<sup>609</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 136.

<sup>610</sup> Enfant placé sous un régime de protection de type tutelle ou curatelle.

<sup>611</sup> Voir supra.

<sup>612</sup> FORGEARD M-C., CRÔNE R., GELOT B., *Le nouveau droit des successions et des libéralités, loi du 23 juin 2006*, Commentaire & Formules, Paris, Defrénois, 2007, p. 65.

le même principe que la fiducie gestion. Le mandat à effet posthume permet de préparer la gestion successorale en présence d'enfants inaptes ou d'un patrimoine particulier. Ce mandat successoral est une forme de privation de pouvoir organisée par le *de cuius* (§1.). Mais le législateur n'a pas entendu que la privation soit totale et d'une durée indéterminée. Il a prévu des limites pouvant ruiner les espérances du mandant (§2.).

## **§1. UNE PRIVATION SOLIDE ORGANISEE PAR LE DE CUJUS**

**236.** Ce mandat était demandé par la pratique notariale depuis de nombreuses années mais il a été également vivement critiqué comme étant un énième coup de canif au droit des successions classiques. Aux termes de l'article 812<sup>613</sup> du Code civil le *de cuius* est en mesure de créer un mandat de gestion et d'anticipation successorale qui s'appliquera à son décès. Il lui permettra notamment de contourner la part de réserve dévolue à ses présomptifs héritiers. Mais pour cela, il doit démontrer l'utilité voire la nécessité de priver ses héritiers de pouvoirs (A.). Cette nécessité emportera, si elle entre dans les critères du mandat à effet posthume, la privation de gestion de tout ou partie des biens de la succession (B.).

### **A. DEMONTRER L'UTILITE POUR LA SUCCESSION**

**237. Privation autorisée.** Par principe, la Cour de cassation sanctionne toute privation de disposition et de jouissance des biens du réservataire par le disposant<sup>614</sup>. Mais cette sanction est à nuancer désormais face à la création du législateur de 2006. L'innovation

---

<sup>613</sup> Art. 812 C. civ. : « Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés. Le mandataire peut être un héritier. Il doit jouir de la pleine capacité civile et ne pas être frappé d'une interdiction de gérer lorsque des biens professionnels sont compris dans le patrimoine successoral. Le mandataire ne peut être le notaire chargé du règlement de la succession. »

<sup>614</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 1977, Bull. civ. 1977, I, n° 100 ; JCP G 1977, IV ; RTD Civ. 1978, p. 173 obs. SAVATIER R.



du mandat à effet posthume vient ouvrir une nouvelle brèche dans la conception classique de la réserve. Le législateur crée ainsi un nouveau pacte sur succession future autorisé<sup>615</sup>. Le *de cuius* est libre de priver son ou ses descendants de leur pouvoir de gestion grâce à ce tout nouveau mandat aux particularités étonnantes (1°). Son seul devoir : démontrer l'inaptitude de son ou de ses héritiers à gérer les biens concernés (2°).

## 1. Un mandat étonnant

**238. Dessaisissement.** Les réservataires disposent habituellement de tous pouvoirs de gestion, d'administration et de disposition sur les biens et droits dépendants de la succession de leur auteur. Or le mandat à effet posthume provoque un dessaisissement partiel des héritiers pour une raison jugée légitime. La privation leur est opposée au nom d'un intérêt supérieur qui les dépasse. Ils conservent leur pouvoir de disposition mais perdent le droit de gérer et d'administrer les biens. Le mandataire est nommé par le *de cuius* pour gérer le patrimoine successoral à leur place. Cette déposition, bien que temporaire, empêche-le ou les héritiers concernés de réaliser ladite gestion concomitamment à celle du mandataire. Les héritiers mécontents pourraient être tentés d'appliquer une gestion concurrente et occulte des biens. Tout acte de gestion entrant dans le cadre de la mission du mandataire mais réalisé par l'héritier encourt la nullité. C'est une déposition juridique et non économique. Le mandataire ne fait que prendre les rênes de la succession le temps de sa mission. Les héritiers se trouvent démunis face à ce mandataire qu'ils n'ont pas choisi et qui va gérer leurs droits à sa manière. On retrouve ainsi la conception anglo-saxonne de la transmission successorale dans laquelle la succession n'est pas directement transmise aux héritiers mais est confiée à un tiers chargé d'administrer les biens et de régler les dettes<sup>616</sup>. On y retrouve également certains traits de la fiducie importée du droit anglo-saxon<sup>617</sup>.

---

<sup>615</sup> CENAC P. et PEYROUX C., *La mort de la réserve héréditaire*, JCP N 2011, n° 9, 1092.

<sup>616</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 201.

<sup>617</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 216.

**239. Et la réserve ?** Le législateur a souhaité que le mandat auquel il venait de donner naissance ne soit pas un simple vœu pieu ; il l'a imaginé efficace et solide. Et dans cette démarche, il ne pouvait épargner la réserve des descendants. Ces derniers, autant que les autres, subiront le poids de la volonté de leur auteur. La privation instaurée par le mandat concernera indifféremment la part de quotité disponible et la part de réserve. Cette volonté se comprend aisément. Si le *de cuius* pense que ses héritiers ne sont pas capables d'assumer la gestion des biens ou plus particulièrement de l'entreprise qu'il va laisser à son décès, il désignera un tiers plus compétent par testament. Il ne faut pas oublier que le droit successoral est une passerelle de transmission économique particulière des entreprises et des parts de sociétés. Le législateur français a tenté d'anticiper les situations de blocage. Par cette volonté, il a créé un mandat qui porte atteinte au principe de la transmission de la réserve libre de toute charge<sup>618</sup>. Le dessaisissement concerne donc tant la part de quotité disponible que la réserve individuelle ou globale<sup>619</sup>. Pour certains auteurs, « *Il est ainsi pour le moins remarquable que le mandat à effet posthume autorise le défunt à s'affranchir des limites de la réserve héréditaire.*<sup>620</sup> » Le *de cuius* crée une charge sur la réserve de ses héritiers car « *Le mandat à effet posthume renverse [...] la solution classique selon laquelle la réserve doit parvenir à son titulaire exempte de toute charge limitant la liberté de disposer.*<sup>621</sup> »

**240. Un vrai mandat ?** Le mandat à effet posthume est soumis aux dispositions communes à tous les mandats. Il devra notamment être accepté par le mandataire du vivant du mandant. Mais il revêtira en plus la forme authentique. La mise en place de ce mandat ne requiert ni l'information ni l'approbation des héritiers présumptifs du mandant qui le subiront. Le mandataire est imposé de plein droit par le *de cuius* aux héritiers. L'absence de publication du mandat afin d'informer les tiers expose le contrat à un fort contentieux successoral mais permet sa discrétion.

---

<sup>618</sup> Art. 912 C. civ.

<sup>619</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 133.

<sup>620</sup> PETERKA N., *Mandat – Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui*, JCP N 2013, n° 29, 1190.

<sup>621</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 133.



**La représentation.** C'est un mandat d'un nouveau genre. Il naît avec le décès du mandant au lieu de s'éteindre avec lui<sup>622</sup>. En effet, le mandataire gère les biens successoraux pour le compte des héritiers sans pour autant être mandaté par eux. Mais il agit en leur nom, en leur lieu et place. Mais le mandataire ne représente pas le *de cuius* car ce dernier est déjà mort. Ce décès est le point de départ de la mise en œuvre du mandat<sup>623</sup>. Les héritiers ne sont pas eux-mêmes mandants. Ils ne le deviennent pas à la mort du *de cuius*. Alors *quid* de la représentation ? Il faut ajouter que si représentation il y a, il s'agit d'une représentation forcée. Celle des héritiers qui n'ont pas signé ni validé le mandat et non celle du mandant déjà décédé. Mais le mandataire agit dans l'intérêt exclusif des héritiers dont il a la mission de protéger les intérêts patrimoniaux. Dans ces circonstances, il n'est pas clairement établi que le mandataire dispose d'un pouvoir de représentation du mandant. La doctrine diverge à ce sujet<sup>624</sup>. Néanmoins, pour beaucoup d'auteurs, le mandat à effet posthume revêt la forme d'un mandat forcé sans représentation<sup>625</sup>. Cette forme de mandat permet le contournement de la réserve héréditaire.

## 2. L'inaptitude

**241. Un besoin lié aux héritiers.** Le mandat à effet posthume entraîne le dessaisissement pour les héritiers des biens et droits dépendant de la succession du défunt. La conséquence est si grave, qu'elle est soumise à l'existence d'un besoin justifié. Le *de cuius* doit justifier d'une nécessité qui est fonction des biens laissés à sa succession ou des qualités des présomptifs héritiers qui lui succéderont. C'est la raison pour laquelle son utilisation est cantonnée à certains cas particuliers. L'inaptitude est une notion plus large que celle de la simple incapacité<sup>626</sup> : « *Le catalogue des « vices » est ouvert*<sup>627</sup> ». Les héritiers

---

<sup>622</sup> Art. 2003 C. civ.

<sup>623</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 203.

<sup>624</sup> WICKER G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 812 à 812-7, *fascicule unique : Successions, mandats successoraux, le mandat à effet posthume*,

<sup>625</sup> WICKER G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 812 à 812-7, *fascicule unique : Successions – mandats successoraux, mandat à effet posthume*.

<sup>626</sup> PRIGENT S., *Le mandat à effet posthume*, AJ fam. 2009, 120.

<sup>627</sup> PRIGENT S., *Le mandat à effet posthume*, AJ fam. 2009, 120.

mineurs ou incapables, inaptes à gérer des biens au moment de l'ouverture de la succession, constituent la première cause du mandat à effet posthume. Même si le contournement concerne les héritiers réservataires, le mandat peut viser indifféremment les légataires ou les autres héritiers légaux<sup>628</sup>. Il peut n'en concerner qu'un seul parmi les autres, celui qui aura besoin de cette protection. Le mandat doit clairement désigner les héritiers qui seront privés de leur pouvoir afin de contrôler le respect des conditions de fond<sup>629</sup>. S'il existe une mésentente entre les héritiers, le mandataire pourra faire la loi. En cas de mésentente entre les présomptifs héritiers, le mandat peut avoir un rôle annexe de maintien de la paix des familles<sup>630</sup>. Déposséder les héritiers de leur pouvoir de gestion et d'administration des biens les prive d'un motif de querelle. Certains auteurs préconisent même d'appliquer le mandat à tous les héritiers identifiables au jour du décès du mandant<sup>631</sup>. Ainsi cela permettrait au *de cuius* d'inclure les héritiers à naître au moment de la signature du mandat.

**242. Un besoin lié aux biens.** Le second cas d'application du mandat, et non des moindres, est la présence, dans le patrimoine du *de cuius*, d'un ou plusieurs biens nécessitant une gestion particulière. On pense alors à l'existence d'une entreprise ou de biens sociaux, détenus en parts ou sous une autre forme. Ces biens, pour pouvoir perdurer dans de bonnes conditions nécessitent une compétence et une expérience. Des héritiers qui se sont professionnellement développés dans d'autres activités ne seront pas toujours à même d'assurer d'emblée la gestion et le suivi d'entreprises délicates ou spécialisées. Une période de transition est parfois nécessaire. Sans pour autant se positionner comme un professeur, le mandataire est responsable de cette transition et permet aux héritiers, d'acquiescer personnellement, le temps du mandat, la compétence ou la maturité requises. Mais le mandant doit prendre garde car le mandat est limité dans sa durée et il doit parier à l'avance sur la faculté d'apprentissage de son descendant dans un délai imparti.

---

<sup>628</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 134.

<sup>629</sup> AYNES A., *L'administration de la succession par autrui*, JCP N 2008, n° 29, 1246.

<sup>630</sup> PRIGENT S., *Le mandat à effet posthume*, AJ fam. 2009, 120.

<sup>631</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 135.



**243. La nécessité d'un intérêt sérieux et légitime.** La motivation du mandat est obligatoire ; sa validité en dépend<sup>632</sup>. Sa justification est une condition essentielle à peine de nullité. *Le de cuius* ne peut employer un mandat à effet posthume dans le seul but de priver ses héritiers de la gestion des biens inclus dans leur réserve. Il ne s'agit pas là pour le mandant d'exercer après sa mort un contrôle accru sur ses descendants par l'intermédiaire d'une tierce personne. Le contournement de la réserve dans un but purement égoïste n'est pas non plus un motif recevable pour la mise en place d'un mandat. Tout est une question d'inaptitude. L'héritier à protéger ou le type de patrimoine doit répondre à une problématique. Sans justification sérieuse, le mandat pourra être contesté par les héritiers devant le juge. Il ne doit donc pas être proposé dans n'importe quelles circonstances. *Le de cuius* doit démontrer l'existence d'un intérêt sérieux et légitime<sup>633</sup>. L'absence d'intérêt sérieux et légitime forme l'illicéité de la cause<sup>634</sup>. La seule existence d'une entreprise au sein des biens successoraux n'est pas suffisante pour qualifier l'intérêt sérieux et légitime<sup>635</sup>. Il faut démontrer l'incapacité du ou des héritiers à gérer ces biens particuliers. La justification de ce mandat réside dans l'incapacité de l'héritier plus que dans l'existence d'actifs spéciaux. Mais l'une couplée à l'autre permettent aisément de justifier le choix d'utiliser un mandat. Toutefois, la notion d'intérêt sérieux et légitime reste floue. Seuls les juges du fond sont en mesure de considérer au cas par cas, que la justification du mandat correspond à la notion d'intérêt sérieux et légitime<sup>636</sup>. L'interprétation de cette notion reste subjective.

**244. Jurisprudence.** La Cour de cassation a jugé des motivations d'un mandat à effet posthume dans un arrêt du 10 juin 2015<sup>637</sup>. En l'espèce, un père avait privé la mère de son enfant de la gestion de sa succession grâce à un testament<sup>638</sup> en prenant soin d'y ajouter un mandat à effet posthume. La mère de l'enfant héritier réclame auprès du tribunal le pouvoir

---

<sup>632</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 138.

<sup>633</sup> Art. 812-1-1 C. civ.

<sup>634</sup> WICKER G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 812 à 812-7, *fascicule unique : Successions – mandats successoraux, mandat à effet posthume*.

<sup>635</sup> REYGROBELLET A., *Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés : le cas du mandat à effet posthume*, JCP N 2009, n° 52, 1360.

<sup>636</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 137.

<sup>637</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.146 ; PA 29 mai 2017, n° 106, p. 21, obs. CHAMOULAUD-TRAPIERS A.

<sup>638</sup> Voir supra.

de gestion des biens de la succession dont le *de cuijus* l'avait volontairement privée sur le fondement de l'absence d'intérêt sérieux et légitime. La Cour d'appel donne raison à la mère. Tout son raisonnement reposait sur la démonstration par la plaignante que le *de cuijus* n'avait pas démontré que le mandataire qu'il avait choisi était plus apte, compétent ou qualifié qu'elle pour gérer les biens successoraux. Le mandat ne faisait pas état de l'inaptitude à gérer de la mère pour la priver de la gestion des biens de son enfant.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel. Elle rappelle que le législateur n'a pas entendu demander au mandant de justifier de la capacité du mandataire à remplir son rôle de gestionnaire du ou des biens de la succession. Par conséquent, son absence de qualification ou de meilleure capacité à gérer les biens dont il a la gestion ne permet pas de mettre fin au mandat pour défaut d'intérêt sérieux et légitime<sup>639</sup>. Les juges d'appel, qui ont accepté la révocation du mandat en constatant que le *de cuijus* n'a pas pris soin de justifier de la qualification du mandataire, ont ainsi renversé ainsi la charge de la preuve incombant normalement à celui qui attaque le mandat. La Cour de cassation ajoute également que l'utilité du mandat pour inaptitude devait s'apprécier non pas au regard des qualités et qualifications du représentant légal ou tuteur de l'enfant-héritier, mais bien vis-à-vis de l'héritier lui-même. De plus, arguer que l'enfant était alors privé de la gestion et de l'administration des biens composant sa réserve pour révoquer le mandat remettait en cause l'existence même de tous les mandats à effet posthume nés depuis, alors qu'ils sont créés depuis 2006 pour agir sur la part héréditaire complète, réserve incluse. En effet, rappelons qu'« *Etant en parfaite cohérence avec la nouvelle conception de la réserve, le mandat à effet posthume déroge à la règle suivant laquelle celle-ci est transmise libre de toute charge.*<sup>640</sup> »

**245. Démontrer l'utilité.** En effet, l'enfant bénéficiant de la représentation effectuée par l'un de ses parents sera protégé. Mais d'après cette jurisprudence, il n'est pas utile de démontrer en quoi l'action de son représentant habituel n'est pas suffisante. Il suffit de constater en quoi l'héritier lui-même n'est pas apte à gérer le patrimoine recueilli. De même,

---

<sup>639</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 139.

<sup>640</sup> PETERKA N., *Mandat – Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui*, JCP N 2013, n° 29, 1190.



lorsque la succession comporte un bien spécial, telle une entreprise, il faudra rechercher en quoi les héritiers sont incapables de gérer les particularités dudit bien. On en revient donc à la fois au critère matériel et au critère humain, voire factuel. Ce qui pose problème c'est de laisser la gestion de tel bien à tel héritier dans telle situation. Dans tous les cas, la justification devra être convaincante ; c'est sur elle que repose la validité du mandat. Dans le cas contraire, l'un des héritiers pourrait obtenir son annulation. Le juge appréciera les motifs du mandant mais pas seulement, il jugera également de l'opportunité de ce type de mandat. Il vérifiera si contracter un mandat à effet posthume était la réponse adéquate au problème posé par la complexité de la succession. Afin de juger s'il y a ou non intérêt sérieux et légitime, le juge s'attachera à contrôler les éléments tant réels que personnels. La seule présence d'un enfant mineur parmi les héritiers ne suffit pas à démontrer cet intérêt. On parle alors d'intérêt supérieur, celui de l'héritier qui n'en a pas forcément conscience ou celui des biens demandant une protection particulière.

**246. L'intérêt prioritaire de l'héritier.** L'utilité du mandat doit être recherchée dans la notion d'intérêt de l'héritier. Mais parfois l'intérêt des biens va à l'encontre de l'intérêt de l'héritier. Il est en ainsi concernant les biens professionnels et autres entreprises pour lesquels l'intérêt social prime celui de l'individu, même associé. Or la loi est claire. En choisissant le mandat à effet posthume, le *de cuius* doit priver son héritier de la gestion des biens et la confier à un tiers dans le seul intérêt de celui qui est momentanément dépouillé. Si finalement l'intérêt de l'héritier va à l'encontre de celui du bien social, le mandataire devra en priorité tenir compte de l'intérêt du réservataire<sup>641</sup>. Dans cette perspective, l'objectif premier du *de cuius* pourrait être compromis, et le mandat pourrait bien se retourner contre lui. Le *de cuius* constitue le mandat dans le seul but de pérenniser son entreprise, laissant un tiers gérer les comptes afin que ses descendants le moment venu puissent prendre sa suite. Mais si la gestion du mandataire révèle qu'il est de l'intérêt des héritiers de se séparer ou de liquider l'entreprise ou la société, le mandataire n'aura pas d'autre choix que de respecter le but qu'on lui a légalement fixé. La manœuvre de conservation du *de cuius* est donc susceptible d'être annihilée par l'intérêt supérieur de sa descendance. Néanmoins, la

---

<sup>641</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A.-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 140.

supériorité de l'intérêt des héritiers connaît en doctrine certaines divergences d'opinions<sup>642</sup>. Et la privation de gestion du mandataire est si conséquente qu'un éclaircissement jurisprudentiel serait le bienvenu (B.).

## **B. LA PRIVATION DE GESTION**

**247.** Le pouvoir d'administration du mandataire est limité à la fois par la nature du mandat et par l'intérêt des héritiers. Son action se limite à la gestion des biens reçus par l'héritier concerné (1°). Cette gestion peut faire penser à celle confiée à un administrateur successoral. Néanmoins, même si les deux sont chargés d'une mission successorale pour le compte des héritiers, leurs prérogatives sont différentes. Il faut tenir compte des particularités dudit mandat (2°).

### **1. Toute gestion**

**248. La mission du mandataire.** La mission du mandataire se résume essentiellement aux actes d'administration et de gestion sur les biens dont il a la charge. Il peut notamment agir en justice à la place des héritiers et est habilité à percevoir les paiements et les fruits. Il administre les biens au mieux de l'intérêt du ou des héritiers concernés. Cette gestion qu'on appelait autrefois *en bon père de famille*, oblige le mandataire à optimiser son action afin qu'elle soit efficace et juste. Il n'a pas pour autant la possibilité de consentir des actes de disposition sur les biens qu'il gère. Là réside la seule limite de son action, ces actes sont réservés aux seuls héritiers. Toutefois les actes de disposition qui relèveraient de la gestion courante des biens constitueraient en eux-mêmes des actes d'administration. Par conséquent, s'ils sont justifiés, le mandataire devrait être en mesure d'y recourir.

---

<sup>642</sup> SAGAUT J-F., *Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise*, Dr. pam. 2007, n° 162, p. 62.



Le mandataire ayant un pouvoir d'administration sur les biens dépendant du mandat, sa gestion est opposable aux héritiers. Le mandataire pourra alors passer tout acte d'administration, de conservation et de gestion nécessaire à l'exclusion des actes de disposition<sup>643</sup>. Le mandataire n'est pas censé avoir la libre disposition des biens dont il a la gestion. Néanmoins, une circulaire du ministre de la justice<sup>644</sup> est venue alimenter le débat en déclarant que la « *notion de gestion autorise le recours aux actes de disposition de certains éléments du patrimoine lorsqu'ils s'insèrent dans une logique de conservation, d'administration ou de valorisation du patrimoine successoral.* »<sup>645</sup> Contrairement à la fiducie, le mandataire ne devient pas momentanément propriétaire du patrimoine que le mandant l'a chargé de gérer<sup>646</sup>. Les héritiers, bien que dépossédés d'une part conséquente de leur pouvoir, sont propriétaires des biens successoraux par l'effet de la loi.

**249. Le choix du mandataire.** Le mandataire peut être une personne morale<sup>647</sup> ou physique, une société ou même un héritier. Il doit avoir la pleine capacité, et ne doit donc pas être frappé d'un jugement de tutelle ou de curatelle. Le *de cujus* peut choisir n'importe quel membre de son entourage, professionnel ou pas à l'exception du notaire en charge de la succession<sup>648</sup>. Il peut s'agir d'un membre de la famille ou d'un étranger. Étonnamment, le mandataire peut faire partie des présomptifs héritiers<sup>649</sup>. Si plusieurs mandataires sont nommés, aucune solidarité ne s'installera entre eux. Pour que le mandataire puisse remplir toutes les fonctions de sa mission, et ne soit pas cantonné aux actes conservatoires ou de surveillance, la succession devra être acceptée par au moins un héritier. La désignation de l'héritier comme mandataire peut être particulièrement utile s'il s'agit d'une entreprise à gérer. Ce choix aurait d'autant plus de pertinence s'agissant de confier les rênes de l'entreprise familiale. Mais dans la perspective d'un contournement de la réserve, choisir un

---

<sup>643</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 152.

<sup>644</sup> Circulaire du ministre de la justice 73-07/C1/5-2/GS du 29/05/2007 p. 27.

<sup>645</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Patrimoine 2017-2018*, p. 963.

<sup>646</sup> PRIGENT S., *Le mandat à effet posthume*, AJ fam. 2009, 120.

<sup>647</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 133.

<sup>648</sup> Art. 812 al. 4 C. civ.

<sup>649</sup> Art. 812 al. 2 C. civ.

héritier pour mandataire est loin d'être anodin. Confier la gestion non pas à un tiers mais à un héritier, envoie un message d'exhérédation encore plus fort aux autres héritiers. L'héritier-mandataire qui se retrouverait privilégié obtiendrait la bénédiction de son auteur à la vue de tous. Si le *de cuius* cherche à avantager l'un de ses enfants, il pourra lui confier la gestion de sa succession ou de certains biens de sa succession malgré le mécontentement de ses autres héritiers.

## 2. Les particularités du mandat

**250. Le mandataire comme exécuteur testamentaire ?** Certains clients ont vu dans le mandat à effet posthume, une version moderne de l'exécuteur testamentaire. Mais il existe des différences flagrantes entre eux qui n'autorisent pas cette analogie. L'exécuteur testamentaire doit veiller à l'exécution des dernières volontés du *de cuius*<sup>650</sup>. Le premier est nommé par un contrat et suppose l'accord préalable du mandataire alors que le second est nommé unilatéralement aux termes d'un testament. Il peut toujours refuser sa mission, le plus souvent lorsqu'il n'en a pas été informé auparavant par le disposant. L'exécuteur testamentaire veille à ce que les dernières volontés du défunt soient respectées, notamment celles contenues dans les legs. L'exécuteur testamentaire n'a pour seule mission que d'exécuter les volontés du disposant, qu'il s'agisse de volontés patrimoniales ou extrapatrimoniales. Il protège en réalité les intérêts et la mémoire du défunt à travers le pouvoir qu'il tient sur les héritiers et sur les tiers. A l'inverse, le mandataire gère les biens pour le compte des héritiers dans leur intérêt personnel. De plus, l'exécuteur testamentaire est plus libre de sa gestion car ses prérogatives sont plus étendues. Il est en mesure de réaliser certains actes de disposition listés aux articles 1030 et suivants du Code civil. Il doit simplement y être autorisé en amont par le *de cuius*. Le mandataire ne semble pas en mesure de requérir les mêmes pouvoirs du mandant<sup>651</sup>. Dans cette perspective, l'exécuteur testamentaire se rapproche du fiduciaire et s'éloigne du mandant<sup>652</sup>. L'exécuteur

---

<sup>650</sup> Art. 1025 C. civ.

<sup>651</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 222.

<sup>652</sup> PRIGENT S., *Le mandat à effet posthume*, AJ fam. 2009, 120.



testamentaire a donc une mission plus étendue, et un champ d'action élargi par rapport au mandataire. Si un exécuteur testamentaire est également présent, celui-ci prime sur le mandataire<sup>653</sup>. Dans la même idée, le *de cuius* qui régularise un mandat successoral afin d'administrer sa succession, prive ses héritiers du pouvoir de gérer les biens<sup>654</sup>.

**251. Rémunération.** Par principe, le mandat à effet posthume est gratuit<sup>655</sup>. Mais il peut être convenu avec le mandant que le mandataire sera rémunéré. Cette rémunération sera équivalente à une fraction des fruits et revenus de la succession et dont le mandataire a la gestion<sup>656</sup>. En effet, le législateur a souhaité que l'éventuelle rémunération du mandataire ne soit pas une charge de succession<sup>657</sup>. Le mandataire perçoit en réalité une part de la plus-value qu'il génère en administrant certains biens de la succession. A titre exceptionnel, cette rémunération est perçue sous forme de capital. Il s'agira alors d'une charge pour la succession, réductible au même titre que les legs si la réserve héréditaire vient à être atteinte<sup>658</sup>. Si la rémunération du mandataire est versée en capital, elle s'impute prioritairement sur la quotité disponible de la succession<sup>659</sup>. L'article 812-3 du Code civil permet aux héritiers visés par le mandat de demander la révision de la rémunération du mandataire au juge<sup>660</sup>. Ils devront alors prouver l'excessivité de la durée ou du montant de la rémunération<sup>661</sup>. Afin d'éviter tout conflit entre descendants et mandataire, il est recommandé au *de cuius* de prévoir que si rémunération il y a, elle sera limitée aux fruits et revenus des biens successoraux. Cette rémunération permet une nouvelle privation de patrimoine, même légère, des descendants. Ces limites empêchent le mandat de devenir à long terme un instrument de contournement de la réserve héréditaire (§2.).

---

<sup>653</sup> Art. 812 C. civ.

<sup>654</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 16-18.314, JCP N 2017, n° 24, 631.

<sup>655</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 143.

<sup>656</sup> Art. 812-2 al. 2 C. civ.

<sup>657</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 143.

<sup>658</sup> Art. 812-3 C. civ.

<sup>659</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 145.

<sup>660</sup> Art. 812-3 C. civ.

<sup>661</sup> Art. 812-3 C. civ.

## **§2. UN MANDAT FINALEMENT LIMITE**

**252.** Le mandat à effet posthume se positionne comme un mandat novateur et efficace. Mais il n'est ni illimité dans le temps ni utilisé sans garde-fou. Le législateur l'a voulu à la fois fort mais anecdotique car « *Si le mandat à effet posthume a été conçu comme le moyen de répondre à de très réelles préoccupations, au premier rang desquelles se trouvent le souci d'assurer la pérennité de l'entreprise au décès de son dirigeant comme la crainte d'un dépérissement des biens en cas de transmission à un incapable, sa mise en œuvre pourrait poser au moins autant de problèmes qu'il n'en résout*<sup>662</sup>. » En tant que tel, il est soumis à une fin programmée (**A.**). Mais les héritiers peuvent se libérer plus tôt du mandataire grâce au pouvoir de disposition qu'ils conservent (**B.**).

### **A. LA FIN DU MANDAT**

**253. La fin du mandat.** L'article 812-4 du Code civil énumère les causes de fin du mandat à effet posthume. Le mandat ne peut en aucun cas être conclu pour une durée illimitée, permettant ainsi au *de cuius* d'exhérer ses héritiers de leur pouvoir de gestion et d'administration jusqu'à leur propre mort. Le délai imparti par le législateur, bien que renouvelable étant très court, c'est souvent la fin du délai qui sonne le glas de la mission du mandataire (**1°**). Toutefois, d'autres causes peuvent venir à bout, parfois précocement, du mandat ordonné par le *de cuius* (**2°**).

---

<sup>662</sup> WICKER G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 812 à 812-7, *fascicule unique : Successions – mandats successoraux, mandat à effet posthume*.

## 1. Une question de durée

**254. Une durée limitée.** L'article 812-1-1 du Code civil précise que le mandat est limité à une durée de deux années. Par exception, la durée peut être initialement portée à cinq ans lorsque les conditions le justifient. C'est notamment le cas lorsque l'enfant mineur deviendra majeur à l'issue de cette période de cinq années, ou si la gestion de l'entreprise est plus complexe que prévue. Le *de cuius* doit avoir soigneusement indiqué la durée de mise en œuvre du mandat sans omettre la justification d'une durée qui d'emblée peut paraître excessive. Il peut également prévoir une durée plus courte. Le mandat est parfois simplement constitutif d'une solution d'attente avant la mise en place judiciaire d'une protection pour incapacité. Dès lors, le *de cuius* pourra prévoir un terme dont la date coïncidera avec la mise en place de la mesure de protection<sup>663</sup>. Pendant la durée du mandat, le mandataire désigné devra rendre compte de sa gestion aux héritiers concernés par la privation de pouvoir. Ils doivent pouvoir s'informer du travail effectué par le mandataire. C'est à cette occasion que les descendants pourront demander la révocation judiciaire du mandat si un manquement apparaît. Ils pourront alors se dégager de la privation de pouvoir organisée par le *de cuius* sur leur réserve.

**255. Reconduction judiciaire.** Le mandataire qui soutiendrait que sa mission n'est pas terminée pourrait demander la reconduction judiciaire de son mandat. En effet, sa mission a pour but la protection des droits des héritiers inaptes à gérer le patrimoine reçu. Ce délai est donc susceptible d'être prorogé par le juge par période de deux ou cinq ans<sup>664</sup> sur demande motivée à l'initiative du mandataire ou de l'un des héritiers<sup>665</sup>, « *C'est pourquoi le législateur a prévu que la volonté du juge puisse relayer la volonté du défunt en décidant de la prorogation du mandat*<sup>666</sup> ». La persistance de l'intérêt sérieux et légitime est la cause de renouvellements répétés du mandat. Le demandeur devra établir dans sa requête, la

---

<sup>663</sup> WICKER G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 812 à 812-7, *fascicule unique : Successions – mandats successoraux, mandat à effet posthume*.

<sup>664</sup> Art. 812-1-1 al. 2 C. civ.

<sup>665</sup> PRIGENT S., *Le mandat à effet posthume*, AJ fam. 2009, 120.

<sup>666</sup> WICKER G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 812 à 812-7, *fascicule unique : Successions – mandats successoraux, mandat à effet posthume*.

persistance des conditions qui ont donné naissance aux mandats. Les héritiers dépossédés de leur pouvoir de gestion et d'administration ne sont donc pas assurés de retrouver la pleine possession de leur réserve à l'issue de la durée initialement prévue par le *de cujus*. Toutefois, le *de cujus* pourra choisir d'insérer une clause de non prorogation judiciaire à l'issue du terme qu'il aura lui-même fixé. La durée du contournement dépendra de la justification du mandat lui-même.

## 2. Les autres fins du mandat

**256. Révocation.** Il existe plusieurs cas dans lesquels le mandataire risque la révocation. Chaque année il doit rendre compte de sa gestion en tant qu'administrateur de la succession. Si la gestion du mandataire est hasardeuse, les héritiers pourront solliciter sa révocation auprès du juge. Il leur reviendra de démontrer les manquements à la bonne gestion du mandataire. Si la révocation intervient pour mauvaise exécution de la mission, le mandataire peut être tenu de rembourser les sommes perçues au titre du mandat si ce dernier n'était pas gratuit. Afin de révoquer plus aisément le mandat, les héritiers peuvent également conclure un nouveau mandat directement avec le mandataire<sup>667</sup>. La révocation judiciaire<sup>668</sup> peut également être réclamée par les héritiers lorsque les biens objet du mandat ont été vendus ou lorsque l'intérêt légitime a disparu. C'est notamment le cas si le mandat avait été conclu en fonction de la minorité d'un enfant devenu entretemps majeur. De même si les héritiers en question sont décédés ou s'ils ont cédé la propriété des biens particuliers. Si le juge vient à prononcer la révocation du mandat pour absence d'intérêt sérieux et légitime, les rémunérations d'ores et déjà perçues seront conservées par le mandataire sauf si celles-ci sont considérées comme excessives<sup>669</sup>. Le législateur ne punit pas le mandataire pour une situation fortuite. Dans tous les cas, les héritiers retrouveront les pleins pouvoirs sur leur part héréditaire, réserve incluse.

---

<sup>667</sup> Art. 812-4 C. civ.

<sup>668</sup> Art. 812-4 C. civ.

<sup>669</sup> Art. 812-5 C. civ.



**257. Le défaut du mandataire.** Le mandataire peut décider de démissionner pendant la durée de sa mission<sup>670</sup>. Il est en droit de rompre son engagement après en avoir averti les héritiers<sup>671</sup>. Sauf convention contraire, la renonciation ne prendra effet qu'à l'issue d'un délai de trois mois comptant à partir de la notification<sup>672</sup>. La démission volontaire du mandataire n'appelle ni commentaire ni acceptation de la part des héritiers ou du juge. Le mandataire peut également être frappé d'incapacité pendant sa mission ou même décéder. Si le mandataire vient à décéder avant l'expiration du mandat, le juge prononcera rapidement la levée de la privation de pouvoir des héritiers.

**258. Le partage ?** Le partage est un acte de disposition et en tant que tel. Il reste dans le champ d'action des héritiers subissant le mandat. Selon certains auteurs, le partage des biens constitue une fin au mandat en ce qu'il constate une aliénation<sup>673</sup>. D'autres auteurs<sup>674</sup> s'interrogent sur la fragilité du mandat dans une telle hypothèse. Pour mettre fin au mandat, il suffirait de demander systématiquement le partage des biens. Mais le partage réalisé entre les héritiers, notamment au travers de licitations entre membres originaires de l'indivision, ne constituerait pas une vente. En effet, ce type d'attribution ne leur fait pas perdre la propriété complète de tous les biens, il ne ferait que les répartir. Or l'aliénation qui est permise par le législateur pour mettre fin au mandat est logique. Si les biens ne sont plus la propriété indivise des héritiers, le mandataire n'a plus de protection à donner. Et les héritiers sont dépourvus définitivement de la propriété des biens. Mais autoriser le partage c'est aller contre la volonté du mandant qui ne souhaitait pas que ses héritiers prennent possession des biens pendant la durée du mandat, après son décès. Autoriser le partage, c'est laisser les héritiers se répartir entre eux les biens afin d'en récupérer la gestion plus rapidement. On peut imaginer que l'existence d'un mandat à effet posthume n'interdit pas les héritiers à procéder à un partage sans pour autant que ce partage congédie le mandataire<sup>675</sup>.

---

<sup>670</sup> Art. 812-1-1 C. civ.

<sup>671</sup> PRIGENT S., *Le mandat à effet posthume*, AJ fam. 2009, 120.

<sup>672</sup> Art. 812-6 C. civ.

<sup>673</sup> FORGEARD M-C., *Le droit au partage et ses limites après la réforme du 23 juin 2006*, JCP N 2008, I, n° 19, 1146.

<sup>674</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 217.

<sup>675</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 219.

## **B. LA CONSERVATION DU POUVOIR DE DISPOSITION**

**259.** Le moyen le plus radical et aisé pour des héritiers de se soustraire au joug du *de cuius* et au poids de la gestion du mandataire est encore de vendre les biens objet du mandat (1°). Néanmoins, fort de cette constatation, le *de cuius* en amont ou même le mandataire sont-ils à même d'empêcher la révocation du mandat par ce biais ? (2°).

### **1. La vente des biens**

**260. La perte de l'utilité.** Il apparaît difficile d'empêcher les héritiers réservataires de vendre ou de céder les biens soumis au mandat. Les priver du pouvoir de vendre revient à constituer une atteinte à leur réserve prohibée par la loi. Le mandat à effet posthume correspond déjà à une atteinte modérée de la réserve. Le pouvoir de vendre ainsi laissé aux héritiers leur permet de mettre fin au mandat sans que le mandataire ne puisse s'y opposer. La subrogation ne semble donc pas permise. En effet, aucune contrepartie ainsi reçue, qu'elle soit fournie en argent ou par l'octroi d'un autre bien corporel n'est suffisante pour maintenir le mandat. La protection instaurée par le *de cuius* est limitée aux biens inscrits dans le mandat et dont la protection nécessite des attentions particulières. En effet, dans l'exemple de l'entreprise, le mandat est constitué car le bien nécessite une gestion éclairée que les descendants n'auront peut-être pas acquise avant le décès. Si l'entreprise est vendue, le mandat n'a plus d'intérêt. La gestion particulière ne sera plus nécessaire notamment si la contrepartie est un prix de vente. La perte de l'utilité du mandat ou la fin de l'intérêt légitime constituent des cas de révocation du mandat<sup>676</sup>. Les descendants pourront alors récupérer la pleine possession des biens constituant leur réserve, même s'ils ont été subrogés entre temps.

---

<sup>676</sup> Art. 812-4 C. civ.



**261. Le droit de vendre.** La Cour de Cassation dans un arrêt du 12 mai 2010<sup>677</sup> a jugé que le droit des héritiers primait sur la volonté du mandant. En l'espèce, une mère avait avant son décès créé un mandat à effet posthume au profit de son propre père afin de lui confier la gestion du patrimoine qu'elle allait laisser à ses enfants mineurs. Le but était bien évidemment de contrer les pouvoirs d'administration du père des enfants. On se rapproche ici des dispositions prévues aux articles 387 et 398-3 du Code civil, servant principalement à empêcher l'autre parent de gérer le patrimoine des enfants mineurs. Or la Cour déclare que l'existence d'un mandat à effet posthume n'empêche pas les héritiers de vendre les biens immobiliers dépendant du patrimoine que le mandataire gère. Cette affirmation a deux conséquences. La première est que le représentant des enfants peut également réaliser cette vente pour leur compte sans que le mandataire ne puisse l'en empêcher. La seconde est que les héritiers ou leur représentant peuvent se débarrasser du mandataire en cédant les biens sur lesquels la gestion est effectuée. Les héritiers conservent par conséquent leur droit de disposer des biens et donc de recouvrer les pleins pouvoirs d'administration et de gestion sur leur réserve. Cet arrêt permet d'affirmer que la saisine héréditaire n'est pas complètement mise entre parenthèses. Les héritiers ne sont pas totalement dépourvus de pouvoirs. Ils ne disposent simplement pas de pouvoirs d'administration et de gestion concurrents à ceux du mandataire.

**262. Un mandat fragile.** Se pose alors la question de la réelle efficacité de ce mandat. En effet, des héritiers peu scrupuleux pourraient aisément mettre fin au mandat convenu par leur auteur en cédant les biens sur lesquels il porte. On peut alors s'interroger sur l'efficacité du mandat concernant la gestion d'un bien précis par exemple un bien professionnel. Le mandataire n'a pour seule mission que de gérer ce bien précis dans l'intérêt des héritiers. Si ce bien est revendu dans la foulée, le mandat prend fin. Mais alors, qu'en est-il de la volonté du défunt ? Une revente rapide et dans de mauvaises conditions à bas prix peut en réalité nuire au patrimoine transmis, aux droits des héritiers. Mais le mandataire posthume ne peut s'y opposer. Cet arrêt de la Cour de cassation porte donc un coup terrible à cette création

---

<sup>677</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, Bull. civ. I, n° 117 ; D. act., 3 juin 2010, obs. ÉGÉA V. ; D. 2010, 2392, obs. NICOD M. ; JCP 2011, n° 251, obs. LE GUIDEC R. ; AJ fam. 2010, 287, obs. VERNIÈRES C. ; Dr. fam. 2010, n° 104, obs. BEIGNIER B. ; Defrénois 2010, 1583, note MASSIP J. ; JCP N 2010, n° 1351, note MAHINGA J-G. ; RLDC 2010/75, n° 3977, obs. OMARJEE I. ; RDC 2011, 203, obs. BICHERON F. ; RTD Civ. 2010, p. 527, obs. HAUSER J.

récente et attendue par les professionnels. Cela revient à considérer que les héritiers ont parfaitement le droit de mettre à mal tout ou partie du patrimoine du défunt même en cas d'existence d'un mandat. Il paraît difficile d'empêcher des héritiers de se nuire patrimoniallement à eux-mêmes. Or, le mandat à effet posthume a justement été créé pour les en empêcher, pour empêcher une dilapidation ou une mauvaise gestion tout du moins temporaire du patrimoine du défunt. Le but n'est pas atteint.

Dans ce cas quelle est sa vraie utilité ? En effet, en l'état actuel de la loi, le mandataire ne peut reporter son pouvoir de gestion sur les biens qui viendraient subroger ceux dont il a la gestion. On pourrait alors imaginer que le seul véritable intérêt de celui-ci est d'aider des héritiers complaisants à gérer un patrimoine complexe ou en étant eux-mêmes en situation complexe. Il faut donc nuancer la toute-puissance annoncée de ce mandat. Les héritiers ne peuvent administrer mais ils peuvent disposer ; et le pouvoir de disposition est plus efficace que le pouvoir de gestion. Le contournement de la réserve est finalement limité à la fois par ses conditions, par sa durée, et par sa fragilité.

## **2. Comment empêcher la vente**

**263. Le testament.** Le testament-partage peut-il être utilisé pour empêcher les descendants de contrevenir au mandat à effet posthume ? Il empêche par exemple l'attribution à un autre héritier du bien qui requiert la sensibilité d'un homme d'expérience. Le testament classique pourrait également permettre de maintenir l'indivision entre les héritiers le temps du mandat. Mais tout comme les héritiers ont la possibilité de mettre fin au mandat en demandant l'examen judiciaire du juste motif, l'obligation de demeurer dans l'indivision est elle aussi révocable par le juge. Il est également possible de préparer un testament avec legs au profit d'un héritier, à charge pour lui de conserver les biens.

Si c'est finalement l'administrateur légal des enfants qui est à l'origine de la cession, existe-il un moyen de le contrer ? Le *de cuius* aurait pu assortir son mandat à effet posthume



d'un testament privant la mère de ses enfants du droit d'administrer et de jouir des biens qu'il laisse à ses descendants. Le *de cujus* aurait alors consenti deux mandats dans le seul but d'écarter l'administrateur légal des héritiers. Mais n'y a-t-il pas de conflit de gestion entre le mandataire chargé de gérer le patrimoine reçu par les enfants à la place de leur mère et le mandataire posthume chargé de remplacer les enfants eux-mêmes dans la gestion du patrimoine qu'ils reçoivent ? Ce n'est pas sûr. Si aucun conflit d'intérêt n'est constaté, le *de cujus* pourrait combiner les deux mandats sur la tête d'une même personne. En effet, le patrimoine à gérer serait assez similaire, voire identique. La question n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence. Force est de constater que déjà fort peu de mandats à effet posthume ont été régularisés au sein des études depuis leur création. Finalement les notaires entrevoient également peu de testaments privant un parent de son droit d'administration légale sur les biens reçus par succession par ses enfants<sup>678</sup>. Néanmoins, compte tenu de l'augmentation exponentielle du nombre de familles recomposées et de conflits afférents, il est fort probable que ces testaments deviendront peu à peu un outil d'éviction habituel.

**264. Clause d'inaliénabilité ?** Pourrait-on envisager que le mandat soit assorti d'une clause d'inaliénabilité portant sur les biens à gérer ? Cette clause permettrait alors au mandataire d'effectuer pleinement sa mission. La réponse tend malheureusement vers la négative. En cause, la résistance faite par la réserve héréditaire ; notamment l'obligation de la transmettre libre de toutes charges demeure malgré les exceptions. Cette clause pourrait porter sur la part de quotité disponible des héritiers. Mais la faire porter sur leur réserve est délicat. Elle s'appuierait alors sur une donation ou sur un testament. La privation de la faculté de disposition des héritiers à travers une clause d'inaliénabilité impose de prévoir la justification d'un intérêt légitime ainsi qu'une durée maximum<sup>679</sup>. Mais en l'absence de jurisprudence à ce sujet, nous ne pouvons que déconseiller ce montage.

**265. Le pouvoir social.** Le mandataire posthume n'a pas le pouvoir de vendre ou de disposer des biens. Ce pouvoir reste à disposition des héritiers. Néanmoins, il est possible pour le *de cujus* de permettre au mandataire de disposer des biens tout en privant ses

---

<sup>678</sup> Voir supra.

<sup>679</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 158.

descendants de leur droit de disposer. Il lui suffit d'apporter les biens à une société. Le mandataire sera donc chargé de la gestion de la société et de la gestion des droits et obligations émanant des parts. La cession des biens inclus dans le patrimoine social sera alors considérée comme un acte de gestion et non de disposition<sup>680</sup>. En tant que tel, il entrera dans le panel des pouvoirs réservés au seul mandataire, privant ainsi les héritiers de leur pouvoir de vendre les biens. S'agissant de biens immobiliers, la SCI est une forme toute indiquée. Le contournement de la réserve serait alors efficace.

**266.** Si le *de cuius* sent sa dernière heure approcher et qu'il trouve pour lui succéder de jeunes mineurs ou à des incapables majeurs, il lui faut trouver une solution plus durable qu'un mandat à effet posthume. Il peut utiliser d'autres outils en justifiant de l'incapacité de ses présomptifs héritiers à se gérer (**Section 2**).

## **SECTION 2. - L'INCAPACITE DE SE GERER**

**267.** Même si l'option du mandat à effet posthume est tentante, le *de cuius* ne doit pas perdre de vue que cette solution est temporaire. S'il est face à des héritiers présomptifs en bas âge ou incapables, il devra se tourner vers des options plus durables. On pense dans un premier temps au mandat de protection future qui lui assurera la gestion quasi complète d'un enfant handicapé (§1.). Il arrive également que le *de cuius* séparé ou divorcé, ne soit pas certain que le père ou la mère de ses enfants soit à même de gérer correctement les biens qu'il laisse à son décès. Le notaire pourra alors lui proposer une protection spécifique au travers d'un transfert à un tiers de l'administration légale des enfants (§2.).

---

<sup>680</sup> WICKER G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 812 à 812-7, *fascicule unique : Successions – mandats successoraux, mandat à effet posthume*.



## **§1. LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE**

**268. Une protection singulière.** Le mandat de protection future créé par la loi du 5 mars 2007<sup>681</sup>, permet au *de cuius* de désigner un mandataire chargé, de le représenter dans la gestion de son patrimoine le jour où il sera devenu inapte, ou de représenter l'un de ses enfants incapables lorsqu'il sera lui-même décédé<sup>682</sup>. Le choix entre ces deux formes de gestion anticipée mise au point par le *de cuius* va dépendre du but recherché et de l'individu à protéger (**A.**). Force est de constater qu'une fois mis en place, le mandat aura un effet aussi protecteur que privatif de pouvoir (**B.**).

### **A. LE CHOIX DE LA PROTECTION**

**269. Une protection complexe.** Ce mandat vient ouvrir de nouvelles perspectives car,

*« Jusqu'à ce jour, le monde des personnes vulnérables, tous acteurs confondus, se plaignait d'un manque d'autonomie à la fois dans la désignation du représentant de la personne protégée, et dans la détermination de ses pouvoirs. La souffrance, le mal être, le regard des autres, la pudeur, la solitude éloignent souvent des instances publiques et des prétoires. Un mode volontaire de protection est un refuge, à l'abri des indiscretions. »<sup>683</sup>*

La protection assurée par le mandat de protection future est par nature double. Elle dépend de la personne que le *de cuius* prévoit de protéger. Tantôt il s'agit de se protéger lui-même, tantôt de protéger son enfant. C'est un mandat pour soi-même et pour autrui<sup>684</sup> (**1°**). Il constate l'incapacité du mandant à se gérer lui-même ou à gérer un enfant handicapé. C'est

---

<sup>681</sup> Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

<sup>682</sup> PETERKA N., *Mandat – Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui*, JCP N 2013, n° 29, 1190.

<sup>683</sup> POTENTIER P., *Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, fascicule 10 : Mandat de protection future*.

<sup>684</sup> POTENTIER P., *Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, fascicule 10 : Mandat de protection future*.

la raison pour laquelle, le recours au mandat de protection future est tout indiqué. Une fois le choix du mandat réalisé, le *de cuius* devra trouver la bonne personne pour endosser le rôle du mandataire (2°).

## **1. La personne à protéger**

**270. Une nécessité.** La création d'un nouveau mandat était nécessaire et « *Sans doute le législateur a-t-il affiché les meilleures intentions qui soient, mettant constamment en avant la situation de l'enfant handicapé, la nécessité de prendre en considération les recompositions familiales et le souci de favoriser les transmissions d'entreprises afin de préserver la richesse nationale et les emplois*<sup>685</sup>. » L'allongement de la durée de vie conditionne un besoin qui n'existait pas jusqu'alors. La dépendance des personnes âgées et la diminution des facultés mentales dues au vieillissement de la population nécessitent des aménagements tant de la gestion de leur personne que de leur patrimoine. Le *de cuius* pourra lui-même choisir le tiers digne de confiance à qui il souhaite confier la gestion de ses biens. Le mandat de protection future évite qu'un héritier mal intentionné prenne le pouvoir de gestion des biens de son auteur à travers la reconnaissance judiciaire de l'incapacité. Le *de cuius* est également inquiet pour son enfant handicapé, car « *Lorsque l'un redoute qu'à son décès l'autre ne tombe rapidement sous l'influence de quelques membres de la famille qui auront tôt fait de le dépouiller d'une partie de la gestion de son patrimoine, par exemple en provoquant l'ouverture d'une tutelle et en sollicitant leur désignation comme tuteur.* <sup>686</sup> » La tutelle judiciaire existe et les organismes sociaux peuvent s'en charger. Mais la gestion plus personnelle du majeur permettra de meilleurs résultats et évitera que l'enfant intéressé se retrouve promu au rang de tuteur tout puissant.

---

<sup>685</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. pam. mars 2007, n° 157.

<sup>686</sup> BICHERON F., *Concubinage-Pacs- Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ?* JCP N 2013, n° 9-10, 1041.



**271. L'incapacité du mandant.** Le mandat de protection future prévu à l'article 477 du Code civil<sup>687</sup>, a été créé avant tout pour permettre au mandant de se gérer comme il l'entendait<sup>688</sup>. Le mandant choisit de se faire représenter<sup>689</sup> par un tiers le jour où il ne disposera plus de toutes ses facultés physiques ou mentales. Cette dégénérescence l'empêche d'exprimer sa volonté ou de mener à bien la gestion de son patrimoine ou de sa personne<sup>690</sup>. L'altération des facultés mentales est telle que le mandant aurait besoin d'une représentation pour pourvoir à ses intérêts. Au jour de la conclusion du mandat il doit disposer de sa pleine capacité afin de réaliser un choix éclairé. Il faut néanmoins préciser que le majeur sous curatelle est apte à régulariser un mandat de protection future à la différence du majeur sous tutelle. Il devra simplement être assisté de son curateur<sup>691</sup>. « *Le souci de préserver autant que possible l'autonomie de la personne protégée amène le législateur à autoriser le majeur vulnérable à anticiper une éventuelle dégradation de son état de santé par la mise en place d'une protection conventionnelle moins contraignante que la tutelle* <sup>692</sup> » et dont les détails ont été prévus à l'avance. Toutefois, la protection du régime matrimonial d'un mandant marié pourra servir le même dessein que le mandat et être suffisante<sup>693</sup>. Il restera néanmoins utile en cas d'incapacité commune aux deux époux âgés ou déficients.

---

<sup>687</sup> Art. 477 C. civ. : « Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.

*La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur. Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle ou d'une habilitation familiale, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de la représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.*

*Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié. »*

<sup>688</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, fascicule 10 : Mandat de protection future.

<sup>689</sup> WICKER G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 812 à 812-7, fascicule unique : Successions – mandats successoriaux, mandat à effet posthume.

<sup>690</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, fascicule 10 : Mandat de protection future.

<sup>691</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, fascicule 10 : Mandat de protection future.

<sup>692</sup> PETERKA N., Mandat – Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui, JCP N 2013, n° 29, 1190.

<sup>693</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, fascicule 10 : Mandat de protection future.

**272. L'incapacité de l'enfant.** Le mandat est désormais indiqué pour mettre en place la représentation d'autrui. Même si le principe peut paraître étonnant, il est dans la droite ligne des nouveaux mandats tels que le mandat à effet posthume. C'est finalement un mandat limité aux seuls parents de l'enfant à représenter. Ce mandat peut être réalisé par les deux parents ou le survivant d'entre eux<sup>694</sup>. Il peut aussi être utilisé pour protéger l'enfant du mandant si son parent ne peut plus pourvoir seul à ses propres intérêts. En effet, le mandat peut être utilisé par le parent de l'enfant pour le cas où il deviendrait lui-même incapable de gérer son enfant mineur, ou s'il venait à décéder<sup>695</sup>. Le législateur envisage ici la protection par les parents de leur enfant handicapé dont ils ont *la charge matérielle et affective*<sup>696</sup>. Cette notion englobe des situations familiales plus larges que la simple mission de tutelle ou de curatelle. Mais qu'en est-il des enfants mineurs ? L'article 477 alinéa 3 peut être différemment interprété. La minorité de l'enfant ne serait pas selon certains auteurs<sup>697</sup>, une raison suffisante à l'établissement d'un tel mandat. La lettre du texte vise en réalité les mineurs handicapés, qui même après leur majorité, ont toujours besoin d'une protection. On retrouve ici un parallèle avec les dispositions testamentaires concernant l'administration légale car « *Ces dispositions qui évoquent la tutelle testamentaire des mineurs ainsi que la faculté du disposant de soustraire à l'administration légale des père et mère les biens transmis à un mineur traduisent l'importance cruciale accordée à la volonté pour confier à un tiers la gestion de son propre patrimoine ou celui de son enfant*<sup>698</sup>. »

**273. La protection des biens.** Toute personne majeure disposant de toute sa capacité juridique ou un mineur émancipé peut créer un mandat de protection future. La volonté de trouver un tiers pour gérer notre personne n'est pas la seule finalité du mandat de protection future. Il sert également à protéger et à gérer le patrimoine du mandant. Il peut s'agir de la protection d'un patrimoine sensible comme c'est le cas dans le mandat à effet posthume, ou

---

<sup>694</sup> Art. 477 al. 3 C. civ.

<sup>695</sup> Art. 477 al. 3 C. civ.

<sup>696</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.

<sup>696</sup> Art. 477 al. 3 C. civ.

<sup>697</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.

<sup>698</sup> PETERKA N., *Mandat – Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui*, JCP N 2013, n° 29, 1190.



simplement une protection patrimoniale générale. La protection offerte par le mandat de protection future est double. Elle couvre à la fois la personne du mandant ou de l'enfant à protéger mais également son patrimoine. Son utilisation permet d'éviter la mise en place d'une mesure de protection judiciaire. En prévoyant ainsi sa déficience, le mandat met à la fois à l'abri la personne du représenté mais aussi le patrimoine qu'il laisse ou qu'il lui attribue en cas de succession. Mais ce mandat implique une dépossession qui peut conduire à la perte de pouvoir du représenté sur la part de réserve qu'il percevra au décès du mandant.

## 2. La désignation du mandataire

**274. Le choix du mandataire.** Le mandataire peut être choisi parmi les personnes physiques de l'entourage du mandant. Le mandataire peut également choisir une personne morale inscrite sur la liste des mandataires habilités<sup>699</sup>. Toute personne majeure pleinement capable peut devenir mandataire, qu'il s'agisse d'un professionnel comme un notaire, avocat..., ou un particulier. Comme pour le mandat à effet posthume, le notaire de famille ne pourra remplir cette fonction<sup>700</sup>. Plusieurs mandataires peuvent également être nommés en même temps. Le *de cuius* choisit celui qui gèrera le patrimoine complet de son enfant incapable, en ce compris les biens reçus dans la succession du mandant décédé. Ce mandat « [...] permet au mandant, ou aux parents du bénéficiaire, de tenir en échec, par l'effet de leur volonté, l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle, au profit d'une protection conventionnelle, non incapacitante et largement déjudiciarisée<sup>701</sup>. »

**275. Pouvoirs du mandataire.** Concernant la protection personnelle, le Code civil impose de respecter les dispositions relatives aux majeurs protégés. Les pouvoirs du mandataire sont fonction du type de mandat choisi<sup>702</sup>. Si le mandat revêt la forme

---

<sup>699</sup> Liste de l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>700</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.

<sup>701</sup> PETERKA N., *Mandat – Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui*, JCP N 2013, n° 29, 1190.

<sup>702</sup> Authentique ou sous seing privé.

authentique, le mandataire pourra accomplir seul tous les actes réservés au tuteur sans distinction d'autorisation judiciaire à l'exception des actes de disposition à titre gratuit<sup>703</sup>. A l'inverse, lorsque le mandat a été passé sous la forme d'un écrit sous seing privé, les pouvoirs du mandataire seront limités à ceux qu'un tuteur peut exécuter sans l'accord du juge des tutelles<sup>704</sup>. Il sera alors limité aux actes d'administration et de gestion de la vie courante. Le mandat peut soit contenir des directives sur la protection du patrimoine du protégé, soit sur sa personne elle-même. S'agissant du patrimoine, il revient au mandant de définir lui-même les missions qu'il entend confier au mandataire, avec la liste des biens et droits concernés ainsi que l'étendue des pouvoirs qui lui sont conférés. Le *de cuius* peut autoriser le mandataire à effectuer certains actes de disposition pouvant conduire à l'aliénation des biens détenus. C'est le cas notamment lorsque le mandat a été réalisé par acte authentique<sup>705</sup>. Toutefois, ces règles ne sont que des limites imposées par la loi. Le mandat est libre de prévoir une mission moins large ou moins complète pour le mandant que celle que le législateur l'autorise à confier. Néanmoins, les actes concernant les actions subordonnées à une manifestation personnelle<sup>706</sup> du représenté ne pourront être réalisés par le mandataire seul<sup>707</sup>. On retrouve ici la logique du droit des incapacités.

**276. Le risque pour la réserve des présomptifs héritiers.** Confier un tel mandat constitue un risque pour la réserve. Ce risque est différent s'agissant d'un mandat pour soi-même ou d'un mandat pour autrui. Le mandant qui organise la gestion du patrimoine du *de cuius* pour le jour où il ne disposera plus de toutes ses facultés, expose à la privation de ses biens. Mais s'il constitue un mandat authentique en laissant les pleins pouvoirs y compris pour les actes de disposition à titre onéreux, il perd le contrôle de sa future succession. Les héritiers présomptifs qui voient la santé mentale et parfois physique de leur auteur se dégrader sont impuissants. Le mandataire est libre de disposer des biens précieux, de l'entreprise familiale, des biens immobiliers dès lors que sa gestion respecte une certaine

---

<sup>703</sup> Art. 490 al. 2 C. civ.

<sup>704</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.

<sup>705</sup> PLAZY J-M., *Gestion de patrimoine – organiser de son vivant la gestion du patrimoine successoral*, JCP N, 2016, n° 18, 1142.

<sup>706</sup> Adoption, reconnaissance d'enfant ....

<sup>707</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.



forme d'intérêt pour le *de cuius*. Le mandataire est donc en mesure de priver les présomptifs héritiers des biens de famille, les remplaçant par des compensations financières. Parfois les ventes sont réalisées à perte, notamment si le mandataire justifie que se séparer du bien constituera une économie pour le représenté. Le mandataire sera également libre de subroger les biens par des biens de moindre valeur ou moins adaptés aux besoins de la famille. Il pourra finalement agir comme un légataire universel, qui, sous couvert de l'autorisation du *de cuius*, remplace les biens de famille par une indemnisation financière. Si les relations familiales sont déjà conflictuelles, le choix du mandat de protection future pour le mandant lui-même est risqué. Il emportera avec lui davantage de conflits même s'il permettra au mandant d'empêcher qu'un présomptif héritier n'accapare ses biens lorsqu'il ne sera plus en mesure de raisonner.

**277. Le risque pour le pouvoir du représenté.** Si par contre le mandat est constitué pour protéger l'un de ses enfants, il lui fait perdre les pouvoirs sur sa réserve si la convention est mise en place en cas de décès du mandant. Dès lors, tous les biens reçus dans la succession par l'héritier réservataire échapperont à son pouvoir. Ce ne sera pas le cas dans l'hypothèse de simple défaillance du mandant à gérer son enfant. On peut tout de même arguer que cette mesure vient s'abattre sur l'héritier avant qu'une mesure judiciaire ne vienne très probablement le faire. Il s'agira d'anticiper finalement une privation de pouvoir sur le patrimoine entier en ce compris les biens contenus dans la succession du mandant. Mais cette dépossession serait intervenue tôt ou tard en raison de l'état de santé de l'enfant.

## **B. L'UTILISATION DE LA PROTECTION**

**278. Simplification.** Le législateur a conçu le mandat de protection future dans une démarche de simplification des relations familiales en cas de dépendance de l'un des membres du foyer<sup>708</sup>. Il a entendu diminuer les mises sous protections judiciaires systématiques qui engorgent les tribunaux et ne permettent pas toujours au représenté

---

<sup>708</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.

d'obtenir la gestion qu'il aurait souhaitée pour ses affaires. Même si l'originalité et la grande étendue de ce mandat ne font aucun doute, il reste néanmoins soumis à contrôle (1°). Mais pour autant, ce mandat est-il vraiment limité ? (2°).

## 1. Le mandat contrôlé

**279. L'utilisation du mandat.** La forme du mandat dépend du but recherché. S'agissant d'un mandat prévu pour un enfant, la forme authentique est obligatoire. S'agissant d'un mandat pour le mandant lui-même, les deux formes sont admises<sup>709</sup>. Le mandat ne prendra effet qu'au jour de la défaillance du mandant, pas avant. La mise en œuvre du mandat est subordonnée à la survenue de cette condition<sup>710</sup>. En effet, « *Ainsi que la rédaction d'un testament ne fait pas mourir, conclure un mandat de protection future ne rend pas vulnérable*<sup>711</sup>. » Le mandataire devra démontrer que l'inaptitude à gérer n'est plus éventuelle mais actuelle. Il ne s'applique pas d'office passé un certain âge. On ne va pas considérer que le mandant arrivé à un âge canonique sera automatiquement mis sous la coupe du mandataire qu'il a désigné. « *Il n'est pas un mandat de fantaisie, qui s'appliquerait à un certain âge, par simple commodité de gestion*<sup>712</sup> », l'inaptitude ou l'incapacité doivent être réelles. On retrouve ici les conditions explicites du mandat : « *Le mandat de protection future n'est susceptible d'être mis en jeu que lorsque le mandant se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté.*<sup>713</sup> »

---

<sup>709</sup> Authentique et sous seing privé.

<sup>710</sup> Incapacité du mandant ou décès en cas de gestion d'autrui.

<sup>711</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.

<sup>712</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.

<sup>713</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.



**280. La mise en œuvre du mandat.** Afin de mettre en action le mandat, le représentant désigné devra adresser au tribunal les pièces nécessaires dont notamment un certificat médical indiquant l'altération des facultés mentales du mandant en cas de mandat pour lui-même<sup>714</sup>. L'application du mandat n'entraîne pas la mise en place d'un régime d'incapacité, c'est d'ailleurs le but poursuivi. Par conséquent, aucune publicité de la décision n'est réalisée. Lorsqu'il s'agit de la protection d'un enfant, le mandat ne pourra s'appliquer qu'au décès du dernier des parents ou de la preuve rapportée de son inaptitude. Lorsque le mandant n'est plus apte à se gérer, le mandat entre en application. C'est le cas lorsque le mandant a créé le mandat pour lui-même<sup>715</sup>. La constatation des conditions de mise en œuvre du mandat doit être rapportée par le mandataire auprès du greffe du tribunal d'instance dans les conditions de l'article 425 du Code civil. Si le greffier refuse les éléments apportés par le mandataire, ce dernier pourra saisir directement le juge par voie de requête<sup>716</sup>. La mise en œuvre enclenche le processus de perte de pouvoirs.

**281. La perte de pouvoirs du représenté.** Le mandant se retrouve par l'effet de la convention, privé de ses pouvoirs de gestion sur son patrimoine et sur sa propre personne. C'était le but recherché, mais ce fait n'est pas pour autant facile à reconnaître pour le *de cuius*. C'est dire, combien il est difficile pour lui d'admettre qu'il est temps de laisser un autre gérer. S'il a perdu ses facultés, il ne sera peut-être même plus à même de se rendre compte de son état. Et quand le mandant refuse d'admettre que le mandataire a pris ses fonctions, quel sera le régime appliqué aux actes accomplis ? Le juge peut les rescinder, les réduire voir les annuler, en effet « *Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.* »<sup>717</sup> Le risque pour les tiers est important. Le mandataire doit prendre conscience de ce fait et empêcher le mandant d'échapper à sa surveillance lorsque celle-ci deviendra effective.

---

<sup>714</sup> Art. 431 C. civ.

<sup>715</sup> Art. 481 C. civ.

<sup>716</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.

<sup>717</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.

**282. Contrôle du mandat.** A l'ouverture de sa mission, le mandataire devra faire établir un inventaire des biens<sup>718</sup>. Cet inventaire devra contenir toutes informations susceptibles d'influencer la gestion du patrimoine, et devra être modifié en fonction des évolutions de celui-ci<sup>719</sup>. Il n'est pas figé comme l'inventaire successoral. S'agissant d'un mandat personnel, le mandataire ne pourra déléguer sa mission à une tierce personne. Le mandataire doit également rendre compte de sa gestion<sup>720</sup>. On retrouve bien là, le parallélisme avec le régime de la tutelle et de la curatelle. La gestion du patrimoine du mandant est contrôlée par le notaire lorsqu'il s'agit d'un mandat authentique<sup>721</sup>. A l'inverse, en cas d'acte sous seing privé, c'est au mandant de prévoir les modalités de contrôle de la gestion. En cas de doute, toute personne ayant constaté une irrégularité, quel que soit le type de mandat, peut saisir le juge des tutelles afin qu'un contrôle approfondi de la gestion du mandataire soit réalisé. Il arrive également que le juge soit directement saisi par le mandataire afin de l'autoriser à réaliser certaines opérations limitées par le mandat<sup>722</sup>. Les héritiers pourront ainsi tenter de trouver une faille.

## **2. Le mandat limité ?**

**283. L'action des héritiers.** Si les intérêts de la personne protégée sont en danger, le juge peut intervenir. Toute personne intéressée peut le saisir si elle considère qu'il existe des manquements ou des incohérences dans la gestion de l'enfant. C'est notamment le cas des présomptifs héritiers qui peuvent voir dans la gestion aléatoire du mandataire une atteinte à leurs droits héréditaires, voire réservataires. Le mandataire peut être relevé de ses fonctions pour motifs graves<sup>723</sup>. Les héritiers devront rapporter la preuve des erreurs commises par le

---

<sup>718</sup> On retrouve ici la même obligation que celle incombant à tout représentant légal d'un mineur.

<sup>719</sup> POTENTIER P., *Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, fascicule 10 : Mandat de protection future.*

<sup>720</sup> Art. 491 C. civ.

<sup>721</sup> POTENTIER P., *Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, fascicule 10 : Mandat de protection future.*

<sup>722</sup> PLAZY J-M., *Gestion de patrimoine – organiser de son vivant la gestion du patrimoine successoral*, JCP N, 2016, n° 18, 1142.

<sup>723</sup> Art. 1026 C. civ.



gestionnaire. A part cette limite commune à la plupart des mandats, le mandat de protection future ne présente pas de limite particulière le rendant impropre à certaines situations familiales. Si le mandat est mal rédigé, incohérent ou incomplet, le juge des tutelles pourra être saisi par toute personne ayant intérêt à agir. Le juge met alors en place une mesure de protection judiciaire en renfort du mandat ou en ses lieu et place<sup>724</sup>. Si tel est le cas, le mandat n'aura servi à rien. Le but étant d'éviter la nomination judiciaire et aléatoire d'un tiers ou du mauvais présomptif héritier. Le mandant sera alors bien avisé de régulariser un mandat complet et cohérent, si possible authentique afin d'éviter que toute l'opération ne soit compromise.

**284. La fin du mandat.** A la fin du mandat, le représentant doit mettre à disposition des héritiers ou du tuteur tous les éléments concernant la gestion qu'il a réalisée, avec notamment les comptes et l'inventaire. Le mandat prend fin dans quatre cas<sup>725</sup>. La révocation judiciaire est possible en cas de mauvaise gestion avérée du mandataire. Le gestionnaire risque alors le versement de dommages et intérêts<sup>726</sup>. Le mandant pourra également renoncer à la mise en œuvre du mandat s'il regrette son choix. Il devra y renoncer avant que le mandataire n'entre en action<sup>727</sup>. Après sa mise en œuvre, le mandant ne pourra plus se faire entendre car il sera devenu inapte à prendre des décisions de ce genre. La révocation peut aussi être réclamée par le mandant lui-même s'il prouve qu'il a recouvré entre temps ses facultés<sup>728</sup>. Le mandant devra alors produire un certificat médical attestant de son état de santé mentale et physique. S'il recouvre sa capacité à gérer ses biens, ses héritiers présomptifs auront une chance supplémentaire de conserver les biens de famille censés constituer à terme leur réserve. Le mandat va même primer les mesures de protections judiciaires existantes<sup>729</sup>. Mais le juge peut mettre fin au mandat lorsqu'une mesure de protection est mise en place postérieurement.

---

<sup>724</sup> Art. 485 C. civ.

<sup>725</sup> Art. 483 C. civ.

<sup>726</sup> POTENTIER P., Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future*.

<sup>727</sup> Art. 489 et 492 C. civ.

<sup>728</sup> Art. 483 C. civ.

<sup>729</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2017, n° 15-28.669, JurisData n° 2017-000001 ; JCP N 2017, n° 48, 1322, note JOURDAIN THOMAS F.

## **§2. CONFIER LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION LEGALE**

**285. Fonctionnement.** Avant la loi de simplification du 16 février 2015<sup>730</sup> et l'ordonnance du 15 octobre 2015, l'administration légale était considérée comme pure et simple lorsque les deux parents exerçaient ensemble l'autorité parentale. Si l'un des deux manquait à l'appel, notamment en cas de décès, le mineur passait sous le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire. Désormais, les mineurs sont placés sous le régime unique de l'administration légale. Le législateur ne distingue plus entre les situations de vie ou de décès de l'un des deux parents. Mais si les deux parents sont défailants ou décédés, le mineur sera placé sous le régime de la tutelle. Le *de cuius* doit envisager la gestion de ses enfants mineurs en cas de décès. S'il a une profonde défiance envers le père ou la mère de son enfant, il peut chercher à le priver de la gestion, et de la jouissance du patrimoine qu'il laissera à ses descendants<sup>731</sup>. Dès lors, il doit prévoir le fonctionnement de la nouvelle administration légale (**A.**), afin d'organiser un transfert de pouvoirs au profit d'un tiers de confiance (**B.**).

### **A. LA GESTION DE L'ENFANT**

**286. Les besoins de l'enfant.** Les mineurs ont des besoins spécifiques qui nécessitent l'intervention d'un majeur qualifié pour les gérer. Sauf stipulations particulières ou décision judiciaire, cette gestion revient aux parents de l'enfant. L'administration légale, telle que décrite aux articles 382 à 387-6 du Code civil permet à chacun des père et mère d'administrer et plus largement de gérer le patrimoine de leur enfant encore inapte (**1°**). Mais elle leur octroie également un droit de jouissance sur les biens dont ils ont la gestion (**2°**).

---

<sup>730</sup> Loi n° 2015-177 du 16 février 2015.

<sup>731</sup> NICOD M., *Administration légale - Quand la clause d'exclusion de l'administration légale vaut... legs*, Dr. fam. n° 4, avril 2015, comm. 75.

## **1. L'administration légale**

**287. Le patrimoine du mineur.** Toute personne a un patrimoine, quel que soit son âge<sup>732</sup>. Un mineur peut être titulaire d'un patrimoine même s'il n'en a pas la gestion. Il peut acquérir un bien immobilier par l'intermédiaire de son tuteur ou administrateur, ou le recevoir par succession. Il pourra également devenir associé dans une société civile, détenir des avoirs bancaires, des titres sociaux ou même recevoir des dons. Mais il ne pourra agir seul. Il aura besoin de la protection et du pouvoir de gestion de ses parents pour recevoir et augmenter son patrimoine. Les parents représentent l'enfant tant que celui-ci est mineur, chaque fois que les circonstances l'exigent. Le droit d'administration légale découle de l'autorité parentale. Ils auront la possibilité d'accomplir un certain nombre d'actes de gestion, d'administration et de disposition pour le compte de leur enfant. Le législateur est venu simplifier le mode d'administration des parents afin de permettre à celui qui exerce seul sa mission d'administrateur légal ne soit en permanence surveillé par le juge des tutelles<sup>733</sup>. Mais cette modification a un prix, qui peut parfois aller jusqu'à faire perdre toute ou partie des droits sur la réserve acquise par l'enfant dans la succession de son auteur décédé.

**288. Les pouvoirs d'administration.** L'administration est en principe exercée en commun, mais chaque parent peut l'exercer sans l'accord exprès de l'autre. Chacun est réputé vis-à-vis des tiers avoir reçu l'accord de l'autre parent pour exercer seul les actes d'administration qui le nécessitent<sup>734</sup>, et contre lesquels, l'autre parent ne s'est pas expressément opposé. Chaque parent est autorisé à réaliser seul les actes d'administration, de gestion et certains actes de disposition. Cette largesse de pouvoir de commande est dangereuse tant pour le mineur que pour son patrimoine. Mais le but de la loi du 16 février 2015 est de réaliser une véritable simplification des relations entre parents, notamment s'agissant de parents séparés ou divorcés. Sauf exceptions, un parent qui exerce seul

---

<sup>732</sup> Théorie du patrimoine d'AUBRY ET RAU.

<sup>733</sup> COMBRET J. et BAILLON-WIRTZ N., *Personnes protégées- Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015*, JCP N 2015, n° 50, 1238.

<sup>734</sup> Art. 382-1 C. civ.

l'autorité parentale, soit parce que l'autre parent est décédé, soit parce qu'il a été déchu de ses droits, pourra accomplir seul, sans l'autorisation du juge des tutelles, les actes de dispositions. Sont notamment concernées, l'acceptation de succession et la signature d'un compromis de vente. Les exceptions au principe de libre disposition concernent notamment la vente de biens du mineur, l'apport en société ou la prise d'un emprunt<sup>735</sup>. Le parent administrateur se retrouvant en opposition d'intérêts avec son enfant doit solliciter la nomination d'un administrateur ad hoc. Néanmoins, depuis l'ordonnance de 2015, le juge peut lui-même autoriser le parent à le représenter malgré l'opposition d'intérêt pour certains actes listés à l'article 383 alinéa 2 du Code civil. La liberté de gestion ainsi octroyée au parent est conséquente.

**289. La modification des règles de contrôle.** Le juge n'est plus chargé de contrôler les actes d'administration générale du mineur comme c'était le cas auparavant<sup>736</sup>. Le législateur a voulu désengorger les tribunaux et laisser plus de place à la volonté des parents administrateurs. L'article 387-1 du Code civil liste les actes pour lesquels l'administrateur légal doit obtenir l'accord du juge des tutelles. Et l'article 387-2 y ajoute la liste des actes strictement interdits à l'administrateur, même ayant obtenu une autorisation quelconque. Le juge est néanmoins à même de décider si d'autres actes permis par la loi à l'administrateur, doivent être soumis à son approbation préalable ou doivent tout bonnement être interdits dans la situation d'espèce<sup>737</sup>. Le juge devra constater en quoi la situation familiale ou patrimoniale du mineur justifie la soumission à un contrôle plus étroit<sup>738</sup>. La loi de simplification du droit de 2015 a également modifié le droit du juge d'ouvrir une mesure de tutelle. Alors qu'elle était permise au juge qui détenait des éléments justifiant de motifs sérieux, désormais, le juge doit s'en tenir à la qualification de *cause grave*. Le contrôle du juge des tutelles est par conséquent nettement allégé et le risque patrimonial pour le mineur accru.

---

<sup>735</sup> Art. 387-1 C. civ.

<sup>736</sup> Art. 388-3 anc. C. civ.

<sup>737</sup> Art. 387-3 C. civ.

<sup>738</sup> COMBRET J. et BAILLON-WIRTZ N., *Personnes protégées- Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015*, JCP N 2015, n° 50, 1238.



**290. Les conflits.** Le juge interviendra également en cas de conflits entre les parents administrateurs, afin de décider si l'acte litigieux doit ou non être réalisé<sup>739</sup>. L'article 386 du Code civil<sup>740</sup> a également subi une refonte totale afin de créer un cas de responsabilité pour mauvaise gestion des administrateurs légaux. Le parent est notamment responsable de tout dommage survenant suite à une faute de gestion qu'il a pu commettre. Mais cette responsabilité en cas de dépassement des pouvoirs d'administrateur est finalement peu dissuasive tant la liberté octroyée aujourd'hui au parent est grande<sup>741</sup>. La sanction pour la commission d'acte interdit est inexistante ; et pas de sanction, pas de dissuasion. La loi de simplification a entendu réserver le contrôle opéré par le juge des tutelles<sup>742</sup> aux cas dans lesquels l'action de l'administrateur pourrait affecter gravement et définitivement les droits et le patrimoine du mineur<sup>743</sup>. L'augmentation significative du nombre de divorces, de séparations et de familles recomposées va accroître encore la quantité de conflits liés à la gestion commune des parents.

**291. Le risque de dilapidation.** « *L'administrateur légal est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur.*<sup>744</sup> », mais ce n'est pas toujours le cas en pratique. La loi de modernisation du droit de 2015 laisse les parents de l'enfant administrer quasi librement les biens de leur enfant, allant même jusqu'à disposer de certains biens. A la lecture des limitations contenues dans les dispositions des articles 387-1 et 387-2 du Code civil, on s'aperçoit que la protection et le contrôle du juge sont surtout appliqués au patrimoine immobilier du mineur<sup>745</sup>. Or qu'en est-il des actes de dispositions sur les avoirs bancaires, les titres boursiers ou les contrats de placements ? Le juge laisse le parent administrateur libre de sa gestion, ne contrôlant que les

---

<sup>739</sup> Art. 387 C. civ.

<sup>740</sup> Art. 386 C. civ.

<sup>741</sup> COMBRET J. et BAILLON-WIRTZ N., *Personnes protégées- Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015*, JCP N 2015, n° 50, 1238.

<sup>742</sup> Depuis 2010 on parle communément de juge aux affaires familiales même si la pratique a conservé la dénomination de juge des tutelles.

<sup>743</sup> COMBRET J. et BAILLON-WIRTZ N., *Personnes protégées- Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015*, JCP N 2015, n° 50, 1238.

<sup>744</sup> Art. 385 C. civ.

<sup>745</sup> COMBRET J. et BAILLON-WIRTZ N., *Personnes protégées- Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015*, JCP N 2015, n° 50, 1238.

comptes annuels quand ces derniers lui sont transmis<sup>746</sup> et qu'il en a fait la demande<sup>747</sup>. Le parent n'est donc plus obligé de rendre compte annuellement de sa gestion. Il est finalement assez libre de disposer du patrimoine mobilier de son enfant et d'en jouir à sa guise, risquant la dilapidation. Les intérêts du mineur sont finalement en danger face à ce parent devenu quasiment tout puissant.

**292. Une crainte pour la réserve.** Le manque de sanctions dissuasives du comportement du parent administrateur n'a d'égal que son immense pouvoir d'action. Pour autant, où est finalement le risque pour la réserve ? En creusant un peu l'aspect pratique de ce droit d'administration, on imagine une conséquence, aussi dramatique qu'implacable. Elle concerne les biens reçus par le mineur dans le cadre de la succession de son auteur. Le parent survivant mal intentionné est en droit d'administrer et d'en partie disposer des biens compris dans la part revenant à l'héritier, en ce compris la part réservataire. Il dispose de pouvoirs étendus lui permettant, notamment pour les biens mobiliers, de réaliser des cessions aux conditions qu'il jugera convenables, mais qui ne le seront pas nécessairement. La fin de l'obligation d'établissement d'un inventaire actualisé ainsi que la fin des bilans de gestion annuels obscurcissent la gestion de l'administrateur. Ils la rendent certes plus fluide, mais le législateur n'a pas pris suffisamment en compte le risque de mauvaise gestion d'un parent seul. Le législateur a certainement préféré croire en la gestion bienveillante et éclairée qu'un père ou une mère doit à son enfant. C'est sans compter sur la modification de la famille traditionnelle et l'individualisme galopant de notre décennie.

**293. La perte possible.** Car une administration inconsidérée de la part du parent encore en vie expose l'enfant à la perte de tout ou partie des biens contenus dans la réserve. En théorie il a perçu cette réserve au décès de son auteur. Mais l'enfant ne recouvrira pas les pouvoirs sur les biens constituant cette réserve avant sa majorité. La disparition des éléments d'actifs, dissous dans l'administration hasardeuse voire négligente du parent restant, constitue pour l'enfant une atteinte à son droit à réserve en tant qu'elle lui parvient dépouillée

---

<sup>746</sup> En pratique, l'obligation de transmission annuelle des comptes n'était pas toujours respectée par les parents administrateurs ou par les tuteurs membres de la famille. Les juges ne prenaient pas toujours le temps de les sanctionner à ce sujet.

<sup>747</sup> Art. 387-5 C. civ.



de sa consistance initiale. A sa majorité, l'enfant ne recouvrera pas la part de réserve qu'il aurait matériellement obtenue s'il avait été majeur au jour du décès de son auteur. On pourrait arguer contre cette théorie que le patrimoine évolue au cours de la vie de son propriétaire, positivement ou négativement. On ajouterait que le parent ne peut être tenu pour responsable des fluctuations de valeurs des biens inclus dans son périmètre de gestion. C'était vrai avant la loi de simplification de 2015. Car celle-ci, en diminuant voire en annihilant certaines sanctions et certains contrôles judiciaires, a ouvert la porte au-delà des maladroites de gestion, aux malversations patrimoniales perpétrées par un auteur vénal et fourbe. L'image du bon père de famille bienveillant et œuvrant dans l'intérêt premier de ses enfants ne constitue plus une généralité parmi les clients des offices notariaux.

## 2. Le droit de jouissance légale

**294. Principe.** En plus du droit d'administrer les biens de l'enfant, il existe un droit de jouissance légale offert aux parents sur les biens de leur progéniture. Le droit de jouissance légale est attaché au pouvoir d'administration légale<sup>748</sup>. Jusqu'aux 16 ans de l'enfant<sup>749</sup>, ses père et mère peuvent percevoir les revenus personnels de l'enfant<sup>750</sup>. Cette autorisation légale permet normalement aux parents de compenser les dépenses qu'ils doivent engager pour l'enfant lorsqu'ils gèrent sa personne ou son patrimoine. Le droit de jouissance légale porte sur l'ensemble des biens du mineur. Les parents administrateurs peuvent alors exploiter un fonds appartenant à l'enfant ou encaisser à sa place des loyers ou des revenus de valeurs mobilières. Certains biens seront exclus de la jouissance légale comme étant des biens ou revenus strictement personnels à l'enfant<sup>751</sup>. Seuls les parents détenteurs du droit d'administration légale peuvent conserver les excédents de revenus pour leur propre compte. Le seuil d'emploi pourra être défini par les parents eux-mêmes ou par le juge. Il peut servir à ouvrir un compte, à acquérir des biens meubles, immeubles, à

---

<sup>748</sup> Art. 386-1 C. civ.

<sup>749</sup> Art. 386-2 C. civ.

<sup>750</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Patrimoine* 2017-2018, p. 88.

<sup>751</sup> Art. 386-4 C. civ.

effectuer des placements bancaires ou encore à payer les frais d'entretien ou les dettes de l'enfant<sup>752</sup>.

**295. Prise d'intérêts.** Si les revenus du mineur sont supérieurs aux dépenses que ce dernier engendre, le surplus pourra être conservé par ses parents. Les parents peuvent même réclamer une indemnité pour les améliorations faites sur les biens du mineur dans la limite de la plus-value. Cette jouissance s'apparente au fonctionnement de l'usufruit. Les parents disposent ainsi d'un financement pour la gestion du patrimoine de leur enfant. Mais ils ne pourront céder leur droit de jouissance ou en altérer la substance. Néanmoins, le parent administrateur est peu contrôlé sur l'utilisation de ce droit de jouissance, d'usage et finalement de prélèvement. On mentionnera pas exemple qu'il n'est pas tenu de fournir caution. Le risque d'accaparement du patrimoine du mineur est donc conséquent. La disparition du patrimoine du mineur par une mauvaise gestion du parent n'a d'égal que l'absence de contrôle réel de l'utilisation du droit de jouissance. Les prélèvements réalisés par le père ou la mère au titre de ce droit de jouissance feront une nouvelle fois perdre au mineur une part du patrimoine qui devait lui revenir à sa majorité.

**296. La modification du droit de jouissance.** Le droit de jouissance des père et mère a été modifié au travers de la création de l'article 386-2 du Code civil<sup>753</sup>. Mais les conditions de cessation du droit de jouissance légale des biens de l'enfant par les parents sont restreintes<sup>754</sup>. Le législateur ajoute les conditions d'usage de ce droit<sup>755</sup>, qui sont pour une partie, une reprise des anciens articles refondus et notamment dans ce cas précis l'article 385 du Code civil. La simplification enclenchée avec la loi du 16 février 2015 concerne finalement plus le versant des pouvoirs de l'administrateur que la jouissance elle-même, qui reste aussi large et risquée qu'auparavant pour le mineur.

---

<sup>752</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Patrimoine* 2017-2018, p. 96-97.

<sup>753</sup> Art. 386-2 C. civ.

<sup>754</sup> Art. 386-4 C. civ.

<sup>755</sup> Art. 386-3 C. civ.



## **B. LE TRANSFERT DE GESTION DE L'ENFANT**

**297.** Le pouvoir initialement inquiétant du parent administrateur couplé désormais à la simplification du droit de gestion familial va pousser le *de cujus* à prévoir une solution alternative et sécurisée à la transmission de son patrimoine. Le *de cujus* ne peut faire l'économie du choix d'un tiers compétent. S'il veut empêcher que son ex-compagnon ou son ex-femme ne dilapide le patrimoine de son enfant mineur, il devra lui-même prévoir de transférer le pouvoir de gestion à un tiers (1<sup>o</sup>). Il en sera d'autant plus capable que le législateur et la jurisprudence<sup>756</sup> lui permettent d'agir sur la part héréditaire, en ce compris, la part de réserve (2<sup>o</sup>).

### **1. L'utilisation de l'article 384 du Code civil**

**298. Confier la gestion à un tiers.** L'ancien article 389-3 du Code civil devenu l'article 384<sup>757</sup> permet à un parent de confier à un tiers la gestion et l'administration des biens de son enfant en lieu et place de l'autre parent. Il s'agit par exemple de contrer l'action d'une ex-compagne vénale susceptible de gérer les biens donnés ou légués à son enfant dans son intérêt personnel<sup>758</sup>. La nécessité existe, quels que soient les motifs profonds qui l'ont fait naître. La loi ne distingue pas entre le parent notoirement indigne ou incapable de gérer le patrimoine de l'enfant et le parent dont on se méfie simplement. Aucune preuve n'est requise, aucun jugement incriminant n'est nécessaire et « *Dans un contexte familial conflictuel, le dispositif figurant à l'article 389-3 alinéa 3, est évidemment particulièrement*

---

<sup>756</sup> Voir 2<sup>o</sup> sur les arrêts confirmatifs de la jurisprudence

<sup>757</sup> Art. 384 C. civ. : « *Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers.*

*Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal.*

*Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur ad hoc pour le remplacer. »*

<sup>758</sup> MAUGER-VIELPEAU L., *La nouvelle clause d'exclusion de l'administration légale*, PA 8 septembre 2017, n<sup>o</sup> 179-180, p. 19.

*attractant : il n'exige ni recours au juge, ni d'apporter la preuve d'un conflit d'intérêts, notion délicate à manier, ni d'ailleurs d'une quelconque faute de la part du parent écarté...<sup>759</sup> »*

Afin d'y parvenir, le *de cuius* doit nommer un tiers administrateur en lui confiant expressément la mission de gestion des biens de l'enfant. Pour être valide, la clause d'exclusion de l'administration légale doit être contenue dans une donation ou un testament. Elle doit mentionner l'identité de la personne chargée de gérer le patrimoine de l'enfant à la place du parent encore en vie. Mais elle ne nécessite pas que les conditions de sa mise en œuvre soient indiquées<sup>760</sup>. Le mandataire rend compte de sa gestion<sup>761</sup>. S'agissant d'un pouvoir dérivé de l'administration légale, il s'éteindra à la majorité de l'enfant comme l'administration légale classique. Sa mission doit être dirigée exclusivement dans l'intérêt de l'enfant. Si le parent privé de la gestion rapporte la preuve que la gestion réalisée ou la nomination du tiers ne respectent pas l'intérêt de l'enfant, le tiers pourra être privé de ses pouvoirs de gestion<sup>762</sup>. Attention donc à bien choisir le futur administrateur afin d'éviter que celui-ci ne soit révoqué avant même d'avoir pu agir, ou alors que sa mission n'est pas terminée. Grâce aux nouvelles dispositions contenues dans l'article 384 alinéa 3 du Code civil, renvoyant aux articles 395 et 396, le juge peut nommer lui-même un administrateur ad hoc si l'administrateur désigné par le *de cuius* refuse sa mission ou si le tiers qui est désigné ne remplit pas les conditions requises pour gérer les biens du mineur.

**299. Une gestion plus efficace.** La clause d'exclusion de l'administration permet d'éviter les conflits familiaux futurs qui nuiraient à l'enfant. Il arrive également parfois que le conflit avec l'ex-conjoint ou compagnon ne soit pas au cœur des préoccupations du *de cuius*. Il est vrai, que les séparations laissent rarement plus que des ententes cordiales mais le disposant peut simplement souhaiter confier la gestion à un tiers qualifié. Ce sera notamment le cas si les biens qu'il laisse à son décès à son enfant mineur méritent une

---

<sup>759</sup> BRUGGEMAN M., *L'administration des biens légués et réserve héréditaire*, Dr. fam. n° 5, mai 2013, comm. 73.

<sup>760</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

<sup>761</sup> Il est soumis aux obligations de tout mandataire conventionnel.

<sup>762</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.



attention ou des compétences particulières<sup>763</sup>. C'est le cas de la gestion de l'entreprise familiale ou de biens immobiliers d'exception<sup>764</sup>. Néanmoins, dans cette hypothèse, le *de cuius* pourra tout autant orienter son choix sur un mandat à effet posthume. Les conditions d'intérêt légitime et de désignation d'un tiers plus compétent que le parent seraient remplies. Toutefois, nommer un administrateur tiers pour gérer les biens d'un enfant simplement en conflit avec l'autre parent permettra de désamorcer les problèmes à venir lesquels auraient pu conduire à la nomination d'un administrateur ad hoc par voies judiciaires<sup>765</sup>. Mais cette nomination emportera momentanément privation de pouvoirs sur la réserve, avec attribution à un tiers désigné conventionnellement.

**300. La privation de gestion des biens.** Le parent ainsi exclu perd la gestion et l'administration de tous les biens qui seront transmis au décès de l'autre parent. Pour ce faire, la clause d'exclusion doit constater dans le testament la gratification offerte par le disposant à ses héritiers mineurs. Mais la clause peut également être insérée dans un acte de donation. S'agissant d'une donation à un mineur, il est opportun de proposer aux parents ou grands-parents en conflit avec l'autre parent de l'enfant d'inclure une clause de gestion des biens de l'enfant afin d'éviter que le parent cristallisant le conflit ne puisse gérer ou jouir des biens inclus dans la donation<sup>766</sup>. Les grands-parents peuvent également prévoir une exclusion d'administration en cas de prédécès de leur enfant<sup>767</sup>. Il en va de même pour les oncles, tantes et autres membres de la famille qui veulent se prémunir de la gestion hasardeuse du père ou de la mère de l'enfant avec lequel ils ne s'entendent pas ou n'ont pas ou plus de contact. Le donateur pourra se désigner lui-même comme administrateur en cas de décès ultérieur de l'enfant intermédiaire. Toutefois, si l'ascendant n'a pas l'intention de laisser le bien tomber entre les mains de l'enfant, même majeur, il sera toujours possible d'inclure dans l'acte une clause de retour conventionnel limitée au seul donataire<sup>768</sup>.

---

<sup>763</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

<sup>764</sup> Exemple : château, manoir, monument classé, vignoble...

<sup>765</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

<sup>766</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

<sup>767</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

<sup>768</sup> Voir supra.

**301. Les pouvoirs du représentant nommé.** Le *de cuius* disposant peut octroyer des pouvoirs étendus au mandataire qu'il désigne pour prendre soin de la personne et du patrimoine de son enfant<sup>769</sup>. Le *de cuius* peut confier au mandataire des pouvoirs de gestion plus étendus que ceux que l'administrateur légal détient lui-même<sup>770</sup>. Il lui suffit de le prévoir dans la convention dans les limites de l'article 387 du Code civil car « *Une extension des pouvoirs implique nécessairement de mettre en place un contrôle conventionnel préalable et postérieur de la gestion ainsi opérée* »<sup>771</sup>. L'intérêt majeur de cette délégation d'administration réside dans les pouvoirs finalement transmis au tiers désigné, ils sont somme toute plus larges, que ceux inclus dans l'administration légale, et ce, à défaut de mention contraire de la part du disposant. L'article 385 pose désormais une obligation morale de bonne gestion<sup>772</sup>, « *On en déduit que, sous réserve de l'intérêt de l'enfant, des pouvoirs de disposition peuvent lui être octroyés, en dehors de toute habilitation préalable du juge des tutelles* »<sup>773</sup>. Toutefois, il faut bien rappeler au *de cuius*, que comme toute disposition visant la désignation d'un tiers gestionnaire, en cas de mauvais choix de sa part, la disposition se retournera contre lui, ou plus précisément, contre son descendant mineur.

**302. La privation de jouissance.** La privation de jouissance légale qui accompagne la clause d'exclusion de l'administration légale permet au *de cuius* d'empêcher l'autre parent de jouir des biens qui seront attribués au mineur à son décès<sup>774</sup>. Priver le parent de son droit de jouissance permettra de mettre définitivement un terme à la préhension des biens transmis par le parent. Il est recommandé au *de cuius* de faire mention expresse de cette privation de jouissance dans l'*instrumentum* constatant la privation d'administration. Le disposant doit éviter à tout prix toute discussion entre le tiers nommé et le parent déchu<sup>775</sup>. En effet, l'un

---

<sup>769</sup> PLAZY J-M., *Gestion de patrimoine – organiser de son vivant la gestion du patrimoine successoral*, JCP N, 2016, n° 18, 1142.

<sup>770</sup> MAUGER-VIELPEAU L., *La nouvelle clause d'exclusion de l'administration légale*, PA 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 19.

<sup>771</sup> PLAZY J-M., *Gestion de patrimoine – organiser de son vivant la gestion du patrimoine successoral*, JCP N, 2016, n° 18, 1142.

<sup>772</sup> Art. 385 C. civ.

<sup>773</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121

<sup>774</sup> Art. 387 C. civ. anc.

<sup>775</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

n'incluant pas automatiquement l'autre, une simple remarque implicite pourrait ne pas être suffisante à priver l'autre parent de son droit de jouissance sur les biens de l'enfant.

## **2. L'administration de la part de réserve**

**303. Un questionnement légal.** L'ancien article 389-3 alinéa 3<sup>776</sup> du Code civil devenu article 384 laisse libre le *de cuius* d'interpréter son pouvoir de privation restrictivement à la quotité disponible, ou au contraire de manière étendue. La question du pouvoir de priver l'autre parent de l'administration et de la jouissance de la part de réserve de l'enfant était ouverte. Mais concevoir que ce pouvoir est limité à la seule quotité disponible ne permet pas d'organiser une gestion efficace des biens compris dans la part héréditaire. Elle oblige également l'administrateur nommé à coexister avec le parent titulaire de la gestion de la part de réserve. Cette solution n'est ni conforme à l'esprit du texte, ni conforme à la volonté du disposant. Admettre cette solution priverait cette disposition de son intérêt et ne coïnciderait pas avec la recherche du législateur d'une transmission économique fluide des patrimoines. Mais la réponse est venue comme souvent de la jurisprudence.

**304. Une administration limitée ?** Un vieil arrêt a semé le doute. En effet, la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt du 27 juin 1933<sup>777</sup> qu'il n'était pas possible de priver l'autre parent de l'administration et de la jouissance légale de la part de réserve de l'enfant. La Cour suprême a admis que « *en ce qui concerne les biens compris dans la réserve, la transmission s'en opère par la volonté de la loi, et que l'ascendant donateur ne peut, par des clauses de la donation ou du testament, modifier les conditions et les effets légaux de cette transmission* »<sup>778</sup>. Elle a entre autres considéré que la part de réserve était dévolue par la loi

---

<sup>776</sup> Art. 389-3 al. 3 anc. C. civ. : « *Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens qui auraient été donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils seraient administrés par un tiers. Ce tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament ; à défaut, ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire.* »

<sup>777</sup> Cass. civ., 27 juin 1933 : DP 1934, 1, 94, note SAVATIER R. ; S. 1933, 1, 326 ; RTD Civ., 1934, p. 134, obs. LAGARDE.

<sup>778</sup> Cass. civ., 27 juin 1933 : DP 1934, 1, 94, note SAVATIER R. ; S. 1933, 1, 326 ; RTD Civ., 1934, p. 134, obs. LAGARDE.

et non par la volonté de l'autre parent. Par conséquent, le parent disposant ne pouvait agir dessus. Or certains auteurs dont notamment SAVATIER<sup>779</sup> ont largement critiqué cet arrêt au motif que l'on confondait transmission de la réserve avec gestion des biens la composant. Cette analyse se révéla juste, des décennies plus tard.

**305. Une réponse jurisprudentielle.** L'arrêt du 6 mars 2013<sup>780</sup> de la Cour de cassation est venu renverser la tendance. En l'espèce, un homme avait rédigé un testament dans lequel il instituait légataire universel ses deux enfants, dont l'un était mineur. Etant en instance de divorce, il avait ajouté priver son conjoint de l'administration légale de l'ensemble des biens inclus dans sa succession et revenant à ses enfants. Le *de cuius* avait au total rédigé trois testaments successifs. Dans deux des trois testaments, il avait exprimé sa ferme volonté de priver la mère de ses enfants de son pouvoir d'administrateur légal sur les biens recueillis dans sa succession, en ce compris le droit de jouissance légale. Il confiait la mission de gestion du patrimoine à sa sœur, en ce qu'elle administrerait « *mon patrimoine qui reviendra à mes enfants* ». A son décès, ledit conjoint saisit le tribunal en indiquant que les dispositions de cet article ne pouvaient s'appliquer à la part dévolue par la réserve héréditaire<sup>781</sup>. Ainsi, il indiquait que le *de cuius* ne pouvait modifier la transmission de ces biens, que ce soit en matière de part ou en matière de gestion. Il arguait que même s'agissant d'un legs universel, la part de biens comprise dans la réserve aurait de toute façon été dévolue de manière identique, avec ou sans le legs. Il s'appuyait notamment sur l'ancien arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1933 précité.

**306. La volonté de priver.** La succession de testaments dont la révocation du premier contenant les legs aux enfants a conduit la Cour d'appel à considérer que la clause d'exclusion ainsi énoncée ne constatait pas de dispositions volontaires au profit des

---

<sup>779</sup> Cass. civ., 27 juin 1933 : DP 1934, 1, 94, note SAVATIER R. ; S. 1933, 1, 326 ; RTD Civ., 1934, p. 134, obs. LAGARDE.

<sup>780</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-26.728 ; Bull. civ. 2013, I, n° 36 ; Dr. fam. mai 2013, n° 5, comm. 73, note BRUGGEMAN M. ; JCP N 2013, n° 18, 1121, BOULANGER D. ; Defrénois 2013, art. 365, RANDOUX N. ; RTD Civ. 2013, p. 346, HAUSER J. ; RTD Civ. 2013, p. 421, GRIMALDI M.

<sup>781</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-26.728 ; Bull. civ. 2013, I, n° 36 ; Dr. fam. mai 2013, n° 5, comm. 73, note BRUGGEMAN M. ; JCP N 2013, n° 18, 1121, BOULANGER D. ; Defrénois 2013, art. 365, RANDOUX N. ; RTD Civ. 2013, p. 346, HAUSER J. ; RTD Civ. 2013, p. 421, GRIMALDI M.



enfants<sup>782</sup>. Elle s'est bornée à la lecture des testaments non révoqués sans tenir compte de ce que pouvait représenter l'ensemble de ces testaments. Le *de cujus* avait tenté de protéger au mieux les intérêts de ses descendants à travers des testaments successifs. Ils ne pouvaient que représenter en tous points son désir de mettre à l'écart son conjoint de toute forme de gestion d'administration, de disposition ou de jouissance concernant les biens qu'il laissait. Sa volonté était claire mais les formes utilisées pour l'exprimer sont équivoques. Pour autant, la Cour d'appel avait admis la privation orchestrée par le *de cujus*. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que l'exclusion d'administration était valable car elle était accompagnée d'un legs fait aux héritiers réservataires<sup>783</sup>, même si, « *Certes, la démonstration de la première chambre civile ne règle rien en droit ; car il s'agit, au mieux, de deux legs à titre particulier, ayant pour objet les revenus futurs des 2/3 des biens du défunt* »<sup>784</sup>.

**307. La transformation de la réserve.** Mais la transformation récente de la réserve héréditaire l'a fait finalement passer d'un ordre public absolu à un ordre public de protection<sup>785</sup>. Elle ne limite plus autant qu'avant les pouvoirs du disposant. Elle ne fait qu'œuvrer dans l'intérêt du réservataire. Dans cette perspective, la Cour indique « *Que l'article 389-3 du Code civil, qui permet au disposant, sans aucune distinction, de soustraire à l'administration légale des père et mère les biens qu'il donne ou lègue à un mineur, est une disposition générale qui ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire*<sup>786</sup>. » « *En définitive, on ne peut qu'être ravi de cette solution qui consacre ainsi l'efficacité totale des clauses d'exclusion de l'administration ou de la jouissance légale.* »<sup>787</sup> même en dépit du droit à réserve du descendant.

---

<sup>782</sup> NICOD M., *Administration légale - Quand la clause d'exclusion de l'administration légale vaut... legs*, Dr. fam. n° 4, avril 2015, comm. 75.

<sup>783</sup> NICOD M., *Administration légale - Quand la clause d'exclusion de l'administration légale vaut... legs*, Dr. fam. n° 4, avril 2015, comm. 75.

<sup>784</sup> NICOD M., *Administration légale - Quand la clause d'exclusion de l'administration légale vaut... legs*, Dr. fam. n° 4, avril 2015, comm. 75.

<sup>785</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

<sup>786</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-26.728 ; Bull. civ. 2013, I, n° 36 ; Dr. fam. mai 2013, n° 5, comm. 73, note BRUGGEMAN M. ; JCP N 2013, n° 18, 1121 ; BOULANGER D. ; Defrénois 2013, art. 365, RANDOUX N. ; RTD Civ. 2013, p. 346, HAUSER J. ; RTD Civ. 2013, p. 421, note GRIMALDI M.

<sup>787</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

**308. La dévolution volontaire.** Pour priver l'autre parent de la gestion patrimoniale, la dévolution doit être volontaire, c'est-à-dire constater un legs ou une donation<sup>788</sup>. Certains auteurs<sup>789</sup> considèrent que la simple mention dans un testament de la confirmation de la dévolution légale avec désignation d'un tiers administrateur suffirait à priver le parent de la gestion des biens de l'enfant mineur. Faire un legs ne serait alors pas nécessaire, « *D'ailleurs, puisque l'élément caractéristique de la volonté du défunt est d'aboutir à une administration par un tiers, rien n'interdit au testateur de se contenter de confirmer les règles légales de dévolution tout en indiquant expressément sa volonté que les biens ainsi transmis aux enfants mineurs soient administrés par telle personne qu'il désigne*<sup>790</sup>. »

**309. La recherche de la gratification.** Un arrêt du 11 février 2015<sup>791</sup> de la Cour de cassation est venu donner un nouvel exemple de cas dans lesquels la Cour a admis qu'un parent pouvait priver d'administration légale et de jouissance légale l'autre parent. En l'espèce, la plaignante invoquait l'absence de legs au profit des enfants mineurs concernés. Dès lors qu'il n'y avait pas de legs indiqué formellement dans le testament, le *de cuius* ne pouvait soustraire les biens reçus par le mineur à la gestion de son autre parent. La Cour de cassation, pour donner droit à la demande du *de cuius* de priver la mère des enfants de tout droit de gestion et de jouissance sur les biens contenus dans sa succession, a indiqué qu'à travers la privation ainsi réalisée, les descendants obtenaient une part héréditaire majorée par rapport à celle qui leur serait advenue si leur mère avait disposé de ses droits d'administratrice légale. Dès lors, en réclamant dans son testament la privation de ses droits, le *de cuius* a indirectement consenti à ses réservataires un legs correspondant à la différence de droits entre ceux qu'ils auraient eus sous l'administration de leur mère et ceux qu'ils obtiennent en étant débarrassée.

---

<sup>788</sup> NICOD M., *Administration légale - Quand la clause d'exclusion de l'administration légale vaut... legs*, Dr. fam. n° 4, avril 2015, comm. 75.

<sup>789</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

<sup>790</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

<sup>791</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586 ; PA 29 mai 2017, n° 106, p. 21, obs. CHAMOULAUD-TRAPIERS A.



En jugeant ainsi la Cour a donné un champ d'application à la privation du conjoint finalement plus étendu que la simple administration légale<sup>792</sup>. On peut également considérer que les fruits produits par la jouissance légale des biens du mineur lui étaient réattribués dans ces espèces<sup>793</sup>. Que dès lors, les enfants bénéficiaient de droits plus étendus avec le testament que sans. La Cour a donc considéré que l'enfant recevait plus que sa part réservataire grâce à la privation de jouissance de son parent. Le testament produisait un legs à son profit des fruits et revenus de l'administration légale. Ainsi, l'administrateur nommé dans ledit testament disposait du droit de gestion sans bénéficiaire de la jouissance.

**310. la recherche de l'intérêt de l'enfant.** La Cour de cassation a eu également à se prononcer sur les conditions de mise en œuvre de la clause d'exclusion. Dans un arrêt rendu le 10 juin 2015,<sup>794</sup> la Cour suprême constate que les juges du fond avaient ajouté une condition supplémentaire aux dispositions légales. Ils avaient refusé le transfert d'administration indiqué dans le testament au motif qu'il n'était pas démontré que le mandataire désigné était qualifié, ou plus qualifié que le parent évincé<sup>795</sup>. La Cour d'appel précitée<sup>796</sup> a, en effet, recherché l'intérêt légitime dans la véracité de l'incapacité de la mère à gérer les biens légués au lieu de la rechercher dans l'incapacité de l'enfant légataire. La Cour rappelle que ce type de disposition testamentaire ne suppose en aucun cas la preuve de l'intérêt de l'enfant ou de la qualification du tiers administrateur. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de l'article 384 du Code civil par rapport au mandat à effet posthume.

---

<sup>792</sup> PLAZY J-M., *Gestion de patrimoine – organiser de son vivant la gestion du patrimoine successoral*, JCP N, 2016, n° 18, 1142.

<sup>793</sup> CHAMOULAUD-TRAPIERS A., *Clause excluant le droit d'administration et de jouissance légale du parent de l'enfant légataire*, PA 29 mai 2017, n° 106, p. 21.

<sup>794</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.146 ; PA 29 mai 2017, n° 106, p. 21, obs. CHAMOULAUD-TRAPIERS A.

<sup>795</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 139.

<sup>796</sup> Voir infra

## Conclusion de chapitre

**311. Comparaison de mandats.** Le mandat de protection future recèle finalement plus de possibilités que le mandat à effet posthume en ce qu'il permet au mandataire d'aliéner les biens issus de la succession et permet la subrogation. Les héritiers ne peuvent mettre fin au mandat en cédant les biens pour lesquels il a une mission de gestion. Mais le mandat de protection future ne recoupe pas totalement la mission contenue dans le mandat à effet posthume. En effet, le mandat de protection future permet au disposant de faire gérer ses biens par un mandataire le jour où il ne pourra plus gérer ses affaires lui-même, ou pour gérer le patrimoine de son enfant handicapé. La privation de pouvoir sur la réserve se manifeste à travers la perte de gestion de l'enfant handicapé, ou la perte possible des biens par la gestion du mandataire, du vivant du mandant devenu inapte. Un présomptif héritier mal intentionné ne sera plus en mesure de se faire nommer tuteur de son ascendant afin de jouir de sa part héréditaire voire réservataire en avance. Le mandat à effet posthume quant à lui est à visée plus successorale car il ne s'applique qu'en cas de décès du mandant. Le mandataire agira si la succession présente un ou plusieurs points de complexité comme l'existence d'un bien professionnel ou la présence d'enfant mineur ou handicapé. Il dépossédera momentanément les héritiers de leurs pouvoirs de gestion sur les biens même faisant partie de la réserve. Le mandat à effet posthume est fragile car révocable suite à la vente des biens objet du mandat. Ainsi, l'efficacité de ces mandats reste relative eu égard à la possibilité de s'en défaire pour le mandat à effet posthume, et à la possibilité de demander des comptes à posteriori pour le mandat de protection future. Ils doivent être conservés à l'esprit mais ne constituent pas la solution ultime de privation de pouvoir des héritiers réservataires.

**312. Le choix de l'administration.** Lorsque le *de cuius* cherche à protéger ses enfants mineurs de la gestion potentiellement calamiteuse de leur mère ou de leur père, il est plus prudent de se tourner vers la clause d'exclusion de l'administration légale que vers le mandat à effet posthume. En effet, le mandat exige d'être justifié par un intérêt légitime et est limité dans sa durée. Il oblige notamment le *de cuius* à justifier de l'inaptitude de l'autre



parent à gérer lui-même le patrimoine de son enfant<sup>797</sup>. Or, avec l'augmentation significative du nombre de familles recomposées, le besoin en pratique est élevé. Et il arrive fréquemment, que la seule justification apportée soit celle du cœur plus que de la raison. Le *de cuius* ne souhaite pas que son ex-compagnon ou son ex-femme puisse porter la main, même indirectement sur un patrimoine ne lui appartenant pas, ou pire, sur un patrimoine que l'autre a tenté de lui ravir dans le cadre d'un divorce. La clause d'exclusion permettra d'obtenir des pouvoirs plus étendus sur les biens y compris sur la réserve sans pour autant devoir subir un contrôle aussi drastique. Les héritiers réservataires subissent finalement une privation de pouvoir de leur réserve, privation qui par principe leur aurait été appliquée faute de majorité. Toutefois, cette clause les prive de la gestion parentale, gestion qui finalement n'est pas forcément dans leur intérêt. La privation de pouvoir est efficace, mais ne dure que le temps de la minorité de l'enfant.

**313. Combinaisons des outils.** Peut-on combiner mandat à effet posthume et mandat de protection future ? Eh bien oui, et « *A vrai dire, la consécration de ces deux mandats participe du mouvement contemporain de recul de l'ordre public et de la promotion corrélative de la volonté.*<sup>798</sup> » La loi du 23 juin 2006 a ouvert une porte à l'expression de la volonté du *de cuius*. Cela lui permet de confier les pouvoirs sur la réserve laissée à ses héritiers dans sa succession, à un tiers de confiance. La liste importante des modifications apportées ensuite par la loi de simplification du droit du 16 février 2015 et l'ordonnance du 15 octobre 2015 ont marqué le début d'une nouvelle ère pour l'administration légale. Son régime s'éloigne finalement de plus en plus du régime de la tutelle avec lequel il était initialement couplé<sup>799</sup>. La diminution du contrôle du juge face à la gestion des parents n'a d'égal que l'importance, pour un *de cuius* séparé ou divorcé de prévoir à l'avance la désignation d'un tiers administrateur. Aussi, la combinaison de l'ensemble de ces dispositions permet au *de cuius* de prévoir sa succession et de priver plus largement ses héritiers réservataires d'une forme de pouvoir de gestion sur les biens qui dépendront de leur

---

<sup>797</sup> BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

<sup>798</sup> PETERKA N., *Mandat – Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui*, JCP N 2013, n° 29, 1190.

<sup>799</sup> COMBRET J. et BAILLON-WIRTZ N., *Personnes protégées - Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015*, JCP N 2015, n° 50, 1238.

réserve. Combiner mandat à effet posthume et clause d'exclusion légale peut également être une solution complète pour la protection des intérêts de l'enfant mineur quand chacun isolément n'est pas suffisant<sup>800</sup>.

**314.** La privation de pouvoir peut être matérialisée d'une autre façon. Elle peut tirer sa source d'un intérêt supérieur auquel les héritiers doivent se plier, et qui transgressera l'obligation de transmission de la réserve libre de charges (**Chapitre 2**).

---

<sup>800</sup> DELASSALLE B., LOTZ J. et GESSEY N., *Encadrer la gestion des biens de l'enfant mineur après le décès*, JCP N 2017, n° 29, 1238.



## **CHAPITRE 2 : LA PRIVATION JUSTIFIEE PAR UN INTERET SUPERIEUR**

**315. L'intérêt supérieur.** La notion de transmission de la réserve libre de charge est finalement plus relative qu'on ne l'imagine. Le *de cuius* est en mesure d'aménager son patrimoine et de combiner ses dispositions de dernières volontés pour aboutir à la privation de la pleine et entière disposition de la part revenant au réservataire. L'héritier peut être privé de pouvoir sur sa réserve si un intérêt supérieur au sien le justifie. Il revient au *de cuius* d'organiser en amont le choix et la forme que prendra cet intérêt supérieur. S'il choisit de privilégier l'intérêt de la famille ou les soins d'un héritier nécessaire, il pourra utiliser les libéralités substitutives (**Section 1**). Si au contraire il choisit de confier la gestion à une autre forme d'intérêts, il pourra transférer le patrimoine successoral ou simplement certains biens (**Section 2**).

### **SECTION 1. - LES LIBERALITES SUBSTITUTIVES**

**316.** Les substitutions constituent une forme de libéralités particulières. Elles constatent une double transmission à deux personnes qui se succèdent dans la propriété du bien (§1.). Le grevé est le premier gratifié mais il doit, dans une certaine mesure, transmettre le bien objet de la libéralité à l'appelé. Cette obligation constitue une charge pour le grevé susceptible d'impacter tant la part de quotité disponible qu'il était censé recevoir dans la succession du disposant, que sa part de réserve (§2.).

#### **§1. UNE DOUBLE TRANSMISSION**

**317. Création.** Les libéralités substitutives sont issues d'une création ancienne remontant à la Rome antique (A.). Elles ont suscité beaucoup de débats, fait couler beaucoup

d'encre et ont généré autant de jurisprudences. Tantôt utiles à la promotion d'un modèle social et gouvernemental tourné vers la noblesse, tantôt décriées pour faire régner une conception familiale archaïque, ces libéralités n'ont jamais laissé indifférent. Après une longue période de désaveux et de limitations, les substitutions vivent un renouveau (**B.**). Ces nouvelles dispositions s'accompagnent notamment de prérogatives de privations supplémentaires pour un *de cuius* habile.

## **A. UNE CREATION ANCIENNE**

**318.** Les libéralités substitutives, telles que nous les connaissons aujourd'hui, sont issues des créations du droit romain et de l'Ancien droit. Elles divergeaient selon le but recherché. Elles étaient scindées en deux catégories distinctes : les substitutions fidéicommissaires (1°), et les *legs de residuo* (2°).

### **1. Les substitutions fidéicommissaires**

**319. Les substitutions romaines.** Les substitutions fidéicommissaires sont les ancêtres des libéralités graduelles que l'on connaît aujourd'hui dans le Code civil. Ces substitutions étaient utilisées à l'époque romaine, souvent en raison d'un problème d'incapacité. Le disposant rédigeait alors un testament dans lequel il demandait à l'un de ses héritiers ou à un tiers, de bien vouloir transmettre lesdits biens à son décès. Cette formulation n'avait l'effet que d'un simple vœu. Celui à qui la libéralité était destinée n'avait donc pas l'obligation d'exécuter les volontés inscrites dans le testament. Les substitutions fidéicommissaires n'étaient autorisées que pour le parent à son enfant, ou le disposant à son frère ou à sa sœur en cas d'absence de descendance. En effet, il ne s'agissait pas alors d'une obligation à proprement parler mais d'une simple demande, formulée de façon officielle. En cela, le fidéicommiss posait problème. Le grevé, nommé dans le testament pour accomplir la



tâche de la transmission, n'avait pas toujours une attitude honorable et respectueuse envers les dernières volontés du défunt.

**320. La recherche de l'obligation.** C'est la raison pour laquelle, au cours de l'histoire, plusieurs empereurs<sup>801</sup> ont recherché des alternatives pour tenter d'obliger le grevé à transmettre au moins une partie des biens reçus au fidéicommissaire. Il existait à l'époque deux types de substitutions, les substitutions vulgaires et fidéicommissaires. La substitution vulgaire très utilisée à Rome permettait au testateur de désigner un second bénéficiaire au cas où le premier n'accepterait pas ou ne serait pas en mesure de pouvoir accepter le legs à lui fait. Ce type de substitution était très courant à Rome car on craignait de décéder sans héritier<sup>802</sup>. A l'origine les substitutions fidéicommissaires permettaient de conserver les biens dans la famille en organisant des transmissions successorales successives et perpétuelles. Le devoir de transmission était l'apanage de l'aîné de la famille. Ceci permettait de conserver la fortune et le pouvoir des grandes familles riches sans dispersion du fait d'une quelconque division.

**321. La fin des chaînes de transmissions familiales.** L'Ordonnance d'Orléans de 1560 a finalement interdit les substitutions comprenant plus d'un grevé et d'un bénéficiaire. L'ordonnance de Moulins en date de 1566 a de nouveau rappelé cette interdiction<sup>803</sup>. Ce type de libéralité avait été clairement codifié par l'ordonnance d'Aguesseau rendue par le roi LOUIS XV en août 1747<sup>804</sup>. De cette ordonnance, on retrouve le principe actuel de la limitation du pacte à deux bénéficiaires successifs, et ce, déjà dans un but d'éviter les libéralités perpétuelles. Suite à la parution du décret des 14 et 15 novembre 1792, ces libéralités ont été interdites lors de la Révolution. On voulait aussi à l'époque encourager la libre circulation des biens afin de relancer l'économie.

---

<sup>801</sup> Notamment les Empereurs NERON et JUSTINIEN.

<sup>802</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4, 2<sup>ème</sup> volume, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 623.

<sup>803</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4, 2<sup>ème</sup> volume, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 624.

<sup>804</sup> BEIGNIER B. et TORRICELLI S., *Libéralités et successions*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 101.

**322. Les dispositions du Code de 1804.** Les substitutions fidéicommissaires sont les ancêtres des libéralités graduelles. Elles n'étaient utilisables qu'à certaines conditions, et en famille. Les libéralités substitutives étaient autorisées par exception dans les anciens articles 1048, 1049 et 1050 du Code civil. Mais ces substitutions étaient limitées. Elles empêchaient le retour aux cycles infinis de transmissions intrafamiliales souvent liées à la primogéniture. Il était nécessaire de nommer un tuteur à la substitution, tel l'exécuteur testamentaire<sup>805</sup>. Le législateur n'autorisait pas le disposant à grever la réserve du bénéficiaire de la libéralité. Dès lors, les substitutions avaient un impact très limité sur les transmissions familiales.

**323. Les majorats.** Napoléon 1<sup>er</sup> voulait, malgré l'instauration du Code civil post-révolutionnaire, créer un système de récompense pour un certain nombre de hauts dignitaires, qui pouvaient à terme, asseoir davantage son pouvoir. Pour ce faire, il crée les majorats, permettant la conservation des biens dans la famille et les transmissions par primogéniture mâle, sur reconnaissance de l'Empire. Ils étaient « *Constitués soit de biens immobiliers, soit de rentes sur l'Etat ou d'actions de la Banque de France immobilisées, inaliénables, insaisissables et imprescriptibles, les majorats se transmettaient à perpétuité dans la descendance masculine du premier bénéficiaire, l'institué, par ordre de primogéniture, rétablissant ainsi les substitutions de l'Ancien droit. On distinguait deux sortes de majorats : le majorat de propre mouvement et le majorat sur demande*<sup>806</sup> ». Les biens ainsi inclus dans le majorat, quelle que soit sa forme, étaient inaliénables et dépourvus de charge à l'exception de l'obligation de transmission aux mêmes conditions. La transmission devait être certaine. Les autres héritiers de la fratrie étaient privés sans compensation de leur part de réserve sur les biens inclus dans le majorat, et ce, quel que soit le contenu de la succession au jour du décès de leur auteur. Par une succession de lois entre 1835 et 1905 les majorats ont pris fin. La loi du 17 mai 1826, pendant la Restauration, a ressuscité le droit d'aînesse, et avec lui, une partie des substitutions prohibées. Le législateur

---

<sup>805</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 120.

<sup>806</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 123.



de la seconde République s'empressa d'y mettre fin, tout en conservant les substitutions initialement prévues dans le Code civil de 1804<sup>807</sup>.

**324. Nature.** On s'est beaucoup interrogé sur la nature de la substitution fidéicommissaire. Certains auteurs dont POTHIER<sup>808</sup> ont affirmé que la libéralité était sous condition résolutoire du décès du grevé et sous condition suspensive de l'acceptation et de la survivance de l'appelé par rapport au grevé. Cette théorie justifiait le fait que tous les actes de disposition tels que la prise d'hypothèque étaient rétroactivement anéantis au décès du grevé. Or, raisonner sous condition, c'est admettre que la libéralité faite au grevé n'a rétroactivement jamais existée. C'est admettre qu'il n'y a pas deux mais une seule libéralité en bout de course. Cette solution ne doit donc pas être retenue. La libéralité, bien que transmise est considérée comme ayant existé, même après l'attribution au second bénéficiaire.

## 2. Legs de residuo

**325. Une pratique.** L'article 896 ancien du Code civil de 1804 interdisait les substitutions qu'elles soient totales ou partielles<sup>809</sup>. Les rédacteurs du Code civil de 1804, par souci d'égalité, souhaitaient empêcher le retour des transmissions fidéicommissaires d'antan, appui des familles nobles et fortunées<sup>810</sup>. Seuls quelques actes réalisés dans un cadre intrafamilial et sous certaines conditions sont tolérés<sup>811</sup>. Le *legs de residuo* fait partie de ces tolérances. Ce legs permettait la transmission de biens à deux bénéficiaires successifs, dans la limite de ce que le premier gratifié avait laissé au second.

---

<sup>807</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 122.

<sup>808</sup> POTHIER R-J., *Traité des substitutions*, tome 8, éd. Bugnet, 1767, section 5 article 2.

<sup>809</sup> A l'exception de ce qui est dit précédemment sur les majorats de Napoléon.

<sup>810</sup> Art. 896 C. civ. anc.

<sup>811</sup> Art. 1048 anc., 1049 anc. et 1050 anc. C. civ.

**326. Jurisprudence.** Les *legs de residuo* sont nés de la jurisprudence et ont été façonnés par elle. Leur régime est issu d'une succession d'arrêts dont certains ont marqué leur temps plus que d'autres. On remarquera notamment un très ancien arrêt de la Cour de cassation sur la libre disposition des biens<sup>812</sup>. En l'espèce, le testateur avait voulu empêcher le légataire de disposer des biens reçus par donation entre vifs, sans pour autant, le priver de la libre disposition à titre onéreux. Cette faculté accordée au disposant a été reprise par le législateur de 2006 lors de l'élaboration du régime des libéralités résiduelles. La Cour suprême avait également admis dans un autre arrêt<sup>813</sup> la possibilité de subroger les biens reçus dans le *legs de residuo*. Le disposant souhaitait transmettre les biens subrogés au second gratifié afin que la libéralité soit pleinement efficace. Cette faculté n'a pas été reprise parmi les dispositions du Code civil actuel et pour cause. Admettre la subrogation obligerait le premier bénéficiaire à transmettre l'émolument reçu quelle que soit sa forme. La transmission totale serait alors systématique et le régime obligatoire de ce type de libéralité s'apparenterait aux libéralités graduelles. Tel n'était pas l'esprit de cette construction prétorienne.

**327. Réserve.** Un autre arrêt emblématique de la Cour de cassation<sup>814</sup> est venu apporter des réponses aux atteintes perçues sur la réserve héréditaire. En l'espèce, la défunte avait réalisé un *legs de residuo* au profit de son fils sous tutelle et en appelant en seconde ligne l'association d'aide aux handicapés qui s'occupait de lui<sup>815</sup>. La libéralité avait été attaquée par des parents éloignés mais héritiers au sixième degré, arguant que le legs ne pouvait pas porter sur la réserve du grevé, et que celle-ci devait être transmise libre de charge. Les juges du fond ont affirmé qu'un *legs de residuo* portant sur la réserve du gratifié n'était pas contraire au principe de sa transmission libre de charge. En effet, le grevé avait conservé la liberté de disposer des biens reçus. S'agissant d'une libéralité résiduelle, la possibilité laissée au gratifié de disposer des biens équivaut à une libre disposition de la part de réserve. La Cour de cassation a validé l'arrêt d'appel ne constatant aucune atteinte à la réserve.

---

<sup>812</sup> Cass. req., 11 février 1863, DP 1863, 1, p. 232.

<sup>813</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juin 1993, JCP 1994, II, n° 22206, note COUTURIER J-P. ; D. 1993, p. 613, note MARTIN D. ; Defrénois 1993, art. 35638, p. 1274, note BUFFETEAU P.

<sup>814</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, n° 93-12.099 ; RTD Civ. 1995, p. 418, note PATARIN J. ; JCP G 1995, II, 22529, n° 46, note VIGNAL T.

<sup>815</sup> PATARIN J., *Application du legs de residuo à l'ensemble des biens légués au premier gratifié et non pas seulement à la quotité disponible*, RTD Civ. 1995 p. 418.



**328. La transmission du résidu.** Le legs transmettait finalement à l'enfant l'intégralité des biens et droits contenus dans la succession. Aucune charge n'avait été constatée s'agissant simplement de transmettre le résidu. Le gratifié n'avait pas pour mission de conserver les biens pour les transmettre en totalité<sup>816</sup>. C'est ici que réside toute la distinction entre les anciennes substitutions fidéicommissaires prohibées et les *legs de residuo*. La transmission faite au second bénéficiaire n'est réalisée que lorsque le grevé décède, une fois que toutes les actions du grevé sont closes. S'agissant d'un *legs de residuo*, le grevé reste libre d'aliéner le bien jusqu'à son décès. La Cour rappelle, ce que le législateur de 2006 reprendra plus tard pour codifier la libéralité résiduelle, que s'agissant d'une gratification résiduelle et non graduelle, le bénéficiaire était libre d'en aliéner le contenu. De ce fait, sa réserve restait libre de charge. Grâce à cet arrêt, le *legs de residuo* pouvait porter sur la part de réserve du bénéficiaire. La libéralité résiduelle créée par la loi de 2006 a conservé cette idée sous la justification apportée par la Cour de cassation en 1995.

**329. Le défaut de qualité.** Dans cet arrêt<sup>817</sup>, l'enfant handicapé gratifié n'avait pas lui-même d'héritier réservataire. Il n'avait pour seuls ayants-droits que des parents éloignés qui invoquaient une réserve dont ils n'étaient pas eux-mêmes titulaires directement. Ils ne faisaient que venir aux droits d'un *de cujus* qui lui-même avait pu subir une atteinte à sa propre réserve. Les héritiers du grevé cherchaient donc à invoquer à la place du réservataire, un droit qu'il aurait peut-être pu invoquer lui-même de son vivant. Or, la Cour de cassation avait décidé dans un précédent arrêt de recentrer le droit à réserve sur le premier titulaire<sup>818</sup>. Le défaut de qualité d'héritier réservataire ne permettait pas au demandeur de demander lui-même pour le compte du réservataire la mise en œuvre de la protection de la réserve dans une précédente succession. Dès lors, la Cour, en plus de valider l'arrêt d'appel sur la réserve libre de charges, rappelle aux héritiers qu'ils n'étaient pas eux-mêmes titulaires du droit qu'ils invoquaient. Il est assez saugrenue que « *Cette conception extrême du caractère d'ordre public de la réserve, adoptée par la Cour de cassation, produit ce paradoxe étonnant*

---

<sup>816</sup> DELMAS SAINT-HILAIRE P. et ARRAULT M., *Réserve héréditaire et legs de residuo*, D. 1996, p. 24.

<sup>817</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, n° 93-12.099 ; RTD Civ. 1995, p. 418, note PATARIN J. ; JCP G 1995, II, 22529, n° 46, note VIGNAL T.

<sup>818</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 1975, arrêt HOPP ; JCP 1975, II, n° 18141, note SAVATIER R.

*que la réserve peut être invoquée par des personnes autres que les héritiers réservataires, pour le triomphe d'une cause qui est directement contraire à l'intérêt de ces derniers.*<sup>819</sup> »

**330. Contournement.** La Cour de cassation, à travers son maillage de jurisprudences sur le *legs de residuo* a tout de même instauré des garde-fous. Elle avait notamment sanctionné les agissements d'un père et de son fils qui avaient organisé un montage privatif de droits au moyen du *legs de residuo*<sup>820</sup>. La gratification substitutive avait pour seule finalité de déshériter le petit-fils du disposant. On retrouve ici l'idée de la fraude qui est bien le seul obstacle à l'utilisation du *legs de residuo* sur la part de réserve du premier gratifié. On peut imaginer que cette jurisprudence, même assez ancienne, trouverait écho parmi les substitutions graduelles et résiduelles. Le notaire chargé d'établir les clauses substitutives aurait tout intérêt à consolider l'aspect de l'intention libérale afin d'éviter toute condamnation du montage pour fraude.

## **B. LES NOUVELLES SUBSTITUTIONS**

**331. Les substitutions autorisées.** Grâce à la longue évolution législative, sociale et jurisprudentielle rappelée ci-avant, le législateur de 2006 a pu ranimer les substitutions de manière efficace et contrôlée, sous la forme de libéralités graduelles et résiduelles. Il s'agit de doubles libéralités à caractère successif octroyées à deux bénéficiaires différents. Elles agissent en deux temps, de manières successives et non simultanées, permettant à chaque bénéficiaire de profiter des biens objets de la libéralité. Les premières sont caractérisées par la transmission de biens, par donation ou succession à un grevé qui a la charge de conserver et de transmettre lesdits biens à son décès à l'appelé. Les secondes fonctionnent sur un principe similaire (1°) à une différence près ; le premier gratifié n'est pas tenu de conserver les biens en totalité ou en partie. Toutefois, s'il les conserve, il devra les transmettre à son propre décès au second gratifié (2°). La doctrine a souvent eu l'occasion de comparer

---

<sup>819</sup> DELMAS SAINT-HILAIRE P. et ARRAULT M., *Réserve héréditaire et legs de residuo*, D. 1996, p. 24.

<sup>820</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1990, n° 88-17.991, RTD Civ 1992, p.157 obs. PATARIN J. ; Defrénois, 1991, p. 147, obs. CHAMPENOIS G.



libéralités résiduelles et graduelles<sup>821</sup>. Une substitution qui ne remplirait pas les conditions prévues pour l'une ou l'autre libéralités encourrait la nullité comme étant un pacte sur succession future.

## **1. Points communs**

**332. Un besoin.** La pratique des substitutions est souvent utilisée pour attribuer momentanément des biens à un enfant prodigue ou handicapé. La libéralité peut également être proposée pour un conjoint survivant en présence d'enfants d'une autre union. Le disposant pourra préparer un testament dans lequel il lègue par libéralité graduelle ou résiduelle à son conjoint un ou plusieurs biens, notamment immobiliers et nommer comme second gratifié l'ensemble de ses propres enfants<sup>822</sup>. Il contente ainsi tous les membres de la famille. Le choix des bénéficiaires est désormais libre ; un ou plusieurs étrangers à la famille peuvent être gratifiés. On peut même imaginer que l'appelé ou le grevé soit une entité personne morale<sup>823</sup>. Cette transmission assez extraordinaire peut servir les intérêts d'un *de cuius* souhaitant contourner la réserve héréditaire.

**333. La transmission identifiable et limitée.** Le *de cuius* est tenu d'individualiser et d'identifier les biens et droits sur lesquels porte la libéralité<sup>824</sup>. Dès lors, une libéralité substitutive réalisée sous la forme d'un legs universel risquerait d'être remise en cause pour défaut d'identification précise<sup>825</sup>. La subrogation ne paraît pas permise dans les libéralités substitutives<sup>826</sup>. A cela on peut ajouter une légère exception concernant les valeurs mobilières<sup>827</sup>. Celles-ci, par leur nature interchangeable sont propices à la subrogation sans

---

<sup>821</sup> Œuvre collective sous la direction de GRIMALDI M., Dalloz Action - *Droit patrimonial de la famille*, 4ème éd., Paris p. 991.

<sup>822</sup> LEVILLAIN N., *Les donations graduelles et résiduelles*, AJ fam., 2014, p. 611.

<sup>823</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 161.

<sup>824</sup> Art. 1049 C. civ.

<sup>825</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 170.

<sup>826</sup> Art. 1058 C. civ.

<sup>827</sup> Art. 1049 al. 2 C. civ.

pour autant altérer profondément la nature des droits initialement transmis. Pour autant, la subrogation peut-elle être autorisée par le disposant ? Les dispositions législatives qui l'en empêchent ne sont pas d'ordre public. La question reste entière car non encore tranchée par la jurisprudence<sup>828</sup>. Néanmoins, on peut tout à fait imaginer que les juges trancheraient en la faveur d'une certaine forme de liberté. Cette permission permettrait notamment au grevé de substituer des biens de valeur moindre et ainsi de diminuer les droits du second gratifié. Le premier gratifié n'a aucun compte à rendre sur la gestion qu'il fait des biens reçus<sup>829</sup>. Il peut librement faire perdre au second gratifié une partie de la valeur des biens transmis<sup>830</sup>. Toutefois, à l'origine, la tradition romaine imposait que tout acte de gestion qu'il soit d'administration ou de disposition devait être motivé par le respect de l'engagement pris envers le disposant. En cas de mauvaise gestion, le second bénéficiaire pouvait actionner la responsabilité civile du premier gratifié<sup>831</sup>. Cette proposition n'a pas encore trouvé écho en jurisprudence.

**334. Acceptation.** Les libéralités substitutives ont la particularité de reposer sur une charge de transmettre. La transmission programmée instaurée par la libéralité graduelle ne peut s'étendre sur plus de deux gratifiés. Il existe toutefois une possibilité de réaliser une transmission supplémentaire mais dont l'engagement ne pourra être pris que par le premier gratifié<sup>832</sup>. Dans cette hypothèse, la transmission familiale à long terme de manière intergénérationnelle ne pourra être réalisée que par des libéralités successives réalisées par chaque gratifié devenu à son tour auteur de la libéralité. La libéralité ne constatera la transmission à chacun des bénéficiaires que lors de leur acceptation. L'acceptation de l'appelé peut intervenir après le décès du donateur, qui a pu volontairement omettre de le prévenir, et ce, afin de conserver une libre disposition des biens jusqu'à son décès. La libéralité n'est pas complète<sup>833</sup>. Tant que le second bénéficiaire n'a pas accepté la libéralité,

---

<sup>828</sup> BOUCHE X., *La mise en œuvre des donations résiduelles*, JCP N 2016, n° 18, 1146.

<sup>829</sup> Art. 1060 C. civ.

<sup>830</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 169.

<sup>831</sup> NICOD M., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 1057 à 1061, *fascicule 10 : Libéralités, libéralités résiduelles, notion, formation, effets*.

<sup>832</sup> Art. 1053 C. civ.

<sup>833</sup> BOUCHE X., *La mise en œuvre des donations résiduelles*, JCP N 2016, n° 18, 1146.



le disposant sera libre de le révoquer<sup>834</sup>. Le révoquer et non pas la révoquer. C'est la désignation du bénéficiaire qui peut faire l'objet de modification, non pas la libéralité elle-même. Cette disposition conçue à l'égard des libéralités graduelles, est aussi valable pour les résiduelles. S'agissant d'un legs, la libéralité demeure purement révocable. Il sera également possible de désigner un appelé subsidiaire en cas de refus ou de décès du bénéficiaire initialement désigné<sup>835</sup>.

**335. Le choix de la forme.** Les deux formes de libéralités substitutives peuvent être régularisées sous la forme d'une donation ou d'un legs. Elles obéissent aux règles de droit commun des legs et donations. Dès lors, aucune obligation légale n'impose la rédaction d'un testament authentique pour l'une ou l'autre des deux formes. Néanmoins, ce type de disposition est si particulière que le recours à un notaire est conseillé. Soit ce dernier établit un testament authentique, soit il fournit au *de cuius* un modèle conforme aux exigences des libéralités correspondantes<sup>836</sup>. Le choix entre la donation et le legs est finalement un choix entre la déposition immédiate et à titre particulier, et la déposition future potentiellement universelle. La donation est définitive alors que le testament peut être révoqué, ou transformé par codicille. Le choix du support de la libéralité substitutive dépendra de la volonté du disposant et de son intention de conserver ou non une échappatoire à la libéralité qu'il va consentir. Le don manuel a également été admis par la jurisprudence sous l'empire du droit antérieur<sup>837</sup>.

**336. Nature de la transmission.** Le bien est transmis directement par le disposant à chacun des gratifiés<sup>838</sup>. L'action du premier n'est que le prolongement du lien invisible et direct entre le disposant et le second. Dès lors, peut-on considérer que le bien n'a jamais fait partie du patrimoine du grevé et par conséquent ne se retrouve pas dans la succession de ce dernier ? On rejoindrait alors le raisonnement tenu par POTHIER concernant les substitutions fidéicommissaires. Dans un tel cas, les héritiers réservataires n'auraient aucun droit sur ces biens. Qu'en est-il des actes passés sur les biens transmis ? Sont-ils

---

<sup>834</sup> Art. 1055 C. civ.

<sup>835</sup> Art. 1056 C. civ.

<sup>836</sup> MURAT P., *Le choix du support d'une clause graduelle ou résiduelle*, JCP N 2012, n° 17, 1202.

<sup>837</sup> Cass. civ., 29 juin 1961 ; D. 1961, jur., p. 641.

<sup>838</sup> Art. 1051 C. civ.

rétroactivement annulés ? Y a-t-il libéralité sous condition résolutoire du prédécès du grevé ? La réponse est négative. Même si, en matière de libéralité graduelle uniquement, les actes de dispositions passés sont rétroactivement annulés, la possession même n'est pas rétroactivement anéantie. Il s'agit simplement de protéger l'appelé contre des actes de disposition compromettant la libéralité reçue. Ainsi la substitution créée n'est pas réalisée sous condition résolutoire. Il s'agirait plus d'une révocation, valable pour l'avenir sans rétroactivité. Toutefois la question fait encore débat au sein de la doctrine.<sup>839</sup>.

**337. Les prévisions déjouées.** Les prévisions du disposant peuvent être déjouées si le second gratifié vient à mourir avant le premier, s'il renonce à la libéralité ou encore est frappé d'une incapacité de recevoir. Dans cette hypothèse, sauf le cas où le disposant a précisé le devenir du bien objet de la libéralité, celui-ci restera la propriété du premier gratifié et sera ensuite géré et transmis par lui comme un bien issu d'une libéralité ordinaire. Le *de cuius* disposant devra lui-même prévoir le prédécès de l'un des gratifiés ou sa renonciation car les substitutions, telles qu'elles sont proposées par la loi du 23 juin 2006, ne prévoient pas de représentation. Le fonctionnement est finalement similaire à celui du legs. S'il n'anticipe pas la défaillance de l'un des gratifiés, son montage de contournement pourrait ne pas aboutir. Le *de cuius* pourra toujours inclure dans la libéralité un droit de retour conventionnel.

**338. L'intérêt fiscal.** Dans les deux formes de libéralité, le gratifié est censé avoir reçu les biens directement du disposant<sup>840</sup>. Pour cette raison, en matière fiscale, la donation est soumise aux droits de mutation à titre gratuit avec application de l'abattement lié au lien de parenté qui l'unit au bénéficiaire<sup>841</sup>. La taxation tient compte du lien entre le donateur et le gratifié à chaque libéralité. Elles sont fiscalement traitées de manière indépendante. Le second gratifié est réputé tenir directement ses droits du disposant et non du premier gratifié. Ainsi les règles fiscales concernant l'abattement et le taux d'imposition de la libéralité dépendront exclusivement du lien originel entre le concepteur de la libéralité et le

---

<sup>839</sup> LAPIERRE J., *La libéralisation des libéralités avec charge de transmettre : les libéralités graduelles et résiduelles*, PA, 5 février 2007, n° 26, p. 6.

<sup>840</sup> BOUCHE X., *La mise en œuvre des donations résiduelles*, JCP N 2016, n° 18, 1146.

<sup>841</sup> LEVILLAIN N., *Dossier donations : les donations graduelles et résiduelles*, AJ fam. 2014, p. 611.



bénéficiaire. La fiscalité de ces libéralités est indiquée à l'article 784 C du CGI. La doctrine s'est interrogée sur la possible diminution fiscale de la valeur imposable dans une libéralité substitutive, eu égard à la charge qui l'accompagne<sup>842</sup>. Toutefois, la charge étant certaine en libéralité graduelle, et éventuelle pour les résiduelles, il paraît difficile d'évaluer objectivement les secondes à l'avance sans savoir ce qu'il restera de la libéralité au moment de la seconde transmission<sup>843</sup>. De plus, la particularité fiscale ne s'arrête pas là. L'alinéa 3 de l'article 784 C du CGI permet de déduire les droits payés par le premier gratifié des droits à payer par le second. Une instruction fiscale du 12 septembre 2009 est venue préciser certains points de l'article 784 C du CGI. Elle indique notamment que la déduction des droits est permise même si le paiement a été honoré par le donateur lui-même à la place du donataire. Elle indique en outre que le décès du disposant intervenu avant la transmission au second bénéficiaire ne modifie en rien le régime des droits applicables. Les droits de mutation à titre gratuit des donations sont applicables à l'exclusion des droits de succession, le plus souvent moins favorables<sup>844</sup>.

**339. La transmission par donation-partage.** Les donations-partages peuvent être utilisées comme support des libéralités substitutives<sup>845</sup>. Mais la question de la réserve reste entière. Que faire si un *de cuius* consent une donation-partage à ses enfants, dont l'un des biens est pris sous la forme graduelle ? Pour calculer la valeur de la réserve et de la quotité disponible, il sera nécessaire de vérifier que chacun des enfants a été alloué, au moins de sa part de réserve individuelle. Or, l'enfant subissant la charge graduelle ne dispose que d'une libéralité viagère. A son décès, le bien lui est repris puis est transmis à un second gratifié de la même fratrie. Admettre les donations-partages avec composante substitutive c'est ouvrir la boîte de Pandore en matière de contournement de la réserve.

**340. Hypothèses.** Est-il possible de prévoir dans une donation-partage que l'un des donataires copartagés est attributaire d'un bien issu d'une substitution ? Dans l'hypothèse d'une libéralité graduelle, il doit recueillir le bien en totalité au décès de son frère ou de sa

---

<sup>842</sup> BOUCHE X., *La mise en œuvre des donations résiduelles*, JCP N 2016, n° 18, 1146.

<sup>843</sup> BOUCHE X., *La mise en œuvre des donations résiduelles*, JCP N 2016, n° 18, 1146.

<sup>844</sup> BOUCHE X., *La mise en œuvre des donations résiduelles*, JCP N 2016, n° 18, 1146.

<sup>845</sup> NICOD M., *Libéralités graduées et résiduelles : quelques difficultés d'application*, JCP N 2008, n° 29, 1249.

sœur. Mais la transmission est éventuelle. Elle dépend de la survie du second gratifié. Dans une fratrie, les âges des enfants sont souvent proches les uns des autres. Par conséquent, le risque de prédécès est important. Dès lors, comment comptabiliser pour le calcul de la réserve, la substitution dans la succession de l'auteur alors qu'elle n'a pas encore eu lieu et qu'elle n'aura peut-être jamais lieu ? Comment intégrer cette libéralité dans une donation-partage sans rompre le partage ? L'hypothèse paraît compromise car trop complexe à mettre en oeuvre. De plus, le bien peut avoir changé d'état au moment de la seconde transmission, modifiant ainsi la valeur réellement transmise. Dans ces conditions, une donation-partage avec substitution intra-fratrie paraît totalement contraire à la réserve et serait facilement mise à mal par un juge. La donation-partage résiduelle intra-fratrie serait tout autant contestable. Le second gratifié se verrait attribuer un lot qui serait possiblement vidé de sa substance avant de lui parvenir. L'égalité ne pourrait être respectée.

Seule une donation-partage ordinaire avec substitution au profit de tiers au partage serait validée. Le donataire copartagé prendrait obligatoirement la place du premier gratifié. Dans cette perspective, la donation-partage serait une alliée de choix pour le *de cujus* et « *L'extension de son pouvoir sera encore plus grande s'il décide de combiner une libéralité-partage et une libéralité graduelle ou résiduelle. Spécialement, s'il s'agit d'une donation-partage transgénérationnelle, ce sont trois générations qu'il pourra soumettre à son pouvoir*<sup>846</sup> ». Si le *de cujus* souhaite que la conservation du bien concerne non pas deux mais trois générations, il lui sera toujours possible d'inclure la substitution dans une donation-partage transgénérationnelle<sup>847</sup>.

## **2. Points de différence**

**341. La charge de conserver.** Les deux libéralités substitutives sont caractérisées par la charge de transmettre. Mais l'obligation de conserver est propre aux libéralités

---

<sup>846</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. Pam, mars 2007, n° 157.

<sup>847</sup> MURAT P., *Le choix du support d'une clause graduelle ou résiduelle*, JCP N 2012, n° 17, 1202.



graduelles. Cette obligation est considérée comme une charge au sens de l'article 912 du Code civil. Dans le cadre des libéralités graduelles, par convention, le premier gratifié est nommé *le grevé* tandis que le second est *l'appelé*. Sa charge est constituée par une obligation de transmission des biens donnés en nature. Techniquement, le premier gratifié est plein propriétaire des biens donnés. Par conséquent, celui-ci peut réaliser tout acte d'administration et de disposition sur les biens recueillis. Mais la libéralité étant graduelle et non résiduelle, tous les actes de dispositions tendant à faire sortir le ou les biens du patrimoine du gratifié seront rétroactivement anéantis au moment de la seconde transmission. Si la seconde transmission n'a jamais lieu en raison de la renonciation ou du prédécès du second gratifié, tous les actes entrepris seront définitivement valides et la libéralité graduelle sera caduque. Le premier gratifié peut également abandonner la jouissance des biens au second de son vivant.

**342. La transmission du résidu.** En matière de libéralité résiduelle, on parle de premier et de second bénéficiaire. Il s'agit d'une disposition en deux temps dans laquelle il est prévu que le second gratifié recueille ce qui reste du don ou du legs fait à un premier gratifié<sup>848</sup>. Cette libéralité permet au premier gratifié d'user des biens et droits transmis en ne promettant de transmettre que ce qui subsistera, aussi appelé le *residuum*. L'aliénation est permise au bénéficiaire de la libéralité résiduelle, à l'inverse du bénéficiaire de la libéralité graduelle qu'on a chargé d'une créance de restitution en nature. Le grevé peut même disposer des biens et droits à lui transmis par donation, si celle-ci n'est pas interdite expressément par le disposant dans la libéralité résiduelle<sup>849</sup>. L'absence de dispositions impératives « *ouvre une avenue à l'ingéniosité notariale qui pourra, à sa guise, polir des formules de garanties et de sûretés* »<sup>850</sup>. Les testaments dans lesquels le premier gratifié disposerait du bien reçu ne sont par contre pas autorisés<sup>851</sup>. Si le grevé est un héritier réservataire, il pourra disposer des biens à cause de mort s'il les a reçus lui-même en avancement de part successorale<sup>852</sup>. Il ne faut pas confondre ce type de transmission avec le legs précatif. Ce dernier ne constitue

---

<sup>848</sup> Art. 1058 al. 1 C. civ. : « *La libéralité résiduelle n'oblige pas le premier gratifié à conserver les biens reçus. Elle l'oblige à transmettre les biens subsistants.* »

<sup>849</sup> Art. 1059 al. 2 C. civ.

<sup>850</sup> CARBONNIER J., CATALA J., de SAINT AFFRIQUE J., MORIN G., *Des libéralités - Une offre de loi*, 2003, Paris, Defrénois, p. 173.

<sup>851</sup> Art. 1059 al. 1 C. civ.

<sup>852</sup> Art. 1059 al. 3 C. civ.

qu'un vœu de la part du disposant adressé au bénéficiaire de la libéralité. Aucune substitution ne sera admise si le ou les biens sont détruits, utilisés ou donnés à leur tour hors le cadre de la libéralité originelle<sup>853</sup>. Le second bénéficiaire n'a aucun droit sur les produits de la cession du ou des biens transmis, ou sur les biens qui seraient éventuellement venus en subrogation des premiers. En ce qui concerne le premier gratifié, « *ses prérogatives sont celles d'un plein propriétaire, ce qui l'autorise à disposer librement des biens entre vifs, à titre onéreux comme à titre gratuit, sauf à ce que le disposant ait exclu cette dernière possibilité comme le permet l'article 1059, alinéa 2.*<sup>854</sup> »

**343. Association.** Comment choisir qui sera le premier et qui sera le second gratifié ? Le 102<sup>ème</sup> Congrès des Notaires<sup>855</sup> avait proposé que la libéralité soit faite au profit d'un enfant handicapé puis dans un second temps que l'appelé soit l'association ayant géré et pris en charge l'enfant<sup>856</sup>. Cela aurait permis à la fois de protéger l'enfant handicapé et de rémunérer l'établissement ou l'association qui s'en serait occupé. Cette proposition n'a pas été retenue. Même si certains auteurs<sup>857</sup> déplorent cette situation, en pratique, la solution aurait été moins heureuse qu'escomptée. En approfondissant la logique, on peut douter de la bonne gestion opérée par le second gratifié. En effet, celui-ci aurait à la fois géré les biens du premier gratifié s'il s'agissait notamment d'un organisme de tutelle, et à la fois récupéré le reliquat au décès de son mineur ou majeur protégé. Dans cette hypothèse, l'association aurait tout intérêt à dépenser le moins possible pour l'enfant afin d'en tirer le maximum de profit à son décès.

---

<sup>853</sup> Art. 1059 al. 3 C. civ.

<sup>854</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. Pam, mars 2007, n° 157.

<sup>855</sup> 102<sup>ème</sup> Congrès des Notaires – STRASBOURG, 2006, *Les personnes vulnérables*

<sup>856</sup> NICOD M., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 1057 à 1061, *fascicule 10 : Libéralités, libéralités résiduelles, notion, formation, effets.*

<sup>857</sup> NICOD M., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 1057 à 1061, *fascicule 10 : Libéralités, libéralités résiduelles, notion, formation, effets.*



## **§2. LA CHARGE DE LA SUBSTITUTION**

**344.** La charge de la substitution est le sacerdoce du premier gratifié. La charge de conserver est propre à la graduelle mais la charge de transmettre est commune aux deux. Or, l'article 912 du Code civil qui consacre la réserve héréditaire dispose bien qu'elle doit être transmise libre de charge. Quel est donc finalement l'impact sur la réserve de chacune de ces libéralités ? **(A.)**. Le gratifié a-t-il un moyen de limiter la charge qui s'abat sur sa part héréditaire complète ou de la cantonner ? **(B.)**.

### **A. L'IMPACT SUR LA RESERVE**

**345.** Le législateur de 2006 n'a pas abordé de la même façon l'impact sur les droits d'un héritier réservataire s'agissant d'une libéralité graduelle ou résiduelle. Mais force est de constater que « *Dès lors que le grevé est un héritier du disposant, la libéralité graduelle ou résiduelle peut être le moyen de réduire le patrimoine successoral du grevé au détriment de ceux de ses descendants qui ne seraient pas désignés comme second gratifié.*<sup>858</sup> » Les libéralités substitutives n'ont pas le même impact sur la réserve selon leur type. S'agissant d'une libéralité graduelle (**1°**), seule la part de quotité disponible est obligatoirement soumise à la charge de transmettre à la différence de la libéralité résiduelle (**2°**).

#### **1. L'impact limité concernant la libéralité graduelle**

**346. Grever la réserve.** Lorsque le grevé est héritier réservataire du disposant, des calculs sont obligatoires. La substitution constitue bien une charge. Dans le cas d'une libéralité graduelle la charge de conserver ce qui a été reçu constitue une entrave à la libre

---

<sup>858</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. Pam, mars 2007, n° 157.

disposition de la part de réserve revenant à l'héritier. Tous les actes de disposition réalisés seront automatiquement anéantis. Or la transmission de la réserve libre de charge vient contredire la substitution. La charge de la libéralité graduelle ne doit en principe grever que la seule part de quotité disponible<sup>859</sup>. Mais il arrive que la valeur du bien soit si importante par rapport au patrimoine du disposant, qu'elle va également concerner la réserve. Le *de cuius* devra alors s'organiser en amont et choisir entre la donation rigide et le legs plus souple. S'il opte pour la donation, il devra indiquer s'il l'a consentie en avancement de part successorale ou hors part.

**347 Donation en avancement de part.** Lorsque la donation est consentie en avancement de part successorale, elle s'impute prioritairement sur la réserve du grevé et subsidiairement sur la quotité disponible. S'agissant d'une libéralité graduelle, la charge de transmettre sera inefficace sauf à ce que le donataire accepte expressément que sa réserve soit impactée. Le *de cuius* ne peut obliger le grevé à renoncer à sa réserve. En effet, « *Une libéralité faite en avancement de part à un héritier réservataire pourrait perdre tout caractère graduel ou n'être que partiellement efficace à l'égard du second gratifié si le montant légué est plus ou moins totalement imputable sur la part de réserve du grevé.*<sup>860</sup> » Dans cette perspective, le notaire devra attirer l'attention du disposant sur le risque d'inefficacité de la charge de conservation et de transmission. Le contournement de la réserve ne pourra se faire qu'avec l'accord exprès de l'héritier grevé car « *Si l'on comprend bien, la charge n'est pas nulle, ni réputée non écrite, elle n'est que privée d'efficacité au cas où le grevé déciderait de disposer des biens, ce qui la laisse subsister en tant que disposition supplétive de la volonté du grevé.*<sup>861</sup> »

**348. Donation hors part.** Dans une donation hors part, c'est la quotité disponible qui va être absorbée en premier, et la réserve en second. Ce schéma est donc plus à même de faire respecter l'obligation de conservation et de transmission. Ceci permettrait à la charge graduelle de pleinement s'appliquer sans restriction. Mais si le disposant a consenti d'autres

---

<sup>859</sup> Art. 1054 al. 1 C. civ.

<sup>860</sup> MURAT P., *Le choix du support d'une clause graduelle ou résiduelle*, JCP N 2012, n° 17, 1202.

<sup>861</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. Pam, mars 2007, n° 157.



libéralités. Dans ce cas, la quotité disponible sera déjà épuisée. Si elle ne l'est pas encore, elle le sera avec l'application de la libéralité graduelle. Le disposant n'a pas forcément le désir de se dépouiller de son pouvoir de décision quant à sa succession. Empiéter sur la quotité disponible signifierait entraver sa liberté future de disposer. Il peut avoir d'autres projets en tête nécessitant un disponible non entamé. Le *de cuius* a peut-être plusieurs présomptifs réservataires. De plus, comme la réduction s'effectue en moins prenant, le grevé perdra une part de l'émolument à recevoir au titre de sa réserve, pour obtenir une libéralité avec charge. La solution crée une grosse entorse au principe de transmission de la réserve libre de charges. C'est la raison pour laquelle, il est envisagé de transmettre la totalité de la réserve tout en accordant la levée de la charge<sup>862</sup>.

**349. Le rapport.** Ces libéralités sont-elles rapportables ? Bien évidemment, les stipulations de rapport et d'absence de rapport peuvent être prévues dans la donation, soit expressément, soit déduction faite des circonstances de constitution ou d'application de ladite donation. Mais concernant la donation graduelle, la stipulation ou la présomption de rapport comme étant faite en avancement de part, suppose que la donation s'impute sur la réserve. Dès lors, un rapport compromettrait la règle de la transmission libre de charge<sup>863</sup>. A défaut de réponse sans ambiguïté du législateur ou de la part des juges, il est préférable de prévoir une clause de dispense de rapport<sup>864</sup>.

**350. Contrôle en cas de décès prématuré.** Que se passe-t-il en cas de prédécès du grevé ? Si le disposant est toujours en vie et que l'appelé attend sa libéralité ? Le contrôle du respect de la réserve n'a pas eu lieu. Il reviendra à ses ayants droits de contrôler que les biens sur lesquels portait la charge de la transmission sont suffisants pour constituer, avec le reste de la part héréditaire, la réserve normalement dévolue au grevé prédécédé<sup>865</sup>. Ils pourront également faire le choix du cantonnement de la charge afin d'empêcher la transmission de la part réservataire. Mais quid de la transmission à l'appelé ? Devient-il automatiquement

---

<sup>862</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 180.

<sup>863</sup> CRIDON PARIS, n° 864565, 15 mars 2017.

<sup>864</sup> NICOD M., *Libéralités graduelles et résiduelles : quelques difficultés d'application*, JCP N 2008, n° 29, 1249.

<sup>865</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 181.

propriétaire des biens contenus dans la libéralité comme l'indique l'article 1048 du Code civil ? Si c'est le cas, le cantonnement postérieur à la prise de possession des biens par l'appelé anéantirait-il la transmission au second bénéficiaire ? Plus largement les actes d'administration ainsi que de disposition que l'appelé a pu faire sur les biens depuis qu'il les a reçus seront-ils anéantis ? Nous le pensons. La sécurité des tiers et celle de leurs transactions avec l'appelé seraient alors extrêmement fragiles. Le décès prématuré du grevé avant celui du disposant expose l'appelé à des surprises susceptibles de mettre en péril la transmission et les actions réalisées par ce dernier avant le décès du disposant. Seule sa mort permettra de déterminer si la réserve du grevé avait été atteinte.

**351. Testament.** Ce genre de litige peut être évité en prévoyant une substitution par testament et non par donation. De plus, le testament a l'avantage de présupposer l'accord du grevé sur la charge s'appliquant à sa réserve. Face à un testament, la règle d'imposition de la charge est différente. La charge s'exécute de plein droit sur la part de réserve du légataire sauf s'il a fait valoir son droit au cantonnement dans un délai d'un an suivant la connaissance des dispositions du testament<sup>866</sup>. L'obligation est inverse. Dans une donation, la charge est nulle sauf accord exprès du grevé. Dans le legs, la charge s'applique de plein droit sauf manifestation contraire exprès dudit grevé. Dès lors, il est plus aisé et moins risqué pour le disposant de prévoir sa substitution dans un testament et d'en avertir son héritier que dans une donation. Il pourra compter sur le délai de manifestation court et sur l'obligation d'agir pour dissuader un héritier un peu passif de désamorcer la substitution ainsi organisée.

## **2. L'impact important concernant la libéralité résiduelle**

**352. Libre disposition.** L'article 1054 du Code civil n'est pas applicable aux libéralités résiduelles. Le premier gratifié n'est pas tenu de conserver les biens issus de la libéralité. Dès lors, on considère que la charge de transmettre est limitée et la charge de conserver inexistante. Il n'est pas tenu de conserver une partie des biens, mais simplement

---

<sup>866</sup> Art. 1054 al. 3 C. civ.



de transmettre à son décès ce qu'il n'aura pas aliéné, utilisé ou détruit. La charge n'est donc pas de nature à mettre en péril la libre gestion ou la libre disposition de la réserve. Il ne sera tenu que d'une interdiction de disposer à cause de mort<sup>867</sup>, uniquement s'il n'est pas lui-même un héritier réservataire du disposant<sup>868</sup>. C'est le cas pour certaines libéralités uniquement. Comme pour les libéralités graduelles, la loi distingue entre les donations faites hors part ou en avancement de part. Si elle est rapportable, le gratifié conservera la libre disposition des biens contenus dans la libéralité, y compris à cause de mort. A l'inverse, si elle est faite hors part, le gratifié ne pourra disposer des biens à cause de mort<sup>869</sup>. Il sera néanmoins libre d'en disposer autrement, sauf si le disposant l'en a préalablement privé<sup>870</sup>.

**353. Montage.** Afin d'utiliser les deux techniques créées il y a maintenant 10 ans, il existe une possibilité de pallier le problème de la transmission intégrale. Certains auteurs proposent de réaliser une double libéralité<sup>871</sup>. En effet, il serait possible de réaliser une donation graduelle stipulée hors part successorale pour un montant équivalent à la quotité disponible estimée, et parallèlement, réaliser une donation résiduelle en avancement de part sur la part de réserve estimée pour l'enfant. Ainsi, on pourrait tenter de grever la réserve par transparence. Aucun montage de ce type n'est pour le moment parvenu à la connaissance de la Cour de cassation. Il n'est pas certain que cette dernière soit d'avis de le valider. Il rendrait inopérantes les dispositions protectrices de la réserve instaurées pour les libéralités graduelles. On pourra toujours rétorquer que le bénéficiaire aura toujours la libre disposition des biens dépendant de la libéralité résiduelle. Mais si celui-ci décide de les conserver, le second gratifié sera gagnant. Il recevra à la fois la part de réserve du grevé ainsi que la quotité disponible de la succession du disposant.

**354. Démembrement de propriété.** La libéralité substitutive, et en particulier la libéralité résiduelle peut constituer une solution de contournement avantageuse si elle est réalisée en démembrement de propriété. En effet, la substitution résiduelle peut s'appliquer tant à la part réservataire qu'à la part de quotité disponible. Dès lors, une libéralité constituée

---

<sup>867</sup> Art. 1059 al. 2 C. civ.

<sup>868</sup> Art. 1059 al. 3 C. civ.

<sup>869</sup> BOUCHE X., *La mise en œuvre des donations résiduelles*, JCP N 2016, n° 18, 1146.

<sup>870</sup> Art. 1059 al. 2 C. civ.

<sup>871</sup> LEVILLAIN N. *Dossier donations : les donations graduelles et résiduelles*, AJ fam. 2014, p. 611.

par un démembrement viendrait grever à la fois la réserve et la part de quotité disponible du premier gratifié tout en privant les héritiers présomptifs du premier gratifié d'une part de leur réserve. En effet, « *La combinaison d'un démembrement de propriété et d'une libéralité substitutive peut être le moyen de priver les descendants du premier gratifié de tout droit à réserve sur les biens qu'il tenait de son auteur*<sup>872</sup> » de manière efficace.

## **B. LE CANTONNEMENT DE LA CHARGE**

**355.** Le grevé peut se libérer de l'obligation de conserver et de transmettre en demandant le cantonnement de la charge supportée sur sa réserve (1°). Le cantonnement lui permettra de limiter l'impact de la charge à la seule part du disponible. Toutefois, afin de respecter les volontés du *de cuius* disposant, il peut décider de renoncer au cantonnement et ainsi faire supporter à ses descendants le poids de la charge initiale (2°).

### **1. La demande en cantonnement**

**356. Une question de charge.** Si la libéralité graduelle vient empiéter sur la part de réserve du grevé, celui-ci pourra en demander le cantonnement. Il empêchera ainsi que sa réserve ne soit grevée d'une obligation de conserver et de transmettre. Si la donation graduelle est réalisée en avancement de part, c'est-à-dire qu'elle s'impute prioritairement sur la réserve du gratifié, l'héritier pourra faire lever la charge permettant ainsi de transformer la libéralité graduelle en libéralité simple. Lorsque la libéralité graduelle touche à la fois le disponible et la réserve individuelle, l'héritier pourra user de l'action en cantonnement. Elle lui permettra de réaliser une vraie séparation, une individualisation, entre ce qui s'applique à la réserve et ce qui s'applique sur la quotité disponible. L'action en

---

<sup>872</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. Pam, mars 2007, n° 157.



cantonement est refusée aux bénéficiaires de libéralités résiduelles au motif que l'article 1059 alinéa 3 du Code civil autorise les dispositions à cause de mort sur la partie des biens donnés en avancement de part successorale. On pourrait alors comprendre que cette disposition est seulement applicable aux donations rapportables. Qu'en est-il alors des legs rapportables, moins courants, mais agissant tout autant sur la réserve du bénéficiaire ? C'est l'une des nombreuses questions posées lors du 108<sup>ème</sup> Congrès des Notaires. D'après les praticiens, cette dernière, en ce que sa charge est simplement résiduelle, peut être utilisée pour grever la réserve héréditaire sans l'accord du gratifié<sup>873</sup>.

**357. Individualiser.** Les dispositions spécifiques à la protection de la réserve héréditaire en cas de libéralité substitutive sont assez originales. En effet, on permet dans un premier temps à un héritier de se protéger contre sa propre libéralité. Celle-ci est appliquée en fonction de la consistance de la libéralité et crée une scission entre les parts de réserve et de quotité disponible. La scission n'agit pas en fonction de la valeur reçue à proprement parler<sup>874</sup>. Bien entendu, le cantonnement n'est possible que si la libéralité attribue plusieurs biens au gratifié, de sorte que l'on puisse scinder l'attribution en deux lots, un lot représentant la quotité disponible et un lot réserve. La faculté de cantonnement permet d'individualiser les biens se composant d'un côté la quotité disponible et de l'autre, la part de réserve du gratifié. Il faudra se placer au jour du décès du disposant afin de connaître la consistance de son patrimoine, qui a pu varier depuis que la libéralité a été consentie. Ce calcul permet de mettre en évidence le montant du disponible afin de réaliser une séparation dans les biens successoraux et en cloisonner certains au disponible. Il est nécessaire de demander le cantonnement de la libéralité résiduelle par le premier gratifié dès lors que l'interdiction d'aliéner touche des biens dépendant de sa part de réserve héréditaire. L'action pourra être transmise au légataire ayant reçu le bien du gratifié. S'agissant d'une donation, cette action se prescrit par un délai de 5 ans commençant à courir au décès du testateur. A l'inverse, le legs est présumé accepté en l'état. Il reviendra au grevé de demander la

---

<sup>873</sup> BOUCHE X., *La mise en œuvre des donations résiduelles*, JCP N 2016, n° 18, 1146.

<sup>874</sup> LEOROVAUX J., *L'impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libertés graduelles et résiduelles*, Dr. Pam, n° 175, novembre 2008, p. 28.

libération de la charge sur sa part de réserve dans un délai d'un an à compter de la connaissance du testament<sup>875</sup>.

**358. Biens non divisibles.** Si la libéralité ne porte que sur un seul bien, l'héritier n'a que deux solutions : laisser la charge grever sa réserve ou demander le retrait total de la charge. Si la réduction de la charge est impossible notamment en cas d'indivisibilité des biens donnés, la charge sera réputée nulle<sup>876</sup>. La Cour de cassation s'était prononcée sur le cantonnement de la charge sous l'empire du droit antérieur<sup>877</sup>. Elle avait notamment considéré que si les biens ne pouvaient être divisibles de manière à exercer le cantonnement de la libéralité aux biens inclus dans la quotité disponible, la charge totale tombait. La substitution perdra alors tout son intérêt rendant la libéralité totalement ordinaire. Le disposant pourra également diviser lui-même la libéralité afin d'en faciliter l'éventuel cantonnement. On pourra alors lui proposer s'il s'agit d'un unique bien immobilier, de l'apporter à une SCI puis d'en donner les parts au grevé. Il pourra de même en être le gérant.

## **2. La renonciation au cantonnement**

**359. La transmission aux enfants nés ou à naître.** Sauf à renoncer au cantonnement de la libéralité, la donation risque de perdre sa forme de transmission à l'appelé. L'article 1054 alinéa 2 du Code civil permet au gratifié d'accepter par anticipation de ne pas exercer l'action en cantonnement contre la charge graduelle et que sa réserve soit impactée. Cette acceptation qui vaut en réalité renonciation à contester la charge doit être réalisée dans les conditions prévues par l'article 930 du Code civil. Cette renonciation bénéficie automatiquement aux enfants nés et à naître du gratifié<sup>878</sup>. Cela sous-entend que la

---

<sup>875</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 177.

<sup>876</sup> MATTHIEU J-M., *Focus sur quelques difficultés et pistes pour une meilleure utilisation des libéralités substitutives*, JCP N 2012, n° 11, 1201.

<sup>877</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 1997, Bull. Civ. 1997, I, n° 149 ; RTD Civ. 1998 p. 171 obs. PATARIN J ; D. 1997, jurispr., p. 483, note THIERRY J.

<sup>878</sup> Art. 1054 al. 2 C. civ.



renonciation ne peut être valable que si l'appelé est constitué par l'ensemble des héritiers réservataires du grevé. Dans le cas contraire, le grevé ne pourra utiliser la faculté de cantonnement. Ainsi, le législateur protège le droit à réserve des descendants du grevé plus que celui du grevé lui-même. Le disposant n'aura alors que peu de latitude pour réaliser la libéralité.

**360. Propriété viagère.** Le premier gratifié n'a qu'une propriété viagère sur le bien. Elle n'a pas été rétroactivement anéantie. L'intérêt dans le cadre du contournement de la réserve se situe dans l'organisation de la succession du premier gratifié. Le bien réputé transmis directement par le disposant au profit du second gratifié, ne fait pas partie de la succession du premier gratifié. Tel le droit de retour conventionnel<sup>879</sup>, la libéralité substitutive va permettre au disposant d'indirectement priver les héritiers du grevé de tout droit sur le bien ainsi donné. Car au-delà du statut de réservataire ou non du grevé, c'est le statut de ses propres présomptifs héritiers qui est mis à mal. En acceptant une libéralité substitutive, il renonce à la transmission de ce bien à ses propres descendants. Dès lors, la libéralité graduelle, peut être un bon moyen pour le *de cujus* et le grevé, de s'entendre pour priver les descendants de ce dernier d'une part des biens normalement dévolus à sa succession. Pour ce faire, la libéralité devra être réalisée via un testament. L'héritier devra s'abstenir pendant le délai d'un an de demander le cantonnement de la charge. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 1054 du Code civil traite d'un *donataire* et non d'un *gratifié*. Dès lors, la voie testamentaire paraît ouvrir la porte à un possible contournement de la réserve. L'obligation de transmission aux enfants nés ou à naître ne semble pas s'appliquer en pareille situation.

**361. Efficacité du contournement.** Dès lors, on peut s'interroger sur l'efficacité réelle d'une donation graduelle réalisée au profit d'un héritier réservataire. En effet, si celui-ci respecte la volonté de son ascendant et renonce à demander le cantonnement de la charge, le second gratifié ne pourra être choisi par le disposant. Celui-ci lui sera imposé en ce qu'il sera constitué par l'ensemble de ses petits-enfants issus de son enfant gratifié, quand bien même, il souhaiterait ne rien leur laisser. Si l'enfant n'est pas digne de confiance et vient à demander le cantonnement par la suite, la libéralité sera tronquée, et la volonté du donateur

---

<sup>879</sup> Voir supra.

mise à mal. Et si finalement le *de cuius* décide d'utiliser la quotité disponible de sa propre succession en réalisant une donation non rapportable soit au profit d'un de ses descendants, soit au profit d'un étranger, il se prive de sa faculté de disposer ultérieurement. Il ne pourra réaliser un testament totalement efficace. Au final, le législateur a donné de l'espoir au disposant tout en limitant quasi totalement son pouvoir d'action en matière de donation. Il ne lui reste que la libéralité résiduelle, laquelle ne lui garantit pas une transmission au second gratifié.

**362. Une RAAR ?** On pourra aussi prévoir d'utiliser l'article 929 du Code civil afin de réaliser une renonciation anticipée à agir en réduction afin de permettre à la libéralité graduelle d'empiéter librement sur la réserve. Toutefois, l'existence de l'article 1054 du Code civil pose-t-elle un problème ? Cette renonciation doit-elle être conditionnée à la désignation des enfants nés ou à naître comme bénéficiaires ? C'est fort probable. Dans cette hypothèse, l'utilisation d'une renonciation anticipée à l'action en réduction ne permettrait pas de contourner le dispositif mis en place par l'article 1054 alinéa 2 du Code civil . Le contournement de la réserve ne saurait se satisfaire d'une utilisation potentiellement contestable de la RAAR.

## **SECTION 2. - LE TRANSFERT DE PROPRIETE**

**363. Transfert.** Le *de cuius* a expérimenté, dans notre démonstration, plusieurs options de contournement de la réserve par privation de pouvoir. Mais il n'a pas encore envisagé de transférer la propriété de ses biens. Le *de cuius* peut priver son héritier réservataire de pouvoirs sur les biens objet de sa réserve en en transférant tout ou partie à des entités ayant, de par leur structure, le pouvoir de décider à la place du descendant. Il pourra notamment les apporter à une société afin d'en contrôler la gestion (§1.). Cet apport modifiera les droits du *de cuius* en même temps que ceux de ses présomptifs héritiers. Le *de cuius* pourra également se tourner vers la fiducie, créée il y a peu à partir du droit anglo-saxon (§2.).



## **§1. LE TRANSFERT A UNE SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE**

**364.** Un *de cuius* qui veut atteindre le pouvoir de gestion de ses héritiers sur leur réserve par l'intermédiaire de la société devra préalablement prendre toutes les précautions nécessaires dans les statuts. Il devra prévoir les règles de majorité, de gérance, la répartition des parts et du pouvoir lors des assemblées. La SCI peut servir les intérêts du contournement de la réserve si le *de cuius* utilise la liberté des conventions sociales à son avantage. Il devra notamment prévoir les conséquences des apports (A.) et aménager les statuts (B.).

### **A. L'INTERET DE L'APPORT A SOCIETE**

**365. Utiliser le modèle social.** La structure sociétaire dispose de nombreux avantages à la fois fiscaux et patrimoniaux. Le *de cuius* sera bien avisé de l'utiliser comme instrument de transmission de son patrimoine à la génération subséquente. Afin d'obtenir les meilleurs avantages tout en conservant une liberté accrue dans les dispositions statutaires, le notaire conseillera au *de cuius* d'opter pour la SCI (1°). Il devra apporter les biens suffisants pour obtenir les parts sociales correspondantes (2°).

#### **1. L'utilisation des sociétés civiles immobilières**

**366. Indivision.** La SCI permet de transmettre un patrimoine souvent constitué entre parents, alliés, conjoints, concubins... Elle évite l'application des règles de l'indivision à un patrimoine ou à des biens méritant une gestion pointue et directive. Une gestion groupée des membres d'une même famille ensemble, dont certains n'ont pas les compétences requises pour décider de la marche à suivre est néfaste. De plus, les règles de l'indivision placent tous les indivisaires à égalité face au pouvoir de décision collectif. La forme sociale pallie ces difficultés. La SCI va permettre de contourner les règles de l'indivision et notamment

empêcher toute demande de partage en cas de mésentente. La société civile a de nombreuses vertus. Elle permet de nommer un ou plusieurs gérants en charge des actes d'administration pour le compte de la société. Et parfois même certains actes de disposition lui sont autorisés sans avoir besoin de l'autorisation expresse de tous les associés. La gérance et les règles de majorité diminuent les risques de blocage.

**367. Souplesse de la SCI.** Les intérêts de l'apport à SCI sont nombreux. Parmi eux, le notaire conseil mettra en avant la protection des biens apportés. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé que le disposant ne pouvait interdire dans un testament à l'héritier d'aliéner les biens contenus dans sa part de réserve ou d'en réaliser un apport à communauté<sup>880</sup>. Or, l'apport à société permet d'atteindre ce but. Tant que les clauses sont licites, les associés peuvent y inclure beaucoup de conditions, et notamment des conditions de ce genre. L'associé-héritier ne disposera pas d'un pouvoir décisionnaire suffisant pour décider seul de la vente d'un bien. Les biens apportés constituent des actifs sociaux. En tant que tels, il revient à la collégialité des associés de décider de leur sort, ou au gérant, dans certaines hypothèses, et si les statuts le prévoient. La forme sociétaire est par conséquent beaucoup plus souple pour le *de cuius*.

**368. Le droit viager au logement.** Le *de cuius* qui organise sa succession à l'aide de la structure sociétaire doit néanmoins prendre garde aux inconvénients qu'elle présente. On pense notamment à l'absence de droit viager et de droit temporaire au logement pour le conjoint. L'apport du logement du couple à une SCI ne permet pas au conjoint de bénéficier du droit viager au logement ou du droit temporaire d'un an<sup>881</sup>. Les articles 763 et 764 du Code civil précisent que le logement concerné doit dépendre de la communauté ou de la succession. Or la détention par le truchement de la personne morale fait perdre le bénéfice de ces articles. Il est donc conseillé au *de cuius* marié ou pacsé d'éviter d'apporter le logement de la famille à une société, quand bien même il s'agirait d'une SCI familiale.

---

<sup>880</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991, n° 89-17.094, JurisData n° 1991-000871 ; Bull. civ. 1991, I, n° 100 ; JCP G 1992, II, 21840 note SALVAGE P. ; D. 1992, somm. 229, obs. VAREILLE B.

<sup>881</sup> QE n° 39324 de JEANJEAN C., paru au JO Assemblée nationale du 18 mai 2004 avec réponse parue le 25 janvier 2005.



**369. Objet social.** L'objet de la SCI familiale peut être plus large que la simple acquisition et gestion de biens immobiliers. La société peut également avoir pour objet le maintien de biens dans la famille par leur utilisation sociale. Les statuts peuvent prévoir que le gérant aura tout pouvoir pour mettre à disposition à titre gratuit au profit d'un associé un bien faisant partie du patrimoine de la société<sup>882</sup>. Auquel cas, les statuts indiqueront que les autres associés ne peuvent y consentir ou le refuser. Il faut simplement que l'objet social le prévoit en amont afin d'éviter toute décision collective. Ce faisant, on peut avantager un descendant, associé de ladite société, en lui attribuant gratuitement la jouissance du logement. Si la société est soumise à l'impôt sur le revenu, la société ne sera pas fiscalement imposée sur les loyers dont elle fait cadeau<sup>883</sup>, à l'inverse de l'impôt sur les sociétés<sup>884</sup>. Elle ne pourra simplement pas déduire les charges liées aux diverses taxes, réparations, travaux divers ou intérêts d'emprunt.

On en revient alors à la discussion sur l'avantage indirect procuré par l'attribution de la jouissance d'un bien à un descendant<sup>885</sup>. La société s'appauvrira donc au profit d'un de ses associés en tant qu'elle n'encaisse pas de loyer et qu'elle se prive de déduire des charges conséquentes. Nous ne sommes pas dans le cas où l'appauvrissement est celui du parent propriétaire qui choisit l'un de ses enfants. La personnalité morale vient faire écran. De plus, la forme de la SCI ne permet pas l'unipersonnalité comme pour la SARL. La société appartenant à plusieurs associés, les biens dépendant du patrimoine de celle-ci, on peut considérer par transparence que les biens en question ne sont pas, la propriété d'un seul associé. Toutefois, dans une société avec pour associés, les enfants titulaires chacun d'une seule part et les parents titulaires du reste des parts, mathématiquement sur une base par exemple de 100 parts, on se rend bien compte que la propriété, par transparence, est quasi exclusivement celle des parents. Pour autant, agir dans l'intérêt exclusif d'un associé en méprisant l'intérêt social c'est risquer la qualification de fraude.

---

<sup>882</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 606.

<sup>883</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 611.

<sup>884</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 621.

<sup>885</sup> Voir supra.

**370. La fraude.** L'utilisation des SCI, comme beaucoup de techniques juridiques, doit respecter les conditions essentielles de forme et de fond. Ces sociétés doivent éviter que leur fictivité ne soit l'objet d'une sanction sur le terrain de la fraude. C'est ce qui a motivé l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 1992<sup>886</sup>. En l'espèce, un couple marié a constitué une société civile immobilière avec leur enfant commun dans lequel ne figure qu'un seul immeuble. L'époux avait un enfant d'un premier lit. Par la suite cet immeuble est donné à bail par la SCI à une SARL dont l'enfant commun est associé-gérant. Au décès de son père, l'enfant non commun demande l'annulation de la SCI et du bail. La Cour d'appel rejette la demande au motif que les parts sociales sont désormais indivises. Aucun des deux associés ne peut demander seul la dissolution de celle-ci. La Cour suprême casse l'arrêt d'appel pour ne pas avoir recherché si les circonstances des actes incriminés démontraient ou non une fraude. Or, le recours à la SCI en l'espèce ainsi que le bail permettaient à l'enfant commun de bénéficier d'un avantage indirect tout en préservant l'émolument perçu au titre des droits successoraux de l'enfant non commun<sup>887</sup>. L'égalité arithmétique est respectée. La fraude aux droits du conjoint est également une utilisation de la SCI sanctionnable<sup>888</sup>. Un homme divorcé avait placé un immeuble et un bateau en société avec sa nouvelle compagne afin de se soustraire à son obligation de versement de la prestation compensatoire à son ex-épouse. En cas de fraude aux droits du conjoint ou d'un héritier, la stratégie de contournement sera réduite à néant.

**371. Abus.** La théorie de l'abus est également présente en droit des sociétés. Elle s'applique lorsque l'*affectio societatis*<sup>889</sup> est inexistant, que le but recherché est uniquement l'écran de la personnalité morale et les règles bénéficiaires ou lacunaires qu'elle propose<sup>890</sup>. En effet, « *Si les comparses ont participé à une mascarade de société, sans aucune implication personnelle, uniquement pour rendre service au maître de l'affaire, la société*

---

<sup>886</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1992, Bull. civ. I, n° 86, p. 57 ; D. 1992, somm. 401, obs. DELEBECQUE ; RTD Civ. 1993, p. 390, obs. PATARIN J.

<sup>887</sup> PATARIN J., *Annulation d'une société civile immobilière et d'un bail d'immeuble pour fraude aux droits de l'un des héritiers d'un associé*, RTD Civ. 1993, p. 390.

<sup>888</sup> CA PARIS, 10 septembre 1993 ; JCP E 1994, II, 584, note DUMORTIER B-H.

<sup>889</sup> L'*affectio societatis* est la volonté de personnes qui veulent s'associer et collaborer ensemble dans un but social.

<sup>890</sup> MARTIN-SERF A., JURISCLASSEUR Commercial, *fascicule 1002 : Sociétés. – Constitution de la société : consentement des parties. – Sociétés fictives et frauduleuses.*



*est fictive*<sup>891</sup> » et risque l'annulation. La démonstration de la fictivité de la mise en société fait encourir aux associés la nullité. Les stratégies de contournement doivent tenir compte du risque de nullité si la mise en société a un but exclusivement orienté vers un ou plusieurs associés. Depuis les arrêts Pléiade<sup>892</sup> et Sagal<sup>893</sup>, la recherche de la notion de substance pour qualifier l'abus de droit est fondamentale. Cette notion n'a pas été définie par le législateur mais elle conditionne l'application de l'abus de droit. Essentiellement économique mais pas exclusivement, la substance va induire une activité sociale, industrielle ou commerciale qui va caractériser un fonctionnement patrimonial et financier<sup>894</sup>. Cette dernière notion doit être prise en compte lors de la création de la SCI afin d'éviter que le schéma de contournement ne soit remis en cause avec l'existence de la société elle-même.

## 2. La difficile reprise de l'apport

**372. L'apport**<sup>895</sup>. L'apport consiste en un transfert de propriété avec mise à disposition du bien dans l'intérêt social<sup>896</sup>. L'apport est fait par un associé ou un futur associé qui souscrit lui-même l'apport<sup>897</sup>. Dans la perspective d'un contournement de la réserve, le *de cuius* doit réaliser des apports en nature, le plus souvent d'immeubles ou de fonds de commerce. Une fois le bien apporté, l'apporteur devient titulaire de parts sociales et perd la propriété du bien. Attention cependant aux raisons qui ont motivé l'apport. En effet, la fraude

---

<sup>891</sup> COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 31<sup>ème</sup> éd., Manuel, Paris, Litec, 2018, p. 70.

<sup>892</sup> CE 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> sous-sect. 18 février 2004, n° 247729, SA PLEIADE ; JurisData n° 2004-080518 ; Bq. et Dr. 2004, n° 95, p. 65, obs. ACARD C.

<sup>893</sup> CE 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> sous-sect. 18 mai 2005, n° 267087, ministère contre SOCIETE SAGAL, JurisData n° 2005-080715 ; Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, note COLLIN P.

<sup>894</sup> FERNOUX P., *La substance d'une société dans la mécanique de l'abus de droit*, JCP N 2017, n° 11, 1136.

<sup>895</sup> COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 31<sup>ème</sup> éd., Manuel, Paris, Litec, 2018, p. 55 : « L'apport est le contrat par lequel l'associé affecte un bien ou un droit à la société en contrepartie de la remise de titres sociaux »

<sup>896</sup> RAYNAUD B., *La société civile, véhicule de transmission anticipée de patrimoine*, JCP N 2013, n° 9-10, 1044.

<sup>897</sup> Cass. com., 20 septembre 2016, n° 14-28.107, F-D, VALERIO C/ DRYSDALE ; JurisData n° 2016-018974 ; Dr. soc. 2016, comm. 202, note MORTIER R.

aux droits des créanciers est un motif suffisant pour utiliser l'action paulienne<sup>898</sup>. Dès lors, l'apport à société doit être soigneusement préparé par le *de cuius* afin d'éviter la qualification de fraude aux droits de ses héritiers réservataires.

**373. Décès de l'apporteur.** En cas de décès de l'apporteur, le bien reste la propriété de la société. Ses héritiers deviennent simplement titulaires indivis des parts sociales, sans pour autant obtenir la qualité d'associés. Ils sont dans un premier temps personnes physiques détentrices de biens sociaux. Le décès de l'apporteur ne met pas un terme à l'apport social. Seule la dissolution de la société elle-même permet aux associés de reprendre leur apport et leur liberté<sup>899</sup>. Sa dissolution permet d'apurer le passif et de distribuer l'actif. Le droit de retrait de l'article 1869 du Code civil peut permettre le départ anticipé d'un associé avec reprise en nature de l'apport ou remboursement de la valeur des parts sociales. Mais les statuts doivent le prévoir. Néanmoins, l'apport permet de bloquer toute action individuelle des héritiers, même associés. Dès lors, le contournement de la réserve va se nourrir de cette perte de pouvoir du réservataire.

**374. L'apport démembré.** Il est permis au *de cuius* d'apporter à une société soit la pleine propriété, soit la nue-propriété<sup>900</sup>, soit l'usufruit de biens immobiliers. En prévoyant l'interposition de la personnalité morale, le *de cuius* pourra finalement créer une sorte de réserve en capital. Il pourra par exemple transmettre l'usufruit d'un immeuble à une structure de société civile afin de répartir les biens indirectement en démembrement. Certains héritiers reçoivent la nue-propriété de l'immeuble ou la pleine propriété d'autres biens pendant qu'un autre reçoit la pleine propriété des parts de SCI dans lequel l'usufruit est apporté<sup>901</sup>. Ce montage permet d'allotir tous les héritiers à égalité de valeur tout en créant une sorte de réserve en capital à travers un démembrement indirect. Ce montage a été validé par la jurisprudence<sup>902</sup> malgré le risque de requalification pour abus de droit par l'administration

---

<sup>898</sup> BESNARD GOUDET R., JURISCLASSEUR Sociétés Traité, fascicule 10-10 : *Théorie des apports*. – *Notion d'apport en société*.

<sup>899</sup> Art.1844-8 et 1844-9 C. civ.

<sup>900</sup> FERNOUX P., *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance*, JCP N 2001, 1<sup>er</sup> juin 2001, n° 22, p. 978.

<sup>901</sup> CENAC P. et PEYROUX C., *La mort de la réserve héréditaire*, JCP N 2011, n° 9, 1092.

<sup>902</sup> CA NANCY, 1<sup>er</sup> octobre 2009, JurisData n° 2009-019237.



fiscale<sup>903</sup>. L'intérêt de l'apport de la nue-propriété d'un immeuble à une SCI puis de donner les parts sociales à ses héritiers est de contourner le barème fiscal de l'article 669 du CGI. Le donateur-apporteur sera alors libre d'utiliser une valorisation économique de l'usufruit, souvent beaucoup plus avantageuse que l'usufruit fiscal<sup>904</sup>. Dès lors, le *de cuius* pourra organiser l'apport de biens démembrés afin de contrôler les attributions de ses héritiers associés.

## **B. LES AMENAGEMENTS STATUTAIRES**

**375.** Afin d'utiliser le modèle de la SCI à son avantage, le *de cuius* doit s'enquérir des clauses statutaires. Il doit prévoir les clauses utiles à la gestion qu'il envisage et qui vont servir au contournement de la réserve. Certaines clauses sont licites et d'autres pas. Seuls certains aménagements sont susceptibles d'être validés par un juge. Le *de cuius* devra notamment prévoir des clauses d'agrément (**A.**). Elles lui permettent de contrôler les admissions d'associés au sein de la SCI. Le disposant devra également procéder à une répartition des pouvoirs et des bénéfices entre les associés, notamment en cas de démembrement (**B.**).

### **1. La clause d'agrément**

**376. Le recours à l'agrément.** Les associés de la SCI doivent donner l'agrément aux nouveaux associés ou aux nouveaux prétendants-associés. Le nombre de voix requises et la forme de l'agrément sont fonction des statuts. Soit l'agrément est donné à l'unanimité des associés, à la majorité, ou par les seuls gérants. Les cessions entre associés, conjoints, ascendants ou descendants d'un associé sont généralement libres. Mais dans le cadre d'un

---

<sup>903</sup> Art. L. 64 LPF.

<sup>904</sup> RAYNAUD B., *La société civile, véhicule de transmission anticipée de patrimoine*, JCP N 2013, n° 9-10, 1044.

contournement de la réserve, il peut être utile de prévoir qu'elles seront soumises à l'agrément général. Le projet de cession doit alors être adressé au gérant et aux autres associés de la SCI. Les associés et la gérance disposent d'un délai de six mois pour donner leur accord ou leur refus à l'agrément. Si les associés refusent de donner l'agrément au nouvel associé, ils devront racheter eux-mêmes les parts ou trouver un acheteur à la place de l'acheteur initial avant la fin d'un délai de six mois. Si le cédant ne reçoit aucune offre d'achat dans le délai de six mois l'agrément à la cession est considéré comme acquis<sup>905</sup>.

**377. Bloquer l'arrivée des nouveaux associés.** La réserve doit être dévolue libre de charge. Or, afin de contourner ce principe, il est possible de constituer une SCI avec des tiers, le conjoint ou les descendants jugés méritants et d'apporter à cette SCI les immeubles familiaux. Insérez dans les statuts une clause d'agrément et les descendants qui n'auront pas été invités n'auront d'autre choix que céder leurs parts aux associés déjà existants. La SCI contenant une clause d'agrément limitée permet de contrôler l'entrée de nouveaux associés et de bloquer la transmission de la qualité d'associé aux prétendants non désirés. Le *de cujus* pourra ainsi fermer la porte à tout ou partie de ses héritiers réservataires. A son décès, ils ne seront titulaires que de la valeur économique de ces parts sans pouvoir décisionnaire sur le capital social ou la vie de la SCI.

**380. Privation de droits.** L'intérêt principal de l'apport à une SCI ou de l'achat des biens immobiliers via la SCI dont chacun des époux est associé est de priver les descendants d'appréhender les biens concernés. S'il s'agit de dépouiller un enfant d'un premier lit pour avantager l'enfant commun il pourra être utile d'attribuer au moins une part sociale à cet enfant commun. En plus de lui octroyer des droits dans la société, cela permettra d'éviter le problème de l'obligation d'avoir au moins deux associés en SCI lors du décès de l'un des époux. Cette part peut également être dévolue au conjoint ou à un tiers de confiance qui verrouillera l'arrivée du tout nouvel associé, même héritier. Grâce à la clause d'agrément, il sera possible d'évincer l'enfant non commun en le dédommageant simplement de la valeur économique des parts de son auteur. Il sera alors particulièrement intéressant pour ledit parent qui sent la mort le rattraper, de constituer du passif social afin de diminuer la valeur

---

<sup>905</sup> Art. 1863 C. civ.



de la part. Le *de cuius* pourra alors prévoir les règles de majorités suffisantes pour empêcher l'arrivée comme associé, d'un petit enfant que son parent vivant a empli de mauvaises intentions. L'agrément est une clause fondamentale du projet de contournement de la réserve, en ce qu'elle fait perdre tous les droits de l'héritier non convié sur les biens inclus dans la société. Que ces biens aient été acquis pendant la vie sociale ou apportés à ses prémices, le résultat sera identique. Sans agrément le descendant perdra ses pouvoirs sur les biens mis hors de sa portée, se contentant de leur valeur économique.

**381. Clauses d'exclusion.** Il est également possible de prévoir des clauses d'exclusion dans les statuts<sup>906</sup>. Ces clauses permettent entre autres de sanctionner sans recours à une intervention judiciaire le comportement fautif de l'un des associés. Le *de cuius* à l'initiative de la création sociale, pourra alors contrôler en partie le comportement des autres associés. Bien évidemment la clause ne doit pas être abusive ; le *de cuius* devra respecter l'intérêt social. Cette permission jurisprudentielle démontre une nouvelle fois l'intérêt de la mise en société eu égard au régime binaire de l'indivision<sup>907</sup>. Toutefois, un contrôle judiciaire peut être effectué si l'associé évincé en fait la demande<sup>908</sup>.

## **2. La répartition des pouvoirs et des bénéfices**

**382. La gérance.** Il est aussi possible de créer une SCI avec tous les descendants mais en contrôlant fermement la gestion des biens apportés. Ainsi, au décès de leur auteur, les héritiers réservataires recevront des parts sociales et non des immeubles ou des liquidités correspondantes. L'apport des biens à une SCI permet entre autres de céder les biens sur lesquels la réserve des descendants portera tout en confiant la gérance de la société à un tiers au décès du disposant. Le *de cuius* pourra ainsi constituer les parts de réserve de ses enfants

---

<sup>906</sup> COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 31<sup>ème</sup> éd., Manuel, Paris, Litec, 2018, p. 161.

<sup>907</sup> Cass. com., 8 mars 2005 ; D. 2005, p. 839, obs. LIENHARD A. ; JCP E 2005, 1046, n° 9, obs. CAUSSAIN J-J.

<sup>908</sup> COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 31<sup>ème</sup> éd., Manuel, Paris, Litec, 2018, p. 161.

en leur attribuant des parts de ladite société tout en les privant du pouvoir de la gérer. Les statuts seront alors prévus en conséquence. Les pouvoirs du gérant sont limités par l'objet social. Il est par conséquent primordial pour les instigateurs de la création sociale, de prévoir un objet social permettant une gestion complète par la gérance. Le gérant est autorisé à réaliser tous actes de gestion dans l'intérêt social<sup>909</sup>. En présence de co-gérants, les pouvoirs peuvent être inégalement répartis<sup>910</sup>. Le disposant pourra également être nommé seul gérant avec des pouvoirs très étendus permettant par exemple la vente des biens sociaux.. ; « *Cette question illustre à nouveau la force de la personnalité morale : du fait de l'écran sociétaire, les associés-propriétaires n'ont aucun droit de gestion sur l'actif social, prérogative réservée aux seuls dirigeants.*<sup>911</sup> »

Attention tout de même, sauf dispositions contraires incluses dans les statuts, le gérant est révocable sur décision collective des associés représentant plus de la moitié des voix<sup>912</sup>. Il reviendra au *de cujus* à l'origine de la mise en société de prévoir dans les statuts la modification des conditions de la révocation de la gérance afin de lui permettre de disposer de pouvoirs étendus sans risque de coalition destructrice de la part des héritiers associés. Il pourra par exemple combiner son pouvoir de gérance avec une propriété de parts étendue. Il devra également prévoir la transmission de la gérance à son décès ou sa suppléance afin d'éviter que le pouvoir revienne aux héritiers qu'il a entendu contrôler.

**383. Les démembrements.** Afin d'éviter tout risque de nullité il est préférable de souscrire les parts sociales en pleine propriété, associé par associé puis de procéder à des échanges d'usufruit et de nue-propriété. Ainsi, le conjoint survivant, usufruitier de la moitié des parts sociales et plein propriétaire de l'autre moitié pourra aisément vendre la majorité des actifs sociaux peu avant son décès grâce à des pouvoirs de gestion très étendus. Grâce à la forme sociale, les enfants ne pourront réclamer une réserve libre de charge s'agissant de parts sociales avec une gestion propre à la société. Les biens ne seront plus la propriété du défunt mais celle de la SCI. En présence d'un conjoint survivant, ils n'obtiendront même

---

<sup>909</sup> Art. 1848 C. civ.

<sup>910</sup> Cass. com., 11 mars 2008, JurisData n° 2008-043213 ; Dr. soc. 2008, comm. 116, note COQUELET M.-L.

<sup>911</sup> RAYNAUD B., *La société civile, véhicule de transmission anticipée de patrimoine*, JCP N 2013, n° 9-10, 1044.

<sup>912</sup> Art. 1851 C. civ.



que la nue-propriété desdites parts. Il pourra être prévu en amont dans les statuts que seul l'usufruitier percevra les dividendes et aura le droit de vote aux assemblées. Le *de cujus* devra choisir entre confier la pleine propriété des parts ou seulement la nue-propriété, se réservant l'usufruit. Il conserve ainsi le contrôle de la gestion des bénéfices. Les réservataires tiendraient alors la place de receveurs de fonds sans autre pouvoir politique décisif. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que l'apport de l'usufruit au profit d'une société est limité à 30 ans<sup>913</sup>.

**384. Répartition des bénéfices.** L'arrêt de la chambre commerciale du 18 décembre 2012<sup>914</sup> laisse un nouveau doute planer sur la qualification de libéralité dans le cadre de répartition de bénéfices. Dans cet arrêt, l'administration fiscale a tenté de faire requalifier une répartition des bénéfices en libéralité. Une société civile a été constituée en démembrement de propriété entre parents et enfants. Dans cette société, les parents doivent recevoir 95% des dividendes contre 5% pour les enfants. En assemblée générale, il est décidé de modifier temporairement la répartition. Les enfants reçoivent alors 61% des dividendes pendant 5 ans. L'administration fiscale y répond par la qualification de libéralité, tout en réclamant la taxation afférente. La Cour a pourtant jugé qu'il n'y avait pas de libéralité, en ce que la décision émane d'une collectivité d'associés dans le patrimoine d'une société et non d'une décision individuelle sur leur patrimoine personnel. De plus, les dividendes n'étaient qu'hypothétiques tant qu'ils n'étaient pas passés en comptabilité et distribués<sup>915</sup>. Le notaire de famille serait fort avisé de conseiller à ses clients de prendre grand soin pour rédiger les clauses de répartition des droits.

**385. Droit de vote et droit de participation aux assemblées.** La répartition des droits de vote en assemblée va dépendre de la qualité intrinsèque de l'associé. L'article 1844

---

<sup>913</sup> Art. 619 C. civ.

<sup>914</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 2012, n° 11-27.745 ; JCP E 2013, 1066, note HOVASSE H. ; JCP N 2013, n° 4, 1010, note GARCON J-P. ; rev. soc. 2013, p. 203, note LE NABASQUE H. ; Dr. pam. mai 2013, p. 84, obs. PORACCHIA D. : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la modification de la répartition de la part de chaque associé dans les bénéfices de la société ne pouvait résulter que d'une décision collective des associés et qu'en participant à cette décision, émanant d'un organe social, M. et Mme X... n'ont pu consentir à une donation ayant pour objet un élément de leur patrimoine, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

<sup>915</sup> GARCON J-P., *Le droit des libéralités et la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, JCP N août 2014, hors-série, p. 55.

alinéa 3 du Code civil dispose que « *si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier* ». Pour le droit de participation, la Cour de cassation s'est prononcée sur la validité d'une assemblée générale tenue hors la convocation et la présence d'un associé usufruitier de parts<sup>916</sup>. Elle a considéré que l'usufruitier ne disposait pas d'un droit de vote à faire valoir lors des assemblées générales lorsque ces dernières n'avaient pas pour objet l'affectation et la répartition des bénéfices. L'alinéa 1 de l'article 1844 du Code civil donnait pourtant le droit de participer aux assemblées. Mais aucune précision textuelle n'existe sur le seul droit de vote. La Cour a finalement confirmé pour l'usufruitier ce qu'elle avait déjà indiqué pour le nu-proprétaire dans l'arrêt DE GASTE<sup>917</sup> du 4 janvier 1994. Ce dernier peut être privé par les statuts de son droit de vote au profit de l'usufruitier dès lors que son droit de participer aux assemblées n'était pas contraint<sup>918</sup>. A la lumière de ces éléments, « *La décision de la Haute cour trouve alors un sens une fois rapprochée de l'élément essentiel faisant défaut à l'usufruitier : n'étant pas propriétaire des titres sociaux, il ne peut se prévaloir des droits politiques afférents, ainsi que de la qualité d'associé*<sup>919</sup> ».

Les décisions en assemblée sont prises à l'unanimité sauf si les statuts prévoient d'autres règles de majorités<sup>920</sup>. Il est donc fondamental, dans un but de contournement, de prévoir à l'avance les démembrements de parts ainsi que la répartition des droits de vote qui en sont la conséquence. Le droit de vote est un puissant contrôle de la société. Aussi, pour empêcher les héritiers de détenir trop de contrôle social, le *de cujus* doit prévoir à l'avance quelle solution de démembrement privilégier afin de minimiser l'impact de leur présence sur les décisions prises.

---

<sup>916</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 septembre 2016, n° 15-15.172, JurisData n° 2016-018580 ; JCP E 2016, n° 48, 1633, note ZINTY S. ; Dr. soc. 2016, comm. 184, obs. HOVASSE H.

<sup>917</sup> Cass. com., 4 janvier 1994, n° 91-20.256, arrêt DE GASTE ; JurisData n° 1994-000057 ; JCP E 1994, I, 363, obs. VIANDIER A. et CAUSSAIN J.-J. ; Dr. soc. 1994, comm. 45, obs. BONNEAU T.

<sup>918</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 janvier 2014, n° 13-10.151 ; JCP N 2014, n° 27, 1242, note LE NORMAND-CAILLERE S.

<sup>919</sup> ZINTY S., *Société civile immobilière - L'absence de droit de participer à l'assemblée générale de l'usufruitier de parts sociales*, JCP E 2016, n° 48, 1633.

<sup>920</sup> Art. 1852 C. civ.



**386. Le respect de l'intérêt social.** Toutes les adaptations et modifications statutaires doivent respecter l'intérêt social. Le *de cujus* à l'origine de la création de la société doit prendre garde. Les décisions qui sont prises tant par la collectivité des associés que par lui en termes de transmission, de démembrement et d'apport ne doivent pas contrevenir à l'intérêt social. La stratégie du contournement par la voie sociale ne doit pas entraver la bonne gestion de la SCI. Le juge est garant de l'intérêt social qui prime sur l'intérêt individuel des associés. Les clauses incluses dans les statuts qui diffèreraient des clauses habituelles afin de contrôler la gestion ou l'attitude des associés ne doit pas entraver la vie sociale. Les conflits ne doivent pas paralyser la vie sociale et les statuts ne doivent pas servir à bloquer toute expression de la volonté des associés<sup>921</sup>. L'intérêt social va finalement au-delà de l'intérêt des associés, majoritaires ou non. La société est une entité propre recherchant son intérêt avant celui des membres qui la composent. De ce fait, le *de cujus* devra prendre garde lors de la création de l'entité à ne pas insérer des clauses qui seraient susceptibles de pénaliser la société dans le seul but de priver ses héritiers de leur pouvoir sur leur réserve. Dans cette perspective, le dirigeant va engager sa responsabilité vis-à-vis de la gestion qu'il réalise. Les associés sont également responsables des abus de majorité, de minorité ou d'égalité réalisés dans un intérêt personnel<sup>922</sup>. La mise en société est par conséquent un formidable instrument de contournement de la réserve si elle est prudemment adaptée à l'intérêt social.

## **§2. LE TRANSFERT PAR FIDUCIE**

**387. Théorie du patrimoine.** La théorie classique d'AUBRY et RAU sur l'unicité du patrimoine est connue de tous les juristes depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle. En France, jusqu'en 2007, aucune disposition légale et aucune jurisprudence ne venait la contredire. Mais l'essor de la mondialisation et du droit international privé a encouragé le législateur à s'intéresser aux autres modèles de patrimoine. Il a trouvé dans le droit anglo-saxon et son trust, un moyen

---

<sup>921</sup> COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 31<sup>ème</sup> éd., Manuel, Paris, Litec, 2018, p. 179.

<sup>922</sup> COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 31<sup>ème</sup> éd., Manuel, Paris, Litec, 2018, p. 181.

d'ouvrir le droit français à de nouvelles possibilités tant économiques que patrimoniales. S'inspirant de ce modèle, il a créé le 19 février 2007, la fiducie, comme une innovation, consacrant ainsi la diversité des patrimoines (A). Cette construction moderne, si utile soit elle en matière économique, présente une utilité plus que limitée s'agissant des libéralités (B).

## **A. L'INNOVATION DE LA FIDUCIE**

**388.** Innovation romaine reprise par le droit anglo-saxon, la fiducie est arrivée en France pour dupliquer une forme de patrimoine d'affectation. Elle se positionne désormais aux articles 2011 et suivants du Code civil. Depuis sa création en 2007, plusieurs réformes ont modifié son régime<sup>923</sup> afin de la rendre financièrement plus compétitive. Son fonctionnement s'apparente à celui du trust<sup>924</sup>. Le patrimoine transmis est composé de biens transférés à un tiers nommé fiduciaire (1°). Sa mission de gérer les biens confiés fait perdre tout pouvoir au disposant comme à celui qui sera bénéficiaire de la gestion programmée (2°).

### **1. Le patrimoine fiduciaire**

**389. Création du patrimoine d'affectation.** La fiducie est apparue en France aux termes de la loi du 19 février 2007<sup>925</sup>. Le patrimoine d'affectation français était né. Mais le trust qui a inspiré la fiducie n'a pas été totalement suivi. La fiducie est un mécanisme plus restreint en termes d'action et de gestion. Elle ne fait intervenir que trois personnes. Le constituant propriétaire transfère des biens à un fiduciaire qui en a la gestion au seul profit du bénéficiaire : « *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de*

---

<sup>923</sup> DESBUQUOIS J-F., *Fiducie en matière patrimoniale : les dix règles clefs*, AJ fam. 2015, p. 196.

<sup>924</sup> Voir supra.

<sup>925</sup> Loi n° 2007-211 du 19 février 2007.



sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »<sup>926</sup>. La fiducie est établie par contrat ou par la loi. Le législateur a instauré trois types de fiducies : la fiducie gestion, sûreté et transmission. Certaines formes sont plus développées que d'autres, et l'une d'entre elles, est quasiment prohibée. La fiducie intéresse surtout les grandes entreprises françaises ainsi que leur holding<sup>927</sup>. Afin d'assouplir quelque peu son régime, la loi LME du 4 août 2008<sup>928</sup> autorise désormais toute personne morale ou physique à devenir constituant d'un patrimoine fiduciaire<sup>929</sup>.

**390. Transfert de patrimoine au fiduciaire.** Les biens transférés feront partie du patrimoine du fiduciaire mais de manière séparée de son patrimoine personnel. Le constituant conservera une simple créance<sup>930</sup>. Comme pour le trust, les éventuels créanciers du fiduciaire n'auront pas accès aux biens inscrits dans le contrat. Le transfert des biens est désormais limité à 99 ans, comme pour les baux emphytéotiques<sup>931</sup>. Si des immeubles figurent parmi les biens transmis, le contrat devra être régularisé par acte authentique et publié au service de la publicité foncière concerné. Il contient certaines mentions obligatoires<sup>932</sup> et est enregistré<sup>933</sup>. Néanmoins le choix du fiduciaire n'étant toujours pas libre, la gestion ne pourra être confiée à un membre de la famille. Le plus souvent, bénéficiaire et constituant sont la même personne. Parfois, le fiduciaire et le bénéficiaire sont confondus. La liste des fiduciaires est restreinte. Seuls certains organismes ou certaines professions sont susceptibles d'endosser le rôle du fiduciaire (avocats, assureurs, banques...). Par conséquent, l'entremise familiale par la fiducie est compromise.

**391. Une propriété limitée.** Certains auteurs s'interrogent toujours sur la nature des droits transférés au fiduciaire<sup>934</sup>. La loi LME n'est pas venue répondre aux interrogations de

---

<sup>926</sup> Art. 2011 C. civ.

<sup>927</sup> RAVET Y-M., *La fiducie, un outil au service de l'entreprise familiale*, AJ fam. 2015, p. 200.

<sup>928</sup> Loi n°2008-776 du 4 août 2008

<sup>929</sup> PRIGENT S., *Deuxième pas en fiducie*, AJDI 2009, p. 421.

<sup>930</sup> DESBUQUOIS J-F., *Fiducie en matière patrimoniale : les dix règles clefs*, AJ fam. 2015, p. 196.

<sup>931</sup> Art. 2018 C. civ.

<sup>932</sup> PRIGENT S., *Deuxième pas en fiducie*, AJDI 2009, p. 421.

<sup>933</sup> Art. 2019 C. civ.

<sup>934</sup> MOLMY J-B. et RICHARD B., *La réforme de la fiducie par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 : évolution ou révolution ?* Rev. Dr. Aff. 2009, n° 7, décembre 2009, 14.

la doctrine. Néanmoins, on peut conclure assez aisément que le transfert de propriété effectué entre constituant et fiduciaire n'est pas total. Le fiduciaire n'est pas plein propriétaire du patrimoine d'affectation. Il ne dispose pas de l'ensemble des pouvoirs d'un propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil<sup>935</sup>, à la différence du trust. De plus, le bénéficiaire non constituant n'a aucun droit de propriété sur les biens mis en gestion. La propriété est donc particulière, soumise à conditions, et ne permet pas d'agir pleinement sur le devenir des biens confiés. S'agissant d'une fiducie sûreté, la transmission n'est opérée que dans un but de garantie d'une créance. Ces fiducies sont essentiellement utilisées par les grandes entreprises à des fins de développements financiers, et pas à des fins de contournement de la réserve.

## **2. La perte de pouvoir**

**392. Transfert de pouvoirs.** Le fiduciaire doit simplement respecter la mission de gestion qui lui est confiée. Dans ses relations avec les tiers, il doit « *disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs* <sup>936</sup> ». Malgré la publicité du contrat de fiducie, le fiduciaire est réputé agir conformément à la mission qui lui a été confiée, même s'il vient à s'en écarter. Les tiers ne subiront pas les excès de zèle du fiduciaire. Le bénéficiaire ne peut que percevoir les bénéfices ou les pertes occasionnés par la gestion du fiduciaire. Le fiduciaire devra en effet, rendre compte de sa gestion<sup>937</sup>. Le *de cuius* peut néanmoins conserver la jouissance des biens concernés à travers une convention annexe de mise à disposition<sup>938</sup>. Ces conventions restent rares en pratique. Le constituant pourra prévoir une rémunération pour la mission ainsi confiée mais elle n'est pas obligatoire. Néanmoins, s'agissant de sociétés constituantes, la rémunération sera utilisée comme le paiement d'un service à but financier. De plus, même s'agissant d'un constituant personne physique, la liste

---

<sup>935</sup> FRANÇOIS B., *Fiducie*, Rép. Dr. Soc., septembre 2011.

<sup>936</sup> Art. 2023 C. civ.

<sup>937</sup> Art. 2022 C. civ.

<sup>938</sup> FRANÇOIS B., *Fiducie*, Rép. Dr. Soc., septembre 2011.



des organismes habilités à devenir fiduciaires laisse présager que ces contrats seront rémunérés.

**393. Propriété temporaire.** Le transfert de pouvoirs n'est réalisé que dans le but de l'opération fiduciaire projetée. Le fiduciaire devient propriétaire du patrimoine transféré et doit gérer ces biens sous le contrôle du constituant. Mais sa propriété est simplement temporaire. La fiducie s'éteint lors du décès du constituant. Les biens font alors retour dans le patrimoine du constituant, ou dans celui du bénéficiaire sous la condition qu'il ne s'agisse pas d'une libéralité. Si le but est atteint avant le décès du constituant, le contrat prend fin également. Bien évidemment, s'agissant d'une fiducie sûreté, le remboursement total de la créance par le constituant éteint la dette et le contrat de fiducie par la même occasion<sup>939</sup>. Les biens sont ensuite transmis au bénéficiaire, ou à défaut, au constituant ou à sa succession<sup>940</sup>. Par cette fin programmée, la fiducie ne semble pas de prime abord, propice pour un contournement de la réserve héréditaire. Son action post-mortem sur la succession étant, dans ces circonstances, désespérément nulle.

**394. Le choix du majeur en difficulté.** L'acceptation du bénéficiaire n'est pas nécessaire, permettant ainsi de désigner un enfant mineur ou un majeur incapable. Le transfert peut ainsi servir la protection d'un enfant en difficulté. Si le constituant est lui-même en difficulté, il peut souhaiter confier son patrimoine à un fiduciaire afin qu'il le gère au mieux de ses intérêts. On retrouve ici les mêmes implications que pour le mandat de protection future. La mise sous régime de protection ne met pas fin au contrat fiduciaire<sup>941</sup>. Il devra simplement avoir conclu la fiducie à une époque où sa santé ne remettait pas en cause ses actes. Si le majeur sent que sa situation de capacité va se dégrader, il pourra mettre en place une fiducie à son propre profit, afin de s'assurer que ses biens lui assureront une subsistance décente. Dès le placement judiciaire, le fiduciaire devra rendre compte annuellement de sa gestion au tuteur. Si le majeur est déjà en situation d'incapacité modérée, il pourra, depuis la loi LME de 2008, constituer une fiducie avec l'aide de son curateur.

---

<sup>939</sup> FRANÇOIS B., *Fiducie*, Rép. Dr. Soc., septembre 2011.

<sup>940</sup> Art. 2030 al. 2 C. civ.

<sup>941</sup> FRANÇOIS B., *Fiducie*, Rép. Dr. Soc., septembre 2011.

Néanmoins, cette faculté est fermée au majeur en tutelle et au mineur. Dans cette hypothèse, le régime de la fiducie se rapprochera de celui du mandat de protection future.

## **B. LES LIMITES EN MATIERE DE LIBERALITE**

**395. Désillusion.** L'innovation de la création de la fiducie devait apporter des réponses aux nombreuses questions sur la gestion moderne de patrimoine. Beaucoup d'espoirs étaient placés en elle. Or, la fiducie, telle qu'elle a été créée par le législateur, ne répond pas aux impératifs nécessaires d'une gestion patrimoniale efficace. Bornée en matière de transmission à titre gratuit, la fiducie ne sert pas les projets successoraux du *de cuius* (1°). Dès lors, ce nouvel outil plus financier que patrimonial semble, de prime abord, un instrument de contournement de la réserve particulièrement limité (2°).

### **1. L'interdiction**

**396. Dispositions à titre gratuit.** Le contrat de fiducie est un formidable instrument limité aux actions à titre onéreux. Elle n'autorise pas la transmission à titre gratuit des biens inclus dans le contrat. Le législateur n'a pas souhaité contrevenir, une fois de plus, aux règles de dévolution légale et au calcul de la réserve héréditaire. La nullité qui frappe la fiducie-libéralité ou fiducie transmission française est d'ordre public. Le constituant doit recevoir la contrepartie des biens transférés afin de ne pas risquer la requalification. L'article 2013 du Code civil ajoute que la fiducie constituée dans une intention libérale est nulle. La fiducie ne doit pas, selon la loi française, être utilisée à des fins libérales. La fiducie française perd ici les solutions efficaces qu'elle tenait du trust anglo-saxon. C'est la raison pour laquelle, lors de sa création, la fiducie n'était pas permise aux personnes physiques. Désormais c'est chose faite avec la loi LME. Le législateur a maintenu l'interdiction, limitant ainsi



considérablement l'attrait d'un système sollicité depuis longtemps par la doctrine<sup>942</sup>. La prohibition concernant l'utilisation de la fiducie à des fins libérales n'existe pas au Québec. Toutefois, cet aspect de la fiducie n'a pas été autorisé en France malgré son grand intérêt au motif qu'elle ferait doublon avec des institutions nouvellement créées par la loi du 23 juin 2006. On pense notamment au mandat à effet posthume ou aux libéralités graduelles ou résiduelles.

**397. La fraude à la réserve.** Le législateur français n'a pas souhaité permettre l'essor de la fiducie-transmission ou fiducie-libéralité de peur d'enfreindre les règles impératives de la réserve héréditaire. Outre l'aspect civil, l'aspect fiscal de ce type de transmission posait problème car, « *En effet, le patrimoine fiduciaire, ne faisant plus partie du patrimoine du constituant et donc de sa succession, ne serait pas taxé au titre des droits de succession et permettrait d'échapper aux règles de dévolution légale*<sup>943</sup> ». Dès lors, il est recommandé au constituant de tenir également le rôle de bénéficiaire afin d'éviter tout risque de nullité du contrat. Ce sont autant les règles fiscales que les règles successorales qui ont freiné le législateur de 2007 et de 2008. Pourtant la fiducie familiale aurait pu se développer. Le fonctionnement fiduciaire, dans le but de protéger un enfant ne requiert pas la reconnaissance de certains critères contrairement au mandat de protection future<sup>944</sup>. Elle ne requiert pas plus le contrôle du juge des tutelles. Dans cette hypothèse, la fiducie-libéralité aurait facilement trouvé sa place.

**398. La fiducie philanthropique.** S'agissant d'un instrument à visée plus financière que patrimoniale, la fiducie philanthropique a fait l'objet de nombreuses discussions il y a quelques années. Les sociétés qui l'ont utilisée disposent de caractéristiques communes. Elles peuvent être fiscalement intéressées par les projets de recherches et de philanthropie. Parmi les groupes de réflexion organisés, on se souvient notamment le 18 novembre 2009, des Assises de la fiducie philanthropique. Cette réflexion avait été axée, avec le soutien de l'Institut Pasteur, sur le financement de la recherche. Puis le 22 novembre 2010, et le 17 mars

---

<sup>942</sup> GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois 1991, art. 35094, spéc., p. 964, n° 30.

<sup>943</sup> MOLMY J-B. et RICHARD B., *La réforme de la fiducie par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 : évolution ou révolution ?* Rev. Dr. Aff. 2009, n° 7, décembre 2009, 14.

<sup>944</sup> LETELLIER H., *Dossier « Fiducie et famille » : Fiducie et majeur vulnérable*, AJ fam. 2015, p. 205.

2011, d'autres groupes de réflexion avaient été constitués<sup>945</sup>. Comme de nombreuses réflexions juridiques dans un but philanthropique<sup>946</sup>, les débats n'ont pas abouti à une modification substantielle du régime de la fiducie. Le principal utilisateur de cette technique reste la société anonyme dont le placement des actifs reste dans un intérêt financier à son bénéfice exclusif.

## 2. Un fonctionnement limité

**399. La fiducie gestion.** La fiducie gestion est une garantie de bonne exécution. Mais elle ne peut servir en France de transmission au profit des héritiers du constituant<sup>947</sup>. A l'inverse, au Québec, elle permet notamment de confier la gestion d'une succession à un tiers si l'héritier est incapable de gérer les biens qu'il reçoit. Cette pratique attendue par la doctrine française aurait permis de priver temporairement de pouvoir les héritiers réservataires. Le fonctionnement de la fiducie québécoise serait alors similaire au mandat à effet posthume. Cette équivalence d'action peut expliquer, au moins pour partie, le refus du législateur français de se rapprocher des modèles des autres Etats. Au Québec, la fiducie gestion avec interposition d'une société à la fois constituant et bénéficiaire permet d'agir dans un cas de succession. Elle permet notamment de déposséder temporairement les descendants associés. La fiducie aurait un effet privatif de pouvoir qui irait au-delà des simples aménagements statutaires d'une SCI. En France, le bénéficiaire ne pourra être différent de la société constituante ou personne physique afin d'éviter la requalification en libéralité. Si le constituant veut néanmoins désigner un autre bénéficiaire et éviter la requalification en fiducie-libéralité, il devra le désigner en contrepartie d'une obligation qu'il avait envers lui. Les possibilités semblent donc limitées.

**400. Transmission indirecte.** La fiducie-gestion peut servir indirectement les dessins de libéralité du *de cuius*. Le *de cuius* constituant transfère par fiducie des biens au

---

<sup>945</sup> FRANÇOIS B., *Fiducie*, Rép. Dr. Soc., septembre 2011.

<sup>946</sup> Voir supra.

<sup>947</sup> DESBUQUOIS J-F., *Fiducie en matière patrimoniale : les dix règles clefs*, AJ fam. 2015, p. 196.



fiduciaire et se constitue lui-même bénéficiaire. Dès lors, la fiducie n'est pas vectrice de transmission à titre gratuit. Or, il suffit au *de cuius* de donner ou de léguer le contrat de fiducie à l'un de ses héritiers pour atteindre un but similaire. La fiducie ne constitue alors pas elle-même de libéralité, elle est l'objet de la libéralité<sup>948</sup>. De cette façon, le contrat est simplement transmis en l'état, sans dénouement ou bénéfice immédiat. Afin d'éviter toute annulation pour fiducie-libéralité, il est préconisé de mentionner dans le contrat de fiducie que le bénéficiaire est le constituant, sans autre forme de précision<sup>949</sup>. Par la libéralité, il y a simplement changement de personne sous la dénomination de constituant. Le donataire devenu à la fois bénéficiaire et constituant en second devient titulaire du contrat sans pour autant pouvoir mettre fin à la gestion. Il gagne donc des biens reçus mais en perd momentanément la gestion. Ces biens, sans autre expression de la volonté du *de cuius*, auraient dû lui être transmis à l'ouverture de la succession. L'atteinte à la réserve reste relative mais la perte de pouvoirs existe bel et bien. Cette théorie n'a pas encore trouvé d'application ou de sanction jurisprudentielle. Néanmoins, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et des obligations permet de transmettre la qualité de partie à un tiers dans un contrat préexistant<sup>950</sup>. Cette nouvelle disposition permet d'envisager plus sereinement le projet de transmission indirect du contrat de fiducie. Ce type de fonctionnement fera durer le contrat au-delà du décès du *de cuius*, comme constituant initial<sup>951</sup>.

**401. Un acte manqué ?** La fiducie était attendue depuis de longues années par la doctrine<sup>952</sup>. Elle devait être un tremplin au développement d'activités économiques et patrimoniales. Mais ce qui a été créé par le législateur français n'est qu'un pâle reflet du trust. Il ne permet pas d'utiliser les trois aspects de son fonctionnement. La fiducie transmission était attendue mais n'a pas été entendue. Les restrictions qui y ont été apportées malgré les quelques améliorations issues des réformes suivantes n'ont pas permis d'atteindre l'objectif escompté par la doctrine. Seules certaines entreprises ont trouvé dans cette

---

<sup>948</sup> DESBUQUOIS J-F., *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N. 2016, n° 39, 1284.

<sup>949</sup> DESBUQUOIS J-F., *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N. 2016, n° 39, 1284.

<sup>950</sup> Art. 1216 C. civ.

<sup>951</sup> DESBUQUOIS J-F., *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N. 2016, n° 39, 1284.

<sup>952</sup> GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois 1991, art. 35094, spéc., p. 964, n° 30.

technique un intérêt suffisant dans un but purement financier. La copie du trust est finalement fade et sans envergure. L'absence de la fiducie transmission et les conditions d'admission des fiduciaires ont finalement tué dans l'œuf un outil qui apporte de la souplesse économique et patrimoniale dans les Etats voisins. Nul doute qu'une fiducie portant les règles québécoises constituerait un nouvel instrument de contournement de la réserve. Mais en l'Etat actuel du droit français, cette option n'est pas à retenir.

## **Conclusion de chapitre**

**402. L'intérêt supérieur.** Le *de cuius* dispose d'un certain nombre d'instruments lui permettant de diminuer voire de transférer totalement le pouvoir de ses héritiers au nom d'un intérêt supérieur. Qu'il s'agisse de l'intérêt d'un parent nécessiteux, ou d'une société, le disposant est libre de confier tout ou partie de son patrimoine à un tiers ou à une entité. Ce transfert est réalisé dans un dessein plus grand que la dévolution successorale elle-même. Il ne s'agit plus de l'intérêt du *de cuius* lui-même ou de celui des héritiers. Le transfert est opposé aux héritiers. Dans le cas des libéralités substitutives, le bénéficiaire est libre de refuser les conditions de la libéralité qui lui est faite. Mais son attitude lui fera perdre le ou les biens que le *de cuius* lui destinait. L'héritier bénéficiaire n'aurait alors pas d'autre choix que d'accepter les conditions de la substitution. S'agissant de l'une ou de l'autre substitution, la libéralité du premier gratifié ou grevé, son pouvoir de gérer et de disposer des biens est entravé. En cela, chacune à leur niveau, les libéralités substitutives sont efficaces en matière de contournement. La forme simple, la forme partage ainsi que le degré d'obligation initial du grevé ou premier gratifié conditionnent l'étendue de leur efficacité. Toutefois, le *de cuius* en quête d'absolu pourrait être déçu en pratique par un tel montage.

**403. L'intérêt social.** S'agissant maintenant de la SCI, le *de cuius* dispose d'un formidable outil de privation sur ses descendants. Ainsi, en apportant ses biens, et notamment ses immeubles à la société nouvellement créée pour l'occasion, il prive ses héritiers du pouvoir de gestion et de libre administration sur les biens apportés. Ses héritiers n'auront à son décès que des parts de ladite société. Les biens alors inclus dans le patrimoine



social seront hors de portée immédiate des réservataires. Si le *de cujus* a également pensé à aménager les statuts en conséquence, il pourra prévoir une clause d'agrément restrictive empêchant ainsi ses héritiers de devenir à leurs tours associés. Néanmoins, le coût de constitution des apports ainsi que la fiscalité applicable aux cessions de parts de SCI peuvent freiner un *de cujus* d'utiliser cette option. Il obtiendra un résultat sensiblement similaire à travers un legs universel. Si toutefois, la privation n'est que temporaire, que le *de cujus* souhaite que ses descendants prennent part à la vie sociale tout en les empêchant de dilapider le capital, la SCI restera une solution adéquate et efficace. Les règles de majorités et de vote aux assemblées ainsi que les démembrements devront être déterminés en amont afin de garantir au disposant le respect de sa volonté.

**404. Le choix de la fiducie ?** Le législateur de 2007, nous l'avons compris, n'a pas souhaité laisser libre la fiducie-libéralité. Cette fiducie-transmission n'est pas à conseiller dans sa forme brute en l'état actuel du droit à un *de cujus* souhaitant priver de pouvoir l'un de ses héritiers. Néanmoins, l'option pour la transmission à titre gratuit, par donation, du contrat de fiducie, tant que le *de cujus* constituant est en vie reste une solution à envisager. Certes la privation est temporaire et aucune jurisprudence n'est venue annuler ce montage. Toutefois, la rareté des cas de mise en œuvre des contrats de fiducie laisse émerger l'espoir qu'ils puissent servir les intérêts de la privation de pouvoirs des biens à réserve.

## **CONCLUSION DE TITRE**

**405. L'efficacité de la privation de pouvoir.** Le *de cuius* ne souhaitant pas complètement déposséder ses héritiers peut utiliser une forme de privation de pouvoir. Cette privation est généralement temporaire mais ses implications empêchent l'héritier de disposer, gérer et jouir librement des biens composant sa part de réserve. Le contournement de la réserve dépasse alors la question financière. Les héritiers sont lotis mais ne disposent pas des droits nécessaires à la prise de possession complète des biens reçus. Que la privation soit réalisée dans l'intérêt de l'héritier lui-même ou dans celui d'une personne ou entité tierce, le descendant se retrouve enfermé dans sa condition. Le *de cuius* aura pris soin de limiter au maximum la volonté de l'héritier, quitte à combiner les procédés. On pensera notamment aux SCI avec l'un des mandats. Ce type de montage rendrait le contournement de la réserve efficace.

**406. Combiner SCI et mandat.** Le *de cuius* peut combiner la création d'une SCI à un mandat à effet posthume. Il apporte ainsi des biens démembrés dans le seul but de confier les parts de ladite société, à travers un mandat à effet posthume à un tiers chargé de gérer les biens particuliers<sup>953</sup>. Le disposant allie ainsi les avantages de la dépossession sociale avec le contrôle à posteriori d'un mandat. La mise en société de certains biens pourra ainsi justifier l'utilisation d'un mandat à effet posthume. La privation de pouvoir ainsi orchestrée sera doublement efficace. De ce point de vue, les entraves à la libre gestion et à la libre disposition de la réserve sont simples à mettre en place.

**407. L'illusion de la réserve dévolue libre de charge.** La notion de réserve libre de charge, protégée par la loi est sérieusement mise à mal par la réforme de 2006. L'article 912 du Code civil est finalement mis en partie en suspens par la création de ces nouveaux mandats et la résurrection des libéralités substitutives. Le législateur a lui-même porté atteinte à une institution millénaire en autorisant l'adjonction de charges légales

---

<sup>953</sup> CENAC P. et PEYROUX C., *La mort de la réserve héréditaire*, JCP N 2011, n° 9, 1092.



circonstanciées. La réserve libre de charge constitue désormais un garde-fou de dernier recours pour éviter certains excès conventionnels. Elle ne demeure plus un principe intangible. L'application de l'usufruit du conjoint survivant sur la part individuelle des descendants depuis 2001 avait déjà largement fragilisé la position des réservataires. Qu'elle soit dans l'intérêt d'une entité supérieure ou d'un tiers, la privation de pouvoir reste un contournement actif et efficace de la réserve. Les descendants sont indirectement maintenus sous la coupe du *de cuius* après l'expiration de son dernier souffle.

**408. Le pouvoir c'est d'être libre.** Dans la perspective de la privation orchestrée par le *de cuius*, l'héritier réservataire subit les choix de son ascendant. Même si la privation de pouvoir est une donnée relative car elle ne remet pas en cause l'émolument lui-même, la réserve n'en sort pas indemne. Tantôt privé d'agir, tantôt privé de gérer, l'héritier reste pénalisé. La privation a beau être causée, le *de cuius* a beau démontrer l'intérêt du transfert de pouvoirs pour l'enfant, l'héritier n'en reste pas moins floué de sa réserve. La mise sous tutelle patrimoniale ainsi organisée contrevient au libre arbitre du descendant. Il n'est plus en mesure de gérer une part du patrimoine reçu. Il reste ainsi profondément soumis aux dernières volontés de son auteur, comme si le patrimoine recueilli ne lui appartenait pas vraiment. Les droits qu'il acquiert du chef de son auteur sont donc suspendus à l'organisation ante-mortem mise en place. L'absence de droit à héritage autorise le *de cuius* à disposer d'une partie des attributs de la succession qu'il va laisser. Et les héritiers ne peuvent que subir la privation de pouvoirs qu'il a instaurée. Psychologiquement et pratiquement, la privation de pouvoir sur la réserve est ressentie par l'héritier comme la sanction que le *de cuius* a voulu lui infliger.

## **CONCLUSION DE PARTIE**

**409. L'efficacité des instruments visant l'héritier.** Contourner la réserve revient parfois à s'attaquer à l'héritier lui-même. A travers la mise en concurrence et la privation de pouvoir, il est aisé d'observer que la place de l'héritier est devenue branlante au fil des dernières réformes. Le législateur a lui-même affaibli la position de ceux qui avaient sa faveur des siècles auparavant. Les liens du sang primaient sur tous les autres. Leurs forces sont désormais amoindries par le voile de la volonté du *de cuius*. La liberté successorale n'est pas totale. Mais les choix de l'auteur s'imposent désormais plus facilement qu'auparavant à ses descendants. Avec une protection légale diminuée, le *de cuius* est en mesure de facilement désavantager ses héritiers. Contourner la réserve en visant l'héritier, c'est s'engouffrer dans la brèche créée par le législateur. Même s'il est vrai qu'à de rares exceptions, l'émolument est préservé, la privation est efficace. Elle atteint le statut de l'héritier encore plus que la part économique qu'il reçoit.

**410. Ordonner après la mort.** Grâce aux techniques que nous venons d'étudier, nous pouvons aisément conclure que le *de cuius* est en mesure d'ordonner après sa mort. Nul besoin de s'attacher au seul testament pour s'apercevoir que l'auteur dispose d'un large éventail d'instruments suffisamment efficaces pour exprimer ses dernières volontés. On imagine mal en France un vieux notaire brandissant une feuille de papier jaunie sur laquelle sont couchées les dernières pensées de celui qui a rendu son dernier souffle. La théâtralité de telles situations est réservée au cinéma. Mais il n'en reste pas moins qu'à travers des outils simples, et parfois des plus communs, le défunt dicte ses dernières volontés et prive en tout ou partie ses héritiers de leur réserve. Le législateur de 2006 a notamment développé l'arsenal des moyens d'organiser son patrimoine. En désenclavant la liberté d'agir du *de cuius* sur son propre patrimoine, le législateur lui a permis de juger sa descendance.

**411. L'introduction de la préférence.** Choisir son successeur au sens de la continuation d'une œuvre correspond à la dernière ambition du défunt. Il peut en choisir un parmi ses descendants mais il peut également n'en choisir aucun. Le *de cuius* prend alors la



décision de privilégier un tiers par rapport à sa propre descendance. Il peut donner la préférence à son conjoint, à un modèle social, à un parent, un allié ou simplement un ami que l'on consacre légataire universel. Grâce aux nouveautés législatives, le *de cuius* est en mesure de régir après sa mort la transmission des biens de famille. Il ne peut congédier un héritier de son statut de réservataire mais il peut le concurrencer. La préférence est permise tant qu'elle ne conduit pas le disposant à priver matériellement son descendant de son émolument. L'atteinte est finalement plus cinglante que s'il s'agissait d'une exhérédation économique. Le *de cuius* fait savoir à son descendant qu'il n'a pas sa préférence, qu'il n'est pas digne, qu'il n'a pas les qualités requises pour recueillir pleinement son œuvre. L'héritier découvrant les instruments mis en place par le défunt pour contourner l'attribution qu'il devait pleinement recevoir est face à la défiance de son auteur. Il ne peut que subir le jugement de son ascendant, le dernier jugement avec lequel il devra vivre. Que la sanction soit ou non justifiée, que le contournement ait ou non une raison d'être, l'atteinte réalisée vise autant le cœur de l'héritier que sa bourse. Et finalement, l'atteinte de l'héritier c'est bien cela. Laisser le *de cuius* sanctionner humainement ses descendants par le biais d'instruments différents mais efficaces dont la combinaison peut s'avérer redoutable.

**412.** Toutefois, s'il souhaite aller plus loin dans sa démarche, le *de cuius* pourra s'en prendre à la succession elle-même. Il pourra ainsi sanctionner financièrement ses héritiers en s'attaquant à l'émolument qu'il devra leur laisser et aux conditions de ce transfert de patrimoine. Défier la succession et les règles qui la régissent c'est lancer la dernière attaque en faveur du contournement de la réserve (**Partie 2**).





---

***PARTIE II***

***LES INSTRUMENTS VISANT LA  
SUCCESSION***

---



*« Notre succession comble presque toujours le vide que fait notre mort dans le cœur de nos héritiers <sup>954</sup> ».*

**413. Une question d'argent.** LA BRUYERE disait : « *Ce que l'on prodigue, on l'ôte à son héritier ; ce que l'on épargne sordidement, on se l'ôte à soi-même. Le milieu est justice pour soi et pour les autres <sup>955</sup>* ». Le *de cuius* qui veut parachever le contournement de la réserve de ses descendants doit prendre en main les règles successorales qui vont régir le patrimoine laissé. Qu'il s'agisse d'une immense fortune ou de modestes avoirs bancaires, chacun espère les transmettre comme une récompense au meilleur candidat. Mais la réserve ne s'embarrasse pas de la notion de mérite. C'est la raison pour laquelle le *de cuius* doit agir en amont de la transmission afin de tenter de tirer parti des règles du jeu. S'il n'est pas possible d'empêcher le réservataire d'hériter, le disposant peut toujours tenter de lui en laisser le moins possible. Sans pour autant pratiquer la politique de la terre brûlée, le disposant peut utiliser les outils juridiques à sa disposition pour manipuler le résultat mathématique des règles successorales actuelles. Il ne cherche plus à s'attaquer à la personne de l'héritier ou à son statut. Désormais le *de cuius* organise le patrimoine lui-même afin que la part réservataire soit diminuée d'autant.

**414. Une question de géographie.** Avec l'internationalisation du travail, l'ouverture des frontières et l'attrait de la nouveauté culturelle, de plus en plus de français partent vivre à l'étranger. Leur nationalité les accompagne mais parfois ce sont leurs relations aux autres qui évoluent. La croissance du nombre de couples mixtes et de celle du nombre de couples français expatriés font s'interroger. Compte tenu de la liberté de fixer son domicile en France ou à l'Etranger, est-il plus judicieux de choisir de se soumettre aux règles successorales de notre vieille patrie ? (**Titre 1**). Ou au contraire l'expatriation serait-elle la solution ultime du contournement de la réserve héréditaire ? (**Titre 2**).

---

<sup>954</sup> PETIT-SENN J. (Jean Antoine PETIT), *Bluettes et boutades*, 1846.

<sup>955</sup> LA BRUYERE J., *les caractères*, 1688.

# TITRE 1 : LES SOLUTIONS OFFERTES PAR LE DROIT INTERNE

---

*« On sent mieux le prix d'un bien moral  
quand on le possède, d'un bien  
matériel quand on le perd<sup>956</sup> ».*

**415. Diminuer l'émolument transmis.** Celui qui souhaite amoindrir la part héréditaire complète de ses héritiers doit contourner les règles de calcul de l'article 922 du Code civil. Pour ce faire, quoi de mieux que de diminuer la quantité ou la valeur des biens existants. Le *de cuius* ne doit pas pour autant se priver lui-même de la jouissance ou de la libre disposition d'un patrimoine qu'il a généralement constitué de ses mains. Vivre dans la crainte de laisser des biens malgré soi à ceux qui ne le méritent pas n'est pas une solution viable. Et la politique de la terre brûlée est pour beaucoup, trop radicale. Alors il faut trouver la bonne formule entre l'autocensure et le contournement efficace de la réserve. Dans cette perspective, le *de cuius* est face à un dilemme. Soit il se dépossède actuellement et volontairement de tout ou partie de ses biens et droits (**Chapitre 1**), soit il se soumet à l'aléa (**Chapitre 2**).

---

<sup>956</sup> MARBEAU E., *Les remarques et pensées*, 1901.

## **CHAPITRE 1 : SE DEPOSSEDER VOLONTAIREMENT**

**416. Etre prêt à la dépossession.** La dépossession volontaire n'est psychologiquement pas aisée. Tout individu n'est pas forcément prêt à se priver d'une partie de son patrimoine, même dans l'optique d'une transmission anticipée. Toutefois, lorsque l'idée a germé dans l'esprit du *de cuius*, elle devient un formidable levier de contournement de la réserve. Elle implique de choisir le bénéficiaire et les biens concernés. Le disposant qui se dépouille doit envisager la forme la plus avantageuse et la plus efficace eu égard à son projet. Il peut transmettre une partie de son patrimoine dans la plus grande discrétion. Il s'attachera alors à disposer par des donations occultes (**Section 1**). Ou au contraire, il peut rechercher l'approbation de la société ou de sa famille. Devenir un mécène n'est pas à la portée de tous. Mais il peut utiliser ses biens pour remplir ses obligations morales (**Section 2**).

### **SECTION 1. - LES DONATIONS OCCULTES**

**417.** Les donations occultes constituent avant tout des dispositions à titre gratuit. Certaines font l'objet de dissimulation volontaire, d'autres simplement d'omission. Le *de cuius* dispose délibérément d'une partie de son patrimoine entre vifs afin de gratifier un tiers, son conjoint ou un membre de sa famille. Les unes sont autorisées sous conditions, tandis que les autres sont proscrites par la loi. Dans cette perspective, le disposant doit choisir entre le don manuel (§1) et les donations indirectes ou déguisées (§2).

#### **§1. LE DON MANUEL**

**418.** Le don manuel est la forme la plus simple des donations occultes. Elle permet de dissimuler l'attribution de sommes d'argent ou de biens corporels sans obligation particulière et sans en informer les réservataires. Le *de cuius* est ainsi en mesure d'avantager



l'un de ses descendants ou même un tiers par la fuite de capitaux. Pour que le don manuel soit valide il doit constater une dépossession immédiate des biens (A.) qui démontre un appauvrissement réel du disposant (B.).

## **A. LA DEPOSSESSION IMMEDIATE**

**419.** Le *de cujus* réalise de son vivant un ou plusieurs dons manuels en se dépossédant de ses biens le jour où il les remet au donataire. Cette remise est l'objet de la tradition, caractéristique essentielle des dons manuels (1°). Le donateur est alors privé d'une partie de son patrimoine. Avec la diversification des modes de paiement, la tradition a évolué. Les modes de transfert de biens pour la réalisation de dons manuels sont nombreux (2°).

### **1. La tradition**

**420. Une pratique ancienne.** Le don manuel est une forme de donation particulière née de la pratique de l'Ancien droit. Il s'agit d'une donation avec remise d'un bien *de la main à la main*. On parle alors de *tradition*<sup>957</sup>. On entend par *tradition réelle* la remise physique du bien donné par le donateur directement au donataire. Elle est imposée afin de garantir la dépossession immédiate ou tout du moins actuelle et irrévocable du donateur<sup>958</sup>. La tradition traduit une volonté actuelle du donateur de se dessaisir du ou des biens que l'on tend à la main du donataire. Le transfert doit également être définitif. Toute suspicion de reprise des biens peut disqualifier le don manuel.

---

<sup>957</sup> MALAURIE P. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Defrénois, 2016, p. 210.

<sup>958</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2012, n° 10-28.363, Bull. civ. I, n° 195 : « Mais attendu qu'après avoir énoncé à bon droit que le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée... ».

**421. Procuration sur les comptes.** La Cour de Cassation a eu à trancher de litiges concernant des dons manuels de sommes d'argent avec procuration du donateur sur le compte bancaire du donataire<sup>959</sup> ou sur son coffre-fort. En effet, le dessaisissement définitif nécessaire dans toute donation peut être remis en cause par le pouvoir de saisir les fonds sur le compte après les avoir transmis. Ce que l'auteur donne, il peut le reprendre discrètement et directement sur le compte ou dans le coffre en usant de sa procuration. Une fois le don manuel révélé, les juges du fond doivent vérifier si le donateur met en évidence une intention libérale au moment du transfert de la chose. Le transfert doit être définitif. Dans la même idée, à l'inverse, lorsque le donataire dispose d'une procuration sur les comptes ou le coffre-fort du donateur<sup>960</sup>. Il faudra également rechercher l'intention libérale de celui-ci. Il est bien évident que la simple procuration laissée par un père à son fils ne vaut pas don des liquidités se trouvant sur le compte. Prouver le don manuel reste concomitant à la preuve de l'intention libérale.

**422. Conditions.** L'Ordonnance d'Aguesseau de 1731 avait consacré le principe des donations notariées. Or les dons manuels, en ce que la tradition est une simple remise de la main à la main, ne respectent aucun formalisme. Face à l'engouement suscité par les dons manuels, le Chancelier d'Aguesseau a validé le procédé dans une lettre adressée au Parlement de Bordeaux le 25 juin 1731<sup>961</sup>. Par la suite, le Code civil n'a repris que l'ordonnance instaurant les donations notariées, laissant la pratique des dons manuels perdurer. Avec les donations indirectes et les donations déguisées, ce sont désormais les seules donations pouvant échapper au formalisme de l'article 931 du Code civil. Cet article dispose que les donations doivent être passées en la forme authentique. Cette règle est

---

<sup>959</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2004, n° 03-18.413 ; JurisData n° 2004-026141 ; Bull. civ. 2004, I, n° 317 ; D. 2005, p. 626, note NOBLOT C. ; JCP G, 2005, I. 187 n° 8, obs. LE GUIDEC R. : la Cour a jugé que « *virement fait à un compte sur lequel le solvens avait procuration ne réalisait pas une dépossession irrévocable* »

<sup>960</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1996, n° 94-10.162, Bull. civ. I, n° 203 ; JCP N 1997, II, 1039, note RAFFRAY J. G. : Pour le retrait de fonds avec procuration sur des livrets de caisse d'épargne valant don manuel avec preuve de l'intention libérale.

Et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2006, n° 04-20.423, Bull. civ. I. n° 210 ; D. 2006. AJ fam. 1526, obs. AVENA-ROBARDET V. ; Dr. fam. 2006, n° 196, note BEIGNIER B. : Pour l'absence d'intention libérale par la seule existence d'une procuration au profit de la fille sur les comptes de la mère. La fille avait effectué des retraits avec son mari afin d'acquérir un terrain. Au jour du divorce, la mère a réclamé le remboursement des sommes au motif qu'il s'agissait d'un prêt et non d'une libéralité

<sup>961</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 647.



d'ordre public<sup>962</sup>. La simple tradition, vaut don manuel. Le don doit également respecter les conditions de fond des donations à défaut des conditions de forme. Entre autres, pour être valide, le don manuel doit être accepté par le donataire. La tradition constate cette acceptation.

## 2. Les modes de transfert

**423. La tradition des biens corporels.** Le bien donné est souvent un bien corporel. Il s'agit le plus souvent d'une somme d'argent. La somme pourra être transmise par remise d'argent liquide de la main à la main, par chèque ou par virement. Les sommes d'argent sont faciles à dissimuler. Le *de cuius* doit simplement effectuer un retrait d'argent ou conserver soigneusement de l'argent qui lui a été remis, pour le transmettre à son tour au donataire par tradition. Le retrait ne contient pas le nom de la personne qui percevra l'argent, à titre gratuit ou onéreux. Le retrait ne laisse pas de trace. Le don d'argent liquide est très facilement dissimulable à condition que le donataire le conserve sous sa forme liquide. La concomitance d'un retrait du père et d'un dépôt sur un compte du donataire du même montant fera perdre au don manuel son caractère occulte. Il arrive parfois que la tradition s'opère sur un bien mobilier identifiable. Il peut s'agir d'une voiture, de bijoux, ou même d'un tableau... Si le bien est trop facilement identifiable, la transmission risque d'être découverte. Dans un ancien arrêt de la Cour de cassation<sup>963</sup>, il a admis que le don manuel peut porter sur un véhicule dès lors que le donateur, qui a payé le prix d'achat, a indiqué le nom du donataire sur la carte grise avec intention libérale. Toutefois la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que la donation invoquée ne peut être qualifiée de don manuel dès lors que le donateur ne s'était pas dessaisi du bien irrévocablement. Dans les faits, le donateur continuait à utiliser la voiture.

---

<sup>962</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 septembre 2013, n° 12-15.618, Bull. civ. I, n° 167 ; AJ fam. 2013, 1090, note VERNIERES C. ; Dr. fam. 2013, n° 153, obs. NICOD M.

<sup>963</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 1960, publié au Bulletin ; D. 1960, p. 702, note VOIRIN P.

**424. Chèque bancaire.** Les chèques bancaires sont un outil classique de don manuel. Le don est parfaitement formé dès lors que le chèque est remis au donataire<sup>964</sup>, avant même que celui-ci ne l'ait déposé en compte. L'encaissement ne fait pas partie des conditions de validité du don manuel. Il peut être réalisé après le décès du donateur<sup>965</sup>. Néanmoins, le chèque doit mentionner un montant. Un chèque en blanc laissé au donataire par le donateur n'est en aucun cas un don manuel<sup>966</sup>. C'est ce qui a été rappelé dans un arrêt de la Cour d'appel de NIMES du 9 janvier 1996 : « *Dès lors qu'il est prouvé que la somme en chiffre et en lettre du montant d'un chèque n'a pas été libellée par le donateur, alors que celui-ci avait un usage normal de ses facultés intellectuelles, c'est à bon droit que les juges, sur la demande de la fille du donateur ont estimé que la donataire ne rapportait pas la preuve de l'intention libérale.* »<sup>967</sup> De même, concernant la provision du chèque, si celui-ci était provisionné au moment de la remise mais plus au moment de l'encaissement<sup>968</sup>, il peut être ajouté au passif de la succession du disposant si la tentative d'encaissement intervient suite au décès<sup>969</sup>. Par contre, si le chèque est sans provision au jour du don manuel, la régularisation ne pourra venir que par le disposant et de son vivant.

**425. Un virement.** Le don manuel peut également prendre la forme d'une transmission de bien incorporel avec dessaisissement immédiat. On pense tout de suite au virement bancaire<sup>970</sup>. Le virement est la forme la plus courante de don manuel depuis ces dernières décennies. Sa rapidité d'exécution n'a d'égale que sa facilité de réalisation. Toutefois, le virement a une traçabilité accrue par rapport au chèque. La banque mentionne

---

<sup>964</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, n° 80-12.926, Bull. civ. I, n° 327 ; GAJC, 12<sup>ème</sup> éd. n° 130 ; RTD Civ. 1982, p. 781, obs. PATARIN J., *succession COCO CHANEL* ; Defrénois 1982, article 32944, n° 77, p. 1378, obs. CHAMPENOIS G. ;

<sup>965</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, n° 80-12.926, Bull. civ. I, n° 327 ; GAJC, 12<sup>ème</sup> éd. n° 130 ; RTD Civ. 1982, p. 781, obs. PATARIN J., *succession COCO CHANEL* ; Defrénois 1982, article 32944, n° 77, p. 1378, obs. CHAMPENOIS G. ;

<sup>966</sup> CA NIMES, 9 janvier 1996, JurisData n° 1996-030094 ; Dr. fam. 1997, comm. 64, note BEIGNIER B.

<sup>967</sup> CA NIMES, 9 janvier 1996, JurisData n° 1996-030094 ; Dr. fam. 1997, comm. 64, note BEIGNIER B.

<sup>968</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1985 n° 83-14.005, Bull. civ. I, n° 314 ; RTD Civ. 1987. 137, obs. PATARIN J. : en l'espèce la qualification de don manuel a été refusée faute de provision. Le donataire ne pouvait donc percevoir la chose donnée.

Et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, n° 99-18.578, JurisData n° 2002-012808, Bull. civ., I, n° 39 ; D. 2002, p. 2447 et 779, obs. NICOD M. ; D. 2003, p. 344, obs. MARTIN D. ; RTD Civ. 2002, p. 551, obs. PATARIN J. ; Defrénois 2003, art. 37649, n° 7, obs. CHAMPENOIS G. ; Dr. fam. 2002, comm. 47, obs. BEIGNIER B. ; RJPF juin 2002, p. 23, note CASEY J. ; Bq. et Dr. 2002 p. 48, obs. BONNEAU T.

<sup>969</sup> AIX EN PROVENCE, 12 mars 1987 ; D. 1988. 167 note BEIGNIER B.

<sup>970</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 1966, publié au Bulletin ; D. 1966, p. 614, note MAZEAUD J.

le nom du débiteur sur le compte qui reçoit la somme, et le nom du bénéficiaire sur celui qui en dispose. Les risques de découverte du don manuel sont par conséquent considérablement plus importants avec un virement.

## **B. LA DEMONSTRATION DE L'APPAUVRISSEMENT**

**426.** Démontrer l'appauvrissement reste une chose complexe. Le *de cuius* a choisi le don manuel afin de dissimuler les transmissions. Les dons manuels ne sont pas fondamentalement occultes mais ils sont recherchés pour cet aspect de leur forme. Grâce à la facilité avec laquelle ils peuvent être dissimulés, le contournement de la réserve devient aisé (1°). Il revient à celui qui veut faire apparaître le caractère libéral de la transmission de biens de rapporter la difficile preuve du don manuel (2°).

### **1. La facilité du contournement**

**427. Discretion.** Quid de l'intérêt d'une telle donation pour un donateur qui souhaite léser ses enfants ? La discrétion. L'intérêt essentiel d'un don manuel réside dans sa nature opaque. La transmission manuelle permet ainsi de dissimuler la donation aux tiers et notamment aux autres héritiers. La simple remise, vaut don manuel. C'est une donation facile à réaliser et facile à dissimuler. La réserve héréditaire serait alors atteinte sans que les héritiers n'en aient connaissance. Au jour du décès, ceux-ci devront se partager ce qui subsistera. Leur part de réserve est calculée sur ce qui reste du patrimoine du défunt. On ne tient alors pas compte de ces libéralités. Les héritiers ne peuvent bien entendu pas invoquer l'existence préjudiciable de dons dont ils n'ont pas connaissance. La réunion fictive des libéralités nécessaire à la détermination de la masse de calcul ne sera pas complète mais paraîtra l'être au vu des seuls éléments dont va disposer le notaire en charge de la succession. Si toutefois les dons sont révélés, ils viendront s'imputer sur la quotité disponible au même

titre que des donations faites hors part successorale. L'égalité héréditaire pourra alors être rétablie. Mais comment prouver leur existence ?

**428. Contournement.** Le rapport permet de corriger les inégalités de traitement existant entre les héritiers afin de protéger la réserve héréditaire. Ainsi, tout ce qui permet une dépossession sans exiger de rapport peut potentiellement nuire à la réserve héréditaire. Le donateur peut diminuer de façon importante son patrimoine en réalisant des dons manuels successifs et occultes. Mathématiquement, si les dons manuels viennent à dépasser la part de quotité disponible qui devait théoriquement exister au décès du *de cuius*, la réserve héréditaire globale est atteinte. Or ce calcul est fondé sur une quotité disponible fictive. En effet, la quotité disponible réelle n'est calculée qu'au jour du décès du donateur. Cependant, à sa mort, la succession ne comporte plus les biens donnés et leur rapport n'est pas réalisé. Le calcul est faux du point de vue des héritiers mais juste du point de vue de la succession. Afin de réaliser un calcul juste, il faut incorporer à la succession tous les dons manuels réalisés par le *de cuius*. Ainsi, on aurait une vision réelle de la valeur de la réserve.

**429. Le rapport.** Les dons manuels, les donations simples, les déguisées ou même les indirectes sont présumées rapportables<sup>971</sup>. Avec le rapport vient la réduction. Les dons manuels connus soumis au rapport seront potentiellement réductibles<sup>972</sup>, sauf dispense expresse pour le rapport. La question du rapport des dons manuels a néanmoins ouvert le débat. En effet, sont présumées rapportables les libéralités qui n'ont pas été dispensées de rapport. Or, les manœuvres du donateur afin de cacher le don manuel peuvent laisser supposer qu'il ne souhaite pas que cette libéralité soit rapportée<sup>973</sup>. Néanmoins, l'article 851 du Code civil ne dispense de rapport que les donations avec mention expresse d'absence de rapport. Or, un don manuel, par essence simplement réalisé par la tradition, le plus souvent sans écrit, ne mentionne pas de dispense expresse. La jurisprudence<sup>974</sup> est venue préciser ce

---

<sup>971</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 707.

<sup>972</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, n° 98-23.413, JurisData n° 2001-011399.

<sup>973</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 1995, n° 93-11.412 ; D. 1995, p. 585 note AUBERT S., somm. 334, obs. VAREILLE B. : « *Ne donne pas de base légale à sa décision qui ne prévoit pas le rapport d'une donation déguisée, la cour d'appel qui ne constate pas la volonté du donateur de dispenser le donataire de rapport.* »

<sup>974</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 2005, n° 03-17.512, JurisData n° 2005-030838.

Et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 2005, n° 03-18.806.

et Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n° 01-15.030, JurisData n° 2004-024256, Bull. civ. 2004, I, n° 173.



texte en insistant sur le fait qu'en l'absence de preuve de la volonté contraire du donateur, les dons manuels, comme les donations déguisées et indirectes, sont soumises au rapport. Il faut par conséquent permettre aux héritiers réservataires de demander l'éventuelle réduction de la libéralité au même titre que pour une donation classique. Mais pour la demander, il faut prouver le don manuel.

## 2. La difficulté de la preuve

**430. La preuve.** Le don manuel n'est pas forcément une donation occulte. Mais c'est sa faculté de dissimulation qui intéresse le contournement. Afin de protéger la réserve, les héritiers réservataires peuvent prouver le don manuel par tout moyen<sup>975</sup>. Toutefois la preuve peut être difficile à rapporter. Le réservataire peut toujours produire un relevé bancaire pour prouver un virement qui laisse des traces. Mais il est beaucoup plus difficile de prouver une remise d'espèces ou d'objet de valeur. Il faudra alors prouver deux éléments bien distincts. Le premier sera la preuve de la propriété du donateur sur le bien donné. Le second sera la preuve de la transmission libérale. Les deux ont autant d'importance l'un que l'autre. Les héritiers rencontrent des problèmes de taille dans leurs démarches pour prouver la libéralité. Dans un premier temps, il faut rapporter la preuve que le bien appartenait à l'origine au défunt. La présomption de l'article 2276<sup>976</sup> du Code civil joue alors en faveur du supposé donataire. Cette présomption simple permet au possesseur d'un bien meuble de revendiquer sa propriété. Le possesseur peut toujours alléguer qu'il ne tient pas ce bien du donateur. S'il s'agit d'une chose fongible ou difficilement identifiable, l'héritier aura beaucoup de mal à prouver le don manuel. Il faudra alors prouver l'intention libérale, chose peu aisée également. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 2013<sup>977</sup>, il a été jugé qu'en l'absence de preuve d'appauvrissement de la part des donateurs et d'intention libérale réelle, il ne pouvait être constaté de donation rapportable.

---

<sup>975</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 1984, n° 81-12.312.

<sup>976</sup> « *En fait de meuble, la possession vaut titre [...]* »

<sup>977</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2013, n° 11-21.368.

**431. L'écrit.** La simple remise de la chose ne sera pas suffisante. Il arrive parfois que donateur et donataire rédigent un pacte adjoint sous seing privé afin de préciser les termes du don manuel<sup>978</sup>. Ce pacte n'est nullement une obligation, bien au contraire, il risque de se retourner contre les parties. Cet écrit devient, s'il est découvert, un élément de preuve accablant d'un don manuel et non pas un écrit sous seing privé validant une donation classique mais qui ne respecterait pas les conditions de l'article 931 du Code civil. Il arrive que le donateur veuille conserver une preuve du don qu'il réalise. C'est un fait rare en pratique. Toutefois l'héritier qui arrive à produire un tel document peut aisément démontrer l'existence de la libéralité. Il paraît donc logique que le donateur produise un écrit s'il n'a aucune intention de dissimuler le don. En revanche, si l'objectif est de dissimuler aux héritiers les transferts, il paraît évident que donateur et donataire n'utiliseront pas de moyen écrit pouvant devenir une preuve.

**432. La charge de la preuve.** L'intérêt de la preuve réside également dans la nécessité de revendiquer la propriété. Le pacte adjoint peut en effet servir à prouver le don afin de conserver le bien. Mais la preuve du don sert également à empêcher la revendication du bien donné par les héritiers à la place du donataire. L'article 2276 du Code civil prend ici toute son importance. La charge de la preuve incombe à celui qui prétend que le don existe. En cas de litige, le possesseur donataire pourrait produire le pacte adjoint ou toute preuve du don manuel afin de conserver le bien. En prouvant la donation, il perd toute chance de nuire à la réserve mais il conserve la donation. Dès lors que le don est connu, il rentre dans la masse de calcul de la succession. Toutefois, le risque pour l'héritier donataire est considérable. Si la preuve du don est rapportée alors qu'il l'a sciemment dissimulé, il est passible de recel successoral<sup>979</sup>.

---

<sup>978</sup> MALAURIE P. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Defrénois, 2016, p. 216.

<sup>979</sup> Voir infra.



## **§2. LES DONATIONS INDIRECTES ET DEGUISEES**

**433.** Nous avons vu précédemment que les donations sont des actes constatant un transfert de propriété avec dépouillement irrévocable du donateur au profit du donataire caractérisé par une intention libérale et une gratuité. Mais il existe plusieurs sortes de donations. Certaines sont rapportables d'autres pas. La plupart de ces donations sont officielles mais certaines sont occultes. C'est notamment le cas lorsque le donateur les a sciemment dissimulées ou lorsque son attitude libérale a créé une donation qui n'en a pas le nom. C'est notamment le cas des donations indirectes et des donations déguisées. Parfois confondues, elles ont pourtant des caractéristiques propres (**A.**), et nombreuses sont ses formes (**B.**).

### **A. LES CARACTERISTIQUES**

**434.** Donations déguisées et donations indirectes sont faites du même bois. Elles constituent des donations occultes volontairement dissimulées à la vue de tous. En théorie, c'est la volonté délibérée de dissimuler l'existence d'une donation qui sépare la donation indirecte de la donation déguisée. Mais en pratique la limite entre elles reste floue. Revenons quelque peu sur le fonctionnement de ces libéralités. Entre dissimulation et omission, les donations occultes ont des caractéristiques particulières (**1°**). L'évolution jurisprudentielle de la preuve de l'intention libérale les rend plus difficile à prouver (**2°**).

#### **1. La dissimulation et l'omission**

**435. La simulation.** Il y a donation déguisée lorsque les parties dissimulent leur intention de gratuité sous l'apparence d'un acte à titre onéreux. Ce type de donation naît dans

la simulation<sup>980</sup>. Elle est souvent réalisée en doublon d'un acte officiel, et peut par exemple prendre la forme d'une vente avec complément de prix occulte ou absence de paiement du prix. L'acte secret peut également prendre la forme d'une contre-lettre. Certains auteurs considèrent qu'il n'y a pas en réalité deux actes, un occulte et un apparent mais une unité de volonté impliquant que l'un n'existe pas sans l'autre<sup>981</sup>. L'apparence est alors à la fois un acte juridique et un fait juridique. Le fait de croire à cette apparence crée alors une fiction qui peut être vue comme un fait juridique. Une fois ce fait établi et admis par tous ceux qui veulent bien y croire, l'apparence emporte entre eux les conséquences d'un acte juridique. Les donations déguisées sont souvent confondues avec leurs cousines, les donations indirectes, moins pernicieuses mais tout aussi efficaces. N'oublions pas que dans la donation il y a bien l'intention de donner ; « *Donner c'est vouloir donner et non laisser faire* »<sup>982</sup>.

**436. L'omission.** La différence principale entre donation indirecte et donation déguisée réside dans le fait que la donation indirecte ne suppose aucune simulation mais simplement une omission. L'intention libérale n'est ni exprimée ni volontairement dissimulée, elle est simplement omise. Rien dans l'acte ne permet de deviner qu'il s'agit d'un acte à titre gratuit. Mais rien n'est fait pour le cacher. Dans une donation indirecte, pas de second acte à dissimuler, simplement un seul acte omettant l'intention libérale de l'auteur.

**437. Le déséquilibre.** Il existe un déséquilibre volontaire, non dissimulé mais qui correspond à l'expression d'une intention libérale. Ce déséquilibre est matérialisé par une disproportion entre la chose, l'obligation ou le service, et le prix, la contrepartie ou la contrevalet, dans le sens d'un dépouillement volontaire par l'une des parties au profit de la seconde. L'auteur devra « *se dépouiller immédiatement et irrévocablement* »<sup>983</sup>. Le réel problème posé par les donations déguisées est la dissimulation d'un acte à titre gratuit sous

---

<sup>980</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 698.

<sup>981</sup> MEAU-LAUTOUR H., *La donation déguisée en droit civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 199.

<sup>982</sup> BEIGNIER B., *Coup d'arrêt à une dérive jurisprudentielle : donner c'est vouloir donner et non laisser faire*, Dr. fam. 2010, comm. 50

<sup>983</sup> THOMAS-DEBENEST G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 20 : Donations et testaments, donations entre vifs, forme, absence d'acte authentique*.



couvert d'un acte à titre onéreux<sup>984</sup>. Cette dissimulation va créer un déséquilibre qui ne peut être pris en compte dans la masse de calcul puisque les autres héritiers n'en ont pas connaissance. Le déséquilibre réalisé à travers l'omission caractéristique des donations indirectes permet également de contourner les règles de calcul de la réserve.

**438. L'existence de la contre-lettre.** L'existence d'une contre-lettre dans une donation déguisée n'est pas obligatoire. Dès lors que la simulation permet d'atteindre le but fixé d'un commun accord par les parties, il n'y a pas besoin d'un écrit contraire. Cet écrit existe bien souvent, mais ni la loi ni la jurisprudence ne l'ont rendu obligatoire aux fins de prouver ou de valider la simulation. La contre-lettre peut concerner les modalités d'exécution des obligations, les dates ou encore et le plus souvent, le paiement du prix ou de la contrevaletur. Si elle existe, elle prend la forme d'un écrit secret et réalise en lien direct avec l'acte apparent<sup>985</sup>. La simulation par interposition de personne est également possible, notamment grâce aux conventions de prête-nom. Celles-ci constituent des simulations dès lors que les véritables parties aux contrats ne sont pas connues de tous ou dès lors qu'il y a mensonge sur la qualité de prête-nom du cocontractant.

**439. Forme de la contre-lettre.** L'acte est valable dès lors que les conditions de validité des donations sont respectées. On ne peut gratifier un incapable, et on ne peut donner lorsque l'on est soit même incapable. Il en va de même pour l'acte qui constitue la simulation. Les règles de validité de fond et de forme de l'acte apparent doivent être respectées. S'il s'agit d'une vente, elle doit être parfaitement formée. La donation déguisée échappe bien entendu à l'exigence de l'acte authentique<sup>986</sup>. Toutefois, elle sera soumise aux règles de forme requises pour la validité de la contre-lettre ou de l'acte dissimulant. L'acte sera valable mais pas opposable aux tiers. La simulation n'est pas frappée de nullité. Néanmoins, si les règles légales régissant les actes à titre gratuit ou onéreux ne sont pas

---

<sup>984</sup> MALAURIE P. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Defrénois, 2016, p. 219.

<sup>985</sup> MEAU-LAUTOUR H., *La donation déguisée en droit civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 199.

<sup>986</sup> THOMAS-DEBENEST G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 20 : Donations et testaments, donations entre vifs, forme, absence d'acte authentique*.

respectées, la libéralité encourra la nullité<sup>987</sup>. On ne peut utiliser la simulation pour contourner les règles des incapacités, ou insérer des clauses illicites ou immorales dès lors que l'acte est découvert. De même, les contre-lettres ayant pour but de modifier à la hausse le prix d'un immeuble sont nulles. Il s'agit le plus souvent d'accorder à l'acquéreur de payer une partie du prix de la main à la main afin que les parties se soustraient à la taxation étatique souvent jugée trop lourde tout en payant le juste prix du bien acquis.

**440. Nullité.** La nullité ainsi encourue ne concerne que la contre-lettre. L'acte apparent conserve toute sa force juridique dès lors qu'il n'est pas lui aussi entaché d'une nullité de forme ou de fond. Même si la contre lettre vient à s'appliquer et n'est pas frappée de nullité, elle ne pourra avoir d'effet qu'entre les parties. En effet, les tiers n'auront pas à pâtir d'une contre-lettre dont ils n'auront même pas connaissance. Toutefois, pour que les tiers ne soient pas pénalisés, encore faut-il que la simulation soit révélée. En effet, une donation déguisée, si elle n'est pas révélée, passe auprès des autres héritiers réservataires pour une vraie vente. Les contre-lettres passées à l'occasion ou à l'encontre d'un contrat de mariage sont également nulles<sup>988</sup>. L'article 1321-1 du Code civil donne une liste des contre-lettres qui encourent la nullité. On peut considérer cette liste comme exhaustive.

**441. Le rapport.** La question du rapport des donations est restée longtemps ouverte. En effet, le rapport d'une libéralité classique est fait si le disposant a jugé que la donation ne devait pas avantager le donataire au détriment de ses cohéritiers. Le rapport des donations déguisées pose problème. En effet, le principe même d'une donation déguisée est d'être cachée. Il paraît évident qu'elle est de nature occulte afin d'avantager celui qui la reçoit. Or, le rapport rétablit l'égalité. Si le disposant avait cherché cette égalité, la donation n'aurait pas été déguisée. Pourtant, ce n'est pas la position finalement reprise par la Cour de cassation<sup>989</sup>. En effet, même si la dispense de rapport n'a pas besoin d'être mentionnée par écrit, elle peut être implicite, celle-ci doit néanmoins être certaine. Il faut s'assurer que le donateur a voulu dispenser son donataire du rapport. Mais depuis l'arrêt de 1995, on ne

---

<sup>987</sup> THOMAS-DEBENEST G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 20 : Donations et testaments, donations entre vifs, forme, absence d'acte authentique.*

<sup>988</sup> Art. 1396 C. civ.

<sup>989</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 1995, n° 92-20.907.



considère plus que le déguisement entraîne d'office l'absence de rapport. Il peut tout au plus constituer un commencement de preuve, un indice, une orientation. Le *de cujus* devra indiquer dans les actes concernés, notamment la contre-lettre si elle existe, cette dispense de rapport.

**442. Le bénéfice des tiers.** Les tiers peuvent également souhaiter bénéficier de la contre-lettre. La loi n'a pas prévu cette hypothèse mais la jurisprudence l'a envisagée. Dès lors que le tiers a connaissance de la contre-lettre et que celle-ci est à son avantage, il peut l'invoquer au détriment des parties qui l'ont imaginée afin d'en tirer son propre intérêt. La position de la jurisprudence n'est pas totalement tranchée<sup>990</sup>. Elle agit au cas par cas sur les espèces qui lui sont présentées. La solution n'est pas toujours identique s'agissant d'un tiers informé du mensonge dès l'origine, ou d'un tiers qui a eu connaissance de la simulation par la suite<sup>991</sup>. L'idée du tiers de bonne foi ressurgit afin de classer les tiers méritant de bénéficier de la contre-lettre, et ceux qui ne peuvent se prévaloir d'un mensonge auquel ils ont participé par le silence. Un créancier bénéficie plus facilement de l'usage de la contre-lettre<sup>992</sup>. Il pourra ainsi lui opposer l'action oblique ou l'action paulienne. Le tiers peut également intenter l'action en déclaration de simulation.

**443. L'action en déclaration de simulation.** La simulation peut être révélée par l'intermédiaire d'une action en déclaration de simulation. Le délai ne commence à courir qu'au jour où l'action porte ses fruits ; par exemple, au jour du décès du disposant. L'action en déclaration de simulation permet de révéler au grand jour la simulation orchestrée par les parties, et que l'acte a créé une fausse image de la réalité<sup>993</sup>. Cette action est différente de celle qui est utilisée pour combattre les effets de cet acte. Depuis la loi du 17 juin 2008, cette action est prescrite au bout de 5 ans<sup>994</sup>. Le BOFIP<sup>995</sup> énonce ainsi un certain nombre de cas

---

<sup>990</sup> MEAU-LAUTOUR H., *La donation déguisée en droit civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 199.

<sup>991</sup> THOMAS-DEBENEST G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 20 : Donations et testaments, donations entre vifs, forme, absence d'acte authentique*.

<sup>992</sup> THOMAS-DEBENEST G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 20 : Donations et testaments, donations entre vifs, forme, absence d'acte authentique*.

<sup>993</sup> PATARIN J., *Donation Déguisée : prescription de l'action en déclaration de simulation ou de déguisement*, RTD Civ., 1994, p. 920.

<sup>994</sup> Art. 2224 C. civ.

<sup>995</sup> BOI-REC-SOLID-30-20-20120912.

dans lesquels l'action en déclaration de simulation peut être utilisée (acquisition d'un immeuble par une SCI constituée par les enfants du parent qui a financé l'acquisition avec ses propres deniers<sup>996</sup>, achat d'un immeuble pour le compte d'un enfant mineur, achat par l'épouse séparée de biens avec les deniers personnels de son mari...). L'action en déclaration de simulation peut être intentée par toute personne ayant un intérêt à agir mais la preuve de la simulation lui revient. Il n'y a pas de présomption de simulation.

## **2. Les formes de donations indirectes et déguisées**

**444. Renoncer à demander la réduction.** Diminuer l'actif de sa succession à venir peut signifier renoncer à acquérir des droits ou des biens devant nous échoir. La Cour de cassation a rappelé dans deux anciens arrêts de 1990<sup>997</sup> et 1992<sup>998</sup> que la fraude pouvait être accueillie si les héritiers du défunt démontraient que celui-ci avait sciemment renoncé à un droit dans le but de ne pas leur transmettre les biens correspondants. Dans l'affaire jugée en 1992, la grand-mère avait vendu la nue-propriété à sa belle-fille avec obligation d'entretien et avait octroyé l'usufruit à son fils unique tant et si bien qu'à son décès, la pleine propriété appartiendrait à l'épouse du fils. Au décès du fils qui est intervenu sept ans après celui de sa mère, ses deux enfants issus d'un premier lit ont demandé la requalification de la vente en donation déguisée. Ils cherchaient à utiliser les actions que leur auteur aurait dû utiliser pour recouvrer ses droits et protéger sa réserve. Or leur auteur a sciemment choisi de ne pas les exercer afin de laisser son conjoint récupérer les biens de sa propre mère. Le conjoint a défendu l'opération en indiquant qu'en l'absence de manifestation de son mari sur le démembrement organisé par sa propre mère, il y avait renonciation tacite à l'action en réduction pour atteinte à la réserve. C'est cette intention frauduleuse du fils devenu *de cujus*

---

<sup>996</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 septembre 2005, n° 03-10.887.

<sup>997</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1990, n° 88-17.991 ; RTD Civ. 1992, p. 432, note PATARIN J.

<sup>998</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1992, n° 90-15.760 ; RTD Civ. 1992, p. 432, note PATARIN J. ; JCP 1992, II, 21946, note SALVAGE P. : « Attendu qu'en décidant ainsi que la renonciation de Claude C. était opposable à ses fils, et ne leur permettait plus d'agir alors qu'il résultait de ses constatations que l'intention du renonçant était de porter frauduleusement atteinte aux droits de ses héritiers réservataires, la cour d'appel a violé le principe susvisé. »



d'accepter le dépouillement et l'atteinte à sa propre réserve organisée par sa mère que sa propre descendance attaque.

**445. La fraude.** La Cour donne droit à la demande des deux héritiers en indiquant que l'intention de leur père d'accepter ce montage était uniquement dans le but de les priver de tout droit dans la succession de leur grand-mère. Elle considère que la Cour d'appel n'a pas respecté les dispositions du Code civil en considérant que la renonciation tacite du fils décédé était opposable à ses propres descendants sachant que l'intention frauduleuse était avérée. L'application de la fraude est d'autant plus remarquable qu'elle atteint des droits auxquels des héritiers ne devaient pas prétendre, n'étant pas présomptifs héritiers. Les juges du fond, en constatant qu'il y a bien eu intention frauduleuse, ont ouvert la porte à la remise en cause du montant, quand bien même, les héritiers n'avaient pas de droit direct à faire valoir, mais seulement des droits indirects. Les renoncations à succession dans un but de contournement de la réserve sont nombreuses<sup>999</sup>. Il peut s'agir tant d'une renonciation simple, abdicative, bénéficiant à tous les cohéritiers, ou au contraire, d'une renonciation *in favorem*. Dans cette dernière hypothèse, le renonçant prend la qualité d'héritier puis d'abdiquant. En l'absence de contrepartie, la qualification de donation indirecte peut être admise. A l'inverse dans la renonciation simple le renonçant est réputé ne jamais avoir été héritier. Il ne peut donc transmettre par donation des droits dont il est considéré comme n'ayant jamais été titulaire. Le fait de renoncer à un droit qu'il soit réel ou personnel constitue une donation indirecte lorsque l'intention libérale de l'auteur est indiscutable.

**446. La renonciation à succession.** L'affaire jugée en 1990 était assez différente. Le fils avait organisé avec son père la renonciation à la succession de sa mère. Le fils devenu *de cujus* souhaitait que son épouse puisse recueillir les biens, et ce, afin de priver un enfant naturel de droits sur les biens familiaux de ses ascendants. Cet enfant avait été conçu par accident, et avait fait reconnaître sa filiation au tribunal. Les actes notariés ont tous été réalisés le même jour, ce qui laisse peu de place au doute. La Cour a donné droit à la demande de l'enfant naturel en établissant que les circonstances de ces actes trahissaient une fraude

---

<sup>999</sup> THOMAS-DEBENEST G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 20 : Donations et testaments, donations entre vifs, forme, absence d'acte authentique.*

de la part de l'auteur et de sa famille. L'application de l'adage *fraus omnia corrumpit*<sup>1000</sup> s'appliquait.

**447. La vente.** Dans une vente, si le prix est inférieur à la valeur vénale du bien mais que le prix n'est pas pour autant dérisoire, la qualification de donation peut être encourue quand il y a intention libérale<sup>1001</sup>. Néanmoins, par principe, la vente sera valable. A l'inverse, si le prix est dérisoire, la cession de la chose ne trouve pas de contrepartie et la vente risque la nullité. Toutefois la vente à vil prix peut aussi entrer dans la catégorie des donations déguisées<sup>1002</sup>. En cas de donation à vil ou bas prix, le rapport peut éventuellement être demandé, comme dans le cadre d'une vraie donation. Les règles de validité et de remise en cause de cet acte sont les mêmes que dans le cadre d'une donation déguisée. Par contre, la qualification de libéralité peut malgré tout être retenue. L'intention libérale doit toujours être prouvée dans les cas de ventes. En effet, pour les ventes dont les prix sont en dessous de la valeur vénale, la preuve de l'intention libérale permet de déterminer s'il y a eu intention de consentir une libéralité ou s'il s'agit d'une vente par une personne déconnectée de la valeur du marché. L'acte devra respecter les règles de forme, exigence déjà affirmée dans les donations déguisées. Le paiement pour autrui et l'achat pour autrui peuvent être considérés tantôt comme une donation indirecte, tantôt comme une donation déguisée, selon les circonstances. Dans tous les cas il faudra prouver l'intention libérale et la preuve sera difficilement rapportable.

**448. Vente à un héritier.** Les actes de vente déguisant des donations peuvent prendre la forme de ventes à bas prix réalisées par les parents au profit d'un de leurs enfants. La baisse de prix réalisée constitue une donation dès lors qu'il existe une réelle intention libérale de la part des parents. Afin d'éviter la requalification en donation, le notaire devra faire intervenir les autres présomptifs héritiers à l'acte de vente. Il n'y a là aucune obligation légale mais plutôt une nécessité afin de protéger la transaction d'une possible requalification. Dès lors que tous les héritiers réservataires présomptifs déclarent dans l'acte authentique que

---

<sup>1000</sup> ROLAND H. et BOYER L.

<sup>1001</sup> MONTREDON J-F., *La désolennisation des libéralités*, Thèse, Université de MONTPELLIER, 1987, p. 121.

<sup>1002</sup> THOMAS-DEBENEST G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 20: Donations et testaments, donations entre vifs, forme, absence d'acte authentique*.



le prix indiqué dans la vente est réel, aucune contestation ultérieure ne pourra intervenir. Réaliser une vente au profit d'un de ses présomptifs héritiers avec paiement du prix hors la comptabilité de l'office notarial peut constituer une donation indirecte. Le prix ne sera bien entendu jamais acquitté. Une nouvelle fois le *de cuius* s'appauvrit au profit d'un tiers, vidant ainsi son patrimoine avant le calcul de la réserve.

**449. La transaction.** On connaît les habituelles donations déguisées prenant la forme de vente, de baux mais il existe aussi l'acte de transaction. Les parties vont simuler un litige ouvrant droit à compensation. Il y a ici création d'un motif légitime nécessitant une entente transactionnelle<sup>1003</sup>. Il s'agit là de mettre fin à un litige imaginaire ou de moindre gravité qu'il n'est en réalité. Cette transaction sous-entend que chaque partie réalise une concession au profit de l'autre. Il pourra s'agir d'une donation déguisée, empruntant les formes d'un litige avec paiement d'une dette comme solution. Un déséquilibre entre ces concessions peut alors constituer une donation déguisée. Il est possible de le dévoiler en usant de l'action en déclaration de déguisement.

**450. Le prêt** En cas de création d'une reconnaissance de dette pour une créance n'ayant jamais existé, la qualification de donation déguisée est encourue<sup>1004</sup>. Un prêt suivi d'une remise de dette peut également s'analyser en une donation indirecte car le remboursement ne sera jamais effectué. La question du prêt familial a donc toute son importance. En effet, ce prêt constitue selon la jurisprudence<sup>1005</sup> « *un contrat réel qui se caractérise par la remise de la somme, à charge pour l'emprunteur de la rembourser et de payer, le cas échéant, des intérêts* »<sup>1006</sup>. Toutefois, afin de caractériser un prêt et non une libéralité ou une rémunération d'un service particulier, le contrat doit mentionner une obligation de remboursement<sup>1007</sup>. De plus la preuve de la remise des fonds au co-contractant

---

<sup>1003</sup> NIEL P-L., *Donation déguisée en la forme transactionnelle : l'imagination créative à des fins libérales*, PA, 3 octobre 2012, n° 198, p. 3.

<sup>1004</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 1965, Bull. civ. I, 1965, n° 692.

<sup>1005</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 2008, n° 06-19.753, JurisData n° 2008-044407 ; D. 2008, p. 1827, obs. DELPECH X.

<sup>1006</sup> FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d'un bien dans la sphère familiale : difficultés de qualification*, JCP N 2015, 1102, n° 12.

<sup>1007</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 février 1995, n° 92-19.097, JurisData n° 1995-000496 ; Defrénois 1995, art. 36100, obs. DELEBECQUE P.

ne peut à elle seule constituer un prêt familial remboursable<sup>1008</sup>. Les héritiers ne pourront toutefois pas demander d'intérêts sur la somme prêtée si ceux-ci n'ont pas été prévus. Pour autant leur absence ne constitue pas une libéralité<sup>1009</sup>. Ladite créance sera alors attribuée en moins prenant à l'héritier débiteur lors du partage si celle-ci n'a pas été entre temps soldée. Mais attention à la prescription. En effet, dans un arrêt de la Cour de cassation<sup>1010</sup>, la Cour suprême a cassé un arrêt rendu par la Cour d'appel sur l'admission d'une dette comme libéralité rapportable au motif que celle-ci était possiblement prescrite<sup>1011</sup>. Dès lors, afin d'empêcher une prescription trop rapide<sup>1012</sup>, il apparaît nécessaire de mentionner que le prêt est à durée indéterminée. De même, dans un arrêt très récent de 2013<sup>1013</sup>, la Cour de cassation a conclu que les juges du fond ne pouvaient valider un avantage rapportable pour faire droit aux héritiers demandeurs sans rechercher si la dette n'était pas déjà prescrite au moment de l'ouverture de la succession.

**451. Cas divers.** En revanche, ne constitue pas une donation indirecte, le fait pour l'usufruitier d'ériger des constructions sur le terrain du nu-propiétaire dès lors que l'avantage réalisé ne pourra bénéficier au nu-propiétaire qu'à l'extinction de l'usufruit<sup>1014</sup>, c'est-à-dire à la mort du premier. Parmi les autres formes de donations déguisées, il existe les contrats d'apport en société ou les constitutions de sociétés. L'un des associés reçoit des parts sociales en contrepartie de son apport. L'apport peut par exemple être surévalué<sup>1015</sup>. Il peut ne jamais être libéré. Le *de cuius* peut encore réaliser un apport en industrie et ne jamais travailler à la hauteur des parts qu'il reçoit. Dans la même idée, un associé peut tout à fait

---

<sup>1008</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, n° 03-18.807, JurisData n° 2006-033850.

<sup>1009</sup> GRIMALDI M. *Droit civil, libéralités*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 2001, p. 6.

<sup>1010</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 1991 ; n° 89-11.136, Bull. civ. 1991, I, n° 53.

<sup>1011</sup> FRULEUX F. et SAUVAGE F., *Droits et fiscalités des successions et libéralités : chronique de l'année 2013*, JCP N 2013, n° 51-52, 1296.

<sup>1012</sup> La prescription de droit commun étant désormais de 5 ans.

<sup>1013</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2013, n° 12-11.577, : « *alors qu'aucun rapport n'est dû à la succession au titre d'une dette qui se trouve prescrite au jour de l'ouverture de la succession ; qu'en écartant le moyen de M. X... tiré de la prescription des dettes de remboursement invoquées par les consorts X... au soutien de leur demande de rapport, au motif que la prescription extinctive n'avait commencé à courir qu'au décès du dernier des parents X... (Arrêt attaqué, p. 5 § 9), sans rechercher si les dettes prétendument contractées par M. X..., correspondant notamment à une reconnaissance de dette du 13 juillet 1962 et des fermages de 1966, n'étaient pas prescrites au jour de l'ouverture de l'indivision successorale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 843, 2262 (ancien) et 2277 (ancien) du code civil.* »

<sup>1014</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 19 septembre 2012, n° 11-15.460.

<sup>1015</sup> MONTREDON J-F., *La désolennisation des libéralités*, Thèse, Université de MONTPELLIER, 1987, p. 130.



prévoir qu'il recueillera moins de droits sociaux que ce à quoi son apport lui donne droit<sup>1016</sup>. Toutefois des garde-fous existent<sup>1017</sup>.

**452. La sanction de l'atteinte à la réserve.** Le risque de créer un déséquilibre par donation indirecte est identique à celui issu d'une donation déguisée. On constate qu'une libéralité est finalement absente de la masse de calcul de l'article 922<sup>1018</sup> du Code civil. Le calcul de la quotité disponible et de la réserve globale sera donc faussé. Si la donation indirecte porte par exemple sur l'unique bien immobilier de l'auteur et que le reste de son patrimoine n'est composé que de faibles liquidités, il peut y avoir atteinte à la réserve. Cette atteinte a lieu sans que les autres héritiers n'en aient connaissance. Ils peuvent invoquer la fraude à leurs droits. Civilement parlant, la donation déguisée est rapportable et potentiellement réductible<sup>1019</sup>. Le recel successoral s'applique aux donations déguisées permettant aux héritiers de rétablir l'égalité et de contrer une potentielle atteinte à la réserve. En matière fiscale, l'abus de droit sanctionne les donations déguisées<sup>1020</sup>. Les droits de mutation à titre gratuit sont alors dus, majorés des intérêts de retard au taux de 0,4% par mois de retard.<sup>1021</sup> La Cour de cassation<sup>1022</sup> a d'ailleurs jugé qu'un père était libre d'exhérer ses héritiers, dans la limite de la quotité disponible ; le surplus étant sujet à réduction. Cette affirmation permet d'en faire une autre : la volonté de contourner la réserve n'a pas en elle-même d'incidence. Il faut seulement rechercher si les manœuvres ont créé un dépassement de la quotité disponible.

---

<sup>1016</sup> THOMAS-DEBENEST G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 20 : Donations et testaments – donations entre vifs, forme. Absence d'acte authentique.*

<sup>1017</sup> Art. 1832 C. civ. : Dispense d'apport pour un associé.

<sup>1018</sup> Art. 922 C. civ.

<sup>1019</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille 2018-2019*, p. 698.

<sup>1020</sup> Art. L 64 LPF.

<sup>1021</sup> Comme en matière de paiement des droits lors du dépôt d'une déclaration de succession.

<sup>1022</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 février 1971, n° 69-13.778, Bull. civ. I, n° 38, p. 30.

## **B. AVANTAGE INDIRECT ET MISE A DISPOSITION D'UN BIEN**

**453. Les formes de dissimulation.** Pour qualifier la donation indirecte, il est simplement nécessaire en pareille situation, de prouver l'intention libérale et un *dessaisissement irrévocable*<sup>1023</sup>. Mais certaines situations méritent une attention particulière. La jurisprudence est venue clarifier la présomption de libéralité (1°) notamment concernant le cas de la mise à disposition d'un logement au profit d'un descendant (2°).

### **1. Une question de jurisprudence**

**454. L'avantage indirect.** La preuve de l'intention libérale a longtemps été délicate à rapporter. Mais la jurisprudence ancienne entendait qu'il n'existait pas de présomption de libéralité<sup>1024</sup>. Avec l'arrêt du 8 novembre 2005<sup>1025</sup>, la Cour de cassation a jugé que tout avantage indirect constitue une donation indirecte rapportable même sans preuve d'intention libérale du donateur. Il s'agit alors d'une qualification propre d'avantage indirect rapportable et non de libéralité<sup>1026</sup>. La charge de la preuve est renversée. La présomption d'avantage rapportable ainsi posée allait alimenter les conflits familiaux à venir.

**455. Revirement de jurisprudence.** C'est pourquoi, la Cour de cassation a décidé d'opérer un revirement. Dans quatre arrêts en date du 18 janvier 2012, la Cour amorce un revirement de jurisprudence<sup>1027</sup>. Le premier arrêt porte sur la mise à disposition gratuite d'un

---

<sup>1023</sup> BEIGNIER B. et TORRICELLI S., *Libéralités et successions*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 94.

<sup>1024</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, n° 80-12.255.

<sup>1025</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 2005, n° 03-13.890, JurisData 2005-030712; D. 2006, p. 2066 obs. BREMOND V., NICOD M. et REVEL J.; JCP N 2008, n° 5, 1063, obs. LE GUIDE R..

<sup>1026</sup> LISANTI C. et FABRE H., *La mise à disposition gratuite d'un bien dans la sphère familiale : difficultés de qualification*, JCP N 2015, 1102, n° 12.

<sup>1027</sup> Sur le revirement de jurisprudence de la Cour de Cassation du 18 janvier 2012 : JCP N. 2012, n° 16, 1188 note DELECRAZ Y ; JCP N 2012, n° 16, 1187, note sous BARABE-BOUCHARD V. ; JCP G 2012, 513 SAUVAGE F. ; RTD Civ. 2012, p. 353 note GRIMALDI M.



bien par des parents au profit d'un de leurs descendants<sup>1028</sup>. Le second<sup>1029</sup> concerne les mêmes faits à propos d'époux, le troisième<sup>1030</sup> porte sur l'hébergement de l'un des enfants et de sa famille, puis le quatrième<sup>1031</sup>, l'hébergement gratuit de l'un des enfants dans le logement principal des parents. Dans ces quatre arrêts portant sur des cas de gratuité de logement, la Cour opère un revirement en considérant qu'il n'existe aucune présomption d'acte à titre gratuit. C'est à celui qui veut établir l'existence d'un avantage indirect qu'il revient de prouver *l'animus donandi* du donateur. On bascule alors de la qualification automatique d'avantage indirect rapportable à libéralité à prouver. La preuve de l'intention libérale n'est de plus pas facile à rapporter. Il n'y a donc pas plus de présomption en matière de donation indirecte qu'en matière de donation déguisée.

**456. La prise en charge.** Dans le troisième arrêt<sup>1032</sup> précité, il était également question de prendre en charge les frais d'acte de donation par les parents donateurs. La Cour de cassation décide alors d'appliquer la règle selon laquelle la prise en charge des frais d'acte ne constitue pas une libéralité soumise au rapport dès lors qu'il n'y a pas de preuve de l'intention libérale. De même, la Cour a jugé dans le même arrêt que le fait pour des parents donateurs encore usufruitiers de prendre en charge pendant plusieurs années des travaux sur le bien donné en nue-propiété ne constituait pas une libéralité rapportable dès lors qu'il n'était pas prouvé qu'il y avait là une intention libérale. Parallèlement, la Cour de cassation en profite pour rappeler par l'intermédiaire de ces arrêts que la donation est rapportable par moitié à la succession de chacun des donateurs, s'agissant d'époux communs en biens réalisant une donation à l'un de leurs enfants.

**457. La preuve.** L'existence de la libéralité doit être rapportée par celui qui souhaite établir sa réalité. L'appauvrissement est le plus souvent aisé à démontrer. Mais le

---

<sup>1028</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 10-25.685, JurisData n° 2012-000378 ; JCP N 2012, n° 16, 1188, note DELECRAZ Y.,

<sup>1029</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 10-27.325, JurisData n° 2012-000380 ; JCP N 2012, n° 16, 1188, note DELECRAZ Y.,

<sup>1030</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 11-12.863, JurisData n° 2012-000375 ; JCP N 2012, n° 16, 1188, note DELECRAZ Y.,

<sup>1031</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, JurisData n° 2012-000376 ; JCP N 2012, n° 16, 1188, note DELECRAZ Y.,

<sup>1032</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 11-12.863, JurisData n° 2012-000375 ; JCP N 2012, n° 16, 1188, note DELECRAZ Y.,

bénéficiaire dispose d'armes évidentes pour se défendre. Il peut prétexter des services rendus aux parents propriétaires<sup>1033</sup>, des travaux d'entretien<sup>1034</sup> ou d'aménagement avec plus-value à la clé ou encore un dédommagement par la prise en charge des impôts. Celui qui veut rétablir l'égalité doit démontrer que la volonté des parents se situe dans la catégorie de l'intention libérale et non du simple respect du devoir d'entraide familial. La preuve pourra être rapportée par tout moyen<sup>1035</sup>. On utilise le droit commun de la preuve<sup>1036</sup>. Dans cet arrêt, la Cour de cassation parle de nouveau d'avantage indirect et plus de libéralité. On pourrait alors se demander s'il n'y a pas de léger revirement de la Cour sur la notion d'avantage indirect tout en maintenant la nécessité de prouver l'intention libérale. Le but est souvent d'éviter de faire payer des droits de mutation élevés à un enfant. Il peut également s'agir d'éviter de payer le prix de vente pour l'acquisition de la maison familiale par le descendant. Il faudra rechercher l'intention libérale du vendeur envers l'acquéreur<sup>1037</sup>. Le risque est de voir l'acte de vente requalifié en donation par les juges du fond. Ils utilisent dans cette hypothèse un faisceau d'indices recoupant notamment les liens entre vendeurs et acquéreurs. La qualité d'héritier de l'un vis-à-vis de l'autre risque de faire pencher la balance en faveur de la qualification de donation déguisée. La technique du faisceau d'indices est surtout utilisée en matière fiscale. Toutefois, l'intention libérale ne peut être admise par les juges du fond en présence d'un simple déséquilibre dans la convention<sup>1038</sup>. Une donation déguisée qui réaliserait une atteinte à la réserve n'est pas interprétée par la jurisprudence comme un recel successoral dès lors que l'intention frauduleuse n'a pas été prouvée<sup>1039</sup>. Ce sera aux autres héritiers de rapporter la preuve de l'existence de cette donation déguisée<sup>1040</sup>.

---

<sup>1033</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 2008, n° 07-17.297 ; JCP N 2015, n° 12, 1103, obs. FABRE H. et LISANTI C.

<sup>1034</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 11-12.863, JurisData n° 2012-000375 ; JCP N 2012, n° 16, 1188 note DELECRAZ Y.

<sup>1035</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-14.139 ; JurisData n° 2014-005214 ; JCP N 2014, n° 41, 1300, obs. SAUVAGE F. et FRULEUX F., Dr. fam. 2014, comm. 77 obs. NICOD M. : sur l'acceptation d'un testament révoqué par un second testament mais mentionnant initialement dans ses dispositions le rapport de l'avantage indirect constitué par l'occupation gratuite du logement par l'un des enfants.

<sup>1036</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1976, Bull. civ., I, 341 ; Defrénois 1977, art. 31467, n° 70, p. 941, obs. CHAMPENOIS G.

<sup>1037</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Vente immobilière* 2019, p. 587

<sup>1038</sup> Cass. com. 4 décembre 1990, n° 88-18.566.

<sup>1039</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1987, n° 85-15.336, D. 1987, p. 253 obs. MORIN G. ; RTD Civ. 1987, p. 578 note PATARIN J.

<sup>1040</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2012, n° 11-10.960.



## **2. Le cas particulier du logement**

**458. Mise à disposition d'un logement.** Les avantages indirects qu'un héritier retire d'une situation dans laquelle le *de cuius* l'a placé sont susceptibles d'être rapportés à la succession. C'est notamment le cas pour l'occupation gratuite d'un logement appartenant à l'ascendant. Les arrêts du 19 mars<sup>1041</sup> et 25 juin 2014<sup>1042</sup> rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation sont venus préciser la situation d'héritiers bénéficiant d'hébergements gratuits. Dans le premier testament, la testatrice avait dans un premier temps reconnu le caractère libéral de cet avantage et avait expressément demandé son rapport. Puis dans un second testament, elle révoquait cette disposition. La Cour a néanmoins jugé que malgré la révocation du premier testament, l'aveu de l'intention libérale était maintenu. Le rapport restait dû par l'héritier.

**459. La recherche de l'intention libérale.** Dans le second arrêt, la Cour d'appel s'est bornée à constater le rapport de la libéralité lorsque la mère usufruitière avait laissé son fils profiter de l'un des appartements dont il avait reçu la nue-propiété sans payer de loyer. Or, la Cour de cassation décide de casser l'arrêt jugeant que pour qualifier la libéralité il fallait établir une intention libérale avec un appauvrissement pour la donatrice, ce que la Cour d'appel n'avait pas recherché. Si l'intention libérale est établie, on pourra alors qualifier cette attitude de donation indirecte de fruits. Les quatre arrêts du 18 janvier 2012<sup>1043</sup> sur la mise à disposition d'un logement au profit d'un héritier ont permis de renverser la présomption et la charge de la preuve. L'intention libérale doit désormais être recherchée.

---

<sup>1041</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-14.139 ; JurisData n° 2014-005214 ; JCP N 2014, n° 41, 1300, obs. SAUVAGE F. et FRULEUX F., Dr. fam. 2014, comm. 77, obs. NICOD M.

<sup>1042</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 juin 2014, n° 13-16.409 ; Dr. fam. 2014, comm. 131, obs. BEIGNIER B.

<sup>1043</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 10-25.685, JurisData n° 2012-000378 ; JCP N 2012, n° 16, 1188, note DELECRAZ Y.,

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 10-27.325, JurisData n° 2012-000380 ; JCP N 2012, n° 16, 1188, note DELECRAZ Y.,

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 11-12.863, JurisData n° 2012-000375 ; JCP N 2012, n° 16, 1188, note DELECRAZ Y.,

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, JurisData n° 2012-000376 ; JCP N 2012, n° 16, 1188, note DELECRAZ Y.,

**460. La nature de l'occupation.** Le fait de loger un enfant au domicile du *de cuius* n'est pas constitutif d'une donation indirecte<sup>1044</sup>. Au contraire, elle participe de l'obligation d'entretien de l'article 852 alinéa 2 du Code civil<sup>1045</sup>. L'exemple du logement gratuit de l'enfant par ses parents dans le cadre de l'entraide familiale peut correspondre à une situation de donation indirecte, de prêt à usage ou d'obligation d'entretien<sup>1046</sup>. Lorsqu'il s'agit d'héberger son enfant majeur à son domicile, la jurisprudence a tranché en faveur de l'exécution de l'obligation d'entretien<sup>1047</sup>. Loger son enfant pendant ses études n'est pas à lui seul considéré comme un avantage indirect rapportable<sup>1048</sup>. Dès lors, aucun rapport n'est dû à la succession. Si l'hébergement concerne un bien vacant qui aurait pu être loué par le disposant, l'intention libérale peut être prouvée. L'enfant a été avantagé s'il n'a pas versé de loyer ou si ceux qu'il a versés étaient trop faibles par rapport à la rentabilité du bien.

**461. La valeur du rapport.** Lorsque la libéralité est établie, quelles sommes l'héritier bénéficiaire devra-t-il rapporter à la succession ? Lorsque la mise à disposition est gratuite, on utilise l'article 851 alinéa 2 du Code civil. On rapporte alors les fruits et revenus. La donation porte sur les loyers non payés par l'enfant qui réalise ainsi une économie. La jurisprudence retient la valeur locative des biens donnés qui est alors multipliée par la durée d'occupation du bien<sup>1049</sup> sans déduction d'un éventuel abattement pour durée totale d'occupation, vétusté ou travaux d'entretien<sup>1050</sup>. On prendrait donc en compte pour le rapport l'économie réalisée par le bénéficiaire et non pas l'appauvrissement du défunt. L'économie réalisée par l'enfant est souvent bien supérieure à la perte de revenus de l'ascendant<sup>1051</sup>. Ce dernier aurait payé une part importante d'impôts sur les sommes perçues. De plus, les

---

<sup>1044</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 08-20.428 ; JCP N 2010, n° 18, 1184, note BARABE-BOUCHARD V. ; D. 2010, p. 2392, obs. BREMOND V., NICOD M. et REVEL J. ; AJ fam. 2010 p. 236, obs. BICHERON F. ; RTD Civ. 2010, p. 604, obs. GRIMALDI M. ; Defrénois 2011, p. 721, obs. VAREILLE B.

<sup>1045</sup> Voir supra.

<sup>1046</sup> FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d'un bien dans la sphère familiale : difficulté de qualification*, JCP N 2015, n° 12, 1102.

<sup>1047</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 08-20.428 ; JCP N 2010, n° 18, 1184, note BARABE-BOUCHARD V. ; D. 2010, p. 766 ; D. 2010, p. 2392, obs. BREMOND V., NICOD M. et REVEL J. ; AJF 2010, p. 236, obs. BICHERON F. ; RTD Civ. 2010, p. 604, obs. GRIMALDI M. ; Defrénois 2011, p. 721, obs. VAREILLE B.

<sup>1048</sup> DELECRAZ Y., *L'aide des parents envers les enfants. – le financement des études supérieures et la mise à disposition d'un logement*, JCP N 2013, n° 17, 1114.

<sup>1049</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janvier 1997, n° 94-16.813, JurisData n° 1997-000076, Bull. civ. I, n° 22.

<sup>1050</sup> BARABE-BOUCHARD V. *Avantages indirects liés au logement gratuit d'un successible : plus de rapport sans intention libérale établie*, JCP N 2012, n° 16, 1187.

<sup>1051</sup> FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d'un bien dans la sphère familiale : difficulté de qualification*, JCP N 2015, n° 12, 1102.



travaux d'amélioration que l'enfant a pu réaliser à ses frais ne sont pas non plus pris en compte. Cet appauvrissement peut être moindre s'agissant notamment d'un héritier qui réalise l'entretien courant du bien pour éviter une dépréciation. La pénalisation de ce type de donation est par conséquent plus lourde que l'avantage réellement procuré. Toutefois, afin de contrer ce mode d'évaluation, l'auteur pourra toujours évaluer la valeur de l'avantage indirect consenti à son descendant sur le fondement de l'article 860 du Code civil<sup>1052</sup> afin d'éviter que les travaux d'entretien et d'amélioration pris en charge par le bénéficiaire occupant ne soient occultés. Certains auteurs proposent de tenir compte de l'état du bien au moment de l'entrée en possession de l'enfant pour calculer la valeur de l'avantage<sup>1053</sup>. Cette proposition si elle était entendue, ajusterait la valeur réellement mise au bénéfice de l'enfant. Si le *de cuius* souhaite éviter le rapport, il devra réaliser un écrit en ce sens. Il pourra par exemple l'indiquer dans un testament, même s'agissant de la mise à disposition gratuite du logement<sup>1054</sup>.

**462. La contrepartie.** Il faut de plus rappeler que dans un arrêt récent<sup>1055</sup>, la Cour de cassation a considéré que le fait pour le descendant occupant de payer toutes les charges liées au bien constituait la contrepartie de l'attribution gratuite du logement par les parents et par conséquent, que l'intention libérale n'était pas démontrée. En l'espèce, la Cour s'appuie sur le fait que l'élément économique est constitué par l'appauvrissement ayant en réalité en contrepartie l'absence d'un appauvrissement supplémentaire qui leur est normalement échu. Qui dit absence d'appauvrissement dit finalement enrichissement. L'appauvrissement initial trouverait donc sa contrepartie dans l'enrichissement final. La solution est identique concernant la donation de fruits et de revenus. Le rapport est dû sauf disposition contraire expresse<sup>1056</sup>. Une jurisprudence de Cour d'appel<sup>1057</sup> avait déjà admis que la prise en charge de l'entretien courant par l'enfant bénéficiaire pouvait être prise en compte afin de compenser l'avantage indirect procuré par l'occupation du bien.

---

<sup>1052</sup> Art. 860 C. civ.

<sup>1053</sup> FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d'un bien dans la sphère familiale : difficulté de qualification*, JCP N 2015, n° 12, 1102.

<sup>1054</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 2008, n° 07-17.297 ; JCP N 2015, n° 12, 1103, obs. FABRE H. et LISANTI C.

<sup>1055</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 2013, n° 11-25.386.

<sup>1056</sup> Art. 851 C. civ.

<sup>1057</sup> CA PARIS 16 janvier 2003, Gaz Pal. 2003, n° 130, p. 19, obs. VRAY H.

**463. Prêt à usage.** Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a rejeté la demande de rapport demandé par des héritières<sup>1058</sup>. En l'espèce, le fils avait bénéficié d'un logement mis à sa disposition par le défunt suivant un commodat. La Cour d'appel a validé le prêt à usage qui avait été régularisé par le *de cuius* de son vivant. Le commodat est par principe un prêt à titre gratuit ne réalisant aucun transfert de propriété. Dès lors, la qualification d'avantage indirect n'est pas recevable pour un prêt à usage. Cet arrêt ouvre une nouvelle voie de contournement de la réserve. Dans les faits, le commodat avait duré plus de onze ans. On peut alors s'interroger sur l'absence réelle d'intention libérale<sup>1059</sup>. Mais si le commodat est réellement admis pour valider la mise à disposition à long terme d'un logement au profit de l'un des héritiers, le contournement de la réserve dispose d'un nouveau moyen de créer un avantage indirect. Cette solution avait déjà été envisagée par certains auteurs<sup>1060</sup>. L'idée même de prêt à usage moyennant retour du bien à la fin de l'utilisation avec prise en charge des frais d'entretien courant permettrait à l'auteur propriétaire d'évincer la qualification de libéralité et d'avantage indirect rapportable.

**464.** Ces donations occultes traduisent une volonté d'agir dans l'ombre de la part du *de cuius*. Mais il existe une autre manière de gratifier l'un de ses présomptifs héritiers ou un tiers pour provoquer une inégalité mathématique. C'est notamment le cas des obligations morales (**Section 2**).

---

<sup>1058</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 octobre 2017, n° 16-21.419, JurisData n° 2017-019860 ; JCP N 2017, n° 43-44, n° 908 : « Mais attendu que le prêt à usage constitue un contrat de service gratuit, qui confère seulement à son bénéficiaire un droit à l'usage de la chose prêtée mais n'opère aucun transfert d'un droit patrimonial à son profit, notamment de propriété sur la chose ou ses fruits et revenus, de sorte qu'il n'en résulte aucun appauvrissement du prêteur ;

*Et attendu qu'ayant retenu que la mise à disposition par Jean X. à son fils d'un appartement depuis l'année 2000, sans contrepartie financière, relevait d'un prêt à usage, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit qu'un tel contrat est incompatible avec la qualification d'avantage indirect rapportable ; que le moyen n'est pas fondé. »*

<sup>1059</sup> LE GUIDEC R., *Successions et libéralités*, JCP N 2008, n° 8-9, 1110.

<sup>1060</sup> BARABE-BOUCHARD V., *Avantages indirects liés au logement gratuit d'un successible : plus de rapport sans intention libérale établie*, JCP N 2012, n° 16, 1187.



## **SECTION 2. - LES OBLIGATIONS MORALES**

**465. Nature.** Les obligations morales sont de toutes natures. Le *de cuius* doit prendre moralement et financièrement soin de sa famille. La naissance des enfants l’y oblige. « *Qui fait l’enfant doit le nourrir* »<sup>1061</sup>. Avec leur arrivée naît l’obligation parentale (§1.). Cette obligation est complète car elle concerne tant la moralité, l’éducation, l’entretien que l’affection attribuée à l’enfant. Mais au-delà du devoir parental, un devoir presque éteint au XIXème siècle subsiste encore. Il s’agit du devoir philanthropique (§2.). Il pousse chaque individu à se soucier de son prochain, tant humainement que financièrement.

### **§1. L’OBLIGATION PARENTALE**

**466.** L’entraide familiale augmente en période de crise mais elle existe quelle que soit la période économique. Les enfants majeurs restent à la charge de leurs parents de plus en plus longtemps<sup>1062</sup>. Mais la solidarité qui dépasse l’obligation légale d’entretien risque de créer des inégalités. Ces inégalités, en ce qu’elles concernent des dépenses ou un appauvrissement quelconque réalisé par le défunt, vont entraîner un contournement de la réserve. En cette matière, il faut distinguer les présents d’usage (A.) des frais d’entretien (B.).

#### **A. LES PRESENTS D’USAGE**

**467. Fonction des présents d’usage.** Les présents d’usage ont une fonction sociale très forte au sein de la famille. Ils permettent d’entretenir les liens d’affection et servent de récompense et de marque d’encouragement ou de félicitation aux étapes de la vie de

---

<sup>1061</sup> LOYSEL A.

<sup>1062</sup> FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d’un bien dans la sphère familiale : difficulté de qualification*, JCP N 2015, n° 12, 1102.

l'individu. Leur régime particulier (1<sup>o</sup>), en dehors des considérations des libéralités, en fait des atouts de choix dans une stratégie de contournement de la réserve. Toutefois, la valeur des présents ainsi offerts reste la clé d'un contournement efficace (2<sup>o</sup>).

## 1. Le régime des présents d'usage

**468. Le but familial.** Le présent d'usage est un cadeau qui poursuit un but social ou familial. Le présent d'usage peut être fait au profit d'un descendant mais également au profit d'un tiers ou même du conjoint qui peut par exemple recevoir une bague de fiançailles en gage de promesse de mariage. La position dans la famille ou dans l'entourage du donateur de celui qui bénéficie du cadeau est primordiale pour la qualification de présent d'usage. L'intensité de leur relation va justifier le type de cadeau ainsi reçu. La notion de présent d'usage a son parallèle à travers la notion de souvenir de famille et « *Etant donné leur relative importance, ils peuvent être répartis inégalement entre les membres d'une famille, suivant les besoins de chacun et les circonstances, sauf si le disposant manifeste la volonté qu'il en soit autrement et s'ils sont d'une certaine importance*<sup>1063</sup> ». Le *de cuius* n'a pas à respecter d'égalité concernant la valeur ou la réalité des attributions faites à titre de présent d'usage.

**469. L'évènement.** Le présent d'usage est offert à l'occasion d'un évènement particulier, dans un but particulier qui correspond à un usage ou à une pratique sociale ou familiale (ex : anniversaire, Noël, fiançailles, diplôme, baptême, communion, mariage...). Comme son nom l'indique, le présent d'usage « *doit avoir été consenti à l'occasion d'un usage, être en proportion avec la situation financière du « donateur » et être en rapport avec l'habitus du donateur (train de vie, tradition familiale, milieu social)*<sup>1064</sup> ». Les caractéristiques des présents d'usage sont issues d'un vieil arrêt de la Cour de cassation de

---

<sup>1063</sup> NAJJAR I., *Donations*, Rép. Civ., janvier 2008.

<sup>1064</sup> MARSTAL L., *L'enfant et les secondes familles*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2013, p. 126.



1952 dans l'affaire de Sacha GUITRY<sup>1065</sup>. L'état de fortune du *de cuius* s'apprécie au jour de l'octroi du présent. Les notions d'usage ou de coutume sont liées à la date à laquelle le présent est offert. Le *de cuius* qui offre un cadeau de Noël en plein mois de juillet aura la plus grande difficulté à le faire passer pour un présent d'usage.

**470. Nature des biens reçus.** Les biens ainsi offerts en cadeau à titre de présent d'usage peuvent être de toute nature. Il peut s'agir d'une somme d'argent, d'un bijou<sup>1066</sup>, d'un véhicule, d'un animal<sup>1067</sup>, d'une rente viagère ou même d'un droit réel immobilier<sup>1068</sup>. Quelle que soit la nature des biens ainsi transmis, ils doivent présenter les caractéristiques d'un cadeau offert lors d'un événement particulier.

**471. Absence de libéralité.** Les présents d'usage ne sont pas qualifiés de libéralités et par conséquent échappent au régime juridique des libéralités. Toutefois, la définition du présent d'usage les renvoie directement aux conditions de fond de qualification des libéralités<sup>1069</sup>. Mais leur régime totalement différent les exempts des sanctions civiles qui les accompagnent. Ils ne sont par conséquent pas comptabilisables dans le calcul de la réserve. Ils sont considérés comme des dépenses utiles du disposant et ne sont pas rapportables<sup>1070</sup> à la succession du disposant, sauf volonté contraire de ce dernier, et ne sont pas récupérables<sup>1071</sup>. De plus, l'absence de qualification de donation ne permet pas à l'auteur de reprendre son présent d'usage en cas d'ingratitude. Le cadeau ne peut pas non plus être repris par le disposant par exemple en cas de divorce au titre de l'ancienne révocation *ad nutum* des donations entre époux. C'est ce qui a été rappelé par la Cour de cassation dans un célèbre arrêt de 1952 concernant le divorce de Sacha GUITRY<sup>1072</sup>. Dans cette affaire c'est un bijou de grande valeur qui avait fait l'objet du cadeau à l'occasion du premier anniversaire de mariage. Compte tenu du niveau de vie et des revenus conséquents de l'acteur, aucune

<sup>1065</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 décembre 1952 ; JCP G 1953, II, 7475, note MIHURA J.

<sup>1066</sup> Cass. civ., 30 décembre 1952 ; JCP G 1953, II, 7475, note MIHURA J.

<sup>1067</sup> Ex : cheval de concours ou de course.

<sup>1068</sup> Req. 14 décembre 1903, DP 1904. I. 174.

<sup>1069</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Patrimoine* 2017-2018, p. 997.

<sup>1070</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 novembre 2011, n° 10-25.506, Juris Data n° 2011-026112.

<sup>1071</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1979, D. 1981. 449, note FOULON-PIGANIOL C.-I., Journ. not. 1980. 947, obs. DE LA MARNIERRE D. : sur une bague de fiançailles offerte en présente d'usage à l'occasion d'un mariage.

<sup>1072</sup> Cass. civ., 30 décembre 1952 ; JCP G 1953, II, 7475, note MIHURA J.

disproportion n'avait été constatée et la qualification de libéralité n'a pas été retenue. La Cour a confirmé sa position dans une seconde décision en date du 19 décembre 1979 dans des circonstances similaires<sup>1073</sup>.

**472. Tolérance fiscale.** Le droit fiscal autorise l'attribution de présents d'usage en dehors de toute taxation afférente aux donations. C'est ce qui a été rappelé dans un arrêt de la Cour d'appel de PARIS de 2002<sup>1074</sup>. Dans cette affaire, l'administration fiscale avait réclamé des droits de mutation à titre gratuit sur une somme d'argent de 100.000 francs correspondant au versement perçu par chacune des filles mariées de la disposante. Or cette dernière était multimillionnaire et avait réalisé ces cadeaux à une occasion particulière justifiant ainsi le caractère d'usage de la somme reçue. Dès lors, aucun droit de mutation n'était dû. La preuve du caractère de présent d'usage du don reçu permet d'esquiver tant la sanction civile de la libéralité que la sanction fiscale.

## **2. Une question de valeur**

**473. Un bien non prêté.** Il faut différencier le présent d'usage du prêt fait au sein de la famille d'un bien d'une valeur conséquente et dont l'histoire familiale représente une valeur sentimentale. C'est le cas notamment d'une bague offerte à l'occasion des fiançailles du dernier fils de la famille et qui est simplement prêtée à la future épouse. Ce bien étant transmis de génération en génération, il s'agit en réalité d'un prêt plus que d'un cadeau<sup>1075</sup>. Le prêt à usage est un cadeau définitif, dans la même idée que le don manuel. La rupture du lien qui a occasionné le prêt du bijou ou du bien sera sanctionnée par la restitution de l'objet. La valeur du bien doit être conséquente et sa transmission intergénérationnelle doit pouvoir être constatée. Les portraits de famille sont également soumis à un régime particulier de prêt

---

<sup>1073</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1979 ; D. 1981. 449, note FOULON-PIGANIOL C.-I., Journ. not. 1980. 947, obs. DE LA MARNIERRE D.

<sup>1074</sup> CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch., sect. B, 11 avril 2002, n° 2001/03791, JurisData n° 2002-178548 ; JCP N 2002, n° 51-52, 1724, note FAUCHER D.

<sup>1075</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1983 ; D. 1984, p. 81, note BRETON A. ; JCP 1984. II. 20202, note BARBIERI J-F.



temporaire<sup>1076</sup> quelle que soit la valeur du tableau. Ils ne doivent donc pas être confondus avec les présents d'usage qui doivent par nature être conservés par celui qui les reçoit.

**474. La modicité.** Le présent d'usage doit avoir une valeur modique<sup>1077</sup> ou tout du moins ne doit pas être excessif au regard des revenus et du patrimoine de l'auteur<sup>1078</sup>. Le caractère modique doit être apprécié au moment du don<sup>1079</sup>. L'alinéa 2 de l'article 852 du Code civil précise que « *Le caractère de présent d'usage s'apprécie à la date où il est consenti et compte tenu de la fortune du disposant* ». La modicité est une question de proportion<sup>1080</sup>. Toutefois la proportionnalité ne dépend pas d'une règle de calcul préétablie et est appréciée au cas par cas<sup>1081</sup>. Il devient alors plus difficile pour l'héritier réservataire de prouver la disproportion et par conséquent la donation réelle s'il n'a pas de base d'appréciation autre que son avis personnel<sup>1082</sup>. La modicité s'apprécie non pas compte tenu de la répétition des présents, mais bien de chaque cadeau offert individuellement. Ainsi, si la valeur d'un bien offert semble raisonnable, la répétition aux anniversaires, Noël, et autres dates de célébration annuelle risque à terme de constituer des sommes conséquentes. Si la globalité de ces sommes dépasse la quotité disponible, le contournement de la réserve sera effectif.

**475. Les excès.** Le risque réside dans l'excès des sommes versées. En effet, un père qui souhaite avantager l'un de ses enfants pourrait tout à fait réaliser de gros versements à Noël, aux anniversaires, à Pâques, sous couvert de la qualification de présent d'usage. L'enfant lésé doit alors prouver l'excessivité des versements par rapport au train de vie de l'ascendant, afin de les faire requalifier en donations. Ces sommes seraient alors comptabilisées dans le calcul de la quotité disponible grâce au rapport<sup>1083</sup>. La preuve devra

---

<sup>1076</sup> NAJJAR I., *Donations*, Rép. Civ., janvier 2008.

<sup>1077</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1988, Bull. civ. I, n° 347 ; D. 1996 inf.rap. 301 ; Defrénois 1989 art. 34492 n° 35, obs. CHAMPENOIS G.

<sup>1078</sup> PETERKA N., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 30 : Donations et testaments, donations entre vifs, don manuel*.

<sup>1079</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1995 ; RTD Civ. 1995, p. 662, obs. PATARIN J ; D. 1996, jurispr., p. 262, note TENDLER R. ; JCP G. 1996, I, 3968, n° 7, obs. LE GUIDEC R. ; Defrénois 1996, p. 1279, note BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE J.

<sup>1080</sup> PILLEBOUT J-F., *Les présents d'usage*, Rev. fisc. Pam. décembre 2015, n° 12, étude 11.

<sup>1081</sup> BOI-ENR-DMTG-20-10-20-10 §260.

<sup>1082</sup> Art. 852 al. 2 C. civ.

<sup>1083</sup> NAJJAR I., *Donations*, Rép. Civ., janvier 2008.

être rapportée par celui qui veut établir la qualification de donation. Si les sommes sont versées de manière occulte, par virement bancaire ou remise de chèque, l'héritier réservataire a peu de chance d'en avoir connaissance. Le risque est alors identique à celui de la présence de dons manuels occultes. On verra alors le disposant se déposséder d'une grande partie de son patrimoine au détriment de certains héritiers et de leur réserve. Le contournement par ce biais est d'une efficacité redoutable

## **B. LES FRAIS D'ENTRETIEN**

**476.** Le *de cujus* parent est responsable de son enfant, de son éducation comme de son entretien :

*« Le père, a dit un éminent jurisconsulte, doit à son fils plus que des aliments ; il lui doit un établissement, un sort, un avenir ; il doit son patrimoine à celui qui, suivant la belle idée du droit romain, est la continuation de lui-même et de son domaine<sup>1084</sup> ».*

Son devoir moral naît de l'obligation d'entretien de l'enfant (1<sup>o</sup>). Mais chaque enfant est différent et les besoins de l'un ne sont pas ceux de l'autre. Les déséquilibres au sein de la famille peuvent naître de ces situations de différences de traitement (2<sup>o</sup>). Le contournement de la réserve trouve ici un nouveau moyen de diminuer l'actif successoral.

### **1. L'obligation d'entretenir**

**477. Les gratifications normales.** Il existe en droit civil des libéralités qui n'en ont pas le nom, des gratifications considérées comme normales, des dépenses parfois importantes mais jugées nécessaires. Ces actions qui consistent pour l'auteur à se dépouiller au profit la plupart du temps d'un de ses enfants, ne sont pas comptabilisées au titre des donations pouvant impacter la réserve. La masse de calcul les ignore ; étant considérées

---

<sup>1084</sup> GUESDON A., *Du droit de disposer à titre gratuit*, Thèse, Université de RENNES, 1873, p. 98.



comme des dépenses normales réalisées par le défunt de son vivant. La réserve héréditaire les ignore.

**478. Devoir parental et obligation d'entretien.** L'article 852 du Code civil dans son alinéa 1 traite outre des présents d'usage, du financement du devoir parental : « *Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et les présents d'usage ne doivent pas être rapportés, sauf volonté contraire du disposant* ». L'obligation d'entretien couvre toutes les dépenses nécessaires à l'enfant. L'obligation d'entretien est plus large qu'une obligation alimentaire simple. On parle d'une obligation d'entretien générale et d'éducation. Cette obligation est d'ordre public et subsiste même en cas de privation de l'autorité parentale. « *Dans les faits, l'aide apportée est perçue comme un acte naturel au sein de la famille, ce qui explique la rareté des actes formalisant la volonté*<sup>1085</sup> », elle ne nécessite en aucun cas de formalisme.

**479. Modicité.** Il a été jugé dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation en date du 1<sup>er</sup> février 2012<sup>1086</sup> que le fait pour un parent de verser des sommes régulières à son enfant pendant une période de plusieurs années ne constituait pas des dons rapportables. Il fallait que ces sommes soient proportionnelles et raisonnables par rapport aux revenus du parent<sup>1087</sup> et qu'elles constituent la majeure partie du revenu de son enfant. La Cour de cassation a ainsi considéré qu'il s'agissait de frais d'entretien issus du devoir familial et non de dons de sommes d'argent. La question de la proportion est identique à celle des présents d'usage.

**480. Durée de l'obligation.** Cette obligation d'entretien repose sur l'état de besoin de l'enfant ou de l'ascendant<sup>1088</sup>. L'obligation légale d'entretien naît avec l'enfant<sup>1089</sup> et ne

---

<sup>1085</sup> FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d'un bien dans la sphère familiale : difficulté de qualification*, JCP N 2015, n° 12, 1102.

<sup>1086</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 10-25.546, JurisData n° 2012-001236 ; JCP N 2012, n° 6, 233 ; RTD Civ. 2012, p. 352, obs. GRIMALDI M. ; Dr. fam. 2012, comm. 72, obs. BEIGNIER B.

<sup>1087</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 10-25.546, JurisData n° 2012-001236 ; JCP N 2012, n° 6, 233 ; RTD Civ. 2012, p. 352, obs. GRIMALDI M. ; Dr. fam. 2012, comm. 72, obs. BEIGNIER B.

<sup>1088</sup> Soc. 6 mars 1985, Bull. civ. V, n° 152.

<sup>1089</sup> CA DIJON, ch. civ. C, 19 octobre 2007, JurisData n° 2007-358181 ; Dr. fam. 2008, comm. 93, note BURGARD M.

cesse pas à sa majorité<sup>1090</sup>. On considère que le mineur est d'office dans le besoin. Cette obligation n'est pas par nature éternelle<sup>1091</sup>. Elle cesse de plein droit le jour où, passée la majorité, l'enfant est capable d'assurer seul ses besoins<sup>1092</sup>. Or la réserve héréditaire ne tient pas compte de la notion de besoin. Elle ne tient pas compte de l'âge de l'enfant et ne fait pas de différence entre les enfants en fonction de leurs besoins respectifs.

**481. Dispense de rapport.** Le législateur considère à travers l'article 852 du Code civil que s'agissant de dépenses classiques et communes à tous les enfants, le rapport n'est pas dû. Cette dispense de rapport valable pour les présents d'usage, comme vu précédemment, s'applique aussi aux frais d'entretien généraux des enfants<sup>1093</sup>. Toutefois, cette disposition issue du Code civil de 1804 peut aujourd'hui poser problème, l'article 852 du Code civil n'est pas d'ordre public. Le parent peut prévoir le rapport en l'indiquant, par exemple, dans un testament. Certaines dépenses seraient alors considérées comme des donations avec preuve de l'intention libérale du parent. Il ne s'agirait plus dans ce cas d'une action résultant du devoir moral et juridique d'éducation et d'entretien des enfants. Les héritiers peuvent également arguer qu'il s'agit en réalité d'une libéralité rapportable<sup>1094</sup>. Le parent qui a financé les études longues et coûteuses de son aîné pourra désormais rendre rapportables les frais qu'il a engagés à ce titre<sup>1095</sup>. Les parents pourront alors prévoir la réintégration de ces sommes parfois exorbitantes à travers par exemple une donation-partage. Dans cette donation, parents et tous les enfants reconnaissent l'existence de ce déséquilibre. La volonté des parents permet d'effectuer un rééquilibrage mathématique avec l'accord des enfants pour la réintégration de ces sommes<sup>1096</sup>.

---

<sup>1090</sup> Art. 371-2 alinéa 2 C. civ.

<sup>1091</sup> CA DIJON, ch. civ. Section C., 19 octobre 2007, JurisData n° 2007-358181 ; Dr. fam. 2008, comm. 93, note BURGARD M.

<sup>1092</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 juillet 1971, n° 69-14.601, Bull. civ. II, n° 254 ; D. 1971, 689, R. 1971-1972, p. 11.

<sup>1093</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 08-20.428 ; JCP N 2010, n° 18, 1184 note BARABE-BOUCHARD V. ; D. 2010, p. 2392, obs. BREMONT V., NICOD M. et REVEL J. ; AJF 2010, p. 236, obs. BICHERON F. ; RTD Civ. 2010, p. 604, obs. GRIMALDI M. ; DEFRENOIS 2011, p. 721, obs. VAREILLE B. : Dans cet arrêt la Cour a considéré que le parent n'avait pas manifesté la volonté que son enfant rapporte à sa succession les sommes dépensées pour ses dépenses d'entretien et de nourriture.

<sup>1094</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2006, n° 04-20.423, Bull. civ. I. n° 210 ; D. 2006. AJ fam. 1526, obs. AVENAROBARDET V. ; Dr. fam. 2006, n° 196, note BEIGNIER B. : sur la preuve de la libéralité.

<sup>1095</sup> Modification de l'article 852 C. civ., la version en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2007 contient désormais dans son alinéa 1 la possibilité de rapport prévue par l'auteur avec la précision suivante : « *sauf volonté contraire du disposant.* »

<sup>1096</sup> DELECRAZ Y., *L'aide des parents envers les enfants – le financement des études supérieures et la mise à disposition d'un logement*, JCP N 2013, n° 17, 1114.



**482. Pension alimentaire.** En allant très loin dans les suppositions, on pourrait imaginer une personne ayant eu un enfant d'une première union, qui aurait sa préférence, puis aurait eu un autre enfant d'une seconde. Se sachant en mauvaise santé, le *de cujus* pourrait, en accord avec l'autre parent, alourdir volontairement la pension alimentaire due au premier enfant afin de diminuer son propre patrimoine sur lequel sera calculé la part de réserve du second enfant, tout en ne risquant pas la qualification de donation. Ce plan est certes poussé à l'extrême. Mais il s'agirait d'utiliser les obligations morales du *de cujus* pour alourdir sa dette familiale et ainsi diminuer l'actif qui subsistera à sa succession.

## **2. Les différences entre les enfants**

**483. L'équité.** Les parents ne tiennent généralement pas de comptes des dépenses effectuées pour leurs enfants. Ils ne font pas de comparatif précis. Mais parfois les différences sont si flagrantes qu'aucune comparaison n'est nécessaire. Le *de cujus* peut vouloir rétablir l'équité, plus que l'égalité en établissant une répartition au mérite. Cette répartition peut concerner la place de chacun des enfants dans la famille ou compenser l'infortune de l'un d'eux. Il faut distinguer l'équité qui contribue à donner à chacun ce qu'il mérite, de l'égalité qui octroie à chacun la même chose. L'équité est empreinte de justice. Mais la justice familiale est souvent une question de point de vue. Il s'agit là de la justice du défunt et donc sa conception de l'équité. C'est lui qui détermine qui est méritant, ou qui est dans le besoin. La loi octroie une égalité arithmétique, tandis que le défunt choisit de rétablir une équité de mérite et de besoin. Le besoin peut paraître évident, s'agissant d'un enfant handicapé mental, incapable de subvenir seul à ses besoins. Il peut également vouloir compenser le fait que l'un de ses enfants s'est toujours occupé matériellement de ses parents<sup>1097</sup>. Souvent, l'équité, très subjective, n'est pas facile à justifier. Le législateur s'en tient à une stricte égalité et non à l'équité, avec possibilité pour le défunt d'avantager malgré tout l'un des descendants au dépend des autres, dans la limite de la quotité disponible. Mais

---

<sup>1097</sup> Donation rémunératoire.

ce qui intéresse notre *de cuius* c'est de rompre l'égalité au profit de sa vision de l'équité quitte à contourner la réserve des enfants les moins méritants.

**484. La disproportion.** Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2012 la Cour de cassation a rappelé que les sommes octroyées à l'un des descendants au titre de l'obligation d'entretien, peuvent représenter une grande part de l'actif successoral. Pour cela, ces sommes doivent correspondre aux capacités financières du *de cuius* et « *représenter l'expression d'un devoir familial, sans pour autant entraîner, quel que soit le montant retenu, un appauvrissement significatif du disposant.* »<sup>1098</sup>. Il faut s'intéresser à la proportion des sommes versées au jour où elles sont versées par rapport au patrimoine de son auteur et non la proportion des versements totaux par rapport au patrimoine du défunt au jour de son décès. La proportionnalité doit être comme pour les contrats d'assurance-vie, limitée eu égard à la fortune du parent à la date du versement<sup>1099</sup>. Les sommes utilisées pour remplir le devoir d'entretien et d'éducation doivent rester modiques<sup>1100</sup>. Dans le cas contraire, le juge pourra décider de leur rapport en tant qu'avantage. Le demandeur devra rapporter la preuve de l'intention libérale.

**485. Des besoins différents.** Comme le rappelle à juste titre certains auteurs, « *La rigidité de l'égalité arithmétique actuellement pratiquée frise souvent l'imposture, face aux inégalités naturelles ou sociales qu'elle ignore et ne contribue en rien à atténuer. Le dynamisme de la notion de besoin, de nos jours, est pourtant une réalité.*<sup>1101</sup> »

L'allongement de la durée de vie, et de la durée des études et la difficulté de trouver un premier emploi stable et correctement rémunéré, rendent complexe l'installation des enfants dans la vie<sup>1102</sup>. La diversité des métiers proposés couplée à la diversité des rémunérations et

---

<sup>1098</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 10-25.546, JurisData n° 2012-001236 ; JCP N 2012, n° 6, 233 ; RTD Civ. 2012, p. 352, obs. GRIMALDI M. ; Dr. fam. 2012, comm. 72, obs. BEIGNIER B.

<sup>1099</sup> MURAT P., *L'entraide entre générations et les comptes en famille : comment gérer le risque ?* JCP N 2013, n° 17, 1112.

<sup>1100</sup> FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d'un bien dans la sphère familiale : difficulté de qualification*, JCP N 2015, n° 12, 1102.

<sup>1101</sup> PERNEY D., *La nature juridique de la réserve héréditaire*, Thèse, Université de NICE, 1976, p. 893.

<sup>1102</sup> 107<sup>ème</sup> Congrès des Notaires – CANNES, 2011, *Le financement - les moyens de ses projets – la maîtrise des risques.*



des situations de vie, rend les besoins de chacun des enfants d'une fratrie totalement dissemblables. Dans ces circonstances, maintenir une stricte égalité mathématique ne permettrait pas d'assurer correctement le devoir moral et matériel d'entretien et d'éducation de chacun des enfants. Aussi, vouloir l'imposer serait déconnecté de la réalité. Toutefois, il faut bien admettre que ces différences se creusent parfois considérablement. Le patrimoine des parents est parfois quasi exclusivement mis à profit des études d'un seul enfant dont la formation coûte plus cher. Il apparaît que l'excès ainsi constaté attentera à la réserve.

**486. Les études.** « *Lorsque les parents ont payé de longues études à leurs enfants et les ont aidés à s'installer dans la vie, ont-ils encore une dette à leur égard*<sup>1103</sup> », ont-ils encore le devoir de leur laisser une part de leur patrimoine à leur mort ? A l'époque de la naissance du Code civil, les frais d'entretien, de nourriture ou encore d'éducation ou d'apprentissage n'avaient pas le même coût qu'aujourd'hui. La fratrie recevait souvent la même éducation, et tous les enfants avaient des carrières similaires. Désormais, on incite les enfants à faire des études supérieures, de plus en plus longues. Il faut pendant ce temps les nourrir, les loger souvent loin du cocon familial, leur payer un moyen de transport ainsi que leurs frais de scolarité qui peuvent dans certains cas être conséquents voire exorbitants. Chaque enfant a une vocation propre qui peut être totalement différente de celle de son aîné ou de son cadet. Les jeunes ne trouvent pas forcément de travail à la sortie du diplôme. Les parents, afin de les aider à devenir économiquement autonomes, mettent la main au portemonnaie. Ils les soutiennent pendant la longue traversée du désert qu'est la recherche d'un emploi stable et suffisamment rémunérateur. Chaque enfant ayant sa propre expérience des besoins en matière de formation, des inégalités parfois flagrantes vont se créer.

**487. Le choix de carrière.** C'est ainsi que l'on assiste aujourd'hui à des disparités importantes entre les membres d'une même fratrie. En effet, pendant que l'une décide d'entrer dans une grande école de commerce dans la capitale, puis devient stagiaire en droit à NEW YORK pour finir par un doctorat en management à LONDRES, son frère tout aussi brillant mais dans le domaine manuel de la ferronnerie d'art termine à 18 ans son CAP puis

---

<sup>1103</sup> MEISSONNIER L., *La loi portant réforme des successions et des libéralités, une réforme manquée ?* PA 25 juin 2008, n° 127, p. 7.

son bac pro fonderie, et s'installe à son compte dans son cantal natal. Son travail est très prisé. Les parents auront dépensé des sommes folles afin de diplômé leur aînée, qu'ils ont dû prendre complètement en charge jusqu'à ce qu'elle trouve un emploi stable. Son frère à 19 ans avait monté sa propre affaire, laquelle est au demeurant très prospère. N'y aurait-il pas là inégalité ? Certainement. Si le fils cadet venait à poser la question d'un rétablissement mathématique des comptes, quelle réponse juridique lui apporterait-on ? Financièrement, la différence de traitement existe, le calcul n'a même pas besoin d'être posé. Mais pourrait-il demander à rétablir l'équilibre<sup>1104</sup>. Il serait judicieux d'être prudent avec ce genre de discours afin d'éviter aux fratries de s'entredéchirer pour une question de financement d'études supérieures. Les motifs de conflit ne manquent pas, une fois passée la porte du notaire. Il conviendrait même, de les encourager à ne pas rechercher l'égalité absolue en tenant compte des choix de vie de chacun, tout en misant sur l'espoir, parfois vain, d'absence de jalousie fraternelle. Mais il faut se rendre à l'évidence, le jeu des dépenses pour financement des études constitue s'il démontre un excès flagrant, un moyen pour le *de cujus* de privilégier l'un de ses enfants tout en contournant la réserve de l'autre.

**488. La formation suffisante.** L'obligation d'entretien de l'article 203 du Code civil demande aux parents d'assumer financièrement les besoins de leurs enfants<sup>1105</sup>. Cette obligation paraît alors illimitée mais elle ne l'est pas en réalité. Pour financer les diplômes de leurs enfants, les parents ont en réalité une obligation de moyens et pas de résultat. Ils doivent essayer de les financer en intégralité mais en cas de problème financier, ils ne sont pas tenus de verser ce qu'ils ne peuvent déboursier. L'enfant doit également réaliser des formations diplômantes lui permettant à terme d'assurer seul ses besoins financiers. La jurisprudence, dans un ancien arrêt de 1977<sup>1106</sup>, avait tranché en admettant que l'enfant ne pouvait réclamer de soutien financier éternel à ses parents. Le statut d'étudiant était devenu pour lui un statut permanent. La possibilité pour l'enfant de subvenir seul à ses propres besoins, grâce à la formation que ses parents lui ont payée, coupe court à toute nouvelle

---

<sup>1104</sup> 108<sup>ème</sup> Congrès des Notaires - MONTPELLIER, 2012, *La Transmission*.

<sup>1105</sup> Art. 203 C. civ.

<sup>1106</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 octobre 1977, D. 1978, inf.rap. p. 89 : affaire dans laquelle deux sœurs menaient des études supérieures longues et diplômantes. La Cour a jugé que les parents n'avaient pas à subvenir plus aux besoins de leurs filles pour changement d'orientation dès lors que les études financées permettaient à l'enfant à leur terme de subvenir seul à ses besoins.



demande de financement pour complément de formation ou changement d'orientation<sup>1107</sup>. Toutefois cette jurisprudence étant très ancienne, et la précarité de l'emploi allant grandissant, la Cour de cassation pourrait être amenée à préciser la limite de la formation suffisante pour permettre à l'enfant de subvenir seul à ses besoins.

**489. La vie étudiante.** A travers le financement des études elles-mêmes, il faut s'interroger sur les dépenses annexes engendrées par le statut d'étudiant. Les paiements d'un appartement, d'une voiture, de la nourriture, des vêtements de l'enfant constituent des charges pour les parents. Mais quelles seraient les dépenses superflues par rapport au train de vie normal d'un étudiant ? Comment quantifier le train de vie normal ? Où est la limite des fonds octroyés gracieusement par les parents par rapport à ceux nécessaires pour remplir leur obligation familiale ? La Cour de cassation n'a pas encore eu à se prononcer sur le sujet. Mais le fait pour un *de cuius* de gonfler volontairement les sommes octroyées à son enfant pour ses études et sa vie étudiante alourdirait encore un peu plus la balance en faveur du contournement de la réserve.

**490. Frais d'établissement.** L'intention libérale doit être prouvée par celui qui s'en prévaut. Toutefois, une autre notion issue du Code Napoléon peut venir en aide à l'enfant qui a le moins bénéficié de ces soins particuliers. Il s'agit de la notion de frais d'établissement. Ces frais sont de nature rapportable à la différence des frais d'éducation. Le rapport est dû pour l'établissement d'un cohéritier ou le paiement de ses dettes<sup>1108</sup>. Or comment définir ces frais d'établissement ? Comment les distinguer des frais issus de l'obligation posée par l'article 852 du Code civil ? Le fait que ces deux articles se succèdent dans le Code civil n'est pas une coïncidence. Doit-on tenir compte des ressources des parents comme pour les présents d'usage ? S'agit-il uniquement de frais liés à l'achat d'un fonds de commerce, d'un fonds libéral, ou encore d'un local ou d'une licence ? La jurisprudence ne nous donne aucun éclairage à ce sujet. Toutefois il est fort plausible, avec l'évolution sociale de ces dernières années que la question ne doive être prochainement tranchée par la Cour de cassation.

---

<sup>1107</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 26 novembre 1970, Bull. civ. II n° 327 ; D. 1971, somm. p. 104.

<sup>1108</sup> Art. 851 C. civ.

**491. L'autonomie financière.** L'entraide familiale est normalement limitée aux besoins des enfants liés à leur mode de vie mais également à leur âge<sup>1109</sup>. Pour autant, l'obligation d'entretien et de nourriture ne s'arrête pas à la majorité de l'enfant<sup>1110</sup>. Cette obligation qui va au-delà de la majorité, trouve à s'appliquer tant que l'enfant n'est pas dans une situation d'autonomie financière lui permettant de faire face seul à ses besoins<sup>1111</sup>, quand bien même celui-ci travaillerait. Ainsi, face à une fratrie composée d'enfants qui ont eu des formations courtes, peu onéreuses et qualifiantes pour un poste rémunéré, et un ou plusieurs enfants ayant enchaîné les formations coûteuses, peu diplômantes, avec peu de débouchés, des inégalités se créent. En effet, le devoir parental d'entretien et d'aliment s'étendant au-delà des études, les parents risquent de se transformer en banquier régulier de l'enfant malchanceux ou volontairement non diligent au détriment des enfants qui ont réussi à atteindre la stabilité financière rapidement. Et là, « *La bourse parentale d'études risque bien de se transformer en rente parentale* »<sup>1112</sup>. Là aussi, l'absence d'indication jurisprudentielle laisse libre cours aux manigances les plus folles des parents.

**492. Le mauvais rétablissement.** On se rend alors compte que l'égalité n'est mathématiquement pas respectée mais est juridiquement valable. Et parfois, à l'inverse, l'égalité mathématique et morale initiale est respectée tout en créant un déséquilibre juridique permettant au final à l'un des héritiers réservataires de perturber l'équilibre mathématique final pour se faire attribuer des valeurs supplémentaires. C'est notamment le cas si les parents tentent un rétablissement mathématique de l'égalité par la mauvaise méthode. Des parents réalisent des dons de sommes d'argent à 2 de leurs 3 enfants, n'ayant pas fait d'études supérieures ayant nécessité une aide de leur part. Ils souhaitent ainsi rétablir l'égalité avec leur troisième enfant à qui ils ont donné de grosses sommes à cette fin. Les parents pensent ainsi rétablir l'égalité. Mathématiquement, ils ont raison. Ils donnent à chacun la même somme, aux deux premiers pour leur usage personnel, et au troisième pour

---

<sup>1109</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 2005, n° 03-13.135, JuirisData n° 2005-027691 ; D. 2005, p. 1112.

<sup>1110</sup> Art. 371-2 C. civ

<sup>1111</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 27 janvier 2000, n° 96-11.410, JurisData n° 2000-000244 ; Dr. fam. 2000, comm. 73, note CHABAULT C. : « *L'obligation d'entretien était due si l'emploi trouvé par l'enfant ne lui permettait pas de subvenir à ses besoins, et ce bien que l'enfant en question ne poursuivît pas d'études.* »

<sup>1112</sup> DELECRAZ Y., *L'aide des parents envers les enfants. – le financement des études supérieures et la mise à disposition d'un logement*, JCP N 2013, n° 17, 1114.



le financement de ses études. Or le financement des études entre dans la catégorie des frais d'entretien et d'éducation qui ne sont, selon l'article 852 du Code civil, pas rapportables. Mais les sommes données à titre de dons manuels, le sont. Dès lors, même si mathématiquement l'égalité est rétablie, juridiquement, cette attitude risque de pousser le troisième enfant, s'il est de nature vénale, à réclamer le rapport des sommes reçues par ses deux frères et sœurs. Il pourra dans le même temps utiliser par exemple la revalorisation de la somme en cas de subrogation dans un bien qui a pris entre temps de la valeur<sup>1113</sup>. D'une bonne volonté peut naître une inégalité encore plus grande.

## **§2. L'OBLIGATION SOCIALE DE PHILANTHROPIE**

**493. Opportunité.** La philanthropie n'est plus aujourd'hui aussi populaire qu'autrefois. Pourtant elle se révèle fort utile dans une recherche du contournement de la réserve. Une démarche philanthropique permet d'utiliser les associations dans une optique à la fois morale mais également de diminution de l'actif. L'apport d'un bien, somme toute majeur, du patrimoine du *de cuius* à une association constitue une astuce ingénieuse pour éluder le problème des libéralités (1°). La dépossession qu'il entraîne videra la succession d'une partie de sa substance (2°).

### **A. L'APPORT A ASSOCIATION**

**494. L'originalité.** L'apport à association constitue une forme originale de contournement de la réserve héréditaire. Peu utilisé de nos jours, il renferme néanmoins la promesse de priver ses héritiers d'une part leur revenant dans la succession tout en permettant à une association, à une cause, de prospérer. L'apport ainsi réalisé offre une contrepartie toute singulière (1°). La satisfaction morale qu'elle fournit n'a d'égale que la dépossession matérielle qu'elle engendre (2°).

---

<sup>1113</sup> FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d'un bien dans la sphère familiale : anticiper les risques*, JCP N 2015, n° 12, 1103.

## **1. La contrepartie de l'apport**

**495. Pas un don.** L'apport à association est complexe. Il ne représente pas une libéralité. Il ne s'agit pas d'un don qui viendrait s'imputer à terme sur la quotité disponible. On ne parle pas de faire un chèque à une association à l'occasion d'une quête, lequel serait ensuite fiscalement déductible. L'apport n'est pas non plus une mise en commun dans un but associatif. La mise en commun ne concerne que des connaissances et des activités, aucun bien matériel n'en fait partie<sup>1114</sup>. L'apport ne correspond pas non plus aux sommes versées régulièrement à titre de cotisation. L'apport à association a une nature tout autre.

**496. Un acte à titre onéreux.** L'apport à association se distingue de l'apport en société en ce qu'il n'octroie pas la propriété de titres sociaux. Il n'y a aucune contrepartie pécuniaire à proprement parler. Néanmoins, cet apport reste à titre onéreux. Toutes les associations ne peuvent pas recevoir de libéralités. Certaines y sont expressément autorisées par la loi<sup>1115</sup>. L'apport en numéraire est licite tout comme l'apport d'un bien corporel, lorsque cet apport est réalisé dans un but associatif. Si l'apport était à titre gratuit il risquerait la qualification de libéralité. Cette libéralité serait à minima rapportable. Mais pire encore, si l'association n'est pas déclarée d'utilité publique, la qualification de libéralité pourrait faire perdre à l'association les biens ainsi octroyés. En effet, seules les associations reconnues d'utilité publique<sup>1116</sup> sont autorisées à recevoir des dons et des legs. Alors que toute association déclarée est en mesure de recevoir un apport à titre onéreux. La qualification onéreuse est par conséquent primordiale. Rappelons également que l'apport d'un bien immobilier sera taxé de la même manière qu'un apport à titre onéreux à une société civile ou commerciale<sup>1117</sup>.

**497. La gratification morale.** La contrepartie doit alors être recherchée dans l'intérêt moral de l'apport. Par la reconnaissance sociale et publique de son geste, l'apporteur

---

<sup>1114</sup> POTENTIER P., *L'apport aux associations*, JCP N 1997, n° 24, 831.

<sup>1115</sup> POTENTIER P., *L'apport aux associations*, JCP N 1997, n° 24, 831.

<sup>1116</sup> Ou d'associations d'assistance, de bienfaisance ou de recherche scientifique ou médicale.

<sup>1117</sup> BOI-ENR-AVS-40-80-10-20120912.



reçoit alors honneur et avantage moral<sup>1118</sup>. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1982<sup>1119</sup>, il a été jugé que l'apport à association réalisé par l'une des sociétaires ne constituait pas une donation déguisée, et par conséquent, n'attentait pas à la réserve. La constatation de la contrepartie est souverainement appréciée par les juges du fond au regard des circonstances de l'espèce :

*« [...] ainsi, en retenant, pour dénier à l'apport litigieux le caractère d'une donation déguisée tendant à éluder l'application des règles relatives à la réserve héréditaire, que la disposante recevait en contrepartie de ses apports mobiliers et immobiliers un avantage moral profond, parce qu'elle permettait ainsi à l'association de fonctionner pour réaliser ses buts et parce que l'affectation ainsi faite de ses biens correspondait à la destination qu'elle voulait leur donner, la cour d'appel a souverainement exclu l'existence d'une intention libérale.<sup>1120</sup> »*

Un second arrêt de la Cour de cassation est venu conforter cette idée<sup>1121</sup>.

**498. Une simple question morale.** La contrepartie de l'apport peut naître dans la gratification morale qu'elle permet d'acquérir. C'est le cas des arrêts de 1982<sup>1122</sup> et 1988<sup>1123</sup>. Pour certains auteurs<sup>1124</sup>, la réussite des missions de l'association grâce à l'apport d'un bien corporel ou d'une simple somme d'argent constitue la contrepartie morale du geste de l'apporteur. Car en effet, *« C'est cette contrepartie qui distingue l'apport d'une libéralité. Cette dernière procède en effet d'un état d'esprit altruiste, généreux, d'une volonté de donner sans retour. Dans l'apport, la satisfaction morale exclut l'animus donandi.<sup>1125</sup> »*. Mais finalement, la donation est également empreinte de générosité et d'altruisme. La limite est très mince entre libéralité et avantage moral. C'est la raison pour laquelle une autre partie de la doctrine<sup>1126</sup> considère qu'il faut rechercher plus loin la contrepartie de l'apport. Il faut allier avantage moral et qualité de membre de l'association ; qualité qui est obtenue grâce à

<sup>1118</sup> CA LYON, 8 juin 1971 ; D. 1971 p. 555, note CHAVRIER G.

<sup>1119</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 décembre 1982, Gaz. Pal. 1983, 1, Pan. 65.

<sup>1120</sup> NAJJAR I., *Donations*, Rép. Civ., janvier 2008.

<sup>1121</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988 ; JCP G 1989, II, 241, note BEHAR-TOUCHAIS M.

<sup>1122</sup> Civ. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 décembre 1982, Gaz. Pal. 1983, 1, Pan. 65.

<sup>1123</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988 ; JCP G 1989, II, 241, note BEHAR-TOUCHAIS M.

<sup>1124</sup> HARDOUIN V., *Les apports aux associations*, D. 1933, p. 140.

<sup>1125</sup> POTENTIER P., *L'apport aux associations*, JCP N 1997, n° 24, 831.

<sup>1126</sup> CHASSAGNADE-BELMIN P., *Les apports aux associations*, Journ. not. 1958, p. 577 et s.

l'apport. L'apporteur peut ainsi agir sur les décisions de l'association et prendre part de façon pleine et entière à la vie de l'association qui a toute son attention. L'apport lui donne du poids, un poids qu'il n'aurait pas s'il s'était contenté de versements de cotisation. Dès lors, la contrepartie de l'apport réside tant dans le bénéfice moral que la prise d'une position avantageuse au sein de l'association.

## **2. La dépossession**

**499. La reprise de l'apport.** Selon certaines anciennes théories<sup>1127</sup>, l'apport ne serait par principe que temporaire et ne confère pas la pleine propriété sur les biens. Il s'agirait d'une simple affectation qui ne dépouille pas le *de cuius* de tous ses droits. Par conséquent, l'apporteur pourrait reprendre les biens concernés aux conditions mentionnées dans l'apport. Ce sera également le cas de la subrogation si celle-ci est prévue au contrat<sup>1128</sup>. Cette explication de l'apport est battue en brèche par l'arrêt de 1982<sup>1129</sup> dans lequel les juridictions ont constaté un transfert de propriété. D'autres auteurs<sup>1130</sup> ont considéré que le transfert était bien effectif mais s'accompagnerait d'une durée. L'apporteur pouvait malgré tout exercer son droit de reprise si celui-ci avait bien été prévu initialement. La reprise de l'apport à association est possible<sup>1131</sup>. Les statuts peuvent prévoir cette reprise ou l'empêcher. L'assemblée générale des membres décide si la reprise est autorisée lors de la dissolution de l'association<sup>1132</sup>. Il s'agit d'une théorie reposant sur l'idée d'une fiducie-gestion. Mais la fiducie-gestion n'est autorisée en droit français qu'à certaines conditions et entre certaines personnes<sup>1133</sup>. Les associations ne font pas partie de la liste des fiduciaires autorisés. Cette théorie trouve ici sa limite.

---

<sup>1127</sup> GENY F., *Les apports en immeuble aux associations déclarées et reconnues d'utilité publique* : RTD Civ. 1930, p. 653 et s.

<sup>1128</sup> Cass. civ., 20 janvier 1930 ; S. 1930, 1, p. 281 et s., note GENY F.

<sup>1129</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 décembre 1982, Gaz. Pal. 1983, 1, Pan. 65.

<sup>1130</sup> GUINCHARD S., *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, Paris, 1976, n° 197, 305 et 339

<sup>1131</sup> Art. 15 du décret du 16 août 1901.

<sup>1132</sup> DELPECH X., *Œuvre collective sous la direction de Philippe-Henri DUTHEIL*, Étude 42 – Liquidation de l'association, Juris Corpus Droit des associations et fondations.

<sup>1133</sup> Voir infra.



**500. Contournement de la réserve.** Même s'il s'agit de cas rares en pratique<sup>1134</sup>, la qualification de libéralité n'est pas systématique et laisse le champ libre au contournement de la réserve. Le transfert de propriété est alors bien réel. Le disposant va vider son patrimoine d'un ou plusieurs biens majeurs afin de les apporter à une association. Ce faisant, il risque d'atteindre la réserve sans que ses héritiers ne puissent l'en empêcher. Toutefois, la requalification en libéralité reste un pouvoir des juges du fond. Le *de cujus* serait bien avisé de préparer au mieux les conditions de son apport afin d'éviter la requalification. De plus, le droit de reprise étant conventionnel, les ayants-droits du *de cujus* seraient peut-être susceptibles d'y recourir à son décès. Dès lors, l'apporteur peut prévoir qu'aucun droit de reprise n'est permis en cas de décès de l'apporteur. Cette mention empêche les héritiers réservataires d'agir contre l'association pour reprendre les biens.

**501. La rédaction des clauses de l'apport.** Afin d'éviter toute requalification par l'appréciation souveraine des juges du fond de l'apport en libéralité, il est important de rédiger avec précision les clauses du contrat d'apport<sup>1135</sup>. L'apport doit dans un premier temps conférer la qualité de sociétaire. La jurisprudence n'indique pas la durée pendant laquelle l'apporteur devra maintenir sa place au sein de l'association. Prudence donc concernant le maintien dans le temps de ce statut. Son décès ne saurait conférer à ses héritiers la qualité de sociétaire. L'apporteur doit prendre grand soin d'indiquer dans son apport l'utilisation du bien dont il consent la dépossession. S'il s'agit d'une somme d'argent, il peut prévoir l'emploi de celle-ci. S'il s'agit d'un bien immobilier, il peut prévoir qu'il sera affecté à la réception du public ou à l'hébergement de personnes ou d'animaux vulnérables. L'utilisation ainsi choisie devra concorder avec les choix initiaux et le but de l'association. Cette désignation confortera l'apport en tant que gratification morale et non libéralité sans autre condition. Elle permet en outre de contrôler l'utilisation que fait l'association des biens qui lui sont apportés.

---

<sup>1134</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988 ; JCP G 1989, II, 241, note BEHAR-TOUCHAIS M.

<sup>1135</sup> POTENTIER P., *L'apport aux associations*, JCP N 1997, n° 24, 831.

L'apport à association, bien que particulier, peut constituer un choix judicieux pour le *de cuius* en matière de contournement.

## **B. LE PROJET DE LEGS ASSOCIATIF**

**502. Proposition de loi.** Une proposition de loi <sup>1136</sup> a été présentée par Madame Marie-Hélène des ESGAULX, sénatrice de Gironde en 2011. Son but ? Permettre à tout à chacun de disposer des biens gagnés par le travail afin de les mettre au service d'une noble cause. La philanthropie devenait ainsi un choix successoral. La proposition emplit de bienveillance (1°) n'a d'égal que le rejet qui devait être le sien (2°).

### **1. La proposition emplit de bienveillance**

**503. Une nécessité ?** Cette proposition intervient après la mise en application de la loi du 23 juin 2006. Beaucoup de raisons peuvent pousser à souhaiter une modification de la réserve actuelle ; que ce soit en termes de quantum, en termes de bénéficiaires<sup>1137</sup> ou de conditions... En effet, certains auteurs<sup>1138</sup> considèrent que la réserve héréditaire empêche le mécène français de donner aux bonnes œuvres :

*« En Europe occidentale, la philanthropie était charité. Elle a progressivement échappé à l'Église et aux corps intermédiaires au profit d'un monopole étatique. Son développement s'est heurté à l'expansion de l'État providence et à une culture institutionnelle hautement centralisatrice qui s'est méfiée de l'autonomie des corps intermédiaires. Le quasi-monopole revendiqué de l'État, tant dans le domaine de la*

---

<sup>1136</sup> Proposition n° 748 du 4 juillet 2011 au Sénat.

<sup>1137</sup> La cantonner aux enfants mineurs et handicapés.

<sup>1138</sup> PANDO A., *Pour une dérogation à la réserve héréditaire en faveur de la philanthropie*, PA, 22 septembre 2011, n° 189, p. 3.



*solidarité sociale que dans le domaine culturel était ainsi légitimé. Nous ne devons pas rester figés dans notre héritage de l'histoire<sup>1139</sup> ».*

Selon la Sénatrice Madame Marie-Hélène des ESGAULX, cette libération inciterait les individus à être plus généreux et plus philanthropes.

**504. Une attaque de la réserve.** La réserve est jugée par la Sénatrice comme archaïque et empêchant toute forme de philanthropie efficace :

*« Il m'est ainsi apparu indispensable de lever ce qui me semble être le principal obstacle juridique aux dons : la réserve héréditaire. Il faut tirer parti de la richesse et de la générosité privées qui renferme beaucoup de promesses pour les années à venir, mais à condition de créer le cadre juridique, économique et culturel capable de les stimuler<sup>1140</sup> ».*

La comparaison avec le modèle anglo-saxon ne se fait pas attendre. La démonstration de la différence flagrante entre l'expansion de la philanthropie dans les pays anglo-saxons et la France suffit à ajouter un argument supplémentaire pour la mise sur la touche de la réserve.

**505. La division des biens.** La première partie de la proposition repose sur la scission du patrimoine comme il en était question aux premiers âges de la réserve. Il serait alors nécessaire de placer d'un côté les biens de famille, biens propres reçus par donation ou succession, et de l'autre les acquêts, fruits du travail de l'individu. La réserve serait alors limitée aux seuls biens de famille du *de cuius* laissant libre la part des acquêts. Dès lors, la réserve serait maintenue mais réduite aux seuls biens de famille. L'argent qui est gagné par le disposant lui-même doit lui demeurer disponible en intégralité car *« Comment comprendre que ces personnes aient le droit de « consommer » leur patrimoine mais pas de le donner à une institution ?<sup>1141</sup> »* Ainsi la réserve ne pourra s'appliquer sur les biens acquis par le travail du *de cuius*.

---

<sup>1139</sup> PANDO A., *Pour une dérogation à la réserve héréditaire en faveur de la philanthropie*, PA, 22 septembre 2011, n° 189, p. 3.

<sup>1140</sup> PANDO A., *Pour une dérogation à la réserve héréditaire en faveur de la philanthropie*, PA, 22 septembre 2011, n° 189, p. 3.

<sup>1141</sup> PANDO A., *Pour une dérogation à la réserve héréditaire en faveur de la philanthropie*, PA, 22 septembre 2011, n° 189, p. 3.

**506. La réduction parallèle des droits du conjoint.** La seconde partie de cette proposition plus qu'ambitieuse réduit par la même les droits du conjoint survivant au quart en usufruit des biens autres que ceux réservés. Il y a ici division des droits du conjoint en fonction de la nature des biens. Cet usufruit est prévu pour les couples mariés sous le régime de la séparation de biens. Cette proposition étonnante permet au conjoint de jouir du quart des biens qui seraient attribués à une association philanthropique.

**507. Une question de besoin.** La dernière partie de la proposition concernant les enfants et la réduction considérable de leur droit à réserve laisse une solution à ses descendants dépouillés. Si l'un des héritiers réservataires se retrouve, suite à l'application des libéralités, sans moyen de subsistance, il pourra saisir le Tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession afin de se faire attribuer une rente. Cette rente sera à la charge des bénéficiaires des libéralités, c'est-à-dire de ces institutions. Il s'agirait alors de créer une sorte de pension alimentaire pour l'héritier dans le besoin.

**508. Une liste d'institutions bénéficiaires.** La liste de ces institutions sera limitativement préparée par les pouvoirs publics. Elle sera réactualisée tous les 5 ans. Elle est préparée par décret suivant proposition du Garde des Sceaux en Conseil d'Etat. Seules les institutions et associations dûment indiquées sur cette liste pourront bénéficier d'une faveur philanthropique.

## **2. Le nécessaire rejet de la proposition**

**509. Le faux semblant des biens de famille.** Les biens immobiliers reçus par succession sont généralement vendus au décès du dernier des parents. En pratique, rares sont les cas dans lesquels un héritier conserve un bien pour lui-même. Il est déjà installé dans la vie, est souvent déjà propriétaire de son domicile. Les biens mobiliers sont partagés. Il ne reste que les comptes en banque. Leur nature fongible peut poser problème face à une



proposition<sup>1142</sup> de ce genre. Il ne reste en bien de famille, que les biens reçus par donation. La majorité des successions actuelles ne constatent pas de transmission de biens propres quelle que soit leur origine. Dès lors que l'on assiste à un morcellement des grands patrimoines terriens et à une liquidation des actifs immobiliers en placements financiers, quelle place reste-t-il encore aux biens familiaux à l'aube de 2020 ? Cette proposition ne serait-elle pas un moyen détourné d'anéantir complètement la réserve ? Il suffirait alors de la réduire aux seuls biens de famille puis une décennie ou deux plus tard, de constater que la portion de biens sur laquelle elle est censée s'appliquer est tellement réduite qu'il n'y a plus lieu de conserver cette institution ancienne. Accepter cette proposition c'est rendre à terme la réserve obsolète.

**510. La rétrogradation du conjoint.** Curieux retour en arrière dans une société où le conjoint prend de plus en plus de place. Sachant qu'il n'aurait d'ailleurs que le quart en usufruit de la majeure partie de la succession, à la place de l'usufruit global, c'est lui retirer quasiment tout droit économique sur la succession de son époux. C'est également un retour en arrière par rapport à ce que le législateur actuel a fait pour lui : l'usufruit total lui permettant de conserver le même train de vie que si le défunt était encore en vie. C'était permettre à une vieille dame ou à un vieil homme de partir paisiblement, de profiter de la maison achetée jadis avec son épouse ou de payer une onéreuse maison de retraite. Rétrograder ainsi le conjoint au nom de la philanthropie ne paraît ni censé ni souhaitable, ni viable dans la société actuelle. De plus, la proposition, telle que rédigée réduit l'usufruit du conjoint dans tous les cas de figure. Cela signifie que même si le *de cujus* n'est pas tenté de faire œuvre de charité, le survivant perdra son droit à un usufruit global. Une telle mesure ne peut prospérer.

**512. Les institutions en question.** La Sénatrice souhaite financer le milieu associatif sans pénaliser financièrement l'Etat. Noble pensée que celle-ci mais qui se limiterait aux conséquences engendrées involontairement par cette proposition de loi. La justification de la proposition repose sur un nouveau financement gratuit offert à l'Etat, ou à certains lobbys choisis par lui. Or ces institutions se retrouveraient en nombre limité et devraient démontrer,

---

<sup>1142</sup> Proposition n° 748 du 4 juillet 2011 au Sénat.

on l'imagine, un certain nombre de critères. Ceux-ci ne sont ni connus, ni même évoqués. On sait simplement que le Garde des Sceaux et probablement le Conseil d'Etat, seront gardiens de ces critères et de la liste des institutions sélectionnées. Un esprit quelque peu mal tourné pourrait y voir une manœuvre pour pousser un individu à la fibre philanthropique, à donner à des institutions contrôlées par l'Etat ou par des lobbys, une part majeure du patrimoine durement gagné pendant toute une vie. La Sénatrice évoque ce financement sans grande retenue<sup>1143</sup>.

**513. Une rente improbable.** Une rente serait octroyée aux héritiers justifiant d'un besoin financier. Ce besoin aurait pu être comblé par la part héréditaire que l'héritier aurait dû recevoir. Dans cette perspective, la proposition fait état d'une rente payée par l'institution bénéficiaire de la libéralité. Le choix de cette institution sera contrôlée de près ou de loin par l'Etat. Or, le but de la proposition est de permettre à ces institutions de bénéficier de fonds nets. Octroyer une libéralité à une institution puis autoriser le descendant lésé, possiblement jeune à lui réclamer ce qui semble être une pension alimentaire, c'est aller à l'encontre du but initialement poursuivi. De plus, aucune précision n'est faite concernant les seuils de besoin ou sa durée. Cette proposition va engorger les tribunaux et augmenter le contentieux de la preuve pour démontrer que tel héritier est en situation financière précaire. Les conseils départementaux et régionaux sont déjà présents chaque jour pour financer les établissements pour séniors, et les formations des plus démunis pour les reconversions professionnelles. Allons-nous mettre à la charge indirectement de l'Etat la prise en charge de familles dont l'ascendant aisé a choisi une forme de philanthropie discutable ?

**514. Le droit fiscal.** De plus, il ne faut pas oublier que dans cette proposition le droit fiscal n'a pas été allégé. Dès lors, l'institution gratifiée devra toujours subir les 60% de droits de mutation à titre gratuit entre étrangers pour pouvoir récupérer toute ou partie des biens. La logique de l'absence de rénovation fiscale du dispositif peut laisser perplexe. Mais en réalité, l'Etat est gagnant sur tous les tableaux. Il prélève la taxe afférente aux droits de mutation tout en bénéficiant indirectement des sommes perçues à travers le contrôle des

---

<sup>1143</sup> PANDO A., *Pour une dérogation à la réserve héréditaire en faveur de la philanthropie*, PA, 22 septembre 2011, n° 189, p. 3.



institutions choisies. Autant dire que tant que la règle fiscale ne sera pas également assouplie, cette proposition n'apparaîtra que comme une manière détournée de mettre fin à moyen terme à la réserve héréditaire des descendants.

## **Conclusion de chapitre**

**515. Refus de modification légale.** La philanthropie est une cause que chacun doit porter en son cœur. Toutefois, elle ne justifie pas, aux yeux du législateur, une raison suffisante de mise entre parenthèses de la réserve héréditaire. En dehors de la proposition de loi déposée en 2011, le législateur aurait effectivement pu envisager une ouverture tant civile que fiscale afin de favoriser les apprentis mécènes. Il n'est pas question ici de mettre entre parenthèses la réserve au profit de la philanthropie. Il faut néanmoins préciser qu'il existe d'ores et déjà un régime fiscal de faveur au profit des fonds de dotation ainsi que des institutions, associations et fondations reconnues d'utilité publique. L'utilité est actuellement en pratique réservée à certains individus. La plupart du temps, ce sont les *de cujus* sans descendance, sans famille connue ou proche, et âgés, qui songent à devenir bienfaiteurs. Choisir la philanthropie c'est finalement choisir d'aider son prochain, choisir d'aider la société, et d'être un peu moins égoïste aux dernières heures de sa vie. Dans cette perspective, le choix de la philanthropie comme instrument de contournement frise le contre sens. L'utiliser pour anéantir les espoirs d'un ou plusieurs descendants est un non-sens quand on entrevoit ce à quoi correspond cet acte de soutien à l'humanité. Mais pour celui qui entend juger et punir ses héritiers, la technique de contournement n'a peut-être pas d'importance. Auquel cas, l'apport à association peut être une technique utile de contournement.

**516. Une question de réserve.** La réserve a-t-elle encore un avenir ? C'est une question épineuse à laquelle nous devons tenter de trouver une réponse. Mais quelle que soit, la solution au problème de la libre disposition des biens, elle ne doit pas être recherchée dans le financement indirect de structures contrôlées issues de la privation de la famille. La proposition telle que présentée pour écorner la réserve sous couvert de philanthropie ferait du mal à la structure familiale en rabaissant le statut du conjoint et des enfants. La réserve

héréditaire ne doit pas être bousculée par une fausse idée de ce qui est l'obligation morale de l'aide de son prochain.

**517. Les obligations familiales.** Le *de cuius* en charge de famille est automatiquement soumis à des obligations morales et familiales. Il doit les honorer à peine de sanctions judiciaires. Il doit fournir à ses enfants nourriture, éducation, formation, apprentissage et entretien. Cette obligation perdure dans le temps jusqu'à ce que cet enfant soit capable de subvenir seul à ses besoins où jusqu'à ce que ses parents lui aient accordé suffisamment de soins et d'argent pour le faire. De nos jours, cette obligation est considérablement rallongée dans le temps et dans la dépense. Les présents d'usage ne constituent pas une obligation civile mais un devoir pécuniaire moral et familial qu'il y a lieu de respecter. La combinaison des deux à travers l'article 852 du Code civil couplée à leur dispense de rapport permet au *de cuius* de contourner la réserve avec une efficacité redoutable. Il peut choisir de fournir une aide matérielle démesurée à l'un de ses enfants qui choisira des études plus longues et plus coûteuses. Le garde-fou de l'excessivité reste présent mais l'accumulation de ces sommes et de ces cadeaux conduira à coup sûr au déséquilibre de la succession et à l'atteinte de la réserve. Toutefois, le *de cuius* peut être pris à son propre piège si l'enfant qui devait être le moins avantage est finalement celui qui choisit les études et les formations les plus coûteuses. Si ses revenus le lui permettent, il sera tenu d'honorer son obligation familiale. Le *de cuius* doit prendre garde que ses prévisions ne soient déjouées par une structure familiale qui ne correspond décidément pas à ses espérances.

**518. Les donations occultes.** Les dons manuels, lorsqu'ils sont dissimulés, tout comme leurs cousines, les donations indirectes et déguisées, constituent des instruments de contournement à la hauteur des attentes du *de cuius*. Néanmoins, leur fragilité et leur force résident dans leur opacité. L'absence de connaissance pour les autres héritiers de leur existence est une force pour le *de cuius* et le gratifié. Ainsi, ils peuvent ensemble contourner l'application de la réserve en détournant des sommes conséquentes. Toutefois, sa faiblesse se retrouve dans le risque de révélation qui les accompagne. Si efficaces soient elles, ces donations restent particulièrement risquées.



**519.** Si le *de cuius* veut aller encore plus loin, il pourra choisir de soumettre tout ou partie de ses biens à l'aléa. Les perspectives offertes par ce type d'instruments lui permettront de renforcer le contournement qu'il envisage de la réserve de ses héritiers **(Chapitre 2)**.

## **CHAPITRE 2 : SE SOUMETTRE A L'ALEA**

**520. Choisir l'aléa.** Il existe des actes neutres qui en réalité ne sont ni tout à fait gratuits ni tout à fait onéreux<sup>1144</sup>. Ces actes ont souvent une onérosité ou une gratuité intrinsèque et latente pouvant être considérée comme occulte. Il s'agit d'un statut intermédiaire. Ces actes ne sont pourtant pas sans cause. Par principe, ils ne sont pas soumis au rapport, n'étant pas des libéralités. Ils n'entrent pas non plus dans le règlement successoral. Toutefois ces actes présentent souvent un appauvrissement de l'auteur et/ou un enrichissement réel d'un tiers. C'est la raison pour laquelle, la neutralité apparente de ces actes, tombe dans certaines hypothèses, au profit de la qualification gratuite ou onéreuse. Il peut s'agir d'actes comportant un aléa comme la tontine ou encore l'assurance-vie. Un *de cuius* qui se soumet à l'aléa parie sur la date de son décès (**Section 1**) ou sur l'ordre des décès (**Section 2**).

### **SECTION 1. - UN PARI SUR LA DATE DE DECES**

**521. Utilité.** L'aléa est d'une utilité grandissante, tant sur le plan civil que fiscal. Le *de cuius* qui souhaite avantager l'un de ses héritiers ou un tiers, peut recourir à des instruments empreints d'aléa afin d'échapper partiellement à l'application de la réserve. Pour ce faire, il place une partie de ses biens dans un dispositif qui tient compte de sa survie et de son décès. Leur prévision permet de valider la mise en place du dispositif et de faire disparaître de son patrimoine des sommes d'argent ou certains biens tombant alors hors succession. Les héritiers réservataires ne peuvent plus se les partager. Deux instruments sont utilisables pour arriver à cette fin. La très utilisée assurance-vie (§1.), et la très controversée vente en viager (§2.).

---

<sup>1144</sup> LE CHUITON, *L'exhérédation*, Thèse, Université de LILLE 2, 2012, p. 81.



## §1. L'ASSURANCE-VIE

**522.** L'assurance-vie est devenue l'un des placements préférés des français<sup>1145</sup>. Elle permet une transmission fluide de liquidités tout en bénéficiant d'un régime fiscal de faveur. Une assurance-vie est « *un contrat par lequel l'assureur s'engage, en contrepartie du paiement d'une ou plusieurs primes, à verser un capital ou une rente à une personne déterminée en cas de décès ou de vie du souscripteur* ». <sup>1146</sup> La désignation du bénéficiaire est libre et revient au souscripteur. Cette désignation constitue une stipulation pour autrui (A.). Mais malgré l'attrait conséquent de ces avantages, l'assurance-vie n'est pas un placement à toute épreuve. Le contournement de la réserve qu'elle permet de réaliser est soumis à des limites propres aux assurances-vie (B.).

### A. UNE STIPULATION POUR AUTRUI

**523.** Lorsque le souscripteur n'est pas le bénéficiaire, le contrat d'assurance-vie constitue une stipulation pour autrui en ce que le bénéficiaire de la souscription est le véritable créancier de l'assureur. Le *de cuius* à l'initiative du contrat peut recueillir le capital ou au contraire, nommer un tiers pour bénéficier des sommes qu'il aura soigneusement placées. Les règles d'utilisation des épargnes d'assurance-vie peuvent servir les desseins du contournement de la réserve (1°). Pour en appréhender toutes les subtilités, il est fondamental d'intégrer le fonctionnement et les distinctions entre les primes et le capital (2°).

---

<sup>1145</sup> LEROY M., *Assurance-vie – Stratégies de transmission à titre gratuit fondées sur l'assurance-vie*, Rev. Fisc. Pam. avril 2016, n° 4, étude 9.

<sup>1146</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille 2018-2019*, p. 771.

## 1. L'utilisation du contrat

**524. La souscription pour autrui.** L'assurance-vie est un modèle d'épargne permettant de diminuer le patrimoine en attribuant à un bénéficiaire des sommes d'argent accumulées au fil des versements. La qualité de bénéficiaire peut soit appartenir exclusivement au souscripteur, soit à un tiers, elle peut être modifiée au cours de la vie du contrat. Si le bénéficiaire est un tiers, la stipulation peut paraître similaire à une libéralité. Sauf exception, même si la ressemblance avec les libéralités est frappante, les sanctions applicables en cas d'atteinte à la réserve ne sont pas utilisables. Par principe, le rapport et la réduction ne peuvent s'appliquer aux contrats d'assurance-vie sauf volonté contraire du souscripteur ou primes manifestement exagérées<sup>1147</sup>. Il faut rechercher une protection de la réserve dans des dispositions spécifiques créées par le législateur pour les assurances-vie. Afin d'éviter que les primes versées ou le capital ne soient réintégrés d'office à l'actif successoral du souscripteur, le législateur a pris soin de les en écarter au motif qu'il s'agit d'une stipulation pour autrui. Mais attention, si le contrat est passé sans désignation d'un bénéficiaire, le capital ou la rente garanti est automatiquement intégré à l'actif successoral en cas de décès.

**525. Contrat de capitalisation.** Les contrats de capitalisation n'obéissent pas tout à fait aux mêmes règles que les contrats d'assurance-vie. Dans un arrêt LEROUX<sup>1148</sup>, la Cour de Cassation s'est prononcée sur le rapport des contrats de capitalisation dans la succession du souscripteur. La Cour d'appel donne droit à la demande des requérants et valide le rapport et la réduction. La mère et le fils bénéficiaires du contrat litigieux se pourvoient en cassation au motif que la dispense de rapport de l'article L.132-13 du Code des assurances est incluse dans le titre du Code civil consacré « *aux opérations sur la vie et aux opérations de capitalisation* ». Mais la Cour suprême rejette cet argumentaire au motif que les dispositions d'exception de l'article L. 312-12 et L. 312-13 du Code des assurances ne s'appliquent pas

---

<sup>1147</sup> Art. L 132-13 al. 2 C. assur.

<sup>1148</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 2000, n° 97-21.535 ; JCP N 2000, 2215, note BIGOT J. ; JCP G 2000, II, 10434, note SAUVAGE F et FAUCHER D. ; JCP G. 2000, n° 49, note BIGOT J., Dr. fam. 2000, comm. 149, obs. LEROY M. ; D. 2001, p. 1607, note REVEL J. ; Gaz. Pal. 2001, p. 1450, obs. PANSIER J.



aux contrats de capitalisation. Le rapport et la réduction étaient donc admis. Cette position a été confirmée par un arrêt rendu deux ans plus tard par la même chambre<sup>1149</sup>. Mais voyant les conséquences civiles d'une telle position, la Cour suprême est venue deux ans plus tard restreindre les cas d'application de la jurisprudence LEROUX<sup>1150</sup>. Depuis, les contrats de capitalisation ne sont plus systématiquement exclus du champ d'application de l'assurance-vie. Elle rendit quatre arrêts le 23 novembre 2004 dans ce sens<sup>1151</sup>. Dans ces arrêts, la Cour refuse notamment l'application du rapport aux contrats de capitalisation qui demeurent des contrats aléatoires, dès lors que le choix du bénéficiaire et le montant garanti dépendent de la durée de vie du souscripteur<sup>1152</sup>. Toutefois, pour certains auteurs<sup>1153</sup>, il est difficile de comprendre la démarche de la Cour suprême.

**526. La révélation du contrat.** Le fait pour un héritier bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie, autre que le conjoint, de ne pas révéler l'existence dudit contrat ne constitue pas un cas de recel. En pratique, le notaire n'est pas non plus tenu d'en informer les cohéritiers. Le recel n'est caractérisé que si le contrat a été judiciairement reconnu<sup>1154</sup> comme dégageant des primes manifestement excessives<sup>1155</sup>. Dans cette hypothèse, en cas de risque de constatation d'une exagération, le bénéficiaire devra mesurer le risque d'une dissimulation. Les autres réservataires informés peuvent utiliser la menace de la

<sup>1149</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 00-12.967 ; Dr. fam. 2002, n° 9, chron. n° 18, obs. VIGNEAU D.

<sup>1150</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 2000, n° 97-21.535 ; JCP N 2000, 2215, note BIGOT J. ; JCP G 2000, II, 10434 note SAUVAGE F et FAUCHER D. ; JCP G. 2000, n° 49, note BIGOT J., Dr. fam. 2000, comm. 149, obs. LEROY M. ; D. 2001, p. 1607, note REVEL J. ; Gaz. Pal. 2001, p. 1450, obs. PANSIER J.

<sup>1151</sup> Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RJPF 2005, p. 47, obs. GHESTIN J. ; JCP G 2005, I, 111, note LECUYER H. ; Dr. fam. 2005, étude 6, note LEDUC P. et PIERRE P. ; JCP N 2005, 1003, note GROSJEAN P. ; LAMY décembre 2005, I, n° 504 obs. LEROY M. ; AJ. fam. 2005, p. 70, obs. BICHERON F. ; RDC 2005, p. 297, obs. BENABENT A. ; RTD Civ 2005, p. 434, note GRIMALDI M. et LE GUIDEC R. ; RGDA 2005, p. 110, obs. MAYAUX L. ; JCP G. 2005, I, 187, note PIERRE P. et GENTILHOMME R. ; JCP E 2008, 1265, obs. HOVASSE S.

<sup>1152</sup> FRULEUX F., *Le régime fiscal des primes d'assurance-vie exagérées sujettes à rapport*, JCP N 2014, n° 28, 1247

<sup>1153</sup> Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RJPF 2005, p. 47, obs. GHESTIN J. ; JCP G 2005, I, 111, note LECUYER H. ; Dr. fam. 2005, étude 6, note LEDUC P. et PIERRE P. ; JCP N 2005, 1003, note GROSJEAN P. ; LAMY décembre 2005, I, n° 504 obs. LEROY M. ; AJ. fam. 2005, p. 70, obs. BICHERON F. ; RDC 2005, p. 297, obs. BENABENT A. ; RTD Civ 2005, p. 434, note GRIMALDI M. et LE GUIDEC R. ; RGDA 2005, p. 110, obs. MAYAUX L. ; JCP G. 2005, I, 187, note PIERRE P. et GENTILHOMME R. ; JCP E 2008, 1265, obs. HOVASSE S.

<sup>1154</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2009, n° 08-15.093, BPAT 4/09 inf. 156.

<sup>1155</sup> HOVASSE S., *Les sanctions de l'excès manifeste des primes versées sur un contrat d'assurance-vie*, Rev. fisc. Pam. février 2015, n° 1, étude 3.

condamnation pour recel afin d'obtenir du bénéficiaire, dont les contrats ont été découverts, un arrangement à l'amiable. Cet arrangement pourra prendre la forme d'une transaction<sup>1156</sup>. Nul besoin de jugement si héritiers et bénéficiaires trouvent un accord. Mais cette solution déjoue les prévisions de contournement du *de cuius*.

## **2. Le fonctionnement des primes et du capital**

**527. Distinction primes/capital.** Il est nécessaire de distinguer les primes versées par le souscripteur du capital attribué au bénéficiaire. Les primes constituent les versements réglés par le souscripteur, soit en un format unique, soit par des échéances répétées. Le capital représente la somme effectivement versée au bénéficiaire, compte tenu des conditions du contrat, des versements effectués et des éventuels rachats. Le capital versé n'est pas soumis à réduction pour atteinte à la réserve<sup>1157</sup>. Seules les primes font l'objet d'un éventuel rapport en cas d'exagération ou de requalification du contrat en donation indirecte. Elles sont également à l'origine de la distinction de taxation fiscale actuelle.

**528. Les avantages fiscaux.** Les contrats d'assurance-vie présentent des intérêts fiscaux fort utiles. Ils permettent au *de cuius* de transmettre à chacun de ses bénéficiaires des sommes d'argent correspondant à des primes versées avant ses 70 ans, dans la limite de non-imposition de 152.500,00 €<sup>1158</sup>. Au-delà de cet abattement, une taxation de 20% est appliquée par bénéficiaire sur le montant du capital perçu. Le *de cuius* peut également, s'il réalise des versements après 70 ans, bénéficier d'une exonération de 30.500,00 €<sup>1159</sup> sur le montant total des primes versées après son soixante dixième anniversaire. Cet abattement

---

<sup>1156</sup> BOUCHE X., *Assurance-vie : requalification en donation ou primes exagérées, choix et conséquences*, JCP N 2014, n° 18, 1174.

<sup>1157</sup> Art. L 132-13 C. assur. : « *Le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant.*

*Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés. »*

<sup>1158</sup> Art. 990 I CGI.

<sup>1159</sup> Art. 757 B CGI.



est applicable à l'ensemble de ses contrats et doit être réparti entre tous ses bénéficiaires. Au-delà de cet abattement, la part revenant au bénéficiaire sera imputée sur son abattement général lequel sera le plus souvent déjà utilisé par le recueil d'une part de l'actif successoral. L'avantage fiscal est donc moindre. Ces deux règles cumulatives permettent de dégager sans difficulté particulière, l'intérêt fiscal de ces transmissions par rapport au régime des donations. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, les contrats-vie génération ont fait leur apparition, permettant au *de cujus* de bénéficier d'une faveur fiscale supplémentaire. Dans cette perspective, le *de cujus* est en mesure de transmettre une part non négligeable de ses liquidités en franchise de droits. Les sommes ainsi légalement distribuées ne feront pas l'objet du calcul de l'article 922 du Code civil.

**529. Les retraits.** L'article 757 B du CGI paragraphe I, permet la taxation des contrats d'assurances-vie dont les primes sont versées après 70 ans, déduction faite d'un abattement de 30.500 € applicable à l'ensemble des contrats et l'ensemble des bénéficiaires. Une question prioritaire de constitutionalité a été posée par un bénéficiaire de contrat d'assurance-vie concernant les retraits effectués par le souscripteur et leur impact sur la taxation des primes versées. En effet, les retraits doivent-ils venir en diminution du total déclaré lors de la taxation fiscale ? Ces retraits doivent-ils être comptabilisés pour éviter toute imposition d'une somme non perçue par le bénéficiaire ? Le Conseil constitutionnel<sup>1160</sup> indique que ce calcul « *ne conduit pas à taxer le bénéficiaire sur une assiette supérieure aux capitaux qu'il recueille effectivement* ». <sup>1161</sup> Ainsi, si les sommes perçues par le bénéficiaire sont moindres que les primes versées, c'est le revenu effectivement distribué au bénéficiaire qui sera comptabilisé pour le paiement de l'impôt. Les retraits effectués par le souscripteur ne peuvent conduire à une taxation qui ne reflète pas le revenu perçu par le bénéficiaire. Cette démarche du Conseil constitutionnel pour valider les dispositions de l'article 757 B du CGI repose sur l'effectivité du revenu qu'en tire le bénéficiaire<sup>1162</sup>. En donnant cette réponse, le Conseil constitutionnel permet de justifier l'imposition tout en évitant la taxation du vide.

---

<sup>1160</sup> Cons. Const., QPC 3 octobre 2017, n° 2017-658.

<sup>1161</sup> FRULEUX F., *Assurance-vie : l'article 757 B du CGI est conforme à la Constitution*, JCP N 2017, n° 41, 867.

<sup>1162</sup> FRULEUX F., *Assurance-vie : l'article 757 B du CGI est conforme à la Constitution*, JCP N 2017, n° 41, 867.

**530. La jurisprudence PRASLICKA.** L'article L.132-12 du Code des assurances permet au défunt de faire échapper une somme d'argent de la succession à travers une assurance-vie<sup>1163</sup>. Les sommes versées par le souscripteur et le capital versé au bénéficiaire ne sont pas réintégrés au patrimoine du défunt ni au titre du rapport ni pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible<sup>1164</sup>. L'article L.132-16 du Code des assurances indique que le bénéfice perçu par un époux commun en biens à travers l'assurance-vie de son conjoint lui est propre. Le versement des primes ne constitue pas un motif de récompense. Néanmoins, cette règle n'est valable que concernant les contrats dénoués. Qu'en est-il des contrats non dénoués. L'arrêt Praslicka du 31 mars 1992<sup>1165</sup> est venu répondre à cette interrogation. La Cour indique que les valeurs de rachat des contrats d'assurance-vie souscrits par le conjoint au moyen de deniers communs et non dénoués au décès doivent être comptabilisées dans l'actif de la communauté : « *D'un point de vue civil, la valeur de rachat d'un contrat d'assurance-vie non dénoué et financé avec des deniers communs est bien entendu un acquêt* <sup>1166</sup> ». Les contrats semblaient soumis civilement à la jurisprudence PRASLICKA<sup>1167</sup>. Le conjoint marié sous un régime de communauté ne peut se constituer des propres au moyen de deniers communs sans devoir récompense à la communauté<sup>1168</sup>. La réponse BACQUET de 2010<sup>1169</sup> a appliqué la jurisprudence PRASLICKA en matière fiscale. La valeur de rachat du contrat d'assurance-vie du survivant devait être intégrée à l'actif de communauté avant la liquidation de la succession.

---

<sup>1163</sup> Art. L.132-12 C assur.

<sup>1164</sup> Art. L.132-13 C assur.

<sup>1165</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, Bull. civ. I, n° 95, n° 90-16.343, arrêt PRASLICKA ; Defrénois 1992, art. 31348, note CHAMPENOIS G. ; JCP G 1992, I, 3614, note SIMLER P. ; RTD Civ. 1992, 632 obs. LUCET F. et VAREILLE B. ;

<sup>1166</sup> DASSY J-B., *Assurance-vie : réalités et perspectives. De quelques remèdes du notaire lors du règlement de la succession en présence d'un contrat d'assurance-vie*, JCP N 2012, n° 17, 1199.

<sup>1167</sup> BEN HADJ YAHIA S., *Assurance-vie – Réponses ministérielles et contrat d'assurance-vie non dénoué*, Dr. fam., n° 12, décembre 2016, étude 21.

<sup>1168</sup> Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RJP 2005, p. 47, obs. GHESTIN J. ; JCP G 2005, I, 111, note LECUYER H. ; Dr. fam. 2005, étude 6, note LEDUC P. et PIERRE P. ; JCP N 2005, 1003, note GROSJEAN P. ; LAMY décembre 2005, I, n° 504 obs. LEROY M. ; AJ. fam. 2005, p. 70 obs. BICHERON F. ; RDC 2005, p. 297 obs. BENABENT A. ; RTD Civ 2005, p. 434, note GRIMALDI M. et LE GUIDEC R. ; RGDA 2005, p. 110, obs. MAYAUX L. ; JCP G. 2005, I, 187, note PIERRE P. et GENTILHOMME R. ; JCP E 2008, 1265, obs. HOVASSE S.

<sup>1169</sup> QE n° 26231 de BACQUET J-P., paru au JO Assemblée nationale du 1er juillet 2008 avec réponse parue le 29 juin 2010.



**531. Le revirement fiscal.** En 2015, le Député CIOT a adressé une question au gouvernement afin de démontrer l'absurdité de la taxation fiscale qui accompagnait la règle civile. La taxation génératrice de droits de mutation à titre gratuit infligée aux héritiers sur des sommes dont ils ne deviennent pas titulaires étaient une hérésie fiscale. Une réponse ministérielle<sup>1170</sup> sur l'application de la jurisprudence PRASLICKA a mis fin au débat. Ces valeurs de rachat ne seront plus fiscalement comptabilisées pour l'imposition des droits de mutation à titre gratuit. Mais ils le resteront au titre du droit civil. Désormais, une dualité de calculs doit être réalisée en pratique. La comptabilisation civile des valeurs de rachat des contrats non dénoués du conjoint survivant ainsi que sa non comptabilisation fiscale, laisse ainsi une juste taxation s'opérer au décès du second des époux<sup>1171</sup>. Toutefois, il faut garder à l'esprit que la disparition de l'obligation fiscale de déclaration peut enjoindre le survivant précédemment marié sous le régime de la communauté, à dissimuler l'existence des contrats qu'il a lui-même souscrits, et ce, afin de contourner la réserve d'enfants non communs<sup>1172</sup>. Le contournement de la réserve serait alors double. Il concernerait à la fois le bénéfice des contrats souscrits par le défunt qui demeurent hors succession, et les contrats souscrit au moyen de fonds communs. Mais il s'expose à la peine de recel de communauté<sup>1173</sup> si les héritiers apprennent l'omission volontaire.

## **B. LES LIMITES DU SYSTEME**

**532. Les exceptions au principe.** Les contrats d'assurance-vie permettent de transmettre des sommes conséquentes en dehors de tout rapport civil et avec une imposition allégée. C'est en tout cas ainsi que fonctionne le principe. Mais comme tout principe, il est accompagné d'exceptions et non des moindres. La première concerne l'exagération des

---

<sup>1170</sup> QE n° 78192 de CIOT J-D., paru au JO Assemblée nationale du 21 avril 2015 avec réponse parue le 23 février 2016.

<sup>1171</sup> BEN HADJ YAHIA S., *Assurance-vie – Réponses ministérielles et contrat d'assurance-vie non dénoué*, Dr. fam., n° 12, décembre 2016, étude 21.

<sup>1172</sup> DASSY J-B., *Assurance-vie : réalités et perspectives. De quelques remèdes du notaire lors du règlement de la succession en présence d'un contrat d'assurance-vie*, JCP N 2012, n° 17, 1199.

<sup>1173</sup> Art. 1477 C. civ.

primes versées par le souscripteur (1<sup>o</sup>). La seconde concerne la requalification des contrats en libéralité, faute d'aléa suffisant (2<sup>o</sup>).

## 1. Les primes manifestement exagérées

**533. L'exagération.** Les primes manifestement exagérées font partie des motifs pour lesquels un contrat d'assurance-vie est remis en cause<sup>1174</sup>. La recherche de primes manifestement exagérées a donné lieu à une jurisprudence abondante en la matière<sup>1175</sup>. Ce principe est expressément prévu par le Code des assurances mais aucune précision n'y est incluse sur un quelconque calcul de proportion<sup>1176</sup>. Le législateur n'a pas défini avec précision la notion de « *primes manifestement exagérées* »<sup>1177</sup>. C'est au travers de la jurisprudence<sup>1178</sup> de la Cour de cassation que cette notion a été précisée<sup>1179</sup>. La Cour de cassation a notamment ajouté que le caractère d'exagération devait être établi compte tenu de l'état de fortune du *de cuius* au moment de la souscription du contrat, et non lors de l'ouverture de la succession<sup>1180</sup>. Les juges du fond sont seuls compétents pour établir si les primes doivent être considérées comme manifestement exagérées ou non<sup>1181</sup>. Leur pouvoir souverain est cependant limité<sup>1182</sup>. Ils ne peuvent qualifier de primes manifestement exagérées ou excessives en se basant sur la valeur de la quotité disponible au décès du

---

<sup>1174</sup> Cass. civ. 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 95-15.674 ; Dr. fam. 1997, comm. 146 obs. BEIGNIER B. ; D. 1998, p. 543 obs. CHOISEZ S. ; Defrénois 1998, art. 36765, n° 46, obs. CHAMPENOIS G.

<sup>1175</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 mars 2006, n° 04-19.177 : le souscripteur avait placé la majeure partie de son patrimoine en assurance-vie quelques années avant son décès.

<sup>1176</sup> L. 132-13 C. assur.

<sup>1177</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 809.

<sup>1178</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 décembre 2008, n° 07-20.544 : « *qu'un tel caractère s'apprécie au moment du versement, au regard de l'âge ainsi que des situations patrimoniale et familiale du souscripteur et de l'utilité du contrat pour ce dernier.* »

<sup>1179</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 février 2008, n° 06-16.373 : « *qu'un tel caractère s'apprécie au moment du versement, au regard de l'âge ainsi que des situations patrimoniales et familiales du souscripteur* »

<sup>1180</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 mars 2009, n° 08-11.980.

<sup>1181</sup> Pour un cas d'espèce : CA PAU, 17 juin 2013, n° 13/2556.

<sup>1182</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 809.



souscripteur<sup>1183</sup>, ou sur la volonté du défunt d'éluider l'impôt successoral<sup>1184</sup>. La proportion des primes doit être prise en compte à la date de leur versement et non la date du décès<sup>1185</sup>.

**534. Les critères.** Selon le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2004 : « *Le caractère manifestement exagéré des primes s'apprécie en tenant compte de divers facteurs : la situation de fortune globale du souscripteur, qui permet au juge de procéder à un véritable contrôle de proportionnalité, le mobile de la souscription qui démontre que l'on est passé de la volonté de gratifier à une attitude de reconnaissance ou à l'expression du devoir de secours entre époux, ainsi que l'utilité de la souscription de ce type de contrat pour le souscripteur. Le critère de l'âge renvoie à celui de l'utilité ou de la finalité de l'opération* »<sup>1186</sup>. En matière d'exagération la Cour de cassation se place donc sur trois critères : le déséquilibre des versements en considération de la situation financière et familiale du souscripteur, l'inutilité de la souscription, et le déséquilibre entre les versements et le patrimoine du disposant<sup>1187</sup>. Cette référence à l'utilité des versements a été reprise dans un arrêt récent de la Cour de cassation de 2012<sup>1188</sup>.

**535. L'utilité du placement.** Ce critère d'utilité est primordial et cumulatif avec la disproportion. Il a en effet été jugé encore plus récemment dans un arrêt de la Cour de cassation de 2014, que la Cour d'appel qui avait à bon droit constaté la juste proportion des primes eu égard au patrimoine du défunt, mais n'ayant pas pour autant recherché l'utilité du placement, ne pouvait se prononcer avec certitude sur le caractère exagéré des primes<sup>1189</sup>. La Cour suprême a tendance à fonder ses arrêts en remettant en cause les contrats d'assurance-vie sur la notion d'utilité<sup>1190</sup>. Or, comment prouver qu'un tel contrat n'est pas utile<sup>1191</sup> ? En effet, les contrats d'assurance-vie permettent d'accumuler de l'argent en plaçant du patrimoine sur un contrat. Cette accumulation fait fructifier l'argent qui est versé à chaque

<sup>1183</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 juillet 2007, n° 06.11.659.

<sup>1184</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 octobre 2008, n° 07-19.550.

<sup>1185</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 décembre 2008, n° 07-20.544.

<sup>1186</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2004 : La vérité.

<sup>1187</sup> HOVASSE S., *Assurance-vie : attribution bénéficiaire ou donation ? Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, JCP N 2010, n° 28, 1244.

<sup>1188</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 septembre 2012, n° 11-17.600 ; Rev. Fisc. Pam. mars 2013, n° 3, 5, note HOVASSE S.

<sup>1189</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-12.076 ; Rev. Fisc. Pam., mai 2014, n° 5, 72, obs. FAUCHER D.

<sup>1190</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009, n° 08-13.620.

<sup>1191</sup> A l'exception des cas de mort imminente ou proche.

fois. C'est dire en réalité que le contrat n'est pas inutile en ce qu'il permet au souscripteur d'accroître ses richesses, quand bien même il n'effectuerait aucun retrait. La Cour de cassation a rappelé qu'il était nécessaire pour les juges du fond de rechercher l'utilité du contrat pour le souscripteur lors du paiement des primes<sup>1192</sup>. L'absence d'utilité réelle constitue une raison de remise en cause du contrat d'assurance-vie.

**536. Rapport et réduction** Il est malgré tout possible aux héritiers de contrôler les sommes placées sur les contrats d'assurance-vie par le *de cuius*. L'article L 132-13 du Code des assurances permet aux héritiers de demander le rapport et/ ou la réduction des primes payées par le souscripteur dès lors qu'elles sont considérées comme manifestement excessives ou exagérées. Le choix du rapport ou de la réduction dépend de la qualité du bénéficiaire du contrat. S'il est lui-même héritier réservataire au moment du décès, le rapport et au besoin la réduction pourront lui être appliqués. Si au contraire, le bénéficiaire n'est pas réservataire, seule la réduction pourra lui être appliquée comme si les primes manifestement exagérées constituaient en réalité un legs. On imagine fort bien que le rapport soit une sanction qui intervient comme s'il s'agissait d'une donation indirecte<sup>1193</sup>. Néanmoins, le législateur ne la qualifie pas ainsi directement. Cette exagération ne peut faire l'objet d'un contrôle que si l'atteinte à la réserve est avérée et qu'il existe bien entendu au moins un héritier réservataire<sup>1194</sup>. Ce régime particulier est applicable à tous les types de contrats d'assurance-vie<sup>1195</sup>. L'imputation des primes jugées excessives sera alors réalisée en même temps que les legs<sup>1196</sup>.

---

<sup>1192</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2007, n° 05-13.803, JurisData n° 2007-037266.

<sup>1193</sup> BOUCHE X., *Assurance-vie : requalification en donation ou primes exagérées, choix et conséquences*, JCP N 2014, n° 18, 1174.

<sup>1194</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 3 novembre 2011, n° 10-21.760, Dr. fisc. 2013, comm. 1 obs. HOVASSE S.

<sup>1195</sup> Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RJP 2005, p. 47, obs. GHESTIN J. ; JCP G 2005, I, 111, note LECUYER H. ; Dr. fam. 2005, étude 6, note LEDUC P. et PIERRE P. ; JCP N 2005, 1003, note GROSJEAN P. ; LAMY décembre 2005, I, n° 504, obs. LEROY M. ; AJ. fam. 2005, p. 70 obs. BICHERON F. ; RDC 2005, p. 297 obs. BENABENT A. ; RTD Civ 2005, p. 434, note GRIMALDI M. et LE GUIDEC R. ; RGDA 2005, p. 110, obs. MAYAUX L. ; JCP G. 2005, I, 187, note PIERRE P. et GENTILHOMME R. ; JCP E 2008, 1265, obs. HOVASSE S.

<sup>1196</sup> BOUCHE X., *Assurance-vie : requalification en donation ou primes exagérées, choix et conséquences*, JCP N 2014, n° 18, 1174.



**537. Reconnaissance par les parties.** La Cour de cassation a reconnu dans un arrêt du 10 décembre 2013<sup>1197</sup>, qu'un jugement n'était pas nécessaire à la reconnaissance du caractère exagéré des primes. Bénéficiaire de contrat et héritiers peuvent s'entendre sur l'intégration d'un contrat d'assurance-vie à l'actif successoral sans qu'un juge n'ait besoin de confirmer ou d'infirmer cette situation. L'administration fiscale n'est pas en droit de réclamer une décision judiciaire pour appliquer les abattements correspondants. Rappelons, les articles L.132-12 et L.132-13 du Code des assurances dispensent de rapport les sommes perçues par le bénéficiaire à condition que les primes versées par le souscripteur ne soient manifestement exagérées eu égard à ses facultés financières<sup>1198</sup>.

## **2. La requalification et l'aléa**

**538. L'acceptation du bénéficiaire.** Pour que l'assurance-vie soit valide, il est nécessaire de respecter l'aléa<sup>1199</sup> : « *L'exigence d'un aléa sérieux rejoint l'existence d'une cause à l'obligation des parties. De sorte que le contrat aléatoire ne comportant pas d'aléa sérieux est nul, sauf à être requalifié en contrat à titre gratuit si la partie qui s'est appauvrie était animée d'une intention libérale*<sup>1200</sup> ». La requalification du contrat en libéralité pour absence d'aléa est une solution jurisprudentielle permettant à l'administration fiscale et aux héritiers de remettre en cause le contrat<sup>1201</sup>. L'absence d'aléa peut émaner de l'acceptation du bénéficiaire du vivant du souscripteur. La Cour de cassation a indiqué dans trois arrêts de novembre 2004<sup>1202</sup> que « *l'aléa caractéristique du contrat d'assurance-vie réside dans*

---

<sup>1197</sup> Cass. com., 10 décembre 2013, n° 12-22.424 ; JurisData n° 2013-028639 ; JCP N 2014, n° 1-2, act. 120, obs. FAUCHER D.

<sup>1198</sup> Art. L.132-13 C. assur.

<sup>1199</sup> Art. 1964 C. civ.

<sup>1200</sup> GRIMALDI C., *Mystérieuse tontine, Mélanges en l'honneur du Pr. CHAMPENOIS G.*, Paris, Defrénois, 2012, p. 424.

<sup>1201</sup> BOUCHE X., *Assurance-vie : requalification en donation ou primes exagérées, choix et conséquences*, JCP N 2014, n° 18, 1174.

<sup>1202</sup> Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RJPF 2005, p. 47, obs. GHESTIN J. ; JCP G 2005, I, 111, note LECUYER H. ; Dr. fam. 2005, étude 6, note LEDUC P. et PIERRE P. ; JCP N 2005, 1003, note GROSJEAN P. ; LAMY décembre 2005, I, n° 504, obs. LEROY M. ; AJ. fam. 2005, p. 70, obs. BICHERON F. ; RDC 2005, p. 297, obs. BENABENT A. ; RTD Civ 2005, p. 434, note GRIMALDI M. et LE GUIDE R. ; RGDA 2005, p. 110, obs.

*l'ignorance, à la date de la souscription, de l'identité du bénéficiaire au dénouement.*<sup>1203</sup> » Si le bénéficiaire n'accepte le contrat qu'après la mort du souscripteur, ce dernier aura conservé sa vie durant, la faculté de rachat qui lui est propre. C'est tout l'objet de l'arrêt de 2005<sup>1204</sup>. En acceptant en amont le contrat, le bénéficiaire bloque le souscripteur dans sa gestion, avec son accord. Il ne peut plus modifier les clauses et conditions du contrat, changer de bénéficiaire ou effectuer des retraits. Il ne peut plus utiliser le contrat comme une épargne personnelle. Le contrat constitue alors une réserve d'argent bloquée au profit d'un bénéficiaire déjà informé, ressemblant fort à une libéralité.

**539. L'assureur en cause.** Par aléa, le législateur entend qu'il y ait dans le contrat, une chance de gain et un risque de perte, et en aucun cas un gain à terme. Si le tiers est assuré de percevoir l'intégralité des sommes placées sur le contrat, l'aléa n'est pas respecté. Dans cette mesure, la rédaction des clauses bénéficiaires est d'autant plus importante qu'elle a une incidence sur la requalification du contrat, sur la transmission effective des sommes, ou sur le traitement fiscal<sup>1205</sup>. Comme le souligne à juste titre le Professeur Hervé LECUYER, le risque de requalification d'un contrat d'assurance-vie en libéralité pour cause d'absence d'aléa est à rechercher dans la relation entre assureur et souscripteur, tandis que l'intention libérale constituant la libéralité est à rechercher dans la relation souscripteur vis-à-vis du bénéficiaire<sup>1206</sup>. Certains auteurs<sup>1207</sup> considèrent que le contournement de la réserve en matière d'assurance-vie est en grande partie la responsabilité des assureurs eux-mêmes, qui par habitude inscrivent d'office la clause bénéficiaire « *mon conjoint, à défaut mes enfants, à défaut mes héritiers* » sans rechercher de désignation nominative. C'est ce que l'on appelle la clause standard en matière d'assurance. Les souscripteurs n'ont pas réellement de réflexion par rapport à celle-ci, elle leur est présentée comme la plus adaptée et la plus courante, par conséquent celle à adopter. Le contournement se fait parfois sans intention du

---

MAYAUX L. ; JCP G. 2005, I, 187, note PIERRE P. et GENTILHOMME R. ; JCP E 2008, 1265, obs. HOVASSE S.

<sup>1203</sup> HOVASSE S., *Assurance-vie : attribution bénéficiaire ou donation ? Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, JCP N 2010, n° 28, 1244.

<sup>1204</sup> Cass. com. 28 juin 2005, n° 03-18.397 ; JCP N 2005, 1493, note FAUCHER D.

<sup>1205</sup> LEROY M., *Assurance-vie – Stratégies de transmission à titre gratuit fondées sur l'assurance-vie*, Rev. Fisc. Pam. avril 2016, n° 4, étude 9.

<sup>1206</sup> LECUYER H., *Assurance vie et droit des successions : dyarchie ou symbiose*, AJ fam. 2007, p. 414.

<sup>1207</sup> AULAGNIER J., *La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie ?*, Gaz. Pal 29 janvier 2011, n° 29, p. 23.



souscripteur, notamment en famille recomposée. Dès lors, il apparaît judicieux de choisir avec intelligence et précautions le nom du bénéficiaire.

**540. La donation indirecte ?** Il arrive parfois que les contrats d'assurance-vie soient requalifiés en donation déguisée, voir indirecte. Pour qu'un contrat d'assurance-vie soit requalifié en acte de donation, il est nécessaire que les trois conditions des donations soient réunies : le dessaisissement irrévocable et actuel, l'acceptation du bénéficiaire et surtout la preuve de l'intention libérale<sup>1208</sup>. La demande peut émaner des héritiers ou de l'administration fiscale. La question a notamment été débattue dans le célèbre arrêt LEROUX<sup>1209</sup> rendu par la Cour de cassation en 2000. Dans cette affaire, un couple marié, parents de quatre enfants avait souscrit un contrat d'assurance de type contrat de capitalisation dont le bénéficiaire était l'un de leurs enfants. Les trois enfants lésés ont alors assigné leur mère et leur frère en partage devant le juge, demandant expressément le rapport de la valeur du contrat s'agissant d'un contrat de capitalisation et non de pure assurance-vie. La Cour avait retenu la qualification de libéralité au vu des circonstances. Dans un arrêt de décembre 2007<sup>1210</sup>, la Cour a considéré qu'un souscripteur qui avait signé des contrats d'assurance-vie peu après avoir appris son cancer et qui avait désigné sa compagne bénéficiaire trois jours avant de décéder, avait réalisé une libéralité. L'intention libérale retenue par la jurisprudence concerne les circonstances tenant au contrat. Il peut s'agir d'un contrat à prime unique sans que l'aléa ne puisse être prouvé<sup>1211</sup>. Toutefois, la Cour suprême rappelle qu'en cas de requalification du contrat d'assurance-vie en donation déguisée, seules les primes versées devront être réintégrées à la succession du souscripteur<sup>1212</sup>. Le capital versé au bénéficiaire pourra cependant être conservé par ce dernier.

---

<sup>1208</sup> Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12-769, JCP N 2009, 1094 note LE GUIDEC R. ; JCP G 2008, II, 10029, note MAYAUX L. ; JCP E 2008, 1265 note HOVASSE S. ; JCP N 2008, 1174, note RICHE R. ; Dr. fam. 2008, comm. 30, obs. BEIGNER B.

<sup>1209</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 2000, n° 97-21.535 ; JCP N 2000, 2215, note BIGOT J. ; JCP G 2000, II, 10434 note SAUVAGE F et FAUCHER D. ; JCP G. 2000, n° 49, note BIGOT J., Dr. fam. 2000, comm. 149, obs. LEROY M. ; D. 2001, p. 1607, note REVEL J. ; Gaz. Pal. 2001, p. 1450, obs. PANSIER J.

<sup>1210</sup> Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12-769, JCP N 2009, 1094, note LE GUIDEC R. ; JCP G 2008, II, 10029, note MAYAUX L. ; JCP E 2008, 1265, note HOVASSE S. ; JCP N 2008, 1174, note RICHE R. ; Dr. fam. 2008, comm. 30, obs. BEIGNER B.

<sup>1211</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 mars 2009, n° 08-11.980.

<sup>1212</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 3 novembre 2011, n° 10-21.760 ; Dr. fisc. 2013, comm. 1 obs. HOVASSE S.

**541. Les rachats.** L'assurance-vie permet de capitaliser pour une retraite prochaine et de transmettre du patrimoine. Afin d'éviter que le contrat ne soit requalifié en donation faute d'aléa avéré, il est nécessaire de faire vivre le contrat d'assurance-vie<sup>1213</sup>. Le contrat sera requalifié en donation s'il est démontré qu'il s'agissait uniquement d'accumuler des fonds pour transmettre un capital à un tiers. A l'inverse, si le souscripteur a effectué des rachats sur le contrat afin de mobiliser de l'épargne pour lui-même, la qualification de donation sera difficile à rapporter. Il paraît tout de même compliqué de prouver l'inutilité du contrat d'assurance-vie et son absence d'aléa alors que le souscripteur a réalisé des rachats ou est en mesure de le faire dans de bonnes conditions. S'agissant de souscripteurs de 50 ou 60 ans avec une espérance de vie encore conséquente, sans problème de santé majeur ou mettant en péril leur vie de manière imminente, les rachats semblent tout à fait envisageables :

*« Comment un juge du fond pourrait-il juger que des contrats d'assurance reposant sur la capitalisation des bénéfices financiers, souscrits par affectation ou arbitrage d'une épargne significative par des époux d'une soixantaine d'années, dont l'espérance de vie dépasse vingt années n'avaient pas d'utilité pour eux ? Comment démontrer que la souscription de ces contrats a pu mettre en cause leur niveau de vie ? »<sup>1214</sup>.*

Dès lors que le contrat remplit sa fonction d'épargne, il sera difficile de prouver dans ces circonstances, qui recouvrent la majorité des cas de souscription d'assurance-vie que le contrat était inutile<sup>1215</sup>. Les rachats favorisent la démonstration de l'utilité du contrat. Toutefois, les rachats ne sont pas impératifs<sup>1216</sup>.

**542. L'espérance de vie.** Un contrat d'assurance-vie n'est rien d'autre qu'un pari sur la mort. C'est un pari sur les années, un pari sur l'espérance de vie du souscripteur. Ce contrat est jugé utile et aléatoire si le souscripteur a une espérance de vie assez longue pour que le

---

<sup>1213</sup> AULAGNIER J., *La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie ?*, Gaz. Pal 29 janvier 2011, n° 29, p. 23.

<sup>1214</sup> AULAGNIER J., *Pour une protection optimale du survivant : choisir de prélever tout ou partie des biens du prémourant*, JCP N 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 9, 1040.

<sup>1215</sup> AULAGNIER J., *Pour une protection optimale du survivant : choisir de prélever tout ou partie des biens du prémourant*, JCP N 2013, n° 9-10, 1040.

<sup>1216</sup> BOUCHE X., *Assurance-vie : requalification en donation ou primes exagérées, choix et conséquences*, JCP N 2014, n° 18, 1174.



contrat puisse fructifier et qu'il puisse bénéficier si besoin, du capital par des rachats. Or il n'y a aucun pari, aucun aléa, si la santé du souscripteur est défaillante et son espérance de vie est compromise<sup>1217</sup>. Ainsi, il a été jugé, qu'un contrat d'assurance-vie souscrit par une personne décédée très peu de temps après ne comportait pas d'aléa<sup>1218</sup>. Le but du contrat est d'épargner pour soi-même et à son décès seulement, transmettre à un bénéficiaire ce que le contrat sera advenu. Il est toutefois complexe de prouver l'utilité d'un contrat d'assurance-vie souvent souscrit par des personnes d'un certain âge.

Un arrêt de la Cour d'appel d'ORLEANS du 10 janvier 2011 a d'ailleurs rappelé cette difficulté<sup>1219</sup>. Un contrat souscrit peu de temps avant le décès du souscripteur pour maladie dont il avait connaissance ne comporte pas d'aléa et n'est pas utile<sup>1220</sup>. Le régime dérogatoire et intéressant des assurances-vie ne s'applique pas en l'absence d'aléa<sup>1221</sup>. Trois arrêts du Conseil d'Etat<sup>1222</sup> sont venus insister sur la nécessité d'une espérance de vie suffisante. Ces arrêts avaient été rendus à propos de récupérations sociales. La Cour de cassation est venue insister sur cette notion d'espérance de vie à travers deux arrêts du 23

---

<sup>1217</sup> Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RJP 2005, p. 47, obs. GHESTIN J. ; JCP G 2005, I, 111, note LECUYER H. ; Dr. fam. 2005, étude 6, note LEDUC P. et PIERRE P. ; JCP N 2005, 1003, note GROSJEAN P. ; LAMY décembre 2005, I, n° 504, obs. LEROY M. ; AJ. fam. 2005, p. 70, obs. BICHERON F. ; RDC 2005, p. 297, obs. BENABENT A. ; RTD Civ 2005, p. 434, note GRIMALDI M. et LE GUIDEC R. ; RGDA 2005, p. 110, obs. MAYAUX L. ; JCP G. 2005, I, 187, note PIERRE P. et GENTILHOMME R. ; JCP E 2008, 1265, obs. HOVASSE S.: « *Le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L.310-1, 1° et R.321-1, 20 du Code des assurances, et constitue un contrat d'assurance sur la vie* », ; RTD Civ 2005, p. 434 GRIMALDI M.

<sup>1218</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 juillet 2007, n° 06-16.382, JurisData n° 2007-039964 : le contrat d'assurance vie a été requalifié en donation car la Cour a considéré que le souscripteur avait souhaité se dépouiller des sommes incluses dans le contrat de manière irrévocable au profit du bénéficiaire.

<sup>1219</sup> CA ORLEANS 10 janvier 2011, n° 09/02828, JurisData n° 2011-002293 ; Dr. fam. 2011 comm. 84 obs. BEIGNIER B.

<sup>1220</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2007, n° 05-10.254, Bull. civ. I, n° 258, BPAT 5/07 inf. 143.

<sup>1221</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2012, n° 11-17.891, Bull. civ. I, n° 200, BPAT 6/12 inf. 301 : « *Alors qu'il résulte des articles L. 132-8 et L. 132-12 du Code des assurances que le capital stipulé payable lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ne fait pas partie de la succession de l'assuré, que le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, laquelle peut être faite par testament, est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, si bien qu'en retenant que le capital du contrat d'assurance-vie ASAC constituait une libéralité en raison de la désignation des bénéficiaires par voie testamentaire, la Cour d'appel a violé par refus d'application les textes précités.* »

<sup>1222</sup> CE sect. cont., 19 novembre 2004, n° 254797, JurisData n° 2004-067609 ; Defrénois 2006, art. 38306, note SAUVAGE F. ; CE 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-section, 6 février 2006, JurisData n° 2006-069617 ; JCP N 2006, n° 10, 229

octobre 2008<sup>1223</sup> et du 22 octobre 2009<sup>1224</sup>. Dans le premier arrêt, la Cour utilise la notion d'aléa pour requalifier un contrat souscrit trois ans avant le décès d'une maladie connue, tandis que dans le second, elle tranche en faveur du maintien de la qualification d'assurance-vie. Les contrats souscrits *in articulo mortis*<sup>1225</sup>, lorsque la santé du souscripteur est en passe de défaillir, vont caractériser une donation indirecte<sup>1226</sup>. Cette requalification entraîne le rapport et la réduction de l'intégralité des sommes versées. On distingue ici une légère différence avec le rapport des primes excessives dont, seules les primes jugées excessives feront l'objet du rapport, et non l'intégralité du contrat. Mais dans un cas comme dans l'autre, le contournement de la réserve ainsi mis en place tombe.

**543. Requalification fiscale.** L'administration fiscale peut être à l'origine de la demande de requalification. Dans ce cas, elle invoque généralement l'absence d'aléa ainsi que la qualité des bénéficiaires du contrat<sup>1227</sup>. S'il y a concordance entre le bénéficiaire et l'héritier désigné par la succession, qu'elle soit *in testat* ou volontaire, un faisceau d'indices la conduira à penser que le contrat d'assurance-vie n'a été réalisé qu'en vue d'échapper au régime des donations. La preuve de la libéralité doit être rapportée par celui qui se prévaut de la requalification<sup>1228</sup>. S'agissant de l'administration fiscale, l'utilité est double. La requalification peut permettre par le jeu des calculs de faire payer des droits à un héritier jusque-là exonéré, ou reconstituer un actif successoral vidé par ledit contrat d'assurance-vie afin de permettre de demander la récupération d'une créance d'aide sociale<sup>1229</sup>. La jurisprudence a d'ailleurs eu à se prononcer sur la requalification du contrat pour inutilité afin de permettre notamment une récupération d'aide sociale sur la succession du défunt<sup>1230</sup>. Le *de cuius* qui a pour but de contourner la réserve de ses descendants doit prendre garde à

---

<sup>1223</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 octobre 2008, n° 07-19.950.

<sup>1224</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 22 octobre 2009, n° 08-17.793.

<sup>1225</sup> A l'instant de la mort.

<sup>1226</sup> FRULEUX F., *Le régime fiscal des primes d'assurance-vie exagérées sujettes à rapport*, JCP N 2014, n° 28, 1247

<sup>1227</sup> BOUCHE X., *Assurance-vie : requalification en donation ou primes exagérées, choix et conséquences*, JCP N 2014, n° 18, 1174.

<sup>1228</sup> BOUCHE X., *Assurance-vie : requalification en donation ou primes exagérées, choix et conséquences*, JCP N 2014, n° 18, 1174.

<sup>1229</sup> THOMAS-DEBENEST G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 20 : Donations et testaments – donations entre vifs, forme. Absence d'acte authentique.*

<sup>1230</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 avril 2008, n° 06-16.725, Resp. civ. Et assur. 2009, dossier 7, note PIERRE P.



l'attitude de ces derniers tout en conservant à l'esprit que le recours pourra émaner de l'administration fiscale elle-même.

**544.** L'assurance-vie n'est pas la seule à reposer sur la notion d'aléa et à parier sur la mort de son souscripteur. Le viager est également une solution pour celui qui souhaite conserver un confort de vie tout en ayant la certitude que sa succession sera vidée du bien qu'il occupe (§2.).

## **§2. LA VENTE EN VIAGER**

**545. Appréhender la mort.** La vente en viager est prévue aux articles 1968 à 1983 du Code civil. Ces dispositions n'ont quasiment pas connu de modification depuis 1804<sup>1231</sup>. Cette absence de modification ne rend pas attractif un contrat qui avait pourtant tout son sens à sa création. Encore aujourd'hui, il peut tenir une place importante compte tenu du vieillissement de la population. La vente en viager repose néanmoins sur des notions factuelles angoissantes de prime abord. Le commun des mortels a une relation particulière avec la mort, presque tabou. S'avouer qu'on va mourir, quelque part, dans un futur lointain ou proche, relève d'une grande force de caractère et d'un pragmatisme à toute épreuve. Or, rares sont ceux qui envisagent leur mort, comme celle des autres avec philosophie. Dans ces circonstances, envisager la vente en viager avec ce qu'elle représente, est souvent contraint par une certaine peur que l'on adjoint à une morale qui en réalité est hors sujet. Choisir la vente en viager c'est prévoir la mort (**A.**), la sienne ou celle de l'autre, tout dépend du point de vue où l'on se place. Éviter de recourir à un contrat utile pour une question d'appréhension morale serait déraisonnable. Le viager reste une solution risquée mais efficace, notamment en matière de contournement de la réserve (**B.**).

---

<sup>1231</sup> DESCHAMPS C. et LEGRAND V., *Vente immobilière – trois bonnes raisons de réformer la vente immobilière en viager*, JCP N 2016, n° 14, 1117.

## **A. LA PREVISION DE LA MORT**

**546.** La vente en viager constitue une forme de contrat dont l'objet n'est autre qu'un pari sur la mort, même s'il n'est pas le seul (1°). Tout comme le contrat d'assurance-vie, elle spéculé sur la mort prochaine de celui qui perçoit les fonds. Certains iront même jusqu'à dire que dans le viager, on prie pour la mort rapide du créancier. C'est un peu exagéré mais un fond de vérité se cache dans ces paroles. Le prix et la rente sont la contrepartie de la vente du bien par le crédirentier. Cette contrepartie sera fonction de l'estimation du décès à venir (2°).

### **1. Les formes de paris sur la mort**

**547. Un contrat spécial.** La vente en viager est un contrat par lequel, le débirentier verse des sommes d'argent durant la vie du crédirentier pour l'acquisition d'un bien immobilier lui appartenant. Il s'agit d'un contrat aléatoire reposant sur une estimation de la date de décès du crédirentier. Plus sa vie sera longue, plus le débirentier versera de rente afin d'acquérir le bien. Si le crédirentier décède rapidement, le débirentier deviendra plein propriétaire d'un bien dont il aura payé un prix moindre que sa valeur réelle. Chacun dispose d'une chance de gain et de perte. Le crédirentier se réserve quasi automatiquement le droit d'usage et d'habitation afin de pouvoir continuer de vivre dans le bien jusqu'à son décès.

**548. Utilité insoupçonnée.** La vente en viager recèle bien des avantages et « *Un effort d'information doit aussi être entrepris pour développer ce contrat, qui peut contribuer à résoudre le problème du maintien à domicile des personnes âgées, à créer de nouvelles modalités d'accès à la propriété et, éventuellement, à faciliter la transmission intrafamiliale d'un bien immobilier*<sup>1232</sup> ». Elle permet notamment de rentabiliser la propriété d'un bien immobilier, s'assurant ainsi un complément de retraite, tout en conservant la jouissance de

---

<sup>1232</sup> QE n° 20933 paru au JO Assemblée nationale avec réponse parue le 26 août 2008.



sa résidence<sup>1233</sup>. Elle permet également d'évincer les questions de transmission de l'habitation, notamment quand le vendeur n'a pas d'héritier en ligne directe. De plus, travaux et taxe foncière sont désormais à la charge de l'acquéreur. Une aubaine pour la personne âgée incapable d'effectuer de menues réparations et dont la taxe foncière peut s'avérer pénalisante pour une retraite modeste. La vente en viager gagne à être reconnue comme une solution viable auprès des séniors.

**549. Le choix du crédientier.** La rente est dans la quasi-totalité des cas versée au vendeur qui devient donc le crédientier. Toutefois, il est toujours possible de prévoir que le bénéficiaire de ces versements sera un tiers, un parent du vendeur le plus souvent<sup>1234</sup>. La rente peut être prévue sur la tête de plusieurs crédientiers en cas d'accord des parties. Si la vente est réalisée par des époux, ces derniers peuvent insérer une clause de réversion afin que chacun puisse bénéficier individuellement en cas de décès, de la part de l'autre. Bien évidemment, la rente ne peut être constituée sur la tête d'une personne déjà décédée<sup>1235</sup>. Un certificat de vie peut être délivré en ce sens. Mais la simple présence à la signature de l'acte authentique suffira à valider la condition. La mention du nom du bénéficiaire de la rente devra être incluse dans l'acte de vente, empêchant ainsi toute modification ultérieure des conditions du contrat.

**550. La différence avec le bail à nourriture.** Il est également envisageable de vendre la nue-propriété d'un bien tout en conservant l'usufruit. Le prix de vente pourrait être un paiement comptant ou un prix converti en bail à nourriture. Il peut également être intéressant de prévoir non pas une vente en viager à proprement parler mais une vente avec prix converti en bail à nourriture. Le bail à nourriture est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à pourvoir aux besoins de son cocontractant en échange de l'abandon d'une créance, de la vente d'un bien ou du paiement d'un prix. Si le *de cuius* est dans une situation de santé qui rendrait tendancieuse la conclusion d'une vente en viager, il peut néanmoins, si son décès n'est pas non plus imminent vendre ses actifs moyennant paiement d'un prix

---

<sup>1233</sup> DESCHAMPS C. et LEGRAND V., *Vente immobilière – trois bonnes raisons de réformer la vente immobilière en viager*, JCP N 2016, n°14, 1117.

<sup>1234</sup> MONToux D., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Vente d'immeuble, fascicule 490 : *Vente d'immeuble – vente en viager*.

<sup>1235</sup> Art. 1974 C. civ.

converti en bail à nourriture. Il est vrai qu'en pratique, il s'agit d'un cas particulièrement rare. Néanmoins la Cour de cassation a eu à juger d'un cas similaire il y a déjà trente ans<sup>1236</sup>. En l'espèce, le *de cujus* avait vendu des biens lui appartenant dans deux actes authentiques différents à deux acquéreurs différents avec dans les deux cas, un prix converti en bail à nourriture. La Cour a validé les deux ventes comme n'étant pas annulables ou requalifiables en libéralités dès lors que la venderesse disposait du droit de réclamer le paiement total. Cette solution bien que plus rare que la vente en viager, peut être également envisagée pour éliminer un bien de sa succession tout en conservant l'assurance de revenus réguliers. Le contournement de la réserve serait alors atteint.

## 2. Le prix et la rente

**551. Le prix.** Dans une vente en viager, le vendeur cède son bien moyennant un prix qu'il accepte de ne pas percevoir en intégralité au jour de la signature mais bien contre des versements réguliers, une rente, qui prendra fin à son décès. Le prix doit être réel et sérieux. Lorsque la rente est d'un montant inférieur ou égal aux revenus produits, l'aléa est absent<sup>1237</sup>. De même concernant une réserve de droit d'usage et d'habitation avec conversion du prix de vente en rente viagère, la constitution de cette rente n'est valable que lorsque la valeur des arrérages est supérieure ou égale à la valeur locative du bien concerné<sup>1238</sup>. La difficulté réside dans la juste proportion à respecter. Les arrérages sont dus pour chaque jour de vie du crédientier à compter du jour de la vente<sup>1239</sup>. Le prix peut être réglé en totalité en rente viagère, ou comme la pratique le prévoit souvent, une partie comptant, le bouquet, et une partie sous forme de rente.

---

<sup>1236</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1988, n° 86-12.481, Bull. civ. 1988, I, n° 121.

<sup>1237</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 janvier 2015, n° 13-25.689.

<sup>1238</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 décembre 2017, n° 16-17.772 ; AJDI 2018, p. 143.

<sup>1239</sup> ZALEWSKI-SICARD V., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, *Synthèse – Vente d'immeuble : ventes particulières*.



**552. Le taux.** Le taux de la rente est librement choisi par les parties<sup>1240</sup>. Il dépend de l'espérance de vie du vendeur et du choix du taux de placement<sup>1241</sup>. Les barèmes des tables de mortalités sont une base généralement exploitée par les notaires et les professionnels des viagers dans ce type de transaction. Toutefois, ces tables ne sont pas remises à jour régulièrement, faussant ainsi souvent les calculs. Lorsque le calcul est réalisé par un professionnel du viager au vu des statistiques des décès dans de nombreux contrats, les calculs sont plus justes<sup>1242</sup>. Une clause d'indexation peut également être incluse dans la vente afin de tenir compte du coût de la vie.

**553. Le paiement de la rente.** Les modalités de paiements sont libres. Dans cette hypothèse, un choix judicieux du débirentier est primordial. Le crédirentier se retrouvera démuné face à un débirentier devenu insolvable ou qui refuse d'honorer ses échéances. La résolution de la vente ne peut intervenir pour un simple défaut de paiement des arrérages sauf clause expresse incluse dans l'acte.<sup>1243</sup> Un arrêt de la Cour de cassation de 2008 confirme que le défaut de paiement des échéances de la rente par les acquéreurs rendait caduque la vente dès lors qu'une clause résolutoire pour défaut de paiement avait été insérée dans l'acte<sup>1244</sup>. Le paiement est généralement mensuel ou annuel.

## **B. RISQUES ET EFFICACITE**

**554.** Ces contraintes expliquent en partie le désintérêt pour ce contrat et « *Des aménagements juridiques sont actuellement à l'étude pour lever les obstacles qui s'opposent au développement du contrat de vente en viager, peu usité en raison de sa complexité juridique, des contraintes très lourdes qu'il fait peser sur le débirentier et de l'insuffisante*

---

<sup>1240</sup> Art. 1976 C. civ.

<sup>1241</sup> ZALEWSKI-SICARD V., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, *Synthèse – Vente d'immeuble : ventes particulières*.

<sup>1242</sup> MONTOUX D., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Vente d'immeuble, *fascicule 490 : Vente d'immeuble – vente en viager*.

<sup>1243</sup> Art. 1978 C. civ.

<sup>1244</sup> Cass. plén. 4 avril 2008, n° 07-14.523 ; JCP N 2008, n° 16, 394.

*protection du crédentier.*<sup>1245</sup> » Le respect de l'aléa du décès cause souvent des difficultés de mise en place (1°). Le contournement de la réserve est alors tributaire du respect des conditions essentielles de la vente (2°).

## 1. L'aléa du décès

**555. La fin du contrat.** Le contrat prend généralement fin par le décès du crédentier. Ce dernier peut toutefois renoncer au versement de la rente sans que le contrat ne soit remis en cause. La résolution de la vente peut également intervenir en cas de défaut de paiement si une condition résolutoire avait été prévue à l'acte. Le notaire rédacteur aura pris soin d'insérer une clause pénale au contrat afin d'octroyer des dommages et intérêts au crédentier en cas de défaut de son obligation d'exécution. La prescription est également une cause d'extinction dès lors que le crédentier n'aura ni perçu ni réclamé pendant cinq ans le paiement de la rente<sup>1246</sup>.

**556. L'âge du crédentier.** Pour que l'aléa soit présent, aucune des parties ne doit savoir à l'avance quelle sera la durée des versements, et quel est le montant total perçu par le crédentier<sup>1247</sup>. Si la prévision est faisable voire quasi-certaine, l'aléa n'existe pas. Il s'agit souvent d'un problème d'âge ou d'état de santé. L'âge avancé du crédentier ne justifie pas à lui seul l'abandon du caractère aléatoire du contrat<sup>1248</sup>. Il est loisible à un homme de 90 ans n'ayant pas de maladie susceptible de conduire dans un avenir proche à un décès de réaliser une vente en viager de sa résidence principale. Son espérance de vie est certes réduite mais rien n'indique dans ces circonstances que son décès doit survenir dans les prochains mois.

---

<sup>1245</sup> QE n° 20933 paru au JO Assemblée nationale avec réponse parue le 26 août 2008.

<sup>1246</sup> MONTOUX D., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Vente d'immeuble, *fascicule 490 : Vente d'immeuble – vente en viager*.

<sup>1247</sup> ZALEWSKI-SICARD V., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, *Synthèse – Vente d'immeuble : ventes particulières*.

<sup>1248</sup> MONTOUX D., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Vente d'immeuble, *fascicule 490 : Vente d'immeuble – vente en viager*.



**557. L'état de santé.** Aux termes de l'article 1975 du Code civil, la vente peut être remise en cause si le créancier décède dans les 20 jours de la vente, d'une maladie dont il se savait atteint au moment de la régularisation. Il doit être décédé de cette maladie. Un certificat médical pourra être produit à l'appui de la demande d'annulation des héritiers qui contesteraient la transaction<sup>1249</sup>. En outre, dans un arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2000, la Cour a rappelé qu'il n'existait pas d'aléa si les parties ont contracté la vente en connaissant l'état de santé précaire du vendeur et l'issue fatale qui en résultait même au-delà du délai de 20 jours<sup>1250</sup>. En l'espèce, le vendeur qui se savait condamné, est décédé 15 mois après la signature de l'acte de vente. Mais dans un tel cas, quel est le juste délai pour que la mort du vendeur ne paraisse pas suspecte ? Il revient aux juges du fond d'apprécier si le délai était suffisamment long pour respecter l'aléa inhérent au contrat de vente avec rente viagère. La concomitance d'un âge avancé, de l'état de santé précaire et du risque accru de décès dans un avenir proche pousse les juges du fond à annuler les ventes pour absence d'aléa<sup>1251</sup>.

## **2. Le contournement**

**558. Donation déguisée.** L'article 918 du Code civil répute les ventes à charge de rente viagère ou en viager entre parents et enfants, comme étant réalisées à titre gratuit. Cette requalification civile emporte souvent une taxation fiscale. D'ailleurs, l'Administration fiscale est encline à requalifier en donation déguisée des ventes immobilières régularisées par des vendeurs très âgés, au profit de présomptifs héritiers, même non descendants, notamment si elle ne comprend pas de bouquet<sup>1252</sup>. Dès lors, on évitera toute vente au profit d'un présomptif héritier. Afin d'éviter la nullité de la vente, l'aléa doit pouvoir être vérifiable. Un certificat de bonne santé délivré par le médecin du créancier pourra servir de preuve en cas de décès inopiné.

---

<sup>1249</sup> MONToux D., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Vente d'immeuble, *fascicule 490 : Vente d'immeuble – vente en viager*.

<sup>1250</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 2 février 2000, 98-10714 ; JCP G 2000, n° 15, II, 10289, note WEBER J-F.

<sup>1251</sup> Du vendeur.

<sup>1252</sup> CRIDON PARIS, n° 812822, 5 novembre 2013.

**559. Contournement.** Le *de cujus* peut être tenté de vendre sa résidence principale en viager pour lui permettre de continuer à profiter de ce bien de son vivant et le voir disparaître à son décès afin de vider un peu plus sa succession<sup>1253</sup>. Le contournement de la réserve est si évident et les conditions de réalisation de ces ventes sont si drastiques, que les tribunaux ont tendance à les annuler pour des motifs divers<sup>1254</sup>. Or, la vente en viager intéresse doublement le contournement de la réserve. Dans un premier temps, elle permet au vendeur de percevoir des revenus tout en étant assuré que le bien ne figurera pas dans sa succession à son décès. Les sommes ainsi perçues pourront faire l'objet d'une utilisation, de dons manuels discrets ou encore d'une assurance-vie. Ainsi la valeur du bien immobilier aura presque entièrement disparu à l'ouverture de la succession. Le calcul de la réserve sera biaisé par l'absence de ce bien. Une seconde option s'ouvre au *de cujus* en quête de contournement. Comme la casquette de créancier n'est pas forcément attribuée au vendeur, il pourrait être possible de prévoir que le bénéficiaire est l'un des présomptifs héritiers ou encore le conjoint. Ainsi, le bien disparaîtrait du patrimoine du vendeur et le versement des arrérages serait directement effectué auprès du tiers. Ainsi, le *de cujus* serait en mesure de désavantager tous ses héritiers tout en avantageant spécifiquement son conjoint ou l'un de ses descendants. Aucune jurisprudence n'est venue illustrer cette idée. Néanmoins, on peut imaginer aisément que la manœuvre, si elle était découverte, pourrait être qualifiée de donation déguisée. La prudence est donc de rigueur.

**560.** Les contrats avec pari sur la date de décès ne sont pas les seuls actes moralement tendancieux de notre droit actuel. Parier sur l'ordre des décès l'est tout autant. Pourtant, les actes reposant sur l'aléa de l'ordre des décès semblent rencontrer plus d'engouement que leurs cousins (**Section 2**).

---

<sup>1253</sup> LE CHUITON, *L'exhérédation*, Thèse, Université de LILLE 2, 2012, p. 64.

<sup>1254</sup> GIRAUDEL C., *Vente d'immeubles – vente en viager – demandes en nullité successives – autorités de la chose jugée (non)- défaut d'identité d'objet et de cause*, AJDI 1995, p. 45.



## **SECTION 2. - UN PARI SUR L'ORDRE DES DECES**

**561. L'ordre des décès.** Le *de cuius* peut être amené à choisir entre accepter la fatalité de la répartition organisée par la réserve, ou prendre un risque. S'il est sûr de mourir un jour, il ne connaît pas sa dernière heure. Il ne sait pas non plus qui décèdera avant lui et qui lui survivra. Or, des instruments de contournement de la réserve se cachent parmi les paris sur la date de décès. En effet, le *de cuius* peut faire le choix de miser sa transmission sur son prédécès ou sa survie. Pour ce faire, il pourra soit se tourner vers les instruments agissant sur la pleine propriété (§1.), puis dans un second temps vers les démembrements (§2.).

### **§1. LA TRANSMISSION DE LA PLEINE PROPRIETE**

**562.** La transmission de tout ou partie d'un bien en pleine propriété constitue une solution fort intéressante pour le *de cuius* qui souhaite alléger son patrimoine au détriment de ses héritiers réservataires. Elle peut prendre la forme d'une tontine (A.) ou d'un droit de retour conventionnel (B.). Dans les deux cas, de la survie du *de cuius*, dépend la transmission complète du bien.

#### **A. LA TONTINE**

**563. Actualité.** La tontine est un outil ancien peu utilisé de nos jours. Elle permet pourtant de parier sur l'ordre des décès afin de déterminer l'issue de la propriété d'un bien. Ce choix représente une aubaine pour le contournement de la réserve. La création du pacte tontinier constitue un formidable outil de transmission notamment entre concubins (1°). Les conditions de sa constitution peuvent néanmoins la rendre limitée voire inopérante, si le *de cuius* a été trop avide (2°).

## **1. Un outil de transmission**

**564. L'attribution de propriété.** La tontine est une institution permettant d'attribuer la propriété d'un bien au survivant de deux acquéreurs. Le prédécédé est réputé ne jamais avoir été propriétaire tandis que le survivant a le titre de seul propriétaire depuis l'origine. Grâce à ce système, les parties peuvent jouir du bien en qualité de propriétaire jusqu'à leur décès, mais seul le survivant sera déclaré propriétaire depuis l'origine. La tontine est souvent utilisée en matière de concubinage afin de couper court à toute discussion avec les enfants que l'un ou l'autre aurait eus d'une précédente union, ou d'éviter une indivision avec des frères et sœurs ou des parents<sup>1255</sup>. Elle peut être organisée tant entre les membres d'un couple qu'entre parent et enfant<sup>1256</sup>. Elle était également souvent utilisée en droit international privé lorsque la distinction meuble/immeuble avait encore cours<sup>1257</sup>. Ainsi, des époux vivant à l'étranger et achetant un bien en France, pouvaient échapper à la loi française par l'utilisation de la tontine<sup>1258</sup>.

**565. Clause d'accroissement/acquisition en tontine.** La tontine est également communément nommée la clause d'accroissement. Toutefois, certains auteurs différencient les deux<sup>1259</sup>. La clause d'accroissement permet une division des droits avec une transmission des droits de l'un à l'autre au jour de son décès, elle constitue en réalité un pacte sur succession future. Elle est considérée comme permettant au survivant de se faire attribuer les droits indivis du prémourant sur les biens. Il s'agit d'une transmission ressemblant fort à la clause de préciput. La tontine fonctionne différemment. C'est une acquisition conditionnelle. Chacune des parties n'est pas réputée plein propriétaire jusqu'à la réalisation de la condition. Il n'y a pas de transmission préférentielle, mais bien une transmission automatique rétroactive.

---

<sup>1255</sup> SABOT-BARCET S., *Société tontinière et clause de tontine : une nouvelle jeunesse*, JCP N 2016, n° 19, 1157.

<sup>1256</sup> CA AIX EN PROVENCE, 5 mars 2013, JurisData n° 2013-00.6140.

<sup>1257</sup> FONGARO E., *La préparation d'une succession internationale*, JCP N 2008, n° 24, 1221.

<sup>1258</sup> Voir supra

<sup>1259</sup> LE CHUITON, *L'exhérédation*, Thèse, Université de LILLE 2, 2012, p. 59.



**566. Conditions.** Les tontiniers sont considérés comme étant indivisaires en jouissance mais pas réellement en propriété<sup>1260</sup>. Le survivant devient rétroactivement propriétaire de la totalité du bien, comme s'il l'avait acquis seul dès l'origine. Le prédécédé est réputé ne jamais avoir été propriétaire d'une quelconque quote part<sup>1261</sup> : « *Dans la tontine, les parties achètent le risque de perdre ou la chance d'acquérir, rétroactivement, l'entière propriété en cas de décès de l'un et de survie de l'autre*<sup>1262</sup> ». L'acquisition est en fait sous condition pour chacun des acquéreurs. Ils achètent sous la condition résolutoire du prédécès de l'un et la condition suspensive de la survie de l'autre.

**567. Diversité de supports.** La tontine doit obligatoirement être prévue et inscrite comme clause dans l'acte d'acquisition. On pense alors tout de suite à un achat immobilier avec l'intervention d'un notaire. Néanmoins, cette disposition du Code civil est utilisable quel que soit le type de bien acquis. La tontine pourra alors être prévue dans l'acquisition de parts sociales, la création d'un contrat de capitalisation, l'achat d'un fonds de commerce ou l'ouverture d'un compte titres joints<sup>1263</sup>. Il peut être intéressant d'utiliser la forme sociale en matière de tontine quand le lien de parenté ne permet pas d'évincer les droits de succession. La société achète un bien et les associés vont inclure une clause de tontine sur leurs parts. Au décès de l'associé, les droits de mutation à titre onéreux seront appliqués à la transmission des parts.<sup>1264</sup>

## **2. Un fonctionnement limité**

**568. L'aléa.** La tontine est un contrat à titre onéreux. Le fait pour des tontiniers d'acquérir un bien dans des proportions inégales ne signifie pas automatiquement qu'il y ait

---

<sup>1260</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1986 ; JCP N 1988, II, 20763, note DAGOT M. ; D. 1987 p. 137, note MORIN G. ; JCP N 1987 II, 166, note RAFFRAY J-G. et SENECHAL J-P. ; Defrénois 1987, art. 33888, note MORIN G.

<sup>1261</sup> LE GALLOU C., *Tontine, libéralité et aléa*, D. 2005, p. 2263.

<sup>1262</sup> LE GALLOU C., *Tontine, libéralité et aléa*, D. 2005, p. 2263.

<sup>1263</sup> AULAGNIER J., *Pour une protection optimale du survivant : choisir de prélever tout ou partie des biens du prémourant*, JCP N 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 9-10, 1040.

<sup>1264</sup> BOI-ENR-DMTG-10-10-10-10

libéralité. Dès lors que l'un ne finance pas la totalité pour les deux et que les quotes parts d'acquisition respectent une certaine proportion, il n'y aura pas de libéralité<sup>1265</sup>. Il faut pour cela, respecter l'aléa portant sur le risque de perte et de gain de chacun. Les pactes tontiniers ne peuvent être utilisés qu'en cas d'aléa réel. L'égalité de chances de devenir à terme seul propriétaire originaire doit être respectée. L'espérance de vie doit être similaire sans pour autant être identique. La différence d'âge ne doit pas mettre en doute l'aléa sur l'ordre des décès<sup>1266</sup>. Une différence d'âge ou d'état de santé trop importante aura pour conséquence la remise en cause de la tontine pour absence d'aléa. Les détails du financement sont d'autant plus importants si le respect de l'aléa n'est pas si évident.

**569. Donation déguisée.** Par principe, la tontine ne correspond pas à une libéralité et n'est pas soumise à son régime<sup>1267</sup>. Aussi, la tontine ne subit pas la révocation pour ingratitude<sup>1268</sup>. Le rapport et la réduction ne peuvent s'appliquer à la tontine sauf s'il n'existe pas d'aléa. En cas d'absence d'aléa, le contrat peut être requalifié en donation déguisée<sup>1269</sup>. On peut alors s'interroger sur la qualification de donation si celui des deux qui n'a rien financé se trouve être le survivant des deux<sup>1270</sup>. Toutefois, il faudrait tout de même prouver l'intention libérale. A l'inverse, si la condition de l'aléa est respectée, le contrat n'encourra pas la requalification en donation déguisée<sup>1271</sup>. Or l'aléa concerne tant la propriété que le gain. Celui qui a tout payé n'a pas de chance de gain<sup>1272</sup>. En effet, soit il survit et récupère le bien qu'il a payé entièrement comme un acheteur classique, soit il décède et perd l'intégralité du prix d'acquisition. De même, si la différence d'âge ou d'état de santé est si importante qu'elle présageait l'ordre des décès, la chance de gain de l'acquéreur vieux et

---

<sup>1265</sup> PATARIN J., *L'application d'une clause de tontine ne peut être restreinte par les règles de la réserve héréditaire*, RTD Civ. 1992, p. 619.

<sup>1266</sup> Cass. civ. 10 mai 2007, n° 05-21.011 ; RJPF 2007, p. 28, note VALORY S.

<sup>1267</sup> LE GALLOU C., *Tontine, libéralité et aléa*, D. 2005, p. 2263.

<sup>1268</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 décembre 2012, n° 11-24.448, AJ. fam. 2013, 188 obs. LEVILLAIN N. : à propos d'une tontine entre concubin, dont l'un avait assassiné l'autre.

<sup>1269</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2007, n° 05-21.011 ; RJPF 2007, p. 28, note VALORY S.

<sup>1270</sup> MEAU-LAUTOUR H., *La donation déguisée en droit civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 136.

<sup>1271</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2004, n° 02-11.088 ; JCP 2005, I, 187, n° 8, note LE GUIDE R. ; Dr. fam. 2005, comm. 61, obs. BRUN A-S. ; Dr. fam. 2005, comm. 53, obs. BEIGNIER B. ; Defrénois 2005, p. 617, note LIBACHER R. ; Defrénois 2005, n° 20, p. 1560, note FARGE C.

<sup>1272</sup> MEAU-LAUTOUR H., *La donation déguisée en droit civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 136.



malade était quasi nulle. Là encore, l'absence d'aléa permet une requalification en donation déguisée avec rapport et réduction.

**570. Droit fiscal.** Le droit fiscal pose une limite à l'usage de la tontine. La tontine n'est pas taxée de la même manière s'agissant d'un bien d'une valeur supérieure ou inférieure à 76.000,00 €. L'article 754 A du CGI dispose que : « *Les biens recueillis en vertu d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra aux survivants de telle sorte que le dernier vivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement.*

*Cette disposition ne s'applique pas à l'habitation principale commune à deux acquéreurs lorsque celle-ci a une valeur globale inférieure à 76 000 €, sauf si le bénéficiaire opte pour l'application des droits de mutation par décès.* » Dès lors que l'acquisition en tontine n'est pas réalisée pour un bien à usage de résidence principale avec une valeur inférieure à 76.000,00 €, les droits de mutation de type droits de succession s'appliquent compte tenu du lien de parenté existant entre les coacquéreurs. Or, depuis la loi Tepa du 21 août 2007<sup>1273</sup>, cette transmission est libre de taxe dès lors qu'elle est réalisée entre époux ou partenaires pacsés ayant réalisé des testaments. Mais attention, les époux mariés sous le régime de communauté légale ne peuvent efficacement insérer dans leurs acquisitions une clause de tontine<sup>1274</sup>. Le bien conserverait la qualité de bien commun<sup>1275</sup>. L'acquisition par de simples concubins de parts sociales par l'intermédiaire d'une société avec clause de tontine serait fiscalement plus intéressante. La cession serait soumise aux droits de mutation à titre onéreux et non à titre gratuit.

---

<sup>1273</sup> Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007, Loi Tepa.

<sup>1274</sup> SABOT-BARCET S., *Société tontinière et clause de tontine : une nouvelle jeunesse*, JCP N 2016, n° 19, 1157.

<sup>1275</sup> MONASSIER B. et VAN STEENLANDT P., *Communauté universelle et tontine entre époux : couple infernal ou insensé ?* JCP N 2010, n° 28, 1243.

## **B. LE DROIT DE RETOUR CONVENTIONNEL**

**571. Les successions anomales.** Le droit de retour légal peut être défini comme « celui en vertu duquel une chose échappe aux règles successorales ordinaires pour revenir à la personne de qui le de cuius la tenait, ou parfois aux descendants de cette personne. »<sup>1276</sup>. La clause de droit de retour légal crée une succession anormale, c'est-à-dire qui n'est pas dévolue selon les règles légales. Les droits de retour légaux des pères et mères ou des frères et sœurs ne seront pas traités car ils ne concernent que le cas où le défunt ne laisse aucun descendant. Si aucun descendant n'est présent, la réserve héréditaire n'existe pas. Les successions anomales dérogent au droit commun sur deux points : l'unité successorale et le classement des héritiers par ordre et par degré. Ces successions sont issues des transmissions anciennes fondées sur la conservation des biens dans la famille<sup>1277</sup>.

### **1. La prévision de l'aléa**

**572. Intuitu personae.** « Le droit en vertu duquel une chose transmissible à titre gratuit à une personne retourne, sous certaines conditions, après la mort de l'acquéreur, soit à celui dont il provient, soit à ses descendants<sup>1278</sup> » correspond au droit de retour. Le droit de retour conventionnel existe car l'*intuitu personae* est une notion forte de la donation. Le donateur se réserve ainsi le droit de reprendre son bien si le décès du gratifié survient, et ce, afin d'éviter qu'il n'intègre la succession de ce dernier. Le disposant ne souhaite pas toujours que le bien soit attribué à un héritier qui n'a pas les faveurs du donateur. Si la donation a été réalisée par plusieurs donateurs, leur droit de retour ne pourra porter que sur ce que chacun a donné. Si l'un d'entre eux décède avant le donataire, sa part lui est

---

<sup>1276</sup> PARIS G., *Les droits de retour légaux des articles 738-2 et 757-3 du Code civil*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 16.

<sup>1277</sup> KARM A., *Succession-partage – droit de retour conventionnel : actualité et perspectives*, JCP N 2016, n° 48, 1333.

<sup>1278</sup> COLIN A. et CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1945, n° 981.



définitivement acquise. Le donateur aura toujours la possibilité de renoncer du vivant du donataire à son droit de retour conventionnel.

**573. Condition résolutoire.** Cette condition s'analyse comme une clause résolutoire<sup>1279</sup>. Il s'agit d'une clause résolutoire mise en œuvre lorsque le donataire précède au donateur. Aucun intérêt sérieux et légitime n'est requis pour valider la clause de droit de retour conventionnel<sup>1280</sup>. Ce droit a ceci de particulier qu'il est rétroactif si la condition se réalise. Il s'agit bien d'une condition résolutoire<sup>1281</sup>. Si la condition survient, la résolution de la donation est effective. La condition correspond au prédécès du donataire ou du donataire et de ses descendants. Au décès du donataire, si le donateur est encore en vie, la donation sera rétroactivement anéantie<sup>1282</sup>.

**574. Etat du bien.** Grâce au droit de retour conventionnel, les biens reprennent place dans le patrimoine du donateur dans l'état dans lequel ils ont été donnés. L'annulation rétroactive de tous les actes de disposition et de conservation passés par le donataire est également une conséquence du droit de retour conventionnel<sup>1283</sup>. La Cour de cassation est notamment venue préciser que le droit viager au logement d'un conjoint survivant ne pouvait être imposé au donateur pour mettre hors-jeu le droit de retour conventionnel<sup>1284</sup>. Même si le bien est entré en communauté, le droit viager cède face au droit de retour. La rétroactivité emporte des conséquences graves pour les tiers de bonne foi. Toutefois le droit de retour ne pourra être utilisé que si le bien se retrouve en nature au décès du donataire. Il s'agit d'une restitution réelle sans subrogation.

---

<sup>1279</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4, 2<sup>ème</sup> volume, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 176.

<sup>1280</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 12-13.340 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la validité de la clause prévoyant un droit de retour conventionnel au donateur n'est pas soumise à l'existence d'un intérêt sérieux et légitime, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

<sup>1281</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4, 2<sup>ème</sup> volume, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 166.

<sup>1282</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille 2018-2019*, p. 674.

<sup>1283</sup> KARM A., *Succession-partage – droit de retour conventionnel : actualité et perspectives*, JCP N 2016, n° 48, 1333.

<sup>1284</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 septembre 2015, n° 14-18.131 ; Dr. fam. 2015, comm. 204, note NICOD M., Defrénois 2016, p. 180, obs. CHAMPENOIS G. ; RTD Civ. 2016, p. 174, obs. VAREILLE B.

**575. La prévision de la clause.** A la différence du droit de retour légal, le droit de retour conventionnel doit être expressément prévu. Mais il est finalement proposé comme une clause de style par tous les notaires dans les actes de donations et de donation-partage. On comprend aisément que cette clause soit publiée au service de la publicité foncière en même temps que l'acte de donation. La protection des tiers en cas de mise en œuvre est primordiale. La clause peut être prévue dans tout acte de donation quel que soit le lien de parenté entre donateur et donataire contrairement au droit de retour légal. Le donateur qui ne serait pas le père ou la mère du donataire peut malgré cette absence de parenté ou une parenté relative, insérer une clause de droit de retour conventionnel efficace. Le donateur pourra ajouter une clause d'inaliénabilité afin de contrôler les transmissions éventuellement faites par le donataire au sujet de ses biens. Le droit de retour ne s'applique que sur les biens effectivement donnés, hors subrogation. Il apparaît donc judicieux d'assortir cette convention d'une clause d'inaliénabilité, souvent appelée interdiction d'aliéner et de disposer.

**576. Licéité de la clause.** On pourrait tout de même s'interroger sur la compatibilité du droit de retour avec l'irrévocabilité spéciale des donations<sup>1285</sup>. Cette caractéristique des donations permet d'éviter que le donateur ne donne puis ne reprenne les biens transmis. Il s'agirait d'une condition potestative, par conséquent prohibée. Or la reprise dans ce cas n'est effectuée qu'en cas de prédécès du donataire, c'est-à-dire après qu'un événement incertain n'intervienne. Le décès du donataire est certain mais son prédécès ne l'est pas. Il est même peu probable lorsque le donateur est le parent du donataire. Peu probable mais pas impossible. Cette clause est donc licite et utile pour tous les cas où le prédécès surviendrait car « *L'effet du droit de retour est de résoudre toutes les aliénations des biens et des droits donnés, et de faire revenir ces biens et droits au donateur, libres de toutes charges et hypothèques, exceptée l'hypothèque légale des époux si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas à l'accomplissement de ce retour et que la donation lui a été faite par le contrat de mariage dont résultent ces charges et hypothèques.* »<sup>1286</sup>.

---

<sup>1285</sup> LÉPROVAUX J., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 949 à 952, *fascicule Unique : Donations et testaments, réserve d'usufruit et retour conventionnel*.

<sup>1286</sup> Art. 952 C. civ.



**577. Le droit de retour légal.** Le droit de retour conventionnel ne doit pas être confondu avec son cousin le droit de retour légal. Le droit de retour conventionnel s'analyse en une condition résolutoire avec anéantissement de la libéralité. Or en matière de droit de retour légal, la libéralité subsiste. La loi ouvre simplement une faculté d'hériter supplémentaire. Suite à la mise à mort de la réserve des ascendants par la loi du 23 juin 2006, le législateur a voulu redonner un peu de poids aux parents qu'il venait en un sens d'exhérer. Nous sommes aujourd'hui face à deux types de droits de retour légaux : celui des pères et mères, celui des frères et sœurs. A l'inverse du droit de retour légal au profit des père et mère de l'article 738-2 du Code civil, le droit de retour conventionnel peut être appliqué même en présence d'héritiers réservataires. De même, le droit de retour des père et mère peut s'appliquer en cas de cession des biens donnés, à l'inverse du droit de retour conventionnel. La qualité d'héritier est alors nécessaire et la valeur des biens attribués s'impute sur les droits légaux des parents. La donation est par conséquent maintenue. Il s'agirait plus d'un droit de priorité accordé par la loi aux parents. Dans ces circonstances, le droit de retour conventionnel est plus favorable à un contournement de la réserve.

## **2. La mise en œuvre du droit de retour**

**578. Le prédécès.** Cette clause s'applique soit en cas de prédécès du donataire seul, soit en cas de prédécès du donataire et de ses descendants<sup>1287</sup>. Le donateur peut en effet vouloir laisser le bien au bénéfice des descendants du donataire. Dans l'hypothèse qui nous intéresse il s'agit du prédécès du donataire seul, et ce, afin de d'empêcher sa propre descendance d'hériter du bien. Ce faisant, il vide la succession du donataire de tout ou partie de sa substance. Si celle-ci était surtout constituée d'un seul bien immobilier onéreux, recueilli par donation de son parent, l'exercice du droit de retour fait perdre à ses héritiers une part conséquente de leur réserve. De même, le législateur emploie le terme *descendant* et non *enfant*, afin de ne pas distinguer entre les descendants du donataire enfants ou petits-enfants...

---

<sup>1287</sup> Art. 951 C. civ.

**579. Transmission unilatérale.** Le droit de retour ne peut être exercé qu'au profit des donateurs<sup>1288</sup>. L'inconvénient du droit de retour conventionnel est qu'en cas de résolution de la donation, le bien ne pourra que retourner dans le patrimoine du donateur. Le donateur ne peut décider que le bien adviendra à un tiers ou à un autre de ses descendants si le donataire venait à décéder ou si le donateur décédait lui-même. Néanmoins, on peut imaginer que si l'intention initiale du donateur était que le bien donné ne devait en aucun cas advenir aux enfants du donataire, il eût fallu d'avantage songer à une liberté graduelle qu'à un droit de retour légal. Mais la donation graduelle suppose le respect de conditions spécifiques non imposées avec le droit de retour. En effet, à l'inverse, ces biens donnés avec pour conséquence une dépossession normalement définitive, sont réintégrés au patrimoine du donateur. On considère que celui-ci n'a jamais été donateur mais simplement propriétaire. A son décès, ses propres héritiers seront bénéficiaires d'un patrimoine plus important. Leurs droits en seront augmentés.

**580. La perte successorale.** La clause de droit de retour conventionnel ne contrarie pas l'ordre public interdisant les pactes sur succession future. Cette interdiction concerne tous les contrats pouvant exister sur des successions non ouvertes. Or, s'il y a prédécès, la donation est réputée n'avoir jamais existée. Par conséquent, les biens sont considérés comme n'ayant jamais fait partie du patrimoine du donataire. Les héritiers et notamment réservataires perdent tout droit sur ces biens. N'ayant jamais fait partie rétroactivement du patrimoine de leur auteur, ils ne peuvent l'intégrer pour le calcul de leur réserve. On pourrait alors estimer que le donateur se crée la possibilité de déposséder ses petits-enfants de leur réserve si le droit de retour conventionnel est institué pour la seule personne du donataire et non en cas de prédécès de ses propres enfants. En insérant une telle clause et en imaginant que la majeure partie du patrimoine soit constituée par ce ou ces biens (bien immobilier, transmission d'héritage familial important...), on se rend compte que le donateur se laisse la possibilité de priver ses petits-enfants d'une part d'héritage de leur parent. En agissant ainsi il ne laisse subsister que le patrimoine originaire de son enfant.

---

<sup>1288</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 673.



**581. Une transmission retardée.** On pourrait objecter que ce qui est repris au moment du décès du donataire sera redistribué au décès du donateur. Pas si sûr. En effet, le donateur peut aliéner le bien repris, il peut le perdre, le détruire ou l'utiliser jusqu'à sa disparition totale<sup>1289</sup>. De plus, en considérant que le grand-père donateur conserve tout ou partie du bien ou de sa valeur, les petits enfants ne pourraient venir qu'en représentation de la part de leur père ou mère donataire. Ils devront alors partager possiblement lesdits biens avec les autres héritiers du donateur. Au final les petits enfants risquent d'être lésés. Ils verront une part de leur réserve fictive disparaître. De plus, la loi ne pourra pas les protéger en ce que le retour conventionnel provoque la révocation rétroactive. Cette part de réserve n'en est finalement pas une car la loi considère que ces biens n'ont jamais appartenus au donataire. La sanction est par conséquent lourde pour les enfants du donataire et avantageuse pour ceux du donateur. Le contournement de la réserve trouve ici un nouveau mode d'application efficace.

## **§2. CHOISIR LE DEMEMBREMENT**

**582.** Les aléas peuvent prendre des formes diverses et variées et notamment porter sur des droits ou des biens dont la récupération n'est pas certaine avant le décès. C'est notamment le cas des transmissions d'usufruit (**A.**) et du droit de retour conventionnel (**B.**). Les premières concernent l'octroi d'un droit d'usage et de jouissance, parfois temporaire, les autres reposent sur la volonté de reprendre un bien donné en cas de prédécès du donataire.

### **A. LES USUFRUITS**

**583.** La transmission d'usufruit est utile dans le cadre d'un contournement de la réserve, parfois de manière inattendue. La transmission si elle est temporaire, peut permettre

---

<sup>1289</sup> Ex : choses consommables comme les sommes d'argent...

d'avantager discrètement un héritier (1°). Si elle repose sur une vente, elle peut servir à diminuer le patrimoine du disposant ou à transmettre des biens par personne interposée (2°).

## 1. La donation temporaire d'usufruit

**584. Utilisation.** A l'origine très prisée pour des raisons fiscales<sup>1290</sup>, la donation temporaire d'usufruit est une forme de donation avantageuse pour un *de cujus* souhaitant contourner le calcul de la réserve. Souvent utilisée au profit de sociétés ou de fondations à des fins commerciales ou philanthropiques, elle gagne en popularité. Elle permet de transférer temporairement un usufruit sur un bien immobilier à un tiers, le plus souvent un descendant ou une société. Cette donation porte généralement sur un immeuble de rapport afin de laisser le donataire bénéficiaire des fruits et revenus du bien<sup>1291</sup>. Un descendant est ainsi en mesure de récupérer des loyers afin de financer une partie de ses études<sup>1292</sup>. La spécificité de la donation temporaire d'usufruit peut également servir à mettre l'appartement familial à disposition de l'un des enfants en contournant les règles du rapport. Il faut rappeler que la forme notariée est obligatoire<sup>1293</sup>. Si l'usufruit est transféré au profit d'une personne morale il ne pourra dépasser 30 ans.

**585. Rapport.** La donation d'usufruit temporaire n'est rapportable que si le bénéficiaire en est toujours titulaire au moment du décès du disposant<sup>1294</sup>. Sauf volonté contraire du disposant. La valeur du rapport correspond à la valeur résiduelle de cet usufruit, en fonction du délai restant à courir<sup>1295</sup>. Elle sera imputée soit sur la part de réserve de l'héritier donataire soit directement sur la quotité disponible, suivant les règles d'imputation

---

<sup>1290</sup> Notamment diminution de l'ancien impôt de solidarité sur la fortune.

<sup>1291</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 832.

<sup>1292</sup> GROSJEAN F. et HERVOIS S., *Donation temporaire d'usufruit, levier fiscal et philanthropique*, JCP N 2013, n° 30-34, 1201.

<sup>1293</sup> GROSJEAN F. et HERVOIS S., *Donation temporaire d'usufruit, levier fiscal et philanthropique*, JCP N 2013, n° 30-34, 1201.

<sup>1294</sup> FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d'un bien dans la sphère familiale : anticiper les risques*, JCP N 2015, n° 12, 1103.

<sup>1295</sup> DOUET F., *Démembrement de propriété – aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire*, JCP N 2013, n° 14, 1077.



classiques des donations en fonction de la qualité du donataire. Si le décès du nu-proprétaire intervient après la restitution du bien, une fois l'usufruit expiré, le rapport sera dû mais pour une valeur équivalente à zéro, l'égalité sera considérée comme maintenue. Il est possible de prévoir conventionnellement une clause d'extinction automatique de l'usufruit temporaire en cas de prédécès du nu-proprétaire, et ce, afin d'éviter la question du rapport de la valeur de l'usufruit restant à courir<sup>1296</sup>. La valeur tomberait automatiquement à zéro même en cas de prédécès du nu-proprétaire. Bien évidemment, le prédécès comme l'extinction de l'usufruit arrivé à terme échu vont permettre la reconstitution de la pleine propriété sur la tête du disposant. Cette pleine propriété intégrera sa succession s'il a rendu son dernier souffle.

**586. Le devoir d'entretien.** On pourrait imaginer justifier de l'obligation de nourriture et d'entretien pour valider une donation temporaire d'usufruit qui ne se serait pas éteinte par le décès du disposant. Les fruits et revenus tirés du bien servirait de subsistance au donataire. Mais l'utilisation de l'article 852 du Code civil ne permet pas d'éviter la question du rapport au motif que le donateur s'acquitte de son obligation d'entretien à travers une donation temporaire d'usufruit. Le bénéfice des fruits et revenus tiré par le donataire lui-même ne peut correspondre à une obligation d'entretien et de nourriture remplie de manière indirecte<sup>1297</sup>. Le devoir d'entretien mis en avant par le *de cuius* ne peut prendre une forme indirecte dans laquelle l'enfant tire lui-même ses ressources d'un bien dont il a la jouissance.

**587. Le caractère d'une donation.** L'article 918 du Code civil est très clair : « *La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe, est imputée sur la quotité disponible. L'éventuel excédent est sujet à réduction. Cette imputation et cette réduction ne peuvent être demandées que par ceux des autres successibles en ligne directe qui n'ont pas consenti à ces aliénations* ». Donations à fonds perdus et ventes avec réserve d'usufruit supportent automatiquement une présomption de gratuité lorsqu'elles sont

---

<sup>1296</sup> BONNET G., *De quelques conséquences pratiques des donations temporaires d'usufruit entre parents et enfants*, AJ fam. 2004, p. 179.

<sup>1297</sup> DOUET F., *Démembrement de propriété – aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire*, JCP N 2013, n° 14, 1077.

réalisées au profit d'un descendant présomptif héritier. Le législateur a voulu protéger les autres héritiers réservataires d'éventuelles manigances familiales. Il considère qu'on ne retrouve aucune valeur pécuniaire de cette transaction dans le patrimoine du défunt à l'ouverture de la succession. La jurisprudence a d'ailleurs précisé que la présomption posée par l'article 918 du Code civil ne distinguait pas selon que le bien avait été acquis en partie ou en totalité par le présomptif héritier<sup>1298</sup>. Mais la présomption tombe lorsque la vente porte sur un simple droit d'usage et d'habitation<sup>1299</sup>. L'aléa est présent à travers la possibilité de prédécès de l'usufruitier par rapport au nu-propiétaire.

**588. Présomption irréfragable.** Cette présomption de donation en avancement de part successorale est irréfragable<sup>1300</sup>. La preuve du paiement ou du remboursement rapporté par l'acquéreur ne suffit pas à justifier de la réalité de la transaction<sup>1301</sup>. Un nouvel arrêt de la Cour de cassation est venu préciser cette position<sup>1302</sup>. En l'espèce, les parents avaient vendu à deux de leurs enfants une maison avec réserve d'usufruit. Ceux-ci justifiaient du remboursement effectif du prêt contracté pour l'acquisition. La Cour a cependant rejeté le pourvoi en indiquant que la présomption posée par l'article 918 du Code civil, dans sa version antérieure, était irréfragable. Mais cette considération légale a de lourdes conséquences : « *Le traitement successoral de l'acte conduit le réservataire, au cas de dépassement du disponible par l'acte prétendument gratuit, à verser une indemnité à la masse à partager alors même qu'il s'est régulièrement acquitté du prix sans pouvoir aucunement l'établir* <sup>1303</sup> ». La présomption de gratuité est si déconcertante qu'elle a même donné lieu à une question prioritaire de constitutionnalité<sup>1304</sup>. Mais la réponse négative à la demande a clos le débat. Certains auteurs militent malgré tout toujours pour que cette

---

<sup>1298</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2009, n° 08-12.868 ; D. 2009, 2038 ; AJ fam. 2009, p. 407.

<sup>1299</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1996, n° 94-13.301, JurisData n° 1996-003061 ; Bull. civ. 1996, I, n° 315.

<sup>1300</sup> DEVILLE S., *L'article 918 du Code civil face à la question prioritaire de constitutionnalité : histoire d'une occasion manquée*, Dr. fam. mai 2014, n° 5, étude 8.

<sup>1301</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2014, n° 12-14.509, même date n° 13-16.511 ; PA, 15 mai 2015, n° 97, p. 11, note PETRONI-MAUDIERE N. ; Dr. fam. 2014, comm. 64, obs. NICOD M. ; AJ fam. 2014, p. 199, obs. LEVILLAIN N. ; RJPF avril 2014, p. 31, note MARJITAL L.

<sup>1302</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 2010, n° 09-68.503.

<sup>1303</sup> DEVILLE S., *L'article 918 du Code civil face à la question prioritaire de constitutionnalité : histoire d'une occasion manquée*, Dr. fam. mai 2014, n° 5, étude 8.

<sup>1304</sup> Cons. Const., QPC 1<sup>er</sup> août 2013, n° 201-337.



présomption prene une forme simple au lieu d'irréfragable<sup>1305</sup>. Cette modification permettrait de renverser la charge de la preuve. La Cour de cassation maintient malgré tout pour le moment sa position<sup>1306</sup>.

**589. Intervention des héritiers.** La seule possibilité offerte au vendeur est de faire intervenir ses présomptifs héritiers à l'acte projeté. Seule l'intervention de l'ensemble des présomptifs héritiers à la vente peut valider le caractère onéreux de la transaction, les empêchant ainsi d'invoquer une quelconque donation déguisée<sup>1307</sup>. Cette intervention n'est pas obligatoire mais elle permet d'attester de l'absence d'intention libérale, d'un prix juste et réel et de l'absence de toute fraude à leurs droits. Il revient au notaire de conseiller les parties dans ce type d'hypothèse assez peu courante. Tout héritier ayant approuvé l'acte en y intervenant par écrit, ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 918 du Code civil<sup>1308</sup>. Mais l'intervention de l'ensemble des héritiers va exposer le *de cuius* à la découverte de ses manœuvres. Un habile pouvoir de persuasion sera seul à même de lui permettre de maintenir son projet de contournement de la réserve.

**590. Un tiers.** Une autre option s'offre au *de cuius*, réaliser la vente au profit d'un tiers non présomptif héritier. Tout est une question de point de vue. Si le *de cuius* souhaite avantager un héritier présomptif en dépossédant les autres d'une future part de leur réserve, la vente de la nue-propiété avec réserve d'usufruit ne correspond pas à son projet. En revanche, si l'objectif est de vider tout ou partie de la succession, sans préférence pour l'un ou l'autre des héritiers, cette solution est envisageable. Elle va ainsi permettre de transmettre la totalité d'un bien alors que le tiers n'aura financé que la valeur de la nue-propiété à un instant t. Le fait pour le tiers de se porter acquéreur du bien sans verser la contrepartie de cette nue-propiété constituerait une donation déguisée. Libre aux parties de tenter la

---

<sup>1305</sup> DEVILLE S., *L'article 918 du Code civil face à la question prioritaire de constitutionnalité : histoire d'une occasion manquée*, Dr. fam. mai 2014, n° 5, étude 8.

<sup>1306</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2014, n° 12-14.509, même date n° 13-16.511 ; PA, 15 mai 2015, n° 97, p. 11, note PETRONI-MAUDIERE N. ; Dr. fam. 2014, comm. 64, obs. NICOD M. ; AJ fam. 2014, p. 199, obs. LEVILLAIN N. ; RJPF avril 2014, p. 31, note MARJITAL L.

<sup>1307</sup> MONToux D., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V°, fascicule 310 : *Vente d'immeuble – vente à un successible en ligne directe*.

<sup>1308</sup> LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4, 2<sup>ème</sup> volume, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 245.

manœuvre. L'interposition de personne est encore aujourd'hui aisée pour éviter l'application de l'article 918<sup>1309</sup>. La notion de présomptif héritier s'interprète au jour de la vente. Dès lors, une vente avec réserve d'usufruit réalisée au profit d'un petit enfant du vivant de son propre parent ne succombe pas à la présomption<sup>1310</sup>. La complicité d'un autre membre de la famille ou d'un tiers permettrait de mener à bien le projet de contournement.

**591. L'utilisation de la SCI.** L'article 918 du Code civil peut-il encore agir en cas d'interposition d'une personne morale ? On pense notamment à la SCI. Dans les années 1990, en l'absence de jurisprudence, la prudence recommandait de s'abstenir d'utiliser la technique de la SCI<sup>1311</sup>. La Cour de cassation est venue donner un éclairage nouveau sur cette option. Elle a notamment estimé concernant un litige posé à propos de la version de l'article 918 du Code civil antérieure à la loi du 23 juin 2006, que cet article ne pouvait s'appliquer « *à la vente pour partie en viager d'un bien immobilier régulièrement consentie à une société civile immobilière, peu important que cette société ait pour associé un successible en ligne directe du vendeur décédé, dès lors que, celle-ci ayant une personnalité juridique distincte, ladite opération n'avait pu avoir pour effet de rendre ce dernier propriétaire du bien* »<sup>1312</sup>. On imagine très bien que la Cour maintienne sa position avec la nouvelle rédaction de l'article 918 du Code civil. La Cour retient l'écran de la personnalité morale afin de justifier un maintien de la vente. Compte tenu des circonstances, elle aurait très certainement été annulée sur le terrain de la fraude. Dès lors, l'utilisation de la SCI combinée à la vente à fonds perdus ou avec réserve d'usufruit permet de contourner la réserve héréditaire.

---

<sup>1309</sup> DEVILLE S., *L'article 918 du Code civil face à la question prioritaire de constitutionnalité : histoire d'une occasion manquée*, Dr. fam. mai 2014, n° 5, étude 8.

<sup>1310</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 février 1979, n° 77-13.498 ; D. 1979, inf. rap. 497, obs. MARTIN D.

<sup>1311</sup> CRIDON PARIS, n° 243952, 1<sup>er</sup> novembre 1990.

<sup>1312</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.411, JurisData n° 2009-049667, Bull. civ. 2009, I, n° 199 ; JCP N 2009, n° 45, note GARCON JP.



## **B. LES DEMEMBREMENTS TRANSLATIFS**

**592. Théorie.** La définition du droit de propriété n'a pas changé depuis 1804<sup>1313</sup>. Il est composé de *l'usus*, du *fructus* et de *l'abusus*, autrement dit le droit de jouir du bien, d'en percevoir les fruits et d'en disposer. Un démembrement entre l'usufruit et la nue-propriété permet de dissocier la propriété du droit d'usage et de la perception des revenus. Ainsi, le démembrement simple peut permettre une transmission totale du bien mais risquée (1°). Tandis que la technique du démembrement croisé va étendre le droit d'usage de manière aisée et confortable (2°).

### **1. Le démembrement simple**

**593. Le choix du démembrement.** Comme l'ont fait remarquer certains auteurs, « *Le démembrement de propriété est devenu au fil du temps une technique incontournable figurant dans l'arsenal juridique de tout conseil patrimonial*<sup>1314</sup> ». En matière de contournement, son grand intérêt réside dans la transmission de ces deux droits au décès de leur titulaire. Alors que l'usufruit est un droit viager qui s'éteint par décès, ou au terme fixé s'il survient avant, l'autre se transmet automatiquement aux ayants-droits. L'extinction de l'usufruit fait recouvrer au nu-propiétaire la pleine propriété sans difficulté ni taxation. Le démembrement peut être à titre gratuit ou onéreux, entre vifs ou à cause de mort. Le *de cuius* peut tout à fait choisir d'acquérir un bien en démembrement avec l'un de ses présomptifs héritiers ou avec son concubin ou partenaire. Le *de cuius* achète l'usufruit et son coacquéreur acquiert la nue-propriété. Si le *de cuius* est jeune, son usufruit est fort. Dès lors, il peut acquérir la moitié ou la majeure partie d'un bien avec l'un de ses héritiers en finançant la quote part de prix correspondante. A son décès, le coacquéreur deviendra propriétaire de la totalité du bien en pleine propriété tout en n'ayant financé qu'une faible partie. Le droit civil

---

<sup>1313</sup> Art. 544 C. civ.

<sup>1314</sup> SALVADOR O., *Vente d'immeuble – démembrement familial de propriété immobilière : quelques techniques de réinvestissement*, JCP N 2002, n° 17, 1252.

ne limite pas l'acquisition en démembrement. On pourrait imaginer une jeune mère de famille acquérir avec son enfant mineur un bien en démembrement. Ce faisant, elle va lui attribuer à terme un bien quasiment net de dette civile et indemne de dette fiscale.

**594. Risque de requalification.** Le *de cujus* en réalisant une acquisition démembrée avec un tiers, son concubin ou un héritier, s'expose à la requalification de l'acte en donation indirecte. Ce sera notamment le cas si le coacquéreur n'a pas financé ou remboursé sa part de l'engagement. Et la requalification en donation emporterait des conséquences tant civiles que fiscales. Le *de cujus* peut également choisir de financer l'intégralité du prix de vente, tout en instaurant le démembrement. Mais cette pratique va ouvrir des possibilités de requalification en libéralité à ses autres présomptifs héritiers. Dès lors, il paraît plus judicieux que chacun des acquéreurs paie lui-même la part de prix lui revenant plutôt que de risquer la mise à mal du montage.

**595. Le cas des travaux.** Quelles sont les obligations financières qui pèsent sur les acteurs de ce démembrement ? Il a notamment été jugé concernant une donation avec réserve d'usufruit que la réalisation par le donateur usufruitier de travaux sur le bien donné n'était pas rapportable<sup>1315</sup>. La Cour a considéré que les travaux incombait à l'usufruitier, s'agissant certainement de travaux d'entretien, et donc ne constituaient pas un avantage pour les donataires. Elle a ajouté que « *le testateur n'avait pas le pouvoir de modifier l'étendue des donations qu'il avait consenties en imposant aux donataires de rapporter le coût des travaux lui incombant en sa qualité d'usufruitier* <sup>1316</sup> ». De la sorte, le donateur usufruitier est en mesure d'augmenter économiquement la valeur d'un bien transmis ou à tout le moins d'en maintenir l'état au moyen de ses deniers personnels. Il y a appauvrissement du patrimoine du disposant par le paiement du coût des travaux et augmentation ou maintien de la valeur du bien. Cette jurisprudence rendue à propos de donation et de legs serait-elle applicable à un démembrement par acquisition ? C'est fort probable. Les grosses réparations

---

<sup>1315</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2016, n° 15-10.636 ; JurisData n° 2016-006061 ; Dr. fam. 2016, comm. 111, note NICOD M. ; RJPJF juin 2016, p. 35, note SAUVAGE F. ; RTD Civ. 2016, p. 427, obs. GRIMALDI M. ; JCP N 2017, n° 11, 1134, obs. LE GUIDE R.

<sup>1316</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2016, n° 15-10.636 ; JurisData n° 2016-006061 ; Dr. fam. 2016, comm. 111, note NICOD M. ; RJPJF juin 2016, p. 35, note SAUVAGE F. ; RTD Civ. 2016, p. 427, obs. GRIMALDI M. ; JCP N 2017, n° 11, 1134, obs. LE GUIDE R.



sont légalement à la charge du nu-proprétaire<sup>1317</sup>. Toutefois il est possible de prévoir une clause contraire soit dans une convention d'indivision lors d'une acquisition soit dans l'acte de donation. Grâce aux aménagements conventionnels, l'usufruitier va s'appauvrir au profit du nu-proprétaire sans qu'il y ait de phénomène de rapport ou de réduction. La réserve des héritiers s'en trouvera d'autant diminuée. De plus l'usufruitier n'a droit à aucune indemnité pour les améliorations faites sur le bien, quand bien même ce dernier aurait pris de la valeur<sup>1318</sup>.

## 2. Le démembrement croisé

**596. Le choix du démembrement croisé.** Il arrive souvent que des concubins ou pacsés ayant eu des enfants d'autres unions, souhaitent acquérir un bien immobilier ensemble en protégeant l'être aimé de toute interférence de la part de leur propre progéniture. Il est alors possible de leur proposer un démembrement croisé. Le démembrement croisé consiste à doubler le démembrement d'une indivision. Ainsi, chacun des partenaires acquiert une moitié du bien en nue-proprété et la seconde moitié en usufruit, et ce, à l'exact, opposé de l'autre. Il va sans dire que ce montage est également réalisable avec un tiers ou un présomptif héritier.

**597. Conserver la jouissance.** Le démembrement croisé permet au survivant de devenir plein propriétaire de la moitié du bien tandis qu'il aura la jouissance de l'autre moitié. Les héritiers réservataires ne pourront que subir la présence du coacquéreur. S'agissant d'un partenaire de vie, les descendants devront subir pour une durée qui peut vite s'écourter, ce droit de jouissance du parent ou du beau-parent. Rien n'empêche le *de cujus* d'investir avec l'un de ses descendants, auquel cas, ses cohéritiers risquent de ne jamais recouvrer la pleine propriété de la seconde moitié du bien de leur vivant. Ce montage va permettre au survivant des acquéreurs de conserver la jouissance de la totalité du bien sans

---

<sup>1317</sup> Art. 605 C. civ.

<sup>1318</sup> Art. 599 al. 2 C. civ.

perdre la part de bien en propriété. La combinaison des deux octroie un pouvoir décisionnaire au survivant tout en lui permettant de conserver sa jouissance sans restriction. Il dispose des pouvoirs les plus étendus, faisant perdre aux réservataires une part de la jouissance des biens leur revenant tout en diminuant l'actif par l'intermédiaire de la réunion de la pleine propriété sur une seule tête.

**598. Parts de société.** Le démembrement croisé peut se faire sur la base d'une acquisition en indivision classique ou via des parts de SCI. Il est en effet possible de constituer une société dont le capital correspond au prix d'achat dudit bien immobilier. Pour des concubins, le procédé est particulièrement intéressant. Le premier se fait attribuer la moitié des parts sociales en nue-propriété et l'autre moitié en usufruit<sup>1319</sup> ou procèdera à un échange ultérieur de droits démembrés. Le second fait de même mais inverse son démembrement par rapport au premier afin de cumuler à eux deux la totalité en pleine propriété des parts sociales. Avec un démembrement croisé, le survivant s'assure des pouvoirs étendus lors des votes aux assemblées. Pour un démembrement volontaire entre des coacquéreurs de parts de société n'étant pas dans la même tranche d'âge, il peut être intéressant de faire valoir non pas l'usufruit fiscal mais bien l'usufruit économique lequel est calculé sur le rendement du bien. Dès lors, si l'écart d'âge se fait sentir et que l'usufruitier plus âgé décède en premier, les héritiers de celui-ci seront privés de tout droit sur ce bien dans sa succession. En effet, ses droits auront disparu le jour de son décès. Au décès du premier associé, l'autre est par conséquent propriétaire de la pleine propriété d'une partie des parts et l'usufruit du reste<sup>1320</sup>. De cette manière, le conjoint est protégé, sauf requalification en donation déguisée si l'un des deux associés n'a pas financé sa part. Le risque de ce genre de montage réside dans le couple lui-même. En cas de séparation, le partage risque d'être complexe.

---

<sup>1319</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 570.

<sup>1320</sup> CENAC P. et PEYROUX C., *La mort de la réserve héréditaire*, JCP N 2011, n° 9, 1092.



## **Conclusion de chapitre**

**599. Une réforme de l'assurance-vie.** Le contentieux en matière d'assurance-vie ne cesse de croître. Les tribunaux sont engorgés de procès sur des questions factuelles de proportion. Il n'existe aucun critère mathématique, juridique ou même fiscal permettant de clore les débats d'appréciation. Les juges du fond restent seuls à même d'établir si un contrat doit être requalifié en donation indirecte ou si ses primes doivent faire l'objet d'une réduction pour atteinte à la réserve. L'augmentation du contentieux risque de conduire le législateur à modifier la législation sur ce point. On l'imagine fort bien décider d'intégrer le capital ou les primes versées à l'actif successoral, et ce afin de clore tout débat familial. Mais cette solution ne conviendrait pas au *de cuius* qui perdrait ainsi un formidable outil de contournement de la réserve. Il est urgent de clore le débat de la proportion et de l'utilité en précisant davantage les critères objectifs afin de les rendre quantifiables, avant qu'une réforme d'envergure n'anéantisse un tel outil de transmission successoral et de placement. En attendant, l'assurance-vie reste parmi les outils de contournement de la réserve les plus efficaces.

**600. S'orienter vers l'aléa.** Quels que soient les schémas mis en place pour établir un contournement de la réserve, l'aléa est à la fois leur force et leur faiblesse. Que ces instruments soient conçus autour de l'idée de la mort ne les rend pas moins attractifs. Bien au contraire. Mais la mort ne prévient pas. Elle frappe chaque individu en déjouant les pronostics les plus inventifs. Ainsi, il existe deux paris sur la mort : le pari de l'ordre des décès et les paris de la date de décès. Lorsqu'ils concernent la date, comme l'assurance-vie, le législateur a créé un régime avantageux et spécifique permettant d'éluder pour partie le problème de la transmission civile et fiscale. S'agissant de parier sur l'ordre des décès, le contournement est plus délicat, presque furtif, mais redoutablement efficace. On pensera notamment à la tontine et au droit de retour conventionnel, instruments capables de vider une succession de sa substance sans forme de contestation. Les démembrements sont également à l'honneur, bien plus que les ventes en viager qui soulèvent, encore aujourd'hui, un contentieux certain.

**601. Les risques de l'aléa.** Mais l'aléa génère un risque. L'absence de prévisionnel et de prévision ne permet pas au disposant d'être assuré de l'efficacité de sa stratégie. Il n'est pas non plus assuré que les héritiers réservataires ne viendront pas contester son montage. Certains outils sont plus tendancieux que d'autres, il revient au *de cuius* de prendre la mesure du risque qu'il souhaite encourir. Choisir l'aléa c'est s'exposer à augmenter les droits des réservataires au lieu de les diminuer, si la chance n'est pas de son côté et que la mort frappe à la mauvaise porte. L'existence d'une différence de vie, d'état de santé ou d'âge ne garantit pas une concordance de la mortalité. Aussi, tout comme le notaire a conseillé à son client de prendre garde en se mariant d'utiliser son régime matrimonial pour avantager son conjoint, il ne manquera pas d'avertir le disposant sur le risque de décès inopiné. Le risque principal de ces montages réside dans un ordre des décès différent de celui qui a été prévu. Toutefois, si le schéma initial est respecté, le contournement sera d'une efficacité redoutable.

## **CONCLUSION DE TITRE**

**602. L'efficacité des instruments spécifiques en droit interne.** Les instruments de diminution de l'actif de la succession et d'évitement des règles successorales sont le plus souvent particulièrement efficaces. Ils permettent le plus souvent de fausser les calculs qui seront opérés lors de l'ouverture de la succession en diminuant l'actif successoral d'une partie des biens qui devaient normalement y être intégrés. Certains outils sont empreints d'aléa simple comme le droit de retour ou le viager, et d'autres, pétris d'orgueil, comme la tontine et l'assurance-vie. L'orgueil intrinsèque de ces instruments émane du pouvoir quasi implacable de leur principe. Seules quelques modalités de leur mise en œuvre trop savamment orchestrée, ruinerait les espoirs du *de cuius*. Le couperet associé quasi systématiquement aux aléas est la requalification en libéralité. Cette sanction n'est pas exhaustive, mais elle se retrouve quasiment dans chaque instrument. En effet, l'aléa permet de réaliser des transmissions de patrimoine si impressionnantes que le législateur a tenté d'imposer un garde-fou. Et quoi de mieux que le risque de la requalification en libéralité. Cette sanction est le plus souvent à la fois civile et fiscale, et permet de mettre en garde ceux qui ne respecteraient pas les conditions initiales de chaque outil.

**603. La dépossession.** Vider la succession est également souvent synonyme de donation. Or, le régime spécifique des donations ne peut être contourné que par des formes occultes, les rendant sanctionnables. Si leur dissimulation reste envisageable, leur efficacité reste redoutable si elles restent hors de connaissance des autres héritiers. Dissimuler des libéralités à la vue de tous est faisable grâce aux obligations morales. On soupçonnera rarement un père de vouloir payer de longues études à son aîné brillant. Or, il cherche peut-être à contourner la réserve de son cadet. Son patrimoine n'étant pas extensible, tout ce qu'il aura donné à l'un de ses enfants, avec ou sans justification ne sera pas comptabilisé pour le calcul de la réserve. Dès lors, choisir la diminution de l'actif par des outils spécifiquement français reste une valeur sûre, lorsque l'on sait s'en servir. Les risques et les sanctions pouvant être lourdes, le *de cuius* doit faire preuve d'ingéniosité.

**604. Un choix mathématique.** Tous ces outils ont en commun la recherche de la diminution du patrimoine et la fuite de biens et capitaux. Le *de cuius* accepte de se priver d'un bien, soit pendant qu'il est encore en vie, c'est le cas des donations, soit à son décès, c'est le cas de la tontine. Il arrive que les biens soient simplement bloqués, en attente d'une utilisation de la part du disposant ou en attente de sa mort ; on pensera notamment au contrat d'assurance-vie. Mais tous ont en commun cette volonté de diminuer arithmétiquement la part héréditaire des réservataires en modifiant la base de calcul. Plus l'actif successoral sera diminué et plus les parts de réserve ainsi calculées seront faibles. Si le *de cuius* use et dispose de la quotité disponible, les descendants perdront à coup sûr une part de ce qui leur revient. Ainsi, seule la requalification en libéralité de certains outils permettra de contrebalancer l'absence de droit à réserve théorique. Cette absence de réserve théorique laisse le champ libre à toute diminution mathématique du patrimoine du *de cuius*.

**605. L'ouverture à l'international.** Après avoir fait le tour du droit français et des instruments qu'on peut y trouver, il est nécessaire d'examiner une autre forme de contournement. L'utilisation de près ou de loin du droit étranger, va permettre dans une certaine mesure de contourner l'application des règles successorales françaises et l'application de la réserve. L'actualité brûlante de cette dernière année donne raison à un *de cuius* qui se tournerait vers le droit international privé (**TITRE 2**).



## TITRE 2 : LES SOLUTIONS OFFERTES PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

---

*« Je ne me sens nulle part aussi  
étranger que dans ma famille  
et dans mon pays<sup>1321</sup> »*

**606. L'ouverture au monde.** L'ouverture des frontières, le développement des moyens de transport et les phénomènes de mondialisation rendent plus complexes les situations familiales actuelles. Les jeunes générations partent étudier à l'étranger, afin de parfaire leur formation. Des opportunités de stage leur sont ensuite proposées, conduisant souvent à un premier emploi et à une première installation. Il n'est pas rare de les voir voyager d'un pays à l'autre pour acquérir des compétences et de l'expérience. Ce faisant, ils habitent et vivent à l'étranger allant jusqu'à acheter leur résidence principale lorsqu'ils trouvent un emploi stable. Ils se marient, ont des enfants, mêlant ainsi les nationalités et les patries d'accueil. Des éléments d'extranéité s'immiscent dans leur vie trépidante. Ils ne pensent pas que leurs choix de vie, seront régis par des règles juridiques complexes, intimement liées à tous ces ajouts transnationaux.

**607. Les enchevêtrements de lois.** Dans ces situations, il est de plus en plus courant de se trouver face à un élément d'extranéité au sein même de la famille. Il peut s'agir d'une question de nationalité, de domicile, de lieu de mariage, de situation des biens... Les éléments nécessaires à la détermination des règles légales qui leur sont applicables vont dépendre des ajouts étrangers qu'ils auront inclus dans leur vie. Plus les éléments d'extranéité seront nombreux sur des points de droit différents, plus le règlement d'éventuels conflits sera complexe.

---

<sup>1321</sup> VAN GOGH V.

**608. Réserve non universelle.** La notion de réserve héréditaire qui nous vient pour partie de notre héritage romain et pour partie de nos coutumes n'a pas de vocation universelle à s'appliquer dans l'ensemble des Etats, européens, et plus largement dans le reste du monde. Ce faisant, la recherche du contournement de la réserve peut coïncider avec celle de l'application d'une loi méconnaissant cette institution qui est la nôtre. D'autres pays de l'Union Européenne sont parfois dotés d'un principe analogue à la réserve mais tous ne désignent pas les mêmes titulaires ni les mêmes quantum<sup>1322</sup>. Les outils à la disposition du *de cuius* vont dépendre de la situation initiale du disposant ainsi que des possibilités qu'il a à sa disposition pour en changer. La recherche de l'application de ces lois étrangères présuppose d'ajouter un ou plusieurs éléments d'extranéité à une vie parfaitement française. Cela peut également signifier pour un individu ayant déjà franchi le cap de l'apport étranger qu'il faut choisir une loi plutôt qu'une autre.

**609.** S'ouvrir aux solutions offertes par le droit étranger c'est se servir du droit international privé à son avantage. Dans un premier temps, identifier la loi applicable à une situation ou en choisir une, avant que cette situation ne devienne définitive est fondamental (**Chapitre 1**). Ensuite, il est utile de s'interroger sur ce que les outils étrangers ont à offrir à un *de cuius* en quête du contournement de la réserve (**Chapitre 2**).

---

<sup>1322</sup> FANGARO E., *La préparation d'une succession internationale*, JCP N 2008, n° 24, 1221.

## **CHAPITRE 1 : LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE**

**610.** Les individus présentant dans leur situation personnelle un élément d'extranéité ne sont pas forcément soumis à leur loi nationale. Ils peuvent par exemple être soumis à la loi du pays où ils ont leur domicile. Il arrive même que seuls certains éléments de leur vie soient soumis à un élément d'extranéité et donc à une loi étrangère. C'est le cas de leur régime matrimonial, de certains de leurs biens, de leurs impôts, de leur succession... Des lois différentes seront applicables à certains aspects de la vie de l'individu, à l'exclusion des autres. Afin d'éviter les écueils, le *de cuius* doit s'interroger sur sa situation afin de déterminer les lois qui lui sont applicables et s'il est possible d'en changer. Les applications automatiques de lois concernent le plus souvent sa résidence (**Section 1**), et sa nationalité (**Section 2**).

### **SECTION 1. - CHOISIR SA RESIDENCE**

**611. Utilité du choix.** Le choix de la résidence du *de cuius* a des conséquences souvent importantes sur les lois qui lui sont applicables. Il doit prendre conscience que cette décision d'implantation de son lieu de vie encouragera la mise en place de certains statuts propres à certains Etats. Dans un objectif de contournement de la réserve, il peut décider d'établir sa résidence dans certains pays, de façon à bénéficier d'une loi successorale plus avantageuse (§1.). Le choix du régime matrimonial peut également permettre de faire échapper une partie du patrimoine à la descendance (§2.).

#### **§1. LA LOI SUCCESSORALE**

**612. Evolution.** La loi successorale telle qu'elle ressort du droit international privé français a beaucoup évolué ces dernières années. Elle reposait essentiellement sur une distinction ancienne et maladroite entre les meubles et les immeubles (**A.**). Mais depuis

l'entrée en application du Règlement européen du 4 juillet 2012, l'unité de la loi et de la succession évite les situations conflictuelles et ambiguës (**B.**).

## **A. L'ANCIENNE DISTINCTION MEUBLE-IMMEUBLE**

**613.** Le droit international privé français et les règles de conflit de lois sont responsables de l'application ou non du principe de la réserve (**1°**). Le règlement des successions reposait sur un mode binaire. Les biens immobiliers et les biens mobiliers étaient traités selon deux régimes différents. Cette dualité conduisait à l'application de lois différentes reposant sur des règles liquidatives parfois antagonistes (**2°**).

### **1. La distinction selon la nature des biens**

**614. Différence de masses.** A l'origine, la règle de conflit de loi française disposait que la loi successorale était la loi du dernier domicile du défunt pour ce qui concerne les biens meubles, et la loi du pays dans lequel sont situés les immeubles pour les immeubles<sup>1323</sup>. Cette règle est toujours applicable s'agissant de successions ouvertes avant le 17 août 2015<sup>1324</sup>. C'est ce que l'on appelle la *lex rei sitae*. Si les immeubles sont situés en France, le juge français peut se reconnaître d'office compétent. Pour les biens mobiliers, la loi successorale correspond à la loi du dernier domicile du défunt<sup>1325</sup>. Toutefois, le privilège de juridiction peut s'appliquer en matière mobilière<sup>1326</sup>. Cette dualité de régimes était source de nombreuses difficultés lors des règlements de litiges. Dans un arrêt Pearsh du 4 décembre 1990<sup>1327</sup> rendu sous l'empire de la loi ancienne, la Cour de cassation a eu à juger de

---

<sup>1323</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009, n° 07-21.718.

<sup>1324</sup> Cass. civ. 14 mars 1837, arrêt STEWART ; S. 1837 p. 195.

<sup>1325</sup> Cass. civ. 19 juin 1939, arrêt LABEDAN ; Rev. Crit. DIP 1939 p. 481, note NIDOYET J-P.

<sup>1326</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1981, n° 80-14.728, Bull. civ. I, n° 341 ; JDI 1982, p. 927 note WIEDERKEHR G.

<sup>1327</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1990, arrêt PEARSH ; Rev. Crit. DIP 1992, p. 76, note DROZ G.

l'application de la loi française sur un immeuble situé en France mais dont le défunt avait la nationalité américaine. Ce dernier a produit un testament dans lequel il léguait ledit bien à un tiers au détriment de ses enfants. Il avait également nommé un exécuteur testamentaire afin de gérer le bien et payer les dettes de sa succession. Ses trois enfants ont réclamé l'application de leur réserve héréditaire tant sur le bien immobilier que sur le reste de la succession. La Cour rejette une partie des moyens en indiquant que l'application des règles de la réserve et de la quotité disponible est réservée à la seule masse du ressort de la loi française. En l'espèce il s'agissait de la loi de l'immeuble. Elle casse l'arrêt de la Cour d'appel mais seulement en ce que l'exécuteur testamentaire nommé ne pouvait faire vendre le bien et disposer du prix en présence d'héritiers réservataires. Cet arrêt signifiait entre autres que chaque patrimoine soumis à une loi différente doit être traité spécifiquement. Les masses sont donc indépendantes l'une de l'autre.

**615. Ameublement.** Afin de contourner la règle de l'application de la loi française pour les immeubles situés en France, il fallait recourir au subterfuge de l'ameublement. Il suffisait alors de se domicilier dans un pays ne reconnaissant pas la réserve, comme l'Angleterre et d'acquérir des immeubles en France par l'intermédiaire de sociétés. Les parts de société étant elles-mêmes des biens meubles, la succession échappait ainsi à la loi française. Bien entendu, les héritiers pouvaient toujours agir contre la succession en prouvant la fraude à la loi. L'arrêt CARON<sup>1328</sup> avait d'ailleurs officialisé la tendance. Dans cette affaire, un père de famille français domicilié aux ETATS-UNIS (pays qui ne connaît pas non plus la réserve) avait tenté de déshériter ses enfants en vendant ses immeubles français à une société américaine dont il détenait les actions. L'ameublement ainsi réalisé lui permettait de faire échapper son patrimoine à la réserve du droit français. La Cour de cassation, dans un arrêt du 17 juin 2009, a rappelé que le calcul de la réserve et de la quotité disponible dépendait de la loi française dès lors que l'immeuble était situé en France<sup>1329</sup>. Le fait d'acquérir un bien immobilier à l'étranger par l'intermédiaire d'une SCI permettait d'éviter l'application de la loi de l'immeuble. Néanmoins, la fraude était ici manifeste et les héritiers

---

<sup>1328</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1985, n° 82-15.033, arrêt CARON, Publié au bulletin, JCP N 2008, n° 24, 1221, note FONGARO E.

<sup>1329</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009, n° 17-21.718.



ont eu gain de cause. La Cour d'appel de PARIS dans un arrêt de 2016<sup>1330</sup> s'est de nouveau exprimée sur une demande de qualification de fraude consécutive à l'ameublissement d'un immeuble appartenant au défunt. Dans cet arrêt la Cour a usé d'une interprétation restrictive de la notion de fraude. Elle a jugé que l'hypothèse de la fraude était réservée à un changement ayant lieu « *précipitamment, peu de temps avant le décès du propriétaire* »<sup>1331</sup>. Or, en l'espèce la fraude n'était pas manifeste et l'intégration du bien immobilier à la SCI avait été réalisée des années avant la survenance du décès de l'auteur. Toutefois, la Cour indique également que la solution restrictive ainsi admise pouvait « *aux yeux des enfants, paraître excessive et injuste à leur égard* »<sup>1332</sup>. Pour autant, la fraude n'a pas été retenue dans ces circonstances. De même, certains modes de gestion ou d'acquisition appliqués au bien immobilier peuvent automatiquement faire pencher la balance en faveur de la loi de situation du bien. C'est le cas par exemple d'un pacte tontinier qui aurait été inséré dans l'acte d'acquisition. Il permet à un couple de nationalité étrangère d'acheter un immeuble en le faisant sortir du patrimoine du prémourant à son décès afin que la loi française ne puisse être invoquée pour obtenir une éventuelle réserve.

## 2. Une distinction difficilement applicable

**616. Excès de réserve.** Cette ancienne distinction était tellement rigide qu'elle conduisait souvent à des situations absurdes. Un *de cujus* qui a par exemple deux immeubles de même valeur dans deux Etats différents, dont l'un est la France ne sera pas soumis aux mêmes lois. S'il lègue dans son testament l'immeuble français à un tiers et l'immeuble situé à l'étranger à son fils unique, le fils peut réclamer sa réserve sur le bien français, alors même que mathématiquement, ayant droit à la moitié de la totalité de la succession, il est rempli de ses droits<sup>1333</sup>. C'est notamment le cas d'un arrêt récent de la Cour de cassation de juin

---

<sup>1330</sup> CA PARIS, 11 mai 2016, 3<sup>ème</sup>, 1<sup>ère</sup> ch. n° 14/26247 ; Gaz. Pal. 3 janvier 2017, n° 1, p. 84, obs. DIMITROV L. ; JCP N 2016, n° 38, 1280 note BONDUELLE P.

<sup>1331</sup> CA PARIS, 11 mai 2016, 3<sup>ème</sup>, 1<sup>ère</sup>, n° 14/26247 ; Gaz. Pal. 3 janvier 2017, n° 1, p. 84, obs. DIMITROV L.

<sup>1332</sup> CA PARIS, 11 mai 2016, 3<sup>ème</sup>, 1<sup>ère</sup>, n° 14/26247 ; Gaz. Pal. 3 janvier 2017, n° 1, p. 84, obs. DIMITROV L.

<sup>1333</sup> FONGARO E., *La loi applicable à la réserve héréditaire*, Dr fam. septembre 2009, n° 9, comm. 119

2009<sup>1334</sup> qui, par application d'une double loi, conduit un héritier pourtant rempli de ses droits dans la succession régie par la loi étrangère, à réclamer sa réserve héréditaire sur les biens soumis à la loi française<sup>1335</sup>. Dès lors, avec l'application de la loi de l'immeuble et la jurisprudence de 2009 sur un couple d'allemands<sup>1336</sup>, l'enfant recueilli non pas la moitié mais bien les trois quarts de la succession. L'application de la totalité du quantum de la réserve par rapport au nombre d'héritiers réservataires s'applique à tous les biens soumis à la loi française, quand bien même les réservataires auraient perçu le quantum de leur réserve sur la totalité de la succession à travers d'autres biens. Cette solution était mathématiquement favorable aux réservataires car elle les avantageait dès que la loi française entrait en application. C'était aussi, souvent, déjouer les prévisions du *de cuius* qui n'aurait pas été informé de cette subtilité du droit international français. Dès lors, la dualité de régimes allait à l'encontre d'un éventuel contournement de la réserve. La jurisprudence a tenté de contourner le problème de la double loi applicable en utilisant le mécanisme du renvoi « *s'il assure l'unité successorale et l'application d'une même loi aux meubles et aux immeubles* »<sup>1337</sup>.

**617. Les conséquences annexes du changement de loi.** Les couples ayant introduit un élément d'extranéité dans leur vie courante doivent être informés du risque encouru d'absence de protection de leur conjoint, face à la loi ou face à leurs enfants ; ou de leurs

---

<sup>1334</sup> Cass. civ.1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009, n° 07-21.718 : «[...] Attendu que M. Hartmut Y... fait grief à l'arrêt attaqué (Nîmes, 24 février 2006) d'avoir donné mission à l'expert de dire si les libéralités consenties par Margot X... et Karl Y... ont dépassé la quotité dont chacun d'eux pouvait disposer sur sa moitié indivise de l'immeuble, alors, selon le moyen, qu'en vertu de l'article 3 du code civil, dans une succession internationale, on doit tenir compte pour apprécier si la réserve héréditaire est atteinte, des avantages obtenus par le réservataire à l'étranger ; qu'en décidant en l'espèce que M. Hartmut Y... ne peut alléguer que les droits réservataires de ses sœurs n'ont pas été affectés par lesdites libéralités, compte tenu des biens qu'elles ont reçus dans la succession ouverte en Allemagne, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil et 1 du protocole n° 1 annexé à la Convention européenne des droits de l'homme ;

Mais attendu que la cour d'appel ayant justement retenu que l'objet du litige était limité aux droits successoraux des parties sur l'immeuble situé en France et que la loi internationalement compétente était la loi française, c'est selon cette loi que devait être déterminé le montant de la réserve héréditaire pour l'immeuble situé en France ; que le moyen n'est pas fondé ; PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ; [...] »

<sup>1335</sup> GODECHOT-PATRIS S., *Les successions internationales*, Rapport national pour les journées internationales de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française ; Journées roumaines sur le thème des successions, juin 2010.

<sup>1336</sup> Cass. civ.1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009, n° 07-21.718.

<sup>1337</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2009, n° 06-12.140 ; Rev. Crit. DIP 2009, 512, note ANCEL B ; JDI 2009.567, note PEROZ H. ; D. 2009. 1658, note LARDEUX G. ; JCP. 2009 II.10068, note BOULANGER F. ; Dr. fam. 2009, comm. 62, note FONGARO E.



enfants face au conjoint ou à la loi. Un exemple frappant est utilisé par le Professeur Sara GODECHOT-PATRIS dans son rapport national<sup>1338</sup>. Elle prend deux exemples somme toute similaires dans la vie courante du couple mais complètement opposés en matière de droit successoral international. Le cas d'un couple dont l'épouse demeure à titre permanent à Londres tandis que son mari réside habituellement en France<sup>1339</sup>. L'époux décède. Si l'épouse loue un appartement à Londres, la loi française du dernier domicile de son mari s'applique à sa situation de locataire et lui permet de réclamer à la succession le remboursement d'une année de loyer pour ledit appartement. Si à l'inverse, le bien appartient au défunt, la loi de l'immeuble s'applique en ce qui concerne le statut de l'épouse qui ne pourra demander aucun remboursement et qui sera soumise d'emblée pour le logement qu'elle occupe à la loi anglaise peu protectrice des conjoints survivants. Un cas de ce type avertit tout un chacun du danger recelé par l'application d'une double loi succession mobilière/bien immobilier. Heureusement, cette distinction a pris fin pour les successions ouvertes à partir du 17 août 2015.

## **B. LA NOUVELLE UNITE DE LA LOI**

**618. La fin d'une époque.** Le Règlement du 4 juillet 2012 est venu mettre un terme à la dualité de régimes opposant loi successorale et loi de l'immeuble. Il « *opère de profonds bouleversements dans le droit des successions internationales en consacrant l'unité des compétences judiciaire et législative accompagnée de la profession juris et de la mise en place du certificat successoral européen*<sup>1340</sup> ». Les nouveautés apportées vont être utiles au *de cuius* qui souhaite contourner la réserve de ses descendants (1°). Même si le Règlement a pour but de simplifier les relations entre les Etats en matière de litiges privés, il permet d'évincer la loi applicable de prime abord (2°).

---

<sup>1338</sup> GODECHOT-PATRIS S. *Les successions internationales*, Rapport national pour les journées internationales de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française ; Journées roumaines sur le thème des successions, juin 2010.

<sup>1339</sup> Par exemple pour les besoins de leurs professions, et même s'il s'agit d'une domiciliation récente ou qui n'est pas appelée à perdurer.

<sup>1340</sup> REVILLARD M., JURISCLASSEUR V Successions internationales, *fascicule 150 : Successions internationales – Règlement européen du 4 juillet 2012 – succession et certificat successoral européen*.

## 1. La nouveauté du Règlement 2012

**619. Une création attendue.** Le Règlement du 4 juillet 2012 n'est applicable qu'aux successions ouvertes à compter du 17 août 2015. Il est valable pour les 25 pays de l'Union Européenne, qui l'ont ratifié, à l'exception du Royaume Uni, de l'Irlande et du Danemark. La nouveauté réside essentiellement dans l'article 21.1 dudit Règlement<sup>1341</sup>. Cette nouvelle règle désigne comme loi applicable, la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle. Elle vaut désormais pour l'ensemble de la succession y compris les immeubles. Pour les successions ouvertes après le 17 août 2015, la succession est appréhendée dans son ensemble, partie mobilière et immobilière. La fin de cette distinction a notamment permis de diminuer le nombre de jugements aberrants dont les conséquences pratiques frisaient l'atteinte à la libre disposition du *de cuius*.

**620. La loi de la résidence.** La loi compétente sera celle de l'Etat dans lequel le défunt avait fixé sa résidence habituelle<sup>1342</sup>. La nationalité des héritiers est devenue indifférente. Cela signifie que « *tous les biens en France détenus par un Français domicilié dans un pays ignorant la réserve y échapperont* »<sup>1343</sup>. Il n'y a plus de renvoi. La loi de la résidence s'appliquera même si le défunt était résident d'un pays membre alors qu'il était de nationalité d'un pays tiers. Et inversement, s'il était ressortissant d'un pays ayant ratifié le Règlement et qu'il résidait à l'étranger, sa résidence habituelle sera celle de l'Etat tiers, sauf à prouver qu'il a des liens plus étroits avec son Etat d'origine. Lorsque la résidence habituelle du défunt n'était pas dans un Etat de l'Union européenne, les tribunaux des lieux de situation des immeubles peuvent se reconnaître compétents à condition que le *de cuius* soit de la nationalité de l'Etat en question ou qu'il y avait fixé sa résidence habituelle moins de 5 ans avant la saisine de juridiction<sup>1344</sup>. La loi successorale applicable au patrimoine du défunt

---

<sup>1341</sup> Art. 21.1 Règlement 4 juillet 2012 : « *Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès* ».

<sup>1342</sup> Art. 21.1 Règlement 4 juillet 2012.

<sup>1343</sup> VINCEDEAU I., *La réserve héréditaire au bon vouloir du défunt ?* JCP N 1<sup>er</sup> août 2014, hors-série, p. 50

<sup>1344</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 1017.



régit à la fois les règles de transmission du patrimoine mais également les qualités pour succéder. Il en est de même pour la qualité de conjoint survivant pour les règles de la fente ou pour l'existence ou non d'une réserve.

**621. Régimes successoraux spéciaux.** L'article 30<sup>1345</sup> du Règlement concerne les régimes successoraux spéciaux toujours d'actualité. Il ressuscite l'application de la loi de l'immeuble dans des cas très spécifiques comme l'intérêt économique familial ou social. Cet intérêt doit pouvoir objectivement être reconnu pour pouvoir déroger, pour les biens concernés, à la loi successorale. L'article 54 du Règlement précise les conditions dans lesquelles, la loi de situation du bien prime la loi successorale. Il fait notamment référence à la réserve héréditaire. Il indique que le fait de bénéficier d'une réserve héréditaire élargie en appliquant la loi de situation du bien n'est pas suffisant pour justifier l'éviction de la loi successorale. Dès lors, les héritiers ne peuvent utiliser un régime successoral spécial pour appliquer sur un bien, une loi plus avantageuse eu égard à leur réserve héréditaire.

## 2. Le choix

**622. L'exception.** Pour autant, même si le règlement désigne la loi de la résidence habituelle, il sera parfois possible de faire application de la loi française. L'alinéa 2 pose en effet une exception<sup>1346</sup> mais très relative. Les héritiers français devront alors prouver que le défunt et sa succession avaient des liens plus étroits avec la France qu'avec le pays désigné

---

<sup>1345</sup> Art. 30 Règlement 4 juillet 2012 : « Lorsque la loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens comporte des dispositions spéciales qui, en raison de la destination économique, familiale ou sociale de ces biens, imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci, ces dispositions spéciales sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession. »

<sup>1346</sup> Art. 21.2 Règlement 4 juillet 2012 : « Lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, la loi applicable à la succession est celle de cet autre État. »

par la loi applicable. Ils doivent prouver qu'il s'agit dès lors d'une tentative d'éviction<sup>1347</sup>. Le *de cuius* doit avoir résidé au moins 5 ans dans le pays pour établir une résidence principale stable au sens du Règlement de 2012<sup>1348</sup>. Il faudra donc anticiper le changement de résidence afin de pouvoir évincer la loi française et la réserve héréditaire par la même occasion. Cet article peut être intéressant en cas de domiciliation rapide suite à une fin de vie probable ou une grave maladie ayant causé le décès peu de temps après la nouvelle installation. Si par exemple le défunt avait la nationalité française, la majorité de ses biens en France et qu'il avait établi sa résidence habituelle depuis deux ans en Russie ou en Chine, le faisceau d'indices distinguerait la loi française contre la loi de résidence habituelle. La loi française serait alors reconnue compétente.

**623. La fraude.** Un second garde-fou a également été prévu au travers de la fraude. Mais les manœuvres ne sont pas faciles à prouver. Il faut reconnaître qu'avec les flux migratoires de plus en plus nombreux concernant à la fois la famille et le travail, le simple fait d'avoir déménagé dans un autre État ne présume pas d'une intention de fraude. La fraude à la loi peut être utilisée pour déjouer une mise à l'écart des héritiers réservataires. Il faut réunir un élément matériel et un intentionnel. Le juge recherche si le *de cuius* n'a pas cherché à évincer la loi française en s'attaquant à la catégorie de rattachement. Cette théorie a été utilisée dans l'arrêt CARON<sup>1349</sup> par la Cour de cassation rendu sous l'empire du droit antérieur. La Cour a indiqué que « *pour qu'il y ait fraude à la loi, il suffit que la règle de conflit soit volontairement utilisée en modifiant un élément de rattachement, à seule fin d'éviter l'application d'une loi compétente.* » Néanmoins, en l'espèce, la fraude était

---

<sup>1347</sup> SAVOURE B., *Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire de droit français*, JCP N 2015, n° 22, 1178.

<sup>1348</sup> Art. 10 du Règlement du 4 juillet 2012 : « 1. Lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du décès n'est pas située dans un État membre, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur l'ensemble de la succession dans la mesure où :  
a) le défunt possédait la nationalité de cet État membre au moment du décès ; ou, à défaut,  
b) le défunt avait sa résidence habituelle antérieure dans cet État membre, pour autant que, au moment de la saisine de la juridiction, il ne se soit pas écoulé plus de cinq ans depuis le changement de cette résidence habituelle.

2. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu du paragraphe 1, les juridictions de l'État membre dans lequel sont situés des biens successoraux sont néanmoins compétentes pour statuer sur ces biens. »

<sup>1349</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1985, n° 82-15.033, arrêt CARON, Publié au bulletin, JCP N 2008, n° 24, 1221, note FONGARO E.



manifeste. La Cour a plus récemment rejeté la fraude dans un arrêt de 2005 dans une opération d'achat et donation d'immeubles<sup>1350</sup>.

## **§2. LE CAS DES REGIMES MATRIMONIAUX**

**624.** La résidence est l'un des éléments de détermination de la loi applicable aux époux. Bien la choisir c'est souvent bien choisir son régime matrimonial. Ils peuvent soit opter pour une loi par un contrat de mariage soit laisser les règles du droit international privé choisir pour eux. La question du régime matrimonial et celle de la loi qui lui est applicable sont fondamentales. Elles déterminent les conditions patrimoniales applicables au couple, les modalités et les perspectives de divorce. Mais elles servent aussi et surtout à déterminer les droits du conjoint survivant sur le patrimoine commun, s'il existe, au décès du *de cuius*. Dès lors, rechercher le régime matrimonial et la loi qui lui est applicable c'est déterminer de nouvelles formes de contournement de la réserve. Pour ce faire, il faut dans un premier temps choisir un régime (**A.**), puis vérifier si un changement est possible pour un régime plus avantageux (**B.**).

### **A. LE CHOIX DU REGIME**

**625.** Les règles de conflit de lois françaises en matière de régimes matrimoniaux ont été notamment fixées par la convention de La Haye du 14 mars 1978 dont la mise en application a été effective le 1<sup>er</sup> septembre 1992<sup>1351</sup>. Cette convention est applicable à tous les couples mariés après le 31 août 1992 et présentant un élément d'extranéité. Pour les époux mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992, deux cas de figure peuvent se présenter. Soit les époux ont signé un contrat de mariage désignant la loi applicable. Dès lors le choix de la loi est clairement exprimé par les époux. Soit ils n'en ont pas désigné et ce sont les règles de droit commun du droit international privé français qui réalisera cette détermination. Dès lors,

---

<sup>1350</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 2005 ; Dr pam. novembre 2005, p. 112, obs. ANCEL E.

<sup>1351</sup> Décret 92-1024 du 21 septembre 1992, entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

pour connaître les possibilités matrimoniales de chaque couple, il y a lieu d'opérer une distinction entre les mariages célébrés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992 (1<sup>o</sup>), et ceux réalisés à compter de cette date (2<sup>o</sup>).

## **1. Les mariages célébrés avant 1992**

**626. Le mariage.** Si le mariage a lieu en France entre deux personnes de nationalité française, la loi française leur sera automatiquement applicable. En cas de mariage mixte, le doute s'installe et il faut rechercher la date de la célébration. A partir de cette date, il faut rechercher une intention, une nationalité commune, un domicile commun ou des indices permettant de déterminer quelle loi est applicable à leur régime. En droit français, les dispositions du régime matrimonial primaire s'appliquent quel que soit le régime matrimonial choisi. Il s'agit en réalité d'un socle commun à tous les régimes. Cela signifie que des époux étrangers, soumis à un régime matrimonial étranger, mais vivant en France, ne peuvent se soustraire aux dispositions du régime primaire français<sup>1352</sup>. Certains Etats n'ont pas à proprement parlé de régime matrimonial imposé aux époux car le mariage n'emporte pas de modification du patrimoine des époux. C'est notamment le cas de beaucoup de pays arabes. On traduit souvent ce fait en France par une séparation de biens. Mais en réalité, les règles de créance entre époux ne leur sont pas plus applicables<sup>1353</sup>.

**627. Le choix de loi.** Il faudra dans un premier temps repérer si les époux ont effectué un choix de loi, qu'on appelle couramment la loi d'autonomie. La loi d'autonomie correspond à la loi que les époux ont entendu délibérément appliquer à leurs conventions matrimoniales. Le choix peut être explicite ou implicite. Ils peuvent choisir la loi de n'importe quel Etat sans limitation spatiale ou de lien quelconque. Leur volonté est

---

<sup>1352</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1987, n° 85-18.877, Bull. civ. I, n° 275.

<sup>1353</sup> BOICHE A., *Régime matrimonial et droit international privé*, AJ fam. 2013, p. 114



entièrement libre. La loi d'autonomie exclut notamment le renvoi<sup>1354</sup> et ordonne l'indivisibilité de traitement pour l'ensemble du régime matrimonial<sup>1355</sup>. Mais les époux peuvent également choisir une loi applicable à leurs seules possessions immobilières. Cette faculté peut être limitée à certains immeubles<sup>1356</sup>. Cette loi est soit différente de celle de leur régime matrimonial à proprement parler et de leurs possessions mobilières. Même si les règles de la Convention de LA HAYE en matière de recherche de régime applicable ne sont utilisables que pour les célébrations réalisées après le 31 août 1992, certaines dispositions peuvent être utilisées en cours de mariage. En effet, les époux mariés sans contrat avant 1992 peuvent toujours faire une déclaration de choix de loi en respectant les conditions de l'article 6 de la Convention de LA HAYE<sup>1357</sup>. Cette déclaration leur est ouverte en tant que désignation de loi applicable et non recherche de cette loi applicable.

**628. Première résidence habituelle.** En l'absence de choix clairement exprimé par les époux, la loi qui leur est applicable est celle de l'Etat dans lequel ils ont fixé leur première résidence commune<sup>1358</sup>. Cette affirmation ressort notamment d'une jurisprudence qui a maintenant un peu plus de dix ans. D'après la Cour, « *la loi applicable au régime matrimonial d'époux, mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992, est déterminée principalement en considération de la fixation de leur premier domicile conjugal*<sup>1359</sup> ». La Cour a considéré que le choix de la première résidence commune du couple devait être considéré comme une volonté de la part des époux de soumettre leur union à la loi du pays dans lequel ils ont décidé de s'installer. Cet arrêt est confirmé par un second en 2008<sup>1360</sup>. Dès lors, la difficulté de mise en œuvre de la loi d'autonomie avec la recherche de la commune intention des parties ont conduit les juges à rechercher davantage les caractères d'un premier domicile commun<sup>1361</sup>. S'il n'y a pas de première résidence habituelle, la loi applicable au régime sera

---

<sup>1354</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 1972, n° 70-11.953, arrêt GOUTHERTZ, Bull. civ. I, n° 35 ; RCDIP 1972, 644, note sous WIEDERKEHR G. ; JDI 1972, 594, note sous KAHN P. ; JCP 1972, II, 17096, ccl. GÉGOUT ; Defrénois 1972, 1033, note sous MALAURIE P.

<sup>1355</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janvier 2005.

<sup>1356</sup> Art. 3 Convention de La Haye du 14 mars 1978.

<sup>1357</sup> BOICHE A., *Régime matrimonial et droit international privé*, AJ fam. 2013, p. 114.

<sup>1358</sup> Cass. Req. 4 juin 1935, arrêt époux ZELCER ; Rev. crit. DIP 1936 p. 755 note BASDEVANT J.

<sup>1359</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 septembre 2007, n° 06-15.295 ; Rev. crit. DIP 2008, 99, note GANNAGE P. ; Defrénois 2008, 1204, note REVILLARD M. ; JDI 2008, 1204, note REVILLARD M. ; JDI 2008, 507 note BOURDELOIS B.

<sup>1360</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 2008, n° 07-16.385.

<sup>1361</sup> BOICHE A., *Régime matrimonial et droit international privé*, AJ fam. 2013, p. 114.

la loi de la nationalité commune des époux. A défaut de nationalité commune, il faut utiliser un faisceau d'indices permettant de connaître avec quel Etat les époux ont le plus de liens et d'intérêts.

**629. Faisceau d'indices.** Le régime de droit commun utilisé pour rechercher la loi applicable en l'absence d'éléments communs classiques dépend essentiellement de la jurisprudence<sup>1362</sup>. Il s'agit d'un faisceau d'indices utilisé par les juges du fond. Ils tiennent compte de la fixation des intérêts pécuniaires, du domicile des époux, et de tous éléments factuels pouvant orienter un choix de régime quelconque. L'utilisation de la notion de premier domicile commun stable n'est qu'une présomption que les juges peuvent écarter à tout instant au profit d'un faisceau d'indices allant dans une autre direction. Si les éléments de preuves convergent vers un choix de loi différent de la loi du premier domicile, les juges écartent cette présomption au profit du faisceau d'indices contraire<sup>1363</sup>.

**630. La mention notariée.** La mention d'un régime matrimonial dans un ou plusieurs actes notariés n'ayant pour objet que la constatation de situations ou contrats autres ne constitue pas une déclaration de choix de loi. C'est ce qu'a rappelé un arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2017<sup>1364</sup>. La loi qui leur est applicable à défaut de choix exprès est la loi de l'Etat avec lequel ils ont le plus d'attaches. La volonté non équivoque des époux de désigner une loi applicable à leur régime ne peut être recherchée dans des actes n'ayant aucun rapport avec le but recherché. Une stipulation expresse de désignation de choix de loi doit respecter les formes d'un contrat de mariage selon les termes des articles 11 et 13 de la Convention de LA HAYE. La pratique notariale de la désignation à travers la simple mention dans l'état civil en tête d'acte d'un régime, quel qu'il soit n'a qu'une fonction informative pour les services de la publicité foncière et n'ont pas vocation à constater une déclaration solennelle des parties. Dès lors, la recherche de la déclaration de choix ne peut être déterminée à partir d'un acte notarié n'ayant pas été rédigé à cette fin.

---

<sup>1362</sup> BOICHE A., *Régime matrimonial et droit international privé*, AJ fam. 2013, p. 114.

<sup>1363</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2012, n° 11-20.462, JurisData n° 2012-012164 ; JCP N 2012, n° 6, 1358, obs. FONGARO E.

<sup>1364</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 décembre 2017, n° 16-27.216 ; JurisData n° 2017-025514 ; JCP N 2017, n° 51-52, obs. BOULANGER D.

## **2. Les mariages célébrés après 1992**

**631. Le choix de loi.** Les époux mariés après le 1<sup>er</sup> septembre 1992 dépendent de la Convention de LA HAYE de 1978. Ils doivent choisir entre les lois applicables suivantes<sup>1365</sup> :

- Loi nationale de l'un des époux
- loi de l'Etat dans lequel l'un ou les deux époux ont fixé leur résidence habituelle
- loi de l'Etat dans lequel les époux fixeront leur première résidence habituelle

Les époux peuvent comme avant 1992, signer un contrat de mariage afin de désigner la loi applicable à leur régime. Mais désormais, ce choix est restreint à la liste ci-dessus. La vocation universelle de la Convention de LA HAYE lui permet de désigner une loi tierce que la loi nationale d'époux qui rempliraient les conditions de l'un de ses articles ; et ce, quand bien même cet Etat ne serait pas signataire de la convention.<sup>1366</sup>

**632. Le premier domicile stable.** L'article 4 de la Convention de 1978 indique que la loi applicable est celle de l'Etat dans lequel les époux établissent leur première résidence habituelle après la célébration de mariage ou de leur nationalité commune. Le domicile doit être totalement stable et non temporaire ou fictif. Le domicile commun stable est une notion assez vague et la jurisprudence ne donne pas de délai pour l'établissement de ce domicile. Il n'existe pas de délai impératif pour caractériser la stabilité. Néanmoins les CRIDON considèrent qu'une durée de deux ans est une durée acceptable pour caractériser<sup>1367</sup>. La présomption de choix de régime par les époux en établissant leur premier domicile commun dans un pays n'est qu'une présomption simple rappelle la Cour de cassation dans un arrêt récent du 24 septembre 2014<sup>1368</sup>. A défaut, la loi qui s'applique est celle du pays avec lequel les époux ont le plus de liens<sup>1369</sup>. En l'absence de contrat ou de domicile commun, il est

---

<sup>1365</sup> Art. 3 Convention de La Haye du 14 mars 1978.

<sup>1366</sup> BOICHE A., *Régime matrimonial et droit international privé*, AJ fam. 2013, p. 114.

<sup>1367</sup> BOULANGER D., *Mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial : gare aux couples migrants*, JCP N 2014, n° 27, 1241.

<sup>1368</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2014, n° 13-17.593.

<sup>1369</sup> BOULANGER D., *Mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial : gare aux couples migrants*, JCP N 2014, n° 27, 1241.

nécessaire de rechercher dans quel pays le couple a souhaité porter la majorité de ses intérêts patrimoniaux.

**633. L'apport du Règlement de 2016.** Un nouveau Règlement a tenté de simplifier les règles applicables au régime matrimonial des époux et à la détermination de la loi qui leur est applicable. La réglementation concernant les époux mariés après 1992 n'a pas fondamentalement changé dans son application mais un nouvel article vient renforcer sa position. L'article 26-1 du Règlement européen du 24 juin 2016<sup>1370</sup> a conforté la règle de la première résidence habituelle commune des époux. L'article 22 b) ajoute que les époux pourront seulement désigner la loi d'un Etat dans lequel l'un des époux a établi sa résidence habituelle ou la loi nationale de l'un des époux. Par contre, ils ne peuvent plus désigner la loi de leur future résidence habituelle<sup>1371</sup>. Il faut ajouter que les époux sont automatiquement soumis au Règlement européen dès lors qu'il y a changement de loi applicable pour un mariage conclu avant cette date, ou pour un mariage conclu après<sup>1372</sup>. Il impose un régime unitaire tant pour leur régime que leurs immeubles et ce, afin d'éviter l'application d'une loi contraire à leurs intérêts<sup>1373</sup>. On comprend aisément que s'intéresser au régime matrimonial applicable en DIP sera utile pour prévoir la stratégie du contournement de la réserve<sup>1374</sup>.

## **B. LA MODIFICATION DU REGIME**

**634.** La recherche de la modification du régime matrimonial est fondamentale en matière de choix du mariage. Le choix de la loi initiale peut empêcher les époux de changer de régime par la suite pour opter pour une convention mieux adaptée. L'absence de désignation volontaire avant la célébration et le peu d'intérêt porté au régime après, peuvent

---

<sup>1370</sup> Règlement européen du 24 juin 2016 n° 2016/1104 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

<sup>1371</sup> FARGE C. et CRONE R., *Les règlements du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux régimes patrimoniaux Le changement dans la continuité...*, JCP N 2018, n° 16, 1169.

<sup>1372</sup> NOURISSAT C., *Droit international privé notarial*, JCP N 2016, n° 40, 1290.

<sup>1373</sup> FARGE C. et CRONE R., *Les règlements du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux régimes patrimoniaux Le changement dans la continuité...*, JCP N 2018, n° 16, 1169.

<sup>1374</sup> Faire un parallèle avec la partie concernant les régimes matrimoniaux.



également avoir des conséquences en cas de changement de situation des époux, des conséquences le plus souvent involontaires. Dans cette perspective, ne pas prévoir ces changements parfois brutaux ou ces absences de changement de régime peut empêcher le *de cuius* et son conjoint de mener à bien un projet de contournement de la réserve, projet parfois organisé en fonction du régime matrimonial. Cette modification peut soit émaner directement de la volonté des époux (1°), soit être le résultat d'une mutation automatique et incontrôlée d'un régime qu'on a pas pris le soin de prévoir (2°).

## 1. La mutation volontaire

**635. Immutabilité du régime.** Les époux qui ne font pas de choix de loi s'exposent à l'application d'office d'une loi qui ne sera pas forcément avantageuse. Pire encore, tous les Etats ne permettent pas la modification du régime matrimonial ou l'autorisent à des conditions drastiques. Cette absence de faculté de modification peut conduire des époux dans un premier temps peu diligents à subir un régime qui est incohérent avec leur mode de vie ou avec leurs projets patrimoniaux. Il est donc fondamental pour un couple présentant un élément d'extranéité de bien choisir la loi qui est initialement applicable à leur régime et de vérifier que la modification est envisageable. Dès lors, l'absence d'autorisation légale de mutabilité du régime dans l'Etat qui détermine la loi applicable aux époux les empêche de modifier leur régime. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 4 juin 1935 aussi appelé arrêt ZELCER<sup>1375</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a précisé que la possible mutabilité du régime dépendait de la loi initialement applicable à leur régime. Si leur loi autorise les mutations de régime, ils pourront alors effectuer ce changement.

**636. Le choix de loi postérieur.** Le choix d'une loi applicable au régime postérieurement au mariage est possible grâce à l'article 6 de la Convention de 1978. C'est ce que l'on appelle la libre mutabilité<sup>1376</sup>. Il suffit de respecter les conditions de forme

---

<sup>1375</sup> Cass. Req, 4 juin 1935, arrêt ZELCER, Rev. crit. DIP, 1936. 755, note BASDEVANT J.

<sup>1376</sup> BOULANGER D., *Mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial : gare aux couples migrants*, JCP N 2014, n° 27, 1241.

nécessaires à l'application de la loi de l'Etat choisi. Aucun contrôle judiciaire n'intervient. Attention, si la mutabilité automatique a déjà fait son œuvre, les époux ne pourront plus désigner de loi autre que celle s'appliquant nouvellement à eux<sup>1377</sup>. Pour pouvoir échapper à l'enfermement de la mutabilité automatique, un élément d'extranéité doit subsister pour permettre la désignation d'une loi différente.

## 2. La mutabilité incontrôlée

**637. Mutabilité automatique.** Selon les articles 4 et 7 alinéa 2 de la Convention de LA HAYE du 14 mars 1978, la loi applicable aux régimes matrimoniaux est celle de la résidence habituelle des époux. Elle se substitue automatiquement à la loi compétente initialement lorsque les époux ont établi leur résidence habituelle ensemble dans le même Etat si les époux ont la nationalité de l'Etat concerné. Avec la mutabilité automatique, « *La loi de résidence habituelle des époux se substitue automatiquement à la loi précédemment compétente lorsque les époux fixent leur résidence habituelle dans le même Etat* »<sup>1378</sup>. Lorsque les deux époux n'ont jamais eu de résidence commune et que la loi qui leur est applicable par défaut est leur loi nationale commune, mais qu'ils finissent par habiter dans le même Etat, la mutation automatique se fera au profit de la loi de leur première résidence commune. Cette mutabilité automatique s'applique également s'ils obtiennent cette nationalité par la suite, ou si leur résidence habituelle commune dans un autre Etat a duré au moins 10 ans. Ces modifications automatiques ne préviennent pas. Un couple qui n'a jamais fait de déclaration de choix de loi et qui décide tout à coup de revenir dans leur pays natal commun serait bien surpris de voir que le régime qu'ils avaient tacitement entendu s'appliquer à leur patrimoine a été remplacé. Et la mutation les suivra à chaque fois que les conditions de leur vie changeront si elles entrent dans l'un des cas de figure prévus par la Convention de LA HAYE. Cette mutabilité incontrôlée est née avec la Convention et ne

---

<sup>1377</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 avril 2012, n° 10-27.016 ; JurisData n° 2012-007105 ; JCP N 2012, n° 25, 1276, note PEROZ H.

<sup>1378</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 février 2014, n° 12-29.297, JurisData n°2014-002460 ; Dr. fam. 2014, comm. 70, obs. FARGE M.



concerne que les couples mariés à compter du 1<sup>er</sup> septembre 1992. Les conflits nés de cette mutabilité automatique sont dus à la seule convention de 1978.

**638. Rétroactivité.** La mutation automatique de régime matrimonial et par conséquent de loi applicable n'a aucun effet rétroactif. Les biens antérieurement acquis par le couple sous une loi différente y restent soumis<sup>1379</sup>. C'est notamment ce qui a été rappelé dans un arrêt de la Cour de cassation de 2012<sup>1380</sup>. En l'espèce, c'est lors du divorce des époux que la Cour a eu à trancher du régime applicable aux biens du couple. Elle a rappelé que les biens antérieurement acquis au changement de résidence habituelle restaient soumis au régime initial, en l'absence de choix de loi clairement exprimé par les parties.

**639. L'apport du Règlement.** La convention de 1978 consacre la mutabilité automatique du régime matrimonial. Une proposition de règlement européen du 16 mars 2011 faisant l'objet d'une résolution législative du Parlement européen le 10 septembre 2013 concrétisée à travers le Règlement 2016 est venue mettre fin à la mutabilité automatique des régimes matrimoniaux<sup>1381</sup>. Le Règlement européen du 24 juin 2016 met ainsi fin à la mutabilité automatique pour les couples mariés après l'entrée en vigueur du Règlement le 29 janvier 2019<sup>1382</sup>. Les époux pourront effectuer le choix de loi avant, pendant ou après le mariage<sup>1383</sup>. C'est ce qui ressort notamment de l'article 22 du Règlement. Le choix doit être fait par écrit. Après la détermination du régime et de la loi applicable, aucune modification involontaire et fortuite n'aura lieu concernant les époux ou leurs liens patrimoniaux. Ce texte n'a vocation à s'appliquer que pour les couples mariés après le 29 janvier 2019 mais il permettra aux couples qui n'ont pas été diligents en matière de régime matrimonial mais qui changeraient de lieu de résidence dans l'optique d'un contournement de la réserve, de ne pas subir de changement de situation patrimoniale à leur insu. La détermination et la

---

<sup>1379</sup> BOULANGER D., *Mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial : gare aux couples migrants*, JCP N 2014, n° 27, 1241.

<sup>1380</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 avril 2012, n° 10-27.016 ; JurisData n° 2012-007105 ; D. 2012, 1125 ; AJ fam. 2012. 353, obs. BOICHE A. ; RTD Civ. 2012. 362, obs. VAREILLE B. ; JCP N 2012, n° 25, 1276, note PEROZ H.

<sup>1381</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 avril 2012, n° 10-27.016 ; JurisData n° 2012-007105 ; D. 2012 ? 1125 ; AJ fam. 2012. 353, obs. BOICHE A. ; RTD Civ. 2012, 362, obs. VAREILLE B. ; JCP N 2012, n° 25, 1276, note PEROZ H.

<sup>1382</sup> FARGE C. et CRONE R., *Les règlements du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux régimes patrimoniaux, Le changement dans la continuité...*, JCP N 2018, n° 16, 1169

<sup>1383</sup> FONGARO E., *Le choix de la loi applicable au régime matrimonial*, JCP N 2018, n° 16, 1166.

modification du régime ont donc toute leur importance en matière de divorce et de prévoyance patrimoniale, tout comme c'est le cas en droit interne.

**640.** Choisir sa résidence prend tout son sens lorsque l'on prévoit de contourner la réserve de tout ou partie de ses descendants. Mais elle n'est pas le seul critère fondamental en droit international privé. Choisir la loi de sa nationalité prend désormais tout son sens (**Section 2**).

## **SECTION 2. - CHOISIR LA LOI DE SA NATIONALITE**

**641. Le choix de la nationalité.** Le choix de la loi de la nationalité est désormais également l'une des clés pour influencer le choix de la loi applicable à une succession. Il permet d'anticiper le règlement patrimonial de l'après décès en toute quiétude. En effet, la *professio juris*, née du Règlement du 4 juillet 2012 ouvre de nouvelles opportunités au *de cuius* (§1.). Avoir la nationalité française permettait d'obtenir de nombreux avantages en droit international. Le droit de prélèvement formait une sorte de privilège de nationalité typiquement français (§2.).

### **§1. UTILISER LA PROFESSIO JURIS**

**642.** L'application directe de la loi successorale définie par la résidence habituelle du défunt peut poser des difficultés. Le risque réside dans les cas de déménagement ou de longs séjours dans d'autres Etats pour des raisons de santé ou pour des raisons professionnelles. Désigner par testament la loi qui sera applicable à sa succession va permettre au *de cuius* de se prémunir contre les impondérables. La *professio juris* est la solution pour l'y aider. Elle permet d'utiliser la nationalité comme loi applicable à la succession (**A.**). Son organisation est simple mais les risques liés à son application ne sont pas négligeables (**B.**).

## **A. UTILISER LA LOI DE NATIONALITE**

**643.** La *professio juris* repose sur un choix du *de cuius*, celui de décider quelle loi sera applicable à sa succession. Il peut anticiper ce qu'il adviendra des biens qu'il a mis toute une vie à amasser et décider la loi la plus avantageuse pour transmettre son empire. Cette faculté de détermination repose sur le choix qu'il effectue pour la loi de sa nationalité (1°). Les conditions somme toutes assez libres de la *professio juris* permettent finalement d'envisager un nombre considérable de possibilités (2°).

### **1. L'option pour une nationalité**

**644. L'innovation du Règlement.** La jurisprudence ancienne ne laissait que peu de place à la volonté. Par exemple, elle n'autorisait pas le défunt à choisir une loi applicable à sa succession qui ne serait pas désignée par la règle de conflit de lois. La protection de la réserve était au cœur de la politique française en matière de droit international<sup>1384</sup>. Le Règlement de 2012 est venu moderniser et harmoniser les législations afin d'assouplir les règles de droit international tout en les rendant plus efficaces. La *professio juris* est née de cette volonté. Longtemps attendue en France, déjà pratiquée dans d'autres pays, elle représente un moyen de sécuriser les transmissions patrimoniales après décès. Même si la notion était connue de longue date dans d'autres pays d'Europe et sur d'autres continents, elle n'est arrivée en France qu'avec le Règlement de 2012<sup>1385</sup>.

**645. Utilité.** Il est beaucoup plus sûr de valider en amont la loi applicable à une succession en la désignant qu'en risquant une modification de dernière minute. Cette modification peut être due à des liens trop étroits avec un autre Etat, à une concentration d'immeubles trop importante dans le pays d'origine, de séjours trop réguliers et trop longs

---

<sup>1384</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1970, n° 69-13.236 ; Rev. Crit. DIP 1972. 467, note PONSARD A.

<sup>1385</sup> REVILLARD M., JURISCLASSEUR V° Successions internationales, Fascicule 150 : *Successions internationales – Règlement européen du 4 juillet 2012 – succession et certificat successoral européen*.

pour des soins médicaux .... Le *de cuius* qui doit se rendre régulièrement dans un autre Etat pour des raisons professionnelles et disposant d'un pied à terre sur place risque la confusion dans la qualification de sa résidence habituelle. Le *de cuius* qui veut s'assurer de l'application de la loi la plus avantageuse doit la désigner lui-même afin qu'aucune ambiguïté ne donne lieu à des discussions entre les tribunaux et ses héritiers. Sa volonté ne sera entendue que s'il l'exprime, à défaut, il laisse le hasard avoir le dernier mot à sa place.

**646. Désignation de la loi nationale.** Aux termes du Règlement 2012, chaque personne peut désigner la loi d'un pays pour régir sa succession dès lors qu'elle a la nationalité de l'Etat dont la loi est désignée. La loi désignée régit l'ensemble de la succession sans distinction selon la nature mobilière ou immobilière des biens. Cette désignation est limitée à la loi de la nationalité de l'individu auteur de la *professio juris*. S'il dispose de plusieurs nationalités, il pourra choisir celle qui l'agrée le plus. Le Règlement ne fait aucune différence entre une nationalité nouvellement acquise ou la nationalité de naissance. Aucune hiérarchie n'est établie entre les nationalités obligeant le *de cuius* à en choisir une plutôt que l'autre. Le *for* ne peut imposer la loi correspondant à sa propre législation et à l'une des nationalités du *de cuius* à la place de celle que le défunt a fait valoir dans sa *professio juris*. L'option pour la loi de la résidence habituelle en tant que telle n'est pas permis. Le *de cuius* peut néanmoins la désigner non en tant que loi de son pays de résidence mais en tant que loi correspondant également à sa loi nationale. Néanmoins il devra indiquer qu'il s'agit de sa loi nationale et non de la loi de sa résidence. D'ailleurs, quel serait l'intérêt de désigner la loi de la résidence à travers la *professio juris* puisque cette loi est d'emblée appliquée comme celle applicable à la succession en l'absence de particularité.

## **2. Les conditions**

**647. Forme.** L'article 22 énonce les règles de forme aux termes desquelles la *professio juris* peut être établie. Elle ne correspond pas à un acte purement formel. Il s'agirait plus d'une déclaration ou d'une mention incluse dans un *corpus* possiblement plus



important. Aucun formalisme strict n'accompagne la déclaration ; pas de nécessité d'un acte authentique, de témoin ou d'enregistrement préalable quelconque. Le choix peut être implicite ou explicite. Mais afin d'éviter toute ambiguïté, il est important qu'il soit totalement explicite.

**648. Choix implicite.** Le choix de la loi peut résulter des termes de la disposition ou être clairement établi. Aux termes du point 39 du Préambule du Règlement de 2012, la *professio juris* peut être déduite des termes et informations contenues dans le support. La mention explicite n'est pas obligatoire même si elle est fortement conseillée afin d'éviter toute ambiguïté. Néanmoins, la loi désignée ne peut être déterminée à partir des actions du défunt dans un Etat. Elle ne peut pas plus être déduite de sa volonté de se soumettre à une loi pour des affaires particulières. On pensera notamment à ses conventions matrimoniales, à son activité professionnelle, au choix de sa résidence, au lieu de ses acquisitions ou à la constitution de *trust*<sup>1386</sup>.

**649. Le support de la *professio juris*.** Selon l'article 22 du Règlement, la déclaration doit revêtir la forme d'une disposition à cause de mort. Elle peut prendre la forme d'un testament classique, conjonctif ou même d'un pacte successoral<sup>1387</sup>. On imagine fort bien le *de cuius* se tourner d'office vers le testament. Il s'agit de la forme de disposition à cause de mort la plus abordable et la plus explicite. Le testament permet également de laisser les héritiers dans l'ignorance jusqu'à la mort de son auteur. Si le *de cuius* a régulièrement établi un choix de loi dans un Etat qui l'admettait, avant l'entrée en vigueur du Règlement, cette désignation restera valable si elle remplit les conditions précédemment mentionnées. Il faut bien entendu que le décès intervienne après le 16 août 2015 pour que la *professio juris* soit totalement efficace. Les spécificités particulières de la forme de la *professio juris* et des conditions de sa modification dépendent entièrement de la loi applicable qu'elle désigne.

---

<sup>1386</sup> REVILLARD M., JURISCLASSEUR V° Successions internationales, Fascicule 150 : *Successions internationales – Règlement européen du 4 juillet 2012 – succession et certificat successoral européen.*

<sup>1387</sup> REVILLARD M., JURISCLASSEUR V° Successions internationales, Fascicule 150 : *Successions internationales – Règlement européen du 4 juillet 2012 – succession et certificat successoral européen.*

## **B. LES RISQUES**

**650.** Désigner la loi applicable à travers la *professio juris* permet au *de cuius* d'entrevoir des possibilités réelles de contournement de la réserve. Cette technique de droit international présente des intérêts certains mais également des limites (1°). La fraude est notamment l'une des raisons de remise en cause de l'utilisation de la *professio juris* (2°).

### **1. Intérêts et limites**

**651. L'absence de renvoi.** Le *de cuius* peut volontairement opter pour sa loi nationale afin de contourner la réserve de ses descendants. Outre l'utilité reposant sur l'absence de maintien obligatoire de la résidence habituelle, la *professio juris* recèle un autre avantage par rapport à la loi de la résidence. La nouvelle règle de désignation de la loi successorale instaurée par le Règlement de 2012 supporte malgré tout le risque d'intervention d'une autre loi en cas de liens plus étroits avec un autre Etat comme le préconise l'article 21.2 du Règlement. Ce rapprochement réalisé pour des motifs ressemblant plus à un faisceau d'indices n'est pas applicable à la loi désignée par la *professio juris*. Cette désignation volontaire du *de cuius* prive les héritiers et le juge d'invoquer le rapprochement avec un autre Etat sous prétexte de liens plus étroits. La loi de la résidence est également susceptible de plier face au renvoi. Le renvoi de juridiction aurait les mêmes conséquences que l'évocation de liens étroits avec un autre Etat. Les prévisions du *de cuius* seraient déjouées. Or, l'utilisation de la *professio juris* permet tout aussi bien d'empêcher l'utilisation du renvoi vers une loi qui ne correspondrait pas aux desseins du *de cuius*<sup>1388</sup>. L'article 34.2 du Règlement permet ainsi d'échapper au renvoi grâce à la désignation de la loi de la nationalité.

---

<sup>1388</sup> SANA-CHAILLE DE NERE S., *Vers un droit patrimonial européen de la famille ? - La loi applicable à la succession dans le règlement du 4 juillet 2012*, JCP N 2013, n° 15, 1082.



**652. La résurrection de la *lex rei sitae*.** La loi de la nationalité n'est pourtant pas une solution absolue. Elle peut être écartée au profit de la loi de situation des biens dans des cas très précis. Le Règlement de 2012 prévoit dans ses articles 30, 31 et 33 des cas spéciaux pour lesquels la loi de situation de l'immeuble semble la mieux à même de rendre compte de la spécificité des biens de la succession. Ils traitent notamment des successions en déshérence, des biens spéciaux et de la nécessité d'adapter des droits réels<sup>1389</sup>. Ces cas restent certes anecdotiques, mais pour s'en prémunir, il est recommandé au *de cuius* d'éviter autant que possible de posséder des immeubles dans un Etat pratiquant la réserve héréditaire, et notamment en France. Si aucun immeuble n'est susceptible de constituer un bien français, le risque de voir ces raretés devenir réalité diminue encore un peu plus. Toutefois, l'initiative de la loi successorale fondée sur un régime unitaire de traitement de la succession ainsi que la possibilité d'acter une *professio juris* devaient à elles seules sécuriser les transmissions patrimoniales. La nature mobilière ou immobilière du bien ne devait plus avoir d'impact sur son avenir. La sécurité promise devait permettre également de réaliser de nouveaux investissements sans avoir peur d'être contraint par une loi discriminante. Or, si l'on comprend encore bien la situation de la succession en déshérence, les cas de biens spéciaux et d'adaptation de droits réels résonnent comme des garde-fous dangereux pour les prévisions du disposant. Comme le rappelle le Professeur SANA-CHAILLE DE NERE, « *Imaginer qu'une loi unique pourrait régir, sans la moindre nuance, toute succession présentant un élément d'extranéité est totalement illusoire. C'est là, simplement, le reflet du caractère complexe du droit des successions : un droit en forme de carrefour où se croisent le droit familial, le droit des biens, l'organisation matrimoniale, la volonté individuelle, les libéralités et l'intérêt général.*<sup>1390</sup> »

---

<sup>1389</sup> SANA-CHAILLE DE NERE S., *Vers un droit patrimonial européen de la famille ? - La loi applicable à la succession dans le règlement du 4 juillet 2012*, JCP N 2013, n° 15, 1082.

<sup>1390</sup> SANA-CHAILLE DE NERE S., *Vers un droit patrimonial européen de la famille ? - La loi applicable à la succession dans le règlement du 4 juillet 2012*, JCP N 2013, n° 15, 1082.

## 2. La fraude

**653. La prise de nationalité.** Un ressortissant de nationalité française aura tout intérêt à prendre une double nationalité. On lui conseillera de choisir celle de l'Etat dans lequel son projet pourra être mené à bien. Une démarche de choix de nationalité peut s'appuyer sur un partage d'idées et de culture dans la durée avec l'Etat concerné. Auquel cas, la prise de nationalité n'est qu'une conséquence d'une intégration réussie sans autre motif. La recherche de nationalité est secondaire et ses bénéficiaires également. Mais il arrive que certains décident volontairement de s'expatrier dans un Etat ayant une législation avantageuse. Ils ne constituent pas la majorité des expatriés mais cette option reste envisageable. La nationalité reste un large débat car « *Dans certains cas, bien sûr, on trouvera des personnes à qui la nationalité aura été accordée comme un pavillon de complaisance. Mais, on peut tout de même penser que dans l'immense majorité des cas, la nationalité traduit un lien effectif d'allégeance entre l'individu et l'État dont il est ressortissant et, dans ces conditions, bien qu'elle tienne sa compétence d'un choix individuel, il n'est pas illégitime que la loi de cet État puisse régir la succession.*<sup>1391</sup> »

**654. Le contournement.** Toujours dans une démarche d'éviction de la réserve héréditaire, un parent pourra volontairement partir vivre dans un Etat ne connaissant pas la réserve héréditaire et en demander par la suite la nationalité. La démarche peut être purement par intérêt. Une fois la nationalité acquise, le *de cuius* n'a plus qu'à rédiger un testament en désignant sa nouvelle loi nationale au terme de son droit à la *professio juris*. Mais rien n'empêche un ressortissant français ayant une double nationalité d'opter par exemple pour la nationalité américaine nouvellement acquise afin d'empêcher l'application de la réserve sur ses biens. Il n'existe aucun ordre de priorité entre les nationalités pouvant aboutir à l'immixtion d'un juge dans une *professio juris* régulièrement réalisée. Le contournement est par conséquent aisé. Toutefois, reste la difficulté de l'obtention de la nationalité, souvent couplée avec une résidence permanente.

---

<sup>1391</sup> SANA-CHAILLE DE NERE S., *Vers un droit patrimonial européen de la famille ? - La loi applicable à la succession dans le règlement du 4 juillet 2012*, JCP N 2013, n° 15, 1082.



**655. La qualification de fraude.** Le fait pour un *de cujus* de se faire attribuer artificiellement une seconde nationalité ou de choisir un nouveau domicile, dans le but unique de se soumettre à une loi différente de celle normalement applicable peut constituer une fraude. De plus, si ce changement intervient peu de temps avant son décès, la fraude ne sera pas difficile à prouver. Le considérant 26 du Règlement de 2012 préserve toute personne qui se trouverait lésée par un *de cujus* ayant utilisé les dispositions du Règlement dans le seul but de frauder ses droits. La fraude n'est pas expressément traitée dans le Règlement, mais ce considérant laisse libre la possibilité de poursuites en cas de démonstration de celle-ci. Il constitue un moyen de défense efficace pour les héritiers réservataires. Néanmoins, la fraude n'étant pas présumée, l'attitude du *de cujus* se dévouant à sa nouvelle nationalité ou s'intégrant à son nouveau pays de résidence, sur une période conséquente permet d'écarter la suspicion. Un long délai entre le changement et l'ouverture de la succession peut également conforter la prise de décision du *de cujus* en éliminant la fraude.

## **§2. LA FIN DU DROIT DE PRELEVEMENT**

**656.** La nationalité française permettait d'obtenir certains avantages en droit international privé. C'était notamment le cas lorsque l'on se trouvait du côté des héritiers. Le *de cujus*, alors soumis à une loi successorale dualiste subissait également après sa mort le droit de prélèvement. Ce principe très ancien (A.) permettait aux héritiers français de prélever une part supplémentaire sur les biens de la succession. Perçu par les Etats comme un privilège national de nature démesurée et parfois injustifié, le Conseil constitutionnel a décidé d'y mettre fin en 2011 (B.).

### **A. UN PRINCIPE ANCIEN**

**657.** Le droit de prélèvement est à la fois ancien et très ancré dans le droit français. Il symbolise la protection des héritiers face à la loi étrangère et la défense de la réserve

héréditaire. De nombreuses fois invoqué, il assure des compléments de droits à toute personne qualifiée pour en user. Il crée au fil du temps, un véritable privilège de nationalité (1°). L'avantage qu'il procure est symbolisé par la part supplémentaire acquise dans la succession du *de cuius* (2°).

## **1. Un privilège de nationalité**

**658. La naissance d'un privilège.** Le droit de prélèvement institué par la loi du 14 juillet 1819 en son article 2, fait suite à la disparition du droit d'aubaine et de détraction, d'origine féodale. Cette disposition française permet de préserver en partie les ressortissants français de l'application d'une loi successorale contraire à leurs intérêts<sup>1392</sup>. Cette règle est applicable à *quelque titre que ce soit*, c'est-à-dire même quand il est attribué à l'héritier français moins de droits par la loi étrangère que ceux que la loi française lui aurait laissés<sup>1393</sup>. Le Professeur GODECHOT-PATRIS rappelle que

*« L'interprétation extensive qu'a reçue l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 autorise en effet tout héritier français, qui en application de la loi étrangère aurait reçu moins que ce que lui aurait octroyé la loi française si elle avait été applicable à l'entière succession, cet héritier français est donc autorisé à prélever la différence sur les biens situés en France. »<sup>1394</sup>*

**659. L'exclusion des règles classiques.** Le droit de prélèvement permet « *d'exclure la règle de conflit française en créant un privilège de nationalité au profit des cohéritiers français*<sup>1395</sup> ». Un héritier réservataire lésé par la loi étrangère applicable à la succession pouvait user du droit de prélèvement afin de recouvrer tout ou partie de ses droits<sup>1396</sup>. Si la

---

<sup>1392</sup> FONGARO E. *Feu le droit de prélèvement*, JCP N 2011, n° 1236.

<sup>1393</sup> DROZ G., JURISCLASSEUR Droit international, *fascicule 557-10 : Successions – conflits de lois*.

<sup>1394</sup> GODECHOT-PATRIS S. *Les successions internationales*, Rapport national pour les journées internationales de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française ; Journées roumaines sur le thème des successions, juin 2010.

<sup>1395</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 18.

<sup>1396</sup> Cass. civ. 29 décembre 1856 ; D. 1856, 1, p. 475 ; S. 1857, 1, p. 257.



loi étrangère lui attribue moins de droits que ceux auxquels il aurait pu prétendre avec une application de la loi française, il peut invoquer le droit de prélèvement pour compléter la part reçue. Dès lors, l'héritier français disposait d'un complément de part à prendre sur les biens détenus en France.

**660. La nationalité.** Ce droit qui ressemble beaucoup à un privilège, est accordé aux seuls individus titulaires de la nationalité française. Il s'applique lorsque le français est en concours avec des ressortissants étrangers ou lorsque la loi qui est applicable à la succession est une loi étrangère. Le but essentiel de ce droit est de protéger la vocation à la réserve de l'individu français, et parallèlement, d'imposer dans une certaine mesure, la reconnaissance de la réserve aux lois étrangères. Il est peu important que l'individu dispose d'une double nationalité à partir du moment où il a acquis la nationalité française. Pour pouvoir le demander, il faut avoir la nationalité française et avoir la qualité d'héritier en droit français.

## **2. Une part importante de patrimoine**

**661. La prise de biens.** Le droit de prélèvement permet à un héritier français potentiellement lésé par une loi applicable étrangère d'obtenir une part de la succession du défunt, mais seulement concernant les biens situés en France et seulement en considération de ce que la loi française lui aurait attribué si elle avait été appliquée<sup>1397</sup>. Il faut néanmoins préciser que si la valeur obtenue par le calcul du droit de prélèvement est supérieure à la valeur des biens situés en France, l'héritier ne pourra prétendre à étendre sa créance sur les biens étrangers. Dès lors, le *de cuius* avait tout intérêt à vendre ses actifs français ou à les déplacer à l'étranger afin de limiter le droit de prélèvement ou le réduire à néant. De plus, à l'époque de l'application du droit de prélèvement, avant la signature du Règlement du 4 juillet 2012, la distinction de loi applicable entre la succession mobilière et immobilière permettait d'appliquer la loi française sur tous les immeubles français. Par le jeu du renvoi,

---

<sup>1397</sup> Loi du 14 juillet 1819 art. 2 : « instaurait un droit de prélèvement en faveur des seuls héritiers français en cas de partage d'une même succession entre cohéritiers étrangers et français »

la loi française pouvait également être choisie comme étant la loi successorale et non plus seulement celle des immeubles.

**662. La valeur du prélèvement.** Il s'agit selon la lettre du texte d'un prélèvement en nature. Néanmoins en pratique, le prélèvement est le plus souvent effectué en valeur. Le quantum était assez clair : « *Ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales* »<sup>1398</sup>. La valeur du droit de prélèvement correspond à la différence entre ce que la loi étrangère leur a attribué et ce que la réserve française leur aurait attribué si elle avait été compétente. Ce calcul ainsi obtenu s'applique uniquement sur les biens situés en France, par conséquent, appréhendables par l'héritier réservataire, qu'ils soient meubles ou immeubles. La loi successorale dualiste de l'époque permettait à minima de séparer les immeubles des meubles pour la mise en œuvre du droit de prélèvement.

**663. La dérive.** La Cour de cassation s'est emparée de cette notion pour créer une règle subsidiaire de dévolution dès lors qu'un français est concerné. En agissant ainsi, la Cour crée « *un véritable privilège de nationalité au profit des héritiers ab intestat français* »<sup>1399</sup>. De cette manière, la Cour a déséquilibré la balance européenne au profit de ses seuls ressortissants<sup>1400</sup>. C'était une institution à la fois archaïque et mal venue car elle impose la vision française de la protection de l'héritier, et de la réserve aux autres Etats, sans alternative. C'est une marque de justice française imposée aux conflits internationaux dont les solutions légales ne conviendraient pas aux ressortissants de notre pays.

---

<sup>1398</sup> Loi de 14 juillet 1819 art. 2.

<sup>1399</sup> DROZ G., JURISCLASSEUR Droit international, *fascicule 557-10 : Successions – conflits de lois*.

<sup>1400</sup> DROZ G., JURISCLASSEUR Droit international, *fascicule 557-10 : Successions – conflits de lois*.



## **B. LA FIN DE L'AVANTAGE FRANÇAIS**

**664.** La dérive occasionnée par l'application intempestive du droit de prélèvement a conduit les plus hautes instances françaises à réfléchir sur son maintien et sur la conformité légale de sa création. Le Conseil constitutionnel saisi de la demande a décidé de mettre fin à cette disposition (1°). Mais la question a été posée encore récemment de l'application ou non de ce principe pour les successions ouvertes avant la décision de cette institution (2°).

### **1. La décision du Conseil Constitutionnel**

**665. Une discrimination.** Le droit de prélèvement né de la loi de 1819 réalisait désormais une vraie discrimination. Ce droit, bien que très pratique pour les héritiers français dont les droits ne sont pas reconnus par le droit étranger, a été reconnu contraire à la Constitution<sup>1401</sup> et est abrogé par principe pour toutes les successions ouvertes à compter du 6 août 2011. Le Conseil déclare notamment que le droit de prélèvement crée « *une différence de traitement entre les héritiers venant également à la succession d'après la loi française et qui ne sont pas privilégiés par la loi étrangère* ». Finalement en augmentant les droits d'un français sur les biens français sous couvert du droit de prélèvement français, on dénigre l'application de la loi étrangère, ses conclusions et les droits des ressortissants étrangers. Ils n'ont pour seule faiblesse que d'être titulaire d'une nationalité différente de celle du demandeur.

**666. Inégalité.** Le droit de prélèvement finalement bafoue la règle de l'égalité devant la loi<sup>1402</sup>. Cet avantage n'a aucun équivalent dans les pays voisins. La loi française doit garantir l'égalité entre les héritiers. Or le droit de prélèvement constitue une discrimination

---

<sup>1401</sup> Cons. Const. QPC 5 août 2011, n° 2011-159.

<sup>1402</sup> ANCEL B., *Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'héritier français dans les successions internationales*, Rev. crit. DIP 2013, p. 457.

entre les descendants, une discrimination fondée sur la nationalité de l'individu<sup>1403</sup>. Comme le dit très justement le Professeur ANCEL : « *Considérant que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit*<sup>1404</sup> ».

**667. Initiative.** Le droit de prélèvement a pris fin à l'initiative de la Cour de cassation. Le Conseil Constitutionnel a été saisi lors d'un renvoi d'une affaire jugée par la Cour de cassation<sup>1405</sup>. La Cour accepte de relayer la question prioritaire de constitutionnalité afin d'établir si oui ou non, le droit de prélèvement devait perdurer. Le Conseil constitutionnel saisi, n'a pas mis très longtemps à répondre à la question qui lui était posée<sup>1406</sup>. En un mois, il prit sa décision, rendant le principe inconstitutionnel. L'évidence ne laissait pas de place à la discussion<sup>1407</sup>. Le droit de prélèvement a donc finalement été abrogé le 5 août 2011.

## **2. Une application pour les successions en cours**

**668. Jurisprudence.** Après son abrogation en 2011, il fallait s'interroger sur l'application de ce principe pour les successions ouvertes avant 2011 mais non encore partagées ou liquidées. Les héritiers français pouvaient-ils encore en bénéficier ? La Cour

---

<sup>1403</sup> ANCEL B., *Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'héritier français dans les successions internationales*, Rev. crit. DIP 2013, p. 457.

<sup>1404</sup> ANCEL B., *Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'héritier français dans les successions internationales*, Rev. crit. DIP 2013, p. 457.

<sup>1405</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2011, 2 arrêts, n° 11-40.008 et n° 11-40.010

<sup>1406</sup> ANCEL B., *Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'héritier français dans les successions internationales*, Rev. crit. DIP 2013, p. 457.

<sup>1407</sup> ANCEL B., *Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'héritier français dans les successions internationales*, Rev. crit. DIP 2013, p. 457.



d'appel de PARIS répond dans l'arrêt KAZAN<sup>1408</sup>, refuse désormais l'utilisation du droit de prélèvement aux successions. Le droit de prélèvement ne peut plus être utilisé du tout, quelles que soient les conditions. Un nouvel arrêt de la Cour d'appel de PARIS sur le droit antérieur au Règlement de 2012 a confirmé qu'il n'était plus possible de faire usage du droit de prélèvement, quand bien même celui-ci était encore d'actualité au moment du décès de l'auteur<sup>1409</sup>. La déclaration d'inconstitutionnalité a donc mis un terme définitif à ce principe.

**669. Une question de partage.** La Cour d'appel de PARIS justifie la non utilisation du droit de prélèvement en indiquant qu'il concerne non pas une règle de dévolution mais bien une règle de partage. Dès lors, les successions ouvertes non partagées ne sont plus soumises à ce principe. Beaucoup d'auteurs ne partagent pas la position de la Cour d'appel de PARIS selon laquelle le droit de prélèvement est un droit qui prend naissance au partage et non au décès<sup>1410</sup>. Pour eux, dès lors que la succession a été ouverte avant l'abrogation du droit de prélèvement, le motif selon lequel les héritiers ne pourraient plus s'en prévaloir ne semble pas valable. Il semble que la Cour d'Appel cherche à rendre rétroactive l'abrogation du droit de prélèvement. Même si le fondement de la décision en ce qu'il place le droit de prélèvement avec le partage est discutable, la majorité des auteurs sont unanimes sur la fin de l'application du droit de prélèvement sur les successions ouvertes avant août 2011. Le motif invoqué ne rencontre pas un franc succès<sup>1411</sup>. Le droit de prélèvement devait disparaître d'une manière ou d'une autre. La fin de ce principe permet au *de cujus* d'envisager plus sereinement une stratégie de contournement de la réserve.

---

<sup>1408</sup> CA PARIS, arrêt COLOMBIER, pôle 3, ch. 1, 16 décembre 2015, n° 13/17078 ; JCP N 2016, n° 40, 1290 note NOURISSAT C.

<sup>1409</sup> CA PARIS, 11 mai 2016, 3<sup>ème</sup>, 1<sup>ère</sup> ch., n° 14/26247 ; Gaz. Pal. 3 janvier 2017, n° 1, p. 84, obs. DIMITROV L.

<sup>1410</sup> CA PARIS, 11 mai 2016, 3<sup>ème</sup>, 1<sup>ère</sup> ch., n° 14/26247 ; Gaz. Pal. 3 janvier 2017, n° 1, p. 84, obs. DIMITROV L.

<sup>1411</sup> NOURISSAT C., *Droit international privé notarial*, JCP N 2016, n° 40, 1290.

## Conclusion de chapitre

**670. Une proposition d'évasion.** Afin de permettre à un *de cuius* d'évincer la réserve, il serait utile de lui conseiller de liquider la quasi-totalité voire la totalité de son patrimoine français, de partir vivre dans un autre Etat membre ne connaissant pas la réserve ou dans un Etat tiers au Règlement de 2012. Il faudrait qu'il déclare dans ce pays sa résidence habituelle, qu'il en prenne la nationalité, et qu'il coupe tout contact avec la France, au moins 5 ans avant son décès pour espérer échapper aux règles subsidiaires du Règlement de 2012. Il faudrait également lui conseiller de rédiger un testament désignant la loi de sa nationalité en ce qu'elle est désormais identique à la loi de sa résidence habituelle. Il faut préparer à l'avance cette évasion française afin d'éviter que la fraude ou les exceptions du Règlement ne soit soulevées. Le contournement serait réussi grâce à « *La combinaison des principes d'unité et d'autonomie[qui] devrait donc contribuer à l'objectif de suppression des entraves à la libre circulation des personnes. Le futur défunt pourra régler à l'avance sa succession et éviter la remise en cause de ses dispositions. Il ne sera pas freiné pour des raisons d'ordre successoral dans son désir de circuler d'un état membre dans un autre.* <sup>1412</sup>»

**671. Eviter la France.** C'est une idée assez paradoxale d'être Français et de se dire qu'il faut éviter son pays natal. Néanmoins, il apparaît que la désignation d'une loi par la *professio juris* ainsi que l'utilisation de la loi de la résidence ne suffisent pas à empêcher avec certitude l'application de la loi de l'immeuble ou la réintroduction de la loi française. Néanmoins, la France reste empreinte de réserve héréditaire. C'est la raison pour laquelle, s'éloigner de la France permet d'envisager plus sereinement une stratégie de contournement. L'idée peut paraître ridicule, surtout dans une simple optique de prévoir la gestion de sa succession. Mais si l'attrait pour l'étranger existe déjà bel et bien, l'idée pourrait bien passer à l'état de projet.

---

<sup>1412</sup> LAGARDE P., *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, Rev. Crit. DIP 2012, p. 691



**672. Suspensions.** Il paraît évident que les suspicions de fraude vont en s'aggravant avec la découverte par les héritiers d'une *professio juris*. Toutefois, une technique reste abordable : l'intégration réelle. En effet, Afin d'éviter toute opposition qui aboutirait, de la part des héritiers réservataires, il est nécessaire que le *de cuius* qui change de résidence ou de nationalité aille jusqu'au bout de sa démarche. En effet, s'il décide de passer les 10 ou 15 dernières années de son existence aux Etats-Unis et en acquiert la nationalité, il sera plus aisé de démontrer la réalité et la bonne foi de la *professio juris* que dans le cas d'un *de cuius* qui a déménagé 6 mois avant son décès. Il est évident que le disposant doit anticiper cette mise à l'international et se disculper d'avance de tous soupçons de fraude. La bonne exécution de son plan de contournement dépend de sa faculté à rendre son évasion innocente et à utiliser les outils étrangers à sa disposition (**Chapitre 2**).

## CHAPITRE 2 : L'UTILISATION DES OUTILS ETRANGERS

**673.** On ne peut défier la mort mais on peut s'y préparer, car « *Puisqu'il faut mourir, mieux vaut partir de bonne volonté, plutôt qu'à reculons et rempli d'une vaine défiance envers ses proches*<sup>1413</sup> ». Soit on appréhende la mort avec sérénité soit on imagine ordonner une certaine justice. Celui qui malgré tout décide de rechercher une stratégie de contournement peut décider d'opter pour le droit anglo-saxon (**Section 1**). Avec les nouveautés concernant la loi applicable à la succession, il est bien plus aisé de choisir un système successoral plus libre. De plus, si le choix de loi pose moins de difficultés, il en est de même pour la question de l'ordre public (**Section 2**). Les arrêts récents et largement commentés ont permis de clore les questionnements sur le sujet.

### SECTION 1. - L'OPTION POUR LE DROIT ANGLO-SAXON

**674. Le choix de la liberté ?** Le *de cuius* qui a dans l'idée de contourner les règles régissant sa succession aura tendance à se tourner vers le droit anglo-saxon. Il est vrai qu'il recèle de nombreux avantages (§1.). Se servir du droit anglo-saxon peut signifier se soumettre à la loi d'un Etat qui pratique ce droit grâce aux nouvelles techniques issues du Règlement 2012. Mais cela peut également signifier que le *de cuius* opte pour des outils de nature proprement anglo-saxonne pour agrémenter ou modifier sa succession ou les biens s'y trouvant (§2.). Le *de cuius* peut également combiner les deux pour plus d'efficacité

---

<sup>1413</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 28.



## §1. L'AVANTAGE DU DROIT ANGLO-SAXON

**675. Une réelle opposition ?** Il existe une image du droit successoral anglo-saxon notamment américain sans cesse véhiculée par les médias, à l'encontre de notre droit : « *Liberté successorale illimitée d'un côté, succession quasi-indisponible de l'autre : la césure ne saurait être plus totale. Pourtant, sommes-nous bien certains que cette opposition radicale reflète la réalité de nos régimes successoraux respectifs ?*<sup>1414</sup> ». La liberté de déshériter y serait totale, menaçant ainsi la descendance de sanctionner leurs mauvais agissements. Toutefois, elle ne correspond pas vraiment à la réalité. On imagine qu'il n'existe aucune réserve héréditaire (A.). Or, on perd de vue certains traits de la législation des Etats-Unis. Et on oublie les ajustements jurisprudentiels, comme l'*undue influence* (B.).

### A. L'ABSENCE DE RESERVE ?

**676.** « *Concernant le droit américain, tout d'abord, il semble nécessaire d'aller au-delà du fameux mythe de la liberté testamentaire totale. En effet, cette règle qui nous semble si familière, popularisée par des séries télévisées ou des films américains qui l'utilisent comme ressort dramatique, ne nous est en réalité parvenue que dans sa version hollywoodienne simplifiée, laquelle ne rend absolument pas compte de la réelle complexité de la situation*<sup>1415</sup>. » nous rappelle Maître CONIL, notaire à PARIS. Dans cette perspective, il est nécessaire de revenir sur le droit d'hériter (1°) avant d'aborder la transmission de l'héritage (2°).

---

<sup>1414</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain - Une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. 2013, n° 2, étude 1.

<sup>1415</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain - Une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. 2013, n° 2, étude 1.

## 1. Le droit d'hériter

**677. Les droits anglo-saxons.** Comparer le droit successoral français et les opportunités du droit successoral anglo-saxon est en lui-même une hérésie. Il n'existe pas un unique droit successoral anglo-saxon. Il est spécifique à chaque pays et plus particulièrement à chaque Etat. Le droit anglais n'est pas parfaitement identique au droit américain. De même, chaque Etat des Etats-Unis pratique son propre droit successoral avec ses propres particularités. Même si l'idéologie centrale est identique, il existe des variantes dans chaque Etat. Le *Unified Probate Code*<sup>1416</sup> tente d'harmoniser les législations au sein des Etats-Unis mais des différences existent toujours. Chaque Etat légifère différemment en matière de régime matrimonial comme en matière de règlement successoral. La liberté du *de cuius* n'est pas absolue et sa faculté de tester utilement dépendra de l'Etat dans lequel ses volontés auront été réalisées. C'est la raison pour laquelle le *de cuius* qui souhaite se soumettre au droit anglo-saxon pour échapper aux règles de la réserve héréditaire devra prendre grand soin de choisir l'Etat qui conforte le plus son idée de la transmission successorale.

**678. Liberté.** Dans les pays du *Common Law*, la législation en matière de succession est différente de celle que l'on retrouve dans notre pays. En France, la vocation successorale est encadrée par des règles strictes incluant notamment la réserve. Cette réserve est privative de liberté pour le *de cuius* qui est empêché de disposer de son patrimoine sous forme d'attributions gratuites. A l'inverse, dans les pays anglo-saxons, la liberté testamentaire est accrue. Mais elle n'est pas totale contrairement à ce que l'on pourrait croire en étudiant le droit anglo-saxon en surface. Par exemple, le testament américain est soumis à des exigences formelles beaucoup plus strictes qu'en droit français. La forme olographe n'est par exemple pas admise<sup>1417</sup>. Le respect de la forme est une condition prédominante en droit anglo-saxon. Nombre de testaments ont été annulés simplement pour un défaut formel.

---

<sup>1416</sup> Code de droit des successions réalisé par la *national conference of commissioners*.

<sup>1417</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 464.



**679. Family provision.** Créée en 1938 puis améliorée en 1975, elle constitue une sorte de protection alimentaire de la famille du *de cuius*<sup>1418</sup>. Certains auteurs, spécialistes du sujet confirment que les juges anglo-saxons ont une vision très restrictive de la liberté testamentaire et n'hésitent pas à rendre inefficaces des dispositions dans le seul but de respecter leur vision de la famille<sup>1419</sup>. Le contrôle formel est parfois poussé à l'extrême, bafouant la volonté du testateur et ruinant ses prévisions. Les juges sont sensibles à la notion morale de famille et utilisent les *unspoken rules* (règles non dites) afin d'invalider les testaments<sup>1420</sup>. Ils sont garants d'une certaine morale américaine. Cette attitude quasi systématique conduisait à transformer les règles de preuve en insérant une présomption de manipulation lorsque la famille est déshéritée par le testament en cause. Finalement ce sont les tribunaux qui servent de barrière contre la liberté testamentaire plus que les dispositions légales par elles-mêmes. L'action de la jurisprudence est presque plus importante que celle de la loi. Le droit successoral anglo-saxon et notamment américain est un droit du contentieux, un droit judiciaire. Les questions légales sont davantage réglées par les tribunaux que par les modifications législatives.

## **2. La transmission de l'héritage**

**680. La saisine et l'exécution testamentaire.** Au-delà de la liberté testamentaire, droit successoral français et droit successoral anglo-saxon s'opposent sur la conception même de la gestion des biens du défunt. En droit français, les héritiers réservataires et les légataires universels disposent de la saisine. Elle leur permet d'appréhender les biens de la succession et ensuite d'être en mesure de régler les dettes. A l'inverse, le droit anglo-saxon repose sur la dépossession par la gestion de la succession d'un administrateur. Le *de cuius* désigne un administrateur qui gèrera la transmission de l'actif, s'occupera de la répartition entre les héritiers, et apurera les dettes. Le tribunal contrôle le bon déroulement du règlement de la succession. L'ordre des choses est inversé car « *Les systèmes de Common Law ne*

---

<sup>1418</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 464.

<sup>1419</sup> LESLIE M. B., *The myth. of testamentary freedom*, 8 Ariz., L. Rev. 235.

<sup>1420</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 465.

connaissent que l'administration de la succession sous le contrôle d'un tribunal tandis que pour le droit français, les héritiers sont en principe saisis de plein droit de la possession des biens du défunt »<sup>1421</sup>. C'est le tribunal qui vérifie la conformité des dispositions du défunt, et qu'il n'était pas sous influence. Les héritiers sont tributaires des décisions du tribunal. Son intervention systématique permet d'exercer un contrôle de toute la succession. En droit français, le notaire n'est pas juge des faits ou des conditions de la succession. Le tribunal n'intervient qu'en cas de litige clairement exprimé.

**681. Succession aux biens.** La transmission successorale est également basée sur un modèle différent. En effet, les législations de types française et belge entendent la transmission de la succession comme une succession à la personne, dans laquelle les héritiers prennent la suite du défunt et ont des droits en tant que continuateurs de sa personne. On parle de succession *pars hereditatis*. Dans les pays de droit anglo-saxon, il s'agit d'une succession aux biens. Cela signifie que la succession ouverte est confiée au tribunal qui nommera des mandataires et des administrateurs pour gérer la succession, payer le passif et répartir ce qui restera<sup>1422</sup>. Les héritiers recueillent alors les droits que le tribunal voudra bien leur transmettre une fois la liquidation réalisée. En droit anglo-saxon, le droit successoral n'est pas basé sur la *pars hereditatis* et la continuation de la personne, mais bien sur la *pars bonorum* et la succession aux biens. Dès lors, un exécuteur testamentaire est prévu et il est chargé de payer le passif, réunir l'actif et gérer la succession de manière à distribuer un solde net aux héritiers<sup>1423</sup>. Il tiendrait presque un rôle similaire à celui du notaire français mais uniquement dans les grandes lignes.

**682. Une réserve américaine pour le conjoint.** Il existe en réalité en droit anglo-saxon, un type de réserve créé pour le conjoint et un second plus orienté vers la protection des descendants sans néanmoins être exclusive<sup>1424</sup>. Le conjoint bénéficie de droits sur la succession de son époux prédécédé même en concours avec des enfants. Contrairement au régime français des droits successoraux du conjoint, la part lui revenant n'est pas fixe et

---

<sup>1421</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 1022.

<sup>1422</sup> BRUNET S., *L'administration des successions*, JCP N 2015, n° 31-35, 1144.

<sup>1423</sup> LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ. 2016, p. 729.

<sup>1424</sup> CONIL P.-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain. Une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. 2013, n° 2, étude 1.



prévisible. Ses droits sont modulés en fonction de ses besoins et de la durée de l'union. Plus longtemps le mariage dure, plus les droits du conjoint augmentent. On aurait presque l'impression que ses droits sont une récompense pour avoir contribué à la longévité de l'union. Étonnamment, ses droits dépendent également de son propre patrimoine. La déduction de ses propres biens est réalisée sur les droits théoriques qu'il tient sur la succession de son époux. Dans cette perspective, un conjoint déjà riche risque de ne bénéficier d'aucune créance au décès du prémourant. De cette manière, le conjoint est tributaire d'un état de besoin et de la stabilité de son couple. Il s'agit plus d'une réserve de besoin que d'une réserve réelle semblable à celle qu'on trouve en France. On pourrait la comparer à un dédommagement de la rupture de la vie conjugale. Le *de cuius* français choisissant de se soumettre à la loi d'un Etat américain, doit prendre garde aux droits légaux qu'il laissera à son conjoint sur sa succession. Chaque Etat disposant d'une législation différente, il est fondamental de trouver la bonne combinaison protectrice à la fois du conjoint et suffisamment accommodante sur la liberté testamentaire.

## **B. L'UNDUE INFLUENCE**

**683. Notion.** Le droit successoral américain étant fondé sur un règlement et une appréciation judiciaire de la succession elle-même, certaines notions entrent en jeu dans le règlement des litiges. Les tribunaux prennent grand soin de vérifier que les dispositions testamentaires n'ont pas été détournées et que le *de cuius* n'a pas subi de pression pour la rédaction. La notion d'*undue influence* permet d'organiser une protection morale (1°), et une protection judiciaire (2°).

### **1. Une protection morale**

**684. Une question de morale.** Le passage au tribunal de la succession permet de vérifier un certain nombre de points. Les dispositions testamentaires sont ainsi décortiquées.

Une certaine idée de la morale et de la famille anglo-saxonne est perpétuée par cette analyse des juges. Ils vérifient que le *de cuius* n'a pas agi dans son testament de manière moralement réprimandable. Ils considèrent que le testateur n'a pas de raison de déshériter sa famille, tout du moins pas complètement. Le testament serait plus un support d'expression de la volonté quant à la répartition du patrimoine plus qu'à la création de légataire ou comme un support de punition pour les membres de la famille. Un *de cuius* qui déshérite les membres de son foyer a nécessairement bafoué l'idée de la famille américaine unie et stable. Le *de cuius* est libre de disposer par testament tant qu'il agit dans l'intérêt des membres de la famille. Son choix est par conséquent biaisé d'avance. Il doit supporter une certaine idée de la transmission familiale au même titre que le *de cuius* soumis à la loi française et qui se retrouve obligé de laisser une part de son patrimoine à ses descendants. Le *de cuius* est libre tant qu'il respecte une certaine notion de la morale familiale. Il s'agit plus d'une liberté guidée qu'une liberté réelle. Le contrôle est si drastique que la pression testamentaire est-elle, bien réelle. On retrouve ici une idée assez similaire à la conception romaine ancienne du testament. Les *centumvirs* veillaient au maintien des liens familiaux et des transmissions successorales dès lors qu'un défunt avait testé contre son foyer.

**685. La notion de famille.** La notion judiciaire d'*undue influence* sert à protéger les membres de la famille. Dès lors, si les dispositions testamentaires permettent d'attribuer la succession aux membres proches de la famille tels que les enfants ou le conjoint, la requête pour *undue influence* ne peut aboutir. Les juges considèrent dans ce cas que les proches légataires ont reçu ce qu'ils devaient recevoir, quand bien même la répartition des droits entre eux leur poserait problème<sup>1425</sup>. En effet, « [...] il s'agit d'imposer une certaine vision de la famille d'où résultera une obligation morale de subvenir aux besoins de ses proches parents<sup>1426</sup> ». L'égalité ne doit pas forcément être respectée entre les enfants mais le *de cuius* américain peut instaurer une forme d'équité qui correspondrait à sa vision du mérite pour chaque membre du groupe familial. Ainsi le *de cuius* français qui se soumet à la loi américaine doit prendre garde de ne pas complètement déshériter sa famille. Il doit à minima

---

<sup>1425</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain – une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. février 2013, n° 2, étude 1.

<sup>1426</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain – une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. février 2013, n° 2, étude 1.



réaliser des attributions à son conjoint ou à l'un de ses enfants, ou encore à un autre individu faisant partie intégrante d'une famille plus ou moins élargie.

**686. Agir sous influence.** La théorie de l'*undue influence* est une véritable vendetta contre les dernières volontés du défunt. A l'origine créée pour éviter les remises en cause judiciaires de testament, elle est devenue en quelques années un instrument de destruction de la parole du *de cuius*. Par définition, la théorie juridique de l'*undue influence* est caractérisée par l'absence de conscience ou de volonté réelle du disposant. Les tribunaux considèrent que ce dernier est sous l'influence d'un individu qui le pousse à établir l'acte en sa faveur, et qui profite de sa faiblesse. La notion de famille rend les juges enclins à considérer que si le testament déshérite la famille, c'est que le disposant a été manipulé pour le faire. Il n'aurait en toute conscience de ses actes, pas souhaité porter un coup pareil à l'intégrité de sa famille sans y avoir été poussé par un individu fourbe, vénal et malhonnête. On touche du doigt l'insanité d'esprit même ponctuelle, comme c'était le cas en droit romain lorsque le testament déshéritait la famille. On parle de faiblesse. L'*undue influence* représente l'influence de cet individu sur le *de cuius*, ses manigances et sa capacité à embrouiller son esprit afin d'obtenir des droits ou tout ou partie du patrimoine. Le *de cuius* serait alors sous l'emprise de ce tiers qui chercherait à capter sa fortune au détriment des membres de sa famille. Il n'est pas utile de prouver que le *de cuius* souffrait de démence ou perdait la tête. La démonstration de sa vulnérabilité, même ponctuelle et circonstanciée peut permettre de faire invalider le testament.

## 2. Une protection judiciaire

**687. Action judiciaire.** La protection des droits de la famille est assurée par une présence judiciaire forte. Les tribunaux n'hésitent pas à annuler nombre de testaments sur le fondement de l'*undue influence*<sup>1427</sup>. Il s'agit d'une protection familiale judiciaire et non

---

<sup>1427</sup> Le testament est annulé car considéré comme vicié. Le testateur était sous influence d'un tiers, sa volonté n'est donc pas absolue et éclairé.

légale. La jurisprudence s'est emparée de cette notion afin de l'élever comme grand principe de protection successoral. Bien évidemment, comme chaque Etat présente une législation sensiblement différente des autres, certains secteurs pratiquent davantage le recours à ce principe que d'autres. S'agissant d'éléments de preuve le plus souvent moraux ou circonstanciels, le travail des tribunaux s'en trouve alourdi et la jurisprudence est abondante sur ces sujets dans les pays du *Common Law*. La démonstration de l'existence de l'influence sera fonction des éléments factuels présentés par les héritiers demandeurs. S'agissant des conditions formelles, il revient au *probate courts* de vérifier que le *de cuius* a respecté les modalités de rédaction qui lui étaient imparties<sup>1428</sup>. A force d'insister sur cette notion et par crainte de voir des vieillards manipulés, les juges ont tendance à transformer cette notion en une véritable présomption de captation d'héritage.

**688. Conditions.** Les conditions d'application sont très factuelles et se rapprochent des conditions reprises en droit français pour caractériser la malveillance en droit pénal. Le légataire soupçonné de malversations doit avoir participé à la préparation ou à la rédaction du testament, testateur et légataire doivent avoir eu une relation de confiance. Le légataire peut avoir accompagné le *de cuius* à son rendez-vous chez le *sollicitor*<sup>1429</sup> afin d'établir le testament ou il peut avoir pris le rendez-vous lui-même. La capacité du testateur à subir et à succomber à une influence extérieure doit être prouvée. Il faut surtout que le testament conduise ou comprenne des dispositions qui ne paraissent pas normales compte tenu de la situation familiale ou de fortune du testateur<sup>1430</sup>. On recherche une anomalie de comportement familial ou social qui aurait conduit à l'exhérédation. L'*undue influence* peut être invoquée en matière de succession mais également de donation<sup>1431</sup>. Les donations réalisées au profit de tiers paraissent suspectes car elles n'ont pas été réalisées pour le maintien de la cohésion familiale ou pour promouvoir l'ascension d'un descendant. Les juges recherchent tout ce qui peut ressembler de près ou de loin à des manœuvres de

---

<sup>1428</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain – une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. février 2013, n° 2, étude 1.

<sup>1429</sup> Equivalent d'un notaire chargé de missions d'authentification et de validation de contrat. Le *sollicitor* est à mi-chemin entre le notaire et l'avocat. On trouve également les *notary public*.

<sup>1430</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain – une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. Février 2013, n° 2, étude 1.

<sup>1431</sup> CA PARIS 23 janvier 1990, 1<sup>ère</sup> ch. A ; D. 1990 p. 65.



captation d'héritage<sup>1432</sup>. Si le tiers à l'origine des dispositions testamentaires n'est pas bénéficiaire de la fortune ainsi détournée, les conditions de l'*undue influence* ne seront pas remplies. L'*undue influence* fonctionne en dehors de la famille. Si le testament désigne les membres de la famille pour lui succéder, cette théorie ne peut s'appliquer.

**689. Sanctions.** Grâce à la notion d'*undue influence*, les héritiers lésés peuvent espérer faire annuler les dispositions testamentaires afin de récupérer la part qui devait légalement leur échoir. La validation de l'application de cette théorie lors du règlement d'une succession confère aux juges le pouvoir d'annuler purement et simplement les dispositions voire l'ensemble du testament litigieux. Les juges garantissent ainsi la protection de la famille à la place de la loi. Dans les pays anglo-saxons, la jurisprudence n'intervient pas tant pour régler un conflit particulier que pour créer du droit en concours avec le législateur. La jurisprudence a encore plus d'impact aux Etats Unis qu'elle n'en a en France.

**690. Contournement de la réserve.** Le contournement de la réserve peut fonctionner dès lors que le *de cuius* se soumet à la loi la plus avantageuse et rédige un testament au profit d'un membre de sa famille. Il suffit qu'il gratifie le conjoint ou l'un des descendants au détriment des autres pour échapper à la théorie de l'*undue influence*<sup>1433</sup>. Les juges ne sanctionneront pas un testament réalisé au profit des membres de la famille. Cette théorie n'étant pas non plus applicable dans l'ensemble des Etats américains, il faut prendre garde à ne pas choisir un Etat dans lequel cette théorie s'est transformée en présomption. Il serait alors judicieux d'éviter les Etats dans lesquels l'*undue influence* pourrait être utilisée. Choisir la loi française c'est conserver la libre disposition d'une quote-part successorale équivalente à la quotité disponible, et ce, quel que soit l'usage qui en est fait. Le *de cuius* ne sera pas jugé sur l'attribution qu'il réalise de cette quote-part tant qu'il ne la dépasse pas. La limite n'est pas morale mais mathématique. En matière de droit anglo-saxon américain, les juges ne font pas de distinction entre un minimum revenant à la famille et une part totalement libre. La théorie de l'*undue influence* s'applique à la totalité des dispositions testamentaires et c'est le règlement successoral dans son ensemble qui est examiné. Dès lors, la limite entre

---

<sup>1432</sup> CA PARIS 23 janvier 1990, 1<sup>ère</sup> ch. A ; D. 1990 p. 65.

<sup>1433</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain – une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. Février 2013, n° 2, étude 1.

les deux législations est floue. Elle est tellement floue que, poussée à l'extrême, le *de cuius* français disposerait finalement d'une plus grande liberté de disposition que le *de cuius* américain qui a testé en faveur d'un étranger<sup>1434</sup>. Seules les conditions des legs et les subtilités de la législation de l'Etat concerné peuvent permettre d'affirmer, au cas d'espèce, si oui ou non, dans ces circonstances familiales et économiques, le *de cuius* américain a plus de liberté de disposer que le *de cuius* français<sup>1435</sup>.

## **§2. LES OUTILS DU DROIT ANGLO-SAXON**

**691. Le choix des outils.** Le *de cuius* peut décider de coupler le choix de la loi successorale anglo-saxonne avec l'utilisation d'un outil de gestion typiquement anglo-saxon. Dans cette perspective, le choix peut porter sur un instrument de planification successorale<sup>1436</sup> ou sur un instrument de gestion de patrimoine. D'un côté, il peut utiliser l'*estate planning* (A.), et de l'autre le trust (B.).

### **A. L'ESTATE PLANNING**

**692.** Les mécanismes d'*estate planning* peuvent être définis comme « *des mécanismes anglo-américains de gestion et d'anticipation successorale qui permettent à une ou plusieurs personnes physiques, de transmettre autrement que par succession, tout ou partie de son patrimoine au bénéficiaire de son choix.*<sup>1437</sup> ». Parmi ces institutions figure le classique *joint tenancy* permettant une acquisition similaire à celle de la tontine (1°). D'autres supports peuvent également permettre d'anticiper la transmission (2°).

---

<sup>1434</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain – une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. février 2013, n° 2, étude 1.

<sup>1435</sup> Chacun étant soumis à sa loi nationale.

<sup>1436</sup> Instruments d'*Estate planning*.

<sup>1437</sup> BENDELAC E., *Guide pratique d'une institution d'estate planning : le joint tenancy*, JCP N 2016, n° 6, 1084.



## 1. Le joint tenancy

**693. Institution.** Le *joint tenancy* fait partie des institutions comprises dans l'*estate planning*. Depuis de nombreuses années, « *les institutions d'estate planning sont utilisées dans 90 % des stratégies patrimoniales mises en œuvre dans les pays de common law et nous savons aujourd'hui que les patrimoines internationaux sont nombreux*<sup>1438</sup>. » Il s'agit de prévoir une transmission anticipée qui sera réalisée au détriment de la succession. C'est l'une des techniques patrimoniales venant tout droit des pays du *Common law*. Ces institutions permettent entre autres de transmettre du patrimoine à un bénéficiaire déterminé hors succession. Son fonctionnement ressemble beaucoup à celui de la tontine.

**694. L'aléa.** Le *joint tenancy* repose sur un aléa. Cette institution permet aux constituants de gérer un bien de leurs vivants tout en le transférant à l'autre constituant à son décès sur le même principe que la tontine. L'acquisition forme une propriété indivise entre les constituants. Elle repose sur l'aléa de la survie de chacun par rapport aux autres constituants. La propriété est rétroactive. Il s'agit de devenir le plein propriétaire d'un bien rétroactivement comme si le dernier constituant l'avait acquis seul dès l'origine<sup>1439</sup>. Elle ressemble à une version américaine et anglo-saxonne de l'acquisition en tontine. Le fonctionnement est identique à ceci près qu'il est réalisé en lien direct avec les pays et la législation du *Common law*. Le *joint tenancy* permet de transmettre le bien à une personne choisie si l'on vient à décéder le premier. L'effet rétroactif de l'institution permet d'empêcher sa comptabilisation dans le patrimoine successoral. L'aléa fonctionne à travers une clause de survie nommée *right of survivorship*. Le survivant devient seul propriétaire du bien ce qui permet de contourner l'application des règles successorales. Ainsi, même en optant pour les règles successorales anglo-saxonnes, diminuer le montant de l'actif au moyen du *joint tenancy* permet de garantir la transmission du moins d'actif possible à l'héritier non désiré.

---

<sup>1438</sup> BENDELAC E., *Guide pratique d'une institution d'estate planning : le joint tenancy*, JCP N 2016, n° 6, 1084.

<sup>1439</sup> BENDELAC E., *Guide pratique d'une institution d'estate planning : le joint tenancy*, JCP N 2016, n° 6, 1084.

**695. Utilisation.** Ce mécanisme met à priori les biens concernés à l'abri du rapport<sup>1440</sup>. Pour l'utiliser, le constituant doit démontrer un lien avec un pays du *Common Law* dans lequel cette pratique existe. Il suffirait au constituant d'avoir la nationalité d'un Etat du *Common law*, d'y acquérir un bien ou encore de s'y installer. Le *joint tenancy* doit être créé dans un Etat du *Common law* pour être efficace. Même si la comparaison avec la tontine peut être faite de prime abord, il faut nuancer le propos. Le *joint tenancy* est plus souple dans sa gestion courante.

**696. Une tontine ?** Le *joint tenancy* ressemble énormément à la clause de tontine française. Il permet d'acquérir un bien ensemble tout en évitant qu'une part de ce bien n'entre dans la succession du prémourant. Néanmoins, elle diffère sur certains points. Le *joint tenancy* laisse la possibilité de se séparer du bien en en disposant à titre gratuit ou onéreux. Mais la différence majeure réside dans la souplesse de l'aléa. De plus, une grosse différence d'âge ou d'état de santé ne remet pas en cause le caractère aléatoire sous-jacent du *joint tenancy*, dès lors qu'aucune mort n'est imminente au moment de sa conclusion. Cette clause dormante qui prend toute son ampleur au décès de l'un des tontiniers et qui ne peut être remise en cause en cours d'existence. Il n'existe aucune exigence concernant l'égalité des chances de chacun des protagonistes pour l'acquisition. La liberté d'action est d'autant plus importante. De plus, aucune disposition légale ou jurisprudentielle américaine ne peut permettre une requalification en libéralité d'une disposition de *joint tenancy*. L'aléa est préservé et la qualification de l'outil également. La grande largesse d'appréciation de l'aléa permet de valider le mécanisme assez aisément.

**697. Life interest.** Même si le fonctionnement est analogue à notre tontine, les conditions sont quelque peu différentes. Les constituants doivent disposer d'un *life interest* ; « Il s'agit d'un lien affectif ou pécuniaire entre le constituant et le bénéficiaire, d'un intérêt d'hériter<sup>1441</sup>. Il existe 5 conditions à la constitution d'un *joint tenancy* : la propriété du bien,

---

<sup>1440</sup> BENDELAC E., *Guide pratique d'une institution d'estate planning : le joint tenancy*, JCP N 2016, n° 6, 1084.

<sup>1441</sup> BENDELAC E., *Guide pratique d'une institution d'estate planning : le joint tenancy*, JCP N 2016, n° 6, 1084.



le *life interest*, la détention du bien, l'intérêt et l'intention commune à recourir à cette institution et le temps pour permettre l'aléa. Les protagonistes doivent disposer d'un intérêt pécuniaire ou affectif pour utiliser cet outil. Cette notion de temps est assez relative et signifie essentiellement que l'un des constituants ne doit pas être informé d'une mort prochaine. Néanmoins, le système est beaucoup plus souple qu'en tontine car il permet d'inclure un constituant beaucoup plus jeune. Il faut être vigilant concernant les conditions de constitution. Il s'agit également de conditions de survie de l'institution. Si l'une d'elles venait à disparaître avant que la transmission ne soit réalisée c'est toute l'institution qui serait remise en cause. Toutefois, si le *de cuius* français opte pour cet outil et en respecte les modalités, le *joint tenancy* permettra d'avantager un coacquéreur au détriment de la succession.

## **2. D'autres outils d'anticipation successorale**

**698. Des outils diversifiés.** Bien d'autres outils existent en matière d'*estate planning*. On pensera notamment au *pay on death*, au *tenancy in common*, la *life insurance*, l'*annuity*, ou le *charitable split interest trust*. Chacun dispose de ses particularités et chacun peut être employé pour éviter l'application des règles successorales sur une partie des biens du disposant. Certains sont d'une efficacité redoutable et n'ont pas de véritable équivalent en France. D'autres correspondent à la version anglo-saxonne d'institutions de contournement déjà utilisées en France. Ces exemples ne sont pas exhaustifs mais ils démontrent l'intérêt des outils anglo-saxons dans une démarche de contournement de la réserve.

**699. Le *pay on death*<sup>1442</sup>.** Cette institution consiste en un arrangement entre une banque ou un organisme de crédit et un client pour que ses fonds soient automatiquement transférés à un bénéficiaire en cas de décès. Le fonctionnement est assez similaire à celui du contrat d'assurance-vie français mais il permet de transférer des comptes en banque. Il peut s'agir d'épargne classique ou de comptes courants. Le *de cuius* peut prévoir le transfert de

---

<sup>1442</sup> Payable à la mort.

tous ses comptes ou simplement d'une partie. La manipulation bancaire est gratuite. Ainsi, au décès du disposant, ces avoirs n'apparaîtront pas dans l'actif successoral. Ils sont automatiquement transférés au nom du bénéficiaire sans modification de substance. Aucune homologation judiciaire n'est nécessaire et aucune réclamation ne peut être portée sauf à démontrer l'existence de passif non réglé par le défunt. Le *transfer on death* est basé sur le même modèle mais concerne des actions et des obligations. Ainsi, la combinaison des deux permet de diminuer drastiquement l'actif successoral en transmettant la totalité des avoirs bancaires de toutes formes à un ou plusieurs bénéficiaires déterminés.

**700. Le *tenancy in common*.** Cette institution constitue une solution immobilière avantageuse de propriété simultanée. Elle repose sur l'idée de propriété partagée de manière égale. Chaque copropriétaire dispose de droits indivis sur le bien sans droit exclusif. A la différence de la copropriété, chacun dispose des mêmes droits sans individualité sur le bien. A son décès, les droits du *de cuius* sont automatiquement attribués à l'individu désigné par lui ou à son héritier. On peut assimiler cette institution à une indivision volontaire avec jouissance partagée. Chacun dispose d'un droit d'utiliser le bien.

**701. La *life insurance*.** Voici la version anglo-saxonne du contrat d'assurance-vie. Plusieurs types existent en fonction des besoins du souscripteur. Les adaptations possibles sont bien plus nombreuses en droit anglo-saxon qu'en droit français. Ces contrats sont principalement de trois formes : *whole life*<sup>1443</sup>, *universal life*<sup>1444</sup>, et *variable life*<sup>1445</sup>. Le fonctionnement est similaire en ce que la société d'assurance s'engage à verser un capital à un ou plusieurs bénéficiaires en échange de primes versées par le *de cuius*.

**702. L'*annuity*.** L'*annuity* correspond à une rente qui est versée périodiquement pour assurer la subsistance d'un individu bénéficiaire. Elle est souvent versée à des personnes âgées. Les conditions de cette rente sont déterminées par les parties. Elles peuvent décider de limiter les versements dans le temps ou rendre le capital variable en fonction du temps ou des besoins. La faculté de rachat est permise mais seulement à l'issue d'une période de

---

<sup>1443</sup> Contrat vie entière.

<sup>1444</sup> Contrat vie universelle.

<sup>1445</sup> Contrat vie variable.



blocage et moyennant une indemnisation. Ces contrats contiennent le plus souvent des clauses d'exclusion de versement en cas de mort par suicide ou attentat.

**703. Le *charitable split interest trust*<sup>1446</sup>.** Cette technique correspond à une fiducie irrévocable créée dans un but philanthropique. Elle consiste dans un premier temps, à distribuer des revenus aux bénéficiaires pendant une durée déterminée, alors que le reste des avoirs est transféré à une société de bienfaisance au décès du constituant. Ce montant permet entre autres de réduire les droits de mutation en cas d'ouverture d'une succession. Elle est surnommée *charitable remainder trust*.<sup>1447</sup> Le côté irrévocable de ce mécanisme est qu'il bloque définitivement les sommes ainsi entrées dans le trust (ou la fiducie) et que le constituant ne pourra les reprendre en cas de besoin ou de changement de situation. Cet outil est par conséquent intéressant mais en partie dangereux.

**704. Agir sur le mariage.** Les pays de droits anglo-saxons utilisent ce que l'on appelle les contrats pré-nuptiaux, les *prenuptial agreement*<sup>1448</sup>. Ils sont totalement implantés dans la conscience collective du mariage américaine mais ils sont seulement accueillis depuis peu par leurs homologues anglais. Ils sont utilisés pour prévoir les conséquences pécuniaires de la rupture du mariage. Il s'agit de prévoir les cas de divorce. Ces contrats sont régularisés par les parties avant la célébration, contrairement aux *postnuptial agreement*, qui sont signés pendant le mariage. Les avantages économiques procurés à l'un ou l'autre des époux dans ces contrats sont souvent fonction de la durée de l'union<sup>1449</sup>. Plus l'union dure, plus le moins fortuné des deux, souvent l'épouse, s'enrichit. Il existe également des primes spéciales en cas de naissance d'enfant, voire, selon le sexe du ou des enfants qui naitront du mariage. Ces contrats ne sont pas à proprement parler des institutions d'*estate planning* mais ils permettent d'envisager la transmission du patrimoine au conjoint ou à l'ex conjoint de la même façon que le couple français. La fuite de capitaux peut être réalisée par ce biais.

---

<sup>1446</sup> La fiducie fractionnée à intérêts partagés.

<sup>1447</sup> Fiducie résiduelle de bienfaisance.

<sup>1448</sup> CHALAS C., *Contrats de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? Regards croisés entre la France et l'Angleterre (étude de droit comparé, de droit international privé et de droit interne)*, JDI 2016, n° 3, doct. 7.

<sup>1449</sup> CHALAS C., *Contrats de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? Regards croisés entre la France et l'Angleterre (étude de droit comparé, de droit international privé et de droit interne)*, JDI 2016, n° 3, doct. 7.

## **B. LE TRUST**

**705. Un phénomène de société.** Malgré le nombre accru d'outils spécifiques d'*estate planning*, parfois mal connus, l'instrument qui dispose de la renommée la plus importante et d'une efficacité redoutable est le trust. Il a été nommé « *la réussite la plus grande et la plus caractéristique*.<sup>1450</sup> » Il est utilisé dans tous les pays anglo-saxons et résonne comme étant la solution à la transmission successorale. Son mécanisme particulier a été en partie repris en droit français à travers la fiducie (1°). Son application en France reste discutable, d'où l'intérêt de l'adjoindre à un choix de loi d'un Etat favorable à la liberté testamentaire (2°).

### **1. Le mécanisme du trust**

**706. La dissociation des patrimoines.** Le trust est un modèle juridique d'origine anglaise permettant de dissocier propriété juridique et propriété économique. Le trust est constitué par des relations juridiques créées par le *settlor* (appelé aussi constituant), entre vifs ou à cause de mort, pour qu'un trustee prenne le contrôle des biens inclus dans le trust dans l'intérêt d'un tiers bénéficiaire<sup>1451</sup>. Cette notion contredit la théorie générale du patrimoine française d'AUBRY et RAU selon laquelle toute personne juridique n'a qu'un patrimoine. Il s'agit d'un acte par lequel le constituant confie son bien au *trustee* à charge pour lui de le gérer pour le compte du bénéficiaire avant de le remettre au bénéficiaire ou à une quatrième personne nommée l'attributaire en capital<sup>1452</sup>. Par la conclusion du trust, le constituant perd la propriété des biens désignés dans le contrat. Ces biens deviennent automatiquement la propriété du *trustee*. Les biens du trust ne suivent pas les règles successorales classiques en ce qu'ils ne font pas partie de la succession du constituant ou du *trustee*. Le trust crée une répartition de propriété différente de celle qui a été conçue par le

---

<sup>1450</sup> REBOUL J. W., JURISCLASSEUR Droit comparé, V° États-Unis d'Amérique, *fascicule 2 : ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE. – Trusts. – Successions. – Conflits de lois.*

<sup>1451</sup> COUSTET C., *Le trust ou la boîte de pandore*, Dr. pam., septembre 1995, p. 26.

<sup>1452</sup> EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille* 2018-2019, p. 1038.



législateur français. La propriété est distinguée entre la propriété juridique appartenant au *trustee* (*legal ownership*), et la propriété économique ou rentable revenant au bénéficiaire (*equitable interest*). Les trusts issus d'un droit étranger peuvent trouver application en droit français tout en ne pouvant échapper à la réserve héréditaire<sup>1453</sup>.

**707. Les trusts.** Il existe plusieurs types de trusts. Le *trust inter vivos* est une forme de trust volontaire. Il sert notamment à organiser la succession du *settlor*, le constituant. Le trust peut aussi être légal, notamment en cas d'héritiers mineurs. Le bénéficiaire n'est pas systématiquement prévu à l'origine du contrat. Le trust testamentaire est réalisé à travers un testament alors que le *trust inter vivos* est créé par une disposition du vivant du disposant. Le trust peut être verbal même s'il est le plus souvent écrit<sup>1454</sup>.

**708. Mission.** Le *trustee* a pour mission de gérer les biens inclus dans le trust. Il peut effectuer tout acte d'administration et de disposition pour le compte du *settlor*. Il ne perçoit que la rémunération convenue avec le constituant. Gérer un patrimoine familial c'est souvent chercher à l'optimiser. Le trust peut être constitué par des résidents fiscaux français mais il est le plus souvent l'apanage des non-résidents étrangers. Les trusts sont souvent utilisés pour l'avantage fiscal qu'ils procurent<sup>1455</sup>. La gestion est assez similaire à celle prévue désormais pour la fiducie. Néanmoins, la conclusion d'un trust dans un but libéral est totalement autorisée voire encouragée. Ainsi, au décès du constituant, en cas de trust avec intention libérale, les biens sont automatiquement transmis au bénéficiaire. Ainsi, tout ce qui a été inclus dans le trust échappe aux règles successorales. En diminuant un peu plus l'actif successoral, le *de cuius* s'assure que son plan de contournement de la réserve sera mené à bien.

---

<sup>1453</sup> CA PARIS, 10 janvier 1970 ; Rev. Crit. DIP 1971, p. 525, note DROZ G.

<sup>1454</sup> IBARRA GARZA R., *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée : droit français-droit anglais)*, Thèse, Université PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2013, p. 29 : « Issu de la scission du système juridictionnel anglais entre les cours de Common law et d'Equity, le trust est fondé sur un dédoublement de la propriété entre le trustee et les cestuis que trusts : le premier a la propriété devant les cours de Common law quand les deuxièmes la conservent aux yeux des cours d'Equity ».

<sup>1455</sup> IBARRA GARZA R., *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée : droit français-droit anglais)*, Thèse, Université PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2013, p. 29.

## 2. L'application du trust en France

**709. Reconnaissance.** La Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 a reconnu le trust au niveau européen. La France a signé la convention en 1991 mais le parlement n'a pas donné suite. La reconnaissance du *trust* en France est limitée. La loi du 29 juillet 2011 tente de limiter l'impact fiscal des trusts étrangers et des fuites de capitaux<sup>1456</sup>. Néanmoins, seuls des arrêts d'appel ont permis d'éclaircir la situation et la reconnaissance du trust en France. L'application dans des arrêts de cassation se limite à un point de vue strictement successoral et non fiscal.

**710. Traitement juridique.** Le trust ne peut constituer un legs au sens français du terme car les biens inclus dans le trust ne font plus partie du patrimoine du constituant au jour de son décès. Il n'est pas plus possible d'assimiler le trust à une donation<sup>1457</sup>. S'agissant d'une création purement anglo-saxonne n'ayant pas d'équivalent français, on ne peut que raisonner par analogie et rapprocher cette institution étrangère de nos institutions françaises. Dans un arrêt de la Cour d'appel de PARIS du 10 janvier 1970, les juges ont indiqué que « *les droits acquis par les bénéficiaires du trust pourraient être remis en question dans le cadre de la loi successorale française dans la mesure où ils porteraient atteinte aux règles d'ordre public relatives à la réserve.* »<sup>1458</sup> Le trust *inter vivos* est considéré par la Cour de cassation comme une donation indirecte<sup>1459</sup>. La donation ne prend effet qu'au décès du *settlor*. Les biens issus du trust doivent être inclus dans la masse de calcul de l'article 922 du Code civil et sont donc susceptibles de subir la réduction pour atteinte à la réserve<sup>1460</sup>. Le régime du trust en France doit être calqué sur celui des donations entre vifs<sup>1461</sup>.

---

<sup>1456</sup> Loi du 29 juillet 2011, n° 2011-900.

<sup>1457</sup> CA PARIS, 2<sup>ème</sup> ch. sect. A, 28 septembre 1993.

<sup>1458</sup> CA PARIS, 10 janvier 1970 ; Rev. Crit. DIP 1971, p. 525 note DROZ G.

<sup>1459</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996 ; RTD Civ. 1996, p. 454 obs. PATARIN J. ; Rev. Crit. DIP 1996, p. 692, note DROZ G. ; JCP G 1996, II, 22647, note BEHAR-TOUCHAIS M. ; Defrénois 1997 art. 36457 obs. VIGNAL T.

<sup>1460</sup> GODECHOT S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, Thèse, Université PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2002, p. 319.

<sup>1461</sup> GODECHOT S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, Thèse, Université PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2002, p. 349.



**711.** La notion d'ordre public international constitue, ou plutôt constituait la seule barrière de protection de la réserve en droit international privé (**Section 2**).

## **SECTION 2. - LA MENACE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

**712. Besoin d'un outil de remplacement.** Avec la fin du droit de prélèvement, le juge français constate la perte d'un outil précieux pour imposer la réserve héréditaire aux autres Etats. Que lui reste-t-il ? Pourquoi ne pas envisager l'ordre public international français ? L'idée paraît séduisante. Le *de cuius* ne pourra s'y soustraire. Mais l'exception d'ordre public peut-elle servir les desseins de la réserve héréditaire ? L'ordre public est une question de protection, notamment des valeurs juridiques ou morales jugées fondamentales pour un Etat (§1.). Le débat était ouvert. Mais la Cour de cassation a mis fin au doute légitime de la doctrine fin 2017 (§2.).

### **§1. - UNE QUESTION DE PROTECTION**

**713.** L'ordre public international est un formidable outil de règlement des conflits transnationaux. Son utilité réside dans son fonctionnement particulier qui permet à un Etat de contrer une décision étrangère dont les conséquences ne seraient pas moralement acceptables (A.). Chaque Etat dispose de ses propres règles d'ordre public international fondées sur sa propre vision de la norme et de la moralité. Ainsi, la réserve héréditaire, outil typiquement français, n'ayant pas d'équivalent dans l'ensemble des autres Etats a fait l'objet d'un débat doctrinal intense sur son intégration à l'ordre public international français (B.).

## **A. L'UTILITE DE LA NOTION**

**714.** L'étude de la notion d'ordre public et son utilité est fondamentalement liée à son fonctionnement particulier que l'on compare parfois aux lois de police (1°). Son utilisation, dans le cadre de la réserve héréditaire pourrait mettre à mal les plans du *de cuius* en matière de contournement. La France a la particularité de ne pas avoir créé un mais plusieurs ordres publics internationaux, dont la mise en œuvre dépendra des litiges qui lui sont présentés et des conditions de chacune des affaires (2°).

### **1. Le fonctionnement de l'ordre public**

**715. Ordre public interne et international.** Il existe une différence majeure entre les dispositions d'ordre public de droit interne et de droit international. En droit interne, une disposition est considérée comme étant d'ordre public lorsqu'elle s'applique sans dérogation possible<sup>1462</sup>. Il s'agit de protéger par la loi un certain nombre de principes, parfois très spécifiques, pour éviter les abus de toute sorte. Les parties ne peuvent y déroger. On prendra notamment comme exemple, l'âge de la majorité légale. L'ordre public international n'est pas tout à fait créé sur le même modèle. Les principes qu'il protège sont plus généraux. Il permet au for d'imposer sa loi si la loi étrangère, soit par principe, soit dans ses conséquences, contrevient aux principes jugés par le for comme fondamentaux. Bien évidemment, tous les principes bénéficiant de la couverture de l'ordre public interne ne bénéficient pas de l'aura de l'ordre public international. L'ordre public interne est beaucoup plus large que l'ordre public international. Ce sont les juridictions du for qui vont-elles-même établir si un principe fondamental de droit interne est susceptible de devenir un principe fondamental de droit international privé. Ces fondements du droit du for regroupent souvent des lois dites naturelles ou à valeurs universelles, mais pas seulement<sup>1463</sup>. L'idée

---

<sup>1462</sup> LAGARDE P., *Ordre public*, Rep. Dr. int., Dalloz.

<sup>1463</sup> LAGARDE P., *Ordre public*, Rep. Dr. int., Dalloz.



n'est en aucun cas d'imposer aux autres Etats la moindre parcelle d'autorité publique logée dans des notions typiquement représentatives des conceptions légales du for. Néanmoins si un principe est reconnu comme étant suffisamment important pour bénéficier d'une protection internationale, on parlera d'exception d'ordre public.

**716. Protéger de la discrimination.** Le Professeur SANA-CHAILLE DE NERE rappelle que « *cet ordre public n'a pas la même surface que l'ordre public interne et qu'il ne couvre que ce qui est considéré comme intangible, ce que nous appelons le « noyau dur » de nos conceptions fondamentales* <sup>1464</sup> ». L'ordre public international s'attaque à des discriminations de grande envergure afin de protéger ses ressortissants de l'application d'une loi ou d'une décision dont les conséquences seraient humainement désastreuses. On retrouve notamment au sein de chaque ordre public international, et notamment celui de la France, une protection contre les discriminations portant sur la religion, la couleur de peau, le genre, la filiation... L'ordre public international français protège les règles considérées comme fondamentales pour la France. Pour ce faire, des circonstances exceptionnelles doivent être invoquées<sup>1465</sup>. La protection instaurée par le droit international privé français concerne « *toute disposition d'une loi étrangère qui réduirait ou supprimerait les droits d'une personne pour des raisons d'ordre social, racial, politique, sexuel ou religieux* <sup>1466</sup> » La réserve héréditaire, ne semble pas, de prime abord, entrer dans l'une de ces catégories.

**717. Les lois de police.** Ordre public international et lois de police sont souvent confondus par les praticiens. Ils traitent tous les deux d'application de principes jugés fondamentaux par la législation du for. Les deux notions reposent sur un fondement commun. Or, ces deux techniques diffèrent. Les lois de police sont d'application directe sans qu'aucune règle de conflit de lois ne soit invoquée ou recherchée. Elles concernent un intérêt particulier comme général<sup>1467</sup>. Néanmoins, l'immédiateté d'application des lois de police

---

<sup>1464</sup> SANA-CHAILLE DE NERE S., *Vers un droit patrimonial européen de la famille ? - La loi applicable à la succession dans le règlement du 4 juillet 2012*, JCP N 2013, n° 15, 1082.

<sup>1465</sup> SANA-CHAILLE DE NERE S., *Vers un droit patrimonial européen de la famille ? - La loi applicable à la succession dans le règlement du 4 juillet 2012*, JCP N 2013, n° 15, 1082.

<sup>1466</sup> NIEL P-L., *L'exception d'ordre public de la réserve successorale s'atténue ma non troppo !* PA 4 janvier 2018, n° 4, p. 8.

<sup>1467</sup> GUILLAUME J., JURISCLASSEUR Droit international, *fascicule 40 : Ordre public international – notion d'ordre public international*.

constitue une différence de méthodes d'utilisation, distinction qui peut entraîner une différence de solutions pour un même litige. Elles sont souvent utilisées pour des motifs encore plus graves que ceux utilisés pour l'ordre public international. Dans ce contexte, la réserve héréditaire semble moins une question de lois de police que d'ordre public international.

## **2. Les différents ordres publics**

**718. Uniformisation.** Le Règlement de 2012 a été rédigé dans un but d'unification des règles de droit privé international afin de permettre une uniformisation des décisions. La majorité des Etats n'a qu'une seule sorte d'ordre public international, à la différence de la France pour laquelle il existe des déclinaisons. L'idée d'ordre public atténué ou de proximité est typiquement française. Il en existe trois sortes en France. Il peut être atténué, plein ou de proximité. La réserve héréditaire pouvait être utilisée dans chacun de ces trois cas.

**719. L'ordre public plein.** Cette utilisation de l'ordre public correspond à un mécanisme dans lequel le juge tient compte des conséquences pratiques de l'application de la loi étrangère sans rechercher d'autres motifs. Elle correspond aux notions d'ordre public international habituelles de la majorité des autres Etats. Cet ordre public convient parfaitement à la remise en cause des cas de répudiation<sup>1468</sup>. Le juge français ne tiendra compte que de l'importance des suites données à la possible application de la loi étrangère, suites qui contreviendraient aux valeurs fondamentales et d'ordre public international du for. L'utilisation de l'ordre public de proximité regroupe les mêmes attentes que l'ordre public plein.

**720. Ordre public de proximité.** A contrario, l'ordre public de proximité correspond à un contrôle d'une situation qui n'est pas en lien direct avec la France. Le Règlement se

---

<sup>1468</sup> GUILLAUME J., JURISCLASSEUR Droit international, *fascicule 40 : Ordre public international – notion d'ordre public international*.



montre assez hostile envers l'ordre public de proximité qui permet d'imposer les règles françaises dès qu'une occasion se présente. Il faut qu'il existe des facteurs de proximité qui permettent l'application de l'ordre public français. Le considérant 58 indique que « *néanmoins les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre Etat membre ou de refuser de reconnaître – ou, le cas échéant d'accepter – ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou une transaction judiciaire d'un autre Etat membre lorsque ce refus serait contraire à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination* ». Même si le Règlement est appliqué depuis peu de temps, il est fort probable que la jurisprudence viendra bientôt alimenter les cas d'utilisation de cet outil. L'appréciation de la proximité se fait également au cas par cas. Cet ordre public est néanmoins de plus en plus délaissé par la Cour de cassation<sup>1469</sup>.

**721. L'ordre public atténué.** L'ordre public atténué correspond à un droit de contrôle d'une situation ou d'un conflit né en France ou de contrôler l'application en France d'un droit acquis à l'étranger.<sup>1470</sup> La notion d'ordre public atténué ressort d'un arrêt RIVIERE du 17 avril 1953<sup>1471</sup> : « *La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* ». Cet ordre public permet de laisser appliquer en France un jugement obtenu valablement à l'étranger dès lors que ses conséquences restent supportables au regard de la justice du for. Parfois l'éloignement juridique ou géographique avec le litige ou la décision justifie l'utilisation d'un simple ordre public atténué. Même si la réserve semble utilisable dans ce cas, elle semble plus être l'apanage d'une question d'ordre public international plein.

---

<sup>1469</sup> FARGE M et MURAT P., *Droit de la famille 2014-2015*, Dalloz action, 512.456.

<sup>1470</sup> AZAVANT M., *L'ordre public successoral*, Dr. fam. Octobre 2013, n° 10, dossier 38.

<sup>1471</sup> Cass. civ. 17 avril 1953, arrêt RIVIERE ; Rev. Crit. DIP 1953, p. 412, note BATIFFOL H. ; JDI 1953, p. 860, note PLAISANT J.

## **B. DEBAT DOCTRINAL SUR LA RESERVE**

**722. Une fuite réussie ?** Le considérant 38 du Règlement de 2012 indique que « *le présent règlement devrait permettre aux citoyens d'organiser à l'avance leur succession en choisissant à l'avance la loi applicable à leur succession. Ce choix devrait être limité à la loi d'un état dont il possède la nationalité afin d'assurer qu'il existe un lien entre le défunt et la loi choisie et d'éviter que le choix d'une loi ne soit effectué avec l'intention de frustrer les attentes légitimes des héritiers réservataires* ». L'ordre public sert à protéger ce qui a du sens (**1°**). Afin de savoir si la réserve peut entrer dans cette catégorie, il faut comparer son concept et son importance aux principes fondamentaux déjà protégés par notre droit international. Une fois que le *de cuius* a choisi de s'expatrier et a tout mis en œuvre pour recouvrer finalement sa liberté de disposer pour en jouir comme bon lui semble, il lui reste à vérifier que la France n'utilisera pas l'ordre public comme moyen de faire survivre la réserve à son éloignement géographique (**2°**).

### **1. Protéger ce qui a du sens**

**723. Ordre public français.** Comme le rappelle à juste titre Maître Jean-François SAGAUT, « *Le mouvement de balancier entre l'ordre public et la liberté est à l'instar de celui du pendule. Sans cesse l'équilibre doit être trouvé pour que le mouvement se perpétue dans un balancement aussi régulier qu'harmonieux* »<sup>1472</sup>. Les juges français utilisent la menace de l'ordre public pour empêcher que le règlement de litiges qui concernent de près ou de loin la France, n'aboutisse à des solutions jugées choquantes. Les exceptions d'ordre public sont finalement moins nombreuses qu'il n'y paraît. Elles sont plus souvent utilisées contre des Etats ayant une définition de la justice très éloignée de celle de la France. L'ordre public international français traite souvent de « *droit humain fondamental* »<sup>1473</sup> ou de *justice*

---

<sup>1472</sup> SAGAUT J.F., *Ecrits de droit civil*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 37.

<sup>1473</sup> GODECHOT-PATRIS S., *Nouveau coup dur pour la réserve héréditaire !* RJPF, n° 12, 1<sup>er</sup> décembre 2017



*universelle*. La notion de discrimination est propre à chaque Etat mais certaines notions plus universelles peuvent servir en cas d'abus exceptionnels de la part de certains Etats.

**724. Utilisation de l'ordre public.** L'article 35 du Règlement européen du 4 juillet 2012<sup>1474</sup> et le considérant 58 permettent au juge français d'écarter la loi successorale applicable, à savoir, la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa dernière résidence habituelle, au profit de la loi française si la loi étrangère applique des principes contraires à l'ordre public français. Qui va dépendre de l'attitude de la France face à l'application d'une situation ou d'une législation qui contrevient à son ordre public national, et qui va l'interdire, le tolérer ou déplacer le problème à l'étranger ? Dans cette mesure, la réserve, si elle était reconnue d'ordre public, pourrait être opposée à la loi étrangère qui permettrait au *de cuius* de déshériter ses enfants ?

**725. Application des décisions étrangères.** L'ordre public est aussi utilisé contre l'application en France d'une décision étrangère dont les conséquences contreviendraient totalement à la conception de la justice de l'Etat français. C'est notamment le cas pour les principes d'égalité bafoués par l'application de la décision étrangère. Il s'agit souvent d'une application au cas par cas. Or, si la réserve était considérée comme étant suffisamment importante pour le droit français pour faire partie de son ordre public international, ne serait-elle pas en train de créer une discrimination entre les descendants du *de cuius* de nationalité différente ? Y aurait-il un retour factuel du droit de prélèvement dans une configuration de famille recomposée de plusieurs nationalités différentes.

---

<sup>1474</sup> Art. 35 Règlement du 4 juillet 2012.

## 2. La réserve protégée ?

**726. Règlement 2012.** L'article 35 du Règlement<sup>1475</sup> permet de déroger au principe d'unicité de la succession quand l'application de la loi qui a été désignée est « *manifestement incompatible avec l'ordre public du for* ». Mais il faut rappeler que l'ordre public international est avant tout un ordre public qui protège de la discrimination. La notion de réserve héréditaire comme nous l'entendons en droit français n'a aucun lien avec un principe de discrimination ou de non-discrimination. C'est la raison pour laquelle l'article 35 n'est pas en réalité d'un très grand secours. L'ordre public international ne s'attache pas à faire respecter et à imposer la notion de réserve dans des pays qui en sont dépourvus. Une jurisprudence ancienne l'a d'ailleurs confirmé<sup>1476</sup>. Un début de réponse négative de l'acceptation de la réserve comme notion d'ordre public se dessinait.

**727. La captation d'héritage.** Mais la réserve héréditaire française peut-elle être considérée malgré tout, comme une disposition d'ordre public international ? Même sans question de discrimination ? La réserve héréditaire pourrait être considérée comme un ordre public français de protection de l'héritier et non un ordre public de privation de disposer du *de cuius*. Elle correspond déjà à un ordre public de protection interne. Dans certains pays ne connaissant pas l'application propre de la réserve, certains aspects de la protection que l'on retrouve dans la réserve sont présents d'une manière différente. C'est souvent le juge qui tranche les cas de captation d'héritage<sup>1477</sup>. Le considérant 50 du Règlement a ajouté : « *La loi qui, en vertu du présent Règlement, régira la recevabilité et la validité au fond d'une disposition pour cause de mort ainsi qu'en ce qui concerne les pactes successoraux, les effets contraignants d'un tel pacte entre les parties devraient être sans préjudice des droits de toute personne qui, en vertu de la loi applicable à la succession, peut prétendre à une réserve*

---

<sup>1475</sup> Art. 35 du Règlement du 4 juillet 2012 : « *L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.* »

<sup>1476</sup> CA PARIS, 3 novembre 1987, JDI 1990, p. 109, note HERON J.

<sup>1477</sup> GRIMLADI M., *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, Defrénois, 15-30 août 2012, n° 15-16 p. 755.



*héréditaire ou jouit d'un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée ».*

**728. Débat doctrinal.** Depuis l'abrogation du droit de prélèvement permettant d'obtenir une part de la succession sans passer par la question de l'ordre public international, certains auteurs considèrent que la réserve héréditaire devrait faire partie de cet ordre public<sup>1478</sup>. Ils soutiennent son intégration comme étant encore aujourd'hui un pan fondamental de notre droit français et qu'il faut la protéger face à la réglementation étrangère trop libérale<sup>1479</sup>. Dans leur argumentation, se trouve désormais la constatation de la fin du droit de prélèvement. Si la réserve n'était pas finalement suffisamment importante pour figurer comme principe protégé par l'ordre public international français, alors il serait loisible à tout ressortissant français de dépouiller ses enfants. Cette situation mettrait fin à terme, à cette ancienne institution. D'autres au contraire considèrent que la réserve héréditaire ne devrait pas faire partie des cas d'opposition à l'ordre public international<sup>1480</sup>. Pour eux, accueillir cette idée serait faire revivre d'une manière détournée un privilège français qui est mort avec le droit de prélèvement. Ainsi, l'acceptation de la réserve dans le droit international public français ne rendra pas justice au principe d'égalité entre enfants si cher à la France et créant une discrimination envers les enfants non nés sur notre territoire. Le débat était actif et l'apparition du Règlement de 2012 a fait bouillonner les esprits dans l'attente d'une réponse judiciaire.

**729. Un début de réponse.** Le caractère d'ordre public de la réserve héréditaire a été utilisé dans d'anciens arrêts rendus par la Cour de cassation en 1977<sup>1481</sup> puis en 1991<sup>1482</sup>. Mais depuis l'arrivée du Règlement et la fin du droit de prélèvement, aucune réponse de la part de la Cour de cassation n'avait été entendue. Les auteurs débattent sur le sujet. La

---

<sup>1478</sup> GRIMLADI M., *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, Defrénois, 15-30 août 2012, n° 15-16 p. 755.

<sup>1479</sup> GRIMLADI M., *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, Defrénois, 15-30 août 2012, n° 15-16, p. 755.

<sup>1480</sup> LAGARDE P., *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, Rev. Crit. DIP 2012, p. 691.

<sup>1481</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 1977, Bull. civ., I, n° 100 ; RTD Civ 1978, p. 173, obs. SAVATIER R.

<sup>1482</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991, n° 89-17.094, JurisData n° 1991-000871 ; Bull. civ. 1991, I, n° 100 ; JCP G 1992, II, 21840, note SALVAGE P. ; D. 1992, somm. 229, obs. VAREILLE B.

jurisprudence a tranché la question via des décisions issues de Cours d'appel ou de première instance et non de Cour de cassation. L'une est ancienne, elle a trente ans<sup>1483</sup>. L'autre est plus récente<sup>1484</sup>. Néanmoins, la réponse était négative. Alors, il était fondamental d'avoir une certitude sur le sujet. Répondre à cette question aurait permis de savoir si tous les montages envisagés en droit international pouvaient permettre ou non de contourner efficacement la réserve. Le *de cuius* a besoin de prévoir sa succession et de s'assurer que sa volonté sera respectée.

## **§2. - LA FIN DU DOUTE**

**730. Une solution attendue.** La doctrine tout comme les praticiens étaient dans l'attente d'une affaire aussi palpitante et utile que celles des compositeurs COLOMBIER et JARRE. Les arrêts rendus par la Cour de cassation ont permis de mettre un terme aux débats qui agitaient les auteurs depuis la mise en application du Règlement de 2012. Ces jurisprudences explosives présentent des faits analogues (A.). Toutefois, si ces jurisprudences lèvent le voile sur la question de l'ordre public, elles en jettent un autre sur les conditions subsidiaires de survie de la réserve (B.).

### **A. DES JURISPRUDENCES EXPLOSIVES**

**731.** Les jurisprudences récentes et les litiges d'héritages actuels ont clarifié la position de la réserve en droit international privé français. Son absence de reconnaissance judiciaire au niveau international ferme définitivement la porte ouverte jadis par le droit de prélèvement (1°). La doctrine l'a bien compris, ces jurisprudences consacrent un pouvoir d'exhérédation du *de cuius* en matière internationale (2°).

---

<sup>1483</sup> CA PARIS, 3 novembre 1987 ; JDI 1990, p. 109, note HERON J.

<sup>1484</sup> TGI PARIS, 10 juillet 2013 ; JCP N 2014, n° 49, 1352, note NOURISSAT C.



## 1. L'absence de reconnaissance de la réserve

**732. La solution jurisprudentielle.** Dans les deux arrêts rendus le 27 septembre 2017<sup>1485</sup>, la Cour de cassation a répondu à la question en indiquant qu'« *une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels* ». Séisme parmi les fervents défenseurs de la réserve héréditaire, les auteurs ont tous compris les implications de telles décisions, qu'ils soient à l'origine pour ou contre la réserve comme institution d'ordre public international. La Cour, en rendant ces arrêts après l'application du Règlement et la fin du droit de prélèvement, envoie un message fort concernant l'évolution des relations internationales ainsi que sur la modernisation de la réserve. En choisissant de juger de ces deux affaires le même jour, elle insiste sur la solution qu'elle impose à la doctrine.

**733. Des conditions communes.** Ces deux décisions ont des points communs tant dans leurs solutions que dans les faits qu'elles présentent. Les *de cujus* étaient deux compositeurs de musiques, mariés, père de famille avec des enfants de plusieurs lits ou qui n'étaient pas tous issus du conjoint survivant. Pour protéger leur épouse survivante des poursuites de leur progéniture, les deux compositeurs avaient mis à l'abri la quasi-totalité de leur patrimoine. Dans ces deux arrêts, les *de cujus* avaient tous les deux constitué un *family trust* sous la loi californienne afin de placer la majeure partie de leur patrimoine dans ce type de placement, soumis au droit anglo-saxon, à l'abri des exigences de la réserve héréditaire française. Résidants de longue date aux Etats-Unis, la loi californienne avait toutes les raisons de s'appliquer.

**734. La jurisprudence COLOMBIER.** Dans le premier arrêt, la Cour s'appuie sur des faits plus que probants pour écarter l'application de la loi française. Le compositeur dont

---

<sup>1485</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; JCP N 2017, n° 10, 850, note FONGARO E. ; AJ fam. 2017, p. 510, obs. BOICHE A.

le patrimoine fait l'objet du procès était lié à la loi californienne, de même que son décès, sans qu'aucun doute ne soit possible. Il demeurait sur le territoire californien depuis plus de 30 ans, son patrimoine y était majoritairement situé et une partie de ses enfants y est née. Rien ne laissait présager que la succession méritait de subir l'application de la loi française. Ses seuls liens de rattachement étaient sa nationalité d'origine et celle de ses enfants aînés. Dès lors, la balance des indices penchait inexorablement vers l'application de la loi étrangère.

**735. La jurisprudence JARRE.** La Cour de cassation a rendu un arrêt plein d'enseignement le 27 septembre 2017<sup>1486</sup> concernant la succession de Maurice JARRE en même temps que celle de COLOMBIER. Le compositeur français était parti vivre aux Etats-Unis depuis plusieurs années déjà. Il a légué l'intégralité de son patrimoine à sa dernière épouse et a volontairement omis toute disposition concernant ses enfants, héritiers réservataires. La Cour constate que la loi applicable était la loi californienne. Le droit de prélèvement invoqué par les descendants lésés leur est refusé. Il s'agit d'un arrêt de Cour de cassation qui vient sur pourvoi prononcé contre l'arrêt précité de la Cour d'appel de PARIS du 11 mai 2016<sup>1487</sup> refusant notamment le droit de prélèvement au motif que c'était un droit né du partage et non de la dévolution. La Cour d'appel avait notamment indiqué que

*« si la réserve héréditaire est, en droit interne, un principe ancien mais aussi un principe actuel et important dans la société française, en ce qu'elle exprime la solidarité familiale, garantit une certaine égalité entre les enfants, et protège l'héritier d'éventuels errements du testateur, elle ne constitue pas un principe essentiel de ce droit, tel le principe de non-discrimination des successibles en raison du sexe, de la religion ou de la nature de la filiation, qui imposerait qu'il soit protégé par l'ordre public international français ».*

La Cour a ainsi ajouté qu'« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation

---

<sup>1486</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; JCP N 2017, n° 10, 850, note FONGARO E. ; AJ fam. 2017, p. 510, obs. BOICHE A.

<sup>1487</sup> CA PARIS, 11 mai 2016, 3<sup>ème</sup>, 1<sup>ère</sup> ch., n° 14/26247 ; Gaz. Pal. 3 janvier 2017, n° 1, p. 84, obs. DIMITROV L.



*incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels* ». Dans cette perspective, la Cour de cassation a suivi un mouvement initié par la Cour d'appel sans pour autant en reprendre le schéma exact.

**736. L'absence de fraude.** La question de la fraude pouvait effleurer l'esprit à la lecture de ces faits de ces arrêts. La solution de la Cour de cassation est finalement si radicale qu'on peut s'interroger sur un possible oubli d'envisager la fraude. La fraude a toujours semblé une solution pour bloquer les exhérédations d'enfants, notamment en droit international plus particulièrement depuis la jurisprudence CARON<sup>1488</sup>. Mais en rappelant les faits dans les deux affaires et notamment les durées d'installation, la Cour de cassation comme les juges du fond ont écarté la fraude dans chacun des deux cas<sup>1489</sup>. Ils évitent ainsi tout risque d'application de la jurisprudence CARON. Les éléments de rattachement à la loi californienne étaient si nombreux et présents sur une si longue durée que la fraude ne pouvait être utilisée.

## **2. La porte ouverte à l'exhérédation**

**737. Le contournement.** « *Ces arrêts ont en tout cas pour point commun de renforcer la toute-puissance de la volonté individuelle : volonté du père d'exhérer un enfant, véritable désaveu de paternité symbolique<sup>1490</sup>* » et fin d'un patrimoine que sa descendance a cru, l'espace d'un instant, être déjà appréhendé. En refusant de prendre en considération la réserve héréditaire parmi les fondements du droit français et de la protéger par le recours à l'ordre public international, la Cour de cassation ouvre grande la porte à l'exhérédation. Les juges et les auteurs en ont tous bien conscience mais il n'était pas possible d'imposer aux autres Etats notre vision de la transmission successorale et ressusciter

---

<sup>1488</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1985, n° 82-15.033, arrêt CARON, Publié au bulletin ; JCP N 2008, n° 24, 1221, note FONGARO E.

<sup>1489</sup> BENDELAC E., *Une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français*, PA 15 décembre 2017, n° 250, p. 16.

<sup>1490</sup> BECQUE-ICKOWICZ S., *L'obligation naturelle au secours de l'enfant exhérédé ?* Defrénois, 23 novembre 2017, n° 28, p. 1.

une forme de droit de prélèvement. « *Nous sommes attaché à la réserve héréditaire, suivant notre culture successorale familiale, mais cela ne peut être un principe universel, permettant de contrôler des lois étrangères de culture différente* <sup>1491</sup> » rappelle Le Professeur LE GUIDEC. La solution semblait logique, mais ses conséquences étaient moins évidentes à admettre. « *Le principe posé par la Cour de cassation, n'est guère surprenant ; il n'est en définitive que l'aboutissement d'un déclin progressif de l'institution en droit interne* <sup>1492</sup> » que les tribunaux ont de plus en plus de mal à justifier.

**738. La nouvelle utilité de la réserve.** A la lecture de ces arrêts de la Cour de cassation, on se rend compte que la Cour apporte des nuances à la réserve et à son application, nuances qui n'étaient jusqu'à aujourd'hui, pas ouvertement décrites. La Cour change l'utilité de la réserve et modifie la notion telle qu'on la connaissait jusqu'alors. La Cour prend position pour une réserve nécessaire, basée sur un besoin, une réserve presque alimentaire au lieu d'une réserve conservatrice. Avec ces arrêts, « *la fonction alimentaire de la réserve prend le pas sur sa fonction de conservation des biens dans la famille, fonction historique de l'institution* <sup>1493</sup> ». Elle ne reprend pas néanmoins les éléments utilisés par les juges du fond qui ont considéré que la fonction alimentaire de la réserve dépassait sa fonction de transmission intrafamiliale des biens. Le Professeur FONGARO insiste sur le fait « *qu'une telle « qualification » pouvait poser problème, en cas de déclenchement de l'exception d'ordre public international, pour déterminer le montant de la réserve* <sup>1494</sup> ». Néanmoins, la nuance reste relative et la notion de besoin peut correspondre à un besoin alimentaire. La Cour a cherché à justifier un maintien très relatif de cette institution tout en préservant le droit des autres Etats à disposer de principes successoraux différents des nôtres.

**739. La survie de la réserve ?** Malgré un rejet du pourvoi, la Cour de cassation ne reprend pas tout à fait l'analyse de la Cour d'appel sur la fonction alimentaire de la réserve

---

<sup>1491</sup> LE GUIDEC R., *Successions et libéralités*, JCP N 2018, n° 8-9, 1110.

<sup>1492</sup> GODECHOT-PATRIS S., *Nouveau coup dur pour la réserve héréditaire !* RJPF, n° 12, 1<sup>er</sup> décembre 2017.

<sup>1493</sup> BENDELAC E., *Une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français*, PA 15 décembre 2017, n° 250, p. 16.

<sup>1494</sup> FONGARO E., *Une loi étrangère ignorant la réserve n'est pas contraire à l'ordre public international*, JCP N 2017, n° 40, 850.



au-delà de la fonction de conservation des biens dans la famille<sup>1495</sup>. Cela ne signifie pas que la Cour de cassation est d'accord ou n'est pas d'accord avec cet argumentaire, cela signifie simplement que la Cour a préféré fonder son arrêt sur des notions plus précises, qui permettraient encore en théorie, de faire jouer la réserve héréditaire en droit international privé. Cette utilisation presque anecdotique de la réserve dans l'ordre public international français correspond à une volonté de la part de la Cour suprême de ne pas appauvrir ses propres ressortissants lorsque ceux-ci sont en détresse financière. En effet, « *Dans ces arrêts, la dignité financière des héritiers réservataires devient un garde-fou à la libre disposition de son patrimoine par le défunt. Un seuil de déclenchement de l'exception d'ordre public a été établi*<sup>1496</sup> » par la Cour de cassation.

**740. Un ordre public de protection ?** L'utilisation résiduelle de la réserve en cas de précarité ou de besoin peut s'apparenter à la création d'un nouvel ordre public de protection<sup>1497</sup>. Il ne sera invoqué que dans certaines circonstances particulières. Le Professeur GRIMALDI ajoute que « *Cette jurisprudence aboutit, dans l'ordre international, à substituer à la réserve légale, clairement déterminée par la loi, une réserve judiciaire, largement abandonnée au pouvoir d'appréciation du juge, qui ne manquera pas de se livrer à un contrôle de proportionnalité*<sup>1498</sup> ». Fort de cette constatation, n'est-on pas en train d'assister à la naissance d'une nouvelle réserve, plus alimentaire que conservatrice, dans une version moderne de notre réserve héréditaire de droit interne ? Peut-être est-on simplement face à la mise à mort progressive de la réserve telle que nous la connaissons, et qui sera à terme remplacée par un simple droit de créance ou d'aliment. Le législateur français a été capable de trouver des alternatives au droit à réserve d'anciens membres de la famille, et notamment des parents, en créant des substitutions modernes et plus en phase avec la notion de famille nucléaire qui caractérise notre époque.

---

<sup>1495</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, JCP N 2017, 850, p. 10, note FONGARO E. ; JCP G 2017, 1236, note NOURISSAT C. et REVILLARD M. ; Dr. fam. 2017, comm. 230, note NICOD M. ; D. 2017, p. 2185, note GODECHOT-PATRIS S. et POTENTIER S. ; AJ fam. 2017, p. 595, note BOICHE A., LAGARDE P., MEIER-BOURDEAU A., SAVOURE B. et KESSLER G.

<sup>1496</sup> BENDELAC E., *Une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français*, PA 15 décembre 2017, n° 250, p. 16.

<sup>1497</sup> NIEL P-L., *L'exception d'ordre public de la réserve successorale s'atténue ma non troppo!*, PA 4 janvier 2018, n° 4, p. 8.

<sup>1498</sup> GRIMALDI M., *La réserve à la casse ?* Defrénois, 12 octobre 2017, n° 22, p. 1.

## **B. LES AMBIGUITES**

**741. Les réserves de la réserve.** Les arrêts de la Cour de cassation, bien que particulièrement explicites et largement entendus sont sujets à des nuances. La principale concerne la notion de besoin et de précarité économique qui est utilisée par la Cour pour faire survivre la réserve en droit international, au prix d'une casuistique complexe (1°). Toutefois, même si ces arrêts ne lèvent pas d'autre interrogation majeure quant aux conditions d'application de la réserve, sur des faits qui ne soulèvent pas de débat, d'autres affaires récentes peuvent être utilisées pour préciser d'autres points essentiels. On envisagera notamment un point du Règlement, qui ne faisait pas défaut dans les arrêts du 27 septembre 2017, la question de la résidence habituelle (2°). Et c'est le chanteur Johnny HALLYDAY qui, par les circonstances de sa mort et d'ouverture de sa succession, relance le débat sur un point du Règlement de 2012 qui jusque-là, manquait cruellement de précision.

### **1. Le besoin et la précarité économique**

**742. Précarité économique.** Il ressort de ces deux arrêts que la Cour conserve une utilisation résiduelle de la réserve dans des cas précis. Elle entend notamment vérifier la capacité financière des héritiers concernés. Elle utilise notamment la notion de précarité économique et de besoin. Mais qu'est-ce que la précarité économique ? Le législateur n'a pas défini cette notion, pas plus que la jurisprudence elle-même. Certains auteurs considèrent que l'héritier ne serait pas encore en état de besoin mais serait susceptible de l'être si ses conditions s'aggravaient<sup>1499</sup>. On présuppose que l'héritier est dans une situation économique proche de la précarité et ne présente pas de solution d'amélioration à sa propre situation. Néanmoins, il reviendra aux juges de déterminer ce qui relèvera précisément, et sûrement au

---

<sup>1499</sup> FULCHIRON H., *Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin*, D. 2017, p. 2310.



cas par cas, de cette notion particulière. La reconnaissance de la précarité semblerait intervenir plus aisément en présence d'enfants mineurs<sup>1500</sup>.

**743. Le besoin.** La Cour évoque également le besoin en parallèle de la précarité économique. La notion de besoin est d'ores et déjà utilisée en matière de succession ou d'obligation parentale. Il est néanmoins étonnant de faire passer la notion de réserve à une quête de besoin sachant que jusqu'à présent, la réserve n'avait pas pour caractéristique principale la reconnaissance d'un besoin<sup>1501</sup>. De plus, il faudrait rechercher quelle serait la limite du besoin. Quelle valeur serait retenue ? S'agirait-il des revenus de l'héritier, de son patrimoine complet ? La limite serait-elle basée sur le revenu minimum français, ou celui de l'Etat dans lequel l'héritier a sa résidence habituelle ? Ou la nationalité ? Dès lors, si les juges prenaient le minimum français, l'Etat dans lequel l'héritier résiderait pourrait avoir un coût de la vie plus élevé. Prendre comme référence le minimum du pays de résidence signifierait des différences de traitement entre les Etats.

**744. Création d'une casuistique.** La Cour introduit une notion de « *situation de précarité économique et de besoin* » qui serait nécessaire pour faire intervenir malgré tout la notion de réserve héréditaire. Il s'agit d'une gymnastique de casuistique à laquelle se livre la Cour suprême. Les juges du fond devront apprécier *in concreto* les circonstances de chaque affaire afin de déterminer si les héritiers lésés présentent une situation de besoin ou de précarité économique. Dès lors, la sécurité juridique et les prévisions du *de cuius* pourraient être remises en cause par cette appréciation au cas par cas, appréciation potentiellement subjective.

**745. Conséquences.** La Cour n'établit pas clairement les conséquences de la reconnaissance de la précarité économique ou de l'état de besoin. Si la précarité ou le besoin sont reconnus, quelles en seront les conséquences pratiques pour l'héritier ? En effet, la Cour devra préciser si elle entend faire bénéficier l'héritier de la part de la réserve lui revenant en utilisant l'exception d'ordre public. Si tel est le cas, sur quels biens sera calculée cette

---

<sup>1500</sup> LAGARDE P., MEIER-BOURDEAU A., SAVOURE B., KESSLER G., *La réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international : autres regards*, AJ fam. 2017, p. 598.

<sup>1501</sup> GRIMALDI M., *La réserve ne relève pas de l'ordre public international*, RTD Civ. 2018, p. 189.

réserve. Le calcul de la réserve sera –t-il identique à celui que l’on connaît aujourd’hui ? La part revenant à l’héritier sera – t-elle proportionnelle au nombre d’héritiers en situation de besoin, ou de l’ensemble des descendants ? Dans l’affirmative, la Cour ne ressusciterait elle pas l’ancien droit de prélèvement ? A l’inverse, la Cour pourrait simplement réclamer un dédommagement de l’héritier au titre d’une créance d’aliment<sup>1502</sup>. Quelle serait la valeur de cet aliment et comment serait-il calculé ? Cette solution finirait définitivement de consacrer la transformation de la forme translatrice et familiale de la réserve en créance de subsistance.

**746. Discrimination de revenus.** La réserve en tant qu’ordre public international interviendrait plus souvent dans certains Etats par rapport aux autres. Cela conduirait à une discrimination et à des calculs complexes au cas par cas. De plus, un héritier, pourrait dans un cas extrême, organiser son insolvabilité peu de temps avant le décès probable de son auteur afin d’être sûr de faire échec à toute tentative de privation de réserve. Il paraît plus simple de trancher la question différemment d’établir un nouveau critère de référence à l’application de la réserve en tant qu’ordre public international, prendre un critère plus simple et pas autant aléatoire. Néanmoins, la compatibilité entre réglementation étrangère et ordre public international est censée être souverainement appréciée par les juges au cas par cas<sup>1503</sup>. Ceci ne laisserait donc que peu de place à des règles générales et à des critères classiques. Cette discrimination peut également avoir lieu au sein de la fratrie lésée entre le frère déshérité disposant de revenus confortables et celui, également mis de côté, au chômage volontaire ou non. Dès lors, si le *de cuius* avait voulu punir l’un de ses enfants dispendieux pour son mode de vie, il ne pourra finalement pas le faire car son état permanent de besoin le protégerait en partie par ce nouveau fonctionnement.

---

<sup>1502</sup> GRIMALDI M., *La réserve ne relève pas de l’ordre public international*, RTD Civ. 2018, p. 189.

<sup>1503</sup> CA PARIS, 11 mai 2016, 3<sup>ème</sup>, 1<sup>ère</sup>, n° 14/26247 ; Gaz. Pal. 3 janvier 2017, n° 1, p. 84, obs. DIMITROV L.

## **2. La notion de résidence habituelle : l'affaire HALLIDAY**

**747. Décès de Johnny HALLYDAY.** Le décès du chanteur français Johnny HALLIDAY en fin d'année 2017 a fait couler beaucoup d'encre notamment dans la presse à scandale. En effet, l'ouverture de sa succession a permis de découvrir plusieurs testaments, dont le dernier datant de 2014, soumet l'ensemble de ses biens à la loi californienne. Il déshérite purement et simplement ses deux aînés et lègue son patrimoine et ses droits d'artiste à sa dernière épouse. Il précisait notamment parmi ses dernières volontés, avoir d'ores et déjà gratifié ses aînés au moyen de plusieurs donations<sup>1504</sup>. L'application dudit testament résultera de la loi désignée comme applicable. Ne disposant pas de la nationalité américaine, il ne pouvait, à travers ce testament, faire acte de *professio juris*. Dans ce cas de figure, l'application de la loi française reste envisageable. Le testament lui-même semble de prime abord valable. Dès lors, quel élément pourrait faire pencher la balance en faveur des aînés ? Bien évidemment, c'est la question de la résidence habituelle. La France ou la Californie ? D'un côté Los Angeles, avec sa résidence fiscale, le siège de sa famille, d'une partie de ses biens. De l'autre, la France, où sont nés ses aînés, où il se produit sur scène, se fait soigner, et y décède<sup>1505</sup>. Le doute était permis.

**748. La notion de domicile.** La Cour d'appel d'AIX EN PROVENCE a eu à trancher d'un cas difficile sur l'utilisation de la notion de domicile. En l'espèce<sup>1506</sup>, le *de cujus* de nationalité originellement française, a successivement habité dans divers pays dont la Belgique, la Suisse, la Grande Bretagne, la France et les Etats-Unis. Il a changé de nationalité, eu quatre enfants et adopté un cinquième, au cours de sept mariages, et plusieurs unions libres. Son patrimoine principalement mobilier était composé de liquidités et de parts de sociétés particulièrement rentables et de grandes propriétés terriennes disséminées dans plusieurs pays. Il fallait localiser le dernier domicile du défunt et choisir comment le

---

<sup>1504</sup> BOICHE A., *Succession de Johnny Hallyday : le droit international privé saisi par l'actualité people*, AJ fam. 2018, p. 138.

<sup>1505</sup> BOICHE A., *Succession de Johnny Hallyday : le droit international privé saisi par l'actualité people*, AJ fam. 2018, p. 138.

<sup>1506</sup> CA AIX EN PROVENCE, 1<sup>ère</sup> ch. sect. B, 6 mars 2014, n° 2014/146, JurisData, n° 2014-004967 ; JCP N 2014, 1352, p. 19, note NOURISSAT C.

caractériser. L'article 102 du Code civil définit en droit interne et de manière succincte ce qu'est le domicile du défunt. La Cour d'appel vient donc dans cet arrêt, préciser la notion. Elle indique que « *selon la loi française, le domicile d'une personne physique est le lieu de son principal établissement, de son installation durable, le centre de ses activités, sous tous les aspects de la vie, politique et publique, patrimoniale, professionnelle, familiale et vie privée.*<sup>1507</sup> ». De plus, « *le rattachement à un lieu doit correspondre au minimum à la dernière année de vie du de cujus*<sup>1508</sup> ». Les juges devaient donc faire un état des circonstances, de la durée pendant laquelle le défunt avait entendu s'établir dans un pays et à quelles conditions. Le faisceau d'indices était la technique des juges du fond pour faire le tri entre les voyages, les établissements passagers et les domiciles durables. Il a été rappelé « *que, conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, la notion de domicile/résidence civile demeure distincte de la résidence fiscale*<sup>1509</sup> ». Dans ces conditions, la notion de domicile peut être une aide pour déterminer les conditions de la résidence habituelle mais en aucun cas la première notion ne sera la correspondance de l'autre, notamment depuis la mise en application du Règlement de 2012. Chaque Etat a une définition du domicile qui lui est propre. C'est la raison pour laquelle ce n'est pas cette notion qui a été retenue lors de la préparation du Règlement<sup>1510</sup>.

**749. La notion de résidence habituelle.** Avec l'entrée en vigueur du Règlement de 2012, les juges devront passer de la notion de domicile à celle de résidence habituelle, plus simple à déterminer. La résidence peut être définie comme le « *centre de vie du de cujus où sont le plus souvent situés la majorité des biens composant l'actif successoral*<sup>1511</sup> ». Le considérant 23 du Règlement indique que la résidence habituelle est appréciée suivant l'« *évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait*

---

<sup>1507</sup> CA AIX EN PROVENCE, 1<sup>ère</sup> ch. sect. B, 6 mars 2014, n° 2014/146, JurisData, n° 2014-004967 ; JCP N 2014, 1352, p. 19, note NOURISSAT C.

<sup>1508</sup> CA AIX EN PROVENCE, 1<sup>ère</sup> ch. sect. B, 6 mars 2014, n° 2014/146, JurisData, n° 2014-004967 ; JCP N 2014, 1352, p. 19, note NOURISSAT C.

<sup>1509</sup> CRONE R., *Loi applicable aux successions mobilières : rejet du domicile fiscal*, Defrénois 15 avril 2008, p. 777, n° 7.

<sup>1510</sup> REVILLARD M., *JURISCLASSEUR V° Successions internationales, fascicule 150 : Successions internationales – Règlement européen du 4 juillet 2012 – succession et certificat successoral européen.*

<sup>1511</sup> REVILLARD M., *JURISCLASSEUR V° Successions internationales, fascicule 150 : Successions internationales – Règlement européen du 4 juillet 2012 – succession et certificat successoral européen.*



*pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence* » Il existe quatre cas dans lesquels la loi française sera applicable à l'expatrié comme résidence habituelle<sup>1512</sup>. Le premier concerne la rédaction par le *de cuius* d'un testament en France avant son changement de résidence. Le second concerne le *de cuius* qui aurait « *conservé un lien étroit et stable avec son État d'origine*<sup>1513</sup> ». C'est notamment le cas si la famille du disposant, voire, sa vie sociale, restent centralisées en France. Le troisième cas concerne un *de cuius* qui s'expatrie rapidement avant son décès et qui a conservé avec son pays d'origine, des liens étroits<sup>1514</sup>. Le dernier cas concerne un *de cuius* qui a alterné les séjours dans plusieurs Etats sans jamais s'établir de manière stable et définitive dans l'un d'eux. Les considérants 23 et 24 du Règlement évoquent le centre de vie du *de cuius*, avec une certaine forme de faisceau d'indices. Les conditions de vie tant de lui-même que de sa famille seront prises en compte tout comme la durée et la stabilité de la résidence. Le lieu de décès peut également être utilisé pour cette détermination. Tout est une question de circonstances et celles qui entourent le décès du chanteur français sont ambiguës. La possession de biens et le versement d'impôts sont également des indicateurs. Le fait d'entretenir des liens étroits avec un autre Etat, souvent celui d'origine et de constater que la domiciliation est récente encourage l'application de la loi de l'Etat d'origine et non de celui de la résidence. Cette exception fixée au considérant 25 du Règlement doit être utilisée au cas par cas.

**750. Les jurisprudences de septembre 2017.** Dans les arrêts du 27 septembre 2017, la Cour évoque la situation des deux compositeurs français installés depuis de longues années à l'étranger. Elle parle d'installation « *ancienne et durable*<sup>1515</sup> ». Dès lors, tous les éléments convergent vers la loi étrangère. Il n'y avait aucun doute concernant ces deux affaires car les liens avec La France étaient depuis longtemps limités et distendus. La vie que chacun avait construit Outre-Atlantique correspondait à une installation qui ne laissait entrevoir aucun doute ni aucune fraude. Dès lors, la stabilité particulièrement flagrante de la

---

<sup>1512</sup> CRONE R. et PERREAU-SAUSSINE L., *Expatriation : quelle organisation patrimoniale ?* JCP N 2017, n° 48, 1321.

<sup>1513</sup> Considérant 24 du Règlement du 4 juillet 2012.

<sup>1514</sup> CRONE R. et PERREAU-SAUSSINE L., *Expatriation : quelle organisation patrimoniale ?* JCP N 2017, n° 48, 1321.

<sup>1515</sup> LEGRAND V., *La réserve héréditaire exclue de l'ordre public international*, PA 14 décembre 2017, n° 249, p. 15.

situation de chacun des compositeurs ne laissait pas de place à la recherche de l'interprétation de la notion de résidence habituelle. La Cour s'est contentée de constater la durabilité et la stabilité des installations pour éluder le problème de qualification profonde.

**751. Application de la loi étrangère.** Si la loi californienne venait à s'appliquer, les enfants lésés devraient alors réfléchir à une autre stratégie contentieuse. En l'absence d'accord entre la veuve et les quatre enfants, dont deux sont encore mineures, l'application de la loi californienne pourrait bien conduire à une exhérédation du type de celle subie par les enfants de Maurice JARRE. Aussi, si bataille il devait y avoir, il serait peut-être intéressant de se placer du côté de la loi californienne pour espérer contrer les effets du testament. La question de l'*undue influence* pourrait être examinée. Toutefois, l'*undue influence* est utilisée en l'absence de transmission testamentaire familiale. Le débat est ouvert. Toutefois, il semblerait que la validité du testament soit l'apanage de la loi nationale du testateur, ici la loi française<sup>1516</sup>.

**752. Solution ?** Quelle que soit la solution finale de cette affaire, espérons qu'elle permette à minima d'éclaircir la notion de résidence habituelle en matière de droit international privé. Une règle générale pourrait aisément se dégager de cette affaire, pour que tous les prochains Johnny et tous les anonymes soient en mesure d'anticiper au mieux le règlement de leur succession.

## **Conclusion de chapitre**

**753. Le risque du choix du droit anglo-saxon.** On imagine bien que le *de cuius* souhaitant utiliser le droit d'un autre Etat pour échapper à la loi successorale doit prendre garde. Le choix a tendance à se porter d'emblée sur le droit anglo-saxon, en apparence dépourvu de réserve et de protection des héritiers. Or, en approfondissant quelque peu la législation américaine, on se rend bien compte que le droit anglo-saxon est plein de nuances

---

<sup>1516</sup> BOICHE A., *Succession de Johnny Hallyday : le droit international privé saisi par l'actualité people*, AJ fam. 2018, p. 138.



et qu'il ne s'exprime pas de la même façon dans tous les Etats. De plus, les garde-fous instaurés par la jurisprudence ne permettent pas au *de cuius* d'établir avec certitude une stratégie de contournement. La fiabilité des dispositions testamentaires qu'il va préparer dépendra de la réaction de la justice en cas de litige. Si les héritiers se placent sur le terrain de la loi américaine, l'avenir du testament pourra être remis en question.

**754. Evolution législative ?** Si le législateur avait eu l'intention de transformer la réserve en un droit hypothétique, cela aurait transpiré à travers sa réforme de 2006. Or le législateur n'a fait que créer des cas d'arrangements avec la réserve et des cas de transformations des biens en valeur correspondante. Il ne s'agit en aucun cas de faire une distinction entre les héritiers que ce soit au mérite ou en fonction de leur besoin. A aucun moment il n'a été question de limiter la réserve aux seuls héritiers handicapés ne pouvant subvenir à leurs besoins ou aux majeurs protégés, ou encore aux seuls mineurs. Aucune des mesures du législateur de 2006 n'a porté sur un début de distinction entre les enfants. La loi interne ne distingue pas entre les enfants dans le besoin et les autres. Pourquoi l'ordre public international devrait alors être basé sur ce point ? On entend par ordre public international une notion d'ordre général qui est fondamentale pour l'Etat qui l'édicte. Subordonner une règle aussi générale à un simple critère de besoin est trop restreint. Or il n'y a pas toujours de parfaite concordance entre la pensée du législateur, notamment d'un législateur de 2006, et d'une jurisprudence de cassation de 2018. C'est la raison pour laquelle on peut considérer que la jurisprudence pourrait être en avance par rapport à la loi.

**755. Evolution de la notion de réserve.** La réponse formulée par la Cour de cassation à travers les arrêts JARRE et COLOMBIER génère plus de questions qu'elle n'en résout. En effet, la notion de réserve, en ce qu'elle a correspondu de tout temps repose sur des principes clairement définis. Or ces arrêts sèment le doute tant sur l'avenir de la réserve que sur ce que l'on doit entendre aujourd'hui par notion de réserve. Son utilité est clairement remise en cause face à la modernisation des patrimoines et des relations familiales. Avec ces jurisprudences, la Cour ouvre un panel de questions sur cette notion fondatrice de notre droit successoral. Les réponses ne seront apportées qu'avec le temps et avec les changements de législateurs.





## **CONCLUSION DE TITRE**

**756. L'efficacité des solutions offertes par le droit international privé.** Les solutions offertes par le droit international privé sembleraient presque illimitées et incroyablement efficaces. Elles permettent assez facilement, en théorie, de contourner la réserve héréditaire. Les opportunités proposées par le droit anglo-saxon semblent alléchantes. Néanmoins, l'instabilité des solutions judiciaires ne permet pas au *de cuius* d'avoir la certitude que ses dernières volontés seront respectées. Pour autant, la solution semble fonctionner au regard de la jurisprudence française. Il sera néanmoins fondamental de respecter un certain nombre de conditions telles que la nationalité, la stabilité de la résidence ou la réalisation d'une *professio juris* pour conforter la pérennité du projet de contournement.

**757. Une question de patrimoine ?** Il est permis de s'interroger sur les possibilités pratiques du contournement de la réserve par l'utilisation de près ou de loin du droit international privé. L'utilisation des règles internationales combinées aux outils de droit anglo-saxon permet d'évincer assez facilement le problème de la réserve. Or, l'utilisation des lois successorales étrangères par le changement de résidence, ou *professio juris*, supposent que le *de cuius* est prêt à déménager toute sa vie dans un autre Etat. Mais il n'est pas permis à tous de déménager de la sorte. Certains auteurs soulignent le pouvoir économique nécessaire de celui qui voudra fuir son pays d'origine<sup>1517</sup>. Il est vrai que ce changement de vie radical pour la famille ne pourra se faire sans une certaine aisance sociale et économique. Aussi, il est à craindre de voir s'amorcer une discrimination successorale supplémentaire, fondée sur la capacité financière du *de cuius*, capacité qui le rendrait plus à même de se soumettre aux lois internationales et donc de contourner la réserve<sup>1518</sup>. Dès lors, le droit à la réserve pourrait devenir tributaire d'une certaine capacité de l'auteur à s'expatrier à l'international. Le changement n'est pas évident et la fraude reste un garde-fou fatal aux

---

<sup>1517</sup> HOUSIER J., *Le privilège des derniers nés*, AJ fam. 2018, p. 135.

<sup>1518</sup> HOUSIER J., *Le privilège des derniers nés*, AJ fam. 2018, p. 135.

tentatives mal construites ou réalisées à la va-vite. C'est la raison pour laquelle, l'attrait de l'expatriation pourra essentiellement cibler les *de cuius* aisés et mobiles.

**758. L'héritier désargenté.** Le *de cuius* qui a pris soin d'organiser sa situation de précarité économique se verra protégé par la Cour de cassation aux termes des jurisprudences COLOMBIER et JARRE. Si l'intention du *de cuius* était d'attribuer son patrimoine à ses descendants méritants, sans tenir compte d'éventuelles différences de lits, ses plans pourraient être contrecarrés. En effet, la Cour de cassation constatera l'état de besoin de l'héritier exhérédié et prendra soin de lui attribuer une part de la succession. Dès lors, ce système n'est pas infaillible. Il présuppose que parmi les descendants concernés, aucun enfant prodigue ou dépensier ne soit comptabilisé. Or, rares sont les cas de succession dans lesquels, lorsqu'il n'y a pas de problème de remariage, le *de cuius* ne vise pas en particulier l'un de ses enfants perçu comme vénal, prodigue, malhonnête ou au comportement douteux. Dès lors, l'héritier aurait une solution toute trouvée contre l'exhérédation : la paupérisation. Toutefois, les jurisprudences de 2017 et leurs notions de besoin de précarité économique vont certainement engendrer d'autres jurisprudences précisant le seuil de besoin et les conditions. Peut-être qu'il ressortira de ces arrêts futurs une sanction de l'insolvabilité volontaire. Mais en l'absence de précision, le *de cuius* doit prendre conscience que l'ouverture à l'international réalisée par les arrêts de 2017 s'accompagne de nombreuses incertitudes pratiques qui empêchent d'obtenir un visuel clair sur les conséquences du contournement.

**759. Le privilège des derniers nés.** Avec les récents arrêts de la Cour de cassation sur le droit international privé, ainsi que les affaires médiatiques qui risquent d'être conduites devant elle, on peut s'interroger sur la survie de la réserve héréditaire et sur la protection des enfants de précédentes unions. En effet, on admet assez facilement que dans ces affaires, au-delà du soutien indéfectible que porte le *de cuius* à son conjoint, ou à son dernier conjoint, ce sont les enfants issus de cet amour qui semblent privilégiés par rapport à leurs aînés. Outre la transmission matérielle des biens, la succession a une signification morale de reconnaissance et de perpétuation de l'individu. Par l'exhérédation, les aînés sont privés des deux. Parfois ils n'ont pour seule faute que d'être nés de la mauvaise mère ou du mauvais



père, parfois ils ne s'entendaient pas avec le conjoint, parfois leur comportement laisse à désirer, et parfois les situations sont encore plus complexes. Mais quels que soient les motifs de la recherche du contournement, la sanction reste la même ; « *Aussi comprend-on mieux la douleur des enfants déshérités qui, au-delà d'une déception matérielle, subissent de plein fouet une blessure morale, rendue d'autant plus difficile à panser qu'elle n'affecte qu'une partie de la fratrie : les enfants de premiers lits*<sup>1519</sup> ». Ces enfants hériteront le plus souvent des biens de leur père à travers leur mère, comme c'est le cas dans la jurisprudence COLOMBIER ou dans ce qui se profile pour l'affaire HALLYDAY. L'égalité entre les enfants est ainsi rompue. Ainsi voici poindre le privilège des derniers nés<sup>1520</sup>, un privilège moderne et somme toute difficile à justifier.

---

<sup>1519</sup> HOUSIER J., *Le privilège des derniers nés*, AJ fam. 2018, p. 135.

<sup>1520</sup> HOUSIER J., *Le privilège des derniers nés*, AJ fam. 2018, p. 135.

## **CONCLUSION DE PARTIE**

**760. L'efficacité des instruments visant la succession.** Les nouveautés permises par le droit international privé français ainsi que les nouveautés issues de la loi de 2006 écornent la réserve un peu plus chaque jour. Son affaiblissement ne fait plus de doute et les opportunités de contournement sont légion. Le *de cuius* a l'embarras du choix. Il peut opter pour un contournement limité, pour un changement de vie accompagné d'un changement de domicile, ou parier sur sa survie, voire pour se déposséder allégrement au profit d'un enfant ou d'un tiers jugé plus méritant. Ainsi, le *de cuius* agira en fonction de ses moyens, de sa mobilité ainsi que de ses objectifs. Il ne prendra pas la même option si son but est de contourner en partie la réserve pour être libre d'égaliser par équité les droits de ses enfants, ou s'il est déterminé à tout mettre en œuvre pour priver tout ou partie de sa progéniture du moindre centime de son patrimoine. Le sens de son projet déterminera l'instrument qu'il doit utiliser.

**761. L'agonie de la réserve ?** Selon certains auteurs, le coup dur porté à la réserve notamment à travers le droit international privé aboutit à la question de la persistance de cette institution de nos jours<sup>1521</sup>. Monsieur GUIGUET-SCHIELE pose une question devenue virale : « *Pourquoi tient-on encore à la réserve tout en nous accommodant de son déclin ? La véritable question est peut-être celle de la philosophie des richesses : si l'on s'accorde à privilégier l'enrichissement par le travail par rapport à celui résultant de la transmission du capital, il n'est plus choquant de ne pas avoir de droits acquis sur le patrimoine d'un autre* <sup>1522</sup> ». Les richesses ayant changé de nature, il est normal que leur mode de transmission change avec elles. Avec la loi du 23 juin 2006, la réserve était déjà en mauvaise posture. Le Professeur GODECHOT-PATRIS envisage la réserve autrement car « *Au lieu d'un*

---

<sup>1521</sup> GUIGUET-SCHIELE Q., *Le déclin de la réserve héréditaire*, Gaz. Pal. 28 novembre 2017, n° 41, p. 49 : « *Si l'objectif poursuivi est de ne pas laisser les héritiers démunis, il est possible d'envisager d'autres mécanismes, tels qu'une créance d'aliment contre la succession dont on est exhéredé. S'il s'agit plutôt d'assurer la transmission de biens de valeur sentimentale, un simple droit d'usage et d'habitation, voire de préemption, sur le logement de famille et son mobilier serait amplement préférable à la réduction en valeur d'une libéralité dont ceux-ci seraient l'objet* ».

<sup>1522</sup> GUIGUET-SCHIELE Q., *Le déclin de la réserve héréditaire*, Gaz. Pal. 28 novembre 2017, n° 41, p. 49.



*affaiblissement, il est possible de voir dans cette réforme une « adaptation » ou même une « mutation » de la réserve, s'exprimant sous une forme plus contemporaine<sup>1523</sup> ». La réserve n'est pas morte avec ces ouvertures au contournement.*

**762. Le choix de l'opportunité.** Le *de cuius* est désormais en mesure de choisir ce qu'il entend par contournement et de mettre en œuvre ses choix familiaux à réaliser avant son décès. Cet affaiblissement de la réserve représente une opportunité pour l'auteur de discipliner sa descendance et de la sanctionner. Les outils présentés dans cette partie vont du plus simple d'application au plus osé en passant par le plus aléatoire. Le *de cuius* décidera lui-même de ce qu'il est prêt à perdre pour redynamiser son autorité. En effet, dans la majorité des cas, utiliser un instrument de contournement c'est s'exposer à une perte. Cela peut être une perte de chance, de nationalité, de domicile, de niveau de vie, de patrimoine.... Plus la perte sera grande ou son risque élevé, plus le résultat sera garanti. Le disposant ne pourra s'arroger la possibilité de priver ses enfants de droits qu'en en perdant lui-même. Voici une conséquence inattendue de la recherche du contournement par le biais de l'attaque de la succession et de ses règles.

---

<sup>1523</sup> GODECHOT-PATRIS S., *Nouveau coup dur pour la réserve héréditaire !* RJPF, n° 12, 1<sup>er</sup> décembre 2017.





## CONCLUSION GENERALE

---

*« Le droit des successions est celui de l'horreur absolue, la mort, dont le tragique domine la condition humaine. Tout ce qui est terrestre est destiné à mourir, dans une destruction totale. Tout périt, les êtres et les choses ; mêmes les personnes morales vieillissent et disparaissent. Rien de ce qui est humain ne peut être éternel, tout est éphémère »<sup>1524</sup>.*

**763. La recherche de l'éternité.** La recherche de la transmission idéale s'apparente finalement à la recherche de l'éternité. Le *de cujus* tente de se survivre à lui-même à travers ce qu'il laisse derrière lui. Il choisit de maintenir en vie son nom, son entreprise, son sang, sa morale, son idéologie... Ce besoin de survie se traduit parfois par une recherche du meilleur candidat à la transmission successorale. Et à travers cette intense recherche menée par tout à chacun, « *L'édifice vulnérable de la réserve héréditaire est en train de vaciller*<sup>1525</sup> ».

**764. Les justifications anciennes de la réserve.** Il a longtemps été débattu du rôle et du caractère de la réserve. Certains auteurs comme BATBIE ont considéré que la réserve héréditaire n'était qu'une dette alimentaire qui se prolongeait au-delà de la mort de son débiteur<sup>1526</sup>. D'autres comme LAIR ont considéré qu'il s'agissait d'un fidéicommiss tacite, que l'héritier tenait son patrimoine et tout son être de ses ascendants et de l'accumulation de

---

<sup>1524</sup> MALAURIE P. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Defrénois, 2016, p. 1.

<sup>1525</sup> BEAUBRUN M., *L'ordre public successoral*, Thèse, Université PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 1979, p. 18.

<sup>1526</sup> PANTELITCH D., *Etude philosophique et juridique de la réserve héréditaire*, Thèse, Université de LYON, 1933, p. 31.

richesses et de culture des ancêtres. En conséquence, le patrimoine appartenait moins à l'individu qu'à la famille au sens large, et qu'à ce titre, il doit le conserver pour les générations futures comme ses ancêtres avant lui. Une troisième théorie de la réserve se rapproche de la deuxième en prenant le parti d'imaginer une réserve comme une copropriété familiale, c'est-à-dire que les biens transmis appartiennent avant tout à la famille. C'est notamment le cas de LAVELAYE. D'autres encore, évoquent la solidarité familiale comme base à la réserve héréditaire<sup>1527</sup>. Néanmoins l'héritage ne sert pas à payer une dette alimentaire à l'héritier. La part d'héritage revenant à chacun ne dépend pas de ses besoins.

**765. Modernisation familiale.** Rechercher des outils efficaces pour permettre un contournement de la réserve héréditaire est devenu une quête intellectuelle moderne. Cette quête se nourrit des évolutions sociales récentes car « *La sociologie juridique, évolutionniste par principe, pose en thèse que la famille, comme toutes les institutions du droit, s'est transformée au cours des siècles dans ses fonctions comme dans ses structures et continue de se transformer*<sup>1528</sup> ». Le visage des nouvelles familles a évolué et avec lui, les besoins de chacun de ses membres. Le Professeur LEQUETTE rappelle que comme « *Miroir de la société, le droit se doit de refléter celle-ci aussi exactement que possible : à une pluralité familiale doit répondre, pour la plus grande satisfaction de tous, un droit de la famille pluraliste. Et lorsqu'un décalage s'introduit entre certaines pratiques sociales et l'image que le droit en renvoie, beaucoup appellent, non sans impatience, à une rectification de celui-ci* »<sup>1529</sup>. Si les recompositions familiales ont accentué le phénomène de recherche du contournement, elles n'en sont pas pour autant la cause première, car

« *Si le législateur a pris le parti d'une érosion de la réserve au risque d'un effacement de l'ordre familial, s'il a choisi de libéraliser les instruments de transmission, renforçant ainsi le de jure dans ses prérogatives de propriétaire, c'est parce qu'il lui a semblé que les règles nouvelles, qui font une très large place au*

---

<sup>1527</sup> PANTELITCH D., *Etude philosophique et juridique de la réserve héréditaire*, Thèse, Université de LYON, 1933, p. 49.

<sup>1528</sup> KONDYLI J., *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparés*, Université PANTHEON-ASSAS, 1992, p. 20.

<sup>1529</sup> LEQUETTE Y., *Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille, Mélanges en l'honneur du Pr. CHAMPENOIS G*, Paris : Defrénois, 2012, p. 523.



*contrat, étaient de nature à favoriser des règlements familiaux équilibrés et pacifiques*<sup>1530</sup> ».

**766. La peur.** En France, la réserve est souvent utilisée idéologiquement comme bouclier contre l'oppression paternelle. On garde en tête la pression du *paterfamilias* romain, à la fois autoritaire et tyrannique<sup>1531</sup>. En France, cette culture de la peur d'être contrôlé par ses parents crée une justification pour le maintien de la réserve. La liberté de choix de vie de l'enfant justifierait de brimer la libre disposition du patrimoine des parents. Or, lorsqu'on regarde de l'autre côté de l'Atlantique, la peur est inversée. La culture y est différente. On s'imagine que sans la pression de l'héritage, les enfants n'auront plus d'égards pour leurs parents, qu'ils deviendront ingrats et sabotent l'entreprise familiale<sup>1532</sup>. C'est la raison pour laquelle la liberté testamentaire est justifiée. La culture de méritocratie qui y règne pèse également sur le droit successoral. Toutefois, chaque Etat dispose de son lot de parents tyranniques et d'enfants ingrats. Pour autant, le système successoral pratiqué aux Etats-Unis n'a pas favorisé ou diminué l'apparition de la catégorie des parents tyranniques par rapport à ce qui se retrouve en France. C'est une idée récurrente en droit français : la peur de l'exhérédation en l'absence de protection civile. Or, dans les pays de droit anglo-saxon, il n'est pas observé d'exhérédation de masse. Dès lors, il peut être intéressant de s'interroger sur le réel danger de l'absence de réserve.

**767. Autorité ascendante.** On peut imaginer que les guerres d'héritages naissent avec l'appât du gain. Néanmoins, ces guerres tirent leur source dans les anomalies fonctionnelles au sein de la famille. Chaque enfant est différent et il revient à chaque parent de prendre toute la mesure de l'identité toute particulière de chacun. Mais en voulant s'adapter à chacun de leurs enfants, les parents sont parfois les instigateurs involontaires ou non du favoritisme. Les enfants souffrent d'une jalousie qui les rongera jusqu'à ce que leur auteur ferme les yeux. Et pire encore, des parents souhaitant à l'inverse maintenir une fausse

---

<sup>1530</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. Pam. mars 2007, n° 157.

<sup>1531</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain, Une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. 2013, n° 2, étude 1.

<sup>1532</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain, Une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. 2013, n° 2, étude 1.

égalité de traitement entre leurs enfants, qu'elle soit matérielle ou affective oublieront parfois l'originalité de chacun. En voulant faire respecter l'égalité de traitement à tout prix, ils en oublient un principe encore plus fondamental : l'équité. On se dit que,

*« Sans doute le système fonctionnera-t-il de façon satisfaisante dans les familles où règne la concorde et où tous se préoccupent des intérêts de chacun. Mais là où cela ne sera pas le cas, ce système comporte des ferments d'inégalité, de même qu'il ouvre la porte à un retour de l'autoritarisme du pater familias, car il ne faudrait pas oublier que, dans tous ces contrats, le de cuius est le seul maître du jeu : parce qu'il ne recherche pas de contrepartie, mais à distribuer ses biens, il n'y a guère de marge pour une négociation équilibrée<sup>1533</sup> ».*

Empêcher les individus d'avoir recours au contournement de la réserve d'un ou plusieurs de leurs enfants passe par l'apprentissage de chaque parent sur les différences de principe entre l'équité et l'égalité.

**768. La solution du dialogue.** Chercher à contourner la réserve ne doit pas s'accompagner d'un jugement de valeur. Est-il bien pour un parent d'avoir en totalité ou en partie déshérité son enfant ? Là n'est pas la question. Chacun est libre de son opinion et répondra à cette question en son âme et conscience. Mais les demandes de contournement peuvent être tuées dans l'œuf. Il suffit d'améliorer les relations familiales par le dialogue. Sans changement des mentalités, nous aurons toujours autant de clients poussant la porte des offices pour le même problème. Au lieu de rechercher si vouloir contourner est une bonne ou une mauvaise chose, il serait plus judicieux de trouver une solution aux conflits qui conduisent les clients à l'utiliser.

**769. Une question de mérite ?** La réserve héréditaire n'est pas une question de mérite, elle *« n'est pas conçue par le Code civil comme la récompense du comportement des héritiers envers le défunt, mais comme une attestation qui assure une égalité minimum entre les enfants qui sont appelés à recevoir une quotité identique de biens successoraux. De plus cette institution contribue à la cohésion du groupe familial grâce au maintien des biens dans*

---

<sup>1533</sup> WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. Pam. mars 2007, n° 157.



*la famille*<sup>1534</sup> ». La réserve était voulue comme une institution maintenant une certaine forme d'égalité entre les descendants. Elle devait permettre de consolider les relations familiales et d'empêcher le déchirement au sein des familles pour des raisons financières. Or la notion de mérite, couplée avec la nouvelle origine des biens, moins familiale et plus issue du travail, donnent souvent le sentiment au *de cuius* que sa progéniture doit mériter sa succession. Ce ressenti pousse le *de cuius* à rechercher une stratégie de contournement lorsque les relations familiales se dégradent et que sa descendance ne trouve plus grâce à ses yeux.

**770. Le risque de dépendance.** Vouloir anticiper sa succession et créer un contournement de la réserve rime souvent avec un dépouillement au moins partiel du vivant du *de cuius*. Les phénomènes d'anticipation de la succession « *butent souvent sur un obstacle, unique mais considérable : l'extrême réticence que peut éprouver chacun d'entre nous, jeune ou moins jeune, à se dessaisir de ses biens par anticipation ; la peur de l'avenir, la volonté de préserver ses cadre et niveau de vie, la défiance à l'égard d'enfants trop jeunes, encore célibataires ou jugés mal mariés.*<sup>1535</sup> ». Accepter de se dépouiller est difficile. Mais ce dépouillement intervient sans compter sur le risque de vulnérabilité et de dépendance du *de cuius* en cas de maladie ou d'allongement de la vie dans des conditions difficiles. Cette difficulté peut parfois l'empêcher d'anticiper sa succession correctement. Elle peut aussi lui faire prendre peur et brimer ses envies de contourner la réserve, car comme le disait LOYSEL, « *Qui trop le sien donne avant mourir, bientôt s'apprête à moult souffrir*<sup>1536</sup> ».

**771. La transformation du droit patrimonial.** Le patrimoine de la famille française standard est aujourd'hui composé d'acquêts. Les parents achètent une unique maison, placent leur argent en banque et en assurance-vie. Ils liquident les biens immobiliers reçus de leurs auteurs à leurs décès pour récupérer les liquidités et ne pas subir le paiement de charges d'entretien de biens dont ils n'auraient pas l'utilité et qui viendraient à se dégrader au fil du temps. Au fond, les acquêts de communauté remplacent des biens de famille. La famille devenant nucléaire, c'est le travail du couple qui permet d'avoir un patrimoine

---

<sup>1534</sup> QE n° 738 de MASSON J-L., paru au JO Sénat du 18 juillet 2002 avec réponse parue le 24 octobre 2002.

<sup>1535</sup> RAYNAUD B., *La société civile, véhicule de transmission anticipée de patrimoine*, JCP N 2013, n° 9-10, 1044.

<sup>1536</sup> LOYSEL.

aujourd'hui. Avec cette transformation vient l'envie de contrôler la transmission descendante.

**772. Le contournement est plus vicieux que l'atteinte.** Désormais avec les évolutions légales et jurisprudentielles, « *La réserve héréditaire est ainsi supprimée au profit de certains héritiers, affaiblie pour d'autres et enfin contournée pour tous*<sup>1537</sup> ». Il faut rappeler que pour établir de façon certaine l'atteinte à la réserve héréditaire, il faut calculer la part de réserve globale et individuelle des descendants. Ces parts de réserve sont calculées uniquement au moment du décès, une fois que la masse successorale est connue. Or la plupart des techniques évoquées provoquent un amoindrissement mathématique ou de pouvoir de la réserve sans pour autant établir que celle-ci a été atteinte. S'agissant d'actions antérieures au décès pour la plupart, le calcul est seulement final et postérieur au décès et aux manœuvres. La différence arithmétique entre ce qu'il y aurait pu avoir dans la succession sans ces manœuvres et ce qu'il y a au final est un potentiel et non une démonstration. Il s'agit souvent d'établir une différence arithmétique anormale entre le potentiel et le final, entre ce qu'aurait dû obtenir l'héritier au décès de son auteur, et ce que ce dernier lui laisse une fois les tentatives d'exhérédation accomplies. Mais sans réserve théorique, le contournement est valable alors que l'atteinte ne l'est pas. Déshériter ses enfants ou ses petits-enfants en cas de prédécès, ce n'est pas seulement attribuer à son décès une part de son patrimoine à d'autres, mais c'est également amoindrir son patrimoine afin de diminuer les quotes-parts reçues. En diminuant la taille du gâteau, on diminue les parts distribuées ; et si parmi ces parts, certaines sont en plus attribuées à des tiers ou à certains titulaires d'autres parts, on diminue encore un peu plus les parts de ceux que l'on veut affamer.

**773. La réponse à l'efficacité.** La thèse démontre l'existence d'un grand nombre de techniques d'éviction et de contournement de la réserve. Elles sont de toutes sortes. Certaines incluent une dépossession, d'autres une privation de pouvoirs, d'autres encore une expatriation, d'autres une abdication au profit d'un tiers ou de la génération subséquente... Chacun appréciera en fonction de la situation l'opportunité d'utiliser une ou plusieurs techniques. Leur efficacité diffère selon l'usage auquel on les destine. Toutefois, à quelques

---

<sup>1537</sup> LEPROVAUX J., *Que reste-t-il de la réserve héréditaire ?* PA 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 53.



rare exceptions près, elles permettent toutes un contournement de la réserve d'une relative efficacité. Contourner la réserve héréditaire est à la fois une question de circonstances, d'organisation et parfois d'opportunité. Même s'il peut sembler aisé de la contourner en partie en avantageant un enfant, il n'est pas évident d'ignorer totalement la réserve. Il faut combiner autant que possible les instruments, et anticiper plusieurs années à l'avance le règlement de la succession afin d'être soumis aux lois arrangeantes, notamment en matière de droit international privé. Au fur et à mesure des développements, nous pouvons observer que pour arriver à une exhérédation complète, il faut le plus souvent additionner un certain nombre de techniques (don manuel, changement de régime matrimonial, donation entre époux, adoption, assurance-vie...) afin que l'efficacité de la manœuvre soit complète. Certains moyens permettent malgré tout une exhérédation totale d'emblée mais sont soit difficiles à mettre en œuvre, soit soumis à un aléa important. Il apparaît que les réformes législatives françaises et européennes ont fait la part belle à l'exhérédation pour qui s'y intéresse. Même si certains instruments sont encore complexes dans leur mise en œuvre ou dans leur création, nous sommes face à une augmentation significative de la liberté de disposer et des moyens d'exhérer ses descendants depuis ces 15 dernières années. Il ne semble pas que cette évolution va stagner.

**774. Que choisir ?** A la lecture de ces développements, certains s'interrogeront peut-être sur l'outil le plus adéquat, le plus efficace, l'outil ultime de contournement. Mais chacun aura compris, il existe autant d'instruments et de combinaisons d'instruments que de situations familiales. Chaque *de cuius* prendra soin d'utiliser le ou les instruments qui correspondent à sa situation, à son besoin, à sa famille. Il n'optera pas pour les mêmes outils s'il souhaite simplement permettre à son conjoint de vivre ses dernières années sereinement en privant ses enfants d'un pouvoir de nuisance, ou s'il souhaite les déposséder de l'intégralité de leur part arithmétique de réserve. Un *de cuius* se sachant condamné n'emploiera pas les techniques soumises à l'aléa au risque de perdre le bénéfice du montage. Enfin, un *de cuius* heureux en son pays ne cherchera pas l'expatriation pour une question de patrimoine... Chaque instrument a été étudié dans son fonctionnement et sur son efficacité de manière à ce qu'il puisse être pris individuellement ou combiné avec d'autres afin de correspondre à chaque situation individuelle.

**775. Modifier le quantum.** Avec l'application du règlement européen de 2012, la proposition du 110<sup>ème</sup> Congrès des notaires<sup>1538</sup> vise à rendre la loi française attractive. En effet, il a été proposé lors de ce Congrès de modifier le quantum de la réserve pour le rendre fixe comme c'est notamment le cas pour nos voisins belges<sup>1539</sup>. Leur quotité disponible correspond à la moitié de la succession, quel que soit le nombre d'enfants. En effet, ce Règlement de 2012 permet à un français de décider d'opter pour une loi étrangère qu'il jugera moins contraignante vis-à-vis de la part qu'il entend transmettre à sa descendance. Réduire la réserve à la moitié de la succession du *de cuius*, et ce, quel que soit le nombre d'enfants, est une incitation à conserver la loi française. La proposition des Notaires de France, vise à rendre la loi française plus attractive aux yeux des français vivant à l'étranger<sup>1540</sup>. Dans le cas contraire, les ressortissants de notre pays seraient tentés de fuir à l'international, avec la presque garantie que l'ordre public ne les en empêchera pas. Monsieur LEPROVAUX rappelle à juste titre que désormais « *Supprimée, affaiblie, contournée, la réserve héréditaire a subi et subit encore une attaque en règle de la part des législateurs successifs. Sur l'autel de la liberté, l'ordre public successoral est de manière récurrente la victime préférée du sacrifice* »<sup>1541</sup>.

**776. Le risque de fraude.** Le *de cuius* qui souhaite utiliser l'un de ces instruments ou une combinaison de ceux-ci ne doit pas perdre de vue que la fraude est toujours un point d'arrêt admis en jurisprudence. En effet, « *Le principe *fraus omnia corrumpit* qui permet d'annuler ou de déclarer inopposable un acte portant frauduleusement atteinte aux droits d'autrui est assurément une arme polyvalente pour lutter contre toute sorte de déloyauté, mais elle ne doit pas être employée, en l'absence de présomptions graves de fraude, pour tenter d'éluider l'application des règles ordinaires et pour remettre indûment en question la validité ou les effets d'actes qui normalement sont parfaitement licites* »<sup>1542</sup>. La fraude reste

---

<sup>1538</sup> 110<sup>ème</sup> Congrès des Notaires – MARSEILLE, 2014, *La vie professionnelle et famille, place au contrat*.

<sup>1539</sup> GASTE J., *Et si la nation de Tintin influençait l'anticipation successorale française !* JCP N 2017, n° 39, 821.

<sup>1540</sup> GODECHOT-PATRIS S., *La progression de l'autonomie de la volonté en droit de la famille : regard sur quelques souhaits du notariat*, Rev. cont. 1<sup>er</sup> décembre 2014, n° 4, p. 724.

<sup>1541</sup> LEPROVAUX J., *Que reste-t-il de la réserve héréditaire ?* PA 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 53.

<sup>1542</sup> PATARIN J., *Annulation d'une société civile immobilière et d'un bail d'immeuble pour fraude aux droits de l'un des héritiers d'un associé*, RTD Civ. 1993, p. 390.



le garde-fou majeur de protection des héritiers réservataires. Une solution offerte aux descendants subissant le contournement de leur réserve. Prendre soin d'organiser à l'avance sa succession serait une solution pour éviter la sanction de la fraude.

**777. Une question de finances ?** Depuis les arrêts du 27 septembre 2017 concernant les affaires précitées COLOMBIER et JARRE, la question des finances de l'héritier surgit. La question de la justification de la réserve héréditaire résonne dans les couloirs du notariat depuis des dizaines d'années déjà. Lors du 72<sup>ème</sup> Congrès des notaires la question avait déjà été soulevée. Les commentateurs avaient pris le parti de dire que la réserve n'était pas une dette alimentaire mais « *un devoir posthume du père ou de la mère envers ses enfants* »<sup>1543</sup>. Certains pays européens se basent sur la notion de réserve-obligation alimentaire pour octroyer des droits réservés aux membres de la famille. Ils réclament notamment la preuve d'un état de besoin pour justifier l'indisponibilité d'une partie des biens du *de cuius*<sup>1544</sup>. Même si la réserve n'avait jusque-là pas officiellement de fonction alimentaire, elle représentait malgré tout un moyen d'acquérir du patrimoine, et conserver une certaine solidarité intergénérationnelle<sup>1545</sup>. Pour le Professeur LIBCHABER,

*« La réserve héréditaire demeure l'épine dorsale de la régulation, mais on peine à la justifier : les parts réservées sont fortes, et tablent sur une obligation familiale contestée par le droit de chacun à disposer de son patrimoine. Il convient donc de s'interroger sur les raisons d'être de la réserve, avec l'idée de ne la faire survivre qu'en cas de nécessité. À la façon de l'obligation alimentaire, la réserve pourrait s'orienter vers une obligation familiale élargie, uniquement pour les cas de besoin de tel ou tel proche. À défaut d'une « réserve de solidarité », le de cuius pourrait être libre de ses biens à son décès. Du moins, si on ne la considère pas comme dépassée, ce qui pourrait être l'aboutissement des évolutions en cours<sup>1546</sup> ».*

**778. La mort de la réserve.** Pour certains auteurs, « *il n'est pas inconcevable que la réserve héréditaire soit abolie*<sup>1547</sup> ». Le Professeur LIBCHABER ajoute que « *La*

<sup>1543</sup> 72<sup>ème</sup> Congrès des Notaires, - DEAUVILLE, 1975, *La dévolution successorale*.

<sup>1544</sup> PERNEY D., *La nature juridique de la réserve héréditaire*, Thèse, Université de NICE, 1976, p. 544.

<sup>1545</sup> LEPROVAUX J., *Que reste-t-il de la réserve héréditaire ?* PA 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 53.

<sup>1546</sup> LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ. 2016, p. 729.

<sup>1547</sup> CATALA P., *Prospectives et perspectives en droit successoral*, JCP N 2007, 1206, n° 17.

*justification de la réserve héréditaire n'a jamais été facile à donner, si bien que l'on pourrait se réjouir de n'avoir pas à expliquer son déclin. L'institution n'en est pas moins le dos au mur : alors qu'elle allait de soi dans la tradition, sa survie demande désormais à être justifiée<sup>1548</sup> ». La réserve semble toutefois encore aujourd'hui un mal nécessaire pour maintenir la solidarité familiale dans l'ordre logique des décès<sup>1549</sup>. Des propositions arrivent pour modifier la réserve. Qu'elles proviennent d'auteurs, de Congrès des notaires, ou de politiques, leur nombre et la différence qu'il existe entre chacune d'elles laissent à penser qu'une réforme est nécessaire. Elles donnent également l'impression d'une attaque en règle contre cette institution en cherchant le bon prétexte et la bonne justification pour ne pas faire trop réagir ses fervents défenseurs. Ces propositions peuvent paraître pour certaines valables et d'autres quelque peu grotesques. A force de constater l'augmentation du nombre d'instruments de contournement, en lisant toutes les propositions de modification de la réserve, en écoutant les doléances des clients dans les offices notariaux et en étudiant les évolutions tant sociales que législatives, l'impression est grande d'aboutir au final à sa disparition. Une disparition au départ progressive mais qui prend de l'ampleur.*

**779. Proposition d'évolution.** « *Ne conviendrait-il pas de prévoir une diminution de la quotité réservataire pour laisser une place plus grande à la liberté de disposer et notamment de récompenser les aidants de fin de vie ?* <sup>1550</sup> » est une solution qui a été incluse dans les propositions notariales pour les élections présidentielles 2012. La réserve a de tout temps eu une fonction à la fois politique et alimentaire<sup>1551</sup>. Entre maintien de la paix familiale et distribution d'actif, la réserve était multitude de bienfaits à sa création : conservation des biens, égalité entre les enfants, disposition alimentaire, paix des familles, fin du droit d'aînesse et du privilège de masculinité, pouvoir du père limité par le pouvoir de l'Etat... En 2008, une proposition de loi<sup>1552</sup> visant à punir l'abandon des parents par leurs enfants avait été soumise au vote, sans succès. Elle proposait un article 912-1 du Code civil : « *La réserve*

---

<sup>1548</sup> LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ. 2016, p. 729.

<sup>1549</sup> BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, *fascicule 10 : Libéralités – réserve héréditaire, quotité disponible, nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve*.

<sup>1550</sup> Propositions notariales pour les élections présidentielles 2012, juin 2011, Notaires de France, p. 16.

<sup>1551</sup> NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 24.

<sup>1552</sup> Proposition de loi n° 760 présentée par Didier JULIA, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2008



héréditaire pourra être supprimée au profit de l'enfant qui a abandonné ses parents ». Cette proposition n'était pas sans rappeler « les causes d'exhérédation de la Nouvelle. A ceci près que la notion d'abandon était d'une extrême ambiguïté et aurait suscité un immense contentieux<sup>1553</sup> ». Certains auteurs vont jusqu'à considérer que le modèle successoral français, en ce qu'il repose sur des bases sociales et sociologiques anciennes, est désormais dépassé, conservant une forme unique trop rigide<sup>1554</sup>. La loi du 23 juin 2006 a consacré tellement de formes de contournement de la réserve héréditaire que l'on peut aujourd'hui conclure raisonnablement qu'elle n'est plus d'ordre public<sup>1555</sup>. Néanmoins, même si la création d'un legs universel génère plus pour le réservataire qu'un droit de créance contre la succession, il apparaît qu'il n'est pas possible d'emblée de modifier le type de part successorale reçue. Dès lors, attribuer à l'un de ses enfants l'usufruit de certains biens au titre de sa réserve n'est pas permis. Celle-ci doit bien lui parvenir libre de charge<sup>1556</sup>. Au vu de l'étendue de la liste des instruments de contournement découverts, certains auteurs préconisent que la réserve ne soit plus fonction du nombre d'enfants<sup>1557</sup>. Il s'agirait d'une quote part simple et intangible de la succession de *de cuius*. Celle-ci serait de moitié de la succession quel que soit le nombre d'héritiers réservataires. On retrouverait ainsi un système similaire à celui vécu en Belgique. Mais pourquoi un tel calcul ? Cela reviendrait à bloquer une réserve identique à celle d'un enfant unique actuellement. La réserve est actuellement à minima de moitié et à maxima des trois quarts. La bloquer à moitié de la succession revient à débloquer seulement un quart des biens mais de manière systématique. Finalement, l'avancée proposée n'est pas à la hauteur des instruments de contournement qui l'accompagnent.

**780. Evolution législative.** L'auteure principale de la proposition de réduire la réserve à une moitié fixe, justifie sa mesure par la nature même de la réserve héréditaire<sup>1558</sup>. La réserve, lors de sa création il y a bien des siècles, avait deux fonctions simples : conserver les biens de famille dans la famille et transmettre un héritage pécuniaire à sa descendance.

---

<sup>1553</sup> BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 461.

<sup>1554</sup> LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ. 2016, p. 729.

<sup>1555</sup> BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, fascicule 10 : *Libéralités – réserve héréditaire, quotité disponible, nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve*.

<sup>1556</sup> CRIDON PARIS, n° 765154, 1<sup>er</sup> mai 2011.

<sup>1557</sup> FERRE-ANDRE S., *110<sup>ème</sup> Congrès des notaires – des réformes à venir ?* AJ fam. 2014, p. 394.

<sup>1558</sup> FERRE-ANDRE S., *110<sup>ème</sup> Congrès des notaires – des réformes à venir ?* AJ fam. 2014, p. 394.

Or, l'évolution tant sociologique que législative a mis grandement à mal la première fonction de la réserve. Rappelons que la réserve est désormais transmise en valeur. Avec l'obligation de transmettre des parts égales, les belles et grandes propriétés familiales ont été soit démembrées, soit vendues. L'essor des marchés financiers se traduit pas un ameublissement du patrimoine des familles. Ajoutons que le travail des femmes et la grande diminution du nombre de rentiers transforment aujourd'hui le patrimoine des familles. Nous ne sommes plus face à la conservation de biens de famille qui ont pour la plupart été réduits à peau de chagrin ou ont été vendus. Pour autant, le législateur ne semble pas encore prêt à suivre la voie proposée par les notaires et une partie de la doctrine. Dans une réponse à une question écrite au gouvernement parue au JO le 7 février 2012, le Ministre délégué à la Famille a indiqué que « *Ainsi la réserve héréditaire représente la moitié des biens de la personne décédée si elle a un enfant à son décès, les 2/3 des biens si elle a deux enfants, ou les 3/4 des biens si elle a laissé trois enfants ou plus à son décès. Ce dispositif assure un équilibre entre le respect des droits successoraux des héritiers réservataires et la libre disposition du patrimoine. Il n'est pas envisagé de le modifier*<sup>1559</sup> ». Cette réponse date de 2012, mais rien ne laisse actuellement présager que le nouveau législateur ait changé d'avis sur la question. Réforme il y aura mais aucune date n'est envisagée et personne ne connaît à l'avance son contenu. En mars 2013, même position de la part du Ministre de la justice en rappelant que « *les parlementaires français ont démontré leur attachement à celui-ci, notamment lors des négociations portant sur le règlement relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. En l'état, il n'est pas envisagé de modifier les règles résultant de l'article 913 du Code civil* ». <sup>1560</sup>. En 2016, une autre question écrite posée sur le même sujet avec la même réponse ; le législateur n'entend pas modifier la réserve prochainement<sup>1561</sup>. Peut-être que les arrêts de 2017 JARRE et COLOMBIER feront changer la donne.

---

<sup>1559</sup> QE n° 118960 de ESTROSI C., paru au JO Assemblée nationale du 4 octobre 2011 avec réponse parue le 7 février 2012.

<sup>1560</sup> QE n° 4509 de BOISSERIE D., paru au JO Assemblée nationale du 18 septembre 2012 avec réponse parue le 19 mars 2013.

<sup>1561</sup> QE n° 13060 de MAUREY H., paru au JO Sénat du 18 septembre 2014 avec réponse parue le 7 janvier 2016.



**781. La nouvelle utilité de la réserve.** Toutefois, ne faut-il pas s'interroger sur un avenir de la réserve non pas comme une institution dont les fondements sont détruits par l'évolution sociale et juridique, mais en ce qu'elle est nécessaire pour de nouvelles raisons. Au lieu de vouloir la laisser dans l'agonie car les motifs de sa création ont disparu avec les châteaux du moyen-âge, pourquoi ne pas rechercher de nouveaux fondements dans le droit et les besoins contemporains ? Il s'agit de permettre au défunt de recouvrer une partie de sa libre disposition sur le fruit de son travail et ainsi augmenter les mouvements de capitaux. Il s'agit tant d'une idée juridique, que d'une idée pratique et économique qui pourrait contenter tout un chacun. La réserve conserve une utilité dans la transmission de richesses aux générations subséquentes. Elle permet d'éviter au moins pour partie que la société ne prenne en charge toute personne que ses parents auraient délaissée car

*« Quand l'état ne peut pas tout, les solidarités familiales sont sollicitées pour garantir le niveau de vie des jeunes générations fragilisées par le contexte économique difficile. La réserve s'inscrit elle-même dans cette exigence puisqu'elle instaure une solidarité privée obligatoire au décès afin que les héritiers exhérédés ne deviennent des fardeaux pour les caisses publiques. Ainsi cette institution révèle une nouvelle fois son utilité, comme outil anti-déficit cette fois et prouve qu'elle mérite toujours d'être au cœur de l'attention des pouvoirs publics<sup>1562</sup>».*

**782. Eviter les tribunaux.** L'un des intérêts majeurs du maintien de la réserve, intérêt que l'on peut aisément comprendre quand on a examiné le fonctionnement du droit patrimonial anglo-saxon, est d'éviter l'engorgement des tribunaux<sup>1563</sup>. La réserve fait office de garde-fou empêchant les héritiers de s'entredéchirer à toute occasion. Sans la réserve, les notaires seraient bien incapables de solutionner autant de dossiers de succession qu'aujourd'hui. A chaque conflit judiciaire, le dossier est bloqué. Ces situations conflictuelles pourraient empêcher la bonne gestion des biens successoraux. En effet, la réserve française est si encrée dans notre droit et dans notre psychologie, à travers les

---

<sup>1562</sup> CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain – une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. février 2013, n° 2, étude 1.

<sup>1563</sup> GASTE J., *Et si la nation de Tintin influençait l'anticipation successorale française !* JCP N 2017, n° 39, 821.

générations, que la supprimer risquerait de rendre suspicieux tous les héritiers de nature un peu soupçonneuse.

**783. De justice ou d'injustice.** Force est de constater que l'évolution sociale rapide de ces dernières décennies accélère et accroît le nombre de situations difficiles que les familles exposent. Comme celles de mères demandant ouvertement à déshériter leur propre enfant ou à en priver certains au profit d'un enfant qu'elles ont élevé avec leur conjoint mais avec lequel elles n'ont aucun lien de sang. Ce travail n'a pas pour but de donner un mode d'emploi à des couples malveillants pour punir un enfant trop absent ou dispendieux. Ce travail est une réflexion sur l'utilité et l'application moderne d'un système ancien à une époque où les descendants ne connaissent plus une seule famille mais plusieurs, où la filiation n'est parfois plus qu'une ombre accrochée à la reconnaissance d'un enfant dont on ne veut plus où qui ne veut plus de vous. Cette thèse est une réponse à la question moderne de l'efficacité des instruments de contournement de la réserve à travers les évolutions législatives, culturelles et jurisprudentielles. Ce travail se voudrait aussi une aide apportée aux professionnels des offices notariaux, qui, face souvent à la nature humaine, mise à nue lors d'un décès ou d'une anticipation de décès, ne savent que répéter que la réserve est inviolable et incontournable sans avoir de démarche de réflexion sur ce qu'il est possible de faire. Ce travail apportera je l'espère, une base de réflexion sociologique pour ceux qui peuvent et veulent encore agir, afin que la famille reste unie. Et si tant est que ce manuscrit tombe entre les mains de parents malveillants, j'espère qu'il apportera des réponses à leurs enfants.



## **Bibliographie**

---

### **OUVRAGES GENERAUX, MANUELS et TRAITES**

BEIGNIER B. et TORRICELLI S., *Libéralités et successions*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 6, p. 24, p. 94, p. 101, p. 285.

BENABENT A., *Droit civil, droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2014, p. 7 à 8, p. 425.

BERRE S., et FERRE-ANDRE S., *Successions et libéralités*, 4<sup>ème</sup> éd., Hyper Cours, Paris, Dalloz, 2018, p. 2.

COLIN A. et CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1945, n° 981.

COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 31<sup>ème</sup> éd., Manuel, Paris, Litec, 2018, p. 55, p. 70, p. 161, p. 179, p. 181.

GRIMALDI M., *Droit civil, libéralités*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 2001, p. 6.

GRIMALDI M., *Droit civil, successions*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Litec, 2001, n° 747, n° 750.

JUBAULT C., *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 352, p. 357, p. 370.

LEVENEUR L. et MAZEAUD-LEVENEUR S., *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, Tome 4, 2<sup>ème</sup> volume, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 5, p. 166, p. 176, p. 187, p. 245, p. 324 à 325, p. 327, p. 623 à 624, p. 647.

LEVY J-P. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil, Précis*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 1140, p. 1202, p. 1339.



MALAURIE P. et BRENNER C., *Droit des successions et des libéralités*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Defrénois, 2016, p. 1, p. 16, à 17, p. 24, p. 112, p. 210 à p. 216, p. 219.

MALAURIE P. et FULCHIRON H., *Droit de la famille*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, LJDJ, 2016, p. 242.

MEAU-LAUTOUR H., *La donation déguisée en droit civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 136, p. 199.

Œuvre collective sous la direction de GRIMALDI M., *Dalloz Action - Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, 411. 103, p. 991.

Œuvre collective sous la direction de MURAT P., *Dalloz Action - Droit de la famille*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, 512.456 p. 270.

TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil, les obligations*, Précis, 11<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 498.

## **THESES et OUVRAGES SPECIALISES**

### ***FRANCIS LEFEBVRE***

EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Droit de la famille 2018-2019*, p. 96, p. 98, p. 116, p. 252 à 256, p. 258, p. 376, p. 570, p. 606, p. 611, p. 621, p. 673 à 674, p. 690, p. 698, p. 707, p. 771, p. 809, p. 832, p. 1017, p. 1022, p. 1038, p. 1104.

EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Patrimoine 2017-2018*, p. 45, p. 88, p. 96 à 97, p. 963, p. 997, p. 1049, p. 1368 à 1369.

EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Vente immobilière 2019*, p. 587.

## ***THESES***

ADAN P., *De l'exhérédation en droit français*, Thèse, Université de NANCY, 1902, p. 88.

BAHUREL C., *La volonté des morts*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 17, p. 22, p. 28, p. 34, p. 142 à 143, p. 147, p. 153, p. 159, p. 169, p. 176 à 177, p. 180, p. 193, p. 195, p. 201, p. 203, p. 216, p. 219, p. 222, p. 443 à 444, p. 446 à 448, p. 450, p. 461, p. 464 à 465, p. 489.

BEAUBRUN M., *L'ordre public successoral*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 1979, p. 18.

DE RIVERIEULX R., *Réserve héréditaire en droit français, ses origines, son caractère, sa justification*, Thèse, Université de RENNES, 1903, p. 161, p. 166 à 167, p. 189.

DIFFRE C-L., *DROIT CIVIL – De la portion des biens disponibles et de la réserve*, Thèse, Université de TOULOUSE, 1847, p. 16, p. 18, p. 20 à 22, p. 29.

GODECHOT S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, Thèse, Université PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2002, p. 319, p. 349.

GUESDON A., *Du droit de disposer à titre gratuit*, Thèse, Université de RENNES, 1873, p. 98.

IBARRA GARZA R., *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2013, p. 29.

JUILHARD J., *Le droit de tester, la réserve héréditaire des enfants dans le Code civil, étude historique et de philosophie juridique*, Thèse, Université de DIJON, 1904, p. 169.

KONDYLI J., *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparés*, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 1992, p. 20.

KUHN H., *L'exhérédation en droit français*, Thèse, Université de NANCY, 1943, p. 11.



LE CHUITON, *L'exhérédation*, Thèse, Université de LILLE 2, 2012, p. 8, p. 14, p. 20, p. 59, p. 64, p. 81.

MARSTAL L., *L'enfant et les secondes familles*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2013, p. 20, p. 126, p. 132.

MEUNIER-MOLLARET M., *Le conjoint survivant face aux enfants du de cujus*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2014, p. 472.

MONTREDON J-F., *La désolennisation des libéralités*, Thèse, Université de MONTPELLIER, 1987, p. 121, p. 130.

NACHBAUM-SCHNEIDER A-M., *La réserve héréditaire, aspects fonctionnels*, Thèse, Université de STRASBOURG, 2015, p. 14, p. 18, p. 24, p. 30, p. 35, p. 40, p. 120, p. 122 à 123, p. 129, p. 133 à 140, p. 143, p. 145, p. 152, p. 158, p. 161, p. 169 à 170, p. 177, p. 180 à 181, p. 193, p. 195 à 196, p. 201 à 202, p. 204 à 205, p. 210, p. 214, p. 226, p. 295, p. 369 à 373, p. 427.

OULD AKLOUCHE Y., *La qualité d'héritier*, Thèse, Université de TOULOUSE 1, 2011, p. 50, p. 91.

PANTELITCH D., *Etude philosophique et juridique de la réserve héréditaire*, Thèse, Université de LYON, 1933, p. 31, p. 49.

PARIS G., *Les droits de retour légaux des articles 738-2 et 757-3 du Code civil*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 16, p. 29.

PEGUERA-POCH M., *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : La légitime en pays de coutume (XVIème – XVIIIème siècles)*, Thèse, Université d'AIX-MARSEILLE, 2009, p. 35.

PERNEY D., *La nature juridique de la réserve héréditaire*, Thèse, Université de NICE, 1976, p. 42 à 43, p. 544, p. 893.

SAGAUT J.F., *Ecrits de droit civil*, Thèse, Université de PARIS II, PANTHEON-ASSAS, 2012, p. 36 à 37.

### ***OUVRAGES SPECIAUX***

BART J., *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXème siècle*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2009, p. 339, p. 344.

BOISSENADE G., *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, Paris, Guillaumin et Cie, 1873, p. 533.

FENET P-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 1, Au dépôt, 1827, p. 196, p. 200.

GODECHOT-PATRIS S., *Les successions internationales*, Rapport national pour les journées internationales de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française ; Journées roumaines sur le thème des successions, juin 2010.

GUINCHARD S., *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1976, n° 197, 305, p. 339.

MEULDERS-KLEIN M-T., *La personne, la famille et le droit – 1968 – 1998 : Trois décennies de mutations en occident*, Paris, LJDJ, 1999, p. 440.

MEULDERS-KLEIN M-T. et THERY I., *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Essais & Recherches, Paris, Nathan, 1993, p. 27.

MEULDERS-KLEIN M-T. et THERY I., *Quels repères pour les familles recomposées*, Droit des sociétés, Paris, LJDJ, 1995, p. 19.

POTHIER R-J., *Traité des substitutions*, tome 8, éd. Bugnet, 1767, section 5 article 2.

### ***MELANGES***

CARBONNIER J., CATALA J., de SAINT AFFRIQUE J., MORIN G., *Des libéralités - une offre de loi*, Paris, Defrénois, 2003, p. 173.



FORGEARD M-C., CRÔNE R., GELOT B., *Le nouveau droit des successions et des libéralités, loi du 23 juin 2006*, Commentaire & Formules, Paris, Defrénois, 2007, p. 31, p. 65, p. 155, p. 338.

GRIMALDI C., *Mystérieuse tontine, Mélanges en l'honneur du Pr. CHAMPENOIS G.*, Paris, Defrénois, 2012, p. 424.

LEQUETTE Y., *Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille, Mélanges en l'honneur du Pr. CHAMPENOIS G.*, Paris, Defrénois, 2012, p. 523.

PORTALIS J-E-M., TRONCHET F-D., BIGOT de PREAMENEU F. et de MALEVILLE J., *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, 21 janvier 1801.

## **ARTICLES et CHRONIQUES**

### ***ACTUALITE JURIDIQUE DROIT IMMOBILIER***

GIRAUDEL C., *Vente d'immeubles – vente en viager – demandes en nullité successives – autorités de la chose jugée (non)- défaut d'identité d'objet et de cause*, AJDI 1995, p. 45.

PRIGENT S., *Deuxième pas en fiducie*, AJDI 2009 p. 421.

### ***ACTUALITE JURIDIQUE FAMILLE***

BICHERON F., *L'adoption simple par le conjoint survivant fait échec à l'action en retranchement*, AJ fam. 2009, p. 179..

BOICHE A., *Régime matrimonial et droit international privé*, AJ fam. 2013, p. 114.

BOICHE A., *Succession de Johnny Hallyday : le droit international privé saisi par l'actualité people*, AJ fam. 2018, p. 138.

BONNET G., *De quelques conséquences pratiques des donations temporaires d'usufruit entre parents et enfants*, AJ fam. 2004, p. 179.

DAVID S., *Divorce par consentement mutuel : propice à la fraude ?* AJ fam. 2012, p. 47.

DESBUQUOIS J-F., *Fiducie en matière patrimoniale : les dix règles clefs*, AJ fam. 2015, p. 196.

FERRE-ANDRE S., *110<sup>ème</sup> Congrès des notaires – des réformes à venir ?* AJ fam. 2014, p. 394.

HOUSSIER J., *Le privilège des derniers nés*, AJ fam. 2018, p. 135.

LAGARDE P., MEIER-BOURDEAU A., SAVOURE B., KESSLER G., *La réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international : autres regards*, AJ fam. 2017, p. 598.

LECUYER H., *Assurance vie et droit des successions : dyarchie ou symbiose*, AJ fam. 2007, p. 414.

LETELLIER H., *Dossier « Fiducie et famille » : fiducie et majeur vulnérable*, AJ fam. 2015, p. 205.

LEVILLAIN N., *Les donations graduelles et résiduelles*, AJ fam., 2014, p. 611.

PRIGENT S., *Le mandat à effet posthume*, AJ fam. 2009, p. 120.

RAVET Y-M., *La fiducie, un outil au service de l'entreprise familiale*, AJ fam. 2015, p. 200.

## **DALLOZ**

DELMAS SAINT-HILAIRE P. et ARRAULT M., *Réserve héréditaire et legs de residuo*, D. 1996, p. 24.

DESPAX M., *Les partages d'ascendants : paix des familles ou guerre de succession*, D. 1959, p. 245.



FULCHIRON H., *Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin*, D. 2017, p. 2310.

GARE T., *Détournement d'adoption : Si la sagesse venait des juges du fond ?* D. 2000, p. 716.

HARDOUIN V., *Les apports aux associations*, D. 1933, p. 140.

LE GALLOU C., *Tontine, libéralité et aléa*, D. 2005, p. 2263.

PORTMANN A., D. actualités, 29 mars 2017.

THIERRY J., *L'adoption du régime de la communauté universelle, avec clause d'attribution intégrale de cette communauté au conjoint survivant, ne porte pas atteinte à la réserve héréditaire des enfants communs des époux*, D. 1996, p. 537.

## **DEFRENOIS**

AKLOUCHE Y., *L'enfant héritier et la convention de divorce homologuée*, Defrénois 2012, n° 7, p. 358.

BECQUE-ICKOWICZ S., *L'obligation naturelle au secours de l'enfant exhéredé ?* Defrénois 2017, n° 28, p. 1.

CRONE R., *Loi applicable aux successions mobilières : rejet du domicile fiscal*, Defrénois 2008, n° 7, p. 777.

DELMAS SAINT-HILAIRE P., *Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux*, Defrénois 2010, n° 12, p. 1319.

GRIMLADI M., *Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire*, Defrénois 2012, n° 15-16, p. 755.

GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois 1991, n° 30, p. 964.

GRIMALDI M., *La réserve à la casse ?* Defrénois 2017, n° 22, p. 1.

GRIMALDI M., *Le mandat à effet posthume*, Defrénois 2007, n° 1, p. 3.

VAREILLE B., *Le testament partage transgénérationnel*, Defrénois 2013, n° 10, p. 531.

## ***DROIT DE LA FAMILLE***

AZAVANT M., *L'ordre public successoral*, Dr. fam. octobre 2013, n° 10, dossier 38.

BASCUGNANA J-D., *L'adopté simple ne bénéficie pas de l'action en retranchement*, Dr. fam. avril 2009, n° 4, p. 44.

BEIGNIER B., *Coup d'arrêt à une dérive jurisprudentielle : donner c'est vouloir donner et non laisser faire*, Dr. fam. 2010, comm. 50

BEIGNIER B. et NICOD M., *Usufruit du conjoint sur le droit d'exploitation d'une œuvre littéraire ou artistique*, Dr fam, octobre 2015, n° 10.

BEN HADJ YAHIA S., *Assurance-vie – Réponses ministérielles et contrat d'assurance-vie non dénoué*, Dr. fam., décembre 2016, n° 12, étude 21.

BRUGGEMAN M., *L'administration des biens légués et réserve héréditaire*, Dr. fam. mai 2013, n° 5, comm. 73.

CATALA P., *La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple*, Dr. fam. 2006, étude 43.

CONIL P-A., *La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américain – une tentative d'aller au-delà des mythes*, Dr. fam. février 2013, n° 2, étude 1.

DEVILLE S., *L'article 918 du Code civil face à la question prioritaire de constitutionnalité : histoire d'une occasion manquée*, Dr. fam. mai 2014, n° 5, étude 8.

FONGARO E., *La loi applicable à la réserve héréditaire*, Dr fam. septembre 2009, n° 9, comm. 119.



NICOD M., *Administration légale - Quand la clause d'exclusion de l'administration légale vaut... legs*, Dr. fam. avril 2015, n° 4, comm. 75.

TERRE F., *Héritage aux biens – succession des personnes*, Dr. fam. juillet 2011, dossier 14.

### ***DROIT ET PATRIMOINE***

COUSTET C., *Le trust ou la boîte de pandore*, Dr. pam., septembre 1995, p. 26.

LEOROVAUX J., *L'impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libertés graduelles et résiduelles*, Dr. pam, novembre 2008, n° 175.

SAGAUT J-F., *Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise*, Dr. pam. 2007, n° 162, p. 62.

WICKER G., *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, Dr. pam, mars 2007, n° 157.

### ***GAZETTE DU PALAIS***

AULAGNIER J., *La réserve héréditaire peut-elle survivre à l'assurance-vie ?*, Gaz. Pal. 29 janvier 2011, n° 29, 1040.

GUIGUET-SCHIELE Q., *Le déclin de la réserve héréditaire*, Gaz. Pal. 28 novembre 2017, n° 41, p. 49.

LEBEL C., *absence d'indivision entre légataire universel et héritier réservataire*, Gaz. Pal. 8 novembre 2016, n° 39, p. 43.

### ***JOURNAL DES NOTAIRES ET DES AVOCATS***

CHASSAGNADE-BELMIN P., *Les apports aux associations*, Journ. not. 1958, p. 577.

***JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL « CLUNET »***

CHALAS C., *Contrats de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? Regards croisés entre la France et l'Angleterre (étude de droit comparé, de droit international privé et de droit interne)*, Journal du DIP 2016, n° 3, doct. 7.

***JURISCLASSEUR***

BESNARD GOUDET R., JURISCLASSEUR Sociétés Traité, *fascicule 10-10 : Théorie des apports – Notion d'apport en société.*

BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, *fascicule 10 : Libéralités – réserve héréditaire, quotité disponible, nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve.*

BRENNER C., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 912 à 930-5, *fascicule 50 : Successions – réserve héréditaire, quotité disponible, réduction des libéralités excessives, renonciation anticipée à l'action en réduction.*

DROZ G., JURISCLASSEUR Droit international, *fascicule 557-10 : Successions – conflits de lois.*

FRAUDIN J-L., JURISCLASSEUR Procédures Formulaire, V° Recours en révision, *fascicule 10 : Recours en révision.*

GRIMALDI M., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Partage testamentaire, *fascicule 10, Synthèse - Libéralités-partages.*

GUILLAUME J., JURISCLASSEUR Droit international, *fascicule 40 : Ordre public international – notion d'ordre public international.*

LEPROVAUX J., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 949 à 952, *fascicule Unique : Donations et Testaments, Réserve D'usufruit et Retour Conventionnel.*

MARTIN-SERF A., JURISCLASSEUR Commercial, *fascicule 1002 : Sociétés. – Constitution de la société : consentement des parties. – Sociétés fictives et frauduleuses.*

MATHIEU M. et COLLARD F., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, *fascicule 350 : Successions – action en retranchement - renonciation anticipée*

MONTOUX D., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Vente d'immeuble, *fascicule 310 : Vente d'immeuble – vente à un successible en ligne directe.*

MONTOUX D., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Vente d'immeuble, *fascicule 490 : Vente d'immeuble – vente en viager*

NICOD M., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 1057 à 1061, *fascicule 10 : Libéralités, libéralités résiduelles, notion, formation, effets.*

PETERKA N., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 30 : Donations et Testaments, Donations Entre Vifs, Don Manuel.*

POTENTIER P., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, V° Mandat de protection future, *fascicule 10 : Mandat de protection future.*

REBOUL J. W., JURISCLASSEUR Droit comparé, V° États-Unis d'Amérique, *fascicule 2 : ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE. – Trusts. – Successions. – Conflits de lois.*

REVILLARD M., JURISCLASSEUR V Successions internationales, *fascicule 150 : Successions internationales – Règlement européen du 4 juillet 2012 – succession et certificat successoral européen.*

THOMAS-DEBENEST G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 931, *fascicule 20 : Donations et testaments – donations entre vifs, forme. Absence d'acte authentique.*

WICKER G., JURISCLASSEUR Civil Code, art. 812 à 812-7, *fascicule unique : Successions, Mandats Successoraux, Le Mandat à Effet Posthume.*

ZALEWSKI-SICARD V., JURISCLASSEUR Notarial Formulaire, *Synthèse – Vente d'immeuble : ventes particulières.*

### ***JURIS CORPUS DROIT DES ASSOCIATIONS ET FONDATIONS***

DELPECH X., *Œuvre collective sous la direction de Philippe-Henri DUTHEIL*, Étude 42 – Liquidation de l'association, *Juris Corpus Droit des associations et fondations.*

### ***LAMY DROIT CIVIL***

LUZU F. et LE GALL N., *Transmettre sur plusieurs générations*, LAMY 2012, 95.

RANDOUX N., *La réserve de souche : une notion en devenir ?* LAMY 2013, 104.

### ***LA SEMAINE JURIDIQUE ENTREPRISE ET AFFAIRES***

ZINTY S., *Société civile immobilière - L'absence de droit de participer à l'assemblée générale de l'usufruitier de parts sociales*, JCP E 2016, n° 48, 1633.

### ***LA SEMAINE JURIDIQUE NOTARIALE ET IMMOBILIERE***

AULAGNIER J., *Pour une protection optimale du survivant : choisir de prélever tout ou partie des biens du prémourant*, JCP N 2013, n° 9-10, p. 29, 1040.

AULAGNIER J., *Stratégies patrimoniales : optimisation des voies pour transmettre au survivant des époux*, JCP N 2011, n° 51-52, 1326.

AYNES A., *L'administration de la succession par autrui*, JCP N 2008, n° 29, 1246.



BARABE-BOUCHARD V., *Avantages indirects liés au logement gratuit d'un successible : plus de rapport sans intention libérale établie*, JCP N 2012, n° 16, 1187.

BENDELAC E., *Guide pratique d'une institution d'estate planning : le joint tenancy*, JCP N 2016, n° 6, 1084.

BICHERON F., *Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ?* JCP N 2013, n° 9-10, 1041.

BLACK-DAP M., *La virtualité de la réserve héréditaire en présence d'un légataire universel*, JCP N 2017, n° 24, 1207.

BOUCHE X., *Assurance-vie : requalification en donation ou primes exagérées, choix et conséquences*, JCP N 2014, n° 18, 1174.

BOUCHE X., *La mise en œuvre des donations résiduelles*, JCP N 2016, n° 18, 1146.

BOULANGER D., *L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire*, JCP N 2013, n° 18, 1121.

BOULANGER D., *Mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial : gare aux couples migrants*, JCP N 2014, n° 27, 1241.

BRENNER C., *Disposer en indivision par voie de donation-partage, d'un mal doit sortir un bien*, JCP N 2015, n° 30, 1140.

BRUNET S., *L'administration des successions*, JCP N 2015, n° 31-35, 1144.

CASTAGNE S., *Mariage, PACS, concubinage – analyse comparative*, JCP N 2008, n° 46, 1325.

CATALA P., *Prospectives et perspectives en droit successoral*, JCP N 2007, 1206, n° 12.

CENAC P. et PEYROUX C., *La mort de la réserve héréditaire*, JCP N 2011, n° 9, 1092.

COMBRET J. et BAILLON-WIRTZ N., *Personnes protégées- Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015*, JCP N 2015, n° 50, 1238.

CRONE R. et PERREAU-SAUSSINE L., *Expatriation : quelle organisation patrimoniale ?* JCP N 2017, n° 48, 1321.

DASSY J-B., *Assurance-vie : réalités et perspectives. De quelques remèdes du notaire lors du règlement de la succession en présence d'un contrat d'assurance-vie*, JCP N 2012, n° 17, 1199.

DELASSALLE B., LOTZ J. et GESSEY N., *Encadrer la gestion des biens de l'enfant mineur après le décès*, JCP N 2017, n° 29, 1238.

DELECRAZ Y., *L'aide des parents envers les enfants. – le financement des études supérieures et la mise à disposition d'un logement*, JCP N 2013, n° 17, 1114.

DESBUQUOIS J-F., *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N. 2016, n° 39, 1284.

DESCHAMPS C. et LEGRAND V., *Vente immobilière – trois bonnes raisons de réformer la vente immobilière en viager*, JCP N 2016, n° 14, 1117.

DOUET F., *Démembrement de propriété – aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire*, JCP N 2013, n° 14, 1077.

FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d'un bien dans la sphère familiale : anticiper les risques*, JCP N 2015, n° 12, 1103.

FABRE H. et LISANTI C., *La mise à disposition à titre gratuit d'un bien dans la sphère familiale : difficulté de qualification*, JCP N 2015, n° 12, 1102.

FARGE C. et CRONE R., *Les règlements du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux régimes patrimoniaux Le changement dans la continuité...*, JCP N 2018, n° 16, 1169.



FERNOUX P., *SCI et démembrement de propriété : vive la résistance*, JCP N 2001, n° 22, 978.

FERNOUX P., *La substance d'une société dans la mécanique de l'abus de droit*, JCP N 2017, n° 11, 1136.

FONGARO E., *La préparation d'une succession internationale*, JCP N 2008, n° 24, 1221.

FONGARO E. *Feu le droit de prélèvement*, JCP N 2011, n° 1236.

FONGARO E., *Une loi étrangère ignorant la réserve n'est pas contraire à l'ordre public international*, JCP N 2017, n° 40, 850.

FONGARO E., *Le choix de la loi applicable au régime matrimonial*, JCP N 2018, n° 16, 1166.

FORGEARD M-C., *Le droit au partage et ses limites après la réforme du 23 juin 2006*, JCP N 2008, n° 19, 1146.

FRULEUX F., *Le régime fiscal des primes d'assurance-vie exagérées sujettes à rapport*, JCP N 2014, n° 28, 1247.

FRULEUX F., *Assurance-vie : l'article 757 B du CGI est conforme à la Constitution*, JCP N 2017, n° 41, 867.

FRULEUX F. et SAUVAGE F., *Droits et fiscalités des successions et libéralités : chronique de l'année 2013*, JCP N 2013, n° 51-52, 1296.

GARCON J-P., *Le droit des libéralités et la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, JCP N août 2014, hors-série, p. 55.

GASTE J., *Et si la nation de Tintin influençait l'anticipation successorale française !* JCP N 2017, n° 39, 821.

GROSJEAN F. et HERVOIS S., *Donation temporaire d'usufruit, levier fiscal et philanthropique*, JCP N 2013, n° 30-34, 1201.

HOAREAU O. et VAN STEENLANDT P., *La renonciation anticipée à l'action en retranchement*, JCP N 2008, n° 50, 1357.

HOVASSE S., *Assurance-vie : attribution bénéficiaire ou donation ? Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, JCP N 2010, n° 28, 1244.

KARM A., *Succession-partage – droit de retour conventionnel : actualité et perspectives*, JCP N 2016, n° 48, 1333.

KLAA M., *Donation-partage conjonctive de biens communs et enfants de lit différents*, JCP N 2008, n° 6, 1068.

HARDY G., *L'apport d'un bien en Pacs*, JCP N 2013, n° 13, 405.

LE GUIDEC R., *Successions et libéralités*, JCP N 2017, n° 11, 1134.

LESBATS C., *Le refus de l'action en inopposabilité fondée sur la maxime *fraus omnia corrumpit**, JCP N 2013, n° 21, 1143.

LISANTI C. et FABRE H., *La mise à disposition gratuite d'un bien dans la sphère familiale : difficultés de qualification*, JCP N 2015, n° 12, 1102.

LUZU F. et LE GALL N., *Transmettre dans les familles recomposées ou l'art du compromis*, JCP N 2012, n° 26, 1280.

MATTHIEU J-M., *Focus sur quelques difficultés et pistes pour une meilleure utilisation des libéralités substitutives*, JCP N 2012, n° 11, 1201.

MONASSIER B. et VAN STEENLANDT P., *Communauté universelle et tontine entre époux : couple infernal ou insensé ?* JCP N 2010, n° 28, 1243.

MURAT P., *Le choix du support d'une clause graduelle ou résiduelle*, JCP N 2012, n° 17, 1202.

MURAT P., *L'entraide entre générations et les comptes en famille : comment gérer le risque ?* JCP N 2013, n° 17, 1112.



NICOD M., *Libéralités graduelles et résiduelles : quelques difficultés d'application*, JCP N 2008, n° 29, 1249.

NICOD M., *Donation-Partage - Évaluation dérogatoire : la valeur réelle l'emporte sur la valeur énoncée*, JCP N 2016, n° 37, 1277.

NOURISSAT C., *Droit international privé notarial*, JCP N 2016, n° 40, 1290

PETERKA N., *Mandat – Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui*, JCP N 2013, n° 29, 1190.

PETIT F., *L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 et celle du 23 juin 2006*, JCP N 2008, n° 49, 1344.

PILLEBOUT F et MATHIEU M., *Donation - La réduction d'une donation-partage*, JCP N 1998, n° 30, 1161.

PLAZY J-M., *Gestion de patrimoine – organiser de son vivant la gestion du patrimoine successoral*, JCP N, 2016, n° 18, 1142.

POTENTIER P., *L'apport aux associations*, JCP N 1997, n° 24, 831.

RAYNAUD B., *La société civile, véhicule de transmission anticipée de patrimoine*, JCP N 2013, n° 9-10, 1044.

REYGROBELLET A., *Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés : le cas du mandat à effet posthume*, JCP N 2009, n° 52, 1360.

SABOT-BARCET S., *Société tontinière et clause de tontine : une nouvelle jeunesse*, JCP N 2016, n° 19, 1157.

SAGAUT J-F., *La donation-partage transgénérationnelle*, JCP N 2006, n° 17, 1321.

SALVADOR O., *Vente d'immeuble – démembrement familial de propriété immobilière : quelques techniques de réinvestissement*, JCP N 2002, n° 17, 1252.

SANA-CHAILLE DE NERE S., *Vers un droit patrimonial européen de la famille ? - La loi applicable à la succession dans le règlement du 4 juillet 2012*, JCP N 2013, n° 15, 1082.

SAUVAGE F., *Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006*, JCP N 2008, n° 29, 1248.

SAVOURE B., *Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire de droit français*, JCP N 2015, n° 22, 1178.

SIMLER P., WIEDERKEHR G., STORCK M., TISSERAND-MARTIN A., *Régimes matrimoniaux*, JCP N 2014, n° 1-2, 1003.

TANI A., *État des lieux jurisprudentiel du changement de régime matrimonial, ou la grande rareté des refus d'homologation...*, JCP N 2017, n° 42, 1292.

VAN STEENLANDT P., *La soumission conventionnelle des partenaires pacsés au régime de l'indivision*, JCP N 2009, n° 35, 1251.

VINCENDEAU I., *La réserve héréditaire au bon vouloir du défunt ?* JCP N 1<sup>er</sup> août 2014, hors-série, p. 50.

### ***L'ESSENTIEL DROIT DE LA FAMILLE ET DES PERSONNES***

BATTEUR A., *Comment porter atteinte à la réserve sans risque en simulant du divorce*, EDFP, 15 janvier 2012, n° 1, p. 1.

### ***PETITES AFFICHES***

BENDELAC E., *Une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français*, PA 15 décembre 2017, n° 250, p. 16.



CHAMOULAUD-TRAPIERS A., *Clause excluant le droit d'administration et de jouissance légale du parent de l'enfant légataire*, PA 29 mai 2017, n° 106, p. 21.

GASNIER F. *Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint*, PA 20 juin 2001, n° 121, p. 4.

LAPIERRE J., *La libéralisation des libéralités avec charge de transmettre : les libéralités graduelles et résiduelles*, PA, 5 février 2007, n° 26, p. 6.

LEGRAND V., *La réserve héréditaire exclue de l'ordre public international*, PA 14 décembre 2017, n° 249, p. 15.

LEPROVAUX J., *Que reste-t-il de la réserve héréditaire ?* PA 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 53.

MAUGER-VIELPEAU L., *La nouvelle clause d'exclusion de l'administration légale*, PA 8 septembre 2017, n° 179-180, p. 19.

MEISSONNIER L., *La loi portant réforme des successions et des libéralités, une réforme manquée ?* PA 25 juin 2008 n° 127, p. 7.

NIEL P-L., *Donation déguisée en la forme transactionnelle : l'imagination créative à des fins libérales*, PA, 3 octobre 2012, n° 198, p. 3

NIEL P-L., *L'exception d'ordre public de la réserve successorale s'atténue ma non troppo !* PA 4 janvier 2018, n° 4, p. 8.

PANDO A., *Pour une dérogation à la réserve héréditaire en faveur de la philanthropie*, PA, 22 septembre 2011, n° 189, p. 3

## **REPertoire DROIT DES SOCIETES**

FRANÇOIS B., *Fiducie*, Rép. Dr. Soc., septembre 2011.

### **REPertoire CIVIL**

NAJJAR I., *Donations*, Rép. Civ., janvier 2008.

### **REPertoire DE DROIT INTERNATIONAL**

LAGARDE P., *ordre public*, Rep. Dr. int., Dalloz.

### **REVUE CRITIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE**

ANCEL B., *Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'héritier français dans les successions internationales*, Rev. crit. DIP 2013, p. 457.

LAGARDE P., *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, Rev. crit. DIP 2012, p. 691.

### **REVUE DES CONTRATS**

GODECHOT-PATRIS S., *La progression de l'autonomie de la volonté en droit de la famille : regard sur quelques souhaits du notariat*, Rev. cont. 2014, n° 4, p. 724.

### **REVUE DROIT DES AFFAIRES**

MOLMY J-B. et RICHARD B., *La réforme de la fiducie par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 : évolution ou révolution ?* Rev. Dr. Aff. 2009, n° 7, décembre 2009, 14.



### **REVUE FISCALE DU PATRIMOINE**

HOVASSE S., *Les sanctions de l'excès manifeste des primes versées sur un contrat d'assurance-vie*, Rev. fisc. Pam. février 2015, n° 1, étude 3.

LEROY M., *Assurance-vie – Stratégies de transmission à titre gratuit fondées sur l'assurance-vie*, Rev. Fisc. Pam. avril 2016, n° 4, étude 9.

PILLEBOUT J-F., *Les présents d'usage*, Rev. fisc. Pam. décembre 2015, n° 12, étude 11.

### **REVUE JURIDIQUE PERSONNES ET FAMILLE**

GODECHOT-PATRIS S., *Nouveau coup dur pour la réserve héréditaire !* RJPF, n° 12, 1<sup>er</sup> décembre 2017.

### **REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL**

GENY F., *Les apports en immeuble aux associations déclarées et reconnues d'utilité publique* : RTD Civ. 1930, p. 653.

GRIMALDI M., *Un testament-partage peut être transgénérationnel*, RTD Civ. 2013 p. 164.

GRIMALDI M., *La réserve ne relève pas de l'ordre public international*, RTD Civ. 2018, p. 189.

HAUSER J., *Détournements d'adoption et adoptions intra-familiales : intentions pures et impures*, RTD Civ. 2005, p. 114.

LIBCHABER R., *Des successions en quête d'avenir*, RTD Civ. 2016, p. 729.

PATARIN J., *L'application d'une clause de tontine ne peut être restreinte par les règles de la réserve héréditaire*, RTD Civ. 1992, p. 619.

PATARIN J., *Annulation d'une société civile immobilière et d'un bail d'immeuble pour fraude aux droits de l'un des héritiers d'un associé*, RTD Civ. 1993, p. 390.

PATARIN J., *Application du legs de residuo à l'ensemble des biens légués au premier gratifié et non pas seulement à la quotité disponible*, RTD Civ. 1995 p. 418.

PATARIN J., *Donation Déguisée : Prescription de L'action En Déclaration de Simulation Ou de Déguisement*, RTD Civ., 1994, p. 920.

RUBELLIN-DEVICHI J., *L'adoption et les nouveaux détournements d'institution : adoption ou reconnaissance mensongère de l'enfant par le nouveau conjoint de la mère*, RTD Civ. 1990 p. 253.

VAREILLE B., *Régimes conventionnels : la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant ne porte pas atteinte à la réserve*, RTD Civ. 1997, p. 207.



## **JURISPRUDENCE COMMENTEE**

ACARD C., obs. sous CE 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> sous-sect., 18 février 2004, n° 247729, SA PLEIADE ; JurisData n° 2004-080518 ; Bq. et Dr. 2004, n° 95, p. 65.

ANCEL B., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2009, n° 06-12.140 ; Rev. Crit. DIP 2009, 512.

ANCEL E., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 2005 ; Dr pam. novembre 2005, p. 112.

ARRAULT M., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1984, arrêt DREUIL, Bull. civ. I, n° 140 ; JCP N 1986, II, 2.

AUBERT S.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 1995, n° 93-11.412, D. 1995, p. 585

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, Bull. civ. I, n° 120 ; Defrénois 1998, p. 749.

AVENA-ROBARDET V., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2006, n° 04-20.423, Bull. civ. I, n° 210 ; D. 2006, p. 1526.

BARABE-BOUCHARD V.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 08-20.428 ; JCP N 2010, n° 18, 1184

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2012 ; JCP N 2012, n° 16, 1187.

BARBIERI J-F., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1983 ; JCP 1984, II, 20202.

BASCUGNANA J-D., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2009, n° 07-21.421, JurisData n° 2009-046981 ; Dr fam., avril 2009, n° 4, comm. 44.

BASDEVANT J., note sous Cass. Req. 4 juin 1935, arrêt époux ZELCER ; Rev. Crit. DIP 1936, p. 755.

BATIFFOL H., note sous Cass. civ. 17 avril 1953, arrêt RIVIERE ; Rev. Crit. DIP 1953, p. 412.

BEHAR-TOUCHAIS M.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988 ; JCP G 1989, II, 241
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996 ; JCP G 1996, II, 22647.

BEIGNIER B.,

- note sous AIX EN PROVENCE, 12 mars 1987 ; D. 1988, p. 167
- note sous CA NIMES, 9 janvier 1996, JurisData n° 1996-030094 ; Dr. fam. 1997, comm. 64
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 95-15.674 ; Dr. fam. 1997, comm. 146
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, n° 99-11.308 ; Dr. fam. 2001, comm. 62
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; Dr. fam. 2002, comm. 45
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, n° 99-18.578, JurisData n° 2002-012808, Bull. civ. I, n° 39 ; Dr. fam. 2002, comm. 47
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2004, n° 02-11.088 ; Dr. fam. 2005, comm. 53
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 2006, Bull. civ. I, n° 48 ; Dr. fam. 2006, n° 60
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2006, n° 04-20.423, Bull. civ. I, n° 210 ; Dr. fam. 2006, n° 196
- obs. sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12.769 ; Dr. fam. 2008, comm. 30
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, n° 09-10.556 ; Dr. fam. juin 2010, comm. n° 104
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2010, n° 09-16.157, JurisData n° 2010-018911 ; Dr. fam. 2010, comm. 190
- obs. sous CA ORLEANS, 10 janvier 2011, n° 09/02828, JurisData n° 2011-002293 ; Dr. fam. 2011 comm. 84
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 10-25.546, JurisData n° 2012-001236 ; Dr. fam. 2012, comm.72
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-21.892, JurisData n° 2013-003727 ; Bull. civ. 2013, I, n° 34 ; Dr fam. 2013, comm. 91
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 juin 2014, n° 13-16.409 ; Dr. fam. 2014, comm. 131
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2014, n° 13-19.013 ; Dr. fam. 2014, comm. 144



- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2015, n° 14-18.850 ; Dr fam, octobre 2015, n° 10.

BENABENT A., obs. sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RDC 2005, p. 297.

BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE J., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1995, Defrénois 1996, p. 1279.

BICHERON F.,

- obs. sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; AJ. fam. 2005, p. 70

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 décembre 2006, Bull. civ. I, n° 553, AJ fam. 2007, p. 92

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 08-20.428 ; AJ fam. 2010, p. 236

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, Bull. civ. I, n° 117 ; RDC 2011. 203.

BIGOT J.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 2000, n° 97-21.535 ; JCP N 2000, 2215 et JCP G, 2000, n° 49.

BLACK-DAP M., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2016, n° 14-16.967 ; JCP N 2017, n° 24, 1207.

BOICHE A.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 avril 2012, n° 10-27.016 ; D. 2012. 1125 ; AJ fam. 2012, p. 353

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; AJ fam. 2017, p. 595.

BONDUELLE P., note sous CA PARIS, 11 mai 2016, 3<sup>ème</sup>, n°14/26247 ; JCP N, 23 septembre 2016, n° 38, 1280 .

BONNEAU T.,

- obs. sous Cass. com., 4 janvier 1994, n° 91-20.256, arrêt DE GASTE ; JurisData n° 1994-000057 ; Dr. soc. 1994, comm. 45

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, n° 99-18.578, JurisData n° 2002-012808, Bull. civ. I, n° 39 ; Bq. et Dr. 2002, p. 48.

BOREL J-P., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 avril 2014, n° 13-16.380 ; JCP N 2014, n° 27, 1238.

BOULANGER F.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961 ; D. 1962, p. 657

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, n° 00-10.665 ; D. 2002, p. 1097

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2009, n° 06-12.140 ; JCP. 2009, II, 10068

- note sous Cass. civ. 6 mars 2013, n° 11-26.728 ; Bull. civ. 2013, I, n° 36 ; JCP N 2013, n° 18, 1121

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 décembre 2017, n° 16-27.216 ; JurisData n° 2017-025514, JCP N 2017, n° 51-52.

BOURDELOIS B., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 septembre 2007, n° 06-15.295 ; JDI 2008. 507.

BREMOND V.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 2005, n° 03-13.890, JurisData 2005-030712 ; D. p. 2066

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 08-20.428 ; D. 2010, p. 2392.

BRESILLON, note sous Ch. Réun. 27 novembre 1863, arrêt LAVIALLE ; GAJC 12<sup>ème</sup> éd. n° 138 ; DP 1864 I, 5, rapp. FAUSTINE-HELIE ccl. DUPIN.

BRETON A., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1983 ; D. 1984, p. 81.

BRUGGEMAN M., note sous Cass. civ. 6 mars 2013, n° 11-26.728 ; Dr. fam. mai 2013, n° 5, comm. 73.

BRUN A-S., obs. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2004, n° 02-11.088 ; Dr. fam. 2005, comm. 61.

BUFFETEAU P., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juin 1993 ; Defrénois 1993, art. 35638, p. 1274.



BURGARD M., note sous CA DIJON, Civ. C., 19 octobre 2007 ; JurisData n° 2007-358181 ; Dr. fam. 2008, comm. 93.

CASEY J.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; RJPF 2002-5/24

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, n° 99-18.578, JurisData n° 2002-012808, Bull. civ. I, n° 39 ; RJPF juin 2002, p. 23

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janvier 2015, n° 13-24.921 ; LEXBASE Hebdo éd. Privée n° 602 du 19 février 2015.

CAUSSAIN J-J.,

- obs. sous Cass. com., 4 janvier 1994, n° 91-20.256, arrêt DE GASTE ; JurisData n° 1994-000057 ; JCP E 1994, I, 363

- note sous Cass. com., 8 mars 2005 ; JCP E 2005, 1046, n° 9.

CHABAULT C., note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 27 janvier 2000, n° 96-11.410, JurisData n° 2000-000244 ; Dr. fam. 2000, comm. 73.

CHAMOULAUD-TRAPIERS A.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, n° 13-27.586 ; PA 29 mai 2017, n° 106, p. 21

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.146 ; PA 29 mai 2017, n° 106, p. 21.

CHAMPENOIS G.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1976, Bull. civ., I, 341 ; Defrénois 1977, art. 31467, n° 70, p. 941

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, n° 80-12.926, succession COCO CHANEL, Bull. civ. I, n° 327 ; Defrénois 1982, art. 32944, n° 77, p. 1378

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juillet 1983, Bull. civ. 1983, I, 300 ; Defrénois 1989, art. 34633, p. 1426

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1988, Bull. civ. I, n° 347 ; D., 1996 inf. rap. 301 ; Defrénois 1989 art. 34492 n° 35

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1990, n° 88-17.991 ; Defrénois, 1991, p. 147
  - note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, Bull. civ. I, n° 95, n° 90-16.343, arrêt PRASLICKA ; Defrénois 1992, art. 31348
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1996, Bull. civ. I, 210 ; Defrénois 1996, p. 1080
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 décembre 1996, Bull. civ. I, n° 437 ; Defrénois 1997, 817
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 95-15.674 ; Defrénois 1998, art. 36765, n° 46
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; Defrénois 2002, art. 37611, n° 84
  - obs. note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, Bull. civ. I, n° 39 ; n° 99-18.578, JurisData n° 2002-012808 ; Defrénois 2003, art. 37649, n° 7
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 2006, Bull. civ. I, n° 48 ; Defrénois 2006, art. 38469
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, JurisData n° 2006-033849 ; Bull. civ. 2006, I, n° 295 ; Defrénois 2006, p. 1614
  - obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 septembre 2015, n° 14-18.131 ; Defrénois 2016, p. 180.
- CHAVRIER G., note sous CA LYON, 8 juin 1971 ; D. 1971, p. 555.
- CHOISEZ S., obs. sous Cass. civ. 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 95-15.674 ; D. 1998, p. 543.
- COLLIN P., note sous CE 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> sous-sect. 18 mai 2005, n° 267087, ministère contre SOCIETE SAGAL, JurisData n° 2005-080715 ; Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726.
- COQUELET M.-L., note sous Cass. com., 11 mars 2008, JurisData n° 2008-043213 ; Dr. soc. 2008, comm. 116.
- COUSTET T., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 février 2018, n° 17-11.069 ; D. act. 8 mars 2018.
- COUTURIER J-P., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juin 1993 ; JCP 1994, II, n° 22206.
- DAGOT M., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1986 ; JCP N 1988, II, 20763.



DAVID S.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 2008, n° 07-14.439 : JurisData n° 2008-045677 ; Bull. civ. I, n° 247 ; AJ fam. 2008, p. 476

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 novembre 2011, n° 10-26.802 ; AJ fam. 2012, p. 47.

DE LA MARNIERRE E.-S.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1973 ; JCP 1974, II, 17689

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1979 ; Journ. not. 1980, p. 947

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1984, arrêt DREUIL, Bull. civ. I, n° 140 ; Gaz. Pal. 1985, 2, 460.

DELEBECQUE P.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1992, Bull. civ. I, n° 86, p. 57 ; D. 1992, somm. 401

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 février 1995, n° 92-19.097, JurisData n° 1995-000496 ; Defrénois 1995, art. 36100.

DELECRAZ Y., note sur le revirement de jurisprudence de la Cour de Cassation du 18 janvier 2012 ; JCP N 2012, n° 16, 1188.

DELPECH X., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 2008, n° 06-19.753, JurisData n° 2008-044407 ; D. 2008, p. 1827.

DEPRET A., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 2016, n° 14-23.662 ; Gaz. Pal. 2016, n° 37 p. 40.

DEVERS A., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; D. 2002, 1938.

DEVILLE S., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 septembre 2013, n° 12-11.694 ; LEXBASE hebdo édition privé 14 novembre 2013, n° 547.

DIMITROV L., obs. sous CA PARIS, 11 mai 2016, 3<sup>ème</sup>, 1<sup>ère</sup>, n° 14/26247 ; Gaz. Pal. 3 janvier 2017, n° 1, p. 84.

DROZ G. :

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1990, arrêt PEARSH ; Rev. Crit. DIP 1992, p. 76
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996 ; Rev. Crit. DIP 1996, p. 692
- note sous CA PARIS, 10 janvier 1970 ; Rev. Crit. DIP 1971, p. 525

DUMORTIER B-H.,

- note sous CA PARIS, 10 septembre 1993 ; JCP E 1994, II, 584
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996 ; Rev. Crit. DIP 1996, p. 692.

EGEA V., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, Bull. civ. I, n° 117 ; D. act., 3 juin 2010.

FABRE H., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 2008, n° 07-17.297 ; JCP N 2015, n° 12, 1103.

FARGE C.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2004, n° 02-11.088 ; Defrénois 2005, n° 20, p. 1560
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 février 2014, n° 12-29.297, JurisData n° 2014-002460 ; Dr. fam. 2014, comm. 70.

FAUCHER D.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 2000, n° 97-21.535 ; JCP G 2000, II, 10434
- note sous CA PARIS, 1<sup>ère</sup> ch., sect. B, 11 avril 2002, n° 2001/03791 ; JurisData n° 2002-178548 ; JCP N 2002, n° 51-52, 1724
- obs. sous Cass. com. 10 décembre 2013, n° 12-22.424 ; JurisData n° 2013-028639 ; JCP N 2014, n° 1-2, 120
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-12.076 ; Rev. Fisc. Pam., mai 2014, n° 5, 72
- note sous Cass. com. 28 juin 2005, n° 03-18.397 ; JCP N 2005, 1493.

FERRE-ANDRE S., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n° 12-23.111 ; AJ. fam. novembre 2013, comm. 648.



FONGARO E.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1985, n° 82-15.033, arrêt CARON, publié au bulletin ; JCP N 2008, n° 24, 1221

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2009, n° 06-12.140 ; Dr. fam. 2009, comm. 62

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2012, n° 11-20.462, JurisData n° 2012-012164 ; JCP N 2012, n° 6, 1358

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-13.151 et même date n° 16-17.198 ; JCP N 2017, 6 octobre 2017, 850, p. 10.

FOULON-PIGANIOL C.-I., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1979 ; D. 1981. 449.

FRULEUX F.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, JurisData n° 2013-026113, Bull. civ. 2013, I, n° 223 ; JCP N 2013, n° 51-52, 1296

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-14.139 ; JurisData n° 2014-005214 ; JCP N 2014, n° 41, 1300.

GANNAGE P., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 septembre 2007, n° 06-15.295 ; D. 2007, p. 2476.

GARCON J-P.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, n° 08-17.411, JurisData n° 2009-049667, Bull. civ. 2009, I, n° 199 ; JCP N 2009, n° 45

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 2012, n° 11-27.745 ; JCP N 2013, n° 4, 1010

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-21.892, JurisData n° 2013-003727, Bull. civ. 2013, I, n° 34 ; JCP N 2013, n° 23, 1162

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, JurisData n° 2013-026113, Bull. civ. 2013, I, n° 223 ; JCP N 2014, n° 1-2, 1002.

GEGOUT, ccl sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 1972, n° 70-11953, arrêt GOUTHERTZ, Bull. civ. I, n° 35 ; JCP 1972, II, 17096.

GENY F., note sous Cass. civ., 20 janvier 1930 ; S. 1930, 1, p. 281 et s.

GENTILHOMME R., note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; JCP G. 2005, I, 187.

GHESTIN J., obs. sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RJPF 2005, p. 47.

GODECHOT-PATRIS S., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; D. 2017, p. 2185.

GOLDIE-GENICON C., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2010, n° 08-14.441 ; RDC 2010/3 p. 941.

GOUTTENOIRE-CORMUT A., note sous CEDH 1<sup>er</sup> février 2000, arrêt MAZUREK ; JCP G 2000, II, 10286.

GRIMALDI M.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1984, arrêt DREUIL, Bull. civ. I, n° 140 ; Defrénois 1985, 881

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1997, n° 95-13.316, Bull. civ. I, n° 252 ; D. 1997, somm. 370

- note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RTD Civ 2005, p. 434

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, Bull. civ. I, n° 200 ; RTD Civ. 2010, p. 162

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 08-20.428 ; RTD Civ. 2010, p. 604

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2010, n° 09-16.157, JurisData n° 2010-018911 ; RTD Civ. 2011, p. 161

- note sur le revirement de jurisprudence de la Cour de Cassation du 18 janvier 2012 : RTD Civ. 2012, p. 353

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 10-25.546, JurisData n° 2012-001236 ; RTD Civ. 2012, p. 352

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-21.892, JurisData n° 2013-003727, Bull. civ. 2013, I, n° 34 ; RTC Civ. 2013, p. 424



- note sous Cass. civ. 6 mars 2013, n° 11-26.728 ; Bull. civ. 2013, I, n° 36 ; RTD Civ. 2013, p. 421

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, JurisData n° 2013-026113, Bull. civ. 2013, I, n° 223 ; Defrénois 2013, p. 1259

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2016, n° 15-10.636 ; JurisData n° 2016-006061 ; RTD Civ. 2016, p. 427

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 avril 2016, n° 15-13.312, JurisData n° 2016-006949 ; RTD Civ. 2016 p. 424.

GROSJEAN P., note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, JurisData 2004-025781 ; Cass. mixte, 23 novembre 2004, JurisData 2004-025782 ; Cass. mixte, 23 novembre 2004, JurisData 2004-025783 ; JCP N 2005, n° 1-2, 1003.

GUENEE, note sous Req. 15 décembre 1902 ; DP 1903. 1. 609.

HAUSER J.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999, n° 96-18.908 ; RTD civ. 1999, p. 610

- obs. sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 25 novembre 1999, n° 97-16.488, Bull. civ., II, n° 177

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; RTD civ. 2002, p. 278

- obs. sous CA BORDEAUX, 7 mars 2002 ; RTD civ. 2002, p. 797

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, JurisData n° 2006-033849 ; Bull. civ. 2006, I, n° 295 ; RTD civ. 2006, p. 749

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, Bull. civ. I, n° 117 ; RTD Civ. 2010, p. 527

- note sous Cass. civ. 6 mars 2013, n° 11-26.728 ; Bull. civ. 2013, I, n° 36 ; RTD Civ. 2013, p. 346

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 2008, n° 07-14.439 : JurisData n° 2008-045677 ; Bull. civ. I, n° 247 ; RTD civ. 2009, p. 100

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2016, n° 15-10.636 ; JurisData n° 2016-006061 ; RTD Civ. 2016, p. 427.

HERON J., note sous CA PARIS, 3 novembre 1987, JDI 1990, p. 109.

HILT P., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 sept. 2013, n° 12-21.892, JurisData n° 2013-020492 ; AJ fam. 2013, p. 647.

HOVASSE S.,

- note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, JurisData n° 2004-025781 ; Cass. mixte, 23 novembre 2004, JurisData n° 2004-025782 ; Cass. mixte, 23 novembre 2004, JurisData n° 2004-025783 ; JCP E 2008, 1265

- note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12-769 ; JCP E 2008, 1265

- obs. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 3 novembre 2011, n° 10-21.760 ; Dr. fisc. 2013, comm. 1

- obs. sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 septembre 2012, n° 11-17.600 ; Rev. Fisc. Pam. mars 2013, n° 3, 5

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 2012, n° 11-27.745 ; JCP E 2013, 1066

- obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 septembre 2016, n° 15-15.172, JurisData n° 2016-018580 ; Dr. soc. 2016, comm. 184.

JOURDAIN THOMAS F., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 2017, n° 15-28.669, JurisData n° 2017-000001 ; JCP N 2017, n° 48, 1322.

KAHN P., note sous. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 1972, n° 70-11953, arrêt GOUTHERTZ, Bull civ. I, n° 35 ; JDI 1972, 594.

KESSLER G., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, AJ fam. 2017, p. 595.

LAGARDE, obs. sous Cass. civ., 27 juin 1933 : RTD civ., 1934, p. 134.

LAGARDE P., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; AJ fam. 2017, p. 595.

LARDREUX G., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2009, n° 06-12.140 ; D. 2009, p. 1658.

LARRIBAU-TERNEYRE V., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 2008, n° 07-14.439 ; JurisData n° 2008-045677 ; Bull. civ. I, n° 247 ; Dr. fam. 2008, comm. 170.



LEBEL C., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2016, n° 14-16.967 ; Gaz. Pal. 8 novembre 2016, n° 39, p. 43

LECUYER H.,

- note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 25 novembre 1999, n° 97-16.488, Bull. civ., II, n° 177 ; Dr. fam. 2000, n° 22

- note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; JCP G 2005, I, 111.

LEDUC., note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; Dr. fam. 2005, étude 6.

LE GUIDE R.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1995 ; JCP G. 1996, I, 3968, n° 7

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 décembre 1996, Bull. civ. I, n° 437 ; JCP 1998, I, 133 n° 12

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, n° 99-11.308 ; JCP G 2001, I, 366

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; JCP G 2002, I, 178, n° 8

- note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RTD Civ 2005, p. 434

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2004, n° 03-18.413 ; Juris-Data n° 2004-026141 ; Bull. civ. 2004, I, n° 317 ; JCP G, 2005, I, 187 n° 8

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 2005, n° 03-13.890, JurisData n°2005-030712 ; JCP N 2008, n° 5, 1063

- note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12-769 ; JCP N 2009, 1094

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, Bull. civ. I, n° 117 ; JCP 2011, n° 251

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, JurisData n° 2013-026113, Bull. civ. 2013, I, n° 223 ; JCP G. 2014, 288, n° 10

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2014, n° 13-19.013 ; JCP G 2015, n° 4, 101 et JCP N 2014, n° 51-52, 1385

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2016, n° 15-10.636 ; JurisData n° 2016-006061 ; JCP N 2017, n° 11, 1134.

LE NABASQUE H., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 2012, n° 11-27.745 ; rev. soc. 2013, p. 203.

LE NORMAND-CAILLERE S., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 janvier 2014, n° 13-10.151 ; JCP N 2014, n° 27, 1242.

LEPREVOVAUX J. note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2010, n° 09-16.157, JurisData n° 2010-018911, RJPF janvier 2011, p. 30.

LEROND S., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-21.892, JurisData n° 2013-003727, Bull. civ. 2013, I, n° 34 ; Gaz. Pal. 15 juin 2013, p. 33.

LEROY M.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 2000, n° 97-21.535 ; Dr. fam. 2000, comm. 149

- obs. sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; LAMY décembre 2005, I, n° 504.

LEVILLAIN N.,

- obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 décembre 2012, n° 11-24.448 ; AJ. fam. 2013, 188

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2014, n° 12-14.509 , même date n° 13-16.511 ; AJ fam. 2014, p. 199.

LIBCHABER R.,

- note sous Cass. civ. 14 décembre 2004, n° 02-11.088 ; Defrénois 2005, p. 617

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 septembre 2009, Bull. civ. I, n° 200 ; Defrénois 2010, art. 39053-1.

LIENHARD A., obs. sous Cass. com., 8 mars 2005 ; D. 2005, p. 839.

LISANTI C., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 2008, n° 07-17.297 ; JCP N 2015, n° 12, 1103.



LUCET F.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, Bull. civ. I, n° 95, n° 90-16343, arrêt PRASLICKA ; RTD Civ. 1992, 632

- obs. sous CA PARIS, 5 novembre 1992, RTD Civ. 1993, p. 869.

MAHINGA J-G., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, Bull. civ. I, n° 117, JCP N 2010, n° 1351.

MALAURIE P., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 1972, n° 70-11953, arrêt GOUTHERTZ, Bull. civ. I, n° 35 ; Defrénois 1972, 1033.

MARGUENAUD J-P.,

- obs. sous CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, arrêt MAZUREK ; RTD Civ. 2000, p. 429

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; RTD civ. 2002, p. 865.

MARJITAL L., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2014, n° 12-14.509 , même date n° 13-16.511 ; RJPF avril 2014, p. 31.

MARROCHELLA J.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 2012, n° 11-23.396 ; D. act., 2012, 20 novembre 2012

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n° 12-23.111 ; D. act. 4 octobre 2013.

MARTIN D.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 février 1979, n° 77-13.498 ; D. 1979. IR 497

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juin 1993 ; D. 1993, p. 613

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, Bull. civ. I, n° 39 ; n° 99-18578, JurisData n° 2002-012808 ; D. 2003, p. 344.

MASSIP J.,

- obs. sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 25 novembre 1999, n° 97-16.488, Bull. civ., II, n° 177 ; Defrénois 2000, 37229, n° 57

- note sous CEDH 1<sup>er</sup> février 2000, arrêt MAZUREK, Defrénois 2000, p. 654

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; Defrénois 2002, 37548, 29

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, Bull. civ. I, n° 117 ; Defrénois 2010. 1583.

MAURY J., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, n° 99-11.308 ; JCP N 2001, 1232.

MAYAUX L.,

- obs. sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; RGDA 2005, p. 110

- note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12-769 ; JCP G 2008, II, 10029

MAZEAUD J., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 1966, publié au Bulletin, D. 1966, p. 614.

MEIER-BOURDEAU A., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; AJ fam. 2017, p. 595.

MIHURA J., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 décembre 1952 ; JCP G 1953, II, 7475.

MOLIERE A., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 sept. 2013, n° 12-21.892, JurisData n° 2013-020492 ; D. 2013, p. 2682.

MORIN G.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1984, arrêt DREUIL, Bull. civ. I, n° 140 ; D. 1985, 133

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1986 ; D. 1987, p. 137

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1987, n° 85-15.336 ; D. 1987, p. 253.

MORTIER R., note sous Cass. com., 20 septembre 2016, n° 14-28.107, F-D, VALERIO C/ DRYSDALE ; JurisData n° 2016-018974 ; Dr. soc. 2016, comm. 202.

MURAT P.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999, n° 96-18.908 ; Dr fam. 1999, Comm. p. 124

- obs. sous CA BORDEAUX, 7 mars 2002 ; Dr. famille 2002, comm. 83

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, JurisData n° 2006-033849 ; Bull. civ. 2006, I, n° 295 ; Dr. fam., comm. 44.



NICOD M.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, Bull. civ. I, n° 39 ; n° 99-18578, JurisData n° 2002-012808 ; D. 2002, p. 2447 et 779.

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 2005, n° 03-13890, JuriData n° 2005-030712 ; D 2006, p. 2066

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 08-20.428 ; D. 2010, p. 2392

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, Bull. civ. I, n° 117 ; D. 2010. 2392

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-21.892, JurisData n° 2013-003727, Bull. civ. 2013, I, n° 34 ; LAMY 2013/106

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 septembre 2013, n° 12-15.618, Bull. civ. I, n° 167 ; Dr. fam. 2013, n° 153

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, JurisData n° 2013-026113, Bull. civ. 2013, I, n° 223 ; D. 2014, p. 1905

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, JurisData n° 2013-026113, Bull. civ. 2013, I, n° 223 ; Dr. fam. 2014, comm. 25

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2014, n° 12-14.509, même date n° 13-16.511 ; Dr. fam. 2014, comm. 64

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-14.139, JurisData n° 2012-000375 ; Dr. fam. 2014, comm. 77

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2014, n° 13-19.013 ; Dr. fam. 2014, comm. 144

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juillet 2015, n° 14-18.850 ; Dr. fam, octobre 2015, n° 10

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 septembre 2015, n° 14-18.131 ; Dr. fam. 2015, comm. 204

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2016, n° 15-10.636 ; JurisData n° 2016-006061 ; Dr. fam. 2016, comm. 111

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 avril 2016, n° 15-13.312, JurisData n° 2016-006949 ; JCP N 2016, n° 18, 578 ; Dr. fam. 2016, comm. 153

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 octobre 2016, n° 15-25.459, JurisData n° 2016-020277 ; JCP N 2017, n° 2, 1005 et Dr. fam. 2016, comm., 259

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; Dr. fam. 2017, comm. 230.

NIBOYET J-P., note sous Cass. civ. 19 juin 1939 arrêt LABEDAN ; Rev. Crit. DIP 1939 p. 481

NOBLOT C., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 2004, n° 03-18.413 ; JurisData n° 2004-026141 ; Bull. civ. 2004, I, n° 317 ; D. 2005, p. 626.

NOURISSAT C.,

- note sous TGI PARIS, 10 juillet 2013 ; JCP N 2014, n° 49, 1352

- note sous CA AIX EN PROVENCE, 1<sup>ère</sup> ch. sect. B, 6 mars 2014, n° 2014/146, JurisData, n° 2014-004967 ; JCP N 2014, n° 19, 1352

- note sous CA PARIS, arrêt COLOMBIER, pôle 3, ch. 1, 16 décembre 2015, n° 13/17078 ; JCP N 2016, n° 40, 1290

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; JCP G 2017, 1236.

OLIVIER J-M., note sous CA PARIS, 10 juillet 1985 ; Defrénois 1986, 33800, 1165.

OMARJEE I., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, Bull. civ. I, n° 117 ; RLDC 2010/75, n° 3977.

PANSIER J., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 2000, n° 97-21.535 ; Gaz. Pal. 2001, p. 1450.

PATARIN J.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1976, n° 74-12.212 ; JCP G 1978, II, 18461

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, n° 80-12.926, succession COCO CHANEL, Bull. civ. I, n° 327 ; RTD civ. 1982, p. 781

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juillet 1983, Bull. civ. 1983, I, 300 ; RTD civ. 1992, p. 424

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1984, arrêt DREUIL, Bull. civ. I, n° 140 ; RTD Civ. 1985, 194 et 758

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 1985, n° 83-14.005, Bull. civ. I, n° 314 ; RTD Civ. 1987, p. 137

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1987, n° 85-15.336 ; RTD Civ. 1987, p. 578



- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1990, n° 88-17.991 ; RTD Civ. 1992, p. 432
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1990, n° 88-17.991 ; RTD Civ 1992, p. 157
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1992, n° 90-15.760 ; RTD Civ 1992, p. 432
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1992, Bull. civ. I, n° 86, p. 57 ; RTD Civ. 1993,

p. 390

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, n° 93-12.099 ; RTD Civ. 1995, p. 418
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1995 ; RTD Civ. 1995 p. 662
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, n° 94-10.262, JurisData n° 1996-000441,

Bull. civ. 1996, I, n° 102 ; JCP G 1996, I, 3968 ; RTD Civ. 1996, p. 446

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996, RTD Civ. 1996, p. 454
- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 décembre 1996, Bull. civ. I, n° 437 ; RTD civ. 1997, p.

981

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 1997, Bull. Civ. 1997, I, n° 149 ; RTD Civ. 1998 p.

171

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 2002, Bull. civ. I, n°39 ; n° 99-18578, JurisData n° 2002-012808 ; RTD Civ. 2002, p. 551.

PEROZ H.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2009, n° 06-12.140 ; JDI 2009, p. 567
- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 avril 2012, n° 10-27.016 ; JurisData n° 2012-007105 ;

JCP N 2012, n° 25, 1276.

PETRONI-MAUDIERE N., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2014, n° 12-14.509, même date n° 13-16.511 ; PA, 15 mai 2015, n° 97, p. 11.

PIEDELIEVRE S., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, Bull. civ. I, n° 120 ; JCP G 1998, II, 10148.

PIERRE P.,

- note sous Cass. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13-592 ; même date n° 02-11.352 ; même date n° 02-17.507 ; même date n° 03-13.673 ; JCP G. 2005, I, 187, et Dr. fam. 2005, étude 6.

- note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 avril 2008, n° 06-16.725, Resp. civ. et assur. 2009, dossier 7.

PILLEBOUT J-F., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, Bull. civ., I, n° 96 ; JCP G 1993, II, n° 22003.

PLANIOL, note sous, Cass. civ. 18 février 1818, arrêt DELAROCHE DE MONS ; D. 1892, II 89.

PLAISANT J., note sous Cass. civ. 17 avril 1953, arrêt RIVIERE ; JDI 1953, p. 860.

PONSARD A.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1970, n° 69-13.236 ; Rev. Crit. DIP 1972, p. 467

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1976, n° 74-12.212 ; D. 1976 jurisp. p. 253.

PORACCHIA D., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 2012, n° 11-27.745 ; Dr. pam. mai 2013, p. 84.

POTENTIER S., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; D. 2017, p. 2185.

RAFFRAY J. G.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1996, n° 94-10.162, Bull. civ. I, n° 203 ; JCP N 1997, II, 1039

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1986 ; JCP N 1987 II, 166.

RANDOUX N., note sous Cass. civ. 6 mars 2013, n° 11-26.728 ; Bull. civ. 2013, I, n° 36 ; Defrénois 2013, art. 365.

RAYNARD J., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; RTD Civ. 2002, p. 865.

REVEL J.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 2000, n° 97-21.535 ; D. 2001, p. 1607



- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 novembre 2005, n° 03-13.890, JurisData 2005-030712 ;

D. 2006, p. 2066

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 08-20.428 ; D. 2010, p. 2392.

REVILLARD M.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 septembre 2007, n° 06-15.295 ; D. 2007. 2476 ; JDI 2008, p. 1204 et Defrénois 2008, p. 1204

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; JCP G 2017, 1236.

REYNIS B., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-21.892, JurisData n° 2013-003727, Bull. civ. 2013, I, n°34 ; Defrénois 2013, p. 345.

RICHE R., note sous Cass. mixte, 21 décembre 2007, n° 06-12-769 ; JCP N 2008, 1174.

SALVAGE P.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991, n° 89-17.094, JurisData n° 1991-000871 ; Bull. civ. 1991, I, n° 100 ; JCP G 1992, II, 21840

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1992, n° 90-15.760 ; JCP 1992, II, 21946

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-21.892, JurisData n° 2013-003727, Bull. civ. 2013, I, n° 34 ; Defrénois 2013, p. 463.

SAUVAGE F.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 2000, n° 97-21.535 ; JCP G 2000, II, 10434

- note sous CE sect. cont., 19 novembre 2004, JurisData n°2004-067609 ; Defrénois 2006, art. 38306

- note sur le revirement de jurisprudence de la Cour de Cassation du 18 janvier 2012 ; JCP G 2012, 513

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, JurisData n° 2013-026113, Bull. civ. 2013, I, n° 223 ; JCP N 2013, n° 51-52, 1296 et JCP G 2014, 92

- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, n° 13-14.139 ; JurisData n° 2014-00.5214 ; JCP N 2014, n° 41, 1300 et JCP N 2014, n° 15 act. 495

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2014, n° 13-19.013 ; RJPF octobre 2014, p. 31

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2016, n° 15-10.636 ; JurisData n°2016-006061 ; RJPJ juin 2016, p. 35

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 octobre 2017, n° 17-10.644 ; JCP N 2017, n° 49, 1333.

SAVATIER R.,

- note sous Cass. civ., 27 juin 1933 ; DP 1934, I, 94

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 1975, arrêt HOPP ; JCP 1975, II, n° 18141

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 1977, Bull. civ. 1977, I, n° 100 ; RTD Civ. 1978, p. 173.

SAVOURE B., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151 ; AJ fam. 2017, p. 595.

SENECHAL J-P., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1986 ; JCP N 1987, II, 166.

SIMLER P.,

- note sous CA Paris, 10 juillet 1985 ; JCP G 1988, II, 21134

- obs. sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 mai 1987, n° 86-10.107 ; JurisData n° 1987-000934 ; JCP N 1988, II, p. 72

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, Bull. civ. I, n° 95, n° 90-16343, arrêt PRASLICKA ; JCP G 1992, I, 3614.

SUDRE F., note sous CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, arrêt MAZUREK ; JCP G 2000, II, 10286.

TANI A., note sous CA METZ, 8 septembre 2015, n° 15/00381, JurisData n° 2015-021203 ; JCP N 2017, n° 42, 1292.

TENDLER R., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1995, D. 1996, jurisprudence p. 262.

THIERRY J.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1996, Bull. civ. I, n° 210 ; D. 1998, p. 233

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 1997, Bull. civ. 1997, I, n° 149 ; D. 1997, jurispr., p. 483

- note sous CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, arrêt MAZUREK ; D. 2000, p. 332.



THUILLIER H., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janvier 1974, Arrêt AUROY, Bull. civ. I, n° 17 ; JCP G 1974, II, 17808.

TISSERAND-MARTIN A.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; JCP G 2002, I, 167, n° 12

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, JurisData n° 2006-033849 ; Bull. civ. 2006, I, n° 295 ; JCP G 2007, I, 142, n° 25.

VALORY S., note sous Cass. civ. 10 mai 2007, n° 05-21.011 ; RJPF 2007, p. 28.

VAREILLE B.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 1991 ; D. 1992, somm. 229

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 1992, Bull. civ. I, n° 95, n° 90-16.343, arrêt PRASLICKA ; RTD Civ. 1992, 632

- obs. sous CA PARIS, 5 novembre 1992 ; RTD Civ. 1993, p. 869

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 1995, n° 93-11.412 ; D. 1995. 585, somm. 334

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1996, Bull. civ. I, 210 ; RTD Civ. 1997, p. 207

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 décembre 1996, Bull. civ. I, n° 437 ; D. 1997, somm. 366

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, n° 99-11.308. ; RTD Civ. 2001, p. 648

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135 ; Bull. civ. I, n° 32 ; RTD Civ. 2002, p. 347

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2006, JurisData n° 2006-033849 ; Bull. civ. 2006, I, n° 295 ; Defrénois 2006, p. 1578

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 08-20.428 ; Defrénois 2011, p. 721

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2010, n° 09-16.157, JurisData n° 2010-018911 ; Defrénois 2011, p. 733

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 avril 2012, n° 10-27.016 ; D. 2012, p. 1125 ; RTD Civ. 2012, p. 362

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 2012, n° 11-23.396 ; Defrénois 2013 p. 531

- obs. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 septembre 2015, n° 14-18.131 ; RTD Civ. 2016, p. 174.

VASSAUX-BAREGE J., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2010, n° 08-14.441 ; JCP N 2010, n° 23, 1220.

VAUVILLE F., note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2010, n° 08-14.441 ; RJPF juillet-août 2010, p. 16.

VERNIERES C.,

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, n° 09-10.556 ; AJ fam. juin 2010, p. 287

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 2010, n° 09-16.157, JurisData n° 2010-018911, AJ fam. 2010, p. 549

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, n° 11-21.892, JurisData n° 2013-003727, Bull. civ. 2013, I, n° 34 ; AJ fam. 2013, p. 301

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 septembre 2013 n° 12-15.618, Bull. civ. I, n° 167 ; AJ fam. 2013, 1090

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 novembre 2013, n° 12-25.681, JurisData n° 2013-026113, Bull. civ. 2013, I, n° 223 ; AJ fam. 2014, p. 54.

VIANDIER A., obs. sous Cass. com., 4 janvier 1994, n° 91-20.256, arrêt DE GASTE ; JurisData n° 1994-000057 ; JCP E 1994, I, 363.

VIGNAL T.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, n° 92-20.654, JCP G 1995, II, 22529, n° 46

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, n° 93-12.099, JurisData n° 1995-000756 ; JCP N 1996, n° 5, p. 181

- obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 1996 ; Defrénois 1997 art. 36457

VIGNEAU D., obs. sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 2002, n° 00-12.967 ; Dr. fam. 2002, n° 9, chron. n° 18.

VOIRIN P.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 1960, publié au Bulletin, D. 1960, p. 702

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1961 ; JCP 1963, II, 12973.



VRAY H., obs. sous CA PARIS 16 janvier 2003, Gaz Pal. 2003, n° 130, p. 19.

WEBER J-F., note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 2 février 2000, n° 98-10.714 ; JCP G 2000, n° 15, II, 10289.

WIEDERKEHR G.,

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 1972, n° 70-11.953, arrêt GOUTHERTZ, Bull. civ. I, n° 35 ; Rev. Crit. DIP 1972, 644

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1981, n° 80-14.728, Bull. civ. I, n° 341 ; JDI 1982 p. 927

- note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n° 02-10.528 ; JCP G 2004, I, 176.

ZINTY S.,

- note sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 septembre 2016, n° 15-15.172, JurisData n° 2016-018580 ; JCP E 2016, n° 48, 1633.

## **JURISPRUDENCE NON COMMENTEE**

### ***COUR DE CASSATION***

- Cass. civ. 14 mars 1837, arrêt STEWART ; S. 1837 p. 195.
- Cass. civ. 29 décembre 1856 ; D. 1856, 1, p. 475 ; S. 1857, 1, p. 257.
- Cass. req., 11 février 1863, DP 1863, 1, p. 232.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 1894 ; DP 1894, 1, 345.
- Cass. civ. 30 mars 1898, S. 1898, 1, p. 489.
- Req. 14 décembre 1903, DP 1904. 1. 174.
- Cass. civ., 29 juin 1961 ; D. 1961, jur., p. 641.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 1965, Bull. civ. I, 1965, n° 692.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janvier 1966, Bull. civ. 1966, I, n° 30
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 26 novembre 1970, Bull. civ. II n° 327 ; D. 1971, somm. p. 104.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 février 1971, n° 69-13.778, Bull. civ. I, n°38, p. 30.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 juillet 1971, n° 69-14.601, Bull. civ. II, n° 254 ; D. 1971, 689, R. 1971-1972, p. 11.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1975, Bull. civ. I, n° 311, n° 73-14.300.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 octobre 1977, D. 1978, inf.rap. p. 89
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 1979, n° 78-11.444.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1981, n° 80-11.142, Bull. civ. I, n° 223.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 1981, 80-12.255.
- Civ. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 décembre 1982, Gaz. Pal. 1983. 1. Pan. 65.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1983, Bull. civ. I, n° 10.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juillet 1984, n° 81-12312.
- Soc. 6 mars 1985, Bull. civ. V, n° 152.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1978, n° 76-13415, Bull. civ. I, n° 114.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1987, n° 85-18.877, Bull. civ. I, n° 275.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1988, n° 86-12.481, Bull. civ. 1988, I, n° 121.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1989, n° 87-12.576.
- Cass. com. 4 décembre 1990, n° 88-18.566.



- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 février 1991 ; n° 89-11.136, Bull. civ. 1991, I, n° 53.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 1995, n° 92-20.907.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1996, n° 94-13.301, JurisData n° 1996-003061 ; Bull. civ. 1996, I, n° 315.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janvier 1997, n° 94-16.813, JurisData n° 1997-000076, Bull. civ. I, n° 22.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 2001, n° 98-23.413, JurisData n° 2001-011399.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 juin 2004, n°01-15.030, JurisData 2004-024256, Bull. civ. 2004, I, n° 173.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janvier 2005.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mars 2005, n° 03-13.135, JurisData n° 2005-027691 ; D. 2005, p. 1112.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 2005, n° 03-18.806.
- Cass. civ. 3, 13 septembre 2005, n° 03-10.887.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 2005, n° 03-17.512, JurisData 2005-030838.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 2005, n° 02-17.708, Bull. civ. I, n° 437.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 février 2006, n° 03-19.206, Bull. civ. I, n° 127.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 mars 2006, n° 04-19.177.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2007, n° 05-13.803, JurisData n° 2007-037266.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, n° 05-14.910 ; Bull. civ. I, n° 136.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 juillet 2007, n° 06.11.659.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 juillet 2007, n° 06-16.382, JurisData n° 2007-039964.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2007, n° 05-10.254, Bull. civ. I, n° 258, BPAT 5/07 inf. 143.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 février 2008, n° 06-16.373.
- Cass. plén. 4 avril 2008, n° 07-14.523 ; JCP N 2008, n° 16, 394.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 2008, n° 07-16.385.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 octobre 2008 n° 07-19.550.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 octobre 2008, n° 07-19.950.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 décembre 2008, n° 07-20.544.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 mars 2009, n° 08-11.980.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juin 2009, n° 08-15.093, BPAT 4/09 inf. 156.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009, n° 08-13.620.

- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2009, n° 17-21.718.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2009, n° 08-12.868 ; D. 2009, 2038 ; AJ fam. 2009, p. 407.
- Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 22 octobre 2009, n° 08-17.793.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, n° 09-11.133, JurisData n° 2010-005873, Bull. civ. 2010, I, n° 111.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 2010, n° 09-68.503.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2011, n° 11-40.010.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 novembre 2011, n° 10- 25.506, JurisData n° 2011-026112.
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 19 septembre 2012, 11-15.460.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2012, 11-10.960.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2012, n° 10-28.363, Bull. civ. I, n° 195.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2012, n° 11-17.891, Bull. civ. I, n° 200, BPAT 6/12 inf. 301.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2012, n° 11-25.505.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 2013, n° 11-25.386.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2013, n° 11-21.368.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2013, n° 12-11.577.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 septembre 2013, n° 12-26. 091 ; Bull. civ. I, n° 186.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2014, n° 13-17.593.
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 janvier 2015, n° 13-25.689.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mars 2015, n° 14-11.278 ; JurisData n° 2015-004901 ; JCP N 2015, n° 12, 390.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 2016, n° 15-14.863.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 16-18.314, JCP N 2017, n° 24, 631.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 octobre 2017, n° 16-22.150 ; JCP N 2017, n° 41, 875.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 octobre 2017, n° 16-21.419, JurisData n° 2017-019860 ; JCP N 2017, n° 43-44, n° 908
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 novembre 2017, n° 16-29.056 ; JurisData n° 2017-02.4283.
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 décembre 2017, n° 16-17.772 ; AJDI 2018, p. 143.



## ***COUR D'APPEL***

- CA PARIS, 16 mars 1989, JurisData n° 1989-022921.
- CA PARIS, 23 janvier 1990, 1<sup>ère</sup> ch. A ; D. 1990 p. 65.
- CA PARIS, 2<sup>ème</sup> ch. sect. A, 28 septembre 1993.
- CA POITIERS, 16 avril 2002, JurisData n° 2002-182246.
- CA RENNES, 13 mai 2002, n° 00/07022.
- CA NANCY, 1<sup>er</sup> octobre 2009, JurisData n° 2009-019237.
- CA AIX EN PROVENCE, 5 mars 2013, JurisData n° 2013-006140.
- CA PAU, 17 juin 2013 n° 13/2556.

## ***AUTRE***

- CE 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-section, 6 février 2006, JurisData n° 2006-069617 ; JCP N 2006, n° 10, 229

## **LEGISLATION**

### ***FRANÇAISE***

- Loi du 25 mars 1800.
- Loi du 14 juillet 1819.
- Loi du 9 mars 1891.
- Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965.
- Loi n° 71-523 du 3 janvier 1971.
- Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985.
- Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999.
- Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001.
- Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 .
- Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 .

- Loi n° 2007-211 du 19 février 2007.
- Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.
- Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007.
- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008
- Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009.
- Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011.
- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.
- Loi n° 2015-177 du 16 février 2015.
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

### ***INTERNATIONALE***

- Convention de La Haye du 14 mars 1978.
- Décret 92-1024 du 21 septembre 1992, entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978.
- Règlement européen 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 appelé également BRUXELLES II BIS.
- Règlement européen 4/2009 du Conseil du 18 novembre 2008.
- Règlement européen 650/2012 du Conseil du 4 juillet 2012 sur les successions.
- Règlement européen du 24 juin 2016 n° 2016/1104 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

### **AUTRE**

### ***BOFIP***

- BOI-ENR-DMTG-20-10-20-10 §260.
- BOI-ENR-DMTG-10-10-10-10
- BOI-ENR-DMTG-10-50-80-20150624 § 20.



- BOI-ENR-DMTG-10-50-80-20150624 § 30.
- BOI-REC-SOLID-30-20-20120912.
- BOI-ENR-AVS-40-80-10-20120912.

### ***QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE***

- Cons. Const. QPC 5 août 2011, n° 2011-159.
- Cons. Const., QPC 3 octobre 2017, n° 2017-658.
- Cons. Const., QPC 1<sup>er</sup> août 2013, n° 201-337.

### ***QUESTION ECRITE A L'ASSEMBLEE NATIONALE - SENAT***

- QE n° 23816 de BEAUDEAU M-C., paru au JO Sénat du 23 mars 2000 avec réponse parue le 23 novembre 2000.
- QE n° 738 de MASSON J-L., paru au JO Sénat du 18 juillet 2002 avec réponse parue le 24 octobre 2002.
- QE n° 39324 de JEANJEAN C., paru au JO Assemblée nationale du 18 mai 2004 avec réponse parue le 25 janvier 2005.
- QE n° 12920 de CUQ H., paru au JO Assemblée nationale du 18 décembre 2007 avec réponse parue le 11 mars 2008.
- QE n° 20933 paru au JO Assemblée nationale avec réponse parue le 26 août 2008.
- QE n° 26231 de BACQUET J-P., paru au JO Assemblée nationale du 1<sup>er</sup> juillet 2008 avec réponse parue le 29 juin 2010.
- QE n° 118960 de ESTROSI C., paru au JO Assemblée nationale du 4 octobre 2011 avec réponse parue le 7 février 2012.
- QE n° 4509 de BOISSERIE D., paru au JO Assemblée nationale du 18 septembre 2012 avec réponse parue le 19 mars 2013.
- QE n° 13060 de MAUREY H., paru au JO Sénat du 18 septembre 2014 avec réponse parue le 7 janvier 2016.

- QE n° 78192 de CIOT J-D., paru au JO Assemblée nationale du 21 avril 2015 avec réponse parue le 23 février 2016.
- QE n° 53590 de AUTEVILLE R., paru au JO Assemblée nationale du 7 juin 2016 avec réponse parue le 23 juin 2016.

### **CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE**

- 68<sup>ème</sup> Congrès des Notaires – VITTEL, 1971, *Le règlement des successions, méthodes et perspectives.*
- 72<sup>ème</sup> Congrès des Notaires, - DEAUVILLE, 1975, *La dévolution successorale.*
- 91<sup>ème</sup> Congrès des Notaires - TOURS, 1995, *Le droit de l'enfant.*
- 102<sup>ème</sup> Congrès des Notaires – STRASBOURG, 2006, *Les personnes vulnérables*
- 107<sup>ème</sup> Congrès des Notaires – CANNES, 2011, *Le financement - les moyens de ses projets – la maîtrise des risques.*
- 108<sup>ème</sup> Congrès des Notaires - MONTPELLIER, 2012, *La Transmission*
- 110<sup>ème</sup> Congrès des Notaires – MARSEILLE, 2014, *La vie professionnelle et famille, place au contrat.*
- 111<sup>ème</sup> Congrès des Notaires – STRASBOURG, 2015, *La sécurité juridique – un défi authentique.*

### **REPONSES ECRITES DU CRIDON**

- CRIDON PARIS, n° 243952, 1<sup>er</sup> novembre 1990.
- CRIDON PARIS, n° 663482, 1<sup>er</sup> février 2005.
- CRIDON PARIS, n° 765154, 1<sup>er</sup> mai 2011.
- CRIDON PARIS, n° 812822, 5 novembre 2013.
- CRIDON PARIS, n° 855930, 2 août 2016.
- CRIDON PARIS, n° 860962, 15 novembre 2016.
- CRIDON PARIS, n° 864565, 15 mars 2017.
- CRIDON PARIS, n° 867269, 4 mai 2017.



## **DIVERS**

- Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2004 : *La vérité*.
- Rapport parlementaire Doc. ASSEMBLEE NATIONALE n° 3122 p. 51.
- Proposition de loi n° 760 présentée par Didier JULIA, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2008
- Proposition n° 748 du 4 juillet 2011 au Sénat.
- JO Sénat 10 mai 2006., Rapp. n° 343 DE RICHEMONT H.
- Circulaire du ministre de la justice 73-07/C1/5-2/GS du 29/05/2007 p. 27.
- Propositions notariales pour les élections présidentielles 2012, juin 2011, Notaires de France, p. 16.

## **ŒUVRES PHILOSOPHIQUES OU LITTÉRAIRES**

- HOMERE, *L'Odyssée*, fin VIIIème siècle avant J-C.
- Evangile selon St LUC, chapitre 15, verset 30, parabole du fils prodigue.
- LOYSEL A., *Institutes coutumières*, 1607.
- LA BRUYERE J., *les caractères*, 1688.
- De CLAPIERS L., marquis de Vauvenargues, *Réflexions et maximes*, 1746.
- ROUSSEAU J-J., *Emile ou de l'éducation*, 1762.
- LESZCZYNSKI S., *Œuvres du philosophe bienfaisant*, 1764.
- MERMET C., *Annales poétiques ou Almanach des muses*, 1779.
- CHAMFORT (Sébastien-Roch NICOLAS), *Maximes, pensées, caractères et anecdotes*, 1796.
- DE TOCQUEVILLE A. (1805-1859), *Œuvres*, 1991, T, II, La Pléiade.
- PETIT-SENN J. (Jean Antoine PETIT), *Bluettes et boutades*, 1846.
- MARBEAU E., *Les remarques et pensées*, 1901.
- REY E., *Maximes morales et immorales*, 1914.
- LESLIE M. B., *The myth. of testamentary freedom*, 1996, 8 Ariz., L. Rev. 235.





## ***Index***

**Acquêts** : 22, 24, 55, 56, 57, 59, 71, 90, 92, 97, 100, 346, 487

**Action en retranchement** : 64, 66, 69, 70, 71, 87, 88, 89, 92, 93, 94, 99, 104, 110, 134, 141, 142, 143, 144, 145, 179, 180, 181, 185, 503, 509, 513

**Adoption** : 37, 42, 64, 82, 89, 93, 112, 145, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 186, 187, 489, 503, 505, 516, 519

**Adultérin** : 32, 173, 174

**Aléa** : 59, 71, 185, 298, 351, 352, 359, 363, 365, 366, 367, 368, 371, 373, 374, 375, 378, 379, 381, 388, 395, 396, 397, 446, 447, 505

**Aliments** : 32, 37, 38, 331

**Ameublement** : 404

**Ancien droit** : 31, 32, 36, 242, 244, 300

**Assurance-vie** : 71, 335, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 375, 395, 397, 398, 448, 449, 487, 489, 506, 507, 512, 513, 518

**Avantage matrimonial** : 59, 63, 65, 70, 71, 87, 89, 90, 91, 92, 95, 104, 141, 142

**Bail à nourriture** : 371

**Beau-parent** : 40, 44, 61, 74, 98, 100, 103, 112, 176, 177, 179, 394

**Changement de régime matrimonial** : 67

**Clause alsacienne** : 99, 100

**Clause commerciale** : 97

**Clause d'agrément** : 273, 274, 288

**Clause d'attribution intégrale** : 63, 64, 97, 179, 180, 185, 520

**Clause de partage inégal** : 97, 98, 99

**Clause pénale** : 119, 120, 125, 150, 373

**Clauses de prélèvement** : 95

**Communauté légale** : 55, 56, 57, 60, 63, 64, 70, 71, 76, 86, 88, 380

**Communauté universelle** : 62, 63, 64, 65, 66, 69, 88, 93, 97, 98, 179, 180, 185, 505, 520

**Concubin** : 41, 52, 81, 85, 86, 213, 379, 392, 511

**Consentement mutuel** : 72, 73, 76, 77, 78, 79, 504

**Contrat de mariage** : 57, 58, 63, 67, 70, 89, 99, 101, 311, 383, 411, 414, 415

**Contre-augment** : 24

**Coutume** : 22, 23, 24, 27, 151, 327, 501

**Démembrement** : 58, 61, 63, 70, 71, 75, 156, 261, 272, 273, 277, 278, 313, 391, 392, 393, 394, 512, 515

**Devoir de secours** : 22, 361

**Divorce** : 20, 56, 60, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 90, 99, 100, 101, 157, 234, 239, 301, 328, 411, 418, 419, 450, 505, 516, 548

**Domicile** : 68, 297, 322, 347, 370, 400, 402, 403, 407, 412, 413, 415, 426, 472, 473, 480, 481, 505

**Don manuel** : 251, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 329, 489

**Donatio propter nuptias** : 24

**Donation entre époux** : 61, 88, 101, 103, 104, 105, 107, 108, 111, 157, 187, 489

**Donation temporaire d'usufruit** : 387, 388

**Donation-partage** : 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 159, 160, 161, 162, 185, 186, 253, 254, 333, 382, 511, 515

**Donation-partage transgénérationnelle** : 129, 130, 131, 133, 134, 161, 187, 254, 515

**Donations déguisées** : 301, 305, 308, 309, 311, 315, 317, 318

**Donations indirectes** : 299, 301, 308, 309

**Droit de retour** : 34, 119, 252, 264, 376, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 396, 397, 513

**Droit de retour conventionnel** : 252, 264, 376, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 396, 513

**Droit romain** : 20, 23, 29, 31, 158, 242, 331, 442

**Droit temporaire au logement** : 82, 268

**Droit viager au logement** : 82, 268, 382

**Estate planning** : 445, 446, 447, 448, 450, 451, 511

**Exclusion de reprise des apports** : 98, 99

**Exécuteur testamentaire** : 201

**Faisceau d'indices** : 413

**Familles recomposées** : 31, 40, 44, 61, 81, 83, 111, 117, 172, 176, 225, 238, 502, 514

**Fiducie** : 190, 192, 200, 266, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 343, 450, 451, 452, 503, 504, 505, 512, 518

**Filiation** : 33, 41, 42, 76, 150, 158, 164, 167, 168, 170, 314, 456, 465, 496



**Frais d'entretien** : 330

**Fraude** : 4, 68, 69, 73, 76, 77, 78, 79, 170, 171, 248, 269, 270, 271, 284, 313, 314, 318, 389, 391, 404, 410, 423, 425, 426, 433, 458, 465, 474, 477, 490, 504, 519

**Fruits et revenus** : 55, 202, 237, 323, 324, 387, 388

**Gains et salaires** : 55, 56, 86

**Graduelle** : 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 261, 262, 264, 265, 384, 514

**Homologation** : 54, 67, 68, 69, 73, 74, 77, 79, 449, 516

**Incorporation** : 123, 124, 132

**Indignité** : 37, 150, 156, 178

**Ingratitude** : 22, 37, 91, 178, 328, 379

**Joint tenancy** : 445, 446, 447, 511

**Justinien** 22

**La légitime** 22, 24, 25, 26

**Legs de residuo** : 242, 245, 246, 247, 504

**Life interest** : 447

**Mandat à effet posthume** : 189, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 231, 237, 238, 239, 284, 285, 289, 504, 505, 507, 515

**Mandat de protection future** : 211, 212, 213, 215, 217, 218, 221, 237, 239, 283, 284

**Nue-propriété** : 58, 70, 71, 75, 92, 102, 106, 133, 155, 272, 276, 313, 320, 322, 371, 390, 391, 392, 393, 394

**PACS** : 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 169, 173, 511

**Pars bonorum** : 24, 25, 152, 439

**Pars hereditatis** : 24, 25, 26, 152, 153, 439

**Partenaire** : 41, 52, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 112, 213, 392, 394, 511

**Participation aux acquêts** : 59, 60

**Philanthropie** : 136, 285, 339, 344, 345, 346, 348, 349, 350, 517

**Plus-value** : 123, 125, 127, 202, 228, 320

**Préciput** : 91, 95, 96, 377

**Présent d'usage** : 326, 327, 328, 329, 330

**Prestation compensatoire** : 74, 75, 76, 79, 270  
**Prêt à usage** : 35, 322, 324, 329  
**Primogéniture** : 21, 26, 244  
**Professio juris** : 20, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 433, 471, 477  
**Quasi usufruit** : 61, 103  
**Quatre quints** : 23, 26, 28  
**Quotité disponible spéciale entre époux** : 87, 94, 99, 101, 102, 107, 108  
**RAAR** : 8, 87, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 162, 163, 184, 187, 265  
**Recel** : 170, 171, 172, 173, 175, 307, 318, 321, 355, 359  
**Récompenses** : 117  
**Rente viagère** : 61, 327, 371, 374, 388  
**Renvoi** : 142, 144, 187, 328, 406, 408, 412, 424, 429, 431  
**Réserve théorique** : 42, 43, 398, 488  
**Résidence habituelle** : 408, 409, 410, 413, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 424, 433, 460, 468, 469, 471, 472, 473, 474  
**Résiduelle** : 246, 247, 249, 251, 254, 255, 257, 258, 260, 261, 262, 263, 265, 387, 450, 468, 469, 473, 514  
**Réunion fictive** : 35, 43, 109, 124, 304  
**SCI** : 8, 123, 210, 264, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 278, 285, 288, 289, 312, 390, 394, 404, 512  
**Séparation de biens** : 57, 59, 70, 84, 90, 97, 346, 412  
**Souche** : 34, 65, 129, 130, 131, 133, 134, 136, 169, 187, 510  
**Souvenirs de famille** : 19, 153, 161, 187  
**Substitutions fidéicommissaires** : 242, 243, 246, 251  
**Testament-partage transgénérationnel** : 158, 161, 162, 163  
**Tontine** : 71, 352, 363, 376, 377, 378, 379, 380, 396, 397, 398, 445, 446, 447, 503, 514, 515, 519  
**Trust** : 279, 280, 281, 284, 287, 423, 445, 448, 450, 451, 452, 453, 464, 500, 507  
**Undue influence** : 436, 440, 441, 442, 443, 444, 474



## Résumé

*A l'heure où la famille moderne se conçoit au pluriel, à l'heure où les ascendants organisent en amont la transmission et la dévolution de leur patrimoine, à l'heure où la mondialisation prône l'uniformisation du droit et la fin des spécificités étatiques, il est nécessaire de s'interroger sur l'avenir de la réserve héréditaire. Les parents ne souhaitent plus être privés de leur pouvoir de disposer librement de leur patrimoine, même pour cause de mort. Que répondre à un père qui angoisse à l'idée de voir son patrimoine dilapidé par un enfant ingrat avec lequel il ne vit que de conflits ? Que dire à cet enfant qui a vu son frère avantagé par décision maternelle, de manière abusive et arbitraire ? Quels conseils donner à ces individus qui ouvrent chaque jour la porte de nos offices pour demander l'aide de leur notaire ? Que dire à cet époux qui veut protéger son conjoint de la véhémence d'enfants d'un premier lit ? Afin de leur répondre dans la pratique, appliquons-nous à étudier les moyens de contourner cette réserve héréditaire. Attachons-nous à vérifier leur efficacité. Au-delà des mécanismes classiques du Code civil tels que le testament et la donation, l'intérêt de cette thèse est de se tourner vers des mécanismes plus complexes, afin de répondre aux parents déçus par leur progéniture, mais aussi à eux, enfants lésés, pour leur donner des moyens juridiques de contrer une injuste privation. Il est utile de comprendre et de connaître ce qu'il est possible de faire pour transmettre son patrimoine avec une liberté recouvrée sans risquer les foudres de la loi. A travers l'étude de ces instruments, de leur efficacité et de leur traitement tant légal que familial, la question de la modernisation de la réserve ressurgit. La famille change, et avec elle, la conception traditionnelle de la réserve héréditaire.*

*Descripteurs : Réserve héréditaire, famille, contournement, enfant, de cujus, paterfamilias, descendants, parents, conjoint survivant, droit international, succession, libéralité.*

## **Title and Abstract :**

*At a time when the modern family is conceived in the plural, at a time when ascendants organize upstream transmission and devolution of their heritage, at a time when globalization advocates the standardization of law and the end of specificities States, it is necessary to question the future of the hereditary reserve. Parents no longer wish to be deprived of their power to freely dispose of their patrimony, even for reasons of death. What to answer to a father who is anxious about seeing his heritage squandered by an ungrateful child with whom he lives only conflicts ? What to say to this child who saw his brother favored by maternal decision, in an abusive and arbitrary way ? What advice can be given to those individuals who open the door of our offices every day to ask the help of their notary ? What to say to this husband who wants to protect his spouse from the angry of children from a first bed ? In order to answer them in practice, let us study ways of circumventing this hereditary reserve. Let's focus on checking their effectiveness. Beyond the classical mechanisms of the Civil Code such as the will and the gift, the interest of this thesis is to turn to more complex mechanisms, in order to answer the parents disappointed by their offspring, but also to them, children wronged to give them legal means to counter unfair deprivation. It is useful to understand and know what can be done to transmit one's heritage with a recovered freedom without risking the wrath of the law. Through the study of these instruments, their efficiency and their legal and family treatment, the question of the modernization of the reserve resurfaces. The family changes, and with it, the traditional conception of the hereditary reserve.*

Keywords : *Hereditary reserve, family, circumvention, child, deceased, paterfamilias, descendants, parents, surviving spouse, international law, inheritance, liberality.*



Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.